Toimitan ohessa 2016 4.3.2016 lähetetyn kutsun perusteella Eduskunnan Lakivaliokunnalle lausuntoni asiaan E 43/2013 vp Euroopan Komission neuvotteluehdotuksesta Investointituomioistuimesta TTIP-sopimuksen investointisuojan riitojenratkaisumenetelmäksi perustuen asiakirjoihin EJ 19/2015 vp, EJ 25/2015 vp.

Kunnioittavasti,

Helsingissä 16.3.2016

Martin Björklund, Tutkija
Oikeustieteellinen tiedekunta
Helsingin Yliopisto

Lyhennelmä ja keskeiset huomiot

Yhdyn sekä Valtioneuvoston, että suuren valiokunnan arvioon siitä, että TTIP sopimuksesta voi olla huomattavaa hyötyä sekä EU:n että Suomen taloudelle – tämä koskee mielestäni kuitenkin ensisijaisesti sopimuksen vapaa-kauppaa koskevia päämääriä. Lausunnoissaan sekä Suuri Valiokunta että Valtiovarainvaliokunta (SuVL 1/2014 vp, VaVL 3/2014 vp) ovat pitäneet ehdottoman tärkeänä tavoitteenaan, että TTIP sopimuksen investointeja koskeva riitojenratkaisu ei saisi vaarantaa lainsäädännön kehittämistä ja että riitojenratkaisumenettelyn väärinkäytön mahdollisuudet minimoidaan. Toisaalta tavoitteena on myös ilmaistu, että sijoittaja olisi suojattava syrjiviltä ja kohtuuttomilta kansallisilta toimilta. Viimeksi mainitun tavoitteen saavuttamiseksi on riittänyt kotimaisen sääntelyn nykytaso – Kuten SuV ja UaV lausunnoissaan toteavat ”*kehittyneissä oikeusjärjestelmissä riitojenratkaisumenettelyllä ei ole oikeusturvan saatavuuden kannalta vastaavaa lisäarvoa kuin aikaisemmin kehitysmaiden kanssa solmituissa investointisuojasopimuksissa*”. Ja UaV ”*Valiokunnan saaman selvityksen perusteella korkeat oikeusvaltioperiaatteet omaavissa maissa, kuten Suomessa ja Yhdysvalloissa, sijoittajilla ei ole välitöntä tarvetta turvautua kansainväliseen välimiesmenettelyyn investointisuojasopimuksen velvoitteiden rikkomisesta johtuvien riitojen ratkaisemiseksi.* “ Valitettavasti tama ei tarkoita etteikö järjestelmää voisi käyttää Suomen valtiota vastaan mikäli jostakin syystä kuitenkin päädyttäisiin ikään kuin varmuuden vuoksi alistamaan EU ja Suomi tällaiselle riitojenratkaisujärjestelmällä . Ensiksi mainitun tavoitteen aikaansaaminen – kansallisen sääntelytason takaaminen - jopa parannellulla versiolla investointeja koskevasta riitojenratkaisusopimuksesta, voi kuitenkin olla hyvin ongelmallista.

Tiivistän kannanottoni kolmeen keskeiseen toteamukseen, joita perustelen tarkemmin alla, lopulta arvioin komission ehdottaman ICS-tribunaalin mahdollista vaikutusta:

1. **Investointisuojasopimuksen riitojenratkaisun sisällyttäminen TTIP sopimukseen ei ole osoitettu olevan välttämätöntä** eikä edes tarpeellista.

2. **Investointisuojasopimus ja sen riitojenratkaisu Yhdysvaltojen kanssa muuttaisi *de facto* Suomen tähänastista tilannetta ennennäkemättömällä tavall**a – vaikka meillä *de jure* onkin ollut kymmeniä sopimuksia voimassa jo vuosikymmenten ajan näissä vastapuolet joko eivät investoineet lainkaan Suomeen ja harvat poikkeukset eivät investointien koon suhteen ole verrattavissa Yhdysvaltain jo nyt Suomeen tekemiin investointeihin. Näiden ja tulevien investointien olemassaolo tekee investointisopimuksen riitojenratkaisun käytöstä Suomea vastaan mahdollisen ja todennäköisen.

3. **Investointisuojasopimus antaisi käytännössä pohjoisamerikkalaiselle sijoittajalle paremman aseman kuin kotimaisella tai muusta EU-maasta tulevalla sijoittajalla olisi, mikä taas loisi huomattavia paineita julkisen hallinnon päätöksenteolle ja kansalliselle norminannolle** seuraavista syistä:

3.1 Kanteita vastaan puolustautumisesta koituu valtiolle korkeita kuluja
3.2 Kotimaisten normien ja päätösten yhteensopivuus sopimuksen mahdollisten tulkintojen kanssa on vaikeasti arvioitavissa
– mikä johtaa myös siihen että
3.3 Huomattavien vahingonkorvausten riskiä ei voi sulkea pois.

4. **Komission uuden ICS ehdotuksen** läpimeno neuvottelussa USA:n kanssa on huomattavan epävarmaa. Vaikka se menisikin läpi se ei muuttaisi yllä kuvattua tilannetta, muilta kuin siten, että se voisi vuosien saatossa muotoutuvalla oikeuskäytännöllä myötävaikuttaa sopimustulkinnan ennakoitavuuden lisäämiseen.

Päätelmiä ja vaikutusten arviointia

Eduskunnan tulisi siksi pyytää hallitukselta perusteellista selvitystä siitä

i) Miten on osoitettavissa, että Suomelle koituisi etuja nimenomaan investointisuojasopimuksen riitojenratkaisusta vapaakauppasopimuksessa?
ii) Miten on varauduttu haasteiden aiheuttamiin kustannuksiin & hallinnollisten lisäresurssien tarpeisiin?
iii) Miten on tutkittu että Suomen nykyiset hallintomallit ja säädökset eivät olisi ristiriidassa investointisuojasopimuksen keskeisten määräysten tulkintojen kanssa – esimerkiksi vertaamalla Kanadaa vastaan nostettuihin ja erityisesti Kanadan häviämiin NAFTA-tapauksiin?

Tämän jälkeen olisi arvioitava ovatko i) kohdassa mainitut mahdolliset hyödyt suhteessa kohdissa ii-iii mainittuihin kustannuksiin ja riskeihin?

Lausunto

1. **Investointisuojasopimus ei ole välttämätön eikä edes tarpeellinen.**

Viitaten yllä siteerattuihin valiokuntalausuntoihin on päinvastoin todettu, ettei tällaiselle järjestelmälle ole tarvetta. Nämä ovat hyvin merkittäviä huomiota. Investointisuojasopimusten riitojenratkaisu on ollut toimivan oikeusjärjestelmän *korvike* - ja sellaisena siltä ei ole edes edellytetty samaa tasoa kuin oikeusvaltioiden omilta oikeusjärjestelmiltä esimerkiksi koskien tuomareiden sivutoimia asianajajina. Mikäli nyt katsotaan, että yksittäisillä EU-mailla olisi sellaisia ongelmia oikeusjärjestelmässään ettei ulkomainen sijoittaja voi saada niissä oikeudenmukaista ja syrjimätöntä kohtelua näiden maiden oikeusjärjestelmää pitää kehittää. Sen sijaan kaikkien EU-jäsenmaiden alistaminen tälle korvikeoikeusjärjestelmälle on tähän nähden nurinkurinen ylilyönti, jolla todettaisiin ettei minkään EU-maan oikeusjärjestelmään ole luottamista ja samalla aiheutettaisiin huomattava määrä vaikeasti ennustettavia ongelmia. Väitteet siitä, että Suomenkin olisi solidaarisuussyistä alistettava hallintonsa ja oikeusjärjestelmänsä tälle hyvin kiistanalaiselle järjestelmälle ei ole esitetty pitäviä perusteita. Investointisuojan riitojenratkaisun jättäminen TTIP-sopimuksesta ei vaikuta jo Suomen olemassa olevien sopimusten voimassaoloon. Väitteet esimerkiksi siitä että Kiinan tai muiden maiden kanssa ei silloin enää voisi saada aikaan investointisuojasopimuksia ovat myös osoittautuneet heikosti perustelluiksi.[1]

2. **Miten vasta TTIP-sopimuksen investointisuojasopimus muuttaisi Suomen tilannetta nykyisestä?**

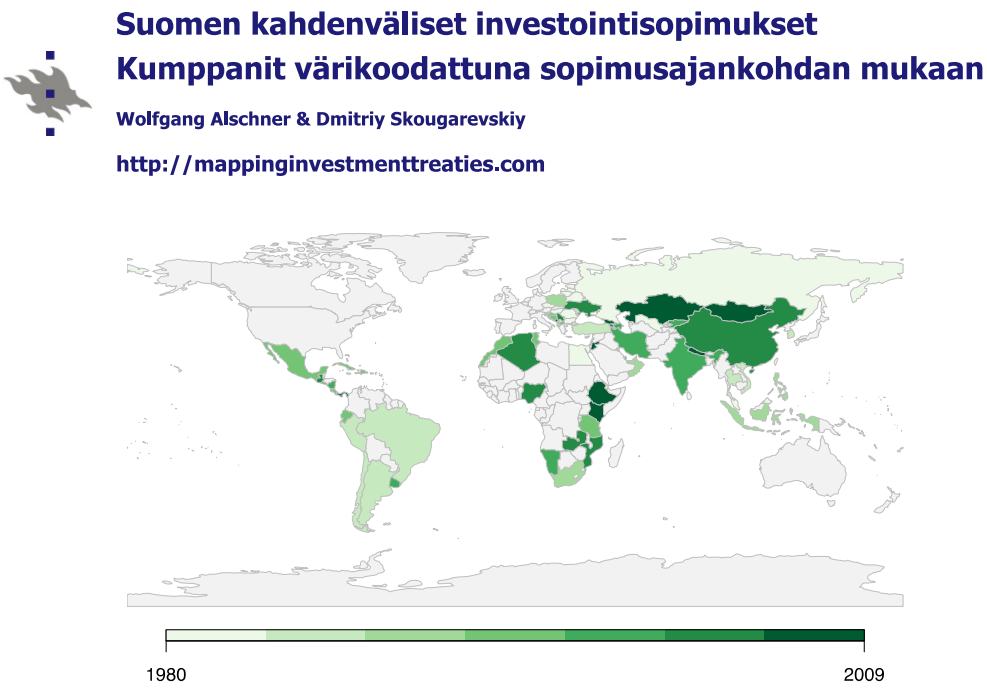
Useasti kuulee kuitenkin vielä toteamuksen siitä että "*meillähän on ollut kymmenittäin näitä investointisopimuksia maailman sivu eikä niistä ole aikaisemminkaan ollut huolta?*"[2]
Vaikka monet maat, Suomi mukaan lukien ovat solmineet näitä sopimuksia vuosikymmenten ajan, ei alun perin ajateltu, että tällaista korvikejärjestelmää tultaisiin soveltamaan oikeusvaltioina itseään pitäviin maihin. Tämä johtuu siitä, että sopimukset ovat käytännössä olleet yksipuolisia, koska kanteiden nostaminen sopimusvaltiota vastaan edellyttää, että siihen maahan olisi tehty sijoituksia. Sopimuksia on muodollisesti kutsuttu *bilateraalisiksi* investointisopimuksiksi, mutta käytännössä investoinnit, siinä määrin kun niitä on ylipäätänsä tehtiin kulkivat ylivoimaisesti suurimmilta osin pohjoisen pääomarikkaista valtioista etelän kehitysmaihin – ja näin ollen myös mahdolliset riitatilanteet ovat koskeneet etelän investointeja vastaanottaneiden maiden hallintoa, lainsäädäntöä ja käytäntöjä.

---

[1] Kiina on jo 15 vuoden ajan solminut investointisuojasopimuksia jotka sisältävät välimiesmenettelyn eikä ole osoittanut merkkejä niistä luopumisesta – ottaen huomioon Kiinan lisääntynyt pääomanvienti onko EU-maiden viisasta sitoa itsensä tällaiseen riitojenratkaisuun tähän potentiaalisesti suureen sijoittajamaahan.
http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/Kleinheisterkamp%20and%20Poulsen%20December%202014.pdf

[2] Ulkoministeriön sivuilla "TTIP: 10 väitettä investointisuojasta" kohta 1.
"Tällä hetkellä voimassa olevista kahdenvälisistä investointisopimuksista yli 90 prosenttiin ei ole kohdistunut riitaa. Sopimuksia on voimassa lähes 2400."

Esimerkkinä seuraavalla sivulla kartta Suomen investointisuojasopimusten sopimuskumppaneista.



Se, että Suomeen ei ole kohdistettu korvausvaatimuksia selittyy parhaiten sillä että Suomen, kuten muidenkin EU-maiden investointisuojasopimukset on ensi sijassa tehty kehitysmaiden kanssa. Pitkän aikaa sopimukset olivat lähinnä symbolisia eleitä, osa yleistä diplomaattista kanssakäyntiä. Jos investointeja ylipäätänsä on tehty näiden sopimusten tuloksena, ne ovat ylivoimaisena pääsääntönä olleet Suomalaisten investointeja sopimuksen toisena osapuolena olevaan valtioon, jolloin myös mahdolliset riitatilanteet olisivat koskeneet kumppanivaltion hallinnon toimia. Kesti myös aikansa ennen kuin näiden sopimusten riitojenratkaisumahdollisuutta on ylipäätänsä alettu käyttää. Suomalaiset sijoittajatkaan eivät vuosikymmeniin juuri käyttäneet tätä mahdollisuutta. [3] Nyt riitojen määrä on kuitenkin myös maailmanlaajuisesti kasvanut voimakkaasti usean vuoden ajan.[4]
Suomen kannalta TTIP sopimus muuttaisi tilannetta totaalisesti siksi, että **TTIP-sopimuksen investointisuoja koskisi yhtä maailman suurinta pääomanviejää jonka sijoittajat ovat myös maailman aktiivisimpia sijoituskanteiden käyttäjiä.**[5]

[3] http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/71?partyRole=1 Suomi tässä esiintyy kahden kanteen nostaneen sijoittajan kotimaana – linkit tapauksien perustietoihin.
[4] http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf
Suomen riitojen osalta katso myös esim. Niemelä Pekka Investor-State Arbitration under Fire – Implications of Finland's Bilateral Investment Treaties
JFT 6/2014 s. 504–545 .
[5] Yhdysvalloista kotoisn olevat sijoittajat johtavat tilastoja ylivoimaisesti 138 kanteella. Seuraavana tulevalla maalla Alankomailla 80 kannetta.
http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry

Muutos on sekä periaatteellisesti että määrällisesti valtava. Mikään muu maa ei tule edes lähelle niitä investointimääriä, joita Yhdysvallat ovat investoineet EU-jäsenmaihin. Historian aikana Yhdysvalloista EU:hun tehtyjen investointien määrät lasketaan olevan noin kahden tuhannen miljardin eli 1,9 triljardin luokkaa.[6] Mitä ilmeisimmin **investointisuojariitojen määrä liittyy tehtyjen investointien määrään**.[7] Mitä enemmän investointeja - sitä todennäköisemmin myös esiintyy riitoja. On myös muistettava että yllä mainittu liki kahden triljardin arvosta investointeja, on suurelta osin tehty ilman investointisuojasopimuksia koska suurimmalla osalla EU-maista ei ole kahdenvälistä investointisuojasopimusta Yhdysvaltojen kanssa. Yhdysvaltojen EU:hun tehdyistä investoinneista näiden maiden yhteenlaskettu osuus edustaa yhtä prosenttia (1%).[8] TTIP:n myötä investointisuojariitojenratkaisun alaisuuteen tulisi siis aiempaan verrattuna valtava määrä investointeja. Tämä omalta osaltaan selittää näitä riitoja ammatikseen ratkovien intoa tämän järjestelmän suosittelemiseen.

Koska investointisuojasopimusten riitojenratkaisujärjestelmällä on huomattavia käytännön seurauksia silloin kun vastapuolena on merkittävä pääomanviejä **TTIP-sopimuksen seurauksia olisi tarkasteltava samalla vakavuudella kun muita sellaisia kansainvälisiä riitojenratkaisujärjestelmiä ja tuomioistuimia joihin liittymisellä on merkittäviä käytännön seuraamuksia Suomelle.** Tässä yhteydessä ei ole mahdollista kuin lyhyesti mainita nyt ehdotetun investointisuojajärjestelmän tärkeitä eroja joihinkin keskeisiin relevantteihin olemassa oleviin sopimuksiin verrattuna:

WTO-järjestelmän riitojenratkaisu:
ERO: Ei yksilövalitusjärjestelmää – vain valtiot saavat nostaa kanteita
ERO: Suomi vastaajana käytännössä aina osana EU:ta jolloin myös puolustukseen käytettävä panostus jaetaan muiden jäsenmaiden kanssa.
ERO: WTO ei määrää rahallisia korvauksia

Euroopan Ihmisoikeustuomioistuin:
SAMAA: Yksilövalitusoikeus & rahallinen korvaus
ERO: Kansalliset oikeusturvakeinot on käytettävä loppuun ennen kannetta
ERO: Ei erottele kansallisuuden perusteella
ERO: Suomen liittyessä olemassa oli jo vuosikymmenten oikeuskäytäntö, jonka perusteella saatoimme arvioida lainsäädäntömme ja hallintokäytäntöjemme yhteensopivuutta ihmisoikeussopimuksen tulkintoihin ja suorittaa tarvittavat muutokset. Tähän ennakoitavuuteen liittyy myös maltillinen vahingonkorvausperinne.

---

[6] Vuoden 2013 tilastoissa US osuus EU 27 maihin tehdyistä investoinneista oli n. 1900 miljardia €
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Foreign_direct_investment_statistics

[7] Esimerkiksi Suomen Ulkoministeriö toteaa nettisivuillaan "*On totta, että riitojen määrä on noussut viimeisen kymmenen vuoden aikana, mutta nousu noudattaa ulkomaisten investointien pääomakannan kasvua*."
http://formin.finland.fi/public/default.aspx?contentid=319718&contentlan=1&culture=fi-FI

[8] Investointisuojasopimuksia Yhdysvaltojen kanssa on seuraavilla mailla Bulgaria, Kroatia, Tsekki, Eesti, Latvia, Liettua, Puola, Romania ja Slovakia. EU:n Yhdysvalloista peräisin olevista sijoituksista näihin maihin on tehty yhteensä 1 prosentti.
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf

Mikäli vertaamme näitä TTIP investointisuojan ehdotettuihin riitojenratkaisuvaihtoehtoihin olisi erityisesti arvioitava mitä seurauksia on sillä, että järjestelmässä on **yksilövalitusmekanismi ilman velvoitetta kansallisten oikeusturvakeinojen käyttämiseen**, yksilövalitusmekanismi koskee vain Yhdysvalloista peräisin olevia sijoittajia ja **Suomi voi joutua vastaamaan kanteisiin ilman EU:n tukea,** oman sääntelymme, oikeus- ja hallintokäytäntömme yhteensopivuudesta sopimuksen sanamuotojen tulkintoihin ei ole mahdollista tehdä tarkkoja arvioita koska sopimus on uusi ja tulkinnat muodostuisivat vasta vuosien saatossa.

3. Investointisuojasopimus antaisi käytännössä pohjoisamerikkalaiselle sijoittajalle paremman aseman kuin kotimaisella tai muusta EU-maasta tulevalla sijoittajalla olisi, mikä taas loisi huomattavia paineita julkisen hallinnon päätöksenteolle ja kansalliselle norminannolle seuraavista syistä:

3.1 Kanteita vastaan puolustautumisesta koituu valtiolle huomattaavia kuluja

Virallisilta tahoilta on toistettu näkemystä siitä, että *ulkomainen investoija ei voisi haastaa Suomen valtiota TTIP- järjestelmän puitteissa, ellei Suomi itse olisi tehnyt jotain väärin*.[9] **Näin ei kuitenkaan ole**. Esitetyt mielipiteet vastaavat ajatusta siitä, että jokaisen jo tuomioistuimeen tai välimiesmenettelyyn mennessään tulisi varmuudella tietää voittavansa juttunsa.

Riitojenratkaisua ja tuomioistuimia tarvitaan nimenomaan, koska asiat eivät aina ole täysin itsestään selviä. Mikä sitten kotimaisessa järjestelmässä estää meitä väärinkäyttämästä tällaista haastamisen vapautta kanssaihmistemme kiusaamiseen tai uhkailuun? Periaatteessa ei mikään muu kuin kustannusriski. Jos minä haastan naapurini oikeuteen väärin perustein, vieläpä tietoisena siitä, että hän ei ole tehnyt mitään väärin tuomioistuin saattaa huomata tämän, hylätä jutun ja voi silloin myös määrätä minut maksamaan naapurini oikeudenkäyntikulut. Tämä ”häviäjä maksaa periaate” on yleinen periaate myös esimerkiksi Kanadassa ja monissa Eurooppalaisissa kansallisissa oikeusjärjestelmissä ja sillä pyritään hillitsemään turhaa käräjöintiä ja oikeusjärjestelmällä uhkaamista – ”Käräjillä nähdään”-uhkailu edellyttää siis, että olen hävitessäni valmis maksamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut. Vastapuolen kustannusten maksamisen riski nostaa kynnystä turhille kanteille.

Investointisuojasopimuksia koskevissa riidoissa näin ei kuitenkaan ole – vain pienessä osassa riitoja[10] hävinnyt osapuoli on määrätty maksamaan vastapuolen

---

[9] Ulkomaankauppaministeri Toivakka ja yksikönpäällikkö Keinänen Maaseudun Tulevaisuus http://www.maaseuduntulevaisuus.fi/politiikka-ja-talous/carunan-hintojennosto-voitaisiin-kieltää-ttip-n-aikanakin-1.138285 sekä Komission Suomen edustuston päällikkö Sari Artjoki HS mielipide http://www.hs.fi/mielipide/a1455419366148

[10] Alan yhdellä johtavalla asianajotoimistolla AllenOveryllä työskentelevä Matthew Hodgson totesi 2014 julkaistussa selvityksessään “Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform“ puolustuksen kustannusten olevan keskimäärin 4,5MUSD luokkaa ja valtiot saavat voittaessaankin takaisin nämä kulut harvemmin kuin sijoittajat silloin kun sijoittaja voittaa.

oikeudenkäyntikulut. Kun pelkät puolustuksen oikeudenkäyntikulut näissä prosesseissa ovat keskimäärin 4,5 miljoonan dollarin luokkaa [11] tästä aiheutuu huomattava ongelma. Yritykselle yksittäisenä tapauksena tällaiset oikeudenkäyntikulut voivat hyvinkin olla kannattavaa riskinottoa – varsinkin jos vaakakupissa painaa tuottoisa liiketoiminta jota sääntöjen kiristys tai epämieluisa hallintopäätös häiritsisi. Valtiolle sen sijaan toistuvat haasteet muodostavat jatkuvan kuluerän. Kotimaisissa oikeusistuimissa käytävää haastetta valtio voi hoitaa omin voimin tai kohtuullisten kustannusten puitteissa - varjellakseen mainettaan kansainvälisessä välimiesoikeudessa valtion on ostettava kallista ulkopuolista asiantuntemusta. Kun investoija tietää, että riski joutua maksamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut on suhteellisen pieni hän voi laskea, että heikoin perusteinkin kannattaa kokeilla taipuisiko vastapuoli jos hän ensin uhkaa ja sittemmin jopa nostaa kanteen.

Komissio on esittänyt "häviäjä maksaa"-periaatteen sisällyttämistä myös TTIP-sopimukseen, mutta koska kyseessä on neuvottelu ja "**häviäjä maksaa"-periaate on ristiriidassa Yhdysvaltain hiljattain kansallisen kuulemisjärjestelyn kautta uusitun investointisuojaa koskevan mallisopimuksen kanssa, Yhdysvaltain normaalin oikeuskäytännön kanssa** - jopa siinä määrin että vastakkaista käytäntöä jossa molemmat osapuolet maksavat omat kustannuksensa käytetään kansainvälisesti nimitystä "Amerikkalainen malli" tämän periaatteen päätymistä lopulliseen sopimukseen ei ole varmuutta. Ja vaikka niin kävisikin ei ole mitään varmuutta siitä miten sitä tulkittaisiin. **Milloin kanne olisi todellakin niin selkeästi väärä, että kantaja joutuisi vastaamaan kuluista? Niissäkin sopimuksissa, joissa periaate on olemassa se johtaa harvoin vastapuolen oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen**. Kaikki riippuu siitä missä määrin välimiehet katsovat asian todella olleen niin selvä, että kannetta alun perin olisi pitänyt nostaa. Asiantunteva asianajaja ei tietenkään muotoille kannetta niin, että se olisi ilmeisen perusteettoman näköinen, välimiestuomioistuimen on tehtävä töitä ennen kuin tästä saadaan varmuus – ja haastetun on maksettava asiantunteville asianajajille tämän osoittamiseksi. Useimmiten kantajalla todetaan oleva pätevä syy ainakin jossakin osassa monimutkaista kannetta, jolloin ei ole perustetta velvoittaa edes suurinta osaa kanteestaan hävinnyttä kantajaa maksamaan valtion puolustuksesta koituneita kustannuksia [12] Tällaisessa järjestelmässä valtion on jatkuvasti oltava valmis maksamaan siitä, että se suorittaa normaalia hallinto- ja sääntelytoimintaa, joka kerta kun joku sijoittaja haluaa kokeilla onneaan.

3.2 Kotimaisten normien ja päätösten yhteensopivuus sopimuksen mahdollisten tulkintojen kanssa on vaikeasti arvioitavissa

---

http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf

[11] Yllä mainitun selvityksen keskeiset tunnusluvut löytyvät myös keskitetysti http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take-.aspx

[12] Esimerkiksi Kanadaa koskevista tapauksista löytää kuvaavia esimerkkejä tästä – kustannuksia koskevat päätökset aina tuomion lopussa kuten oheisessa Gallo v. Canada - tapauksen päätöksen kohdassa 358 jossa välimiestuomioistuin toteaa investointiriitojen käytännöksi molempien osapuolten tavanomaisesti hoitavan omat kustannuksensa.
http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0351_0.pdf

Kun yllä mainittuun puolustuskustannusten luomaan paineeseen lisätään se huomattava epävarmuus joka liittyy investointisuojasopimusten tulkintaan, valtion on varauduttava siihen, että valtion silmin jopa ilmeisen perusteettomalta näyttänyt vaade voidaan kansainvälisten välimiesten toimesta tulkita syrjiväksi tai muulla tavoin investointisopimuksen säädöksiä rikkovaksi. Tämä huomattava epävarmuus lisää valtion riskiä ja heikentää sen neuvotteluasemaa. **Virallisilta tahoilta on väitetty, että *investoijat häviävät kaksi kertaa useammin kuin valtio*[13]** – tällöin kuitenkin jätetään huomiotta se, että vaikka kaikista tietoon tulleista tapauksista valtio häviää 25,2% ja sijoittajat 36% prosenttia - tämän lisäksi valtio kuitenkin sopii 25,8% tapauksista kanteen nostaneen sijoittajan kanssa. Sovintosopimuksista on julkisesti tiedossa vain osan sisältämät korvaussummat, mutta tällainen sovinto edellyttää yleensä joko valtion sitoumusta muuttaa käytäntöjään ja/tai sitoumusta maksaa jonkinlainen korvaus.[14] Näin ollen haastetta harkitsevan sijoittajan näkökulmasta korvauksen saamiselle on huomattavasti parempi mahdollisuus kuin pelkästään hävityt/voitetut tapaukset tilastoon katsominen antaa ymmärtää.

Jossain määrin vastaavien sopimusten tulkinnasta kehittyneen oikeusvaltion hallintokäytäntöihin olisi saatavissa Kanadaa koskeneista NAFTA-tapauksista. Alun perin NAFTA-sopimuksen luvussa XI esiintyvän riitojenratkaisun kuviteltiinkin Yhdysvalloissa ja Kanadassa tarvittavan ensi sijassa Meksikon takia – toisin kuitenkin kävi. **On olemassa selkeä vaara, että koska investointisuojasopimukset on aikoinaan keksitty toimivan oikeusjärjestelmän korvikkeeksi heikosti toimivien valtioiden suitsimiseksi – ja tiedossa on, että Yhdysvallat hakisivat TTIP-sopimuksen investointisuojaa ensi sijassa vain joidenkin ongelmallisten EU-valtioiden takia – kuvitellaan, että sopimusta ei tultaisi soveltamaan esimerkiksi Suomea vastaan.** Kanada on joutunut puolustamaan hallintonsa toimintaa ja lainsäädäntöä sijoittajia vastaan niin usein, että hallintoviranomaiset osavaltiotasolla toteavat sen vaikuttaneen julkisen hallinnon tapaan harkita omia hallinto- ja lainsäädäntötoimiaan.[15] Hallintoviranomaiset ovat ikään kuin sisäistäneet haasteiden vaaran ja välttelevät sellaisia toimia joiden ajattelevat voivan johtavan kanteisiin. Eikö sitten turhan sääntelyn hillitseminen ole hyvä asia? On kysyttävä missä määrin tämä aiheuttaa epätasapainoa muiden esimerkiksi asukkaiden eri intressien painoarvossa. Kalliiden, kiusallisten ja työläiden välimiesoikeudenkäyntien myötä hallinto oppii silloin varomaan erityisesti sellaisia toimia, joiden voi olettaa aiheuttavan haasteita. Sama uhka ei koske esimerkiksi toimia jotka haittaavat

---

[13] Ulkoministeriön sivuilla "TTIP: 10 väitettä investointisuojasta" kohta "4. Yritykset voittavat riidat aina Tutkimuksen mukaan valtiot voittavat suurimman osan riidoista. Valtiot voittavat noin kaksi kertaa useammin kuin sijoittajat tapauksissa, jotka päättyvät välitystuomioistuimen päätökseen."
http://finland.org/public/default.aspx?contentid=319718&nodeid=35833&contentlan=1&culture=fi-FI

[14] UNCTAD ilmoittaa 33 sovitun tapauksen sopimussummat: yhdestä miljoonasta miljardiin – useimmat 15 tapausta 10-100 MUSD. Lopuista 66 sovitusta tapauksesta summista ei ole julkaistua tietoa, mutta tilastossa on oma osio keskeytetyille tapauksille, joissa valtio ei ole maksanut korvausta "Decided in favour of neither party (liability found but no damages awarded)"
http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByAmounts

[15] Van Harten, Gus and Scott, Dayna Nadine, *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada* (December 7, 2015). Osgoode Legal Studies Research Paper No. 71/2015. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2700238 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700238

kotimaisia sijoittajia, EU-maista peräisin oleviva sijoittajia, tai työntekijöitä, kuluttajia tai sellaisia aloja joilla ei ole ulkomaista sijoittajaa. TTIP:n kautta toteutuessaan vastaava järjestelmä antaisi siis Yhdysvalloista tulevalle sijoittajalle tehokkaamman mahdollisuuden vaikuttaa hallintoon ja lainsäätäjään kuin EU-maista tulevalle tai kotimaiselle sijoittajalle, kuluttajalle ja veronmaksajalle.

Välimiesmenettelyllä uhkaamista voidaan siis tehokkaasti käyttää poliittisen vaikuttamisen välineenä koska jo pelkästä puolustautumisesta valtiolle koituvat kulut voivat olla huomattavia ja riidan lopputulos on epävarma. **Jopa hävitty riita voi sijoittajalle olla oikeudenkäyntikulujen arvoinen**, jos sillä saadaan muillekin maille perille viesti siitä, että kyseisen toimijan etujen vastainen toiminta poikii kalliin riidan, jossa valtio joutuu vastaamaan ainakin omista kuluistaan vaikka voittaisikin. Logiikka on sama kun nykyään jo väistyvä käytäntö jääkiekossa käytetyistä ”poliiseista” jotka pahoinpitelemällä yhden vastustaja-joukkueen kovana tunnetun jäsenen varoittivat kaikkia muita, vaikka saivatkin pitkän jäähyrangaistuksen. Viestin voisi tiivistää seuraavasti: ”*Meillä on jopa varaa tappion, onko teillä varaa puolustautua meitä vastaan– saatikka hävitä*?” Tämä voisi selittää miksi esimerkiksi tupakkayhtiö Philip Morris oli valmis nostamaan kanteen Australiaa vastaan vaikka saattoi jopa tietää todennäköisesti häviävänsä sen. Viesti muille vastaavaa lainsäädäntöä mahdollisesti valmisteleville vähäväkisemmille maille näkyy ja kuuluu kirkkaasti: – ”Onko teillä varaa samaan tasoiseen puolustukseen kuin Australia joutui käyttämään?” Haasteella uhkaamalla voidaan myös siirtää epämieluisaksi koetun lainsäädännön valmistelua tai voimaansaattamista. Kanadassa valmisteltiin 1994 samankaltaista *’plain packaging*’ lainsäädäntöä kuin Australiassa nyt – silloin Yhdysvaltalainen tupakkateollisuus käytti menestyksekkäästi uhkaa NAFTA-sopimukseen perustuvista korvausvaatimuksista yhtenä painostusvälineenä Kanadan hallitusta vastaan. Tällainen toiminta edellyttää huomattavia resursseja, mutta ei rajoitu pelkästään monikansallisiin tupakkayhtiöihin vaan voisi yhtä hyvin olla toimiva strategia esimerkiksi kaivos- tai muulle teollisuusyritykselle tai yritysyhtymälle, joka yrittää vaikuttaa ympäristölainsäädäntöön tai johonkin muuhun itselleen epäedulliseksi kokemaansa lainsäädäntöön – riippumatta siitä onko kanteella sopimuksen sanamuodon puitteissa menestymisen mahdollisuuksia vai ei. Tähän todennäköiseen kustannusuhkaan ja epävarmaan lopputulokseen perustuukin järjestelmän negatiivinen vaikutus lainsäätäjään ja hallintoon. Tähän perustuu myös ns. ”*bargaining in the shadow of the law*” – ”lain varjossa nevotteleminen”-efekti. **Tilastoitavien tapausten ulkopuolellakin investointisuojasopimusten riitojenratkaisulla uhkailemalla voidaan saada aikaan vaikutuksia ilman, että asia edes nousee julkisuuteen**. Välimiesjärjestelmän käytännöstä muodostuu vaikutelma jonka perusteella tapahtuu huomattava määrä ns. ”lain varjossa” tapahtuvaa vaikuttamista, jossa valtiot voivat joko taipua investoijan vaatimuksiin lainsäädännön tai hallinnon muuttamisella tai maksaa korvauksia, jotka useimmin jäävät täysin mainittujen vertailujen ulkopuolelle. WTO-järjestelmää arvioitaessa todettiin jo aikaisin, että 2/3 kiistoista eivät ikinä etene edes virallisen ilmoituksen tasolle vaan ne sovitaan – sovinnon ehtoihin vaikuttaa silloin osapuolten arvioit omista todennäköisistä mahdollisuuksistaan ja kustannuksistaan kyseisessä riitojenratkaisujärjestelmässä.[16]

[16] Erityisesti kehitysmaiden ja muiden neuvotteluasemaltaan ja resursseiltaan heikompien pelaajien asemasta WTO:ssa katso Marc L. Busch ja Eric Reinhardt

Millä muulla tavalla kuin oikeudenkäyntikustannusten suhteen sijoittaja yhdysvalloista olisi paremmassa asemassa kuin kotimainen tai EU-sijoittaja?

Investointisuojasopimuksen riitojenratkaisu ja vahingonkorvauskäytäntö eroaisi nykyisestä vahingonkorvauslainsäädännöstä

Suomessa vahingonkorvauksen saaminen valtiolta tai julkisyhteisöltä edellyttää pääsääntöisesti seuraavia toimia:

A) **Muutoksenhakuvaatimus**: Ensin mentävä hallintotuomioistuimeen ja haastettava valtion tai julkisyhteisön toiminta:
Vahingonkorvauslaki 3 luku 4 § ”*Jos valtion tai kunnan viranomaisen virheellisen ratkaisun johdosta vahinkoa kärsinyt on pätevättä syyttä jättänyt hakematta muutosta siihen, ei hänellä ole oikeutta saada valtiolta tai kunnalta korvausta vahingosta, jolta hän hakemalla muutosta olisi voinut välttyä*.”

Oikeusministeriö on 2010 julkaistussa Vahingonkorvauslain uudistamista koskevassa selvityksessään tutkinut myös muutoksenhakuvaatimusta (Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuu, Oikeusministeriön julkaisu 59/2010). Selvityksessä ehdotettiin muun muassa muutoksenhakuvaatimuksen kumoamista. Selvitystä seuranneella lausuntokierroksella tämän pykälän kumoamiseen suhtauduttiin kielteisesti.[17] Vahingonkorvauslain uudistaminen on siis vielä kesken ja näyttäisi siltä että kansallisessa lainsäädännössämme olemassa oleva muutoksenhakuvaatimusta ei oltaisi poistamassa mahdollisessa uudessakaan laissa. **Yhdysvalloista tulevalle sijoittajalle investointisuoja kuitenkin antaisi nimenomaan mahdollisuuden ohittaa kotimainen muutoksenhakupakko ja tuomioistuimet kokonaisuudessaan**.

B) **Korvausvaade käräjäoikeudessa**: Vasta kun julkisyhteisön päätökseen tai menettelyyn saadaan tuomioistuimessa muutos, voidaan mennä käräjäoikeuteen vaatimaan vahingonkorvausta. Korvausta voidaan silloin määrätä siitä vahingosta, joka syntyi valtion tai julkisyhteisön toimesta siihen saakka kunnes kyseinen laittomaksi todettu toiminta on lakannut – sen jälkeenhän vahinkoa aiheuttava toimenpide on poistunut, liiketoiminta voi jatkua eikä ole enää mitään syytä maksaa vahingonkorvausta. TTIP-suojaa nauttiva sijoittaja voi saada vahingonkorvausta liiketoiminnan lakkaamisesta johtuvien voittojen toteutumatta jäämisestä.

“Bargaining in the Shadow of the Law: Early Settlement in GATT/WTO Disputes” *Fordham International Law Journal* Vol. 24, Issue 1 2000 Article 9 ISSUE 1 & 2. http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=ilj

[17] http://www.oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/102011julkisyhteisonvahingonkorvausvastuu.lausuntotiivistelma.html

Näin siis toimitaan nykyään ja näin kotimainen tai muusta EU-maasta kotoisin oleva investoija toimisi jatkossakin. Miten TTIP:n luonnoksissa olevan investointisuojasopimuksen mukaan toimisi Yhdysvalloista peräisin oleva investoija? Nykyisen luonnoksen myötä hänen olisi valittava käyttääkö kansallista järjestelmää, vai meneekö kansainvälisen sopimuksen luoman järjestelmän mukaisesti, joka ohittaa kansallisen tuomioistuinjärjestelmän. **Jos Yhdysvaltalainen investoija niin haluaisi, hänen ei tarvitsisi ensin haastaa lainsäädäntöä tai hallinnollista päätöstä vaan voisi suoraan vaatia korvausta vahingosta.** Investointituomioistuin tai välimiestuomioistuin päättäisi samalla siitä rikkooko Suomalainen toiminta sopimuksen normeja vastaan ja päättää sen perustella mahdollisen vahingonkorvauksen määrästä. Tällöin julkisyhteisön tai valtion investoijaa mahdollisesti haittaava toiminta jäisi muodollisesti voimaan, ja korvattavan vahingon määrä laskettaisiin myös siksi sijoituksen arvioidulle tuotolle eikä kuten nyt, siihen saakka kunnes valtio lopettaisi haitallisen toiminnan. ISDS-järjestelmä, myös TTIP-versiossaan sisältää ajatuksen siitä, että kansalliset järjestelmät eivät kykene ulkomaalaista investoijaa syrjimättömään ja oikeudenmukaiseen päätöksentekoon. Investoijan ei siis tarvitse edes yrittää haastaa valtion tai julkisyhteisön toimintaa kansallisen oikeuden puitteissa ja antaa kansallisten tuomioistuinten yrittää ratkaista tilanne. Investoija voi jättää tämän kansallisen oikeuden vaiheen väliin ja vaatia suoraan pelkkää vahingonkorvausta.Tämän takia investointisuojasopimukseen perustavan vahingonkorvauksen aikajänne on huomattavasti pidempi ja korvaus suurempi.

4.Komission ehdotus vähentäisi joitakin ongelmia – mutta sen menestyminen neuvotteluissa hyvin epävarmaa

Komission sinänsä mielenkiintoisen neuvotteluehdotuksen menestymisen mahdollisuudet näyttävät heikoilta. Yhdysvaltain kongressi on tunnetusti yliherkkiä kansainvälisille tuomioistuimille, erityisesti jos ne maksavat jotakin ja mahdollisesti rajoittaisivat Yhdysvaltain tai sen kansalaisten toimintaa. Jo viime syksynä, 29.10 2015 – hyvissä ajoin ennen kuin komissio edes virallisesti ilmoitti uudesta neuvotteluehdotuksesta - Yhdysvaltain pääneuvottelija Michael Froman totesi haastattelussa,[18] ettei usko kongressin hyväksyvän tällaista tuomioistuinta. Tämä johtuu osittain siitä, ettei Yhdysvallat – toisin kuin Kanada - tähän saakka ole hävinnyt yhtäkään tapausta. Siksi EU:n jäsenmaiden kansanedustajien on syytä valmistautua myös siihen, että TTIP-sopimuksen lopullisessa versiossa päädytään aikaisempaan ”perusversioon” välimiesmenettelystä kaikkine ongelmineen. Komission nykyiseen mandaattiin sisältyy määräys neuvotella riitojenratkaisusta investointikiistoille, mutta ei tarkalleen millaista ja tätä mandaattia ei ole muutettu.

Mikäli Komission ehdottama tuomioistuin selviää neuvotteluista Yhdysvaltojen kanssa sopimuksen lopulliseen versioon olisi sen vielä selvittävä sekä EUP:sta, kansallisista parlamenteista, että lopulta vielä EU-tuomioistuimeen hyvin suurella todennäköisyydellä tulevista kanteista siitä, että se on ristiriidassa EU:n tuomioistuimen toimivallan kanssa. Komission ehdottama tuomioistuin perustaisi EU:n tuomioistuimen kanssa ainakin osittain päällekkäisen tuomiovallan omaavan tuomioistuimen mikä Euroopan Ihmisoikeustuomioistuinta koskeva lausunto 2/13

[18] http://www.reuters.com/article/us-trade-ttip-idUSKCN0SN2LH20151029

huomioon ottaen on omiaan aiheuttamaan hankaluuksia.[19] Jos se selviäisi tästä se voisi vuosien saatossa muodostuvalla oikeuskäytännöllään myötävaikuttamaan parempaan ennakoitavuuteen koska ajan myötä pysyvämpi tuomioistuin voisi vakauttaa sopimuksen tulkintaa ja edistää ennakoitavuutta paremmin kuin alati vaihtuvat välimiehet. Tämänkaltainen kehitys vie kuitenkin vuosia – WTO:ssa on vieläkin 20 WTO-vuoden ja sitä edeltävien GATT vuosikymmenten jälkeen keskeisiä kysymyksiä ratkaisematta, jotka vaikuttavat siihen tapaan millä jäsenmaat voivat säädellä ulkomaankauppaansa.

Komission ehdottamassa mallissa esimerkiksi tuomareiden pysyvyys ja esteellisyyttä koskevat säännöt ovat myös askel oikeaan suuntaan. Välimiestuomioistuimissa tuomarina toimivan mahdollisuus vaihtaa takaisin osapuolen asianajajaksi samankaltaisessa tapauksessa ei edistä välimiesoikeusjärjestelmän uskottavuutta. Toisaalta tämäkin uusi tuomioistuinrakennelma olisi välttämätön vain, jos todella katsotaan, etteivät olemassa olevat kansalliset oikeussuojakeinot ole riittäviä.

Tribunaalin jäsenten valinta sopimusosapuolten toimesta + mahdollinen sopimustulkintakomitea + häviäjä maksaa periaatteen tiukempi soveltaminen = ajan mittaan mahdollisesti yhtenäisempi sopimustulkinta?

Järjestelmä ei sinänsä vähentäisi riitojen osapuolille koituvia kustannuksia – mutta voisiko toisenlainen tapa valita välimiehiä vaikuttaa esimerkiksi häviäjä maksaa periaatteen määrätietoisempaan käyttöön tai muihin keskeisimpiin vaikeasti ennakoitaviin sopimusmääräyksiin? Komission ehdotuksessa riitoja ratkaisevat välimiehet valittaisiin vakituisemmalta listalta jonka kokoonpanon sopimusvaltiot määrittelisivät jo etukäteen. Tässä siis välimiehet valittaisiin etukäteen sopimusvaltioiden toimesta, eikä jokaista riitaa varten erikseen ja osittain sijoittajan toimesta. Asetelma on jossain määrin erilainen verrattuna tilanteeseen, jossa välimiehet ovat ensisijaisesti vapaita konsultteja ja asianajajia joiden toimeentulo on riippuvaista sijoittajien aloitteesta tehtävistä haasteista ja näiden samaisten sijoittajien neuvomisesta. Tribunaalin jäseniksi valittavat henkilöt eivät ainakaan toimikaudellaan voisi toimia minkään osapuolen asianajajina jolloin tämä voisi ainakin teoriassa mahdollistaa häviäjä maksaa periaatteen ponnekkaamman toimeenpanon? Tämä edellyttäisi tribunaalin jäsenille enemmän tuomarinviran kaltaista uranäkymää kuin sijoittaja-asiakkaiden asianajajauran jatkamista. Jos tähän lisätään CETA-sopimukseen ja NAFTA-sopimuksessakin artiklassa 1131 esiintyvä sopimusosapuolten tulkintakomitea jolla pyritään ohjaamaan sopimuksen sanamuotojen tulkintaa sopimusvaltioiden toiveiden mukaisesti voitaisiin kuvitella, että oikeuskäytännöstä muodostuisi ennakoitavampi, mutta esimerkiksi NAFTA-sopimuksen käytännössä välimiehet ovat myös suhtautuneet välinpitämättömästi näihin tulkintoihin katsoen niitä valtioiden pyrkimyksinä vaikuttaa välimiesprosessiin jälkikäteen. Jos TTIP:issä toteutuisi ICS-malli sopijavaltiot myös valitsisivat välimiehet jolloin, heidän voisi kuvitella noudattavan sopimusvaltioiden tahtoa tarkemmin kuin NAFTA-järjestelmässä jossa ei ole etukäteen valittua tribunaalia vaan sijoittajat osallistuvat välimiesten valintaan.

[19] http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FI&cid=221992

Lopuksi on kuitenkin kysyttävä **onko katsottava, että investoijan oikeussuoja on EU-jäsenmaissa yleensä ja Suomessa erityisesti niin heikko, että olisi välttämätöntä luoda oikeusjärjestyksemme yläpuolelle erillinen välimies- tai investointituomioistuinjärjestelmä kun otetaan huomioon mahdolliset kustannukset ja muut haittavaikutukset jäsenvaltioille?**