Toimitan ohessa Eduskunnan Lakivaliokunnalle 21.11.2017 pyydetyn lausuntoni asiaan E 89/2017 vp Valtioneuvoston selvitys: Komission suositus neuvoston päätökseksi luvan antamisesta aloittaa neuvottelut yleissopimuksesta investointiriitojen ratkaisemiseen tarkoitetun monenvälisen investointituomioistuimen perustamiseksi

Kunnioittavasti,

Helsingissä 27 marraskuuta 2017

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

Martin.bjorklund@helsinki.fi

Lyhennelmä ja keskeiset huomiot

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****.* “

Nämä valiokuntien huomiot ovat myös esillä olevan asian suhteen erittäin ajankohtaisia. Keskeisenä ongelmana monenvälisen tuomioistuimen perustamisessa on ajatus siitä, että pelkkiä menetelmäsäännöksiä muuttamalla investointisuojasopimusten aiheuttamat ongelmat saataisiin ratkaistua. Ehdotetun neuvottelumandaatin kuvaileman tuomioistuimen perustaminen ei sellaisenaan muuta sijoittajien suojaa koskevia sopimuksia. Näiden tuhansien sopimusten tulkinnan epäyhtenäisyys ja tulkinnallinen epävarmuus säilyy vaikka riitoja ryhtyisikin ratkaisemaan pysyvä tuomioistuin *ad hoc* välimiestribunaalin sijaan. Tulkintaepävarmuuden ja vastaajina esiintyvien jäsenmaiden korkeiden oikeudenkäyntikulujen yhdistelmä ei näin ollen poistu ja jatkaa siten investointisuojan väärinkäytön mahdollisuutta poliittisena painostuskeinona samalla tavalla kuin edellä mainitussa 16.3.2016 lausunnossani olen kuvaillut. Sittemmin tällaisista tapauksista on tullut lisää tietoa ja aiheesta on valmistumassa useita tutkimuksia.[1]

Neuvottelut aloitetaan tilanteessa, jossa ei ole osoitettu investointisuojasopimusten olevan välttämättömiä ainakaan oikeusvaltioperiaatetta noudattavissa maissa tehtäville investoinneille. Samaan aikaan yhä enenevässä määrin keskustellaan olemassa olevien sopimusten

[1] Kts esim. Komission tuore taustapaperi jossa otetaan huomioon kriittinen keskustelu, mutta johtopäätökset esimerkiksi kustannusten suhteen ilmeisesti liittyvät vain itse välimiesoikeudenkäyntiin eikä esimerkiksi valittajavaltion puolustukseen käytettäviin menoihin jotka yleensä ovat moninkertaiset välimiesten palkintoihin verrattuna.
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc_156402.pdf

haittavaikutuksista ja uudistustarpeista. Tässä tilanteessa on aiheellista kysyä millä tavoin ehdotetun kaltaiset neuvottelut vaikuttavat asiallisen kriittisen keskustelun edistymiseen ja järjestelmän muiden ongelmien ratkaisemiseen. On olemassa selkeä riski, että neuvottelumandaatti viestittää siitä, että kysymys investointisuojasopimusten vaikutuksista yhteiskunnalliseen päätöksentekoon olisi jollakin tavalla ratkaistu sillä, että riitojenratkaisua yhtenäistettäisiin.

Silloin sivuutetaan esimerkiksi sellaiset valtioiden oikeusjärjestelmien kannalta hyvin keskeiset kysymykset, jotka eivät tiettävästi sisälly esimerkiksi komission hakemaan mandaattiin, kuten esimerkiksi kotimaisten oikeusturvakeinojen ensisijainen käyttö.

Monenvälisen investointisuojatuomioistuimen todennäköinen kattavuus

Tiettyjen sopimuksissa usein toistuvien käsitteiden määrittely saattaisi toki ajan myötä saada yhtenäisemmän tulkinnan mikäli kyseinen tuomioistuin perustetaan ja sen jäseniksi saadaan suurin osa nykyisten investointisopimusten osapuolista, jolloin sille muodostuisi eräänlainen tulkintamonopoli. Ottaen huomioon esimerkiksi 16.3.2016 lausunnossani kuvailemani Yhdysvaltojen perinteinen vastustus uusia ja jopa olemassa olevia kansainvälisiä tuomioistuimia kohtaan ja monien kehitysmaiden vastustus aikanaan neuvoteltua ns. MAI-sopimusta kohtaan tämä näyttää kuitenkin epätodennäköiseltä. Perustettava tuomioistuin ei siten todennäköisesti hyvin pitkään aikaan, jos koskaan, saisi oikeusvarmuuteen ja ennakoitavuuteen vaadittua tulkintamonopolia vaan vallalle jäisi nykyinen usean eri riitojenratkaisun järjestelmä sillä erotuksella, että muodostuisi kaksi selkeästi kilpailevaa järjestelmää. Tällaisen tilanteen vaikutuksia oikeusturvaan on etukäteen hyvin vaikea arvioida.

Monenvälisen investointituomioistuimen mahdollisia vaikutuksia

Lausunnolle annetun ajan puitteissa voidaan vain lyhyesti nostaa esille tiettyjä kysymyksiä joita Komission ehdotus herättää. Esitän Lakivaliokunnan harkittavaksi kysymystä siitä tulisiko Komissiolle neuvottelumandaatin myötä antaa tehtäväksi tarkemmin selvittää näitä ja tulisiko myös kansallisella tasolla tarkastella asiaa aikaisempaa perusteellisemmin.

1. Olemassa oleviin tai tulevaisuudessa neuvoteltaviin investointisopimuksiin (EU-Yhdysvallat)

Ehdotetun neuvottelumandaatin ja sen kautta mahdollisesti luotavan monenvälisen investointituomioistuimen merkitystä on neuvottelumandaatin yhteydessä arvioitava suhteessa siihen miten neuvottelut ja mahdollisesti pitkän siirtymäajan aikana toimiva tuomioistuin voisi vaikuttaa käynnissä oleviin tai mahdollisesti tuleviin investointisuojasopimuksiin.

2. Vaikutus tulevien jäsenmaiden sääntelynvapauteen ja alueellisten järjestelmien toimintaan (EU)

Olisi myös arvioitava miten järjestelmä vaikuttaa jäsenmaidensa sääntelynvapauteen, jos se saataisiin toimivaksi ja suhteellisen kattavaksi. Pelkästään vähäinen parannus nykyisiin ongelmiin ei välttämättä tue tuomioistuimen perustamista. Euroopan Unionin jäsenmaiden suhteen kyseisen tuomioistuimen suhde EU:n omaan tuomioistuimeen ja oikeusjärjestykseen olisi myös tarpeellista selvittää perusteellisemmin kuin mitä tähän mennessä on tehty.

3. Vaikutus olemassa oleviin kansainvälisen kaupan riitojenratkaisu- ja neuvottelujärjestelmiin (WTO)

Olisi selvitettävä miten vain investointikysymyksiin keskittyvä monenvälinen tuomioistuin vaikuttaisi muuhun kansainväliseen taloudelliseen sopimiseen ja sitä kautta valtion rooliin toimijana kansainvälisten standardien ja sopimusten luomisessa ja sääntelyn kehittäjänä.

Esitettyjen kysymysten tarkempi tarkastelu

1. Vaikutukset mahdollisesti tuleviin Yhdysvaltain ja Euroopan välisiin neuvotteluihin investointisuojasta.

Komissio katsoo ehdotetun monenvälisen riitojenratkaisun vastaavan investointisuojasopimuksiin kohdistuneeseen kritiikkiin ja siten vähentävän sitä. Tämä voisi johtaa siihen, että myös käynnissä oleva kriittinen keskustelu kritiikki investointisuojasopimusten sisällöistä ja koko järjestelmän vaikutuksista vähenisi. Prosessi lähti alun perin liikkeelle TTIP-sopimuksen aikaisesta keskustelusta ja on oletettava, että komissio näkisi uudenlaisen riitojenratkaisun myös osaltaan legitimoivan vastaisuudessa neuvoteltavan investointisuojasopimuksen Yhdysvaltain kanssa. Komission TTIP-mandaatissa mainittiin monenvälisestä tuomioistuimesta neuvottelu. Jos näin kävisi ulottuisi investointisuojan kattavuus moninkertaisesti suurempiin investointimääriin kuin nyt jolloin alle 1% liki kahdesta triljoonasta Yhdysvalloista käsin EU-maihin investoiduista varoista on ISDS järjestelmän alaista. (kts 16.3.2016 päivätty lausuntoni) Tämä taas olisi omiaan lisäämään sekä niiden toimijoiden määrää jotka voisivat käyttää tätä järjestelmää, että myös lisäisi ennennäkemättömällä tavalla niitä taloudellisia intressejä joita järjestelmän puitteissa ratkottaisiin. Tämä lisäisi siis riitojen määrää, mikä taas lisäisi niiden kohteiksi joutuvien valtioiden paineita huomattavasti – mitä vaikutuksia tällä voisi olla lisääntyvien oikeudenkäyntien paineen alla toimiville kansallisille hallintoviranomaisille ja lainsäätäjille? On syytä vakavasti harkita toimiiko kattavasta investointisuojatuomioistuimesta neuvotteleminen ensisijaisesti eräänlaisena legitimoivana harhautuksena, jolla akuutti kriittinen paine saadaan pois investointisuojajärjestelmän vaikutuksista, kuten erityisesti järjestelmän heikompiin osapuoliin kohdistuva sääntelyvallan haitallinen hillitseminen.

2. Vaikutus tulevien jäsenmaiden sääntelynvapauteen ja alueellisten järjestelmien toimintaan (EU)

Koska yhtenäisen sopimustulkinnan aikaansaaminen myös kattavassa järjestelmässä (vrt WTO) kestää helposti useita vuosikymmeniä epävarmuus jatkuisi pitkään ja mahdollistaisi oikeudenkäynneillä uhkaamisen jatkuvan neuvotteluissa kansallisten viranomaisten kanssa. Kansalliset päätöksentekijät esimerkiksi ympäristölainsäädäntöä soveltaessaan tai suunnitellessaan saattaisivat tehdä näin erityisellä varovaisuudella jos kohteena on yritys jonka omistajat saattavat haastaa valtion kalliiseen oikeudenkäyntiin joka voi johtaa huomattaviin vahingonkorvauksiin. Tällainen varovaisuus ja erityiskohtelu on haitallista suosiessaan vain sellaista sijoittajaa jonka arvellaan olevan kykenevä ja taipuvainen haastamaan valtio kalliiseen kansainväliseen tuomioistuinprosessiin. Oikeudenkäyntikustannukset eivät olennaiselta osaltaan koostu niinkään välimiesten palkkioista – joista siis tuomioistuinjärjestelmä voisi parhaassa tapauksessa vapauttaa osapuolet – vaan asianajajapalvelujen käytöstä usein pitkissä ja hyvin paljon valmisteluja vaativissa prosesseissa.

Täysin erillinen kysymys on EU-sääntelyn suhde investointisuojaan ja EU-tuomioistuimen suhde neuvoteltavaan tuomioistuimeen. Käynnissä on useita keskeisiä oikeusprosesseja joiden lopputuloksilla voi olettaa olevan erittäin merkittävä EU:n toimivallalle asiassa. On syytä kysyä miksi Komissio haluaa neuvottelumandaatin ennen kuin nämä oikeustapaukset on ratkottu.[2]

3. Vaikutus olemassa oleviin kansainvälisen kaupan riitojenratkaisu- ja neuvottelujärjestelmiin (WTO)

Tässä yhteydessä on syytä nostaa esille myös toinen huomattava seikka, jota ei löydy komission ehdotuksesta – mitä ehdotettu järjestelmä toteutuessaan merkitsisi muille jo olemassa oleville kaupan sääntöjä koskeville järjestelmille? Komissio olisi syytä velvoittaa arvioimaan huolella niitä vaikutuksia joita investointisuojasopimuksilla yleistyessään (kts. Esim. Kohta 1 yllä) mainitulla tavalla olisi tällä hetkellä toimivaan kaupan sääntelyyn. Keskeisiä seikkoja ovat i) Olemassa olevien sopimusten mukaan sijoittajalla olisi vieläkin suora valitusoikeus kotimaisten oikeusasteet ohittaen ja ii) tuloksena on vieläkin huomattava taloudellinen kompensaatio.

Monilla kansainvälisen kaupan ja investoinnin alalla toimivilla taloudellisilla toimijoilla on sekä perinteistä tavarakauppaa kuten esimerkiksi autoteollisuudella autojen ja niiden vara-osien kauppaa, jota koskevat ensisijaisesti WTO:n GATT-sopimuksen tai eri vapaakauppasopimusten tavarankauppaa koskevat säännöt, mutta myös esimerkiksi palvelujen – kuten autojen huoltoon liittyvää toimintaa esim. WTO:n GATS sopimuksen alaisuudessa tai molempiin yllämainittuihin toimintoihin liittyen kansainvälisiä investointeja. Monet suuret toimijat ovat sijoittaneet tuotantolaitoksiaan

[2] mm. C-284/16 Achmea vastaan Slovakia

yrityksen emämaan ulkopuolelle niihin maihin joihin ovat ennen vain myyneet emämaassa tuotettuja autoja. Jos tällaisella yrityksellä on ongelmia kohdemaassa tämä ongelma voidaan suhteellisen usein muotoilla joko investointisuojaan liittyvänä tai tavarankauppaan liittyvänä ongelmana.

Minkä riitojenratkaisujärjestelmän yritys valitsee riippuu siitä miten tehokkaaksi se kokee sen. Tehokkuus taas riippuu siitä kuinka nopeasti se tuottaa tuloksia. Nopeus voi olla tulosta myös siitä miten tehokas painostuskeino kyseinen riitojenratkaisujärjestelmä on. WTO-järjestelmän riitojenratkaisu on täysin valtioiden välinen mikä tarkoittaa, että yrityksen olisi ensin vakuutettava oman maansa hallinto ongelman olemassaolosta ja riidan oikeutuksesta, mikäli maa on EU:n jäsen tämän jälkeen vielä EU:n komission, ja vasta sitten voidaan päästä neuvottelemaan kohdemaan hallituksen kanssa ja mahdollisesti käyttää WTO:n riitojenratkaisun uhkaa keinona vauhdittaa ongelman ratkaisemisessa.

Mikäli yritys voi muotoilla ongelmansa investointisuojaongelmaksi tilanne on täysin toinen – silloin sillä on omassa vallassaan suora painostuskeino, ei tarvita oman hallituksen väliintuloa eikä komission suostuttelua. Asiasta voidaan neuvotella suoraan kohdemaan hallinnon kanssa ja päätöksestä haastaa valtio vastaamaan tuomioistuimeen/välimiesoikeuteen on täysin sijoittajan omissa käsissä.

Kun otetaan vielä huomioon, ettei WTO:n riitojenratkaisu edes langettavan raportin yhteydessä anna ongelman kohdanneelle yritykselle minkäänlaista taloudellista kompensaatiota kun taas voitetun investointisuojariidan tuloksena on nimenomaan tällainen kompensaatio vaikuttaisi siltä, että WTO:n tie vaikuttaa pitkältä, monipolvisen hankalalta ja vieläpä ilman taloudellista kannustinta. Jos tämä johtaa investointisuojan käytön lisääntymiseen WTO:n riitojenratkaisun kustannuksella tai ehkä sen ohellakin – mitä vaikutuksia tällä voisi olla? Mitä merkitystä olisi sillä, että WTO:n riitojenratkaisun suhteellinen merkitys pienenisi?

WTO:ssa jäsenvaltiot ovat ensisijaisia toimijoita ja riitojenratkaisun lisäksi järjestön neuvotteluissa syntyy valtioiden toimesta uusia kaupan sääntöjä, kuten myös CETA:n kaltaisissa vapaakauppasopimuksissa. Näissä siis valtiot ovat aktiivisia toimijoita jotka toimivat monien eri intressien ristipaineessa ja punnitsevat yleisen hyvän nimissä minkälaiseen sääntelyyn he suostuvat. Investointisuojariidoissa valtiot esiintyvät vain puolustuskannalla. On koko ajan enemmän näyttöä sille, että suuret kansainväliset yritykset käyttävät investointisuojariidoilla uhkaamista vaikuttaakseen valtioiden sääntelyyn.[3]

[3] https://www.theguardian.com/world/2017/jul/12/big-tobacco-dirty-war-africa-market
https://www.reuters.com/investigates/special-report/pmi-who-fctc/
https://www.the101.world/thoughts/all-eyes-on-wtos-legal-dispute-on-tobacco-branding/

Sellaiset taloudelliset toimijat joilla on käytössään investointisuojariidalla uhkaamisen mahdollisuus on suhteellisesti suurempi mahdollisuus vaikuttaa valtion sääntelyyn ja siten saada valtio toimimaan omien etujensa mukaisesti – tämä voisi myös tarkoittaa kansainvälisten standardien tai muiden kansainvälisen kaupan ja taloudellisen kanssakäymisen sääntöjen neuvotteluja. Edellä mainitulla auto-alan yrityksellä voisi esimerkiksi olla haluja vaikuttaa kohdemaan tapaan suhtautua ympäristönsuojelun kansainvälisiin normeihin. Valtioista muodostuisi näin enemmän defensiivinen kuin aktiivinen toimija kansainvälisen sääntelystä sopimisen foorumeilla ja tällaisten standardien muotoilu siirtyisi pois esimerkiksi WTO:n riitojenratkaisusta ja neuvottelupöydistä Investointisuojaoikeudenkäynteihin, joissa määrittyisi millä ehdoilla valtiot voivat säännellä.