HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

25 toukokuuta 2016

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

Lausunto

1) Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden sekä Yhdysvaltojen välisen kauppa- ja investointikumppanuussopimuksen neuvottelemisesta (TTIP-sopimus, (U 21/2016 vp),

2) Valtioneuvoston selvitys: Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden sekä Kanadan välisen vapaakauppasopimuksen (CETA) oikeudellinen tarkastus (E 32/2016 vp).

Erityisesti investointisuojaa koskevien määräysten osalta

1. Syntynyt tilanne 1
2. Uuden esityksen investointisuojaa koskevan esityksen pääkohdat 3
3. Uuden esityksen puutteet 3
4. CETA-sopimuksen muuttaminen vastaamaan komission TTIP-sopimukseen ehdottamaa muutosta – käsittelyjärjestys 4
5. Tärkein perustuslaillinen ongelma: julkisen vallan tehtävien arvioinnin siirtäminen Suomen (ja EU:n) ulkopuolelle 5
6. Kannanotto 7

1. Syntynyt tilanne.

EU:n ja Yhdysvaltain väliseen vapaakauppasopimukseen ehdotettu investointiriitojen ratkaisujärjestelmä synnytti vuosien 2014-15 aikana

Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights

P.O. Box 4 (Yliopistonkatu 3), 00014 University of Helsinki
Telephone +358 9 191 23140, Telefax +358 9 191 23076
E-mail firstname.surname@helsinki.fi, intlaw-institute@helsinki.fi
www.helsinki.fi/eci

Euroopassa ja Yhdysvalloissa voimakkaan kansalaisliikkeen. Niin sanottu ISDS (”investor-state dispute settlement”) – järjestelmä puuttui olennaisesti julkisen vallan säätelyoikeuteen keskeisillä yhteiskuntaelämän aloilla. Järjestelmä antoi yksityiselle amerikkalaissijoittajalle oikeuden viedä tämän asemaan vaikuttava lainsäädäntö, viranomaistoimi ja tuomioistuinratkaisu kansainväliseen välimiesmenettelyyn, jossa valtiolta olisi voitu vaatia suuria korvauksia sijoittajan saamatta jääneestä voitosta. Tämä olisi voinut aiheuttaa . ns. ”regulatory freeze” –ilmiön – kansallisen säätelyn ainakin osittaisen ”jäädyttämisen” siihen tilaan, jossa se oli sijoittajan tullessa maahan. Kritiikki kohdistui sekä menettelyllisiin että sisällöllisiin näkökohtiin: Miksi korkeatasoiset eurooppalaiset ja amerikkalaiset tuomioistuimet haluttiin syrjäyttää? Miksi amerikkalaiset sijoittajat asetettaisiin kotimaisia (tai EU:n) sijoittajia parempaan asemaan? Miksi näille annettaisiin valitusoikeus viranomaisten, ml tuomioistuinten päätöksistä, muttei kotimaisille toimijoille? Välimiehet valittaisiin pienestä kansainvälisistä asiantuntijajoukosta, jotka toimivat (toisin kuin tuomarit) ilman virkavastuuta. Mitä päätöksissä noudatettava ”reilun pelin” (”fair and equitable treatment”, FET) kohtelu oikeastaan merkitsi? Käytäntö oli osoittanut (ISDS-ratkaisuja on kansainvälisesti tehty noin 370 kappaletta) että ratkaisut ovat usein ristiriitaisia ja huonosti perusteltuja. Kaupallisiin tarkoituksiin kehitetty välimiesmenettely ei soveltunut julkishallinnon toimien arvioimiseen. Se oli usein ei-julkista ja tapahtui ulkomaisten huippulakimiesten välisenä prosessina. Miten nämä saattoivat arvioida kansallisen säätelyn legitiimisyyttä? Paljon julkisuutta saaneet Philip Morrisin ja Vattenfall- yhtiön miljardikanteet osoittivat järjestelmän puuttuvan epäoikeudenmukaisesti valtion terveydenhuolto-, ympäristö- ja energiapolitiikkaan.

Komissio avasi kesällä 2014 julkisen kuulemisen asiasta. Lähes 150.000 eurooppalaistahoa ilmaisi mielipiteensä suunnitellusta järjestelmästä. Lausunnoista yli 90 % oli ehdotukselle osin tai täysin kielteisiä.[1] Niinpä komissaari Malmström totesi esitellessään toukokuussa 2015 komission uuden, nyt käsittelyssä olevan ehdotuksen, ettei vanhalla ISDS-järjestelmällä ollut EU:ssa kannatusta. Huoli kansallisen lainsäädännön asemasta oli suuri, eikä ISDS-menettelyn tasapuolisuuteen luotettu. Hän halusi kehittää uuden, ”modernin” investoitusuojan järjestelmän.

[1] Ks http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Tämä johdosta komissio uudisti investointisuojaa koskevan esityksensä TTIP-sopimukseen. Uudistustettua ehdotusta vastaavat määräykset otettiin myös Kanadan kanssa jo vuonna 2014 neuvoteltuun kauppa- ja investointisopimukseen (CETA-sopimus)

2. Uuden investointisuojaa koskevan esityksen pääkohdat

Uudessa esityksessä, jota TTIP-sopimuksen osalta on selostettu UM:n muistiossa 08.10.2015 ja nyt Kanadan kanssa tehtävän sopimuksen osalta muistiossa 30.03.2016 perustettaisiin pysyvistä jäsenistä koostuva investointituomioistuin, jonka päätöksistä on valitusoikeus. Menettely on avointa ja sovellettavaa ””FET”-standardia on täsmennetty. Samoin on täsmennetty valtiolle kuuluvaa säätelyoikeutta sekä kiistanalaista ”epäsuoran pakko-oton” käsitettä. Täsmennykset otettaisiin myös Kanadan kanssa neuvoteltuun CETA-sopimukseen. Niillä puututaan ISDS-menettelyn kiistanalaisiin kohtiin. Esityksen pääkohdat on yksityiskohtaisemmin esitelty UM:n perusmuistiossa 08.10.2015

Mutta niillä ei poisteta yksityisen sijoittajan ja valtion väliseen menettelyyn liittyvää olennaisinta ongelmaa.

3. Uuden esityksen puutteet

Komission uusi esitys vastaa moniin alkuperäiseen esitykseen kohdistetuista kritiikeistä. Se ei kuitenkaan poista siihen sisältyvää pääongelmaa – ulkomaisen (tässä tapauksessa amerikkalaisen) sijoittajan neuvotteluvoiman olennaista vahvistamista suhteessa jäsenvaltioon ja kotimaisiin taloudellisiin toimijoihin. Amerikkalainen sijoittaja voi edelleen vaatia, että ellei valtion tai kunnan viranomainen ota huomioon amerikkalaisen sijoittajan näkökohtia valmistellessaan uutta lakia tai viranomaistointa (esimerkiksi terveydenhuollon, teollisuuspolitiikan tai työlainsäädännön tai ympäristönsuojelun alalla), tämä tulee haastamaan viranomaisen perustettavaan investointituomioistuimeen. Menettely on edelleen yksipuolinen ja kallis. EU tai jäsenvaltio ei edelleenkään voisi kohdistaa kannetta sijoittajaan. Kanneoikeutta ei myöskään ole suomalaisella tai muulla EU:n sijoittajalla. *Amerikkalainen toimija asetetaan olennaisesti EU:n toimijaa parempaan asemaan*. Myös tuomioistuimen sovellettava oikeus tulee poikkeamaan kansallisesta ja EU:n oikeudesta. Reilun kohtelun periaate” (”fair and equitable treatment, FET”) on edelleen yleisluontoinen ja epämääräinen standardi joka kansainvälisessä

välimieskäytännössä on johtanut toisistaan poikkeaviin ratkaisuihin. Täsmennyksetkään eivät poista ”creative lawyering” –ongelmaa – siis sitä, että tekstiä voidaan kumminkin käyttää julkisen vallan toimiin puuttumiseksi tavalla joka on epätasapuolinen ja epädemokraattinen.

4. CETA-sopimuksen muuttaminen vastaamaan komission TTIP-sopimukseen ehdottamaa muutosta - käsittelyjärjestys

Komission ja Kanadan välillä on sovittu näiden aiemmin laatiman CETA-sopimuksen sisällön muuttamiseksi vastaamaan komission TTIP-sopimukseen esittämiä muutoksia. Muutos oli Kanadan hallituksen vaihtumisen jälkeen odotettu ja vastaa vuoden 2014 julkisen kuulemisen tulosta. Ministeriön muistion mukaan komissio esitti näitä muutoksia ”poikkeuksellisesti” ja että Suomi (siis UM) ja muut jäsenmaat saivat asiasta tiedon ”vain muutama tunti aiemmin”. Väite heijastaa UM:n taholta jatkuvasti esiintuotua skeptisyyttä kansalaiskuulemisen tuloksiin ja monien asiantuntijoiden kantoihin. Komission muutettua kantaansa TTIP-sopimukseen, oli myös CETA-sopimusta oli muutettava. Tämä oli selvää ja yleisesti tiedossa.

Investointisuojaan kohdistuva merkittävä vastustus kohdistuu sekä CETA- että TTIP-sopimukseen samansisältöisenä. Siksi ei ole syytä ajatella, että CETA-sopimus hyväksyttäisiin ensin, koska sen sisältö on saatu valmiiksi ensin. Kysymyksessä on erittäin merkittävä periaatteellinen ratkaisu, jota koskeva keskustelu on kohdistunut merkitykseltään ylivoimaisesti tärkeämpään näistä kahdesta sopimuksesta, siis TTIP-sopimukseen.

On siksi tärkeää, että ratkaisu tehdään periaatetasolla ensin TTIP-sopimuksen suhteen.

5. Tärkein perustuslaillinen ongelma: julkisen vallan tehtävien arvioinnin siirtäminen Suomen (ja EU:n) ulkopuolelle

Investointisuojan perustuslaillinen merkitys on siinä, että sillä luodaan Eurooppaan (ja Yhdysvaltoihin) uusi, kansallisen ja EU-oikeuden ulkopuolinen oikeusjärjestys, joka on avoinna ainoastaan toisen osapuolen sijoittajille. Amerikkalaiset sijoittajat tuodaan mukaan Eurooppalaiseen hallinto- ja tuomioistuintoimintaan antamalla heille mahdollisuus viedä

itseään koskevien kysymysten käsittely välimiesmenettelyyn tai esitettyyn tuomioistuimeen. Järjestelmä on verrannollinen (ja sitä on verrattu) kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin – kuitenkin sillä olennaisella erolla, että ihmisoikeusjärjestelmässä kantajan on käytettävä loppuun kansalliset oikeuskeinot ennen valituksen kansainvälistä käsittelyä. Sijoittaja voisi viedä oikeusriidan kansainväliseen menettelyyn tarvitsematta alistaa asiaansa kotimaiselle elimelle. Amerikkalaiset (ja vain amerikkalaiset) sijoittajat asetetaan näin eräänlaiseen julkisen vallan toiminnan valvojan rooliin.

Julkisuudessa ovat runsaasti tilaa saaneet yleisöä hätkähdyttäneet oikeustapaukset, Philip Morris –yhtiön Australiaa ja Uruguayta vastaan nostama kanne maiden uutta tupakkamainontaa koskevaa lainsäädäntöä vastaan sekä ruotsalaisen Vattenfall-yhtiön Saksaa vastaan ajamat kanteet koskien uusia ympäristömääräyksiä sekä ydinvoiman alasajoa Fukushiman onnettomuuden jälkeen. Nämä satojen miljoonien ja jopa miljardien eurojen suuruiset julkiseen valtaan kohdistuneet korvauskanteet ovat nostaneet merkittävän vastustuksen koko järjestelmää vastaan Euroopassa. Tärkeintä eivät kuitenkaan ole yksittäisiin tapauksiin kohdistuvat ongelmat.

> Tärkeintä on, että mikäli sopimus tulee voimaan suunnitellussa muodossa, voivat amerikkalaiset sijoittajat Euroopassa vaatia, että eurooppalaiset lait, tuomioistuinratkaisut tai hallintopäätökset saatetaan ulkomaisten välimiesten tai tuomarien arvioitaviksi. Jo tämän mahdollisuuden olemassaolo *tarjoaa tilaisuuden painostaa viranomaisia*, joiden on otettava huomioon mm. että keskimääräinen kustannus menettelyyn osallistumisesta on arvioitu n. 8 miljoonaan dollariin. Näin muutetaan olennaisesti julkisen vallan ja amerikkalaisten sijoittajien neuvottelutasapainoa jälkimmäisen eduksi.

Investointisuojan on väitetty tuovan Eurooppaan ja ehkäpä myös Suomeen esimerkiksi amerikkalaisia kaivos- tai IT-alan yrittäjiä, jotka tarjoaisivat työllisyyttä ja hyvinvointia paikkakunnille, joihin ne asettautuisivat. On kuitenkin hyvin epävarmaa, vaikuttaisiko investointisuojan olemassaolo Suomea koskevaan bona fide sijoittautumispäätökseen. Tutkimusten mukaan kohdemaan olojen yleinen vakaus on ensisijainen sijoituspäätökseen vaikuttava tekijä. Toiseksi, järjestelmästä eniten hyötyisivät amerikkalaiset sijoitus- ja eläkeyhtiöt, jotka sijoittamalla

suomalaisiin yhtiöihin saisivat mahdollisuuden painostaa suomalaisia viranomaisia tehtäessä yhtiöiden toimialaa koskevia hallintopäätöksiä.

Esimerkiksi voidaan ottaa tärkeimmät suomalaiset yksityiset terveydenhoitoalan yritykset Mehiläinen, Attendo ja Terveystalo. Jos TTIP-sopimuksen voimaan tullessa näiden omistajien joukossa olisi amerikkalaisia eläkesäätiöitä tai sijoitusyhtiöitä (mikä voisi olla hyvinkin mahdollista), "lukitsisi" tämä Suomen valtion mahdollisuuden itsenäisesti säädellä sosiaali- ja terveysalaa. Jos valtio muuttaisi toimintaa tai kajoaisi siitä saataviin voittoihin, voisivat yhtiöiden amerikkalaiset osakkeenomistajat hakea valtiolta korvausta välimiesmenettelyssä. Ei tietenkään ole takeita siitä, että kanne menestyisi. Tärkeää onkin vain, että uhkaamalla juttujen nostamisella, saisivat amerikkalaistahot vahvan painostuskeinon suomalaista hallintoviranomaista ja lainsäätäjää kohtaan. *Tällaista keinoa ei suomalaisella tai eurooppalaisella osakkeenomistajalla olisi*.

Esityksen voimaantulolla esitetyssä muodossa olisi monia käytännön vaikutuksia. Esimerkkinä voidaan käyttää ns. Achmea-tapausta muutaman vuoden takaa. Kysymyksessä hollantilainen vakuutusyhtiö oli tullut Slovakian sairasvakuutusmarkkinoille niiden yksityistämisen yhteydessä vuonna 2004. Vuonna 2006 Slovakian hallituksen vaihdon yhteydessä laadittu uusi lainsäädäntö rajoitti ulkomaisen yhtiön mahdollisuutta voittojen kotiuttamiseen. Hollannin ja Slovakian välillä oli investointisuojasopimus. Achmea vei Slovakian välimiesmenettelyyn. Slovakia velvoitettiin korvaamaan Achmealle 22 miljoonaa euroa. Kun Slovakia ei tähän suostunut Achmea sai luxembourgilaiselta tuomioistuimelta päätöksen, jossa jäädytettiin maan Luxembourgissa olevat varat 30 miljoonan euron edestä.

Toisena esimerkkinä voi mainita vireillä olevan amerikkalaisen Eli Lilly – lääkeyhtiön Kanadaa vastaan nostama kanne Nafta-sopimuksen alaisuudessa vuonna 2014. Naftan (Pohjois-Amerikan vapaakauppa-alueen) sopimukseen sisältyy investointisuoja. Eli Lilly oli hakenut lääkepatenttia, jota ei kuitenkaan ollut myönnetty. Yhtiö valitti asiasta Kanadan korkeinta oikeutta myöten, mutta korkein oikeus totesi, että Kanadan laki ei anna vaadittua patenttisuojaa. Niinpä Eli Lilly nosti välimiesjutun väittäen, että Kanadan laki on "arbitrary and discriminatory" ja vaatii Kanadalta korvauksia 500 miljoonaa Kanadan dollaria (n. 350 miljoonaa euroa). *Menettely toimi eräänlaisena korkeimpana valitusasteena.*

Ei ole syytä epäillä, ettei kanteita esitettäisi. Esimerkiksi Nafta-järjestelmän alaisuudessa Kanadaan on kohdistettu 35 kannetta, jotka ovat koskeneet mm. lääkepatentteja, jätteenkäsittelyä, postilaitosta, kasvimyrkkyjen säätelyä, kaivosoikeuksia, verolakeja, ympäristön tilan arviointeja, rajoituksia yksityiseen terveydenhuoltoon ja sähköntuotantoa.

6. Kannanotto

Komission uusi esitys on vanhaa parempi.

Kuitenkin uudenkin esityksen ytimessä on pyrkimys ratkaista investointeja koskevat riidat muualla kuin kansallisessa menettelyssä. Amerikkalaisille sijoittajille annettaisiin edelleen mahdollisuus viedä uudet kansalliset lait, viranomaispäätökset tai tuomioistuinratkaisut arvioitaviksi ylikansalliseen elimeen. Näin luodaan amerikkalaisille sijoittajille – mukaan lukien eläkesäätiöille ja sijoitusyhtiöille – mahdollisuus painostaa eurooppalaisia viranomaisia. Vaikka investoijan ja valtion oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat määräykset on kirjoitettu entistä paremmin, ei vieläkään ole esitetty hyvää syytä sille, miksi valtiossa toimivan sijoittajan ja valtion elinten väliset oikeusriidat pitäisi ratkaista muualla kuin kansallisissa tuomioistuimissa.

Missään vaiheessa ei ole edes esitetty että eurooppalainen tai amerikkalainen oikeuskäytäntö olisi rakenteellisesti ulkopuolisia syrjivää. Päinvastoin, kaikki tietävät, että amerikkalainen ja eurooppalainen oikeuskäytäntö on yleisesti korkeatasoista ja puolueetonta. Esityksen tavoitteena on vain vapauttaa kansainvälinen sijoitustoiminta sijoitusten kohdemaiden julkisesta vallasta. (Huoli puolueettomuuden tai asiantuntemuksen puutteesta koskee itse asiassa vain eräitä uusia EU:n itäisiä jäsenvaltioita).

Paras ratkaisu olisi, että osapuolet yksinkertaisesti ilmaisivat luottamuksensa tuomioistuintensa kykyyn ratkaista investointiriidat. Erityisessä tilanteessa valtiot voisivat sopia, että riita ratkaistaisiin perinteisessä valtioiden välisessä välimiesmenettelyssä.

Mikäli tuomioistuin kaikesta huolimatta haluttaisiin perustaa, tulisi luonnosta korjata seuraavasti:

1) Luonnokseen tulisi ottaa kansallisten oikeuskeinojen käyttö (ns, exhaustion of local remedies) –sääntö. Kotimaisille elimille tulisi varata aina ensisijainen mahdollisuus arvioida sitä, rikkoko julkisen vallan toimi valtion sijoittajaan kohdistuvia velvoitteita. Tämä periaate on hyväksytty esimerkiksi Euroopan neuvoston ihmisoikeusjärjestelmässä. Valitus otetaan käsittelyyn vain, mikäli valittaja on ensin käyttänyt kansalliset oikeustiet loppuun. *Ei ole mitään hyvää syytä tarjota kansainvälisille sijoittajille parempaa valitustietä kuin yksittäisille ihmisille*;
2) Luonnokseen tulisi ottaa määräys, jonka mukaan asianomaiset valtiot voisivat niin halutessaan estää kanteen käsittelyn kansainvälisessä elimessä ja ohjata sen yksinomaan kansalliseen menettelyyn, milloin kysymys on kansallisen lain tai viranomaispäätöksen tulkinnasta;
3) Mikäli on pelkoa kansallisen tuomioistuimen luotettavuudesta, voisi sijoittaja tai tämän kotivaltio erillisellä sopimuksella kuitenkin saattaa yksittäistapausta koskevan riidan kansainväliseen elimeen;
4) Luonnoksessa tulisi määrätä, että sopimuspuolet voivat tuomioistuinta sitovasti ja menettelyn missä tahansa vaiheessa määrittää, mitä luonnoksen eri termit tarkoittavat;
5) Luonnokseen tulisi sisällyttää sekä EU:n että Yhdysvaltain elinten hyväksymä periaate, jonka mukaan ulkomaiselle sijoittajalle ei saisi tarjota parempaa suojaa kuin mitä korkeatasoinen kotimainen lainsäädäntö tarjoaa jo nyt. Periaate on ilmaistu EUn asetuksessa 912/2014 (23/7/2014) seuraavasti:

> “Unionin sopimuksissa olisi tarjottava ulkomaisille sijoittajille sama korkea suojelun taso muttei kuitenkaan korkeampaa suojelun tasoa kuin se, joka unionin lainsäädännössä ja jäsenvaltioiden lainsäädännön yhteisissä yleisissä periaatteissa tarjotaan unionista peräisin oleville sijoittajille. Unionin sopimuksissa olisi huolehdittava siitä, että unionin lainsäädäntövaltaa ja sääntelyoikeutta kunnioitetaan ja että ne turvataan”. (Johdanto 4. Kpl)

Martti Koskenniemi, FBA
akatemiaprofessori (Helsingin yliopisto)

