Toimitan ohessa Eduskunnan Lakivaliokunnalle 21.11.2017 pyydetyn lausuntoni asiaan HE 149/2017 vp Hallituksen esitys eduskunnalle Kanadan sekä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välisen laaja-alaisen talous- ja kauppasopimuksen hyväksymiseksi ja voimaansaattamiseksi CETA

Kunnioittavasti,

Helsingissä 27 marraskuuta 2017

Martin Björklund
Yliopisto-opettaja, tutkija
Svenska social- och kommunalhögskolan
Oikeustieteellinen tiedekunta
Helsingin Yliopisto

Martin.bjorklund@helsinki.fi

Edellisessä 16.3.2016 päivätyssä lausunnossani Lakivaliokunnalle asiassa E 43/2013 vp viittasin Suuren Valiokunnan ja Valtiovarainvaliokunta (SuVL 1/2014 vp, VaVL 3/2014 vp) siihen asiaan liittyviin lausuntoihin joissa molemmat olivat pitäneet ehdottoman tärkeänä tavoitteenaan, että TTIP sopimuksen investointeja koskeva riitojenratkaisu ei saisi vaarantaa lainsäädännön kehittämistä ja että riitojenratkaisumenettelyn väärinkäytön mahdollisuudet minimoidaan. SuV ja UaV totesivat aiheesta myös että

”***kehittyneissä oikeusjärjestelmissä riitojenratkaisumenettelyllä ei ole oikeusturvan saatavuuden kannalta vastaavaa lisäarvoa kuin aikaisemmin kehitysmaiden kanssa solmituissa investointisuojasopimuksissa”***

”***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***. “

Komissio ei vieläkään ole osoittanut miksi ICS-järjestelmää tarvittaisiin Canadan ja EU:n ja sen jäsenmaiden investointien turvaamiseen. Vain häviävän pieni osa sopimuksen osapuolten toisissaan tekemistä investoinneista nauttivat tällä hetkellä tällaista suojaa, ja on syytä kysyä oliko todella välttämätöntä saada tämä ilman suojaa tähän saakka ilmeisen hyvin pärjännyt osuus investointisuojan piiriin. Ei ole myöskään voitu osoittaa, että tällaisen suojan antaminen kahden kehittyneen oikeusvaltioperiaatetta noudattavan kauppakumppanin välillä merkittävästi edistäisi investointien tekemistä sen yli mitä pelkkä vapaakauppasopimus tekee.[1] Pikemmin kuin sijoittajien todellisten tarpeiden turvaamisessa syitä on haettava Komission halusta saada EU:n jäsenmaiden investointisuojasopimusten kirjo selkiytettyä ja yhteisen järjestelmän alaisuuteen. Sisäisen johdonmukaisuuden takia olemme nyt siirtymässä järjestelmään jonka vaikutuksia ei ole perusteellisesti arvioitu.

Kaikkine parannuksineen ja parannusyrityksineenkin CETA-sopimukseen sisällytetty investointiriitoja koskeva riitojenratkaisujärjestelmä antaa nykymuodossaan Kanadalaiselle investoijalle Suomessa **oikeuden sivuuttaa kansallinen oikeusjärjestelmämme**, ikään kuin se olisi liian epäluotettava käsittelemään ulkomaisen toimijan kannetta oikeudenmukaisesti. Lisäksi se antaa Kanadalaiselle investoijalle mahdollisuuden vaatia vahingonkorvausta

---

[1] Transatlantic Investment Treaty Protection
Lauge Poulsen, Jonathan Bonnitcha and Jason Yackee
Paper No. 3 in the Center for European Policy Studies – Center for Transatlantic Relations Project on “TTIP in the Balance’’ and CEPS Special Report No. 102 / March 2015
https://www.ceps.eu/system/files/SR102_ISDS.pdf

sellaisesta hallintopäätöksestä tai lainsäädännön tulkinnasta jota ei ole todettu rikkovan Suomen lakia tai perustuslaillisia perusoikeuksia. Tämä ei ole mahdollista kotimaiselle tai esimerkiksi muusta EU-valtiosta peräisin olevalle valittajalle, jonka tulee jatkossakin ensin edetä normaalissa hallinto-oikeuden mukaisessa järjestyksessä tarvittaessa Korkeimman Hallinto-oikeuden kautta ja osoittaa esimerkiksi hallintopäätöksen olevan laiton. Vasta kun tästä on saatu langettava päätös voi Suomalainen tai EU-sijoittaja erillisellä kanteella vaatia korvausta kärsitystä vahingosta. (Vahingonkorvauslaki 3 Luku 4§) Tämän lisäksi kotimaisen vahingonkorvausjärjestelmämme puitteissa toimiva valittaja saa korvausta *"vain, milloin toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu*." (Vahingonkorvauslaki 3 Luku 2§)
Koska näin on HE 149/2017 vp sivulla 60 esitetty väite *"CETA-sopimus ei johda ulkomaisten sijoitusten parempaan kohteluun kotimaisiin sijoituksiin nähden*." asettuu kyseenalaiseen valoon.

Onkin kysyttävä **miksi nyt hyväksyttäväksi esitettävässä sopimuksessa ei toimita kuten esimerkiksi Euroopan Ihmisoikeussopimuksessa jossa valittajan on ensin käytettävä olemassa olevia kansallisia oikeussuojakeinoja**? Vastavuoroisuusargumentti edellyttäisi, että Suomalaiset tai muista EU-maista tulleet sijoittajat olisivat kokeneet Kanadassa tulleensa syrjityiksi tavalla, joka edellyttäisi kansallisen oikeusturvajärjestelmän sivuuttamista. Tällaista ei kuitenkaan ole väitetty missään niistä selvityksistä joita esimerkiksi Komissio tai Ulkoministeriö on esittänyt tämän riitojenratkaisujärjestelmän puolesta.

Mikäli ehdotetulla riitojenratkaisulla ei voisi olla mitään negatiivisia vaikutuksia tällä ei tietysti olisi mitään väliä. Investointisuojajärjestelmien riitojenratkaisun käyttöön ottaneissa maissa on kuitenkin havaittu, että alun perin lähinnä symboliseksi ja täysin vaarattomaksi ajatellusta riitojenratkaisusta onkin muodostunut huomattava painostuskeino ja tätä kautta huomattava sekä taloudellinen taakka, että hallintoa ja lainsäädäntöä jähmettävä ongelma. Yleensä tähän havahdutaan vasta kun valtioon kohdistuu ensimmäinen sopimuspohjainen haaste.[2] Näin kävi myös Kanadalle NAFTA-sopimuksessa.[3] Suomen kohdalla näin ei ole käynyt vielä koska meidän n. 80 olemassa olevaa sopimustamme ovat ensisijaisesti olleet sellaisten maiden kanssa joista ei ole tullut Suomeen mainittavia investointeja, jolloin myöskään riidan riskiä ei ole ollut. (Katso 16.3.2016 päivätty lausuntonii LaV:lle TTIP-sopimuksesta)

---

[2] Poulsen, Lauge Skovgaard; "*When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning*" http://eprints.lse.ac.uk/45035/1/When%20the%20Claim%20Hits%20(LSERO).pdf

[3] 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

Kanada on tässä yhteydessä erilainen sopimuskumppani kuin kehitysmaat ja Kanadalaisten sijoittajien tiedetään jo toimivan aloilla joilla on myös Suomen kannalta merkitystä. Tämän takia tilanne todennäköisesti muuttuu CETA-sopimuksen myötä myös meidän kannaltamme. Voimme esimerkiksi kysyä miten investointisuojaa tulevat jatkossa käyttämään Kanadalaiset sijoittajat alalla jolla Kanada on suhteellisen suuri investoija eli kaivosteollisuudessa? Olemme viime vuosina voineet seurata Talvivaaran ja sitä seuranneiden yritysten ongelmia ympäristösuojelulainsäädännön toimeenpanon kanssa. Parhaillaan alkuperäisen kaivosyhtiön johtoa vastaan käydään oikeutta ympäristörikoksista. On siis ollut ilmeisen vaikeata saada kotimainen yritys seuraamaan olemassa olevaa ympäristölainsäädäntöä.

CETA sopimukseen sisällytetty ICS-järjestelmä ja eräät sopimuksen substanssiin sisällytetyt valtioiden sääntelyvaltaa koskevat kirjaukset edustavat edistystä perinteisiin ISDS-sopimuksiin verrattuna, mutta tiedämmekö miten CETA sopimuksen investointisuoja ja siihen sisältyvä riitojenratkaisujärjestely vaikuttaisi Suomen tämänhetkisten säädösten ja hallinnollisten toimintatapojen ja resurssien puitteissa? Ennen Suomen liittymistä riitojenratkaisujärjestelmiin joista oli odotettavissa yksilökanteita ja joiden perusteella oli todennäköistä joutua kompensoimaan valittajaa taloudellisesti Suomi on suorittanut erittäin laajoja kansallisen oikeusjärjestyksen tarkasteluja. Näin toimittiin esimerkiksi Euroopan Ihmisoikeussopimukseen liityttäessä.[4] On ehkä katsottu että Suomella on jo ollut näitä sopimuksia vuosikymmeniä, jolloin muutos ei periaatteellisella tasolla olisi kovin suuri. Edellä mainitsemieni todellista sijoitustoimintaa koskevista syistä näin ei voida CETA-sopimuksen kohdalla enää ajatella.

Koska Kanada on EU-maihin ja Suomeen investointeja tekevien toimijoiden emämaa on oletettavissa, että näiden sijoitusten myötä hallintoon kohdistuisi painetta myös investointikanteen uhan muodossa – vaikka hallintomme olisikin toiminut Suomen lain sekä hyvän hallintotavan puitteissa. Tilanteissa, missä yhä rasittuneemmat hallinnolliset resurssimme jostain syystä alisuoriutuisivat seuraukset voisivat olla yllättävän kalliit. Olemmeko nyt sopimuksen ratifioinnista päättäessämme täysin varmoja siitä, että sekä säädöksemme että hallintomme toimivalmiudet ovat sellaisia että ne kestävät CETA-sopimuksen asettamat velvoitteet joihin liittyy kansainvälisten investointisuojasopimusten tulkintojen vaikeaselkoinen tulkintahistoria? Ellei meillä ole vahvoja perusteita olettaa että näin, olisi esimerkiksi Kanadan häviämän Bilcon-tapauksen[5] valossa tarkoin harkittava miksi olemme ratifioimassa tätä osuutta CETA-sopimuksesta.

---

[4] Pellonpää, Matti *Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta* 1989.

[5] http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/clayton.aspx?lang=eng ja tapausta koskevaa kritiikkiä referoi esimerkiksi https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-yearbook-of-international-law-annuaire-canadien-de-droit-international/article/too-low-a-threshold-bilcon-v-canada-and-the-international-minimum-standard-of-treatment/A0B527CADE91626EA7571021C12F38F7

Ulkoministeriön toimittamassa aineistossa todetaan ettei sopimuksen ratifiointi tuo mukanaan minkäänlaisia hallinnollisia kustannuksia. Näin varmasti myös Kanadan viranomaiset kuvittelivat solmiessaan NAFTA-sopimusta. Sopimuksen tähänastisen olemassaolon aikana Kanada on käyttänyt pelkästään puolustautumiseen kymmeniä miljoonia dollareita eikä edes voittaessaan ole aina voinut saada kantajaa maksamaan takaisin näitä kuluja. Hiljattain Kanadan korkeimman oikeuden antaman tuomion jälkeen Yhdysvalloista kotoisin oleva yritys Eli Lilly käytti NAFTA:n välimiesjärjestelmää valittaakseen täysin samasta asiasta josta oli hävinnyt Kanadan korkeimmassa oikeudessa, vaikka kansallisen tuomioistuimen tuomiosta valittaminen on NAFTA-sopimuksessa erikseen kielletty. Kanada käytti puolustukseen noin 6.5 miljoonaa Kanadan dollaria joista kantaja joutui korvaamaan 75% vaikka Kanada oli voittanut kanteen kokonaisuudessaan.[6]

Korvauksia Kanada on viimeisen 20 vuoden aikana tuomittu maksamaan 172 miljoonaa Kanadan dollaria, tähän lukuun ei vielä sisälly edellä mainittu Bilcon tapaus, jossa kantaja vaati 100.000.000 Kanadan dollaria. Oikeudenkäyntikustannukset ja korvaukset ovat mitä ilmeisimmin vaikuttaneet Kanadan hallintoviranomaisten tapaan harkita hallintopäätöksiä tavalla joka korostetusti huomioi ulkomaisen sijoittajan asemaa.[7] Tällainen varovaisuus ja erityiskohtelu on haitallista suosiessaan vain sellaista sijoittajaa jonka arvellaan olevan kykenevä ja taipuvainen haastamaan valtio kalliiseen kansainväliseen tuomioistuinprosessiin.

ICS-ehdotuksen vaikutus sopimustulkinnan ennakoitavuuteen ja kustannuksiin

Voimmeko olettaa, että CETA-sopimukseen kirjatut muutokset täysin poistavat nämä Kanadan kohdalla NAFTA-sopimuksessa toteutuneet riskit? Komissio on todennut kiinteän tuomioistuimen voivan vähentää oikeudenkäyntikuluja mikä omalta osaltaan voisi olla vähentämässä painetta. Oikeudenkäyntikustannukset eivät olennaiselta osaltaan koostu niinkään välimiesten palkkioista – joista siis tuomioistuinjärjestelmä voisi vapauttaa osapuolet – vaan asianajajapalvelujen käytöstä usein pitkissä ja hyvin paljon valmisteluja vaativissa prosesseissa.

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

[6] http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3544/DC10133_En.pdf ja lisää tapauksesta mm. NYU Professori Rob Howsen blogikirjoituksessa http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/eli-lilly-v-canada-a-pyrrhic-victory-against-big-pharma-.html

[7] 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

sopimusvaltioiden toimesta, eikä jokaista riitaa varten erikseen ja osittain sijoittajan toimesta kuten nykyisessä välimiesjärjestelmässä.

Asetelma on siten 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 (CETA:ssa sekakomitea artiklat 26.1 & 26.3) jolla pyritään ohjaamaan sopimuksen sanamuotojen tulkintaa sopimusvaltioiden toiveiden mukaisesti voitaisiin kuvitella, että oikeuskäytännöstä muodostuisi ennakoitavampi. NAFTA-sopimuksen käytännössä välimiehet ovat kuitenkin suhtautuneet välinpitämättömästi näihin tulkintoihin katsoen niitä valtioiden pyrkimyksinä vaikuttaa välimiesprosessiin jälkikäteen. Koska CETA:n ICS-mallissa sopijavaltiot myös valitsisivat välimiehet heidän voisi kuvitella noudattavan sopimusvaltioiden tahtoa tarkemmin kuin NAFTA-järjestelmässä, jossa ei ole etukäteen valittua tribunaalia vaan kiistan osapuolet valitsevat välimiehet.

Tulkintakomitean toimivuuden edellytys on kuitenkin, että sopimuksen osapuolet olisivat yksimielisiä (CETA art 26.3). Ei ole itsestään selvää, että sekä EU että Kanada olisivat yhtä mieltä kaikista tulkinnoista. Ei myöskään ole selvää millä tavalla EU-kannoista tässä yhteydessä tultaisiin sopimaan. EU-kannan muodostus CETA:n kaltaisesta sekasopimuksesta edellyttänee ensiksi EU:n jäsenvaltioiden yksimielisyyttä. Tällaisen löytyminen ei ole aina itsestään selvää. Tämä epävarmuus osaltaan heikentäisi tulkintakomitean kykyä ohjata sopimustulkintaa ja varmistaa sopimusosapuolina olevien valtioiden näkemysten ensisijaisuus tulkittavan sopimuksen sanamuodoista.

Koska CETA-sopimukseen on erilaisten ISDS-kritiikissä esille tulleiden huolenaiheiden takia lisätty erinäisiä sanamuotoja joilla pyritään vahvistamaan valtioiden sääntelyoikeutta on hallituksen puolelta katsottu, että asia ei ole enää ongelmallinen. Koska näin on kuitenkin luotu täysin uudenlainen sopimusteksti sen tulkinnan vakiinnuttaminen tulee vaatimaan useita oikeustapauksia ennen kuin valtiot voivat olla varmoja siitä mitä kirjaukset lopulta käytännössä tarkoittavat. Tämän etsikkoajan aikana usea EU-maa joutuu ainakin varautumaan erittäin tiukkoihin neuvotteluihin joissa ainakin uhataan investointisuojakanteella. Vertailuna voidaan käyttää WTO-sopimukseen sisältyvä tavarankaupan sääntelyä koskeva GATT-sopimusta. GATT artikla XX listaa sellaiset yhteiskunnalliset tavoitteet joiden takia sopimuksen velvoitteista voidaan poiketa. Tämän artiklan ilmaisujen todellinen merkitys on ollut jatkuvien oikeustapausten kohteena vuodesta 1995 eikä kaikista sanamuodoista, ja siitä milloin jonkin yhteiskunnallisen arvon turvaaminen on ”välttämätön” peruste tuonnin rajoittamiselle, ole täyttä selvyyttä edes alan asiantuntijoiden keskuudessa.[8]

[8] Wagner, Markus, Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law (March 16, 2014). University of Pennsylvania

CETA sopimuksessa mainitaan ja hallitus toistaa esityksessään sivulla 60 että ”*CETA-sopimus vaatii todellisen taloudellisen yhteyden Kanadan tai EU:n talouksien kanssa, jotta yritys voisi hyötyä sopimuksesta ja estää niin sanottujen postilaatikkoyritysten nostavan kanteen Kanadaa, EU.ta tai sen jäsenvaltioita vastaan*.” Kanadan ja Yhdysvaltojen taloudet ovat pitkään toimineet hyvin läheisessä yhteistyössä jota NAFTA-sopimus on omalta osaltaan vauhdittanut. Näin ollen on useita sellaisia kansainvälisiä yrityksiä joilla on laajaa sijoitustoimintaa sekä Kanadassa, että Yhdysvalloissa – nämä siis edustavat juuri sellaista toimintaa joka ei olisi pelkkä ”postilaatikko” vaan todellista taloudellista yhteyttä HE:n kuvailemalla tavalla. Tämä johtaa kysymykseen siitä, kuinka moni Yhdysvaltalainen Kandassa toimiva yritys tulee jatkossa tekemään sijoituksensa EU-maihin, tai siirtämään jo olemassa olevia sijoituksiaan EU:ssa Kandassa toimivaan tytäryhtiön alaisuuteen? Tällä on merkitystä siltä osin kun yritetään arvioida kuinka suuri paine ICS-tuomioistuimen käyttöön tulee kohdistumaan ja siten myös vastaajina oleville valtioille.

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

Jos ICS-järjestelmä kuitenkin päädytään hyväksymään on ilmeistä että sen kautta tuleviin valituksiin on valmistauduttava ja siinä tapauksessa ehdotankin valiokunnan harkittavaksi seuraavaa:

1. Hallituksen tulisi teettää korkeatasoinen tutkimus jossa tulisi analysoida ainakin ne keskeiset investointisuojatapaukset jotka ovat koskeneet meidän kaltaistamme kehittynyttä oikeusvaltiota ja arvioitava missä määrin oma lainsäädäntömme myös tulossa olevien lainuudistusten kannalta ja hallinnollinen päätöksentekomme näiden tapausten valossa täyttää kansainvälisen investointisuojan vaatimukset. Erityistä huomioita vaativat ensisijaisesti sellaiset alat, joilla on odotettavissa investointeja CETA-sopimuksen puitteissa ja joissa siksi on oletettavissa, että sijoittajat hallintomme kanssa käytävissä neuvotteluissa tulevat viittaamaan sopimukseen ja siinä esiintyvien käsitteiden tulkintoihin aikaisemmissa investointisuojatapauksissa. Tällaisia voisivat olla esimerkiksi kaivostoiminta ja ympäristönsuojelu.

2. Hallituksen tulisi myös budjetissa varautua sellaiseen tilanteeseen jossa joudumme puolustautumaan CETA-sopimuksen nojalla nostettua kannetta vastaan. Tällainen puolustautuminen vaatii sekä hallinnollisia resursseja että varaa ostaa asiantuntemusta alan parhailta toimijoilta. Jopa Kanadan kokoisen valtion, jolla on 20 vuoden kokemus NAFTA-tapauksista on tiedetty ostaneen puolustusasianajajien palveluksia usean miljoonan

dollarin edestä yhtä haastetta varten. Voidaan olettaa, että Suomella vähälukuisemman asiaan erikoistuneen virkahenkilökunnan takia on suurempikin tarve asiantuntija-apuun varsinkin tilanteessa, jossa ensimmäisen tunnetun tapauksen lopputulos vahingonkorvausten ja mahdollisten lisäkanteiden ja maineenmenetyksen takia on erityisen tärkeä.