

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE INSTITUUT
Rahvusvahelise ja Euroopa õiguse õppetool

Gerli Pristavka

**INVESTEERINGUTE KAITSE EESTI SÕLMITUD INVESTEERIMISLEPINGUTE
KONTEKSTIS JA EUROOPA LIIDU ÕIGUSE MÕJU KAHEPOOLSETELE
INVESTEERIMISLEPINGUTELE**

Magistritöö

Juhendaja: dr (iur) Lauri Mälksoo

Tartu
2016

Sisukord

Sissejuhatus	4
1. Investeeringute kaitse kahepoolsete investeerimislepingute alusel.....	9
1.1. Investeeriija.....	9
1.2. Investeering.....	9
1.3. Õiglane ja võrdne kohtlemine.....	11
1.4. Investeeringu kaitse ja julgeolek.....	13
1.5. Sundvõõrandamine	14
1.6. Vahendite ülekandmine	15
1.7. Enamsoodustusrežiim	16
1.8. Vaidluste lahendamine.....	21
1.8.1. Investeerimislepingutes sätestatud vaidluste lahendamise võimalused.....	22
1.8.2. Rahvusvaheline Investeeringuvaidluste Lahendamise Keskus	23
1.8.3. ÜRO Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjoni vahekohtueeskirju järgiv vahekohus	24
1.9. Investeerimislepingus sisalduv nõusolek vahekohtumenetluseks	25
1.10. Kahepoolsete investeerimislepingute ellujäämisklauslid	26
2. Eestiga lõpetatud kahepoolsed investeerimislepingud	31
2.1. Eesti Itaalia kahepoolse investeerimislepingu lõpetamine	31
2.2. Eesti Tšehhi kahepoolse investeerimislepingu lõpetamine	31
2.3. Investorite õigused kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamisel	33
3. Euroopa Komisjoni poolt algatatud rikkumismenetluste põhjused.....	42
3.1. Euroopa Komisjoni pilootprojekt investeerimislepingute lõpetamiseks	42
3.2. Eureka B.V (Holland) vs. Slovakkia	42
3.3. European American Investment Bank AG (Austria) vs. Slovakkia.....	48
3.4. Investeerimislepingute kaitsestandardid Euroopa Liidu õiguses.....	51
3.5. Lissaboni lepingu jõustumise mõju kahepoolsetele investeerimislepingutele.....	54
4. Energiaharta leping kui investori alternatiiv	56
Kokkuvõte	58
Summary.....	61
Kasutatud lühendid.....	65
Kasutatud kirjandus	66
Kasutatud normatiivaktid	66

Kasutatud kohtupraktika.....	68
Kasutatud muud allikad	68
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	70

Sissejuhatus

Läbi aastate on riikidele olnud oluline majandusliku ja seeläbi ühiskonna heaolu suurendamine. Üks osa selle eesmärgi täitmisel on ka välisinvesteeringutel, mis omakorda eeldab, et välisinvestoritele on vajalik tagada stabiilne poliitiline ja õiguslik keskkond. Üheks selliseks vahendiks rahvusvahelises investeerimisõiguses on kahepoolsete investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse lepingud.

Tänapäevaste investeerimislepingute ajastu alguseks võib pidada 1959. aastat, kui Saksamaa ja Pakistan sõlmisid investeeringute soodustamise lepingu, mis jõustus 1962. aastal. Sellele initsiatiivile järgnesid Šveits 1961. aastal ja Prantsusmaa 1972. aastal.¹ Saksamaa ja Pakistani sõlmitud lepingu preambula kohaselt soovivad pooled soodustada riikidevahelist majanduskoostööd luues soodsad tingimused ühe lepingupoole kodanike ja ettevõtete investeeringutele teise lepingupoole territooriumil.² Nii ongi kahepoolsete investeerimislepingute eesmärgiks luua teatud õiguslik ja poliitiline stabiilsus, mis tagab soodsa ärikliima ja seeläbi muudab riigi investoritele atraktiivseks.

Rahvusvaheline investeeringute süsteem kujunes välja vajadusest reguleerida suhteid kahe erineva grupi riikide vahel. Ühelt poolt arenenud riigid kui kapitali ekspordivad riigid ja teiselt poolt arengumaad kui kapitali importivad riigid.³ Ei nähtud vajadust sõlmida rahvusvahelisi investeerimislepinguid teise arenenud riigiga, kuna seal kehtiv poliitiline ja õiguslik stabiilsus tagas investoritele oma õiguste kaitse. Suurem kahepoolsete investeerimislepingute sõlmimise laine tuli pärast Nõukogu Liidu lagunemist. Näiteks 1996. aastal sõlmiti üle 200 vastastikuse investeeringute soodustamise ja kaitse lepingu. Ajavahemikul 1992.– 1996. a. sõlmiti ligi 1000 kahepoolset investeerimislepingut.⁴

Kahepoolsetel investeerimislepingutel ja kapitali sissevoolu vahel nähakse tugevat seost. Arvatakse, et vastavad lepingud annavad investoritele signaali, et riigis on soodne ja hea ärikliima, mille tõttu valitakse oma äritegevuse alustamiseks riik, kellega koduriik on sellise lepingu sõlminud. Investeeringute soodustamise lepingutega tagatakse ühe lepingupoole riigis teise lepingupoole investorite kaitse.

¹ R. Dolzer, C.Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press 2012, lk 6.

² Pakistan and Federal Republic of Germany. Treaty for Promotion and Protection of Investments. Võrgus kättesaadav: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf, 09.04.2016.

³ Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvant, Kamil Gerard Ahmed, Gabriela P.Vizcaino. The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options. Oxford University Press 2011, lk 3.

⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). World Investment Report 2015, lk 106. Veebis kättesaadav: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, 09.04.2016.

Teiselt poolt on sellised väited, nagu investeeringute soodustamise lepingutel on vahetu mõju väliskapitali sissevoolule tekitanud palju arutelusid. Kui ühelt poolt peetakse neid oluliseks, siis samas kaheldakse, kas need omavad reaalselt mõju investori käitumisele ja välisinvesteeringute suurendamisele. Leitakse, et investori otsus miks ühte riiki investeerida on mitmete erinevate asjaolude koosmõju. Arvestades et maailmas on üle 2500 BITi, võib siiski öelda, et vastavaid lepinguid võib pidada vähemalt üheks põhjuseks, mida kaalutakse enne investeerimisotsuse tegemist.

Teine oluline aspekt, mis kahepoolset investeerimislepingut loovad on vahekohtumenetluse mehhanism. Kui varasemalt pidi investor vaidluse lahendamiseks pöörduma koduriigi poole ja vaidlused lahendati poliitilisi ja diplomaatilisi kanaleid pidi nn diplomaatilise kaitse raames, siis arbitraažimenetluse loomisega saab investor esitada kaebuse iseseisvalt.⁵ Vaatamata sellele, et vahekohtumenetluse mehhanismi peetakse investori õiguste tagamiseks üheks tähtsamaks vahendiks, on sellest välja kujunenud väga vastuoluline aspekt. Vaatamata arbitraaži sõltumatusele, peetakse vahekohtumenetlust liialt investori-sõbralikuks. Lisaks heidetakse ette arbitraaži poolt tehtud vastuolulisi lahendeid ja kulukat menetlust. Hetkel on AS Tallinna Vee, United Utilities Tallinn B.V ja Eesti Vabariigi vahel tariifivaidlus, mille menetluskulude jaoks on valitsus eraldanud 2,38 miljonit eurot.⁶ Riigi-investori arbitraaž on üheks poliitiliseks probleemiks ka EL-i-USA vahelistel läbirääkimistel vabakaubanduslepingu TTIP üle.

Oluline paradigma muutus toimus 21. sajandi algul, kui endised Nõukogude Liidu liikmesriigid liitusid Euroopa Liiduga. Viimastel aastatel on Euroopa Komisjoni seisukohaks olnud, et pärast Euroopa Liidu laienemist ei ole enam vajadust kahepoolsete investeerimislepingute olemasoluks, sest kõigi liikmesriikide suhtes kehtivad ühesugused ELi ühtse turu reeglid, sh need, mis käsitlevad piiriüleseid investeeringuid (eelkõige asutamisevabadus ja kapitali vaba liikumine). Kõigi ELi investorite jaoks kehtib tänu ELi reeglitele ühesugune kaitse (nt mittediskrimineerimine kodakondsuse alusel). Seevastu annavad ELi-sisesed kahepoolset investeerimislepingut teatavad kahepoolset õigused ainult mõningate liikmesriikide investoritele.⁷

⁵ *Ibid.* lk 10, 12.

⁶ Valitsuse kommunikatsioonibüroo. Vabariigi Valitsuse pressiteated. Valitsus eraldas 2,38 miljonit eurot Eesti esindamiseks arbitraažvaidluses. Veebilehel kättesaadav: <https://valitsus.ee/et/uudised/valitsus-eraldas-238-milonit-eurot-est-est-esindamiseks-arbitraazvaidluses>, 25.05.2016.

⁷ Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon nõuab liikmesriikidelt ELi-siseste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist, veebis kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_et.htm, 10.4.2016.

Euroopa Komisjon soovib, et ELi liikmesriigid lõpetaksid vastastikused investeeringute soodustamise ja kaitse lepingud. Juba pikemat aega on Komisjoni seisukoht olnud, et EL-sisesed kahepoolsed investeerimislepingud ei ole ELi õigusega kooskõlas. Kuid kuna enamik liikmesriike ei võtnud midagi ette, algatas komisjon viie liikmesriigi vastu rikkumismenetluse esimese etapi. Samal ajal algatas komisjon haldusdialoogi ülejäänud 21 liikmesriigiga, kellel on endiselt kehtivaid ELi-siseseid investeerimislepinguid, ja taotleb neilt teavet.⁸

Hetkel on Eestil sõlmitud 27 BITi, need on sõlmitud järgnevate riikidega- Austria, Belgia, Hispaania, Holland, Kreeka, Leedu, Luksemburg, Läti, Poola, Prantsusmaa, Rootsi, Saksamaa, Soome, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik, Taani, Valgevene, Aserbaidžaan, Hiina, Iisrael, Jordaania, Kasahstan, Moldova, Maroko, Šveits, Türgi, Ukraina ja Ameerika Ühendriigid. Hetkel ei ole lepingud jõustunud veel Aserbaidžani, Valgevene ja Jordaaniaga. Nendest lepingutest 15 on sõlmitud ELi liikmesriikidega. Kõik lepingud EL-i liikmesriikidega on sõlmitud enne Eesti astumist Euroopa Liitu.

Euroopa Komisjoni algatatud rikkumismenetlused on oma mõju Eestile juba avaldanud. Nii Eesti-Itaalia kui Eesti-Tšehhi kahepoolne investeerimisleping on lõpetatud. Itaalia ja Tšehhi järgedes kavatseb astuda ka Poola, kes soovib kõik EL-sisesed kahepoolsed investeerimislepingud lõpetada.⁹

Käesolev magistritöö on aktuaalne, kuna vastavat teemat ei ole Eestis varem õigusteaduslikult käsitletud. Hetkel on lõpetatud ainult kaks kahepoolset investeerimislepingut, kuid Komisjoni algatatud rikkumismenetluste tulemusena see arv tõenäoliselt suureneb. Samas ei ole teada missugust mõju omab kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamine praktikas. Lisaks ei ole varasemalt võrreldud kas ja kuidas erineb investeeringutele pakutav kaitse investeerimislepingute ja ELi õiguse alusel. Komisjoni väidete kohaselt ei ole kahepoolsed investeerimislepingud vajalikud, kuna ELi õigus tagab investeeringutele piisava kaitse. Sellest lähtuvalt on käesoleva töö hüpotees, et investori õiguste kaitse pärast kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist ELi liikmesriikides ei muutu. Uurimisküsimusele vastamiseks on vaja vastata ka seotud allküsimustele:

a) Kuidas on tagatud investeeringute kaitse Euroopa Liidu liikmesriikidega sõlmitud kahepoolsetes investeerimislepingutes?

⁸ *Ibid.*

⁹Markus Burgstaller, Agnieszka Zarowna. Poland considers terminating its Bilateral Investment Treaties. Veebis kättesaadav: <http://www.hlarbitrationlaw.com/2016/02/poland-considers-terminating-its-bilateral-investment-treaties/>, 10.04.2016.

- b) Missugune on ellujäämisklauslite¹⁰ mõju kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamisele?
- c) Kas ellujäämisklauslite mõju kaotamine on võimalik lepingu sätete muutmisega?
- d) Missugune kaitse on investeringutele tagatud Euroopa Liidu õiguse alusel?

Käesoleva töö esimese osas käsitletakse kahepoolsete investeerimislepingute reguleerimisala. Analüüsitakse, missugune kaitse on tagatud investeringutele kahepoolsete investeerimislepingute alusel. Võrreldakse Eesti ja teiste ELi liikmesriikide vahel sõlmitud kahepoolseid investeerimislepinguid. Võrdluse aluseks võetakse kõik 15 kehtivat lepingut. Erilist tähelepanu pööratakse lepingutes sisalduvatele ellujäämisklauslitele (*survival clause*; *sunset clause*).

Töö teises osas analüüsitakse, kuidas on Eesti lõpetanud oma investeerimislepingud Itaalia ja Tšehhiga. Analüüsitakse ellujäämisklauslite mõju ja võimalikku rakendumist pärast investeerimislepingute lõpetamist. Ellujäämisklauslite rakendumise mõju on väga oluline, kuna sellest sõltub, kas kahepoolseid investeerimislepinguid on võimalik lõpetada viisil, et neid enam ei kohaldata. Otsitakse vastust küsimusele, kas lepingute lõpetamine on üldse võimalik nagu Euroopa Komisjon soovib – esmalt muudetakse ellujäämisklauslid eesmärgiga neutraliseerida nende toime ja seejärel leping lõpetatakse poolte kokkuleppel. Käsitletakse Eesti seisukohta kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamise vajaduse kohta.

Töö kolmandas osas käsitletakse Euroopa Komisjoni põhjendusi ELi siseste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamise vajaduse kohta. Sellele küsimusele vastamiseks lähtutakse asjakohastest vahekohtumenetluse lahenditest, kus Komisjon on omapoolse seisukoha esitanud. Lahendite alusel analüüsitakse investeringutele pakutavat kaitset ELi õiguse alusel. Esitatakse võrdlev tabel, kas ja kuidas erineb investeringute kaitse ELi õiguse alusel võrreldes kahepoolsete investeerimislepingutega.

Põhiliselt kasutatakse töös analüüsivat ja võrdlevat meetodit. Empiirilises osas põhineb töö Eesti ja ELi liikmesriikide vahel sõlmitud lepingutel. Vastava teema kohta puudub eestikeelne õiguskirjandus, seega on tuginetud peamiselt välismaistele allikatele. Lepingusätete tõlgendamisel on kasutatud peamiselt ingliskeelset materjali näiteks C. Scheuri „Principles of International Law“, M. Sornorajah „The International Law of Foreign

¹⁰ Tegemist on kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduvate klauslitega, mille kohaselt pärast lepingu lõppemist kehtivad selle artiklid edasi veel teatud arv aastaid (tavaliselt 10 või 20 aastat).

Investment“, ICSIDI konventsiooni kommentaare, rahvusvaheliste lepingute Viini konventsiooni ja rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsiooni 1966. a. eelnõu kommentaare.

1. Investeeringute kaitse kahepoolsete investeerimislepingute alusel

1.1. Investeerija

Investeerimislepingute kontekstis eristatakse investoritena füüsilisi ja juriidilisi isikuid. Füüsilised isikud on defineeritud kõikides investeerimislepingutes ühetaoliselt ja esinevad ainult minimaalsed sõnastuserinevused. Füüsilisest isikust investor on isik, kes omab vastava lepingupoole kodakondsust vastavalt tema seadustele.¹¹ Kuna investeerimislepingutega pakutav kaitse põhineb kodakondsusel on see esimesi ja üks tähtsamaid aspekte lepinguga tagatava kaitse saamiseks. Probleemiks ei ole ka topeltkodakondsus, kui tegemist ei ole investeeringu sihtriigi kodakondsusega. Siinkohal on oluline, et vastavalt riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsiooni (edaspidi ISCID¹² konventsioon) artiklile 25 lg 2 a ei loeta kodanikuks isikut, kellel ühel nimetatud kuupäevadest oli ka vaidluspooleks oleva osalisriigi kodakondsus.¹³ See tähendab, et kodanik ei saa oma koduriigi vastu kahepoolse investeerimislepingu ja ICSIDI alusel kaebust esitada.

Võrreldes füüsiliste isikutega on juriidiliste isikute definitsioonid väga varieeruvad. Ühe grupi loovad lepingud, mille alusel pakutakse kaitset juriidilistele isikutele, kes on loodud lepingupoole seaduste kohaselt.¹⁴ Teise grupi moodustavad lepingud, mille alusel pakutakse kaitset juriidilistele isikutele, kes peavad olema loodud lepingupoole seaduse alusel ja lisaks tegutsema lepingupoole territooriumil.¹⁵ Kolmanda grupina võib välja tuua lepingud, kus on nõutud, et füüsiline või juriidiline isik oleks lepingupoole kodanik ja omaks juriidilises isikus otsest või kaudset kontrolli.¹⁶

1.2. Investeering

Kõik investeerimislepingud defineerivad reguleerimisala määratlemiseks investeeringute mõiste. Kõikide lepingute raamistikus defineeritakse investeering läbi viie tingimuse, mis oma põhiolemuselt on samad. Eesti ja Belgia-Luksemburgi Majandusuniooni investeerimislepingus on investeering defineeritud kui igat liiki vara ja kõik otsesed või

¹¹ Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 15, 71.

¹² International Centre for Settlement of Investment Disputes.

¹³ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon. - RT II 2000, 26, 156.

¹⁴ Näiteks kahepoolsed investeerimislepingud, mis on sõlmitud Kreeka, Leedu ja Lätiga.

¹⁵ Näiteks kahepoolsed investeerimislepingud, mis on sõlmitud Poola, Hispaania ja Prantsusmaaga.

¹⁶ Näiteks kahepoolsed investeerimislepingud, mis on sõlmitud Hollandi ja Rootsiaga.

kaudsed maksed sularahas, natuuras või teenustena, mis on investeeritud või taasinvesteeritud ükskõik millisesse majandussektorisse. Täpsemalt on eeltoodud lepingus lahtise loeteluna toodud vallas- ja kinnisvara, sh muud varalised õigused nagu hüpoteegid, pandid, kinnipidamisõigused, kasutusvaldused ja muud taolised õigused (1); aktsiad, õigused ühingutes ja igasugust muud liiki osakud, kaasa arvatud vähemus või kaudne osalus ettevõtetes, mis on moodustatud ühe lepingupoole territooriumil (2); obligatsioonid, nõuded rahale ja muudele majanduslikku väärtust omavatele asjadele (3); autoriõigused, tööstusomandiõigused, tehnoloogilised protsessid, kaubamärgid ja firma hea nimi (4); kontsessioonid, mis on tagatud seaduse või lepingu alusel, kaasa arvatud kontsessioonid loodusvarade uurimiseks, hõlvamiseks, kaevandamiseks ja kasutamiseks (5).¹⁷

Eesti-Tšehhi investeerimislepingu definitsiooni kohaselt hõlmab leping varasid, mis on investeeritud kooskõlas selle lepingupoole seaduste ja määrustega, kelle territooriumile investeeritakse. Praktikas on tekitanud vaidlust, kas eelpool toodud konstruktsioon nõuab, et tegemist peab olema investeeringuga lepingupoole seaduse mõttes või hoopis investeeringuga, mis on kooskõlas sihtriigi õigusaktidega. Tribunalid on asunud seisukohale, et selline sõnastus viitab ainult investeeringu seaduspärasusele ja investeering ei pea vastama sihtriigi investeeringu tunnustele.¹⁸

Kahepoolse investeerimislepingu alusel vaidluse esitamiseks ICSIDI Keksusesse peab investeering kahepoolse investeerimislepingu mõttes lisaks täitma ICSIDI konventsiooni artikkel 25 nõudeid. Artikli lõike 1 kohaselt on Keskuse jurisdiktsiooni all kõik otse investeeringust tulenevad kohtulikud vaidlused osalisriigi (või osalisriigi poolt määratud selle riigi koosseisu kuuluva üksuse või asutuse) ja teise osalisriigi kodaniku vahel, mille vaidluspooled on kirjalikult nõustunud keskusele esitama. Kui pooled on nõusoleku andnud, ei või kumbki pool ühepoolset oma nõusolekut tagasi võtta.¹⁹

ICSIDI konventsiooni artiklis 25 sätestatud mõiste ei ole samaväärne kahepoolses investeerimislepingus sätestatud investeeringu definitsiooniga, vaid ICSIDI mõttes on tegemist objektiivse määratlusega.²⁰ See tähendab, et kui esitatakse vaidlus lahendamiseks

¹⁷ Eesti Vabariigi ja Belgia-Luksemburgi Majandusuniooni vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II 1996, 42, 171.

¹⁸ R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 64.

¹⁹ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon. – RT II 2000, 26, 156.

²⁰ R. Dolzer. The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge University Press. Cambridge, 2009, lk 117.

Keskusesse, siis tribunal analüüsib, kas tehing, millest vaidlust tekkis, vastab investeringu kriteeriumitele ka ICSIDI konventsiooni alusel.²¹

ICSIDI kommentaaride kohaselt ei ole mõistlik investeringut defineerida.²² Küll on võimalik välja tuua investeringule iseloomulikud tunnused. Esimeseks tunnuseks on, et projektil või ettevõtmisel peab olema teatud *kestvus*. Eeldatakse teatud pikaajalist suhet. Teiseks iseloomustavaks tunnuseks on kasumi regulaarsus. Isegi kui kasumit ei teenita, siis kasumi ootus. Investeringu kolmandaks iseloomustavaks tunnuseks on risk – see hõlmab nii investeringu kestvust kui ka kasumi teenimist. Neljandaks iseloomustavaks jooneks on märkimisväärne seotus investeringu ja sihtriigi arengu vahel. Neid iseloomustavaid tunnuseid ei peaks vaatlema kui juriidilisi eelduseid, vaid kui konventsiooni mõttes investeringule omistatavaid tüüpilisi tunnuseid.²³

1.3. Õiglane ja võrdne kohtlemine

Kõik lepingud sisaldavad õiglase ja võrdse kohtlemise sätteid. Siiski esineb teatud erisusi lepingute sõnastuses. Kõige tüüpilisem õiglase ja võrdse kohtlemise standardi sõnastus on Eesti-Läti BITis, mille artikkel 2 punkti 2 kohaselt antakse lepingupoole investeerija investeringule teise lepingupoole territooriumil igal ajal õiglane ja võrdne kohtlemine.²⁴ Eesti-Prantsuse ja Eesti-Soome lepingud viitavad otseselt rahvusvahelise õiguse põhimõtetele. Eesti-Prantsuse investeerimislepingu artikkel 3 kohaselt kindlustab kumbki lepingupool õiglase ja võrdse käsitlemise teise lepingupoole kodanike ja firmade poolt tema territooriumil või merepiirkonnas tehtud investeringutele ja et sel viisil tunnustatud kasutamist ei takistada *de jure* ega *de facto*.²⁵

Eesti-Saksamaa kahepoolse investeerimislepingu artikkel 2 punkti 1 kohaselt soodustab lepingupool oma territooriumil teise lepingupoole kodanike või juriidiliste isikute investeringuid ja lubab vastavalt oma seadusandlusele neid investeringuid teha. Kumbki lepingupool kohtleb investeringuid igal juhul õigusjärgselt ja õiglaselt.²⁶ Grammatiliselt

²¹ *Ibid.*, lk 122.

²² R. Dolzer. *The ICSID Convention. A Commentary*. Cambridge University Press. Cambridge, 2009, lk 128.

²³ *Ibid.*, lk 128.

²⁴ Eesti Vabariigi Valituse ja Läti Vabariigi Valituse investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 42, 192.

²⁵ Eesti Vabariigi valitsuse ja Prantsusmaa Vabariigi valitsuse investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. -RT II 1996, 35, 127.

²⁶ Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II, 1992, 20, 45.

tõlgendades ei ole vastavast artiklist õiglase ja võrdse kohtlemise printsiipi võimalik tuletada. Eesti-Saksamaa investeringute soodustamise ja kaitse leping on üks vähestest, mille kohta on praktikat ja kus selle standardi rikkumisele ka tugineti.

Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Taani) AG and Sampo Bank Plc vs. Eesti menetluse jaoks tõlgiti standard saksa keelest inglise keelde: „*each Contracting Party shall in its territory and in accordance with its legal provisions permit and if possible promote investments of citizens or companies of the other Contracting Party. Such investments must in all events be treated in a just and equitable manner.*”²⁷ Vastavas sõnastuses „*just and equitable manner*“ viitab õiglasele ja võrdsele standardile. Tribunal analüüsis kas tegemist on autonoomse standardiga, mitte rahvusvahelise õiguse miinimumstandardiga. Tribunal põhjendas, et kuigi lepingupoolte vahel kokkulepitud standard on osalt kokkulangev rahvusvahelise tavaõiguse miinimumstandardiga, siis õiglase ja võrdse kohtlemise klausel pakub investorile suuremat kaitset.²⁸

Õiglase ja võrdse kohtlemise standard on muutunud praktikas järjest olulisemaks. Kuna riigi poolt sundvõõrandamise standardi rikkumist on järjest raskem tõendada, siis tuginetakse õiglase ja võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisele.²⁹ Vastavat klauslit tuleb vaadata kui ühtset, st et see ei sisalda kahte erinevat printsiipi. Kuna vastav standard on väga üldine, siis selle sisu sõltub juba konkreetsest vaidlusest ja selle asjaoludest.³⁰

Õiglase ja võrdse kohtlemise standardi rikkumisele tuginetakse, kui on rikutud investori legitiimseid ootuseid.³¹ See hõlmab õiguslikku raamistikku, millele investoril on õigus tugineda ja millega investeringute tegemise hetkel on arvestatud - eelkõige seadusandlust, lepinguid, dekreete, määruseid, lubasid ja litsentse. Riigi poolt antud tagatised ja kinnitused investorile on kõige tugevam alus legitiimsete ootuste tekkimiseks. Tribunalid on rõhutanud, et investori legitiimset ootused tehakse kindlaks investeringu tegemise seisuga.³² Seega peavad investeringute sihtriigid alati meeles pidama, et muudatuste tegemisel ja reformimisel võib olla mõju investorite legitiimsetele ootustele.³³ Legitiimsete ootuste kaitsele on väge

²⁷ ICSID Case No. ARB/04/6. Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc vs. The Republic of Estonia., p 214. Veebis kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0583.pdf>, 14.04.2016.

²⁸ *Ibid.*, p 238.

²⁹ M. Sornarajah. The International Law on Foreign Investment. Third Edition, Cambridge University Press, 2012, lk 349.

³⁰ R Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 133.

³¹ *Ibid.*, lk 145

³² *Ibid.*, lk 145.

³³ *Ibid.*, lk 146.

lähedane põhimõte ka – läbipaistvus. See eeldab, et õiguslik raamistik, mis on vajalik investori tegevuseks on ilmne ja selge ning kõik riigi poolt vastu võetavad otsused on taandatavad esialgsele õiguslikule raamistikule.³⁴ Lisaks on veel õiglase ja võrdse kohtlemise standardi sisuks õiglase menetlus ja käitumine heas usus.³⁵

1.4. Investeeringu kaitse ja julgeolek

Tüüpilisema investeeringu kaitse ja julgeoleku sätte näite võib tuua Eesti-Läti investeerimislepingust, mille artikkel 2 punkti 2 kohaselt kummalegi lepingupoole investeerija investeeringule antakse teise lepingupoole territooriumil igal ajal õiglase ja võrdne kohtlemine ning tagatakse täielik kaitse ja julgeolek.³⁶ Lepingutes kasutatakse ka teist formulatsiooni. Näiteks Eesti - Belgia-Luxemburgi lepingu artikkel 3 sätestab, et välja arvatud avaliku korra hoidmiseks vajalikud abinõud, on sellistele investeeringutele tagatud alaline kaitse ja julgeolek, st. on välistatud kõik õigustamatud või diskrimineerivad meetmed, mis võivad seadusandluses või praktikas takistada nende valdamist, käsutamist, omamist või realiseerimist.³⁷

Tihti on investeeringute kaitse ja julgeoleku sätted üheskoos kas enamsoodustusklausli või õiglase ja võrdse kohtlemise sätetega. Näiteks Eesti-Hollandi investeerimislepingu kohaselt tagab kumbki lepingupool selliste investeeringute täieliku kindlustatuse ja kaitse, mis ühelgi juhul pole väiksem kui oma investeerijate või mis tahes kolmanda riigi investeerijate investeeringutele antav tagatis, sõltuvalt sellest, kumb on kõnealusele kodanikule soodsam.³⁸ Sellises sõnastuses ei ole selge, kas investeeringute täielik kaitse ja julgeolek on lepingupoolte vahel eraldi kokku lepitud kui iseseisev standard või see on hõlmatud enamsoodustusklausliga ja täiendab seda.

Kõik Eestiga sõlmitud investeeringute kaitse lepingud ei sisalda investeeringute kaitse ja julgeoleku sätteid. Need puuduvad Poola, Hispaania, Saksamaa ja Rootsi sõlmitud lepingutest. Osad tribunalid on võrdsustanud selle standardi õiglase ja võrdse kohtlemisega. Vastupidiselt on ka leitud, et tegemist on siiski kahe erineva kaitseklausliga.³⁹

³⁴ *Ibid.*, lk 147.

³⁵ *Ibid.* lk 156, 154.

³⁶ Eesti Vabariigi Valituse ja Läti Vabariigi Valituse investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 42, 192.

³⁷ Eesti Vabariigi ja Belgia-Luksemburgi Majandusuniooni vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II 1996, 42, 171.

³⁸ Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi vahel sõlmitud investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II 1995, 15, 71.

³⁹ R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 161.

1.5. Sundvõõrandamine

Investori jaoks on üheks olulisemaks aspektiks investeeringu pikaajalisus ja selle säilimine investeeringu sihtriigis. Sundvõõrandamise ja natsionaliseerimise sätete taustaks arusaamiseks tuleb tagasi vaadata kahepoolsete investeerimislepingute ajalugu. Esialgu sõlmisid arenenud riigid investeeringute kaitse lepinguid arengumaadega, mida tihti iseloomustas poliitiline ebastabiilsus. Selline poliitiline ebastabiilsus väljendus tihti investeeringu sundvõõrandamises. Sellel põhjusel on sundvõõrandamise sätted olnud ka marginaalse tähtsusega.

Riikide suveräänsusest tulenevalt tunnustatakse rahvusvahelises õiguses riikide sundvõõrandamise õigust.⁴⁰ Seda siiski ainult teatud kindlaksmääratud tingimustel. Näiteks Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi vahel sõlmitud investeerimislepingu artikkel 6 kohaselt ei rakenda kumbki lepingupool mingeid meetmeid teise lepingupoole kodanikelt nende investeeringute otseseks või kaudseks võõrandamiseks, välja arvatud juhul, kui meetmeid rakendatakse ühiskonna huvides ning seadusega ettenähtud korras (1); meetmed pole diskrimineerivad ega vastuolus mõne kohustusega, mis niisuguseid meetmeid tarvitusele võtval lepingupoolel võib olla (2); meetmed võetakse tarvitusele õiglase kompensatsiooni vastu (3).⁴¹ Seega peetakse võõrandamist legaalseks, kui selle esmane eesmärk on täita avalikke või ühiskonna huve. Teiseks eelduseks on mittediskrimineerimine. See tähendab, et kui kehtestatakse teatud nõuded, maksud, koormatiseid siis ei tohi olla see suunatud ainult konkreetse investori vastu. Kolmanda eeldusena peab olema täidetud hüvitise maksmine.

Praktikas on tekitanud küsimusi, mis on õiglase hüvitis.⁴² Kompensatsioon võrdub õiglase turuhinnaga. See samas ei tähenda, et summa suurust oleks kerge määrata. Kompensatsiooni määramine sundvõõrandamise eest on eriti keeruline olukordades, kus ettevõtete tegevuse aluseks on mitmed kompleksed lepingud. Üldiselt kasutatakse praktikas turuhinna määramiseks kas diskonteeritud rahavoogude meetodit või ettevõtte raamatupidamislikku väärtust.⁴³

⁴⁰ R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 98.

⁴¹ Eesti Vabariigi ja Hispaania Kuningriigi BITi artikkel artikkel 6. - RT II 1995, 15, 71.

⁴² R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 100.

⁴³ *Ibid.*, lk 100.

Õigusteoorias peetakse otseseks võõrandamiseks olukorda, kus riigi tegevuse tagajärjel omandiõigus kandub üle riigile. Tänapäeval on selline võõrandamine pigem haruldane. Otsesest võõrandamist ei kasutata, kuna mõistetakse, et see ohustab ärikliimat. Sellise tegevusega kaasneb negatiivne avalik tähelepanu ja see omakorda kahjustab riigi mainet kui investeringute sihtriigina. Vastupidiselt on olulisemaks muutunud kaudne võõrandamine. Sellisel juhul ei ole muudatusi omandiõiguses, kuid riigi tegevuse ja tihti mitmete tegevuste koosmõjul ei ole investor võimeline tegelema eesmärgipärase äritegevusega ja saada oma investeringust kasu. Sellises olukorras on tavaline, et riik eitab kaudset võõrandamist ja seeläbi keeldub ka kompensatsiooni maksmisest.⁴⁴ Näiteks *Middle East Cement Shipping and Handling Co. vs. Egiptus*⁴⁵ kirjeldas kohus kaudset võõrandamist kui riigi poolt võetud meetmete kasutamist, eesmärgiga võtta investorilt ära tulu teenimise võimalus.

1.6. Vahendite ülekandmine

Täpselt samamoodi nagu on oluline investeringu kaitse on tähtis ka investeringust tulenevate maksete, tulude ülekandmine. Vahendite ülekandmine on oluline nii sihtriigile kui investorile. Tavaliselt on investoril vaja importida vahendeid sihtriiki, et alustada tootmist või laiendada oma äri. Kapitali, tulu ja muude vahendite koduriiki või kolmandasse riiki tagasi ülekandmine on tihti investori üheks eesmärgiks.⁴⁶ Seega on ülekannete sätted olulised kogu investeringute perioodi jooksul. Keegi ole huvitatud investeerimisest riiki, kus kasumit vähendab ja piirab vahendite ülekandmine.

Vastavat standardit sisaldavad ka kõik Eesti sõlmitud lepingud. Näiteks Eesti Hollandi BITi lepingu artikkel 5 kohaselt, garanteerivad lepingupooled investeringuga seotud maksete ülekandmise. Ülekanded tehakse vabalt konverteeritavas valuutas ilma tarbetute piirangute või viivitusteta. Niisugused ülekanded hõlmavad eelkõige: kasumit, intresse, dividende ja muid sissetulekuid (1); vajalikke fonde (2); toor- või abimaterjalide, pooltoodete või viimistletud toodete omandamiseks või kapitali ümberpaigutamiseks, et tagada investeringu järjepidevus (3); investeringu arenguks vajalikke fonde (4); laenude tagasimaksetena saadud

⁴⁴ R.Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 101.

⁴⁵ ICSID No. ARB/99/6 (2002), *Middle East Cement Shipping and Handling Co. vs. Egiptus* p 107. Veebis kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>, 12.04.2016.

⁴⁶ R.Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 212.

vahendeid (5); autoritasusid ja litsentsilõive (6); füüsiliste isikute töötasu (7); investeringute müügist või likvideerimisest saadud tulu (8).⁴⁷

Vahendite ülekannete standardi loetelud erinevad lepingute puhul. Kuna tegemist on lahtise loeteluga, siis tähendab et tegemist on näitliku listiga. Ainus erisus on Prantsusmaaga sõlmitud lepingus, kus on tegemist kinnise loeteluga. Lepingu artikkel 6 kohaselt lepingupool, kelle territooriumil või merepiirkonnas on tehtud investeering teise lepingupoole kodanike või firmade poolt, garanteerib nendele kodanikele ja firmadele vaba ülekande järgnevas.⁴⁸ Lisaks tekib küsimus, kas Eesti Prantsusmaa lepingu puhul on investoril ülekannete õigus ainult investeeringutest tulenevatele maksetele ja tuludele. Artikkel 6 kohaselt kohaldub ülekannete vabadus, kui lepingupoole territooriumil on investeering juba tehtud. Seega, kui investor soovib kapitali kanda esialgse investeeringu tegemiseks, siis artikkel 6 kohaselt sellele ülekande sätted just kui ei kohalduks. Samasugust sõnastust kasutatakse ka Eesti Poola ja Eesti ja Belgia-Luksemburgi vahelises investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse lepingus.

1.7. Enamsoodustusrežiim

Kõik Eestiga sõlmitud investeeringute soodustamise ja kaitse lepingud sisaldavad enamsoodustusrežiimi klauslit. Sätte eesmärgiks on tagada, et lepingupooled kohtlevad teineteist sama soodsalt kui kolmandaid osapooli ja läbi sellise kaitsemehhanismi laiendada investori õiguseid.⁴⁹ Eesti ja ELi liikmesriikidega sõlmitud kahepoolsetes investeerimislepingutes on vastavad klauslid, defineeritud väga üldiselt ja laialt.⁵⁰ Näiteks Eesti-Kreeka vahelise investeerimislepingu artikkel 3 kohaselt võimaldavad lepingupooled oma territooriumil teise lepingupoole investeerijate investeeringutele sama soodsa käsitlemise, nagu antakse oma investeerijate või mistahes kolmanda riigi investeerijate investeeringutele, olenevalt sellest, kumb käsitus on soodsam. Vastava üldise põhimõtte piiritlemiseks ei kohaldata soodustusklauslit olukordades, kui lepingupool osaleb mistahes olemasolevas või tulevikus sõlmitavas tolliliidus, majandusliidus, piirkondlikus majandusintegratsiooni kokkuleppes või samalaadses rahvusvahelises kokkuleppes; või mistahes rahvusvahelisest,

⁴⁷ Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II 1995, 15, 71.

⁴⁸ Eesti Vabariigi ja Prantsusmaa Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1996, 35, 127.

⁴⁹ R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 206.

täielikult või peamiselt maksustamisega seotud kokkuleppest või leppest.⁵¹ Kõikides EL-i siseste riikidega sõlmitud kahepoolsetes investeerimislepingutes on sama konstruktsioon – investeeringute täieliku kindlustatuse ja kaitse tagamine⁵²; investeeringutele sama soodsa käsitle⁵³ ning välistusena on toodud tolliliidud, majandusalased koostööd ja rahvusvahelised kokkulepped. Seega võib grammatiliste tõlgenduse tulemusena öelda, et enamsoodustusrežiimi klausel kehtib kogu lepingu ulatuses, mitte ainult teatud kaitset tagavate sätete suhtes.

Ainus leping, kus enamsoodustusrežiimi klausel on täpsemalt defineeritud, on Eesti Vabariigi ja Läti Vabariigi kahepoolse investeerimislepingu artikkel 3 punkt 2, mille kohaselt tagab lepingupool investeerijale investeeringu haldamisel, hooldamisel, kasutamisel, nendest kasu saamisel või nende käsutamisel vähemalt sama soodsa kohtlemise kui tema enda investeerijate investeeringutele ja tuludele või mis tahes kolmanda riigi investeerijate investeeringutele ja tuludele.⁵⁴ Nii on klassifitseeritud ainult konkreetset juhtumid, mil enamsoodustusrežiimi klausel rakendub. Samas on ka investeeringute haldamine, hooldamine, kasutamine ja kasu saamise määratlused võrdlemisi laiad, mis jätab ruumi tõlgendamiseks.

Enamsoodustusklausli olulisust ja laia tõlgendamise võimalust kajastab väga hästi kohtuasi *RosInvestCo UK Ltd vs. Venemaa*.⁵⁵ RosInvest oli Ühendkuningriikide investor, kes omas 7 miljonit Yukose aktsiat. Venemaa diskrimineeriva ja ebaseadusliku võõrandamise tulemusena muutus RosInvestCo investeering väärtusetuseks. Kuna Venemaa ei maksnud võõrandamise eest hüvitist esitas RosInvestCo vaidluse lahendamise Stockholmi Kaubanduskoja Vahekohtu Instituudile. Venemaa seisukoht oli, et arbitraažil ei ole pädevust antud asja sisuliselt läbi vaadata kuna Suurbritannia-Venemaa kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 kohaselt ei ole arbitraažil pädevust kindlaks teha, kas sundvõõrandamise toimus ja kui toimus, kas see oli seaduspärane. Venemaa tugines poolte vahel sõlmitud investeerimislepingu artiklile 8, mis reguleeris vaidluste lahendamist investori ja riigi vahel.

⁵¹ Eesti Vabariigi valitsuse ja Kreeka Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1998, 32, 53.

⁵² Eesti Vabariigi ja Soome Vabariigi BIT. – RT 1992, 18, 256. Eesti vabariigi ja Hollandi Kuningriigi BIT. RT II 1998, 16, 29.

⁵³ Eesti Vabariigi ja Rootsi Kuningriigi BIT. – RT II, 1996, 32, 118. Eesti Vabariigi ja Prantsuse Vabariigi BIT. RT II 1996, 35, 127. Eesti Vabariigi- ja Austria Vabariigi BIT. RT II 1995, 4, 14.

⁵⁴ Eesti Vabariigi ja Läti Vabariigi BIT. RT II 1996, 38, 144.

⁵⁵ *RosInvestCo UK Ltd vs Russian Federation*. Case no: Arbitration V 079 / 2005. Veebis kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>, 13.04.2016.

Venemaa seisukoht oli, et arbitraaži pädevus on piiratud õiguslikke vaidlustega, mille sisuks on sundvõõrandamisest tuleneva kompensatsiooni suurus või muu sundvõõrandamisest tulenev tagajärg. Riikide vahel sõlmitud kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 kohaselt rakendatakse seda artiklit investori ja riigi vahelistele investeringutest tulenevatele õigusvaidlustele, mis puudutab kahjuhüvitist või selle suurust lepingu artikli 4 või 5 alusel (1); kõik muud küsimused, mis puudutavad sundvõõrandamise tagajärgi vastavalt lepingu artiklile (5) (2); või küsimused, mis puudutavad artikli 6 ebaõiget kohaldamist (3). Venemaa seisukoht oli, et tribunalil on pädevus asja läbi vaadata ainult juhul kui sundvõõrandamise toimumist on varasemalt tunnistanud näiteks Venemaa kohtu poolt, kuid poolte vahel sõlmitud vaidluste lahendamise sätted ei anna tribunalile pädevust sisuliselt analüüsida sundvõõrandamist ja selle seaduspärasust. Tribunal nõustus Venemaa seisukohaga ja leidis, et artikkel 8 alusel Suurbritannia Venemaa lepingu alusel puudub pädevus asja läbivaatamiseks, kuna investeerimislepingu artikkel 8 kohaldamisala on limiteeritud ja sundvõõrandamise seaduspärasus sinna alla ei kuulu.⁵⁶

Vaatamata asjaolule, et Suurbritannia -Venemaa kahepoolse investeerimislepingu alusel leidis kohus, et tal puudub pädevus asja läbivaatamiseks, analüüsiti täiendavalt, kas tribunalil pädevus võiks olla lepingu artikkel 3 enamsoodustusrežiimi klausli alusel koosmõjus Taani-Venemaa kahepoolses investeerimislepingus sisalduva investori-riigi vaidluste lahendamise sättega. Taani-Venemaa kahepoolse investeerimislepingu kohaselt kohaldatakse vaidluste lahendamise sätteid kõikidele teise lepingupoole territooriumil investeringuga seotud vaidlustele. Suurbritannia-Venemaa kahepoolse investeerimislepingu enamsoodustusrežiimi klausli kohaselt peavad lepingupoole oma territooriumil investeringuid ja selles tulused käsitlema mitte vähem soodsamalt kui kolmanda riigi investori investeringuid ja nende tulused. Sama artikli punkti 2 kohaselt annab oma territooriumil teise lepingupoole investeerijale nende investeringute juhtimise, hooldamise, kasutamise, nendest kasu saamise või kasutamisel mitte vähem soodsa käsitlemise kui lepingupoole annab mis tahes kolmanda riigi investeringutele ja tuludele.⁵⁷ Arbitraaž asus seisukohale, et Suurbritannia-Venemaa kahepoolse investeerimislepingu enamsoodustusklausli sätted, mis viitavad investeringu „kasutamisele“ ja „kasu saamisele“ on seotud sundvõõrandamisega ja seega, kui sekkutakse investori investeringu „kasutamist“ ja „kasu saamist“, siis peab investoril olema võimalus, et sellist rikkumist vaidlustada.⁵⁸

⁵⁶ *Ibid.*, p 123.

⁵⁷ Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa Ühendatud Kuningriigi ja Venemaa Föderatsiooni vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. No. 1(1990) Cm 1025, artikkel 3.

⁵⁸ *RosInvestCo UK Ltd vs. Russian Federation*. Case no: Arbitration V 079 / 2005, p 130.

Arbitraaž selgitas, et sellist tulemust tuleb arvestada vaatamata asjaolule, et Suurbritannia-Venemaa lepingu artiklil 8 on limiteeritud kohaldamisala ja see välistab otsesõnu tribunali pädevuse vaadata läbi sundvõõrandamisega seotud muid aspekte. Tribunal selgitas, et enamsoodustusklausli eesmärk ja selle rakendamise normaalne tulemus on, kui ühe lepingu alusel ei ole kaitse tagatud, siis võib see üle kanduda teisest lepingust.⁵⁹ Seega leidis tribunal, et Suurbritannia-Venemaa investeerimislepingu enamsoodustusrežiimi klausli ja Taani-Venemaa kahepoolse investeerimislepingu alusel on arbitraažil pädevus asja läbi vaadata laiemas ulatuses, kui on tagatud ainuüksi Suurbritannia-Venemaa lepingu alusel ja seega kuulub sisulisele läbivaatamisele ka küsimus, kas sundvõõrandamine oli seaduspärane.⁶⁰

Nagu eelneva otsusest tuleneb on enamsoodustusklauslid praktikas väga olulised ja võivad anda arbitraažile jurisdiktsiooni olukordades, kus riik seda ei oota. Vaatamata kõikidele kahepoolsete investeerimislepingute sätete sarnasusele on need siiski lepingupoolte vahel eraldi läbi räägitud. Seega on enamsoodustusklausli tulemus, et see ühtlustab poolte vahel kokkulepitud sätteid ja see ei ole kindlasti tulemus, mis riigid soovisid saavutada.⁶¹

Lisaks eelnevas näites toodule on enamsoodustusklauslit laiendatud ka protseduurilistele õigustele. Vaidluses Emilio Agustín Maffezini vs. Hispaania oli tegemist Argentiina kodanikuga, kes oli investeerinud ettevõttesse, mis tegutses Hispaanias kemikaalide turustamisega.⁶² Argentiina-Hispaania investeerimislepingu investori ja riigi vaheliste vaidluste lahendamise sätete kohaselt lahendatakse investeeringust tulenevad vaidlused sõbralikult (1). Kui vaidluse tekkimisest kuue kuu jooksul ei ole õnnestunud seda lahendada, peab selle esitama investeeringu sihtriigi kompetentsele vahekohtule (2). Rahvusvahelisele tribunalile on õigus esitada vaidlus juhul, kui see on esmalt esitatud investeeringu sihtriigi vahekohtule ja 18 kuu perioodi jooksul alates menetluse algatamisest ei ole tehtud otsust ja nõuet ei ole sisuliselt lahendatud (3).⁶³

Maffezini esitas taotluse vaidluse lahendamiseks ICSIDi Keskusesse ilma et oleks esitanud hagi Hispaania siseriiklikule vahekohtule. Hispaania seisukoht oli, et tribunalil ei ole pädevust vaidluse läbivaatamiseks, kuna hageja ei ole järginud investeerimislepingus sätestatud

⁵⁹ *Ibid.*, p 131.

⁶⁰ *Ibid.*, p 133.

⁶¹ M. Sornarajah. The International Law on Foreign Investment. Third Edition, Cambridge University Press, 2012, lk 270-271.

⁶² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/cases/641#sthash.pXfNIWdw.dpuf>, 29.04.2016.

⁶³ *Ibid.*, p 19 lk 8.

vaidluse lahendamise korda.⁶⁴ Tegemist on tüüpilise *fork in the road* klausliga, mille kohaselt on lepingupooltele õigus kokku leppida, et enne kui antakse vaidlus lahendamiseks rahvusvahelisele kohtule tuleb läbida siseriiklik menetlus. Kohus nõustus kostja seisukohaga, et Hispaania-Argentiina kahepoolse investeerimislepingu alusel puudub tribunalil pädevus asja läbivaamiseks, kuna hageja ei ole läbinud siseriiklikku menetlust ja oodanud 18 kuud nagu leping eeldab.⁶⁵

Vaatamata eelpool toodud tulemusele analüüsi, kas kohtul on pädevus Tšiili-Hispaania investeerimislepingu alusel koosmõjus enamsoodustusrežiimi klausliga, mille kohaselt võimaldavad lepingupooled oma territooriumil teise lepingupoole investeerijate investeeringutele sama soodsa käsitle, nagu antakse oma investeerijate või mistahes kolmanda riigi investeerijate investeeringutele, olenevalt sellest, kumb käsitle on soodsam.⁶⁶ Hageja seisukoht oli, et Tšiili-Hispaania kahepoolne investeerimisleping ei sisalda *fork in the road* klauslit, mille tõttu koheldakse Argentiina investoreid halvemini kui Tšiili investoreid.⁶⁷ Tšiili investorid ei pea eelnevalt läbima siseriiklikku menetlust ega ootama 18 kuud. Seega leidis kohus, et tal on pädevus asja läbivaatamiseks. Tribunal põhjendas, et kui kolmanda osapoolega sõlmitud lepingus on investori õiguste kaitseks soodsamad vaidluse lahendamise sätted, kui vaidlevate poolte vahel sõlmitud lepingus, siis kolmanda poolega sõlmitud lepingu sätted koosmõjus enamsoodustusklausliga on laiendatavad esialgsele lepingule. Tribunal siiski põhjendas, et see eeldab, et mõlemad lepingud reguleerivad sama küsimust, kaitsevad välisinvesteeringuid.⁶⁸

Eeltoodud näited kajastavad väga hästi, kuidas enamsoodustusrežiimi klauslid laiendavad investorite õiguste kaitset. Samas peab tõdema, et tribunalide vastavate sätete laiendav tõlgendus on üllatav. Vastavate klauslite sisu analüüsid kohalduks see olukordades, kus ainult teatud investoritele on näiteks siseriikliku õiguse alusel loodud mingid eelised. Seda põhjusel, et investeerimislepingute sätted on lepingupoolte vahel eraldi läbi räägitud. Tõenäoliselt ei osanud riigid kahepoolsete investeerimislepingute sõlmimisel ettegi kujutada, et vastav säte võib sellisel määral investorite õigusi laiendada. Ka osad tribunalid ei nõustu eelpool toodud tõlgendusega.

⁶⁴ *Ibid.*, p 38, lk 14.

⁶⁵ ICSID Case No. ARB/97/7. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, , p 37, lk 14. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/cases/641#sthash.pXfNIWdw.dpuf>, 29.04.2016.

⁶⁶ *Ibid.* p 38 lk 14.

⁶⁷ *Ibid.*, p 39 lk 15.

⁶⁸ *Ibid.*, p 56 lk 21.

Näiteks vaidluses *Plama Consortium Limited vs. Bulgaaria*⁶⁹ leidis tribunal, et selline enamsoodustusklausli laiendav tõlgendamine võib viia olukorrani, kus investoril on õigus valida investeerimislepingutes sisalduvad kõige soodsamad vaidluse lahendamise sätted.⁷⁰ Seega leidis kohus, et enamsoodustusrežiimi klausel ei peaks laienema vahekohtumenetluse sätetele välja arvatud juhul, kui lepingupoole ei ole selgesõnaliselt nii kokku leppinud.⁷¹

1.8. Vaidluste lahendamine

Kahepoolsed investeringute soodustamise ja kaitse lepingud panevad lepingupoole riikidele kohustusi. Vaatamata lepingulistele kohustustele, ei ole nendest kasu kui investoril ei ole võimalust oma investeringut kaitsta, kui investeringu sihtriik peaks oma kohustuste täitmist rikkuma. Selleks on lepingutest sätestatud investori ja riigi vaheliste vaidluste lahendamise sätted. See tähendab, et kui investeringu sihtriik on oma lepingulisi kohustusi rikkunud, siis on investoril õigus esitada vaidlus lahendamiseks arbitraaži. Kui vastavad kokkulepped puuduksid, peaksid investorid pöörduma investeringu sihtriigi kohtusse või lahendama vaidluse diplomaatilisi kanaleid kasutades. Kõik Eestiga sõlmitud kahepoolsed investeringute soodustamise ja kaitse lepingud sisaldavad vahekohtumenetluse sätteid.

Arbitraažimenetluse mehhanismi üheks põhjuseks on menetluse depolitiseerimine ja seeläbi õiglase lahendi tagamine. Vaatamata investeringute sihtriigi siseriiklike kohtute sõltumatusele ja erapooletusele jääb alati teatud konflikt olukorras, kus riigi vastu on esitatud ligi 90 miljoniline nõue, mida investeringu sihtriigi kohtud peaksid lahendama. Kui printsiibis peaks vahekohtumenetluse näol olema tegemist sõltumatu organiga, siis arbitraaži lahendite valguses leitakse, et tegemist investori meelse vaidluste lahendamise organiga.⁷²

C. Schreueri põhjenduste kohaselt juba ainuüksi arbitraaži eksisteerimine, kui efektiivse vaidluste lahendamise organi näol, omab pooltevahelisele käitumisele mõju. Ainuüksi võimalus tõhusale menetlusele mõjutab nii investori kui riigi käitumist. Sellel on taltsutav mõju nii investorile kui investeringute sihtriigile. Mõlemad pooled hoiduvad tegevusest,

⁶⁹ ICSID Case No ARB/03/24. *Plama Consortium Limited v Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8.02.2005. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>, 30.04.2016.

⁷⁰ *Ibid.*, p 219, lk 70.

⁷¹ *Ibid.*, p 223 lk 71.

⁷² Gus van Harten. Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment-Treaty Arbitration? Forthcoming Study Gives Cause for Concern. Veebis kättesaadav: <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investment-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern/>, 15.04.2016.

millest võiks potentsiaalselt tekkida vaidlus.⁷³ Nii omab selline menetlus positiivset mõju nii investorile kui sihtriigile. Investorile on eelis selge – tõhusa rahvusvahelise menetluse tagatus. Riigid seevastu vahekohtumenetluse võimalust pakkudes parandavad investeerimiskeskonda, mis omakorda suurendab investeeringuid. Andes nõusoleku vahekohtumenetluseks, kaitseb ennast teiste menetluse eest – vaidluse lahendamine diplomaatilise kaitse korras.

1.8.1. Investeerimislepingutes sätestatud vaidluste lahendamise võimalused

Eestiga sõlmitud kahepoolsetes investeerimislepingutes on vaidluste lahendamiseks erinevaid võimalusi. Esimese võimalusena viidatakse alati vaidluse kohtuvälisele lahendamisele läbirääkimiste teel. Eesti Hollandi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping on ainus, kus ei ole vaidluse lahendamiseks esmase viisina määratletud läbirääkimisi. Samas ei tähenda see, et pooled seda võimalust ei kasutaks. Hea näide on United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vee ja Eesti Vabariigi vaheline tariifivaidlus, mille puhul ligi kolme aasta jooksul toimusid poolte vahel läbirääkimised.⁷⁴ Hetkel pooleli olev vaidlus lahendatakse Eesti-Hollandi investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse lepingu alusel.⁷⁵

Kui poolte vahel ei ole läbirääkimised tulemuseni viinud, siis on investoril õigus kuue kuu jooksul esitada vaidlus lahendamiseks kokku lepitud arbitraaži. Eesti Soome vahel sõlmitud lepingu artikkel 8 punkti 1 kohaselt on vastav tähtaeg kolm kuud.⁷⁶

Kõikide Eestiga sõlmitud investeeringute soodustamise ja kaitse lepingutes on võimalus esitada vaidlus lahendamiseks ICSIDI Keskusele. Osade kahepoolsete investeeringute soodustamise ja kaitse lepingute puhul on jäetud lepingupooltele valikuvabadus. Näiteks Eesti-Leedu vahel sõlmitud lepingus on võimalik vaidlus esitada lahendamiseks kas Keskusele või rahvusvahelisele vahekohtule, mis on moodustatud ÜRO Rahvusvahelise

⁷³ R.Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 237.

⁷⁴ Tallinna Vesi pressiteade. Veebilehel kättesaadav: <http://www.tallinnavesi.ee/en/Investor/663-AS-Tallinna>, 15.04.2016.

⁷⁵ Kohaldatav investeerimisleping toodud: <http://www.italaw.com/cases/3147>, 15.04.2016.

⁷⁶ Eesti Vabariigi Valitsuse ja Soome Vabariigi Valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja kaitsmise leping.

Kaubandusõiguse Komisjoni (UNCITRAL) arbitraažireeglite alusel.⁷⁷ Selline valikuvabadus on veel Läti, Kreeka, Tšehhi ja Soomega sõlmitud lepingutes.

Kõige vähem valikuvabadust on Eesti ja Suurbritannia vahelise investeerimislepingu alusel, mille kohaselt on pooltel õigus esitada vaidlus ainult Keskusele.⁷⁸ Kõige enam võimalusi pakub Eesti Poola vaheline investeeringute soodustamise ja kaitse leping, mille artikli 8 kohaselt on investoril õigus valida järgnevat võimaluste vahel:

- lepingupoole kompetentsele kohtule;
- arbitraažikohtule vastavalt Stockholmi Kaubanduskoja Arbitraažiinstituudi protseduurireeglitele;
- Pariisi Rahvusvahelise Kaubanduskoja arbitraažikohtule;
- *ad hoc* arbitraažikohtule, mis luuakse Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjoni arbitraažiprotseduuri reeglite kohaselt või;
- Rahvusvahelisele Investeeringualaste Vaidluste Lahendamise Keskusele, mis on rajatud vastavalt riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeeringuid puudutavate vaidluste lahendamise konventsioonile juhul, kui mõlemad lepingupooled on saanud selle konventsiooni liikmeks.⁷⁹

1.8.2. Rahvusvaheline Investeeringuvaidluste Lahendamise Keskus

ICSIDi Keskuse näol on tegemist 18. märtsil 1965. a Washingtonis allkirjastatud riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsiooni alusel loodud vahekohtuga. Eesti suhtes jõustus konventsioon 23.07.1992.⁸⁰ Vastava konventsiooniga loodi vahekohtus ja seal rakendatavate menetlusreeglite raamistik. ICSID on muutunud kõige populaarsemaks vaidluste lahendamise Keskuseks.⁸¹

Vaidluse lahendamine ICSIDis annab lepingupooltele mitmeid eeliseid. Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsiooni artikli 37

⁷⁷ Eesti Vabariigi valitsuse ja Leedu Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT- II 1995, 42, 192.

⁷⁸ Eesti Vabariigi Valitsuse ja Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa Ühendatud Kuningriigi Valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja kaitse leping. RT II 1994, 30 132.

⁷⁹ Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1996, 35, 12.

⁸⁰ <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/MembershipStateDetails.aspx?state=ST45>

⁸¹ R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law, Second Edition. Oxford University Press, lk 241.

kohaselt on vaidluste pooltel endal õigus määrata asja läbivaatamiseks kohtunikud.⁸² Võrreldes siseriiklike kohtunikega on kindlasti eeliseks, et tegemist on kohtunikega, kes investeerimisalaste vaidlustega tegelevad. Lisaks kohtunike määramisõigusele saavad pooled valida kohtuotsuse avalikustamise.⁸³ Arvestades, et tegemist on suurte korporatsioonidega ja vaidluse käigus avaldatakse nii ettevõttega kui investeringutega seotud olulist informatsiooni on investorid huvitatud, et teatud juhtudel jääksid otsused kinniseks.

Konventsiooni artikkel 53 kohaselt ei kuulu arbitraažilahendid ka edasikaebamisele.⁸⁴ Ühetasemeline menetlus peaks printsiibis tagama, et vaidlus saaks võimalikult kiiresti lahenduse. Menetluse kiirus on oluline, kuna konkreetsest otsusest võib sõltuda investori äritegevus. Arbitraaži otsuse saab tühistada juhul, kui kohus ei olnud moodustatud õigesti (1); kohus oli ilmselt ületanud oma volitusi (2); kohtu liikme korrumpeerimise tõttu (3); ei ole järgitud põhilist protseduuriireeglit (4); või kohtuotsuse pole suudetud sõnastada otsuse aluseks olevaid põhjendusi (5). Kui otsus tühistatakse, tuleb vaidlus poole nõudel esitada uuele kohtule.⁸⁵ Kõik Eestiga seotud vaidlused on lahendatud ICSIDi Keskuses.

1.8.3. ÜRO Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjoni vahekohtueeskirju järgiv vahekohus

UNCITRAL on ÜRO peaassamblee allasutus, mille eesmärk on rahvusvahelise kaubandusõiguse normide ühtlustamine ning seda viiakse ellu konventsioonide, mudelseaduste väljatöötamisega. Lepingupooled võivad kokku leppida UNCITRALi eeskirjade kasutamises vahekohtumenetluses. Samas ei ole UNCTIRAL ise vahekohus ega toimeta muul viisil individuaalset vahekohtumenetlust. ÜRO soovitab kasutada UNCITRALi vahekohtueeskirju rahvusvahelistes kaubandussuhetes, eriti kaubanduslepingute vahekohtumenetlust käsitlevates sätetes. Seega on tegemist eeskirjadega, mille kasutamises võib iga kord lepingus eraldi kokku leppida (*ad hoc*).⁸⁶

⁸² Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon. RT - RT II 2000, 26, 156.

⁸³ *Ibid.*, artikkel 48 lg 5.

⁸⁴ *Ibid.*, artikkel 53 lg 1.

⁸⁵ *Ibid.*, artikkel 52 lg 1, 6.

⁸⁶ Investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse lepingute ratifitseerimise seaduse eelnõu seletuskiri, lk 8.

1.9. Investeeringisolepingus sisalduv nõusolek vahekohtumenetluseks

Eesti on liitunud ICSIDI konventsiooniga ja see on Eestis läbinud riigisisese menetluse, mis tähendab et konventsioon on ka jõustunud. Konventsiooni artikkel 25 kohaselt on vahekohtul pädevus asja läbivaatamiseks kui vaidluse pooled on esitanud kirjaliku nõusoleku vaidluse esitamiseks Keskusele. Konventsiooni preambula kohaselt osalisriigid deklareerivad, et ükski osalisriik ei ole kohustatud ainuüksi selle konventsiooni ratifitseerimise, vastuvõtmise või heakskiitmise tõttu esitama iga üksikut vaidlust lepitus- või vahekohtule.⁸⁷ See tähendab, et vaatamata asjaolule, et pooled on konventsiooni ratifitseerinud, ei anna see asja läbivaatamise pädevust vahekohtule. Seda kinnitavad ka ICSIDI konventsiooni kommentaarid.⁸⁸

Praktikas on levinud kolm varianti, kuidas antakse kirjalik nõusolek vahekohtumenetluseks. Esiteks on võimalus sätestada kirjalik nõusolek pooltevahelises investeeringisolepingus. Teiseks võimaluseks on anda nõusolek läbi sihtriigi seadusandluse või muu ühepoolse deklaratsiooni alusel. Ühepoolne nõusolek seaduses või deklaratsioonina on käsitletav offerdina, mis investor vajadusel aktseptib.⁸⁹ Kolmandaks võimaluseks on anda kirjalik nõusolek kahepoolsetes investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse lepingutes.

Eestiga sõlmitud kahepoolsetes investeeringisolepingutes on nõusolek otsesõnu sätestatud Eesti ja Belgia-Luksemburgi lepingus, mille kohaselt kumbki lepingupool nõustub eelnevalt ja pöördumatult vaidluse lahendamiseks seda tüüpi arbitraaži korras. Nõustumine tähendab, et mõlemad lepingupooled loobuvad õigusest nõuda siseriiklike administratiivsete või kohtulike vahendite kasutamist.⁹⁰ Eesti-Saksamaa kahepoolse investeeringisolepingu kohaselt kumbki lepingupool kinnitab oma nõusolekut sellise menetlusega.⁹¹ Võrdlemisi selgelt on nõusolek ka Eesti-Hollandi kahepoolses investeeringisolepingus, mille kohaselt kumbki lepingupool annab oma ja teise lepingupoole kodanike vahelise õiguslase vaidluse, mis puudutab nimetatud kodaniku investeeringut esimese laepingupoole territooriumil rahvusvaheliseks lahendamiseks või arbitraaži.⁹²

⁸⁷ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeeringisolepingute lahendamise konventsioon. - RT II 2000, 26, 156.

⁸⁸ R. Dolzer. The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge University Press. Cambridge 2009, p 374, lk 190.

⁸⁹ *Ibid.*, p 392, lk 196.

⁹⁰ Eesti Vabariigi ja Belgia-Luksemburgi Majandusuniooni vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1996, 42, 171.

⁹¹ Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1993, 20, 45.

⁹² Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II 1995, 15, 71.

Osades kahepoolsetes investeerimislepingutes ei ole nõusolek otsesõnu kirjas, kuid see on tekstist tuletatav. Näiteks Eesti-Prantsusmaa vaheline leping, mille kohaselt iga vaidlus, mis pole sõbralikult lahendatud kuue kuu jooksul alates vastava kirjaliku taotluse esitamisest tuleb edastada ükskõik kumma vaidleva poole palvel lõplikuks lahendamiseks arbitraažile.⁹³ ICSIDi kommentaaride kohaselt on aktsepteeritav, kui lepingus eraldi vastavat nõusolekut ei mainita, kuid sätted sõnastuses nagu „on õigus esitada“ ja „peab esitama“ käsitletakse kui nõusolekuna vaidluse esitamiseks Keskusesse.⁹⁴ Seega võib eeltoodust järeldada, et ka Eesti Prantsusmaa investeerimisleping sisaldab lepingupoolte nõusolekut vaidluse tekkimisel lahendada see rahvusvahelises arbitraažis.

Nagu eelpool toodud on Keskuse jurisdiktsiooni eelduseks, et on vaidluse poolte kirjalik nõusolek vaidluse lahendamiseks arbitraažis. Vaatamata mõnede sätete teatavale ebamäärarusele on käesoleva töö autori seisukoht, et kõikide lepingute puhul on poolte tahe vahekohtumenetluseks. Lepingutes sätestatud kirjalik nõusolek on käsitletav sihtriigi ühepoolse siduva oferdina, mille sihtriiki investeerinud investor peab kirjalikult aktsepteerima. Investor saab kahepoolses investeerimislepingus sisalduva offerdi aktseptida lihtsalt alustades menetlust ICSIDis. Viimastel aastatel enamus arbitraažimenetlusi põhinevad menetlustel, kus riik on andnud nõusoleku investeerimislepingus ja investor aktseptib selle taotluse esitamisega Keskusesse.⁹⁵ Lisaks on võimalik investoril anda omapoolne aktsept riigiga eraldi sõlmitavas investeerimislepingus.

1.10. Kahepoolsete investeerimislepingute ellujäämisklauslid

Kõik investeeringute soodustamise ja kaitse lepingud sisaldavad klauslit, mille kohaselt pärast lepingu lõppemist või lõpetamist jäävad teatud lepingu sätted kehtima. Vastavat klauslit nimetatakse ellujäämisklauslik. Lepingupoolte vahel lepatakse kokku aastates, kui kaua lepingu sätted veel kohaldamisele kuuluvad.

Eestiga sõlmitud lepingutes hõlmab ellujäämisklausel kõiki lepingu sätteid, mis tähendab, et kõik kaitsestandardid kehtivad edasi kokkulepitud perioodi. Eestiga sõlmitud lepingutel on ellujäämisklauslitel erinev pikkus. Näiteks Rootsi, Belgia-Luksemburgi, Hispaania ja Taaniga sõlmitud lepingute puhul on selleks kümme aastat. Kahekümneaastane klausel on sätestatud –

⁹³ Eesti Vabariigi ja Prantsusmaa Vabariigi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping.

⁹⁴R. Dolzer. *The ICSID Convention. A Commentary.* Cambridge University Press. Cambridge, 2009, p 434, lk 207.

⁹⁵ *Ibid.*, p 448, lk 212.

Prantsusmaa, Saksamaa, Leedu, Läti, Kreeka, Soome, Austria, Suurbritannia- ja Põhja Iirimaa, Poola ja Hollandiga sõlmitud lepingutes.

Ellujäämisklauslite eesmärgiks on laiendada investorite õiguste kaitset. Kahepoolseid investeerimislepinguid sõlmiti algselt riikidega, mida iseloomustas poliitiline ebastabiilsus ja ellujäämisklausel oli üks täiendav viis selle riski maandamiseks. Tavaliselt kümme või kaksikümmend aastat pikk ellujäämisklausel tagas investorile piisava aja, et vajadusel oma investeeringud suunata teise riiki.

Ellujäämisklauslite kõige suurem praktiline väärtus on, et vaatamata lepingu lõppemisele kehtivad lepingu sätted edasi ja kui investori õigusi rikutakse on tal õigus esitada vaidlus arbitraaži. Ellujäämisklausleid tuleb vaadata koosmõjus lepingu lõpetamise sätetega. Näiteks Eesti-Poola vahel sõlmitud investeeringute soodustamise ja kaitse lepingu artikkel 13 lõike 1 kohaselt jääb leping jõusse kümneaastaseks perioodiks ja jätkab jõus olemist pärast seda samaks perioodiks või perioodideks, kui aasta enne esimest või mõnda järgmist perioodi üks lepingupool ei teata teisele lepingupoolele oma soovist leping lõpetada. Lõpetamise teade jõustub aasta pärast seda, kui teine lepingupool on selle kätte saanud.⁹⁶

Sama artikli lõike 2 kohaselt investeeringute osas, mis on tehtud enne kuupäeva, mil teade lõpetamisest jõustub, kehtivad selle lepingu tingimused kümneaastase perioodi jooksul käesoleva lepingu lõpetamise kuupäevast alates.⁹⁷

Eesti Poola kahepoolne investeerimisleping kehtib esmalt kümme aastat. Kui pärast esmast kehtivusaja lõppu ei teavita kumbki lepingupool soovist lepingut lõpetada, kehtib leping edasi järgnevat kümme aastat. Ellujäämisklausel tuleb kohaldamisele aga ainult juhul, kui üks lepingupool teatab teisele poolele soovist see lõpetada. See tähendab et ellujäämisklausel kohaldub ainult lepingu ühepoolse lõpetamise korral.

Teine näide on Eesti ja Austria investeeringute soodustamise ja kaitse leping, mille artikkel 11 lõike 2 kohaselt jääb leping jõusse kahekümneaastaseks perioodiks; seejärel pikeneb ta määramatu ajani ja tema kehtivust saavad mõlemad lepingupoole lõpetada diplomaatilisel teel kirjalikult kaheteistkümnekuulise etteteatamisega.⁹⁸

⁹⁶ Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1996, 35, 126.

⁹⁷ Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. RT II 1996, 35, 126.

⁹⁸ Eesti Vabariigi ja Austria Vabariigi vaheline investeeringute soodustamise ja kaitse leping. RT II 1995, 4, 14.

Artikkel 11 lõike 3 kohaselt investeeringud, mis on tehtud enne käesoleva lepingu kehtivuse lõppemise kuupäeva, kehtivad käesoleva lepingu artiklite 1–10 sätted edasi kahekümneaastase perioodi vältel alates käesoleva lepingu kehtivuse lõppemise kuupäevast.⁹⁹

Antud juhul kehtib leping esmalt 20 aastat ja seejärel pikeneb edasi määramatu ajani. Ellujäämisklausel kehtib kõikidele investeeringutele, mis on tehtud enne käesoleva lepingu kehtivuse lõppemise kuupäeva. Antud juhul ei viita miski, et ellujäämisklauslit kohaldatakse ainult ühepoolsele lõpetamise. See tähendab, et kui lepingupooled otsustavad lõpetada lepingu poolte kokkuleppel, siis rakendub ka ellujäämisklausel.

Mõlema eeltoodud lepingu puhul on vaieldav, kas ellujäämisklausel kohaldub ainult esmase kehtivusperioodi jooksul või see rakendub ka juhul, kui esmane lepinguperiood on omakorda pikenenud 20 aastaks. Ühelt poolt võib öelda, et kui leping pikeneb täiendavalt 20aastaseks perioodiks ja pooled seejärel soovivad lepingut lõpetada, siis täiendava perioodi lõppkuupäev ongi käesoleva lepingu kehtivuse lõppemise kuupäev.

Samas võib asuda ka vastupidisele seisukohale ja öelda, et käesoleva lepingu kehtivuse lõppemise kuupäev viitab ainult esmasele lepingu kehtivuse perioodile. Kaks eelnevat tõlgendust tagab nii lepingupooltele kui investoritele väga erineva lahenduse. Kui klausel kohaldub ainult esmase perioodi suhtes ja leping lõpetatakse, on riik kohustatud lepingulisi kohustusi täitma pärast esmast perioodi täiendavad 20 aastat. See tähendab, et kui esmane periood pikeneb täiendavalt uue perioodi võrra ja seejärel toimub lõpetamine, siis katab teine periood ellujäämisklausli ära. Kui leping kohaldub ka teise kahekümne perioodi suhtes, siis pakutakse investori investeeringule kaitset lisaks esialgsele 40 aastale täiendavad 20 aastat.

Lisaks ellujäämisklauslitele tagab investorite kaitset ka lepingus kokkulepitud lepingu lõpetamise kord. Eesti-Austria kahepoolse investeerimislepingu lõpetamise etteteatamistähtaeg on 12 kuud. See tähendab et täiendaval lepinguperioodil peab järgima ainult etteteatamistähtaega, kuid leping on võimalik lõpetada igal ajal. See tähendab, et ei pea ootama täiendava perioodi lõppu. Lepingupoolte seisukohast on selline lahendus väga paindlik. Investoritele vastupidiselt tähendab see aga nõrgemat kaitset. Selline lahendus on lisaks Eesti-Austria lepingus veel Rootsiga ja Suurbritanniaga sõlmitud lepingus.

Vastupidiselt Eesti-Austria lepingule saab Eesti-Poola lepingut lõpetada ainult enne vastava kümneaastase perioodi lõppu. Enamus Eestiga sõlmitud kahepoolsed investeerimislepingu

⁹⁹ Eesti Vabariigi ja Austria Vabariigi vaheline investeringute soodustamise ja kaitse leping. RT II 1995, 4, 14.

lõpetamise sätted on analoogse ülesehitusega nagu Eesti Poola lepingu puhul. See tähendab, et lepingupooltel on õigus leping lõpetada teatades ette enne esialgse või täiendava perioodi lõppu. Selline lahendus on järgnevate riikidega sõlmitud lepingute puhul: Läti, Holland, Kreeka, Belgia-Luksemburg, Poola, Leedu, Prantsusmaa.

Selget ja lepingupooltele paindlikku lepingu lõpetamise sätet sisaldab Eesti-Taani kahepoolne investeerimisleping, mille artikkel 16 kohaselt kehtib leping kümme aastat ja jääb seejärel kehtivaks, kui pärast kümneaastast algperioodi kumbki lepingupool ei teata teisele lepingupoolele kirjalikult kavatsusest käesolev leping lõpetada. Lepingu ülesütlemisest teatamine jõustub üks aasta pärast päeva, mil teine lepingupool saab kätte vastava teate. Sama artikli lõike 2 kohaselt jäävad investeringute suhtes, mis on tehtud enne käesoleva lepingu ülesütlemise jõustumist, 1. kuni 10. artikli normid kehtima veel kümneks aastaks sellest kuupäevast arvestades.¹⁰⁰ Eesti-Taani lepingu kohaselt ei pea pooled ootama täiendava perioodi lõppu et leping lõpetada. Lisaks on selge, et ellujäämisklausel kohaldub ainult ülesütlemisele ja mitte kahepoolsele lõpetamisele.

Lepingu lõpetamise sätete alusel võib kahepoolsed investeerimislepingud üldiselt grupeerida kaheks. Ühel juhul on lepingud, mille puhul ellujäämisklausel on seotud lepingu ühepoolse ülesütlemisega. Näiteks Poola, Taaniga, Suurbritannia- ja Põhja Iirimaaga ning Rootsiga sõlmitud lepingud. Teise grupi moodustavad lepingud, mille puhul lepingu lõpetamise sätted on vaieldavad. Üks küsimus on kas ellujäämisklausel kehtib ainult lepingu ühepoolisel lõpetamisel või ka lepingu lõpetamisel poolte kokkuleppel. Teine oluline aspekt on, kas ellujäämisklausel rakendub ainult investeringutele, mis on tehtud esmase lepinguperioodi jooksul või kogu lepingu kehtivusaja jooksul. Vastav küsimus muutub oluliseks, kuna väga paljud lepingud kehtivad juba praegu teise lepinguperioodil alusel. Näiteks Eesti-Leedu kahepoolne investeerimisleping jõustus 20.06.1996. aastal. Leping kehtib esmalt kümme aastat ja seejärel järgnevate kümneaastaste perioodide jooksul. See tähendab, et hetkel kehtiv leping on kehtiv juba täiendava perioodi alusel.

Nagu eelpool toodud on teatud lepingute puhul tõlgendusruumi, mis jätab lahtiseks, kuidas ellujäämisklauslid pärast lepingute lõppemist kohalduvad. Osaliselt võib sellesse küsimusse selgust tuua lepingueelsete läbirääkimiste dokumendid ja materjalid. Vastavalt Viini lepingute konventsiooni tõlgendamise üldnormile, tõlgendatakse lepingut heas usus, andes lepingus kasutatud mõistetele ja konteksti arvestades tavatähenduse ning lähtudes lepingu mõttest ja

¹⁰⁰ Leping Eesti Vabariigi valitsuse ja Taani Kuningriigi valitsuse vahel investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitsmise kohta. RT II 1995, 19, 112.

eesmärgist. Lepingu tõlgendamisel hõlmab konteksti peale teksti, kaasa arvatud preambul ja dokumendi lisad, mille on koostanud üks või mitu osalisriiki seoses lepingu sõlmimisega ja mille teised osalisriigid on head kiitnud lepinguga seotud dokumendina.¹⁰¹ Seega võib sellele küsimusele vastamiseks abiks olla lepingueelsete läbirääkimiste dokumendid, kust selgub poolte tahe.

¹⁰¹ Rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsioon. -RT II 2007, 15,

2. Eestiga lõpetatud kahepoolsed investeerimislepingud

2.1. Eesti Itaalia kahepoolse investeerimislepingu lõpetamine

Eesti ja Itaalia vaheline investeringute soodustamise ja kaitse leping jõustus 09.05.2000. Vastavalt lepingu artiklile 14 lg 1 kehtis leping 10 aastat ja pikeneb järgmiseks viieaastaseks perioodiks, kui üks kahest lepingupoolest ei teata kirjalikult lepingu lõpetamisest vähemalt aasta enne lepingu lõppemise kuupäeva.¹⁰² Eesti ja Itaalia vahelise investeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskirja kohaselt saatis Itaalia Vabariigi Suursaatkond 21. augustil 2007 Välisministeeriumile noodi ettepanekuga leping lõpetada. Seletuskirja kohaselt on lepingu lõpetamise eesmärgiks tagada kõikide Euroopa Liidu liikmesriikide investorite võrdne kohtlemine Euroopa Liidu õigusaktidest tulenevalt. Seega teatas Itaalia Eestile, et soovib lepingu lõpetada. Järelikult leping ei pikene, vaid lõppeb lepingu artikli 14 lõike 1 järgi kümne aasta möödumisel jõustumisest ehk 9. mail 2010.¹⁰³

Eesti-Itaalia vaheline leping sisaldas ellujäämisklauslit, mille kohaselt enne lepingu lõppemise kuupäeva tehtud investeringute suhtes jäävad artiklid 1 kuni 12 jõusse veel viieks aastaks pärast lepingu lõppemise kuupäeva.¹⁰⁴ Seletuskirja kohaselt on artikli 14 lõike 2 eesmärk investori õiguspärase ootuste kaitse. Seepärast ei pidanud Eesti ja Itaalia vajalikuks viidetud sätet enne lepingu lõpetamist muuta. Seletuskirja põhjenduste kohaselt on lepingu lõpetamine on põhjendatud, sest Eesti ja Itaalia on ühinenud ELiga ning investeringute kaitset Eesti ja Itaalia vahel reguleerib ELi õigus. Lepingu lõpetamise tõttu investorite kaitse ei vähene ning Eesti ja Itaalia investorite võrdse kohtlemise tagab ELi õigus.¹⁰⁵

2.2. Eesti Tšehhi kahepoolse investeerimislepingu lõpetamine

Eesti ja Tšehhi vaheline leping jõustus 18.07.1995 ja oli sõlmitud kümneks aastaks. Tšehhi Vabariigi Suursaatkond saatis 7. jaanuaril 2009 Välisministeeriumile noodi ettepanekuga lepingut muuta ja see lõpetada. Eesti-Tšehhi investeringute soodustamise leping sisaldab

¹⁰² Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vaheline investeringute soodustamise ja kaitse leping. RT II 1997, 49, 130.

¹⁰³ Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskiri, lk 1.

¹⁰⁴ Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vaheline investeringute soodustamise ja kaitse leping. RT II 1997, 49, 130.

¹⁰⁵ Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskiri, lk 2.

samuti ellujäämisklauslit, mille kohaselt enne lepingu lõppemist tehtud investeeringute suhtes kehtivad lepingu sätted edasi kümme aastat pärast selle lõppemise päeva.¹⁰⁶

Seletuskirja kohaselt muudeti esmalt pooltevahelise kokkuleppega lepingut, et tunnistada kehtetuks lepingu artikli 12 lõige 3. Artikli 12 lõike 3 järgi kehtib leping enne lepingu lõppemist tehtud investeeringute suhtes edasi kümme aastat pärast selle lõppemise päeva. Kokkuleppe kohaselt artikli 12 lõiget 3 enam ei kohaldata. Artikli 12 lõike 3 muutmine on vajalik, et lepingu lõppemisel lõppeks täielikult ka lepingu kohaldamine.¹⁰⁷

Sama kokkuleppega lõpetati ka pooltevaheline leping. Seletuskirja kohaselt on lepingu lõpetamine põhjendatud, sest Eesti ja Tšehhi on ühinenud ELiga ning investeeringute kaitset Eesti ja Tšehhi vahel reguleerib ELi õigus. Lepingu lõpetamise tõttu investorite kaitse ei vähene ning Eesti ja Tšehhi investorite võrdse kohtlemise tagab ELi õigus. Lepingu lõpetamine on põhjendatud ka seetõttu, et Lissaboni lepinguga laiendatakse ELi ühise kaubanduspoliitika ulatust: esmakordselt sätestatakse välismaised otseinvesteeringud ELi ühise kaubanduspoliitika osana (Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 206 ja artikli 207 lõige 1). Seega on ühise kaubanduspoliitika reguleerimisalas ja järelikult ka Euroopa Ühenduse ainupädevuses selliste lepingute sõlmimine, mis kehtivad välismaiste otseinvesteeringute kohta.¹⁰⁸

Eesti jagab Euroopa Komisjoni seisukohta, et kahepoolsed investeerimislepingutel ei ole enam praktilist väärtust ja investeeringute kaitse on tagatud ka ELi õiguse alusel. Samas ei ole Eesti esitanud detailsemat analüüsi, mille põhjal sellisele tulemuseni on jõutud.

Nagu eelnevalt käsitletud siis praktikas on mitmeid arvamusi, kas kahepoolsed investeerimislepingud on investeeringuid soodustav ja kas investorid enne äritegevuse alustamist nendega ka tegelikult arvestavad. Vaatamata sellele on Eestil hetkel 15 kehtivat kahepoolset investeeringute soodustamise ja kaitse lepingut, mis tõenäoliselt lähiajal kavatsetakse lõpetada.

Kui investor oma investeeringut plaanib, siis õiguslik raamistik on üks aspekt, millega arvestatakse. Seega nii Eesti investorid liikmesriigis kui välismaa investorid Eestis on arvestanud et kahepoolsed investeerimislepingud on jõus esmalt 10 või 20 aastat ja lepingu

¹⁰⁶ Eesti Vabariigi ja Tšehhi Vabariigi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II 1995, 1, 2.

¹⁰⁷ Eesti Vabariigi valitsuse ja Tšehhi Vabariigi valitsuse vahelise investeeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskiri, lk 2.

¹⁰⁸ *Ibid.*, lk 2.

lõpetamisel kehtib leping edasi veel täiendavad 10 või 20 aastat. Osade lepingute puhul nagu Poola ja Taani oli ellujäämisklausel seotud lepingu ühepoolse lõpetamisega. Samas enamuste lepingute puhul rakendub ellujäämisklausel ka lepingu lõpetamisel poolte kokkuleppel. Seega investeeringu tegemise hetkel on investor arvestatud nii lepingu esialgse perioodiga kui pärast lepingu lõppemist investorite õiguste kaitseks loodud täiendava perioodiga. Vastuoluline on riikide poolt lepingute lõpetamise viis – esmalt muudetakse lepingut ja kokkuleppe kohaselt ellujäämisklauslit enam ei kohaldata. Selline lahendus tekitab küsimus, kuna lepingute sel viisil muutmine ja lõpetamine on vastuolus kahepoolsete investeerimislepingute eesmärgiga. Kui lepinguid lõpetatakse viisil, et esmalt tunnistatakse kehtetuks kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduvad ellujäämisklauslid ja seejärel lõpetatakse leping rikutakse investorite legitiimseid ootuseid.

2.3. Investorite õigused kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamisel

Eesti-Tšehhi kahepoolne investeeringute soodustamise ja kaitse leping lõpetati poolte kokkuleppel, kuid esmalt muudeti lepingut nii, et tunnistati kehtetuks lepingu artikli 12 lõige 3. Kokkuleppe kohaselt artiklit 12 lõiget 3 enam ei kohaldata.

Kahepoolsete investeerimislepingute sätete tõlgendamisel on abiks rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon (edaspidi Viini konventsioon).

Viini lepingute konventsiooni lepingute muutmise üldnormi artikkel 39 sätestab: *lepingut võib muuta osalisriikide kokkuleppel. Sellise kokkuleppe suhtes kohaldatakse II osa norme, kui lepingus ei ole ette nähtud teisiti.*¹⁰⁹

Artikkel 36 kolmandatele riikidele õigusi ettenägevad lepingud:

1. Lepingu sättest tuleneb kolmandale riigile õigus, kui lepingu osalisriikidel on kavatsus selle sätte kaudu anda selline õigus kas kolmandale riigile või riikide rühmale, kuhu ta kuulub, või kõikidele riikidele, ja kui kolmas riik sellega nõustub. Tema nõusolekut eeldatakse seni, kuni ei ole tõendeid vastupidise kohta, kui lepinguga ei ole ette nähtud teisiti.

*2. Lõike 1 alusel õigust kasutav riik täidab selle õiguse kasutamise tingimusi, mis on ette nähtud lepinguga või kehtestatud lepingu kohaselt.*¹¹⁰

Artikkel 37 kolmandate riikide kohustuste või õiguste tühistamine või muutmine¹¹¹

¹⁰⁹ Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. RT II 2007, 15.

¹¹⁰ Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. RT II 2007, 15.

2. Kui kolmandal riigil tekib artikli 36 järgi õigus, ei või osalisriigid seda õigust tühistada ega muuta, kui on kindlaks tehtud, et nende kavatsuse kohaselt ei või seda õigust tühistada ega muuta ilma kolmanda riigi nõusolekuta.

Eelpool toodud Viini konventsiooni artiklid reguleerivad kolmandate riikide õigusi, mitte isikute õigusi. Seega on küsimus, kas analoogia korras oleks võimalik seda sätet kohaldada ka isikutele. Viini lepingute konventsiooni kommentaarid ei viita, kas seda sätet tuleks laiendada või tuleks vastupidiselt tõlgendada kitsendavalt. James Harrison on seisukohal, et teatud juhtudel võib Viini lepingute konventsiooni artikkel 37 olla kohaldatav mitte ainult riikidele, vaid kõikidele isikutele, kes on kolmanda osapoole õiguste omajad. Ta tugines riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide vaheliste või rahvusvaheliste organisatsioonide vaheliste lepingute õiguse Viini konventsioonile¹¹², mis on sisult analoogne Viini konventsiooniga. Riikide ja organisatsioonide konventsiooni artikli 37 kohaselt, kui kolmandal riigil või kolmandal organisatsioonil tekib artikli 36 kohaselt õigus, ei või lepinguosalisel seda õigust tühistada ega muuta, kui on kindlaks tehtud, et nende kavatsuse kohaselt ei või seda õigust tühistada ega muuta ilma kolmanda riigi või kolmanda organisatsiooni nõusolekuta.¹¹³ Seega võib öelda, et tegemist on üldise põhimõttega, mis on kohaldatav kõikidele kolmandate õiguste omajatele.¹¹⁴

Sellele seisukohale võib leida kinnitust ka praktikast. Argentiina-Saksamaa kahepoolse investeerimislepingu alusel toimunud menetluses Wintershall Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic, leidis tribunal, et konventsiooni artikkel 36 laieneb ka kolmandatele isikutele. Tribunali seisukoht oli, et kahepoolse investeerimislepingu alusel teisese õiguse hoidjale (investorile), kellele on tagatud teatud õigused, ei ole teistsuguses positsioonis kui „kolmas riik“ rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon artikkel 37 mõttes.¹¹⁵

Seega kui Viini lepingute konventsiooni artiklid 36 ja 37 on kohaldatavad lisaks kolmandatele riikidele ka teistele kolmandatele osapooltele, siis peab nende õiguste tühistamine ja muutmine toimuma vastavalt artiklile 37. Viini konventsioon artikkel 37 lg 2 keelab teatud juhtudel õiguste tühistamise. Kahepoolsete investeerimislepingute kontekstis peaksid olema

¹¹¹ Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. RT II 2007, 15.

¹¹² James, Harrison. The Journal of World Investment & Trade 13 (2012). The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties, lk 944.

¹¹³ Riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide vaheliste või rahvusvaheliste organisatsioonide vaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. - RT II 2008, 23, 67.

¹¹⁴ J. Harrison. The Journal of World Investment & Trade 13 (2012). The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties, lk 944.

¹¹⁵ ICSID Case No. ARB/04/14. Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, , p 114, lk 69. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/cases/1171#sthash.29zmjUF4.dpuf>, 16.04.2016.

selleks täidetud kaks eeldust: investor peab olema omandanud lepingust teatud õigused (i) ja lepingupoolte kavatsuse kohaselt ei saa seda õigust tühistada ilma kolmanda riigi nõusolekuta (ii).

Kahepoolsete investeerimislepingute puhul on tegemist riikidevahelise lepinguga, mis paneb pooltele kohustusi, ning neid kohustusi täites tekib investoritele soodne ärikeskkond. Teoorias on investorite õiguste olemuse koha pealt tekkinud teatud küsimused. Peamiselt on küsimuse all, kas investori õigused on riigi õigused, mida investor teostab või tegemist on õigustega, mis kuuluvad investorile otse.

Praktikas väljendub see olukorras, kui vaidlus on juba tekkinud ja investor esitab taotluse vaidluse lahendamiseks vahekohtumenetluses. Investori õiguste olemuse kindlakstegemisele tuginetakse kahele erinevale teooriale – investorite tuletatud õigused (*derivative rights theory*) ja investori otsesed õigused (*direct rights theory*).

Tuletatud õiguste teooria kohaselt on investori koduriigil õigus esitada investori nimel nõue, kuid investor on see, kes seda õigust teostab. Derivatiivse teooria kohaselt on riigil õigus esitada nõue teise riigi vastu ja seega investor teostab riigi õigusi, mitte enda õigusi. Vastav teooria põhineb diplomaatilise kaitse kontseptsioonil.¹¹⁶

Derivatiivse teooria kohaselt astuvad investorid nõ riigi kingadesse, ilma et investor muutuks riikidevahelises õiguslikus suhtes üheks pooleks.¹¹⁷ Eric De Brabandere seisukoht on, et kui investor eristab arbitraaži investeringu sihtriigi vastu nõude on sisuliselt muidugi tegemist investori õigusega ja on vale väita, et investor teostab õigusi oma koduriigi nimel. See siiski ei tähenda, et selline õigus ei ole tuletatud koduriigi õigusest esitada investeringu sihtriigi vastu nõue. Lepingus sätestatud kohustused on riikidevahelised, kuid need loovad investoritele õigusi.¹¹⁸ Nagu eelnevalt toodud, siis see kontseptsioon põhineb diplomaatilisel kaitsel. Varasemalt ei olnud kahepoolsetes investeerimislepingutes investori ja riigi vahelise vaidluse lahendamise sätteid. Vahekohtumenetluse mehhanismi loomisega kaitstakse arbitraažis samu õigusi, mis varasemalt olid lahendamisel diplomaatilise kaitse korras. Sellest lähtuvalt leiavad ka tuletatud õiguste teooria pooldajad, et investor teostab riigi õigusi - diplomaatiline kaitse on nihkunud arbitraaži.

¹¹⁶ Eric De Brabandere. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge 2014, lk 61.

¹¹⁷ Zachary, Douglas. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge 2009, lk 11.

¹¹⁸ E. Brabandere. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge 2014, lk 63.

Otseste õiguste teooria kohaselt omab investor kahepoolse investeerimislepingu alusel otsest õigust esitada investeeringu sihtriigi lepingupoole vastu nõue. See õigus on eraldatud ega tulene investori koduriigi õigusest.¹¹⁹ Z. Douglas leiab, et kahepoolsete investeerimislepingute tekst on kooskõlas tulemusega, et riikide vahel kokku lepitud investeringute kaitse sätetest tulenevad õiguse kuuluvad investorile ja neil on õigus vastavaid õigusi nõuda vastavalt kahepoolsetes investeerimislepingutes kokkulepitud arbitraažimenetlusele.¹²⁰

Praktikas puudub ühtne seisukohta investorite õiguse olemuses. Näiteks vaidluses Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. Mehhiko asus tribunal seisukohale, et Põhja-Ameerika Vabakaubanduslepingu peatükk 11 sätestab riikidevahelised kohustused, investoritele õigusi tekitamata. NAFTA peatükk 11 on oma olemuselt analoogne kahepoolsete investeerimislepingutele, sätestades samalaadsed standardid. Lisaks sisaldab ka NAFTA investori ja riigi vaheliste vaidluste lahendamist arbitraažis. Tribunali seisukoht tugines derivatiivse õiguse teooriale, mille kohaselt investeerimislepingud sätestavad kohustused, mille kohaselt riigi peavad investeringuid ja investoreid kohtlema vastavalt lepingu standarditele. Kui leiab aset lepingus sätestatud standardite rikkumine, on investoril õigus nõuda kompensatsiooni, aga tegelikkuses asub investor koduriigi asemele ja nõuab koduriigi õigusi.¹²¹

Tribunal leidis, et NAFTA tõlgendades ei ole võimalik tuletada, et investorid omavad isiklikke õigusi ja investorite õigused ei ole võrreldavad ka inimõigustega.¹²² Kohtu põhjenduste kohaselt lepingu peatükk A (enamsoodustusrežiim, ülekannete vabadus, sundvõõrandamine) sisaldab riikidevahelisi kohustusi, sätestades standardid, mille täitmist hinnatakse arbitraažimenetluses. Kõikidel investoritel on peatükk B (reguleerib investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamist) alusel protseduuriline õigus alustada investeeringu sihtriigi vastu menetlust. Peatükk B alusel annavad liikmesriigid omapoolse nõusoleku esitada vaidlus arbitraaži. Kui investor esitab nõude tribunalile, siis ta aktseptib investeeringu sihtriigi offerdi ja alates sellest hetkest on investeeringu sihtriik ja investor otseses õigussuhtes.¹²³

Täiesti vastupidisele arvamusele jõudis tribunal vaidluses Corn Products International, Inc. vs. Mehhiko, kus leiti et investorite õigused oma olemuselt vastavad otseste õiguste teooriale.

¹¹⁹ E. Brabandere. Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Cambridge 2014, lk 60.

¹²⁰ Zachary, Douglas. The International Law of Investment Claims. Cambridge 2009, lk 35.

¹²¹ ICSID Case No. ARB (AF)/04/5. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. Mehhiko, p 168, 169 lk 57. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/cases/documents/92#sthash.a32a45yp.dpuf>

¹²² *Ibid.*, p 171, lk 57.

¹²³ *Ibid.*, p 174, lk 57

Tribunali seisukoha kohaselt on ebaloomulik olukord, kus investorid alustavad menetlust ja nad ei nõua mitte enda õigust vaid koduriigi õigust.¹²⁴ Sel põhjusel leidis kohus, et kui investor esitab nõude NAFTA peatükk 11 kohaselt siis ei ole tegemist mitte riigi, vaid investori õigustega. Kohus põhjendas, et kui varasemalt esitas riik nõude, kuna tema kodanikku oli valesti koheldud, siis tegelikkuses esitas riik nõude oma investori nimel. Riigi õigusele viidati ainult põhjusel, et investoril endal ei olnud võimalik nõuet esitada. Kuna investoritel on nüüd nõude esitamise õigus ei ole sellise fiktsiooni jätkamiseks alust.¹²⁵

Kahepoolsete investeerimislepingute puhul omab eelpool toodud õiguste teooria käsitlus tähtsust, et kindlaks teha, kas lepingute alusel on kolmandatele osapooltele õigusi tekkinud. Derivatiivse teooria kohaldamisel on tulemuseks, et kahepoolsetes investeerimislepingute alusel loodud kohustused on riikidevahelised ja nende rikkumisel ühe poole poolt omandab investor ainult protseduurilise õiguse esitada hagi arbitraaži. Sellisel juhul peab eitama ka Viini lepingute artikkel 37 kohaldamist, kuna see eeldab, et kolmandal osapooltel on tekkinud õigus.

Kui aga asuda seisukohale, et kahepoolsed investeerimislepingud loovad investoritele õigusi, siis nad on Viini lepingute mõistes kolmandad isikud kellele on lepinguga tagatud teatud õigused. Siinkohal tuleb rõhutada, et Viini lepingute konventsiooni artikkel 36 ja 37 kohaldamine eeldab, et sätet saab laiendavalt tõlgendada. See tähendab et vaatamata sõnastusele „*kolmandate riikide õigused*“ ei hõlma see mitte ainult riike vaid ka füüsilisi ja juriidilisi isikuid. Seega kui artikkel 37 tõlgendada laiendavalt ja tugineda otsese õiguse teooriale, siis on vajalik veel ühe eelduse olemasolu – riigid, kes muudavad lepingut, nende kavatsuse kohaselt ei või seda õigust tühistada ega muuta ilma kolmanda riigi nõusolekuta. Ühelt poolt võib asuda seisukohale, et lepingupoolte kavatsus on alates lepingu sõlmimisest olnud, et neil ei ole õigust ilma kolmanda riigi nõusolekuta lepingust tulenevaid õigusi muuta. Sellise lahenduse puhul peaks iga kord kui lepingupooles soovivad lepingut muuta küsima kolmandate õiguste omajate – investorite seisukohta. Vaevalt riigid soovivad selliselt oma suveräänsust piirata.

Rahvusvaheliste lepingute Viini konventsiooni kommentaaride kohaselt võib selline kolmandale osapooltele antud tagasisivõtmatu õigus olla sätestatud, kas lepingu tingimustes, kust sellised õigused tulevad või lepingupoolte ja kolmanda isiku vahel sõlmitud

¹²⁴ ICSID Case No. ARB(AF)/04/01. *Corn Products International, Inc. vs. The United Mexican States*, p 169, lk 79. Veebis kättesaadav: <http://www.italaw.com/documents/CPI-DecisiononResponsibility-eng.pdf>.

¹²⁵ *Ibid.*, p 173, lk 81.

kokkuleppes.¹²⁶ Siiski jääb teatud võimalus, et lepingu tekst ja preambula viitavad, investoril selliste õiguste tekkimist. Eestiga sõlmitud kahepoolsete investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse lepingute kontekstis peab seda eitama.

Viini lepingute konventsiooni artiklit 37 tuleb kohaldada koosmõjus artikliga 36. Artikli 36 kommentaaride kohaselt on riikidel õigus muuta ja võtta tagasi vastavat õigus ilma kolmanda osapoole nõusolekut nii kaua, kui nõ kolmanda õiguse omanik ei ole avaldanud oma nõusolekut.¹²⁷

Eesti Tšehhi investeeringute soodustamise ja kaitse lepingut muudeti nii, et esmalt tühistasid pooled ellujäämisklausli. Selle eesmärgiks oli et lepingu lõppemisel selle kohaldamine ei oleks enam võimalik. Selle peamiseks sisuliseks tähtsuseks on, et investoritel ei oleks enam võimalust pöörduda arbitraaži.

Kahepoolsete investeerimislepingute vahekohtumenetluse sätted loetlevad vaidluste lahendamise organid. Kuid lisaks kokku lepitud organitele sisaldavad need ka riigi nõusolekut anda asi lahendamiseks arbitraaži. Praktikaks on mitmeid lahendusi nõusoleku andmiseks. Käesoleva töö punkti 1.9. analüüsi tulemusena selgus, et kõik Eestiga sõlmitud investeeringute soodustamise lepingud juba sisaldavad riigipoolset nõusolekut. See tähendab, et seda ei ole vaja täiendavalt sätestada ei siseriiklikus õiguses ega eraldi kokkuleppega investeerimislepingus. Seega Eesti-Tšehhi lepingu muudatuse juures omab investorile kõige suuremat mõju asjaolu, et lepingupooled on võtnud tagasi oma offerdi, mille aktseptimisel on investoril õigus esitada vaidlus lahendamiseks arbitraaži. Seega peaks investori ja riigi vahelistes suhetes eristama kahte olukorda – investor ei ole nõuet arbitraaži esitanud, lepinguriigi muudavad/tühistavad õiguse (i); investor on esitanud nõude arbitraaži enne, kui lepinguriigid muudavad/tühistavad õiguse (ii).

Arvestades Viini lepingute konventsiooni artikleid 36 ja 37 kommentaare, siis variandi (i) puhul, kus investori ole esitanud vaidlust lahendamiseks arbitraaži on riikidel õigus vastav ofert igal ajal tagasi võtta. Ellujäämisklauslite kontekstis võiks hüpoteetiliselt rääkida olukorrast, et riigid on andnud offerdi kogu lepingu perioodiks ja ka täiendavaks perioodiks. See ei tähenda siiski, et riikidel ei oleks õigust lepingut muuta ja seeläbi ofert tagasi võtta.

Teistsugune on lahendus olukorras, kus investor on juba nõude arbitraaži esitanud. See tähendab, et riigi ofert vahekohtumenetluseks on investori poolt aktseptitud. Sellises olukorras

¹²⁶ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966.

¹²⁷ *Ibid.*, lk 229.

ei ole riigil enam võimalust selle õiguse muutmiseks ega tühistamiseks. Seda kinnitavad ka ICSIDI kommentaarid. Kommentaaride kohaselt ei soovitada investoritel tugineda nõusolekule, mis sisaldub kas seaduses või lepingus, kuna riigil on õigus sellest igal ajal ühepoolset taganeda. Kui investor esitab omapoolse nõusoleku, siis ei ole riigil võimalik seda tagasi võtta.¹²⁸

Antud juhul on analüüsitud olukorda, kus nõusolek menetluseks on antud kahepoolses investeerimislepingus. Samas võivad investorid ja riigid omavahel sõlmida veel investeerimislepinguid, kus reguleeritakse poolte vahelist suhet detailsemalt. Sellisel juhul võib lisaks üldisele vahekohtumenetluse nõusolekule riikidevahelises investeerimislepingus sisalduda see riigi ja investori vahelises investeerimislepingus. Sellisel juhul on võimalik, et vastavas lepingus on investor andnud tulevikuks omapoolse aktsepti. Kui see on täiendavalt seotud kahepoolse investeerimislepinguga võib tekkida olukord, kus investoril on nõusolek arbitraaži pöördumiseks, kuid ei ole kahepoolsest investeerimislepingust tulenevaid standardeid millele tugineda.

Eesti-Tšehhi investeringute soodustamise ja kaitse leping mitte ainult ei muudetud vaid see ka lõpetati. Eesti-Tšehhi lepingu lõpetamise sätete kohaselt ei jää leping jõusse, kui üks aasta enne esimese või mis tahes järgneva perioodi lõppemist üks lepingupooltest ei teata teisele lepingupoolele kirjalikult oma kavatsust leping lõpetada, mida Tšehhi ka tegi.¹²⁹ Kuid nagu eelnevalt toodud, siis lõpetati leping nii, et ellujäämisklausel ei rakendu.

Lepingute lõpetamist reguleerib konventsiooni artikkel 54: lepingu lõppemine, lõpetamine või sellest taganemine lepingu sätete kohaselt või osalisriikide nõusolekul

Leping võib lõppeda, osalisriik võib selle lõpetada või sellest taganeda:

a) lepingu sätete kohaselt või

b) millal tahes kõigi osalisriikide nõusolekul pärast nõupidamist teiste lepinguosaliste riikidega.¹³⁰

Viini konventsiooni artikkel 54 kommentaaride kohaselt sisaldavad mitmed lepinguid sätteid, mille kohaselt leping jääb teatud kuupäevani või sündmuseni jõusse. Vaatamata lepingu

¹²⁸ R. Dolzer. The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge University Press. Cambridge, 2009, p 599, lk 254.

¹²⁹ Eesti Vabariigi ja Tšehhi Vabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. RT II 1995, 1, 2.

¹³⁰ Rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon. RT II 2007, 15,

lõpetamise kohta käivatele sätetele, on pooltel igal ajal õigus leping kokkuleppel lõpetada kaldudes kõrvale lepingus sätestatust.¹³¹

Konventsiooni artikkel 70: lepingu lõppemise või lõpetamise tagajärjed

Kui lepingus ei ole ette nähtud teisiti või kui osalisriigid ei ole teisiti kokku leppinud, lepingu lõppemine või lõpetamine selle sätete või käesoleva konventsiooni kohaselt:

a) vabastab osalisriigid igasugusest kohustusest edaspidi lepingut täita;

b) ei mõjuta osalisriikide õigusi, kohustusi ega õiguslikku seisundit, mis on tekkinud lepingu täitmise tulemusena enne selle lõppemist või lõpetamist.¹³²

See et lepingupooltel on õigus leping igal ajal poolte kokkuleppel lõpetada, kaldudes kõrvale lepingus sätestatust kinnitab ka Viini lepingute konventsiooni artikkel 70 – „*kui osalisriigid ei ole teisiti kokku leppinud*“. Seega arvestades Viini lepingute konventsiooni ja selle kommentaare võib asuda seisukohale et kahepoolseid investeerimislepinguid on võimalik lõpetada poolte kokkuleppel viisil, et esmalt muudetakse lepingut nii, et tühistatakse ellujäämisklausel, neutraliseerides selle mõju ja seejärel lõpetad leping.

Tribunalide praktikat analüüsid, võib väita, et tribunalid on võrdlemisi alid oma pädevust jaatama. Seda näiteks eeltoodud enamsoodustusrežiimi klauslite tõlgendamise osas, kus tõlgendati klauslit laiendavalt, mis tagas tribunalile pädevuse asja läbivaatamiseks. Seejuures ei saa ka kahepoolsete investeerimislepingute alusel unustada lepingute olemust ja ellujäämisklauslite mõju nendele. Tegemist on lepingutega, mille eesmärgiks on investeringute soodustamine ja mis väljendub välismaiste investorite kapitali sissevoolus. Investeerimisotsus on vastu võetud arvestades riigiga sõlmituid lepinguid sh kahepoolseid investeerimislepinguid.

Antud juhul räägitakse lepingutest, mis on sõlmitud 1990. aastatel, kui Eesti poliitiline olukord ei olnud stabiilne. Seega investeerimisotsust tehes võis olla marginaalse tähtsusega just vastav investeerimisleping. Sel põhjusel võib investoritel olla tõendeid ja argumente, mis tõestavad, et vastav otsust Eestisse investeerida on vastu võetud arvestades lepingu esmast kehtivusaega ja ka ellujäämisklauslit. Hetkel on Eesti-Tšehhi kahepoolne investeerimisleping lõpetatud. Väga huvitav oleks näha arbitraaži seisukohti olukorras, kus Eesti või Tšehhi investor esitab taotluse vaidluse lahendamiseks arbitraaži. Kuigi eeltoodud analüüsist lähtus, et lepingute lõpetamine sellisel viisil on võimalik, siis kas arbitraaž ka sellega nõustub. Seda

¹³¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, lk 249.

¹³² *Ibid.*

eriti põhjusel, kuna tribunalide seisukoht on, et kahepoolsetest investeerimislepingutest tulenevaid õigusi võiks laiendada ka teistele liikmesriikide investeeringutele. Tribunalide vastavaid seisukohti käsitletakse käesoleva töö kolmandas peatükis.

3. Euroopa Komisjoni poolt algatatud rikkumismenetluste põhjused

3.1. Euroopa Komisjoni pilootprojekt investeerimislepingute lõpetamiseks

Euroopa Komisjon pilootprojekti eesmärgiks on Euroopa Liidu liikmesriikide vahel kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamine. Selle täitmiseks algatas Komisjon 18.05.2015 aastal viie liikmesriigi suhtes rikkumismenetluse: Austria, Holland, Rootsi, Rumeenia ja Slovakkia. Ametlikult saadetud märgukirjade kohaselt palub Euroopa Komisjon vastavatel riikidel Euroopa Liidu sisesed kahepoolsed investeerimislepingud lõpetada. Vastavalt Euroopa Komisjoni pressiteatele on Komisjon andud riikidele täiendava suunised, kuidas kõnealused lepingud lõpetama peaks.¹³³ Euroopa Komisjoni seisukoht on, et vastavad lepingud ei ole enam vajalikud, sest Euroopa Liidu õiguse alusel on investorite õigused kaitstud. Euroopa Komisjoni on mitmetes liikmesriikide vahelistes vaidlustes *amicus curia*'na esitanud omapoolsed seisukohad ja üritanud investeerimislepingute mõju neutraliseerida juba arbitraažimenetluses.

3.2. Eureko B.V (Holland) vs. Slovakkia

Üks tähtsamaid lahendeid, kus käsitleti kahepoolsetest investeerimislepingutest tõusetuvaid küsimusi, on Eureko B.V vs. Slovakkia. Eureko B.V. on Hollandi ettevõtte, kes tegutses Slovakkia kindlustusvaldkonnas. Slovakkias oli 1993. aastast riiklik tervisekindlustuse süsteem. Kuna 2004. aastaks oli Slovakkia tervishoid ligi 26 miljardi SKK-ga defitsiidis, siis otsustati tervishoiusüsteemi reformida. Selle eesmärgiks oli eelneva riiklikul põhineva süsteemi asendamine segasüsteemiga, kus tervisekindlustust pakuvad nii riik kui eraettevõtjad.¹³⁴ Reformitud tervishoiusüsteem võimaldas tervisekindlustust pakuvatel ettevõtetel teenida kasumit ja seda edasi kanda teistesse ettevõtetesse. Lisaks teistele muudatustele tegid Slovakkia reformid investoritele turu väga atraktiivseks.¹³⁵

Eureko B.V oli Slovakkia kindlustusturul olnud alates 1997. aastast. Pärast reformi taotles Eureko endale tervisekindlustuse litsentsi. Pärast litsentsi saamist investeeriti ettevõttesse 2006. aasta jooksul 110 miljonit SKK-i ja hilisemalt 2 180 300 000 SKK-i.¹³⁶

2007. aasta Slovakkia parlamendivalimistel tulid võimule sotsiaaldemokraadid, kes omakorda reformisid loodud tervishoiusüsteemi. Uute reformidega muudeti 2004. aastal loodud eelised

¹³³ Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon nõuab liikmesriikidelt ELi-siseste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist. Veebilehel kättesaadav: file:///C:/Users/Gerli/Downloads/IP-15-5198_ET%20(2).pdf, 16.04.2016.

¹³⁴ PCA Case No. 2008-1. Eureko B.V. v. Republic of Poland. 3, p 86, lk 20.

¹³⁵ *Ibid.*, p 88, lk 21.

¹³⁶ *Ibid.*, p 90, lk 22.

ja pandi mitmeid piiranguid, näiteks tohtisid ettevõtted reinvesteerida tervisekindlustusest saadud kasumit ainult tervishoidu.¹³⁷

Eureko B.V. leidis, et reformide tulemusena on Slovakkia rikkunud kahepoolse investeerimislepingu õiglase ja võrdse kohtlemise põhimõtet, diskrimineerimise põhimõtet, täieliku julgeoleku ja kaitse standardit, ülekannete vabadust ja sundvõõrandamise keeldu.

Slovakkia seisukoht oli, et kohtul ei ole pädevust asja läbivaatamiseks. Slovakkia tugines Viini konventsioonile artikkel 59-le ning leidis, et Slovakkia ja Hollandi vaheline investeeringute soodustamise ja kaitse leping lõppes alates Slovakkia astumisega Euroopa Liitu.

Viini lepingute konventsiooni artikkel 59 kohaselt loetakse leping lõppenuks, kui tema kõik osalisriigid sõlmivad samas küsimuses järgneva lepingu ja järgnevast lepingust tuleneb või on muul viisil kindlaks tehtud osalisriikide kavatsus reguleerida seda küsimust järgneva lepinguga või (1); järgneva lepingu sätted on niivõrd kokkusobimatud eelneva lepingu sätetega, et neid lepinguid ei ole võimalik ühel ajal kohaldada (2). Lõike kaks kohaselt loetakse eelnev leping peatatuks, kui järgnevast lepingust tuleneb või on muul viisil kindlaks tehtud, et selline oli osalisriikide kavatsus.¹³⁸

Artikkel 59 kohaldamiseks peab olema täidetud järgnevad eeldused – järgmine leping peab reguleerima *sama küsimust* (i); poolte tahe leping lõpetada (ii); lepingute sätted on kokkusobimatud, mille tõttu nende koos kohaldamine ei ole võimalik (iii).

Slovakkia seisukoht oli, et Euroopa Liidu lepingud ja kahepoolset investeerimislepingud käsitlevad *sama küsimust*. Selle väite motiveerimiseks tõi kostja Euroopa Liidu lepingust¹³⁹ välja analoogsed standardid, mis on sätestatud kahepoolsetes investeerimislepingutes. Kostja seisukoht oli, et ELTLis sisalduvad sätted katavad kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduvad definitsioonid (investor ja investeering), on sama eesmärgiga, pakuvad samu kaitsestandardeid ja võimaldavad kasutada võrdväärseid õiguskaitsevahendeid.¹⁴⁰

Nii leidis Slovakkia, et kahepoolsetes investeerimislepingutes sätestatud investori mõistele vastab Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklile 49.¹⁴¹ Vastava sätte kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisevabadust teise liikmesriigi

¹³⁷ *Ibid.*, p 96, lk 24.

¹³⁸ Rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsioon. RT II 2007, 15.

¹³⁹ Käesolevas töös on toodud sätted ELTLst.

¹⁴⁰ PCA Case No. 2008-13. Eureko B.V. v. Republic of Poland., p 65, lk 17.

¹⁴¹ *Ibid.*, p 66.

territooriumil. Niiviisi keelatakse ka piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud liikmesriigi kodanikel rajada esindusi, filiaale ja tütarettevõtjaid.¹⁴² Seega on Euroopa Liidu lepinguga hõlmatud nii füüsilised kui juriidilised isikud nagu kahepoolsete investeerimislepingute alusel. Investeeringute kaitse oli Slovakkia seisukohaselt tagatud siseturu põhivabaduste kohaselt – kapitali, teenuste, tööjõu ja kaupade vaba liikumise põhimõtetega.¹⁴³

Kolmandaks leidis kostja, et investeeringute soodustamise põhimõte kahepoolses investeerimislepingus vastab Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklile 63, mille kohaselt keelatakse liikmesriikide vahel kõik kapitali ja maksepiirangud.¹⁴⁴

Võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise standard on Euroopa Liidu õiguse alusel kaetud ELTL artiklitega 18 ja 49.¹⁴⁵ Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 18 kohaselt on aluslepingutes käsitletud valdkondades keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel.¹⁴⁶ Ülekannete vabaduse sätted on kostja seisukohaselt identsed Euroopa Liidu toimimise lepingu artikliga 63, mille kohaselt keelatakse kapitali liikumise piirangud.

Investeeringute täieliku kaitse ja julgeoleku standard on samuti Euroopa Liidu siseturu sätete alusel tagatud. Lisaks tõi Slovakkia välja, et sundvõõrandamise kaitse on tagatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 17, mille kohaselt igal inimesel on õigus vallata, kasutada, käsutada ja pärandada oma seaduslikul teel saadud omandit. Kellelki ei tohi tema omandit ära võtta muidu kui üldistes huvides ja seaduses ettenähtud juhtudel ja tingimustel ning õigeaegse ja õiglase hüvituse eest. Omandi kasutamist võib reguleerida seadusega niivõrd, kui see on vajalik üldistes huvides.¹⁴⁷

Viimaseks leidis kostja, et kui investori õigusi on juba rikutud, siis Euroopa Liidu õiguse alusel on investoritel võimalik saada piisav kaitse. Euroopa Liidu õiguse alusel on võimalik esitada kaebus siseriiklikku kohtusse, kaasates eelotsustusmenetluse raames Euroopa Liidu Kohus.¹⁴⁸

Lisaks leidis kostja, et kui liikmesriik täidab kahepoolsest investeerimislepingust tulenevaid kohustusi, siis liikmesriik rikub Euroopa Liidu toimimise lepingut. Kostja näeb ülekannete

¹⁴² Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.

¹⁴³ PCA Case No. 2008-13. Eureko B.V. v. Republic of Poland, p 67.

¹⁴⁴ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon.

¹⁴⁵ PCA Case No. 2008-13. Eureko B.V. v. Republic of Poland, p

¹⁴⁶ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.

¹⁴⁷ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. ET C 326/399.

¹⁴⁸ PCA Case No 2008-13 Eureko B.V. v. Republic of Poland, p 71.

vabaduse sätete vastuolu Euroopa Liidu toimimise lepingu artikliga 63, mis lubab teatud juhul piirata kapitali vaba liikumist.¹⁴⁹

Lisaks leidis kostja, et investeerimislepingutes sisalduvad vahekohtumenetluse sätted on vastuolus Euroopa Liidu toimimise lepinguga, kuna arbitraaži klausel rikub Euroopa Kohtu kompetentsi. Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 344 kohaselt liikmesriigid kohustuvad aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaid vaidlusi lahendama ainult aluslepingutes ettenähtud meetoditega.¹⁵⁰ Lisaks leidis kostja, et kahepoolsed investeerimislepingud on diskrimineerivad, kuna ELTL alusel ei ole liikmesriigi kodanikul võimalus esitada vaidlus lahendamiseks arbitraaži.¹⁵¹

Hageja ei nõustunud kostja eelpool toodud seisukohtadega. Hageja seisukoht oli, et kahepoolsed investeerimislepingud ja ELTL ei reguleeri sama küsimust. Euroopa Liidu toimimise lepingu eesmärk on investeeringute algatamine, kui kahepoolsete investeerimislepingute eesmärgiks on kaitsta investeeringuid terve investeeringu perioodi jooksul. Euroopa Liidu lepingute esmane eesmärk on keelata investeeringute ja kaubanduse piirangud, mis seeläbi võimaldavad teha investeeringuid. Lisaks leidis hageja, et Euroopa Liidu leping ei kata investeeringute võrdse ja õiglase kohtlemise standardit, täieliku julgeoleku ja kaitse standardit ning investorile pakutatavat vahekohtumenetluse võimalust.¹⁵²

Viini konventsiooni artikkel 59 kohaldamise eelduseks on, et Euroopa Liidu toimimise lepingu ja kahepoolse investeerimislepingu sätted on niivõrd kokkusobimatud, et neid ei ole võimalik koos kohaldada. Sellisel juhul oleks arbitraaži pädevus välistatud. Hageja leidis, et see tingimus ei ole täidetud.

Menetlusse kaasati ka Euroopa Komisjon ja Hollandi valitsus, kellel paluti esitada omapoolne seisukoht. Hollandi valitsuse seisukoht oli, et Hollandi ja Slovakkia vahel sõlmitud investeeringute soodustamise ja kaitse leping on endiselt jõus. Holland rõhutas oma seisukohta, et ei ole kahtlust et arbitraažil on vaidluse lahendamiseks pädevus. Euroopa Liidu õiguse aspekt ei mõjuta tribunali pädevust. Hollandi seisukoht oli, et vaatamata Lissaboni lepingu jõustumisega 01.12.2009. aastal, millega liikmesriigid andsid välisinvesteeringute pädevuse Euroopa Liidule, vajab eelnevalt täpsustamist, kuidas Euroopa Liit seda õigust kasutama hakkab.¹⁵³

¹⁴⁹ *Ibid.*, p 109, 110.

¹⁵⁰ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.

¹⁵¹ *Ibid.*, p 113.

¹⁵² *Ibid.*, p 78.

¹⁵³ *Ibid.*, p 161.

Euroopa Komisjon seisukoht oli, et kahepoolsed investeerimislepingud kujutavad endast anomaaliat, kuna vähemalt osad investeerimislepingu sätted on kattuvad Euroopa Liidu siseturu sätetega.¹⁵⁴ Komisjon lisas, et Euroopa Liidu Kohtul on eksklusiivne jurisdiktsioon. Komisjon viitas MOX Plant kaasusele, kus vaidluses Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa vahel Euroopa Liidu kohus leidis, et kohtul on eksklusiivne jurisdiktsioon lahendada liimesriikide vahelisi vaidlusi, mis vähemalt osaliselt puudutavad Euroopa Liidu õigust. Seega leidis Komisjon, et kui liikmesriigid kasutavad poolte vahel kokku lepitud vahekohtumenetluse mehhanismi, rikutakse Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklit 344.¹⁵⁵ Lisaks eitas Komisjon arbitraaži pädevust Euroopa Liidu õiguse ülimuslikkusega, mille tõttu põhimõte *pacta sunt servanda* ei kohaldu liikmesriikide vahel sõlmitud kahepoolsete investeerimislepingute suhtes.¹⁵⁶

Komisjon tõi välja ka diskrimineerimise probleemi, mis kahepoolsete investeerimislepingute alusel tõusetub, kuna ainult teatud liikmesriikide kodanikel on õigus esitada asi lahendamiseks arbitraaži. Komisjon ei nõustunud hageja esitatud seisukohaga, et arbitraaž on efektiivsem kui siseriiklikud kohtud või kui kaebuse esitamine Komisjonile.¹⁵⁷ Komisjon nõustus ka kostja seisukohaga, et kahepoolsed investeerimislepingud ja Euroopa liidu toimimise leping reguleerivad *sama küsimust*.¹⁵⁸

Tribunali seisukoht oli, et tal on pädevus asja läbivaatamiseks. Kohus nõustus hageja seisukohtadega, et artikkel 344 ja analoogia MOX Planti kaasusega ei ole kohaldatav, kuna Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 344 reguleerib olukorda, kus vaidlevateks poolteks on liikmesriigid, mitte liikmesriik ja teise liikmesriigi investor. Saksamaa ringkonnakohus (*Oberlandesgericht*), kuhu Slovakkia esitas kohtu esmase jurisdiktsiooniotsuse vaidlustamiseks, kinnitas tribunali tõlgendust ELTL artikkel 344 tõlgendamise kohta ja leidis, et see on kohaldatav vaidlustes, mis on liikmesriikide vahel ja mitte liikmesriigi investori ja riigi vahel.¹⁵⁹

Tribunali seisukoht oli, et Slovakkia astumisega Euroopa Liitu Viini lepingute konventsiooni artikkel 59 alusel poolte vahel sõlmitud kahepoolne investeerimisleping ei lõppenud. Lisaks asus arbitraaž seisukohale, et kahepoolsed investeerimislepingud annavad laiemad õigused ja kohustused, mida Euroopa Liidu õigus ei kata ja mis ei ole Euroopa Liidu õigusega ka

¹⁵⁴ *Ibid.*, p 177.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p 178.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p 180.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p 183.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p 192.

¹⁵⁹ PCA Case No. 2008-13.Eureko B.V. v. Republic of Poland., p 74.

vastuolus. Kahepoolsete investeerimislepingute alusel pakutav kaitse on laiem, kui need kaitsesätted, mis tulenevad Euroopa Liidu õigusest. Kahepoolsetes investeerimislepingutes sätestatud õigused ja kohustused on lepingute keskseks eesmärgiks. Seega soov, et Euroopa Liidu õigus asendaks kahepoolseid investeerimislepinguid võib läbi kukkuda, kuna Euroopa Liidu õiguse alusel ei ole investorile tagatud sama kaitse.¹⁶⁰

Järgnevalt esitas tribunal omapoolse seisukoha, missugused kahepoolsete investeerimislepingute sätted on kaetud ka Euroopa Liidu õigusega. Tribunal nõustus, et osaliselt ülekannete sätted dubleerivad Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklit 63.¹⁶¹

Tribunal ei nõustunud kostja ja Euroopa Komisjoni esitatud seisukohaga, et investeerimislepingutes pakutav õiglase ja võrdse kohtlemise standard on kaetud diskrimineerimise keeluga. Kostja ei ole esitanud Euroopa Liidu õiguses printsiipi, mis keelaks õiglase ja võrdse kohtlemise.¹⁶² Täieliku kaitse ja julgeoleku standard ei vasta Euroopa Liidu toimimise lepingu asutamisevabaduse sätetele. Asutamisevabaduse õigusel ei ole sama ulatust, mis on täieliku julgeoleku ja kaitse standardil.¹⁶³

Samuti eitas arbitraaž investeerimislepingus sätestatud sundvõõrandamise vastavust asutamisevabadusele Euroopa Liidu õiguses. Tribunal tunnistas, et osaliselt see kattub Euroopa Liidu Põhiõiguste Harta artikliga 17, mis keelab omandi äravõtmise, kuid siiski ei ole need sätted sama ulatusega. Kahepoolsetes investeerimislepingute alusel kaitstavad „varad“ ja „investeeringud“ on laiemas kontseptsiooniga kui „omand“ Euroopa Liidu Põhivabaduste ja kaitse konventsioonis, mille tõttu kahepoolsed investeerimislepingud pakuvad laiemat kaitset kui Euroopa Liidu õigus.¹⁶⁴

Samuti ei nõustunud arbitraaž kostja väidetega, et Euroopa Liidu õiguse alusel siseriiklik menetlus on sama efektiivne kui vahekohtumenetlus. Tribunali põhjenduste kohaselt ei saa võrrelda siseriiklikku menetlust ÜRO poolt vastu võetud arbitraažireeglite alusel pooltevahelise nõusoleku alusel loodud neutraalse ja erapooletu vahekohtuga.¹⁶⁵ Kostja ja Komisjoni esitatud seisukohad, et arbitraažisätted on diskrimineerivad leidis kohus, et ei ole ühtegi õiguslikku ega praktilist põhjust, miks Euroopa Liidu liikmesriigid ei peaks

¹⁶⁰ *Ibid.*, p 245.

¹⁶¹ *Ibid.*, p 249.

¹⁶² *Ibid.*, p 250.

¹⁶³ *Ibid.*, p 260.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p 261.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p 264.

kahepoolsetest investeerimislepingutes tulenevaid õigusi lubama ka liikmesriikide kodanikele, kellega neid sõlmitud ei ole.¹⁶⁶

3.3. European American Investment Bank AG (Austria) vs. Slovakkia

Eureko B.V vs. Slovakkia vaidluses esitatud kohtu seisukohti kinnitavad ka kaasuses Eastern Sugar B.V.(Netherlands) vs. Tšehhi ja European American Investment Bank AG (Austria) vs. Slovakkia.¹⁶⁷ Mõlema kaasuse juhul leidsid kostjad, et tribunalil ei ole asja läbivaatamise pädevust. Kaasatud oli ka Euroopa Komisjon. Ka siin vaidlustes tugineti Viini rahvusvahelise lepingute konventsiooni artiklile 59.

Arbitraaž eitas Slovakkia ja Euroopa Komisjoni poolt esitatud seisukohti, et ELTL ja kahepoolsed investeerimislepingud reguleerivad sama küsimust Arbitraaži põhjenduste kohaselt Euroopa Liidu toimimise leping reguleerib siseturu loomist, kui kahepoolsed investeerimislepingud reguleerivad rahvusvaheliste investeeringute soodustamist samal ajal kaitstes investorite õigusi.¹⁶⁸

Lisaks põhjendas tribunal, et kaks lepingut on pigem teineteist täiendavad kui välistavad. Nii kahepoolsed investeerimislepingud kui Euroopa Liidu õigus pakuvad investorile ühte ja sama kaitset, milleks on soodustada turule sisenemist ja seega keelata kõik piirangud, mis seda takistavad.¹⁶⁹ Kahepoolsete investeerimislepingute alusel ja Euroopa Liidu toimimise lepingute alusel pakutavaid reegleid tuleks vaadata kumulatiivsena.¹⁷⁰

Ka siin väitsid kostja ja Komisjon, et Euroopa Liidu Kohtul peaks olema ainupädevus asja läbivaatamiseks vastavalt Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklile 344 koosmõjus artikliga 18. Kui artikkel 18 keelab diskrimineerimise, siis artikkel 344 kohaselt kohustuvad aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaid vaidlusi lahendama ainult aluslepingutes ettenähtud meetoditega – arbitraažile ei ole Euroopa Liidu toimimise lepingutes viidatud.¹⁷¹ Kostja argumentatsiooniga nõustus ka Euroopa Komisjon.¹⁷²

Arbitraaž eitas Euroopa Komisjoni ja kostja väiteid, et kahepoolsetes investeerimislepingutes sätestatud vaidluste lahendamise sätteid on teatud liikmesriigi kodanikke diskrimineerivad ja seeläbi vastuolus Euroopa Liidu õigusega. Leiti, et kui mõned liikmesriigi kodanikud

¹⁶⁶ *Ibid.*, p 267.

¹⁶⁷ PCA Case No.2010-17. European American Investment Bank AG (Austria) vs. Slovakkia.. Award on jurisdiction. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4226.pdf>, 16.04.2016.

¹⁶⁸ *Ibid.* p 178.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p 222.

¹⁷⁰ *Ibid.* p 231.

¹⁷¹ *Ibid.*, p 241.

¹⁷² *Ibid.*, p 242.

soovivad investeerimislepingu alusel saadavaid eeliseid, on neil õigus investeerida ühes riigis, kes on lepingupooleks ja nad peavad ainult kvalifitseerima investoriks kahepoolse investeerimislepingu alusel.¹⁷³ Tribunali seisukoht oli, et artikkel 344 ei anna Euroopa Liidu Kohtule absoluutset monopoli Euroopa Liidu õiguse tõlgendamiseks ja ei keela teistel institutsioonidel Euroopa Liidu õiguse tõlgendamise.¹⁷⁴ Lisaks leidis tribunal, et artikkel 344 ei ole asjakohane, kuna vaidluspoolteks on liikmesriik ja teise liikmesriigi kodanik. Euroopa Liidu toimimise lepingus ei ole artikkel 344 laadset sätet, mis reguleeriks arbitraaživaidlust kahe eraisiku vahel või ühe liikmesriigi kodaniku ja teise liikmesriigi vahel.¹⁷⁵

Lisaks põhjendas tribunal mittediskrimineerimise keeldu ja leidis, et Euroopa Liidu õigus ei välista, et kahepoolsete investeerimislepingute alusel antakse teatud lepingupooltele eeliseid, kui need on vastastikused. Kohus põhjendas oma seisukohta teise kohtuasjaga, kus Hollandi ja Belgia kahepoolse maksulepingu alusel anti teatud eeliseid Belgia kodanikele. Samasugused õigused ei olnud tagatud kahepoolse maksusoodustuslepingu alusel saksa kodanikele.¹⁷⁶ Antud asjas asus Euroopa Kohus seisukohale, kui riik on kahepoolse lepingu üks pool ei ole mitte mingil viisil kohustatud Euroopa Liidu toimimise lepingu tõttu laiendama kahepoolse lepingu alusel teise lepingupoole kodanikele pakutavaid õigusi liidu residentidele. Lisaks leidis Euroopa Kohus, et nii kaua kui puuduvad harmoniseerivad meetmed, mis tekkinud kõnealuste kahepoolsete lepingute alusel on liikmesriikidel õigus sõlmida lepinguid, mis tagavad lepingupooltele vastastikused õigused.¹⁷⁷ Eelpool toodud põhjustel leidis tribunal, et tal on pädevus vaidluse läbivaatamiseks.

Eelpool toodud näited on hea kajastus kuidas erinevad riikide, investorite ja Euroopa Komisjoni õiguslikud hinnangud kahepoolsete investeerimislepingute vajadusele ja kohaldamisele. Ühel pool on investorid ja tribunalid, kes praktilist sisu Euroopa Komisjoni seisukohtadel ei näe ja leiavad, et ELi õigus ei asenda investeerimislepingutes sätestatud standardeid. Sel põhjusel tuginetakse kahepoolsetele investeerimislepingutele ja nähakse suurt praktilist väärtust nende säilitamisel.

Teisel pool on riigid ja Euroopa Komisjon, kes üritavad meeleheitlikult tribunalide pädevust eitada tuginedes Euroopa Liidu õiguse ülimuslikkusele ja investeerimislepingute vastuolule ELi õigusega. Samas ei ole üksmeelsust ka riikide seas. Holland, Belgia, Saksamaa ja Suurbritannia on peamised, kes on väljendanud oma eriarvamust. Nemad ei näe kahepoolsetes

¹⁷³ *Ibid.* p 273.

¹⁷⁴ *Ibid.* p 248.

¹⁷⁵ *Ibid.* p 255.

¹⁷⁶ *Ibid.* p 274.

¹⁷⁷ *Ibid.* p 276, 277.

investeeringislepingutes vastuolu Euroopa Liidu õigusega ja seega Komisjoni seisukohtadega ei nõustu.¹⁷⁸

Kuna Euroopa Komisjoni sekkumised menetlustesse ei ole Euroopa Komisjoni eesmärki täitnud ja riigid ei ole ka ise samme astunud, et kahepoolseid investeeringulepinguid lõpetada, oli Euroopa Komisjon sunnitud algatama rikkumismenetlused. Vaatamata vahekohtu esitatud seisukohtadele on Komisjoni arvamus sama – Euroopa Liidu õiguse küsimusi peab lahendama Euroopa Liidu Kohus, kahepoolsed investeeringulepingud on teatud liikmeriikide investoreid diskrimineerivad ja Euroopa Liidu siseturu loomisega puudub ka vajadus sellisteks lepinguteks. Euroopa Komisjoni seisukohtades tuleb eristada kahte olukorda: kahepoolsed investeeringulepingud on vastuolus ELi õigusega (i); ELi õiguses on samad standardid, mis kahepoolsetes investeeringulepingutes (ii).

Komisjoni seisukoht on, et kui liikmesriikide investorid esitavad vaidlused arbitraazile, siis rikutakse ELTL artiklit 344, mille kohaselt peab aluslepingutega seotud liikmesriikide vahelisi vaidlusi lahendama Euroopa Liidu Kohus. Seda põhjusel, et Euroopa Liidu kohtul on ainupädevus Euroopa Liidu õiguse tõlgendamiseks. Käesoleva töö autor nõustub eelpool toodud menetlustes tribunalide seisukohaga, et artikkel 344 on kohaldatav liikmesriikide vahelistes vaidlustes, mitte olukorras, kus vaidlevateks poolteks on investor ja teine liikmesriik. Täiendavalt tasub lisada, et arusaamatu on Euroopa Komisjoni seisukoht nagu ELi õigust peab tõlgendama Euroopa Kohus. Kahepoolsete investeeringulepingute rikkumiste puhul tihti puudub puutumus ELi õigusega. Rikkumised on tihti siseriikliku regulatsioonide muutmise ja reformimise tulemus, millest vastavad vaidlused tekivad. Samas on olukordi, kui riiklik regulatsioon muutub seoses Euroopa Liidu otsekohalduvate määruste tõttu.

Euroopa Komisjoni teiseks suureks probleemkohaks on diskrimineerimine, mis tekib teatud liikmesriikide investorite õigusest esitada asi lahendamiseks arbitraazi, kui teistel liikmesriikide kodanikel see puudub. Eelpool toodud kaasustes jõudsid tribunalid seisukohale, et kahepoolsetest investeeringulepingutest tõusetuv diskrimineerimine küsimus on lahendatav vahekohtumenetluse sätete laiendamisega kõikidele liikmesriigi investoritele. Kindlasti ei ole see lahendus, mida Euroopa Komisjon näeb ühe võimalusena, kui nende eesmärgiks on kahepoolsete investeeringulepingute lõpetamine.

Eraldi küsimus on, kas ELi õigus sätestab analoogsed standardid nagu kahepoolsed investeeringulepingud.

¹⁷⁸ Cecilia Olivet. A test for European solidarity. The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties, lk 5. Veebis kättesaadav: https://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf, 20.04.2016.

3.4. Investeerimislepingute kaitsestandardid Euroopa Liidu õiguses

Käesoleva töö punktis 1 on toodud investeerimislepingute õiguslik raamistik, mis ainult ei soodusta investeringute tegemist, vaid tagab kogu investeeringu perioodil selle kaitse. Kahepoolset investeerimislepingut on loodud arvestades õiguslikku suhet, kui investori teeb pikaajalised investeringud teise liikmesriiki. Seega olulist rolli mängivad standardid, nagu – õiglane ja võrdne kohtlemine, täielik kaitse ja julgeolek ning sundvõõrandamine. ELTLi eesmärk on kaotada piirangud, mis soodustaksid ühtset siseturu loomist.

Võrreldes kahepoolset investeerimislepingut ja Euroopa Liidu toimimise lepingut, siis võib öelda, et Euroopa Liidu õiguse alusel investorite kaitse ei halvene vahendite ülekandmise sätete osas. ELTLi alusel on liikmesriikide vahel keelatud igasugused kapitali liikumise piirangud. Seega on investoritele tagatud täielik vabadus oma kapitali liigutamisel ja investeerimislepingute lõpetamisega investorite õiguste kaitse ei halvene.

Investeerimislepingute sisalduvad teised standardid, nagu õiglane ja võrdne kohtlemine, täielik julgeolek ja kaitse, sundvõõrandamine ja vaidluste lahendamise sätted ELi õiguses ei taga samalaadset kaitset nagu investeerimislepingud. Õiglasele ja võrdsele kohtlemisele sisu ei vasta ainult diskrimineerimise keelule. Sellele sisuks on ka olukorrad, kui riik reguleerimise tulemusena rikub investori legitiimseid ootuseid.

Investeeringu täielik julgeolek ja kaitse ei vasta omakorda asutamisvabaduse sätetele. Asutamisvabadus reguleerib investeeringueelset olukorda, et investoril oleks võimalik vabalt oma äritegevusega alustada. Täielik julgeolek ja kaitse reguleerib rikkumisi, mis tulevad pärast asutamisvabadust ja rikutakse investeeringu stabiilsust.¹⁷⁹

Sundvõõrandamise säte kahepoolsetes investeerimislepingutes vastab Euroopa Liidu Põhiõiguste harta artiklile 17. Tribunali seisukoht oli, et harta reguleerimisala on kitsam kui kahepoolsete investeerimislepingute alusel tagatav kaitse. Tribunali põhjendas, et kahepoolsetes investeerimislepingute alusel kaitstavad „varad“ ja „investeeringud“ on laiema kontseptsiooniga kui „omand“ Euroopa Liidu Põhivabaduste ja kaitse konventsioonis. Käesoleva töö punktis 1.2. on toodud, et investeerimislepingutega tagatakse kaitse ka näiteks hüpoteekidele, kasutusvaldustele, nõuetele ja pantidele. Samas ei saa kindel olla, et harta artikli 17 laiendav tõlgendus ei taga samaväärset tulemust.

¹⁷⁹ M. Sornarajah. The International Foreign Investment. Cambridge University Press. Cambridge, 3rd edition, 2012, lk 360.

Arbitraaž on üks põhjustest, miks osad riigid ei soovi kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist. Komisjon leiab, et siseriiklikud kohtud koos Euroopa Liidu kohtu eelotsustusmenetlusega tagab samaväärse lahenduse nagu arbitraaž. Investorid ja teatud riigid nagu Holland, Belgia, Suurbritannia seda seisukohta ei jaga. Arbitraaži üheks eelisteks on peetud kiiret menetlust ja õiglasem lahend, kuna otsusega ei ole seotud liikmesriigi kohus, kes otsustab oma riigi rikkumiste üle. Arbitraažimenetluse kiiruses peab kahtlema, kuna vaatamata üheastmelisele menetlusele venivad menetlused tihtipeale väga pikaks. Siiski võib arbitraaži plussiks pidada eraldatust ja sõltumatust liikmesriigi kohtust.

Kahepoolsetes investeerimislepingutes toodud sätted ja kaitsestandardid on loodud arvestades investeringute iseloomu ja tõusetuvaid probleeme. ELTL-is sisalduvad sätted on tõesti osaliselt kattuvad ja oma iseloomult sama eesmärgiga, kuid kahepoolsed investeerimislepingutes sätestatud standardid on ulatuslikumad ja detailsemad.

Säte kahepoolses investeerimislepingus¹⁸⁰	Säte Euroopa Liidu toimimise lepingus¹⁸¹
<p>Ülekannete vabadus Lepingupooled garanteerivad investeringuga seotud maksete ülekandmise. Ülekanded tehakse vabalt konverteeritavas valuutas ilma tarbetute piirangute või viivitusteta. Niisugused ülekanded hõlmavad eelkõige, kuigi mitte muud välistavalt: (a) kasumit, intresse, dividende ja muid sissetulekuid; (b) vajalikke фонде: (i) toor- või abimaterjalide, pooltoodete või viimistletud toodete omandamiseks; või (ii) kapitali ümberpaigutamiseks, et tagada investeringu järjepidevus; (c) investeringu arenguks vajalikke фонде; (d) laenu tagasimaksetena saadud vahendeid; (e) autoritasusid ja litsentsilõive; (f) füüsiliste isikute töötasu; (g) investeringute müügist või likvideerimisest saadud tulu.</p>	<p>Kapitali vaba liikumine artikkel 63 Käesoleva peatüki sätete kohaselt keelatakse kõik kapitali liikumise piirangud liikmesriikide vahel ning liikmesriikide ja kolmandate riikide vahel.</p>
<p>Õiglane ja võrdne kohtlemine Kumbki lepingupool kindlustab teise lepingupole kodanike investeringute ausa ja võrdse kohtlemise ega takista ebaotstarbekate või diskrimineerivate meetmetega niisuguste investeringutega opereerimist, nende juhtimist, säilitamist, kasutamist, valdamist või kasutamist nimetatud kodanike poolt.</p>	<p>Diskrimineerimise keeld artikkel 18 Ilma et see piiraks aluslepingutes sisalduvate erisätete kohaldamist, on aluslepingutes käsitletud valdkondades keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel.</p>

¹⁸⁰ Sätete näidete aluseks võetud Eesti Vabariigi valitsuse ja Hollandi Kuningriigi investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping.

¹⁸¹ PCA Case No. 2008-13. Eureko B.V. vs. Poola, p 247.

<p>Täielik julgeolek ja kaitse Kumbki lepingupool tagab selliste investeeringute täieliku kindlustatuse ja kaitse, mis ühelgi juhul pole väiksem kui oma investeerijate või mis tahes kolmanda riigi investeerijate investeeringutele antav tagatis, sõltuvalt sellest, kumb on kõnealusele kodanikule soodsam.</p>	<p>Asutamisvabadus artikkel 49 Allpool esitatud sätete kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil. Niiviisi keelatakse ka piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud liikmesriigi kodanikel rajada esindusi, filiaale ja tütarettevõtjaid. Kui kapitali käsitleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, hõlmab asutamisvabadus õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ning asutada ja juhtida ettevõtjaid, eriti äriühinguid artikli 54 teises lõigus määratletud tähenduses, neil tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestab selle riigi õigus, kus niisugune asutamine toimub.</p>
<p>Sundvõõrandamine Kumbki lepingupool ei rakenda mingeid meetmeid teise lepingupoole kodanikelt nende investeeringute otseseks või kaudseks võõrandamiseks, välja arvatud juhul, kui: (a) meetmeid rakendatakse ühiskonna huvides ning seadusega ettenähtud korras; (b) meetmed pole diskrimineerivad ega vastuolus mõne kohustusega, mis niisuguseid meetmeid tarvitusele võtval lepingupoolel võib olla; (c) meetmed võetakse tarvitusele õiglase kompensatsiooni vastu. Niisugune kompensatsioon väljendab kahjustatud investeeringute tegelikku väärtust, sisaldab tavalise kommertsääruga intressi kuni maksmise päevani ning selleks, et olla toimiv nõudjatele, peab olema makstud ja ilma põhjendamatu viivitusega ülekantav maale, mis on määratud asjaomaste nõudjate poolt ning selle maa valuutas, kelle kodanikud nõudjad on, või mis tahes vabalt konverteeritavas valuutas, mida nõudjad aktsepteerivad.</p>	<p>Euroopa Liidu Põhiõiguste Harta artikkel 17 Igaühel on õigus vallata, kasutada, käsutada ja parandada oma seaduslikul teel saadud omandit. Kellelki ei tohi tema omandit ära võtta muidu kui üldistes huvides ja seaduses ettenähtud juhtudel ja tingimustel ning õigeaegse ja õiglase hüvituse eest. Omandi kasutamist võib reguleerida seadusega niivõrd, kui see on vajalik üldistes huvides.</p>
<p>Arbitraaž Iga lepingupoolte vaheline vaidlus, mis puudutab käesoleva lepingu tõlgendamist või rakendamist ning mida ei saa mõistliku aja möödudes lahendada diplomaatiliste läbirääkimiste teel, edastatakse ükskõik kumma lepingupoole palvel kolmest liikmest koosnevale vahekohtule.</p>	<p>Siseriiklik menetlus, eelotsusetaotlus Euroopa Kohtusse Investor pöördub investeeringu sihtriigi kohtusse.</p>

3.5. Lissaboni lepingu jõustumise mõju kahepoolsetele investeerimislepingutele

Kõik eelnevates punktides analüüsitud vaidlused on toimunud enne Lissaboni lepingut, mis jõustus 01.12.2009. Kui enne Lissaboni lepingut oli liikmesriikidel pädevus sõlmida välisinvesteeringuteks lepingud, siis alates Lissaboni lepingu jõustumisest on välisinvesteeringute pädevus Euroopa Liidul. See tähendab, et edaspidi peab läbirääkimisi ja sõlmib investeerimislepinguid Liit ja teeb seda liikmesriikide nimel. Nii on näiteks hetkel pooleli läbirääkimised Euroopa Liidu ja Ameerika Ühendriikide vabakaubanduslepingu sõlmimiseks. Lissaboni lepingu jõustumine on üks argument, mida Komisjon ka Euroko vaidluses välja tõi.

Vastavalt ELTL artikkel 207 lg 1 *ühine kaubanduspoliitika rajaneb ühtsetel põhimõtetel, eriti mis puutub tariifide muutmisel, kauba- ja teenustevahetusega ning intellektuaalomandi kaubandusaspektidega seotud tolli- ja kaubanduskokkulepete sõlmimisele, välismaistesse otseinvesteeringutesse, liberaliseerimismeetmete ühtlustamisele, ekspordipoliitikasse ning kaubanduse kaitsemeetmetesse, näiteks meetmetesse, mida võetakse dumpingu või subsidiumide puhul. Ühist kaubanduspoliitikat teostatakse kooskõlas liidu välistegevuse põhimõtete ja eesmärkidega.*¹⁸²

Euroopa Liidu toimimise lepingu artikkel 2 (1) sätestab:

*Kui aluslepingud annavad liidule teatud valdkonnas ainupädevuse, võib õiguslikult siduvaid akte menetleda ja vastu võtta ainult liit, liikmesriigid võivad seda teha ainult liidu volitusel või liidu õigusaktide rakendamiseks.*¹⁸³

Lissaboni lepingu jõustumisega ja välisinvesteeringute pädevuse üleminekul ELile on vajadus lõpetada liikmesriikide ja kolmandate riikide vahel kahepoolset investeerimislepingut. Kuna hetkel ei ole liiduülest lepingut, mis asendaks kolmandate riikidega sõlmitud investeerimislepinguid, siis kehtestas liit määruse (EL) nr 1219/2012, millega kehtestati üleminekukord liikmesriikide ja kolmandate riikide vaheliste kahepoolsete investeerimislepingute jaoks.¹⁸⁴ Määruse artikkel 3 kohaselt Komisjoni nõuetekohaselt teavitatud kahepoolset investeerimislepingut jääda jõusse või jõustuda ELi toimimise lepingu ja käesoleva määruse kohaselt seni, kuni liidu ja sama kolmanda riigi vahel jõustub

¹⁸² Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.

¹⁸³ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.

¹⁸⁴ Euroopa Liidu liikmesriikide ja kolmandate riikide vaheliste kahepoolsete investeerimislepingute üleminekuperioodiks võttis Euroopa Parlament vastu määruse (EL) nr 1219/2012. Veebilehel kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=EN>.

kahepoolne investeerimisleping.¹⁸⁵ Määruse preambula kohaselt jäävad kahepoolsed investeerimislepingud rahvusvahelise avaliku õiguse alusel liikmesriikidele siduvaks ning need asendatakse järk-järgult liidu samasisuliste lepingutega, nõuavad nende jätkuva kehtivuse tingimused ning nende seos liidu investeerimispoliitikaga asjakohast korraldamist. See seos areneb edasi sedamööda, kuidas liit oma pädevust teostab.¹⁸⁶

Siiski on määruses otseselt öeldud, et lepingut ei kohaldata liikmesriikide vahel sõlmitud kahepoolsetele investeerimislepingutele. ELTL artikkel 207 reguleerib liidu pädevust pidada läbirääkimisi ja sõlmida rahvusvahelisi investeerimislepinguid kolmandate riikidega.¹⁸⁷ Seega Euroopa Komisjoni nägemus on, et liikmesriikide vahel reguleerib investorite suhteid Euroopa Liidu õigus ja kolmandate riikidega sõlmitakse kahepoolsete investeerimislepingutega analoogsed lepingud. Selle tagajärg on, et liikmesriikide investoritel puudub juurdepääs arbitraažile. Investeerimislepingutes sisalduvad kaitsestandardid nagu õiglane ja võrdne kohtlemine, täielik kaitse ja julgeolek ning kaudne võõrandamine asendub ELi õiguse diskrimineerimiskeeluga, kapitali liikumise – ja asutamisvabadusega, mis tähendab investorile madalamaid kaitsestandardeid. Praktikas tähendab see, et ebavõrdselt oleksid koheldud ELi investorid, kes tegutsevad liidusiseselt ja need kes tegutsevad äritegevusega kolmandates riikides. See võib potentsiaalset põhjustada liidusisese kapitali väljavoolu kolmandatesse riikidesse, kus on tagatud investeringu täielik kaitse ja investori õiguste rikkumisel juurdepääsu arbitraaži. Sellist tulemust ei soovi liit ega liikmesriigid.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Freya Baetens. *Investment within International Law. Intergrationist Perspectives.* Cambridge 2013, lk 389.

¹⁸⁸ *Ibid.*, lk 413-414.

4. Energiaharta leping kui investori alternatiiv

Energiaharta leping (edaspidi Energiaharta) käsitleb rahvusvahelist energiakaubandust, -transiiti ja –investeeringuid. Selle preambula kohaselt on lepingu eesmärgiks kiirendada investeerimise ja energiakaubanduse liberaliseerimise kaudu majanduskasvu, sealjuures pidades eriti tähtsaks siseriiklike nõuete ja enamsoodustusrežiimi järgimist.¹⁸⁹

Lepingu põhilisteks eesmärkideks on energiatoodete ja energeetikaga seotud kaupade kaubandus ja võrdse kohtlemise tagamine, energiakasutuse tõhususe edendamine ja energia tootmise ning kasutamise seonduvate negatiivsete keskkonnamõjude vähendamine, energialaste välisinvesteeringute kaitse ja soodustamine ja riikidevaheliste või riikide ja investorite vaheliste vaidluste lahendamine. Lepinguga on liitunud 58 riiki ja Euroopa Ühendus. Leping on ratifitseeritud 47 riigi poolt.¹⁹⁰

Energiaharta investeeringuid käsitlevad sätted on analoogsed kahepoolsete investeerimislepingutega. Lepingu esimeses osas on defineeritud investeerija ja investeering olles sisult analoogsed kahepoolsete investeerimislepingutega. Lepingu kolmas osas sätestab investeeringute soodustamise ja kaitse põhimõtted – sätestatud on standardid, nagu enamsoodustusrežiim, õiglane ja võrdne kohtlemine, investeeringu julgeolek ja kaitse, sundvõõrandamine. Lisaks sätestab Energiaharta artikkel 26 ka investori ja riigi vaheliste vaidluste lahendamise, mille kohaselt on vaidlus võimalik esitada Rahvusvahelisele Investeeringuvaidluste Lahendamise Keskusele, *ad hoc* vahekohtule, Stockholmi Kaubanduskojale.¹⁹¹ Vaatamata Euroopa Komisjoni rikkumismenetlustele on liikmesriikidel vähemalt Energiaharta alusel võimalik oma investeeringuid kaitsta. Seda kinnitab ka arbitraažimenetlus Charanne and Construction Investments vs. Hispaania, mille puhul hagejateks oli Hollandi ja Luksemburgi isikud.

Hispaania seisukoht oli, et arbitraažil ei ole pädevust asja läbivaatamiseks, kuna tegemist Euroopa Liidu liikmesriikide sisese vaidlusega. Hispaania väidete kohaselt kuuluvad EL liikmesriikide investeerimisalased suhtes ELi reguleerimisalasse, kattes sisuliselt kõik samad küsimused mis on reguleeritud Energiahartas. Kostja seisukoht oli, et sel põhjusel ei ole Energiaharta ELi liikmesriikidele kohaldatav ja liikmesriigi kodanikel ei ole õigust esitada asi lahendamiseks arbitraaži. Nagu ka kahepoolsete investeerimisvaidluste korral tuginesid riigid Euroopa Liidu ainupädevusele lahendada liikmesriikide vahelisi vaidlusi, tegi seda ka Hispaania. Hispaania seisukoht oli, et EL vaidlused lahendatakse kooskõlas EL õigusega,

¹⁸⁹ Energiaharta leping. RT II 1998, 8, 18.

¹⁹⁰ Välisministeerium. Energiaharta. Veebivõrgus kättesaadav: <http://www.vm.ee/et/energiaharta>, 16.04.2016.

¹⁹¹ Energiaharta leping. RT II 1998, 8, 18.

mille kohaselt iga liikmesriigi kohtunik on kui ELi kohtunik kohaldades ELi õigust. Kui EL õiguse kohaldamisel tekib konflikt esitatakse asi lahendamiseks Euroopa Kohtusse, mis on ka viimase astme kohus ja seega tagab Euroopa Liidu õiguse ühtsuse ja koherentsuse.¹⁹² Lisaks tugineti Mox Planti kaasusele ja ELTL artiklile 344.¹⁹³

Hageja seisukoht oli, et ELTL ja Energiaharta kohaldamisala on erinev. Kui ELTL reguleerib siseturu toimimist ja sätestab Euroopa Liidu kodanikele teatud vabadused, siis Energiaharta keskendub energiasektori investeeringutele ja sätestab õigusliku raamistiku, soodustades pikaajalist koostööd selles vallas. Lisaks leidis hageja, et Energiahartas sätestatud õigused ja kaitsestandardid on laiemad kui ELi õiguses sätestatud ning osad kaitseklausleid ELi õigus ei reguleeri üldse.¹⁹⁴

Arbitraaži seisukoht oli, et tal on pädevus asja läbivaatamiseks. Otsuse põhjendused olid analoogsed – ELTL artikkel 344 ei ole kohaldatav, kuna tegemist ei ole riikidevahelise vaidlusega. Lisaks ei nõustunud arbitraaž kostja väidetega, et Euroopa Liidu õigust võib kohaldada ainult Euroopa Liidu Kohus ja liikmesriikide kohtud. Tänapäeval on aktsepteeritud, et arbitraažil ei ole mitte ainult õigust, vaid ka kohustus kohaldada ELi õigust.¹⁹⁵

Seega vaatamata asjaolule, et Euroopa Komisjon nõuab kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist on investorite õigused kaitstud samalaadselt nagu kahepoolsete investeerimislepingute alusel. Selline kaitse on tagatud kui tegemist on investeeringuga, mis kuulub Energiaharta reguleerimisala ja käsitleb energeetikat. Kui investeerimislepingute lõpetamine puudutab ainult kahte liikmesriiki, mille tõttu see on võimalik, siis Energiaharta muutmine eeldaks kõikide riikide nõusolekut. Seega võib väita, et sellist muudatust Energiahartas ei tule, mille tõttu on ka tulevikus liikmesriikide vahel vaidlusi, mis lahendatakse arbitraažis ja mitte siseriiklikus kohtus.

¹⁹² Arbitration No.: 062/2012. Charanne and Construction Investments vs. Hispaania, p 208-209, lk 47. Veebilehel kättesaadav: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>, 16.04.2016.

¹⁹³ *Ibid.*, p 217, lk 49.

¹⁹⁴ *Ibid.* p 245-246, lk 55.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p 443 - 444, lk 101.

Kokkuvõte

Käesoleva töö autor püstitas hüpoteesi, et investori õiguste kaitse pärast kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist ELi liikmesriikides ei muutu. Töös analüüsitud materjalide ja kohtupraktika pinnalt jõudis autor alljärgnevatele järeldustele ja seisukohtadeni.

Käesoleva töö esimeses osa otsiti vastust küsimusele, kuidas on tagatud investeeringute kaitse kahepoolsete investeerimislepingute alusel. Analüüsi tulemusena selgus, et investeerimislepingute reguleerimisala on väga lai, kaitstes sealhulgas nii vallas- kui kinnisomandit, varalisi õigusi, kaubamärke, firma head nime. Lisaks sisaldavad kõik Eesti sõlmitud lepingud õiglase ja võrdse kohtlemise põhimõtet, vahendite ülekandmise sätteid, enamsoodustusrežiimi standardit ning ellujäämisklauslit. Kõik Eesti sõlmitud lepingud annavad investorile võimaluse ka pöörduda vaidluse tekkimisel arbitraaži. Peamiseks kokkuleppeliseks vaidluste lahendamise organiks on valitud ICSIDI Keskus ja UNCITRALi reeglite alusel loodud *ad hoc* vahekohus. Arbitraaži pöördumise eelduseks on nõusolek vahekohtumenetluseks. Vaatamata osade lepingute ebamäärasele sõnastusele on käesoleva töö autor seisukohal, et kõikides lepingutes on lepingupooled andnud oma nõusoleku vaidluse lahendamiseks arbitraažis, mis tähendab et investor peab ainult esitama taotluse vastavale vahekohtule.

Töö teises osas analüüsiti missugust mõju omavad ellujäämisklauslid kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamisele. Otsiti vastust küsimusele, kas kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamine on võimalik viisil, kus pooled esmalt muudavad lepingut ja tühistavad ellujäämisklausli. Analüüsides kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsiooni kontekstis, jõudis käesoleva töö autor järeldusele, et lepingupooltel on õigus igal ajal lepingut muuta ja lõpetada. Kohaldamisele ei kuulu ka Viini konventsiooni artikkel 37, mis teatud juhtudel eeldab kolmanda oapoole nõusolekut. Seega isegi juhul, kui investorid on teinud oma investeerimisotsuse, arvestades kahepoolsete investeerimislepingute kehtivusaega ja ellujäämisklauslite pikendavat mõju lepingu tähtajale, on lepingupooltel igal ajal võimalus leping lõpetada ja ellujäämisklausli mõju neutraliseerida. Vaatamata ellujäämisklauslite sisule ja kahepoolsete investeerimislepingute eesmärgile, ei ole investoril õigust pärast lepingute lõpetamist lepingu rikkumisele tugineda ja vahekohtumenetlused peaksid vaidluse korral oma pädevust eitama.

Käesoleva töö kolmandas osas analüüsiti, missugune on investeeringute kaitse Euroopa Liidu õiguse alusel. Analüüsides investeeringute kaitset Euroopa Liidu toimimise lepingu alusel jõudis töö autor järeldusele, et võrreldes kahepoolsete investeerimislepingutega ei olen nende

kaitse samaväärne nagu väidab Euroopa Komisjon. Osaliselt tuleb nõustuda Komisjoni esitatud seisukohtadega, sest teatud osas on kahepoolsete investeerimislepingute ja ELTLi sätted kattuvad. Euroopa Liidu toimimise lepingu alusel on liikmesriikide vahel keelatud igasugused kapitali liikumise piirangud. Seega on investoritele tagatud täielik vabadus oma kapitali ülekandmisel ja investeerimislepingute lõpetamisega investorite õiguste kaitse ei vahendite ülekandmise sätete osas ei muutu.

Investeeringutele ei ole ELTLi alusel tagatud teised standardid, nagu õiglase ja võrdne kohtlemine, investeeringu täielik julgeolek ja kaitse. Õiglasele ja võrdse kohtlemisele standardi sätte vasteks ELTLis on nähtud diskrimineerimise keeldu. Kuna õiglase ja võrdse kohtlemise sisuks on näiteks olukorrad, kui riigi seadusandliku tegevuse tulemusena rikutakse investori legitiimseid ootuseid. Õiglase ja võrdse kohtlemise standard kahepoolsetes investeerimislepingutes tagab investeeringule laiema kaitse kui diskrimineerimise keeld, mis on üks õiglase ja võrdse kohtlemise sisu element.

Kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduv investeeringu täieliku julgeoleku ja kaitse vasteks peetakse ELTLis asutamisvabaduse sätteid. Asutamisvabaduse alusel keelatakse piiranguid, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil. Kaotatakse piirangud, mis takistavad teise liikmesriigi territooriumil rajada esindusi ja filiaale. Seega on ELTLis sisalduvad asutamisvabaduse sätete eesmärk ja kohaldamisala teine, mis küll osaliselt kattub kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduva täieliku julgeoleku ja kaitse standardiga. Siiski ei ole asutamisvabaduse sätetega hõlmatud kogu investeeringu periood.

Sundvõõrandamise sättele kahepoolsetes investeerimislepingutes vastab ELPH artikkel 17, mille kohaselt kellelki ei tohi tema omandit ära võtta muidu kui üldistes huvides ja seaduses ettenähtud juhtudel ja tingimustel ning õigeaegse ja õiglase hüvituse eest. Vastav säte on väga sarnane kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduva sundvõõrandamise tingimustega. Tribunalid on asunud seisukohale, et investeeringute kaitse ELPH alusel ei ole sama ulatuslik, kui investeerimislepingute alusel. ELPH vastav säte tagab omandi kaitse, kui kahepoolsed investeerimislepingute alusel on kaitstavad ka muud varalised õigused ja näiteks isegi firma hea nimi. Töö autori seisukoht on, et ELPH vastava sätte laiendava tõlgenduse korral võib olla siiski võimalik, et vastavad kaitsestandardid tagavad sama kaitse.

Kahepoolsete investeerimislepingute puhul on investoritele üheks olulisemaks kaitseks investori riigi vaheliste vaidluste lahendamine arbitraazis, mille kohaselt ei pea investor pöörduma siseriiklikusse kohtusse, kui riik peaks investeerimislepingutes sätestatud kohustusi

rikkuma. Euroopa Komisjoni nägemus on, et Liidu liikmesriikide vahelisi vaidlusi lahendaksidki siseriiklikud kohtud, kellel on vajadusel võimalus esitada eelotsustusmenetlus Euroopa Liidu Kohtusse. Seega Euroopa Liidu õiguse alusel ei ole investoritel võimalus esitada vaidlust lahendamiseks arbitraaži.

Käesolevast magistritööst ilmneb, et Euroopa Liidu Komisjoni seisukoht, et Euroopa Liidu õigus tagab investeeringutele samaväärse kaitse, kui kahepoolsed investeerimislepingud, ei leia kinnitust. Investeerimislepingud on loodud arvestades investeeringute iseloomu ja selle pikaajalise suhte pinnalt tõusetuvaid probleeme. Euroopa Liidu toimimise lepingud on loodud ajal, kui välisinvesteeringud ei kuulunud Euroopa Liidu pädevusse. Nüüd otsitakse ELTL-st sätteid, mis oleksid kahepoolsete investeerimislepingutes sisalduvate standarditega analoogsed. Kui riigid peaksid kahepoolseid investeerimislepingud lõpetama viisil, et ellujäämisklauslid esmalt muudetakse, siis pakub investeeringutele teatud kaitset Energiaharta leping. Seda siiski ainult küsimustes, mis kuuluvad selle reguleerimisalasse.

Tartus, 02.05.2016

Gerli Pristavka

_____ (allkiri)

European Union Law Influence to Investment Protection under Estonian Bilateral Investment Treaties

Summary

Every country is interested in foreign investments which will improve the country economy and social well-being thereby. In order to achieve that goal countries have to create favourable conditions for investments. Over the years countries have concluded Bilateral Investment Treaties (BITs), which demonstrate to investors that their investment will be protected. By concluding BITs countries show that they are able to create stable investment environment, which will grant the longevity of the investment.

The first model BIT was concluded between Germany and Pakistan in 1959. Tendency was that BITs were concluded between capital importing countries and capital exporting countries. According to that tendency, all Estonian BITs are concluded after the collapse of Soviet Union. After Estonian accession to European Union the tendency has changed. More importantly, European Commission sees no value in these treaties, as investor rights are protected under Union law. Furthermore, European Commission finds that BITs are incompatible with Union law. For that reason European Commission has started infringements procedures against five member states in order to ask the states to terminate intra-EU BITs. European Commission argument is that BITs are not necessary as European Union Law grants investments the same effective protection as BITs. In the light of Commission infringement procedures and argumentation the purpose of this master's thesis is to ascertain whether investment protection scope under EU law is the same as BITs.

To find answer to the above mentioned hypothesis the following questions shall be asked. Firstly, in order to compare investment protection under Union law it shall be determined how does BITs protect investments and investor rights. Secondly, all BITs include survival clause, according to which after the termination of the contract, its provision shall apply ten or twenty years. For that reason, it shall be determined whether European Commission ambition to terminate BITs can actually meet its objective. Therefore, it shall be analyze what impact possesses survival clauses upon termination of an agreement and whether it is possible to neutralize survival clauses effect. Thirdly, investment protection under EU law shall be analyzed.

Estonian BITs scope of regulation is very wide. It considers investors both natural and juridical persons. In all BITs, investment is also defined in a very extensive matter. For

example Estonia – United Kingdom BIT considers investments as every kind of asset such as movable, immovable property, mortgages, licenses, shares, claims, intellectual property rights and know-how. Furthermore, all BITs include standards such as most favoured nation treatment, full protection and security, expropriation and investor-state dispute settlement mechanism.

From investor point of view, the most important part is the dispute settlement provision. In case of host country violation of investor rights and investment protection standard, dispute settlement provisions grants the possibility to discard national courts and directly start process in arbitration. Precondition to investor proceedings in arbitration is the host county consent to arbitration.

It is possible to give consent to arbitration in three different ways – in national legislation, investor-state agreement or in bilateral investment treaty. After analyze all Estonia BIT which are concluded with other member states it can be said that all intra-EU BITs include country's consent to arbitration. From investor point of view, at the time of the investment, they have taken into consideration that investment host state country has agreed to arbitration during the effective term of the BIT. Furthermore, they have reckon, that this consent will also last during the survival clause of the BIT. For that reason it shall be determined whether it is actually possible to terminate BITs in a matter that survival clauses are denounced as investor's have legitimate expectations that the BIT will last at least 10 or 20 years.

According to Vienna Convention on the law of treaties art 37 (2) when a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State. According art. 36 of the convention state exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty. So Vienna convention actually implicates that in some cases third party rights are relevant and should be taken into account while modifying the agreement.

Firstly, it shall be noticed, that Vienna convention is regulating situation when the third party rights holder is a state. In case of BITs, the third party holder is actually investor. In legal theory it is not even clear, whether the rights that investor is executing in dispute settlement if investor rights are directly owed to investor or investor is executing its home country rights. There are two different theories which have totally two different approach to nature on

investor rights. Different reasoning for these approaches is that before investor-state dispute settlement was available, investor had to ask home country's help to protect the investment and dispute was settled by using diplomatic protection. In case law there are known two different award, where the nature of investor rights was dealt.

In dispute Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. The United Mexican States the tribunal supported derivative rights theory and found that investor is stepping into countries shoes as indicating that investor is just a beneficiary. Another case is Corn Products International, Inc. vs. The United Mexican States where tribunal supported direct rights theory and found that it is legal fiction that investor is executing state rights. These two theories could leave to very different solution. If investor rights correspond to direct rights theory the interpretation with Vienna convention can result that countries should ask investors permission before modification contracting parties obligation. That is not so, when the nature of investor rights correspond to derivative rights theory. Even if it is possible to interpret Vienna convention in a broader manner and consider that investor rights match to direct rights theory, Vienna convention article 36 another precondition is that *"it is established that the right was intended not to be revocable"*. That means that contracting parties to the BIT at the time of the concluding of the treaty desired to create survival clause in a matter that they can change it only with investor consent. This interpretation is doubtful.

Treaty termination should be in accordance with Vienna convention art 70: unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) Releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) Does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

Vienna convention treaty termination provisions also indicate, that contracting parties have the right to terminate the agreement and deviate from the original treaty provisions. So taking into account the aforementioned, treaty parties have every right to terminate the treaty in a manner that survival clauses don't apply. Although it shall be mentioned that treaty parties shall very directly indicate that they do not want the survival clause to be in force.

European Commission opinion is that European Union law grants investments the same protection as bilateral investment treaties. Their view is that the Treaty on the Functioning of the European Union holds the same investment protection standards as bilateral investment treaties. The only provision that is considered the same is repatriation of investments and returns. Commission's standpoint is that fair and equitable treatment is covered in the TFEU art 18 according to which any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. Fair and equitable standard in BIT is as follows: fair and equitable treatment grants that nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Fair and equitable standard in TFEU only covers discrimination cases.

Commission opinion is that TFEU art 49 covers investment full protection and security. Article 49 regulates the right of establishment, according to which restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State. TFEU article 49 purpose is to lose any restrictions. The same protection standard in BITs grants also protection after the investment. More importantly, from investor's point of view this protection owns practical value during the investment, which is not granted under European Union Law.

Commission also sees that expropriation standard in BIT is tantamount to art 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. According to Charter art 17 everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest. It can be said that expropriation is regulated rather similarly. In legal theory it is still considered that protection under BITs is wider as the Charter regulates possessions but BIT investment includes every kind of asset as claims to money, property rights, know-how. For investors, the most important loss is that European Union Law doesn't grant investor-state arbitration, which will mean that investor would have to seek protection for investment host state courts.

Kasutatud lühendid

BIT – investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping (*bilateral investment treaty*)

ELTL – Euroopa Liidu toimimise leping

EL – Euroopa Liit

EK – Euroopa Kohus

lk/lk-d – lehekülg

ICSID – riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon

UNCITRAL - ÜRO Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjon

NAFTA - Põhja-Ameerika Vabakaubandusleping

ELPH – Euroopa Liidu põhiõiguste harta

nn – niinimetatud

§ - paragrahv

a. – aasta

lg – lõige

vs – versus

art – artikkel

p - punkt

Kasutatud kirjandus

1. Alvarez, E.J., Sauvant, P.K. jt. The Evolving International Investment Regime. Oxford University Press. Oxford, 2011.
2. Baetens, F. Investment Law within International Law. Cambridge University Press. Cambridge, 2013.
3. Brabandere, E. Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications. Cambridge University Press. Cambridge, 2014.
4. Dolzer, R., Schreuer, C. Principles of International Investment Law. Oxford University Press. Oxford, 2012.
5. Dolzer, R., Schreuer, C. Principles of International Investment Law. Oxford University Press. Oxford, 2008.
6. Douglas, Z. The International Law of Investment Claims. Cambridge University Press. Cambridge, 2009.
7. Sornarajah, M. The International Foreign Investment. Cambridge University Press. Cambridge, 3rd edition, 2012.

Kasutatud normatiivaktid

8. Eesti Vabariigi ja Austria Vabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 4, 14.
9. Eesti Vabariigi ja Belgia-Luksemburgi Majandusuniooni vaheline investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II 1996, 42, 171.
10. Eesti Vabariigi ja Hispaania Kuningriigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1998, 16, 29.
11. Eesti Vabariigi ja Hollandi Kuningriigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 15, 71.
12. Eesti Vabariigi ja Poola Vabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1996, 35, 126.
13. Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1993, 20, 45.
14. Eesti Vabariigi ja Tšehhi Vabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 1, 2.
15. Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1997, 49, 130.

16. Eesti Vabariigi valitsuse ja Kreeka Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1998, 32, 53.
17. Eesti Vabariigi valitsuse ja Leedu Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1995, 42, 192.
18. Eesti Vabariigi valitsuse ja Läti Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1996, 38, 144.
19. Eesti Vabariigi valitsuse ja Prantsuse Vabariigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1996, 35, 127.
20. Eesti Vabariigi valitsuse ja Rootsi Kuningriigi valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1996, 32, 118.
21. Eesti Vabariigi valitsuse ja Soome Vabariigi Valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1992, 18, 256.
22. Eesti vabariigi valitsuse ja Taani Kuningriigi valitsuse vahel investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitsmise kohta. - RT II 1995, 19, 112.
23. Eesti Vabariigi valitsuse ja Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa Ühendatud Kuningriigi Valitsuse vaheline investeeringute soodustamise ja kaitse leping. – RT II 1994, 30, 132.
24. Energiaharta leping. RT II 1998, 8, 18.
25. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ET C 83/1.
26. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) nr 1219/2012, 12.detsember 2012, millega kehtestatakse üleminekukord liikmesriikide ja kolmandate riikide vaheliste kahepoolsete investeerimislepingute jaoks. ET L 351/40, 20.12.2012.
27. Pakistan and Federal Republic of Germany. Treaty for Promotion and Protection of Investments. Vörgus kättesaadav: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf, 09.04.2016.
28. Rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsioon. -RT II 2007, 15.
29. Rahvusvahelise lepingute õiguse Viini konventsiooni eelnõu koos kommentaaridega. UN, 1966. Veebivörgus kättesaadav: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf, 16.04.2016.
30. Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon. - RT II 2000, 26, 156.
31. Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa Ühendatud Kuningriigi ja Venemaa Föderatsiooni vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. No. 1(1990) Cm 1025. Veebivörgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2235>, 16.04.2016.

Kasutatud kohtupraktika

32. Arbitration No. 062/2012. Charanne and Construction Investments vs. Hispaania.
33. Arbitration V 079 / 2005. RosInvestCo UK Ltd vs Russian Federation.
34. ICSID Case No. ARB (AF)/04/5. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. Mehhiko.
35. ICSID Case No. ARB/97/7. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain.
36. ICSID Case No. ARB(AF)/04/01. Corn Products International, Inc. vs. Mehhiko.
37. ICSID Case No. ARB/04/6. Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc vs. Eesti Vabariik.
38. ICSID Case No ARB/03/24. Plama Consortium Limited v Bulgaria, Decision on Jurisdiction.
39. ICSID Case No. ARB/14/24. United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi vs. Eesti Vabariik.
40. ICSID Case No. ARB/04/14. Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic ICSID No. ARB/99/6 (2002). *Middle East Cement Shipping and Handling Co. vs. Egiptus*.
41. PCA Case No. 2008-1. Eureko B.V. v. Republic of Poland.
42. PCA Case No. 2010-17. European American Investment Bank AG (Austria) vs. Slovakkia. Award on jurisdiction.

Kasutatud muud allikad

43. Cecilia Olivet. A test for European solidarity. The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties, lk 5. Veebis kättesaadav: https://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf, 15.04.2016.
44. Dolzer, R. The ICSID Convention A Commentary. Cambridge University Press. Cambridge, 2009.
45. Eesti Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskiri.
46. Eesti Vabariigi valitsuse ja Tšehhi Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja kaitse lepingu ratifitseerimise seaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu seletuskiri.
47. Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon nõuab liikmesriikidelt ELi-siseste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist, veebis kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_et.htm, 10.4.2016. United Nations Conference on Trade and

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Gerli Pristavka (13.06.1992), annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Investeeringute kaitse Eesti sõlmitud investeerimislepingute kontekstis ja Euroopa Liidu õiguse mõju kahepoolsetele investeerimislepingutele“, mille juhendaja on dr. iur. Lauri Mälksoo.

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2016

Gerli Pristavka

_____ (allkiri)