HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

25.11.2017

Eduskunnan lakivaliokunnalle

Asia: E 89/2017 vp: Luvan antaminen neuvottelujen aloittamiseen yleissopimuksesta sijoitusriitojen ratkaisemiseen tarkoitetun monenvälisen investointituomioistuimen perustamiseksi

Lausunto

1. Taustaa: globalisaatio

Kansainvälisen talouden säätely on pitkään pyritty irrottamaan valtiollisen politiikan heilahteluista ja paikallisista intresseistä. Vuonna 1947 perustetun GATT-järjestelmän alaisuudessa tämä näkyi tullien alentamisen ohella laajenevana pyrkimyksenä kuvata monet kansalliset talouspoliittiset keinot tai pyrkimykset ”kaupan esteiksi” (non-tariff barriers, NTB). Luotua tullien alentamisjärjestelmää sekä kaupan esteiden poistamista valvomaan perustettiin kansainvälinen riidanratkaisujärjestelmä, joka vakinaistettiin vuoden 1995 Maailman kauppajärjestöä (WTO) koskevassa sopimuksessa. WTO:n paneelijärjestelmälle rakentuvaan riidanratkaisujärjestelmään (Dispute Settlement Understanding, DSU) sisältyi myös pysyvä valituselin (Appellate Body, AB), joka varsinkin ensimmäisinä toimintavuosinaan sai käsitelläkseen tärkeitä kaupan ja ympäristön sekä kaupan ja työelämän välisiin ristiriitoihin liittyviä juttuja. Vaikka laajenevaa globaalin vapaakaupan järjestelmää on myös kritisoitu, on sitä asteittain laajennettu palvelujen kauppaan sekä immateriaalioikeuksiin. Sitä vastoin ulkomaisten sijoitusten kohtelu on jäänyt WTO:n ulkopuolelle.

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

Kansainvälisen sijoitustoiminnan vapauttaminen kansallisen politiikan pyrkimyksistä – siis sen ”globalisaatio” – oli esillä jo 1990-luvulla ns. MAI-hankkeen (Multilateral agreement of Investment) yhteydessä. Tuolloin yhteisymmärrykseen ei päästy mm. Ranskan vastustaessa OECD-järjestelmässä valmisteltua esitystä, ja kehitysmaiden vaatiessa merkittävämpää roolia asian käsittelyssä. Näin siirryttiin bilateraalisiin ja alueellisiin neuvotteluihin. Kahdenvälisiä investointisuojasopimuksia (Bilateral Investment Treaties, ns BIT-sopimukset) onkin tehty jo n. 3.300 kappaletta. Niistä on tullut suurin yksittäinen kansainvälisten sopimusten laji. Alueellisista sopimuspyrkimyksistä tunnetuimmat ovat Tyynen valtameren valtioiden kesken käydyt ns. TPP-neuvottelut sekä EU:n ja Yhdysvaltain välillä suunniteltua TTIP-sopimusta koskevat neuvottelut. Yhdysvaltain uusi hallinto on kuitenkin vetäytynyt edellisistä, ja jälkimmäisetkin ovat tällä hetkellä jäissä.

Tärkeä erimielisyyden kohde näissä samoin kuin EU:n ja Kanadan välistä CETA-sopimusta koskevissa neuvotteluissa on ollut sijoittajan suojaa koskeva kysymys (ks. tästä esimerkiksi CETA-sopimusta koskeva lausuntoni Lakivaliokunnalle 25/11 2017). Vanhaan välimiesmenettelyyn perustuvaan sijoittajansuojaan (ns. ICSID-järjestelmä) kohdistuneen kritiikin pohjalta CETA-sopimukseen päätettiin sisällyttää esitys pysyvästä tuomioistuimesta. Samalla sopimuspuolet päättivät myös tästä nyt käsittelyssä olevasta ehdotuksesta. Halutaan aloittaa neuvottelut uudesta *monenkeskisestä* kansainvälisestä tuomioistuimesta käsittelemään ulkomaisten sijoittajien ja sijoituksen kohdevaltioiden välisiä sijoitusten kohtelua koskevia riitoja.

Tätä esitystä koskee UM:n perustelumuistio 30.10.2017 (Pohjanpalo) sekä siihen liittyvät EU:n neuvoston päätös COM(2017) 493 final (13.9.2017) perusteluineen.

2. Aloite sopimushankkeesta

Sopimushanke on osa globalisaatioprosessia, jonka tavoitteena on siirtää kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten valvonta ylikansallisille elimille. Näin eivät kotimaisen politiikan intohimot ja alueelliset tai paikalliset näkökohdat pääsisi haittaamaan laajenevaa kansainvälistä sijoitustoimintaa. Ideana on, että ulkomainen yksityinen sijoittaja voisi haastaa sen valtion, johon sijoitus on tehty, korvausvastuuseen valtion viranomaisen tai tuomioistuimen toimesta, joka haittaa sijoittajan legitiimin voitto-odotuksen toteutumista. On syytä olettaa, että hanke tullee kohtaamaan TTIP-sopimuksen kaltaista merkittävää vastustusta.

Uuden tuomioistuimen taustalla ovat ne lukuisat kritiikit, joita on esitetty ad hoc –perusteista välimiesjärjestelmää, 1990-luvulta lähtien aktiivisesti sovellettua ns. ICSID-systeemiä kohtaan. Kritiikki perustuu kokemukseen BIT-sopimuksien alaisuudessa käsiteltyihin tapauksiin. [1]

Kritiikit tätä järjestelmää kohtaan ovat olleet sekä periaatteellisia (1) että teknisiä (2).

1. *Periaatteellisella tasolla* todettiin, että järjestelmä puuttui olennaisesti ja ilman hyvää perustetta julkisen vallan säätelyoikeuteen keskeisillä yhteiskuntaelämän aloilla. Ulkomainen sijoittajalle annettiin oikeus viedä tämän asemaan vaikuttava laki, viranomaistoimi tai tuomioistuinratkaisu välimiesmenettelyyn, jossa valtiolta voitiin vaatia suuria korvauksia. Pelättiin, että tämä saisi aikaan ns. ”regulatory freeze” -ilmiön – kansallisen säätelyn ainakin osittaisen ”jäädyttämisen” tilaan, jossa se oli sijoittajan tullessa maahan. Miksi korkeatasoiset eurooppalaiset ja amerikkalaiset tuomioistuimet haluttiin syrjäyttää? Miksi ulkomaiset sijoittajat asetettaisiin kotimaisia (tai EU:n) sijoittajia parempaan asemaan? Välimiehet valittaisiin pienestä kansainvälisistä asiantuntijajoukosta, jotka toimisivat (toisin kuin tuomarit) ilman virkavastuuta. Mitä päätöksissä noudatettava ”reilun pelin” (”fair and equitable treatment”, FET) kohtelu oikeastaan merkitsi? Mitä olivat ne ”legitiimit sijoittajaodotukset”, joita tässä tahdottiin suojella?

2. Mutta kritiikki kohdistui myös *menettelyllisiin ja sisällöllisiin näkökohtiin*: Välimiesmenettelyssä annetut ratkaisut olivat usein ristiriitaisia ja huonosti perusteltuja. Kaupallisiin tarkoituksiin kehitetty menettely 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.

[1] Vuoden 2017 puoleen väliin mennessä nostetuista 817 jutusta n. kolmannes oli ratkaistu valtion, neljännes sijoittajan hyväksi. Lopuissa on joko tehty sovinto (siis valtio on maksanut jonkin enemmän tai vähemmän kanteesta poikkeavan summan) tai juttu on muutoin päättynyt. Jutuissa, joissa korvaus on määrätty, sen suuruus on ollut n. 40 % vaaditusta, keskimäärin n. 522 miljoonaa dollaria (mediaani 19 miljoonaa). Monet valtion voittamat jutut on voitettu toimivallan puuttumisen perusteella. Sisältöratkaisuun päätyneistä jutuista on 60 % päätynyt sijoittajan voittoon. Ks. UNCTAD IIA Issues Note 3/2017 (November 2017).

* * * * *

Komissio avasi kesällä 2014 julkisen kuulemisen asiasta. Lähes 150.000 eurooppalaistahoa ilmaisi mielipiteensä suunnitellusta järjestelmästä. Lausunnoista yli 97 % oli ehdotukselle osin tai täysin kielteisiä.[2] Komissaari Malmström totesi, ettei vanhalla järjestelmällä ollut kannatusta. Huoli kansallisen lainsäädännön asemasta oli suuri, eikä ISDS-menettelyn tasapuolisuuteen luotettu. Komissio halusi kehittää ”modernin” investointisuojan ja siksi uudisti esityksensä. Uudistetussa ehdotuksessa (joka on parhaillaan Eduskunnan käsiteltävänä osana CETA-sopimusta) on otettu huomioon monia vanhaan järjestelmään sisältyneitä teknisiä ongelmia. CETA-sopimuksen osapuolet myös ilmaisivat valmiutensa tehdä aloitteen pysyvän monenkeskisen sijoittajan oikeuksia koskevan tuomioistuimen aikaansaamiseksi. Esitys onkin tehty jo kesällä 2017 YK:n kauppaoikeuden toimikunnassa (UNCITRAL), jossa sen taakse asettuvat EU:n ja Kanadan ohella myös mm. Etelä-Afrikka ja useat Latinalaisen American maat.[3]

3. Arvio

Tarvitaanko kansainvälistä sijoitusriitoja (oikeammin: sijoittajan oikeuksia) käsittelevää tuomioistuinta?

Vastaus on ”kyllä” ja ”ei”.

Tuomioistuimella kyettäisiin jossain määrin puuttumaan moniin niistä teknisistä ongelmista, jotka ovat sisältyneet välimiesmenettelyyn. Ratkaisun tekisivät nyt pysyvät, tuomarivastuulla toimivat ja laajalti puolueettomat tuomarit (puolueettomuus tosin riippuu valintatavasta). Näin varmistettaisiin oikeuskäytännön yhtenäisyys. Menettely olisi julkista, ja kansalaisyhteiskunnan osallistumiselle tavalla tai toisella tultaisiin todennäköisesti avaamaan ovi. Tuomioistuimen perussääntöä laadittaessa siihen voitaisiin ainakin koettaa ottaa monia muitakin niistä näkökohdista, joita on esitetty (koskien esimerkiksi sovellettava lakia ja todistelua, valitusmahdollisuutta erilliseen valitusjaostoon, asianajajien palkkioita, rahoittajana toimivaa kolmatta osapuolta, ns. amicus curiae -menettelyä jne.).

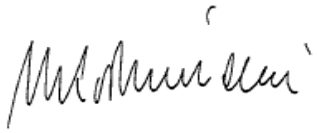
[2] Ks http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf
[3] UNCITRAL, 50th session A/72/17 (3-21 July 2017), § 264 *et seq*.

Mutta tuomioistuin ei vastaa kritiikeistä tärkeimpään. Kyseessä on yksipuolinen menettely, jolla ulkomaiset sijoittajat tuodaan vaikutusvaltaiseksi osaksi kansallista lainsäädäntö- hallinto- ja tuomioistuintoimintaa. Niille avautuisi tärkeä mahdollisuus kansallisten viranomaisten painostamiseen laadittaessa uutta lainsäädäntöä tai hallinto- tai tuomioistuinpäätöksiä. Kuten edellä on todettu, sijoittajansuojaa koskevia välimiesratkaisuja on jo nyt yli 800. Tuomioistuimen perustaminen rohkaisisi kanteiden tekemistä. Vertailukohdaksi voidaan ottaa Pohjois-Amerikan maiden välinen ns. Nafta-sopimus. Tämän alaosuudessa Kanadaan on kohdistettu vuoden 2016 alkuun mennessä 35 kannetta, jotka ovat koskeneet mm. lääkepatentteja, jätteenkäsittelyä, postilaitosta, kasvimyrkkyjen säätelyä, kaivosoikeuksia, verolakeja, ympäristön tilan arviointeja, rajoituksia yksityiseen terveydenhuoltoon ja sähköntuotantoa.

Voidaan ajatella, että perustettavan tuomioistuimeen ohjattaisiin myös kanteet, jotka kohdistuisivat kansainväliseen sijoittajaan tämän laiminlyödessä esimerkiksi ympäristöön, työoloihin, tai vaikka ihmisoikeuksiin liittyviä velvoitteitaan. Pyrkimys tukisi ja laajentaisi YK:n ihmisoikeusneuvoston alulle panemaa yritysten oikeudellista (mutta kansallista) vastuuta koskevaa hanketta.[4] Joka tapauksessa valtiolle tulisi avata mahdollisuus vastakanteen tekemiseen. Sopimukseen voitaisiin myös ottaa selkeitä sijoitustoimintaa koskevia velvoitteita. Ei kuitenkaan ole varmaa, että tällainen ehdotus toteutuisi. Neuvottelijoina YK:n kauppaoikeuden toimikunnan alaisuudessa toimisivat kaupan ja sijoitusten oikeussääntöjen globalisointiin erikoistuneet diplomaatit ja muut asiantuntijat. Yrityselämä on perinteisesti vastustanut kaikkea sitovaa sääntelyä.

Johtopäätöksenä edellisestä seuraa, että kaikki se periaatteellinen kritiikki, joka on kohdistunut sijoittajansuojaan TTIP- ja CETA-sopimusten yhteydessä soveltuu myös esitettyyn tuomioistuimeen. Ottamalla huomioon joukon vuosien aikana esiin tuotuja teknisiä ongelmia, EU ja muut aloitteen tekijät ovat toivoneet voivansa viedä ehdotuksensa läpi. Ulkomaisille sijoittajille tarjottava oikeussuoja on edelleen ensisijainen poliittinen päämäärä. Viime kädessä ratkaisu on kuitenkin eri maiden kansanedustuslaitosten kädessä.

[4] Human Rights Council, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/32/19, 10 May 2016.



Martti Koskenniemi, FBA
Kansainvälisen oikeuden professori (Helsingin yliopisto)