

TARTU ÜLIKOOL
SOTSIAALTEADUSTE VALDKOND
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Mailis Meier

**INVESTORI-RIIGI VAHELISTE VAIDLUSTE LAHENDAMISE SÜSTEEMI
SOTSIAALSE LEGITIIMSUSE KRIIS JA LEGITIMEERIMISE VÕIMALUSED**

Magistritöö

Juhendaja
dr.iur. René Värk

Tallinn
2018

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. Investori - riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi legitiimsuse kriitika	9
1.1. Sisuline kriitika.....	9
1.1.1. Riigi suveräänsuse piiramine	10
1.1.2. Asümmeetria arenenud riikide ja arengumaade õiguste vahel	15
1.1.3. Režiim ei täida oma eesmärki.....	18
1.1.4. Investorite eelistamine teiste õigussubjektide ees	23
1.2. Menetluslik kriitika.....	28
1.2.1. Järjepidevuse puudumine	28
1.2.2. Vahekohtunike erapooletus	32
1.2.3. Edasikaebamise võimaluse puudumine	36
1.2.4. Läbipaistvus.....	37
1.3. Vahekokkuvõte	42
2. Investori - riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimise võimalused ..	44
2.1. Konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks ilma investeringute kaitse sisuliste standarditeta	44
2.1.1. Sisuline kriitika.....	45
2.1.2. Menetluslik kriitika.....	49
2.2. Lepitusmenetlus.....	52
2.2.1. Sisuline kriitika.....	52
2.2.2. Menetluslik kriitika.....	55
2.3. Konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks koos investeringute kaitse sisuliste standarditega	57
2.3.1. Sisuline kriitika.....	57
2.3.2. Menetluslik kriitika.....	59
KOKKUVÕTE.....	63
SOCIOLOGICAL LEGITIMACY CRISIS IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT AND OPTIONS TO LEGITIMIZE THE SYSTEM	68
KASUTATUD MATERJALID.....	72

SISSEJUHATUS

Investori – riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem on välja kujunenud investeringute kaitse ja soodustamise kahe- ja mitmepoolsete rahvusvaheliste lepingute alusel. Nimetatud lepingutes on osalisriigid võtnud välisinvesteeringute tegemise soodustamiseks välisinvestorite ees erinevaid kohustusi, näiteks lubanud investeeringut mitte võõrandada ilma kohest ja õiglast hüvitist maksmata, kohelda investoreid ausalt ja õiglaselt, kaitsta investoreid ja nende investeeringuid riigi täieliku omavoli eest ning tagada välisinvestoritele võrdne kohtlemine kohalike investoritega. Investorite õiguste tagamiseks on lepingutes ette nähtud ka osalisriigist pärit investori õigus esitada investeeringu sihtriigi vastu kahjunõue, mille lahendamiseks asutatakse ajutine vahekohus. Vahekohtud koosnevad traditsiooniliselt kolmest rahvusvahelise õiguse eksperdist ning asutatakse enamasti kas riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeeringualaste vaidluste lahendamise konventsiooni (ICSIDi konventsioon)¹ ning selle juurde kuuluvate ICSIDi vahekohtumenetluse reeglite² või ÜRO Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjoni (UNCITRAL) arbitraažireeglite³ alusel. Et tänaseks on ÜRO andmetel sõlmitud kokku 3324 rahvusvahelist lepingut, mis sisaldavad enam-vähem sarnaseid investorite õiguseid, sealhulgas õigust pöörduda vahekohtu poole, ning juba toimunud või veel käimas on 817 teadaolevat vahekohtumenetlust,⁴ siis saab öelda, et tekkinud on investori-riikide vaidluste lahendamise süsteem.

Vahekohtumenetlusel⁵ põhinev investori-riigi vaidluste lahendamise süsteem on alates esimeste vahekohtumenetluste toimumisest 1990ndatel tekitanud küsimusi selle eesmärgipärasuse ning demokraatliku legitiimsuse kohta.⁶ Viimase kümne aasta jooksul on aga avalikkuse kriitika veelgi tugevnenud ning investeerimisarbitraaži peetakse olevat legitiimsuse

¹ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon.- RT II 2000, 26, 156.

² ICSID Convention, Regulations and Rules. ICSID 2006/15, lk 99 jj. Arvutivõrgus kättesaadav: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf (28.01.2018).

³ UNCITRAL Arbitration Rules. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html (28.01.2018).

⁴ Statistika on kättesaadav UNCTAD-i veebilehel Investment Policy Hub. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (28.01.2017).

⁵ Magistritöös kasutan järgnevaid sünonüüme: vahekohtumenetlus - arbitraaž, vahekohtunik – arbiter, vahekohus – tribunal. Nimetatud mõisteid kasutatakse sünonüümidena ka eestikeelses vahekohtumenetlust käsitlevas õiguskirjanduses, vt nt P-M. Põldvere. Kaheksa aastat mudelseadust: kas Eesti vahekohtumenetlus vastab mudelile? – Juridica I/2014; C. Ginter, M. Pihlak. Lepitusmenetlus kui võimalus äri vaidluste lahendamiseks. - Juridica I/2014; M. Torga. Vahekohtuklausli kehtetuse alused rahvusvahelistes kaubanduslepingutes. - Juridica VI/2007.

⁶ W. Greider. The Right and US Trade Law: Invalidating the 20th Century. The Nation [2001] <<https://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/>> 16. 02.2018.

kriisis.⁷ Tehtud on mitmeid üleskutseid investori-riigi vaheliste vahekohtumenetluste süsteemi kaotamiseks või vähemalt taoliste vahekohtumenetluste toimumise korra ulatuslikuks reformimiseks.⁸ Euroopa Komisjon korraldas Atlandi-ülese vabakaubanduslepingu läbirääkimiste käigus avalikkuse arvamusest ülevaate saamiseks investeringute kaitse sätete lepingusse lisamise kohta internetipõhise avaliku konsultatsiooni, millele vastas ligi 150 000 huvilist. Suurem osa nendest kirjeldas investori-riigi vahelist vaidluste lahendamise süsteemi kui ohtu demokraatialle ning riigi eelarvele või ei pidanud vahekohtumenetlust võimaldavaid sätteid üldse vajalikuks vabakaubanduslepingusse lisada, kuna Ameerika Ühendriikide ja Euroopa kohtusüsteemid on niigi arenenud.⁹

Euroopa Komisjon soovib eeltoodud avalikkuse kriitika valguses asendada riikide ja investorite vahelisi vaidlusi lahendavad ajutised vahekohtud alalise investeerimiskohtuga. Nimetatud ideega tuli Euroopa Komisjon esmakordselt välja juba 2015. aastal.¹⁰ Näiteks Euroopa Liidu hiljuti sõlmitud vabakaubanduslepingus Kanadaga on lepinguga tagatavate investorite õiguste kaitseks kehtestatud tavapärasest detailsemad normid, mille osaks on ka alalise vaidluste lahendamise tribunali loomine.¹¹ Komisjon ei soovi piirduda aga ainult Euroopa Liidu sõlmitavate kahepoolsete lepingute uuendamisega, vaid soovib luua rahvusvaheliste investeerimisvaidluste lahendamiseks kõiki riike hõlmava raamistiku. 13. septembril 2017 tegi Euroopa Komisjon Euroopa Nõukogule ametliku soovitusel alustada läbirääkimisi investeerimisvaidluste lahendamise tegeleva mitmepoolse kohtu loomise konventsiooni üle.¹²

⁷ A. Kaushal. Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime Note. – Harvard International Law Journal 2009/50 492; O. Chung. The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration Note. – Virginia Journal of International Law 2006/47 955; P. Eberhardt and others. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom. Corporate Europe Observatory (CEO) 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (23.04.2018); M. Sornarajah. Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment. Cambridge: CUP 2015; G. van Harten. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford, New York: Oxford University Press 2007.

⁸ Vt ülevaadet taolistest ettepanekutest: S.W. Schill. Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. – Journal of International Economic Law 2017/20 649.

⁹ European Commission. Report on Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP. (Staff Working Document) SWD (2015) 3 Final, 14. Arvutivõrgus kättesaadav: [Http://Trade.Ec.Europa.Eu/Doclib/Docs/2015/January/Tradoc_153044.Pdf](http://Trade.Ec.Europa.Eu/Doclib/Docs/2015/January/Tradoc_153044.Pdf) (23.04.2018).

¹⁰ Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon teeb ettepaneku luua uus investeerimiskohus Atlandi-ülese kaubandus- ja investeerimispartnerluse ja muude ELi kaubandus- ja investeerimisläbirääkimiste jaoks. 16.09.2015. Arvutivõrgus kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_et.pdf (02.02.2018).

¹¹ Laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping (CETA) ühelt poolt Kanada ning teiselt poolt Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide vahel. - ELT L 11, 14.1.2017, lk. 23–1079. Ptk 8.

¹² Euroopa Komisjoni soovitus: Nõukogu otsus, millega antakse luba alustada läbirääkimisi investeerimisvaidluste lahendamise tegeleva mitmepoolse kohtu loomise konventsiooni üle. - COM 2017/0493 (13.09.2017).

Euroopa Komisjoni ettepaneku kohaselt hõlmaks konventsioon ainult investeerimisvaidluste lahendamise menetluslike küsimusi, sisuliste kaitsestandardite ja nende tõlgendamisega seotud küsimusi reguleeriks endiselt varasemalt sõlmitud investeerimislepingud.¹³ Euroopa Komisjoni sõnul lahendab mitmepoolne kohus investori ja riigi vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi puudused. Probleemidena, mida kohtu rajamine adresseeriks, on Komisjon oma soovitusel nimetanud investeeringutesse puutuvate vaidluste lahendamise korra olematu või piiratud õiguspärasus, järjepidevus ja läbipaistvus.¹⁴ Samadele probleemidele on tähelepanu pööranud ka riigid,¹⁵ õigusteadlased¹⁶ ja ühiskondliku huvi eest võitlevad kodanikuorganisatsioonid.¹⁷ Seejuures ei ole mitmepoolse investeerimiskohtu loomise idee uus, seda on välja pakutud ka varem.¹⁸ Senini ei ole siiski võetud arvestatavaid samme sellise kohtu loomiseks, aga Euroopa Liidu asumine kohtu loomise eestvedajaks on idee teostumise järele käegakatsutavaks muutnud. Arutelud süsteemi reformimise vajaduse ja mitmepoolse kohtu loomise võimalikkuse üle jätkuvad Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni Peaassambleelt volituse saanud Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjonis (UNCITRAL).¹⁹

Eelneva valguses on magistritöö eesmärk välja selgitada, kas investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem on tõepoolest legitiimsuse kriisis ning kui jah, siis kas Euroopa Komisjoni väljapakutud reformiidee on süsteemi legitimeerimiseks sobivaim võimalus või tuleks eelistada

¹³ *ibid.*

¹⁴ *ibid* 2.

¹⁵ Vt näiteks Ecuadori ja Venezuela otsus ICSIDi konventsioon denosseerida: Denunciation of the ICSID Convention by Ecuador. ICSID News Release. 9 July 2009. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=87> (23.04.2018); Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention. ICSID News Release. 26 . 01. 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=47> (23.04.2018).

¹⁶ G. van Harten and others. Public Statement on the International Investment Regime. Osgoode Hall Law School [2010] <<https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>> 17. 02.2018; Chung (n 7); S.D. Franck. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. – Fordham Law Review 2004/73 1923; M.Sornarajah. A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration, in K.P. Sauvant. Appeals Mechanism in International Investment Disputes. New York: OUP 2008 39.

¹⁷ Columbia Centre for Sustainable Development. Vt ligi 200 kodanikuorganisatsiooni saadetud kirja Euroopa Liidu ja USA vabakaubanduslepingu koostamise arutelude raames, mis palub lepingust välja jätta investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamise sätted: Letter to Ambassador Michael Froman in the US and European Trade Commissioner Karel de Gucht: Opposition to the Inclusion of Investor-State Dispute Settlement in the Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership. 16. 12. 2013. Arvutivõrgus kättesaadav: https://corporateurope.org/sites/default/files/attachments/ttip_investment_letter_final.pdf (23.04.2018).

¹⁸ Vt nt Vt nt UNCTAD. Series on Issues in International Investment Agreements II: Investor-State Dispute Settlement. – New York and Geneva: United Nations [2014] <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf> (23.04.2018); G. Van Harten. A Case for an International Investment Court. Rochester, NY: Social Science Research Network 2008 SSRN Scholarly Paper ID 1153424 <<https://papers.ssrn.com/abstract=1153424> (23.04.2018).

¹⁹ United Nations. Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017). Official Records of the General Assembly, Seventy-second Session, Supplement No. 17 (A/72/17). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://undocs.org/A/72/17> (23.04.2018).

mõnda alternatiivset süsteemi reformimise võimalust. Kirjanduses eristatakse sotsiaalset ja normatiivset legitiimsust. Sotsiaalne legitiimsus uurib inimeste ettekujutust sellest, kas kohtul on õigus otsuseid teha ning normatiivne legitiimsus seda, kas kohtutel ka tegelikult see õigus on.²⁰ Rahvusvaheliste kohtute peamiseks normatiivset legitiimsust tagavaks kriteeriumiks on peetud riikide nõusolekut alluda kohtupidamisele.²¹ Kuivõrd investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi puhul on riigid oma nõusoleku vaidluse lahendamiseks väljaspool siseriiklikuid kohtuid andnud ning probleemiks on pigem muude huvigruppide nägemus süsteemi legitiimsusest,²² siis on magistritöö eesmärgiks uurida just investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi sotsiaalse legitiimsuse saavutamise võimalusi. Sealjuures võib sotsiaalne legitiimsus puududa ka siis, kui avalikkuse etteheited tunduvad õigusteoreetikutele ebaõiglased ja põhjendamatud.²³

Magistritöö eesmärgi saavutamiseks vastan järgmistele uurimisküsimustele. Esiteks, millised süsteemi sisulised ja menetluslikud omapärad on põhjustanud avalikkuse negatiivse hinnangu investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile ning millises ulatuses on tegemist põhjendatud kriitikaga. Teiseks, millises ulatuses lahendab Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioon alalise vahekohtu loomiseks ilma investeeringute kaitse sisulisi sätteid reformimata praegused puudujäägid ning kas mõni alternatiivne lahendus võiks avalikkuse kriitikale veelgi paremini vastata ja seega süsteemi sotsiaalse legitiimsuse saavutamiseks eelistatum olla.

Magistritöö on jaotatud kaheks peatükiks. Esimeses peatükis uurin investeeringute kaitse süsteemi legitiimsuse kriitikat, mida on esile toonud Euroopa Komisjon, õigusteadlased ja kodanikuorganisatsioonid. Süsteemis teadvustatud puudused saab jagada kaheks – investeeringute kaitse süsteemi sisuline kriitika ja süsteemi praeguse menetlusliku ülesehituse kriitika.²⁴ Esimesse kategooriasse kuuluvad välismaalaste investeeringute kaitsmise süsteemi

²⁰ A. Buchanan, R.O. Keohane. The Legitimacy of Global Governance Institutions. – *Ethics & International Affairs* 2006/20 405; D. Bodansky. The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?. – *American Journal of International Law* 1999/93 596, p 601.

²¹ Buchanan, Keohane (n 20) 412; N. Grossman. The Normative Legitimacy of International Courts. – *Temple Law Review* 2013/86 61. 65; Bodansky (n 20), p 597, 605.

²² Vt ka G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà. Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?. – *UNCITRAL Analysis and roadmap 2016*. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (23.04.2018), para 22.

²³ E. Voeten. Public Opinion and the Legitimacy of International Courts. – *Theoretical Inquiries in Law* 2013/14 411, p 414.

²⁴ M. Waibel (ed). *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p xxxix.

loodud asümmeetria arenenud riikide ja arengumaade vahel, riigi suveräänsuse piiramine, investeerimislepinguga seatud eesmärkide ebapiisav saavutamine ning investorite eelistamine riikide ja investeringu sihtriigi kohalike elanike õiguste ees. Teise kategooria ehk menetluslike probleemkohtade hulka kuuluvad järjepidevuse puudumine, vahekohtunike erapooletus, apellatsioonimehhanismi puudumine ning süsteemi ebapiisav läbipaistvus. Uurin väljatoodud etteheited ning võtan seisukoha etteheidete põhjendatuse osas. Peatüki lõpuks võtan kokku kriteeriumid, mis on olulised rahvusvahelise vaidluste lahendamise süsteemi sotsiaalse legitiimsuse tagamiseks.

Teises peatükis analüüsin võimalusi investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimiseks avalikkuse silmis. Magistritöö mahtu arvestades piirdun kolme võimalusega, mis võiksid kriitikute mitmekülgsel kriitikale kõige paremini vastata. Esmalt uurin, kuidas vastab esimeses peatükis väljatoodud sotsiaalse legitiimsuse kriteeriumitele süsteemi reformimine alalise investeerimiskohtuga, millel on jurisdiktsioon juba varasemalt sõlmitud investeringute kaitse lepingute üle. Nimetatud idee elluviimine on kõige tõenäolisem, sest seda propageerib Euroopa Komisjon. Teiseks uurin vahekohtumenetlusest täieliku loobumise võimalust lepitusmenetluse süsteemi kasuks. Lepitusmenetlus võiks esmapilgul kriitikute etteheidetele vastamiseks kõige paremini sobida, kuivõrd erinevalt kohtu loomise variandist ei toimuks lepitusmenetluse kasuks otsustamisel investeerimisvaidluste lahendamise institutsionaliseerimist. Riigid saavad iga vaidluse korral otsustada, kas on nõus lepitusmenetlusega või mitte, mis võiks eelduslikult vastata kriitikute murele, et investeerimisarbitraaž piirab riikide suveräänsust. Kolmanda süsteemi legitimeerimise meetodina uurin võimalust vast võtta konventsioon, mis lisaks alalise investeerimiskohtu loomisele kehtestaks uuesti ka investeringute kaitse sisulised standardid. Konventsioon koos sisuliste investeringute kaitse sätetega on kolmest nimetatust kõige laiaulatuslikum reformiidee ning võiks seega eelduslikult sobida nii kriitikutele kui ka investoritele, kuid vajab kindlasti elluviimiseks kõige suuremat poliitilist tahet. Analüüsin, kuidas need kolm varianti vastavad sotsiaalse legitiimsuse kriteeriumitele nagu väljatoodud esimeses peatükis ning võtan seisukoha, milline variant oleks investeerimisõiguse legitiimsuskriisi lahendamiseks sobivaim.

Magistritöö eesmärkide saavutamiseks kasutatakse analüütilist, süsteemset ja võrdlevat uurimismeetodit. Investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi probleemide määratlemiseks analüüsisin vastavateemalist õiguskirjandust. Investeringute kaitse vaidluste praeguse süsteemi probleemide esiletoomiseks on tuginetud välismaa autoriteetsete õigusteadlaste artiklitele, aga ka investeringute kaitse teemal sõna võtnud kodanikuorganisatsioonide

seisukohti. Pärast kriitika sisu kindlakstegemist analüüsin Euroopa Komisjoni väljapakutud varianti investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamiseks Euroopa Komisjoni koostatud õigusanalüüside ja mõju hindamise dokumentide alusel. Lepitusmenetluse kui investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimise võimaluse analüüsimisel tuginen ICSIDi konventsiooni lepitusmenetluse korda tagavatele sätetele. Investeeringute kaitse sätteid sisaldava alalise kohtu rajamise konventsiooni loomise eeskujuna tuginen Ühisele konventsioonile Araabia päritolu kapitali investeerimiseks Araabia maades (Araabiamaade Investeeringuleping).²⁵

Investeeringuõiguse legitiimsuse küsimus on oluline ka Eestis, sest Eesti on sõlminud 30 kahepoolset investeeringulepingut, millest 23 on hetkel veel jõus, ning 76 investeeringute kaitse sätteid sisaldavat mitmepoolset rahvusvahelist lepingut.²⁶ Eesti vastu on seni esitatud 4 avalikult teadaolevat kaebust vahekohtumenetluse algatamiseks ning üks vahekohtumenetlus on ka hetkel käimas.²⁷ Hoolimata Eesti suurest aktiivsusest investeeringute kaitse lepingute sõlmimisel on nende lepingutega kaasnevaid Eesti riigi ja siinsete investorite õigusi ja kohustusi õiguskirjanduses käsitletud minimaalselt. Teadustöodes on varasemalt uuritud investeeringuvaidlusi lahendavate rahvusvaheliste vahekohtute otsuste täitmist Eestis²⁸ ning investeeringute kaitse taset Euroopa Liidus pärast Euroopa Liidu siseste kahepoolsete investeeringute kaitse lepingute lõpetamist.²⁹ Euroopa Liidu ettepanekut asutada uus rahvusvaheline kohus investeeringute kaitse lepingute alusel tekkinud vaidluste lahendamiseks investori-riigi võimaliku sotsiaalse legitiimsuse kriisi valguses uuritud ei ole.

Magistritööd enim iseloomustavad märksõnad on: rahvusvaheline õigus, vahekohtumenetlus, riigid

²⁵ Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States.- League of Arab States (1982). (originaal keel: Araabia). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2394> (23.04.2018).

²⁶ ÜRO Kaubandus- ja Arengukonverentsi investeeringute kaitse lepingute andmebaas Investment Policy Hub. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/66#iiaInnerMenu> (23.04.2018).

²⁷ *United Utilities (Tallinn) BV and Aktsiaselts Tallinna Vesi v Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24.

²⁸ K. Küti. Rahvusvahelise vahekohtu otsus investeeringute kaitse vaidlustes – kuidas tagada täitmine? – Magistritöö. Tallinn: TÜ Õigusteaduskond 2016.

²⁹ G. Pristavka. Investeeringute kaitse Eesti sõlmitud investeeringulepingute kontekstis ja Euroopa Liidu õiguse mõju kahepoolsetele investeeringulepingutele. Magistritöö. Tartu: TÜ Õigusteaduskond 2016.

1. INVESTORI - RIIGI VAHELISTE VAIDLUSTE LAHENDAMISE SÜSTEEMI LEGITIIMSUSE KRIITIKA

Esimeses peatükis kaardistan peamised riigi ja investorite vaidluste lahendamise süsteemi probleemid, mille tõttu on väidetud, et süsteem on legitiimsuse kriisis ning vajab reformimist. Reformimine on vajalik siis, kui selgub, et praegune süsteem on mingis osas puudulik ning reformimise teel on võimalik need puudused kõrvaldada. Kuivõrd on võimalik, et mitte kogu kriitika ei ole põhjendatud, siis analüüsin õiguskirjanduses ja erinevate huvigruppide tehtud süsteemi puudusi kirjeldavaid argumente koos võimalike vastuargumentidega. Investeerimisarbitraaži suhtes tehtud kriitika analüüsi tulemusel selguvad need kriteeriumid, mis teevad rahvusvahelise vaidluste lahendamise organi sellest puudutatud isikute silmis legitiimseks ning millele seega erinevad reformiideed vastama peavad.

Riigi ja investori vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile tehtavaid etteheited saab jagada kaheks. Esimesed neist kritiseerivad süsteemi olemust ning teised väidetavaid menetluslikke puudujääke vahekohtumenetluse korraldamisel. Sellest tulenevalt on peatükk jagatud kaheks alapeatükiks. Mõlemad alapeatükid on ülevaatlikkuse huvides omakorda jaotatud väiksemateks osadeks, millest iga käsitleb erinevat etteheidet süsteemile. Peatüki lõpus teen vahekokkuvõtte analüüsi tulemusel selgunud peamistest investeerimisarbitraaži probleemidest avalikkuse silmis ning nende etteheidete põhjendatusest.

1.1. Sisuline kriitika

Investori ja riigi vaidluste lahendamise süsteemi sisuline kriitika puudutab süsteemi aluseks olevaid investeringute kaitse lepinguid ning nendest välja arenenud investeerimisõiguse õigusharu. Tuntumad investeerimisõiguse kriitikud Gus van Harten ja M. Sornarajah on süsteemi sisuliste puudustena nimetanud eelkõige investorite eelistamist teiste õigussubjektide ees ning riigi reguleerimisõiguse piiramist.³⁰ Samuti on välja toodud asjaolu, et investeringute kaitse lepingud on sõlmitud arenenud riikide võimupositsiooni ärakasutamiseks arengumaade vastu ning ei ole juba seepärast õiguspärased.³¹ Lisaks see, et investeerimislepingud ei täida oma eesmärki – soodustada välisinvesteeringuid.³² Käsitlen nimetatud nelja peamist argumenti

³⁰ M. Sornarajah. An International Investment Court: Panacea or Purgatory?. Columbia Center on Sustainable Investment 2016 Columbia FDI Perspectives 18 <<https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:205002>>; G. Van Harten. A Report on the Flawed Proposals for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA. – Osgoode Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, No 16 2015/11 <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=olsrps>> (23.04.2018).

³¹ B.S. Chimni. International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making. – European Journal of International Law 2004/15 1, p 7.

³² Greider (n 6).

eraldiseisvalt.

1.1.1. Riigi suveräänsuse piiramine

Peamine vastuargument investeerimislepingutele ja investeerimisarbitraažile on see, et investeerimislepingud piiravad riikide suveräänsust, sest lepingutega kitsendavad riigid enda õigusi oma huvide edendamiseks vajalike õigusaktide ja haldusaktide vastuvõtmiseks hirmus, et sellega tekib kohustus investoritele suuri kahjuhüvitsi maksta.³³ Kirjeldan esmalt kriitika sisu ning seejärel analüüsin, kas tegemist on põhjendatud etteheitega.

Investeerimislepingute sõlmimisega piirab riik oma suveräänsust kahel viisil, esiteks on kitsendatud õigus avalikus huvis reguleerida ning teiseks on riigid delegeerinud järelevalve teostamise õiguse välisinvestoreid puudutavate õigusaktide üle rahvusvahelistele tribunalidele.³⁴ Eelkõige kardavad kriitikud, et investeerimislepingutega investorite ees võetud kohustuste tõttu ei saa riik võtta vastu uusi looduskaitse, tervise ja maksualaseid regulatsioone või riskivad suurte kahjuhüvitiste maksmisega kui nad seda siiski teevad.³⁵ Enim tuuakse negatiivse näitena esile just riikide keskkonna- ning tervise poliitikaalaste otsuste tõttu algatatud vahekohtumenetlusi *Vattenfall I* ja *Vattenfall II v Saksamaa*,³⁶ *Metalclad v Mehhiko*³⁷ ja *Philip Morris v Austraalia*³⁸. Kirjeldan järgmisena nimetatud vahekohtumenetluste asjaolusid, et analüüsida, kas kriitikute etteheited riigi suveräänsuse piiramise kohta on õigustatud.

Vattenfall I – Saksamaa vahelises vahekohtumenetluses vaidlustas Rootsi energiatootja *Vattenfall Hamburgi* linna tegevuse *Energiaharta* lepingu³⁹ alusel. *Vattenfall* plaanis *Hamburgi* rajada söeküttega elektrijaama ning oli selleks vajalik lubade ning looduskaitse nõuete osas

³³ Van Harten. 'A Report on the Flawed Proposals for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA'. (n 30) 8; J.W. Salacuse, N.P. Sullivan. Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. – Harvard International Law Journal 2005/46 77; K. Tienhaara. Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science. Rochester, NY: Social Science Research Network 2010 SSRN Scholarly Paper ID 2065706 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2065706>> 16. 02.2018.

³⁴ Kaushal (n 7) 512.

³⁵ C. Gerstetter, N. Meyer-Ohlendorf. Investor-State Dispute Settlement under TTIP – a Risk for Environmental Regulation?. – Heinrich Böll Stiftung TTIP Series [2013] 11 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416450> (23.04.2018); N. Bernasconi-Osterwalder, L. Johnson. International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from 2000-2010. International Institute for Sustainable Development 2011 14 <<http://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010>>; E. Obadia. *Nafta/Uncitral: Glamis Gold Ltd. v. United States.* – International Legal Materials 2009/48 4.

³⁶ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6; *Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12.

³⁷ *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award [2000].

³⁸ *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12.

³⁹ *Energiaharta* leping. - RT II 1998, 8, 18.

Hamburgi linnaga läbirääkimisi pidanud ning kokkuleppe sõlminud. Pärast lepingu sõlmimist vahetus aga Hamburgi linnas valitsus, mis asus elektrijaama rajajatelt nõudma oluliselt karmimate looduskaitseenõuete täitmist, kui eelnevalt kokku lepitud, venitas veekasutusloa väljastamisega ebamõistlikult kaua ning ei viinud uute nõuete kehtestamiseks läbi korrapäraselt haldusmenetlust, kus Vattenfallil oleks olnud võimalus oma seisukohti esitleda. Kuivõrd uute nõuetega kooskõlas oleva elektrijaama ehitamine oleks aastaid veninud ning kordades kulukamaks läinud, esitas Vattenfall kahjunõude, tuginedes Energiahartas investoritele lubatud õiglase kohtlemise ning vara sundvõõrandamisega sarnaste meetmete võtmise keelule.⁴⁰ Vahekohtumenetlus ei jõudnud otsuseni, sest Saksamaa ja Vattenfall sõlmisid kompromisslepingu, milles leppisid kokku, et Vattenfall loobub oma nõuetest ning Hamburg annab Vattenfallile elektrijaama ehitamiseks veekasutusloa samadel tingimustel nagu esialgselt kokku lepitud.⁴¹

Vattenfalli menetluse tulemusena andis riik järele looduskaitseenõuete täitmises, mis tähendab, et kitsalt seda järeldust vaadates on vahekohtumenetluse tõttu riigi võimalus looduskaitse eesmärkidel tegutseda piiratud. Sellise järelduse tegemisel ei ole aga arvesse võetud menetluslikku ebaõiglust, mille tulemusel nimetatud looduskaitsemeetmed Vattenfalli investeeringule kohaldata. Mistahes looduskaitsemeetmete vastuvõtmine ning nende juba käimasolevale loamenetlusele kohaldamine ei saa toimuda diskrimineerival alusel õiguspärase ootuse põhimõtet rikkudes. Riigi tegevus ongi piiratud kohustusega järgida head valitsemistava ning selle riigi kohustuse rikkumise puhul on Vattenfalli menetluse tulem ootuspärane.

Vattenfall II – Saksamaa vahekohtumenetluses esitas Vattenfall nõude Saksamaa vastu tulenevalt Saksamaa otsusest lõpetada tuumaenergia kasutamine elektri tootmiseks. Ajakirjanduses on välja toodud, et nõue põhineb sellel, et Vattenfall kaotas oma ligi 700 miljoni eurose investeeringu, mille oli teinud oma Saksamaal asuvasse tuumajaamadesse pärast seda kui Saksamaa teavitas esialgsetest plaanidest tuumaenergia kasutamisega jätkata. Investeering muutus väärtusetuks pärast Fukushima katastroofi, mil Saksamaa valitsus otsustas tuumaenergia kasutamine aastaks 2022 lõpetada.⁴² Vahekohtumenetlus ning selle raames esitatud menetlusdokumendid on konfidentsiaalsed, mistõttu ei ole informatsiooni Vattenfalli

⁴⁰ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6, Request for Arbitration [2009] 15.

⁴¹ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award [2011] 6.

⁴² Vattenfall vs. Germany: Nuclear Phase-Out Faces Billion-Euro Lawsuit. - Spiegel Online 02.11.2011. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-nuclear-phase-out-faces-billion-euro-lawsuit-a-795466.html> (23.04.2018).

nõude täpse sisu kohta, kuid eelduslikult tugineb Vattenfall nagu ka eelmises menetluses Energiahartale väites oma õiguspärase ootuse ning sundvõõrandamisega sarnaste meetmete võtmise keelu rikkumist. Menetlus ei ole veel lõppenud, nii et ei ole teada, kas tribunal kinnitab Vattenfalli seisukohti või jätab nõude rahuldamata. Kuivõrd ei ole teada menetluse üksikasjad ning lõpptulem, siis ei ole põhjendatud nimetatud vaidluse negatiivse näitena toomine.

Metalclad v Mehhiko vahekohtumenetluses esitas Ameerika ettevõtte, kes soovis Mehhikosse rajada ohtlike jäätmete prügila, Mehhiko vastu nõude kahju hüvitamiseks Põhja-Ameerika vabakaubanduslepingu (NAFTA)⁴³ investeringute kaitse sätete alusel. Nõude kohaselt oli Metalclad taotlenud prügila rajamiseks kõik vajalikud load ja saanud kooskõlastused ning asunud prügilat ehitama. Mitmed kuud pärast ehituse algust teatas kohalik omavalitsus, et Metalcladil puudub ehitusluba. Ettevõtte taotles ehitusluba ja samal ajal jätkas prügila ehitamisega. Kohalik omavalitsus keeldus ehitusloa väljastamisest ning hiljem laiendas looduskaitseala Metalcladi prügila alale, mille tulemusel muutus prügila avamine võimatuks. Vahekohus leidis, et Mehhiko oli rikkunud NAFTA-st tulenevat välisinvestori õiglase kohtlemise põhimõtet, kui keeldus ehitusloa väljastamisest looduskaitse põhjustel, sest kohalikul omavalitsusel puudus selleks pädevus ning lisaks puudusid selged ja ettenähtavad reeglid haldusmenetluse läbiviimiseks. Vahekohus mõistis Mehhikolt Metalcladi kasuks välja äriühingu prügila rajamiseks tehtud kulutused 16,7 miljoni dollari väärtuses.⁴⁴ Sarnaselt Vattenfall I juhtumile on vahekohtumenetluse algatamise põhjuseks sihilikult ühe investori vastu suunatud meetmed, mille tulemusel muutusid tehtud investeringud väärtusetuks. Keskkonnakaitse eesmärki kasutatakse ainult diskrimineerivate meetmete õigustamiseks ning haldusprotsessis esinevate tõsiste vigade pealt tähelepanu kõrvalejuhtimiseks.

Philip Morris v Austraalia vahekohtumenetluses esitas tubakatootja Philip Morris kahjunõude Austraalia vastu Austraalia ja Hong-Kongi kahepoolse investeringute kaitse ja soodustamise lepingu⁴⁵ alusel. Philip Morris väitis, et Austraalias kehtestatud tubakatoodetel tubakatootja kaubamärgi avaldamise keelu tõttu kaotab Philip Morris oma intellektuaalomandist tulenevad õigused ning selle arendamiseks tehtud investeringud, sest seadus keelab Philip Morrisel kasutada oma tubakatoodetel ning nende pakenditel oma kaubamärki ning muud

⁴³ North American Free Trade Agreement (NAFTA). - 32 ILM 289, 605 (1993). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp> (23.04.2018).

⁴⁴ *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award [2000] 131.

⁴⁵ Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments. – 15.09.1993. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/207> (23.04.2018).

intellektuaalset omandit.⁴⁶ Philip Morris tõi välja, et kehtestatud õigusakti rakendamiseks puudub avalik huvi ning ei ole tõendatud, et Philip Morrisset kahjustavate meetmete vastuvõtmine on vajalik õigusaktiga taotletava eesmärgi saavutamiseks. Vaidluse lahendamiseks asutatud tribunal otsustas aga, et Philip Morris struktureeris oma investeeringud õiguskaitse saamiseks ümber alles pärast seda, kui Austraalia oli vaidlustatud õigusakti juba vastu võtnud ning kuritarvitas sellise käitumisega investeerimislepingust tulenevaid õiguseid.⁴⁷

Philip Morrisset esitatud kahjunõuet tuuakse tihedalt välja kui peamist põhjust, miks investeerimisarbitraaž piirab riikide õigust reguleerida. Sellisele argumendile tuginevad kodanikuorganisatsioonid nagu näiteks Greenpeace jätaavad oma antikampaaniates lisamata, et vahekohtus jättis Philip Morrisset nõude rahuldamata.⁴⁸ Alusetud nõuded praagitakse vahekohtumenetluses välja samamoodi nagu tavalises siseriiklikus kohtumenetluses. Sellest hoolimata võib ka alusetu kahjunõue omada spetsiifilisest vahekohtumenetlusest kaugemale ulatuvaid efekte ning seda juba enne kui kuulutatakse vahekohtu otsus. Näiteks võib tuua sama Philip Morrisset tubakatoodete pakendite reklaamikeelust tuleneva kahju hüvitamise menetluse, kus Philip Morrisset jäi lõppastmes rahuldamata. Uus-Meremaa valitsuse avaldatud pressiteate kohaselt oli valitsus teadlik Austraalia ja Philip Morrisset vahel toimuvast vahekohtumenetlusest ning ootas selle tulemust, sest kavatses võtta vastu Austraaliale sarnase seaduse. Pressiteate kohaselt pidas Uus-Meremaa valitsus võimalikuks vajadusel soovitud õigusakti muuta või selle vastuvõtmist veelgi pikendada.⁴⁹ Selle näite puhul pikenes ilmselt soovitud seaduse vastuvõtmise aeg ning seega omas küll väikest, aga siiski teatavat mõju riigi seadusandlusele.

Väljatoodud näited toimunud või toimuvatest vahekohtumenetlustest riigi ja investori vahel ei kinnita seega üheselt kriitikute etteheiteid investeerimisarbitraaži kitsendavast mõjust riigi suveräänsusele ja reguleerimisõigusele. Vattenfall I ja Metalcladi vahekohtumenetlus on näited selgelt ebaõiglasest välisinvestori kohtlemisest looduskaitse katte all. Vattenfall II ja Philip Morrisset menetlus on aga jällegi sobimatud, sest esimese puhul ei ole vahekohtu otsus veel tehtud ning teise puhul on juba olemas vahekohtu otsus, mille kohaselt jäi nõue selle põhjendamatusse tõttu rahuldamata. Investeerimisõigus ei takista riigil vastu võtmast soovitud

⁴⁶ *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration [2011] 1.5.

⁴⁷ *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award [2015] 585–588.

⁴⁸ T. Worstall. Greenpeace, Philip Morris, Australia And The Secret ISDS Trade Courts - Naughty Greenpeace. Forbes <<https://www.forbes.com/sites/timworstall/2016/05/30/greenpeace-philip-morris-australia-and-the-secret-isds-trade-courts-naughty-greenpeace/>> 17. 03. 2018.

⁴⁹ The official website of the New Zealand Government. Government Moves Forward with Plain Packaging of Tobacco Products. The Beehive. 20. 02.2013 <<http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>> 16. 02.2018.

õigusakte. Vahekohtumenetluse mõju seadusandlusele võib seega olla kõigest edasilükkav, kuid kindlasti mitte selline, et riik peaks üldse loobuma mõne õigusakti vastuvõtmisest kahjuhüvitise maksmise hirmus. Riigil on vaba voli õigusloomeks ning isegi diskrimineerivaks õigusloomeks, kui riik maksab selle eest õiglase hüvitise. Kahjuhüvitise nõudmise õigus rahvusvahelises vahekohtumenetluses tekib investoril ainult siis, kui riik on investorit ebaõiglaselt kohelnud ning keeldunud selle tulemusel tekkinud kahju hüvitamisest. Sealjuures on vahekohtute kohaldatav standard rikkumise tuvastamiseks väga kõrge, mis tähendab, et vahekohtud jätavad riikidele arvestatava eksimisruumi. Seda kinnitab investeerimisarbitraaži statistika, mille kohaselt jääb ligi 60% investorite nõuetest rahuldamata.⁵⁰

Samuti ei ole midagi erakordset asjaolus, et riigid võimaldavad välisinvestoritel pöörduda rahvusvahelisse vahekohtusse siseriikliku kohtu kõrval. Lisaks investeerimisvaidluste lahendamisele on riigid jaganud oma ainuõigust oma kodanikega seotud vaidluste üle kohut pidada ka näiteks kodaniku ja poliitiliste õiguste paktiga,⁵¹ mille alusel võib eraisik kaebusi esitada Inimõiguste Komiteele või muudele regionaalsetele inimõiguste organitele nagu Euroopas Euroopa Inimõiguste Kohtule. Kui vaadata investeerimisõigust kui hea valitsemistava tagamise ja levitamise vahendit, siis ei ole põhjust, miks riigid peaks pelgama oma suveräänsuse vähenemist. Suveräänsus ei anna riigile õigust teha piiramatult seda, mida riigi valitsejad hetke ajendil soovivad, vaid hõlmab õigust nõustuda rahvusvahelise kohtualluvusega ning töötada koos teiste riikidega hea valitsemistava edendamise nimel rahvusvahelisel tasandil.⁵²

Põhjendamata on etteheited nagu piiraks investeerimisarbitraaz ennenägematul määral riikide suveräänsust. Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem ei ole ainus riikide suveräänsust piirav mehhanism. Iga nõustumus rahvusvahelise õiguse instrumendiga liitumiseks limiteerib mingil määral riigi suveräänsust. Investeerimislepingud piiravad õigusloomet ainult niivõrd, kuivõrd kohustavad riike rakendama head valitsemistava. Kui riik aga hea valitsemistava põhimõtteid järgida ei taha, siis on riigil sellest hoolimata võimalik tegutseda oma vaba tahte järgi, kuid riik peab sellisel juhul maksma investoritele tekitatud kahju eest kompensatsiooni. Investeerimislepingutega ega rahvusvahelises tavaõiguses ei ole antud investoritele võimalust riigi tegevust tagasi pöörata ning nõuda õigusakti tühistamist või ümbertegemist. Samuti ei ole investori-riigi vaheliste vaidluste üle õigusemõistmise pädevuse

⁵⁰ UNCTADi veebilehekülj statistikaga: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (23.04.2018).

⁵¹ Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvaheline pakt.- RT II 1994, 10, 11.

⁵² L. Henkin. Human Rights and State Sovereignty. – Georgia Journal International & Comparative Law 1995/25 43.

rahvusvahelisele vahekohtule andmine midagi uudset, sest riigid on ka teistes valdkondades oma kohtupidamise monopoli rahvusvahelise organi kasuks piiranud ning seda oma tegevuse eest vastutuse võtmiseks ning seega parema valitsemistava poole püüdlamiseks. Seetõttu ei ole põhjendatud kriitikute etteheited investeerimisarbitraaži vastu alusel, et tegemist on riigi suveräänsuse piiramise mehhanismiga. Järgnevalt analüüsin argumenti investeerimislepingute asümmeetrilisuse kohta.

1.1.2. Asümmeetria arenenud riikide ja arengumaade õiguste vahel

Investeeringute soodustamise ja kaitse lepingute ajalooline taust annab alust argumendile, et investorite ja riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem toob kasu ainult kapitali eksportivatest riikidest⁵³ pärit suurkorporatsioonidele ning seega seab ebavõrdsesse olukorda kapitali importivad riigid.⁵⁴ Ebavõrdne olukord tekib kriitikute sõnul sellest, et lepingud on sõlmitud peamiselt kapitali eksportivatele riikidele (mis on traditsiooniliselt investorite päritolumaaks) sobivatel tingimustel, sest need annavad ebaproportsionaalselt suured õigused riikide arvelt investoritele. Ühesuunalised investeerimisvood arenenud riikidest arengumaadesse ning arenenud riikide vähene huvi omavahel investeeringute kaitse lepinguid sõlmida on olnud peamised argumendid investeerimislepingute asümmeetrilisuse põhjendamiseks.⁵⁵ Järgnevalt analüüsin investeerimislepingute ajaloolist kujunemist ning seda, kas jätkuvalt on põhjendatud seisukoht, et arengumaad on võrreldes arenenud maadega investeerimislepingute sõlmimise tõttu kehvemal positsioonil.

Investeeringute kaitse tänane süsteem sai alguse 20. sajandi keskpaigas, mil Saksamaa ja Pakistan sõlmisid esimese kahepoolse investeerimislepingu.⁵⁶ Ajalooliselt oli sellise süsteemi loomine vajalik rahvusvahelise kaubanduse ning riikidevahelise hea läbisaamise soodustamiseks. Enne investeerimislepingutega investoritele õiguskaitsevahendite andmist oli investorite ainus võimalus oma välisriiki tehtud investeeringut kaitsta pöördudes oma

⁵³ Kapitali eksportivate riikide all on üldiselt silmas peetud arenenud riike, mille välisinvesteeringute maht on suurem kui sissetulevate investeeringute maht või välisinvesteeringute maht ületab 100 miljonit dollarit. Vt nt Harten (n 13), lk 13–14.

⁵⁴ P. Eberhardt et al. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom. - Corporate Europe Observatory (CEO) 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (01.01.2018).

⁵⁵ M. Hallward-Driemeier. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit - and They Could Bite. The World Bank 2003 WPS3121 8 <<http://documents.worldbank.org/curated/en/113541468761706209/Do-bilateral-investment-treaties-attract-foreign-direct-investment-Only-a-bit-and-they-could-bite>> 4. 02.2018.

⁵⁶ Treaty for the Protection of Investment, 25.11.1959, West Germany-Pakistan.- 457 U.N.T.S. 23. Vt ka A. Newcombe, L. Paradell. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Kluwer Law International 2009 42.

kodakondsusriigi poole ning paludes diplomaatilist kaitset. Diplomaatiliste läbirääkimiste algatamine riikide vahel kodanike ning nende vara kaitsmiseks välisriigis tõi tihti kaasa suhete teravnemise ning ohustas sellega üleüldist rahvusvahelist riikidevahelist läbisaamist. Seda eelkõige seetõttu, et riigid ähvardasid sõjalise jõu kasutamiseega oma nõuete läbisurumiseks.⁵⁷

Riikidevahelises suhtluses jõu kasutamine ning sellega ähvardamine keelati ära juba 1928. aastal.⁵⁸ Pärast seda üritasid riigid pikalt kokku leppida sobilikemas õiguslikes instrumentides oma kodanike kaitsmiseks välisriigis. Selle käigus kujunes välja välisinvestorite kaitse miinimumstandard, mille kohaselt peavad riigid austama välisinvestorite õigusi ning tagama õigusvastase sundvõõrandamise eest kompensatsiooni. Kuivõrd tavaõigus ei pakkunud riikide ega investorite meelest piisavalt kaitset, siis asuti otsima uusi lahendusi. Peeti mitmeid katseid mitmepoolse rahvusvahelise lepingu sõlmimiseks, kuid riigid ei suutnud lepingu sätete osas üksmeelele jõuda.⁵⁹ Et mitmepoolset lepingut sõlmida ei õnnestunud, siis tekkisid kahepoolsed lepingud, mille läbirääkimine osutus osapoolte väiksema numbri tõttu palju tõhusamaks. Tänapäevaste investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi moodustabki üle 3000-st peamiselt kahepoolsest lepingust koosnev õigussuhete kogum.

Sealjuures on õige, et initsiatiiv ning investeerimislepingu põhisisu tuli kapitali eksportivatelt riikidelt. Lepingutes sisalduvad kohustused olid vastastikused, kuid need olid selgelt kujundatud arenenud riikide poolt oma investorite huvide kaitseks välisinvesteeringute tegemisel.⁶⁰ Vaadates aga investeeringute kaitse lepingute ajalugu, ei saa investeeringute kaitse lepingute sõlmimist pidada lääne hegemoonia ainitiseks pealesurumiseks arengumaadele. Vajadus taoliste lepingute järele tõusetus nii arengumaade enda soovist tõmmata ligi välisinvestoreid riikide kiireks arendamiseks väliskapitali toel kui ka parema alternatiivi puudumisest välisinvestorite huvide kaitseks. Investeerimislepingute sõlmimine ühtlustas investoritele pakutavat kaitset ning vähendas investeeringuga kaasnevaid riske investori jaoks, mis omakorda tõi eelduslikult kaasa ka investeeringute suurenemise (vt ka p 1.1.3 investeerimislepingute eesmärgipärasuse kohta) ning oli seega arengumaadele kasulik.⁶¹

Investeerimislepingute sisu ja nende tänast rakendamist uurides on argument lepingute

⁵⁷ ibid 9.

⁵⁸ General Treaty for the Renunciation of War. 1928, 94 LNTS 57. (Tuntud ka kui Briand'i-Kelloggi pakt)

⁵⁹ Newcombe, Paradell (n 56) 15–22.

⁶⁰ A. Newcombe, L. Paradell. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Kluwer Law International 2009 43; J.W. Salacuse. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. – The International Lawyer [1990], p 666.

⁶¹ Salacuse (n 60) 661.

asümmeetrilisusest suuresti oma tähtsuse kaotanud. Investeeringulepingute lai levik kinnitab asjaolu, et rahvusvaheline kogukond on saavutanud konsensuse eraomandi austamise vajalikkuse üle. Inimõigused nagu eraomandi austamine ning inimeste võrdne kohtlemine on aluseks ühiskonna stabiilsusele ja jõukusele.⁶² Investeeringulepingute sõlmimine selle agenda jõustamiseks ei saa olla loomuvastane ega õiguspäratu. Et tegemist ei ole ainult läänemaade filosoofia ja maailmamõistmise pealesurumisega vähem arenenud riikidele näitab see, et arengumaade omavahel sõlmitud lepingud moodustavad kõikidest lepingutest ühe kolmandiku.⁶³ Sealjuures sisaldavad need lepingud samasuguseid investeeringute kaitse standardeid nagu arenenud riikide ja arengumaade vahel sõlmitud lepingud. Täiendavalt, kui investeeringute kaitse lepingud oleks ainult arenenud riikide võimu pealesurumiseks arenemata riikidele, siis puuduks põhjus ka arenenud riikide omavahelisteks lepinguteks. Tegelikult on aga ka lääneriigid omavahel sõlminud mitmeid lepinguid ning kogunisti pooled viimasest 50st sõlmitud investeeringute kaitse lepingust on sõlmitud just arenenud riikide vahel.⁶⁴

Teatud asümmeetria arengumaade ja arenenud riikide puhul võib esineda vahekohtumenetluses. Üksnes vahekohtumenetluse läbimine, ilma võimaliku kahjuhüvitise maksmise kohustust arvesse võtmata, on kulukas. Vahekohtunike, õigusnõustajate ning arbitraažiinstituudi tasu võib kokku ulatuda paarist miljonist kuni paarikümne miljoni euroni.⁶⁵ Arengumaadel on selliste kulude katmine keerulisem kui arenenud maadel. Isegi kui lõppastmes jääb investori nõue arengumaa vastu rahuldamata, ei rakendata investeerimisarbitraažis iga kord kaotaja maksab printsiipi, mis tähendab, et riik peab oma kulud katma isegi edu korral. Lisaks kulude katmise võimekusele on arengumaad tihti ebavõrdsemas positsioonis teadmiste puudumise tõttu. Investeeringuõigus kui õigusharu on alles hiljuti jõudnud laiema avalikkuse tähelepanu alla ning selles valdkonnas spetsialiseerunud isikute arv on piiratud, sest investeerimisõiguse õpetamine ülikoolides on üsna uus nähtus. Nii ei ole arengumaadel tihti sobiva hariduse ja kogemustepagasiga nõustajaid ning nad peavad tuginema välisele abile.

⁶² Vt nt H. de Soto. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books 2000, kelle kohaselt on jõukate riikide toimimise aluseks eraomandi süsteemne tagamine ning registreerimine.

⁶³ C.N. Brower, S. Blanchard. From "Dealing in Virtue" to "Profiting from Injustice": The Case Against Re-Statification of Investment Dispute Settlement. – *Transnational Dispute Management (TDM)* 2013/10 50.

⁶⁴ J. Pohl. Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements. – *OECD Working Papers on International Investment* [2018] 18 <http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en> 19. 03. 2018.

⁶⁵ C. Giorgetti. *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2014 411.

Arengumaade omavaheline ning samuti arenenud riikide omavaheline valmidus ja soov investeerimislepinguid sõlmida näitab, et riigid peavad lepingutes sisalduvate kaitsestandardite tagamist vajalikuks mitte ainult investeerimismahtude suurendamiseks või arengumaa arenenud riigi poolehoiu võitmiseks, vaid riikidevahelise kaubanduse soodustamiseks ning välisriikide kodanikele osaks saava kohtlemise ühtlustamiseks. Taoliste lepingute puudumisel oleks riikidel edaspidigi vajadus oma kodanike kaitsmiseks sekkuda välisriikide poliitikasse, ohustades nii rahvusahelist stabiilsust. Seetõttu on põhjendamatu väide nagu oleks investeerimislepingute ainus ning isegi ebasunnis roll tänapäeval võimaldada lääneriikide suurkorporatsioonidel arengumaasid hageda. Nimetatud argumendid jätavad tähelepanuta investeerimislepingute suurema eesmärgi eraomandi austamisel põhineva maailmakorra edendamiseks. Järgnevas alapeatükis analüüsin põhjalikumalt investeringute kaitse lepingute eesmärgipärasust.

1.1.3. Režiim ei täida oma eesmärki

Selles alapeatükis käsitlen investorite ja riikide vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile tehtud etteheidet, et investeerimislepingud ning vahekohtumenetlus ei täida oma eesmärki. Õiguskirjanduses on kohtu eesmärgipärasust ehk seda, kas kohus lahendab probleemi, mille adresseerimiseks see loodud on, üheks kohut legitimeerivaks kriteeriumiks.⁶⁶ Kui juba enne kohtu rajamist ei ole kindel, kas investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem täidab oma suuremat eesmärki, siis on väike tõenäosus, et kohtu rajamisega eesmärk saavutatakse. Tegemaks kindlaks, kas etteheide süsteemi eesmärgi mittetäitmise osas on põhjendatud, analüüsin esmalt, mis on investeerimislepingute eesmärk, ning seejärel kas need seda täidavad.

Investeerimislepingute eesmärk on juba nende tavapärasest nimetusest nähtuvalt investeringute vastastikune soodustamine ja kaitse.⁶⁷ Eesti sõlmitud kahepoolsete investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse lepingute kohaselt on lepinguosaliste kodanikele ja juriidilistele isikutele stabiilse ja soodsate tingimustega investeerimiskeskonna loomine vajalik järgnevatel eesmärkidel: majanduskoostöö tugevdamine; äritegevuse ja erakapitali voogude kasvu suurendamine, majandusressursside tõhus kasutamine; majandusarengu ja elatustaseme tõus.⁶⁸ Selline eesmärk ei ole välja toodud ainult Eesti sõlmitud

⁶⁶ R. Wolfrum. Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations. R. Wolfrum, R. Volker. Legitimacy in International Law Berlin: Springer 2008 6.

⁶⁷ Vt nt Eesti Vabariigi valitsuse ja Maroko Kuningriigi valitsuse vaheline investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 6; Eesti Vabariigi valitsuse ja Aserbaidžaaani Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 7

⁶⁸ Vt nt Eesti Vabariigi valitsuse ja Maroko Kuningriigi valitsuse vaheline investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 6; Eesti Vabariigi valitsuse ja Aserbaidžaaani Vabariigi valitsuse

lepingute puhul, vaid on omane kõigile sarnastele lepingutele.⁶⁹ Õiguskirjanduses on kinnitatud, et investeeringute kaitse süsteemi rajamise peamiseks eesmärgiks oli luua võimalus piiriüleste vaidluste kiireks, efektiivseks ja õiglaseks lahendamiseks, et soodustada riikidevahelist kaubandust ja arendada majandust.⁷⁰ Täiendava eesmärgina on nimetatud investeeringute tegemise liberaliseerimist, mis tähendab, et investor võib teha välisriigis investeeringuid endale huvi pakkuvates valdkondades,⁷¹ investeerimisvaidluste depolitiseerimist.⁷² Peamine eesmärk arengumaade jaoks oli aga kindlasti välisinvesteeringute ligitõmbamine.⁷³

Investeeringulepingute sõlmimise ning välisinvesteeringute kiire kasvu ajalugu alates 1950. aastast vaadates ei ole selge, kumb põhjustas teise.⁷⁴ Mitmete välisinvesteeringute mahtu uurivate empiirilistele uuringute kohaselt ei suurendanud investeeringulepingute sõlmimine lepingud sõlminud riikide vahel investeeringute kogumahtu.⁷⁵ Professor J.W. Yaneckee investeeringute mahust sõltumatu uuring toob välja, et investeeringulepingud ei soodusta investeeringuid ka seepärast, et investeerimisotsuste tegijad ning poliitilise riski analüüsijad ja välisinvesteeringute kindlustuspoliiside väljastajad ei ole teadlikud või ei võta üldse otsuse tegemisel arvesse investeerimislepingute olemasolu.⁷⁶ Uute lepingute sõlmimisel nagu näiteks Ameerika Ühendriikide ja Euroopa Liidu vahelise tulevase vabakaubanduslepe puhul on välja toodud, et investeeringute kaitset puudutavad sätted on ebavajalikud, kuna investeerimismahud nende majandussüsteemide vahel on juba niigi suured ning investeeringute kaitse sätted neid

vahelise investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 7; Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi vaheline investeeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1993, 20, 45; Eesti Vabariigi valitsuse ja Jordaanias Hašimiidi Kuningriigi valitsuse vaheline investeeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 8.

⁶⁹ Vt nt Agreement between the Government of the Republic of Latvia and the Government of the Hellenic Republic on the promotion and reciprocal protection of investments (1995). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1468> (23.04.2018); Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Dominican Republic on the promotion and reciprocal protection of investments (2002). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1044> (23.04.2018).

⁷⁰ Harten (n 7) 60.

⁷¹ Salacuse, Sullivan (n 33) 79.

⁷² *Ecuador v United States*, Permanent Court of Arbitration Expert Opinion of Professor W. Michael Reisman [2012] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case/20-21>.

⁷³ Kaushal (n 7) 496; Salacuse, Sullivan (n 33) 78.

⁷⁴ Salacuse, Sullivan (n 33) 71.

⁷⁵ Hallward-Driemeier (n 55) 22; J.W. Yackee. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?. – *Law & Society Review* 2008/42 828.

⁷⁶ J.W. Yackee. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment - Some Hints from Alternative Evidence. – *Virginia Journal of International Law* 2011/51 309–401, 438; Vt ka S.D. Franck. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law. – *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. LJ* 2006/19 348.

kapitalivoogusid ei suurendaks.⁷⁷ Lisaks on leitud, et rahvusvahelise paralleelse kohtusüsteemi olemasolu on ebavajalik, sest samad vaidlused saab edukalt lahendada siseriiklikes kohtutes siseriikliku õiguse alusel.⁷⁸ Eriti on seda argumenti kasutatud arenenud riikide vahel sõlmitavate investeeringute kaitse lepingute osas.⁷⁹

Sama palju on ka avaldatud uuringuid, mis jõuavad risti vastupidisele tulemusele ehk siis mille kohaselt investeerimislepingute sõlmimine on vajalik. UNCTAD on teinud kokkuvõtte perioodil 1998 – 2008 avaldatud uuringutest ning välja toonud, et kokkuvõttes võib siiski järeldada, et investeeringute kaitse sätteid sisaldavate lepingute olemasolu mõjutab investorite otsust investeerida ning on suurendanud välisinvesteeringute mahtu.⁸⁰ Ka värsckemas 2014. aastal tehtud UNCTADi ülevaatlikus uuringus on kinnitatud jätkuvat investeerimislepingute positiivset mõju leidvate uuringute ülekaalu ning on osad varasemad uuringud kahtluse alla seatud seetõttu, et arvesse polnud võetud samade riikide vahel varasemalt sõlmitud lepinguid, investeerimislepingute kehtivust ja nende tagatava kaitse ulatust.⁸¹ Teadmatus investeerimislepingute mõjust oli varasemalt väike. Aga nüüd kui sõlmitud on juba üle 3000 investeeringute kaitset sisaldavate normidega lepingut, investeerimisarbitraaž on ennast tõendanud, kui tõhus vaidluste lahendamise mehhanism, ning ka üldine teadlikkus investeerimisõigusest on suurenenud, on põhjust arvata, et J.W. Yaneckee uurimused investeerimisotsuste tegijate seas annaksid täna teistsuguse tulemuse. Eelmises lõigus viidatud Ameerika ja Euroopa Liidu vabakaubanduslepingu läbirääkimisprotsessi raames on mitmed juhtivad äriühingute huve esindavad organisatsioonid nagu Ameerika Kaubanduskoda,⁸²

⁷⁷ Gerstetter, Meyer-Ohlendorf (n 35) 4; L. Poulsen, J. Bonnitcha, J. Yackee. Costs and Benefits of an EU - USA Investment Protection Treaty. Report to the Department for Business Innovation and Skills. – LSE Enterprise [2013] <<https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf>> 4. 02.2018.

⁷⁸ Multilateral Investment Court: An Utterly Flawed and Unjust System. EURACTIV.com. 12 October 2017 <<https://www.euractiv.com/section/all/opinion/multilateral-investment-court-an-utterly-flawed-and-unjust-system/>> 28. 01. 2018.

⁷⁹ Gerstetter, Meyer-Ohlendorf (n 35) 19.

⁸⁰ UNCTAD. The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, U.N. Sales No. E.09.II.D.20 (2009). Arvutivõrgus Kättesaadav: http://unctad.org/En/Docs/Diaeia20095_en.Pdf. – 109–110.

⁸¹ UNCTAD. The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998–2014. – <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2016.pdf>> 4. 03. 2018.

⁸² AmCham EU's reply to USTR's Request for Comments Concerning Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership. 21 May 2013, p 28. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.amchameu.eu/sites/default/files/position_papers/file_20130521_183205_OVbr_0.pdf (23.04.2018).

Business Europe⁸³ ja Saksamaa äriühingute huve esindav BDI⁸⁴ väljendanud oma toetust ja huvi sellele, et sõlmitavas lepingus oleks sees efektiivsed sätted investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamiseks. Vastupidiselt kriitikute arvamusele läänemaade kohtusüsteemide efektiivsest ja edukast toimimisest on hiljuti uurimuses Itaalia kohtusüsteemi reformimise kohta välja toodud, et efektiivse ja usaldusväärse kohtusüsteemi puudumine võib olla põhjuseks, miks Itaaliasse tehtud välisinvesteeringute maht on madal.⁸⁵

Küsimuses investeeringute kaitse lepingute eesmärgipärasuse osas ei ole tekkinud ühtset arusaama, sest empiiriliste uuringutega ei ole võimalik lõplikult veenduda investeerimislepingute mõju olulisuses välisinvesteeringute mahu suurendamiseks. Kuivõrd investeeringu tegemist välisriiki mõjutavad väga erinevad kaalutlused, ei eksisteeri ühte kausaalselt seost investeerimislepingute sõlmimise ja välisinvesteeringute suurenemise vahel. UNCTADi uuringus investeerimislepingute mõju kohta on välja toodud järgnevad erinevad välisinvesteeringute tegemist mõjutavad tegurid:

1. majanduslikud kaalutlused turu suuruse, vajaliku infrastruktuuri, loodusvarade ja muude tootmisvahendite ning tööjõu olemasolu ja kulukuse kohta;
2. kaalutlused riigi õiguskorrast, mis hõlmavad õiguskorraga loodud majanduslikku, poliitilist ja sotsiaalset stabiilsust, õigusnorme välisinvesteeringute riiki lubamise ja nende haldamise kohta, kaubandus- ja maksupoliitikat, riigi erastamispoliitikat ning rahvusvahelisi lepinguid välisinvesteeringute kohta;
3. äri tegemise lihtsuse kaalutlused, mis hõlmavad riigi üldist suhtumist välisinvesteeringutesse, välisinvestoritele pakutavaid stiimuleid investeeringute tegemiseks, indikaatorid riigis valitsevast bürokraatiast ning korruptsioonist, elukvaliteedi näitajad.⁸⁶

Eeltoodu valguses on õigustatud investeerimisarbitraaži kriitikute küsimus, miks on riigid nõus investeerimislepingutega võtma täiendavaid kohustusi, kui sellest ei tõusetu selgesti

⁸³ J.M. Beyer. A new era for EU – US Trade. Markus J. Beyreri, Business Europe direktori 7.10.2013 kõne Industriens Hus, H.C. Andersens Boulevard 18, Kopenhaagen, Taani, lk 4. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.businesseurope.eu/publications/new-era-eu-us-trade-speech-markus-j-beyrer-businesseurope-director-general-monday-7> (23.04.2018).

⁸⁴ BDI. Schutzmechanismus gegen ungerechtfertigte Klagen. 22 . 01. 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://bdi.eu/suche/?id=684&L=0&q=chutzmechanismus+gegen+ungerechtfertigte+Klagen#/artikel/news/schutzmechanismus-gegen-ungerechtfertigte-klagen-1/> (23.04.2018).

⁸⁵ G. Esposito, M.S. Lanau, S. Pompe. Judicial System Reform in Italy-A Key to Growth. International Monetary Fund 2014 5.

⁸⁶ UNCTAD. The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, U.N. Sales No. E.09.II.D.20 (2009). Arvutivõrgus Kättesaadav: Http://Unctad.Org/En/Docs/Diaeia20095_en.Pdf. – (n 80) 8.

arvestatavat kasu.⁸⁷ Siiski ei ole sobivaks lahenduseks investeerimislepingute kehtetuks kuulutamine ning tagasimineku aega, kus valitses ebaselgus isikute rahvusvaheliste õiguste osas ning mille tõttu pidid riigid oma kodanike kaitseks poliitiliselt sekkuma. See olukord tooks kaasa ainult õigusselgusetust. Seda suuresti ka seepärast, et juba enne investeerimislepingute sõlmimist oli välja kujunenud rahvusvahelise tavaõiguse printsiip, et vara ei tohi võõrandada ilma kompensatsioonita.⁸⁸ Pärast 3000 erineva investeerimislepingu sõlmimist, mis kõik sisaldavad ühel või teisel moel keeldu sundvõõrandada välismaalaste investeeringuid ilma kohese ja õiglase kompensatsioonita ning üldist võrdse ja õiglase kohtlemise standardit, on veelgi enam põhjust arvata, et nimetatud printsiibid on kujunenud rahvusvahelise tavaõiguse osaks ning seega annavad investoritele õigusi ka ilma lepingute olemasoluta.⁸⁹ Investeerimisõiguse süsteemist loobumise asemel tuleks investeerimislepingute eesmärk ümbermõtestada. Investeerimislepingud motiveerivad looma paremaid riigivalitsemise struktuure, mida omakorda seostatakse majandusheaolu suurenemisega.⁹⁰ Lepingutega on riigid võtnud endale kohustuse valitseda oma jurisdiktsioonis tegutsevaid eraisikuid ja ettevõtteid ausalt, õiglaselt ja ettenähtavalt. Investeerimislepingute laia leviku tõttu on nende rolliks kujunenud ülemaailmse majanduskasvu suurendamine just läbi õigusriikluse põhimõtte edendamise. Nimetatud eesmärk on veelgi olulisem kui kitsalt kahe riigi vaheliste investeerimismahtude suurendamine.

Kokkuvõttes on tõsi, et jätkuvalt puudub täielik selgus selles osas, kas investeerimislepingud suurendavad investeeringute mahtu või mitte. Sellest hoolimata ei ole põhjendatud kriitikute etteheide, et investeerimislepingute sõlmimine ei too riigile mingit kasu. Investeerimislepingute eesmärk on hea valitsemistava edendamine nõudes antud lubaduste täitmist, kodanike ausat ja võrdset kohtlemist ning eravara ilma kompensatsioonita võõrandamisest hoidumist. Investeerimislepingud ja investori-riigi vaidluste lahendamise süsteem võimaldab võtta riigivalitsejad vastutusele riigi valitsemisel tehtud oluliste vigade eest, mis omakorda motiveerib tegutsema õiguspäraselt. Hea valitsemistava printsiipide järgimine ning neist kinnipidamine toob kaasa ka majanduskasvu ning üldise heaolu paranemise.

⁸⁷ Yackee (n 76) 398.

⁸⁸ *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, (ICSID Case No ARB/00/9); United Nations General Assembly Resolution 1803, U.N. GAOR, 17th Session., Supp. No. 17, at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> (23.04.2018).

⁸⁹ Salacuse, Sullivan (n 33) 112–115; S.M. Schwebel. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. – Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 2004/98; *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine*. (n 88) para 11.3; P. Dumberry. Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law. – Penn State International Law Review 2009/28 695.

⁹⁰ S.W. Schill, V. Djanic. Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law. – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal [2018] 11.

Investeeringulepingute roll on seega palju laiem kui pelgalt investeeringute tegemise edendamine. Järgnevalt analüüsin investeeringulepingute ühepoolsuse probleemi.

1.1.4. Investorite eelistamine teiste õigussubjektide ees

Investorite-riikide vahekohtumenetluse süsteemi ja rahvusvaheliste investeeringulepingute investeeringute kaitse sätete vajalikkuse vastased on seisukohal, et süsteem diskrimineerib kohalikke investoreid välisinvestoritega võrreldes. Nimelt antakse investeeringulepingutega välisinvestoritele tugevad ja täidetavad omandiõigused samal ajal kui investeeringu sihtriigis ei pruugi kohalike investoritel siseriikliku õiguse kohaselt samasuguseid tagatiseid ning õiguskaitsevahendeid olla.⁹¹ Huvigrupid heidavad süsteemile ja kohtu rajamise ideele samuti ette seda, et rahvusvahelises investeeringuarbitraažis saavad nõudeid esitada ainult välisinvestorid, mitte aga riigid või inimesed, keda välisinvestori tegevus võib puudutada.⁹² Selles alapeatükis analüüsin põhjalikumalt probleemi olemust ja kujundan seisukoha etteheite põhjendatuse kohta.

Investeeringulepingutes sisalduvate välisinvestorite kaitse normide laiendatud tõlgendamine võib viia olukorrani, kus kohalikke diskrimineeritakse võrreldes välisinvestoritega, sest riikide investeeringulepingutest tulenevad kohustused välisinvestorite ees on suuremad kui riigisisised. Üheks näiteks sellise ebakõla kohta on Suurbritannias aset leidnud pankade Northern Rock ja Bradford & Bingley sundvõõrandamise juhtumid.⁹³ Pärast nimetatud pankade sundvõõrandamist võttis riik vastu seaduse, mille kohaselt makstakse pankade endistele osanikele kompensatsiooni pankade likvideerimisväärtuse alusel. Suurbritannia on aga sõlminud mitmeid investeeringu kaitse lepinguid, mille kohaselt sundvõõrandamisel makstava kompensatsiooni suurus määratakse vara turuväärtuse alusel enne sundvõõrandamise ilmsiks tulemist. Kohalikud investorid saavad seega loota ainult kompensatsioonile vastavalt siseriiklikule õigusele, välisinvestorid võivad esitada Suurbritannia vastu hagi ning nõuda turuväärtusele põhineva kompensatsiooni tasumist.⁹⁴ Lisaks sundvõõrandamisel makstava

⁹¹ Kaushal (n 7) 513; Poulsen, Bonnitcha, Yackee (n 77) 40; E. Aisbett, L. Poulsen. Relative Treatment of Aliens - Firm-Level Evidence from Developing Countries. – Oxford University GEG Working Paper 2016/122 <<http://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/GEG%20WP%20122%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf>> 17. 02.2018.

⁹² Still Not Loving ISDS: 10 Reasons to Oppose Investors' Super-Rights in EU Trade Deals. Corporate Europe Observatory. 16 April 2014 <<https://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>> 16. 02.2018; Greider (n 6); Multilateral Investment Court: An Utterly Flawed and Unjust System. (n 78).

⁹³ N.J. Calamita. The British Bank Nationalizations: An International Law Perspective. – International & Comparative Law Quarterly 2009/58 119.

⁹⁴ ibid 123.

kompensatsiooni arvutamise meetodile on Suurbritannia õigusteadlased välja toonud, et investeerimislepingutega investoritele tagatud investorite õigustatud ootuse kaitse on laiem kui siseriikliku õiguse alusel.⁹⁵ Ebakõla kohalike ja välisinvestorite õiguste vahel on nenditud ka Saksamaal. Vattenfalli II kaasuse näitel on välja toodud, et erinevalt investeeringute kaitse lepingutest, mille alusel võib investor kompensatsiooni nõuda ka sundvõõrandamise mõjuga meetmete eest, siseriiklikus õiguses kohalikel investoritel taolise hüvitise nõudmise võimalust ei ole.⁹⁶

Kriitikute sõnul loovad erisused kohalike ja välisinvestorite kaitses soodsa pinnase investeeringute kaitse süsteemi kuritarvitamisele. See leiab aset seeläbi, et investeeringud teostatakse läbi spetsiaalselt selleks loodud juriidiliste kehade, mis võimaldavad kohalikul investoril omaenda riigi vastu vahekohtumenetlus algatada. Seega toob investoritele osades investeeringute kaitse lepingutes suuremate õiguste andmine kaasa õiguslikke vangerdusi, kus vahekohtu jurisdiktsiooni loomiseks struktureerib äriühingust investor oma investeeringu viisil, et selle päritoluriik oleks muu kui investeeringu tegemise riik ning kohalduks soodus investeerimisleping. Näiteks selle kohta on eespool kirjeldatud Philip Morrise kaasus, kus tribunal leidis, et Philip Morris oli oma investeeringu ümber struktureerinud viisil, et tagada võimalus Austraalia vastu vahekohtumenetlus algatada.⁹⁷ Samuti on viidatud Hispaania päikeseenergia valdkonnas tegutsevale Abengoa SA-le, mis struktureeris oma investeeringud läbi Luxemburgi firma CSP Equity Investment S.a.r.l, et tagada oma investeeringutele kaitse oma päritoluriigi, Hispaania vastu.⁹⁸

Selliste faktiliste asjaoludega kaasuste lahendamisel arutlevad tribunalid selle üle, kas nad peaksid oma pädevuse üle otsustamiseks vaatama lisaks vaidluse algatanud investori asukohamaale ka investeeringu tegeliku kasusaaja kodakondsust/asukohamaad. Praegu on vahekohtute ja õiguskirjanduse levinud arusaam selline, et kui investeerimisleping seda spetsiifiliselt ei kohusta, siis vahekohtud tegeliku kasusaaja isikut ei kontrolli ning tema asukohta/kodakondsust oma pädevuse üle otsustamisel arvesse ei võta.⁹⁹ Siiski analüüsivad tribunalid seda, kas vahekohtumenetluses hagi esitanud investor on ka tegelikult väidetavas

⁹⁵ Poulsen, Bonnitca, Yackee (n 77) 40; Aisbett, Poulsen (n 91).

⁹⁶ H.-G. Dederer. Vattenfall klagt gegen Atomausstieg: Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang. Legal Tribune Online. 6.12.2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitionsschutz/> (23. 04.2018).

⁹⁷ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia. (n 46).

⁹⁸ Eberhardt and others (n 7) 39.

⁹⁹ *Rompetrol v Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility [2008] paras 83-93.

päritoluriigis tegutsenud või on sealne asukoht võetud pelgalt investeerimisvaidluse algatamise võimaluse loomiseks.

Eelnevalt välja toodud Saksamaa näide investeerimislepingutes ja siseriiklikus õiguses kehtestatud erinevuste kohta ei ole siiski laiemas kontekstis põhjendatud. Isegi kui Saksamaa siseriiklik õigusest ei tule kohustus hüvitada seadusvastase sundvõõrandamisega sarnase meetme mõju, on Saksamaa ka Euroopa Inimõiguste Konventsiooni liige ning peab arvestama ka sellest konventsioonist tõusetuvate õigustega. Euroopa Inimõiguste Kohus on sundvõõrandamiseks pidanud ka selliseid riiklikke meetmeid, mille majanduslik mõju on sarnane omanikupositsiooni kaotamisele.¹⁰⁰ Otsustavaks kriteeriumiks peab Euroopa Inimõiguste Kohus seejuures, kas omanikule jäänud õiguslik positsioon võimaldab veel rahas mõõdetavat väärtust omava asja mõistlikku majanduslikku kasutamist. Samuti tuleb omandi sundvõõrandamisel Euroopa Inimõiguste Konventsiooni Esimese Protokolliga artikkel 1 kohaselt järgida rahvusvahelise õiguse üldpõhimõtteid järgides. Rahvusvahelises õiguses on juba välja kujunenud printsiip sundvõõrandamise eest õiglase kompensatsiooni maksmise kohta, mis võib seega seada ka Suurbritanniale kohustuse sundvõõrandamisel makstava kompensatsiooni arvutamisel kohalikele elanikele arvesse võtta väärtust enne sundvõõrandamisest teada saamist.

Eesti õiguses on Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikaga kooskõlas omandi omaniku nõusolekuta võõrandamine ning õiguspäraste ootuste kaitse üsna lai. Esiteks on Eestis lai omandipõhiõiguse kaitseala, mille alla kuuluvad põhiseadus 32 lg 1 ning põhiseaduse kommentaaride kohaselt nii asja- kui ka võlaõiguslikud nõuded, samuti ka avalik-õiguslikele ja intellektuaalomandi kaitsega seotud varalised positsioonid.¹⁰¹ Teiseks kvalifitseerub omandi omaniku nõusolekuta võõrandamiseks ka omandipositsiooni majanduslik vähenemine: „Kui isikut ei ole omanikupositsioonist küll vormiliselt ilma jäetud, kuid talle jäänud õiguslik positsioon ei võimalda põhiõiguste adreassaadi tegevuse tagajärjel enam rahas mõõdetavat väärtust omava asja mõistlikku majanduslikku kasutamist, on samuti tegu OONV-ga (omandi omaniku nõusolekuta võõrandamisega – autori märkus), mille põhiseaduspärasus tuleb tuvastada § 32 lg 1 alusel.“¹⁰²

Õige ei ole ka kriitikute väide, et investeerimisarbitraaž on täiesti ühepoolne vaidluste lahendamise menetlus, kus riikidel ega kohalikel investoritel võimalusi oma õiguste kaitseks ei

¹⁰⁰ *Brumărescu vs Rumeenia*, EIKo 28342/95 [1999] 77.

¹⁰¹ Ü. Madise and others (eds). Eesti Vabariigi Põhiseadus: Kommenteeritud Väljaanne. 3., täiend. väljaanne. Tallinn: Juura 2012 § 32.

¹⁰² *ibid* § 32.

ole. Esiteks on kohalike investorite õigused kaitstud siseriiklikes kohtutes, kuhu kohalikud investorid saavad pöörduda kordades väiksemate kuludega ning puudub oht, et teda rahvuse alusel diskrimineeritakse. Sama ei saa öelda välisinvestorite kohta, kellel on siseriiklikust kohtust riigi enda vastu nõuet esitades erapooletut ärakuulamist palju keerulisem leida.¹⁰³ Erapooletuse tagamiseks on ka ICSIDi konventsiooni artiklis 39 ette nähtud, et vahekohtumenetlustes ei tohi pooled ilma vastaspoole nõusolekuta määrata endaga samast rahvusest vahekohtunikku. Loewen v Ameerika Ühendriikide vahekohtumenetluses selgus, et ka Ameerika Ühendriikide pika ajaloo ja usaldusväärseks peetavas kohtusüsteemis võib välisinvestor osaks saada rahvuse alusel diskrimineerimisele.¹⁰⁴

Põhjendamatu on väljakujunenud arusaam, et riikidel puudub võimalus õigusvastaselt käitunud välisinvestorite vastu õiguskaitsevahendeid kasutada. Selline õigus tuleneb riigi enda karistusõiguslikust pädevusest riigi territooriumil õigusvastaselt tegutsevate isikute vastutusele võtmiseks. Kuigi riigid ei saa algetada rahvusvahelist vahekohtumenetlust välisinvestori vastu, on neil siiski võimalus esitada riigi enda vastu nõudega pöördunud investorite vastu samas vahekohtumenetluses lahendatavaid vastuhagisid. Vastuhagis saab riik nõuda investori vastutusele võtmist oma kohustuste rikkumise eest samade investeerimislepingute alusel, sest need sisaldavad tavapäraselt investorite kohustust teha oma investeringuid kooskõlas sihtriigi õigusega. Sellistest vastuhagide võimalikkust on õigusteadlased kinnitanud ka looduskaitse küsimustes, mille osas kriitikud kõige tugevamalt süsteemi vastu välja astunud on.¹⁰⁵ Näiteks edukast vastuhagist on Ecuadori ja Burlington Resources Inc. vahekohtumenetlus, kus vahekohus mõistis Ecuadori kasuks looduskaitseõuete jälgimata jätmise tõttu välja 41,7 miljonit dollarit.¹⁰⁶

Investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile on ette heidetud ka seda, et kuigi investeerimislepingutega on investorite antud laialdased õigused, puuduvad kohalikel investorite õigusrikkumise vastu samaväärsed õiguskaitsevahendid. Üheks kurioossemaks näiteks selles valdkonnas on Bodo kogukonna katsumused Nigeerias Nigeri jõe deltas, mis kannatas ulatuslike looduskahjustuste all pärast seda kui Hollandi ja Suurbritannia ettevõtte Royal Dutch Shell piirkonnas naftat pumpama asus. Kahjustatud aladel elanud kohalikel

¹⁰³ Yackee (n 76) 438.

¹⁰⁴ *Loewen Group, Inc and Raymond L Loewen v United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award [2003] paras 56-64, 123.

¹⁰⁵ A. Asteriti. Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. – *The Journal of World Investment & Trade* 2015/16 248.

¹⁰⁶ *Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims [2017].

puudusid võimalused nõuda piirkonna puhastamist ja kantud kahjude eest kompensatsiooni Nigeeria kohtutes, sest Nigeeria õigussüsteemis ei olnud õiguskaitsevahendeid selliseks olukorraks ette nähtud. Täiendavaid takistusi põhjustas ka riigis lohkav korrupsioon, mis võimaldas Shellil vastutuse võtmisest kõrvale hoiduda.¹⁰⁷ Bodo hõimu katsed oma õigusi Suurbritannias, Shelli päritolumaal, maksma panna ei olnud samuti edukad, sest sealne kohus leidis, et kohtul puudub jurisdiktsioon arutada Nigeeria kodanike kaebusi Nigeeria firma (Shelli Nigeeria tütarettevõtte) tekitatud kahju üle.¹⁰⁸ Ka investeeringute kaitse lepingutest ei tulene Nigeeria kodanikele mingeid õiguseid Shelli vastu arbitraaži algatamiseks.

Investeeringulepingud ei käsitle inimõiguste kaitse küsimusi ning investeeringulepingute alusel saab menetluse algatada tavapäraselt ainult seoses vaidlusega investeeringute kaitse lepingutes sisalduvate kaitsestandardite üle. Lepingud ei adresseeri aga olukordi, kus välisinvestor rikub kohalike inimõigusi. Inimõiguste traditsioonilise kontseptsiooni kohaselt on inimõiguste kandjaks füüsilised isikud ning kohustatud isikuks riik. Rahvusvaheline õigus ei sisalda siduvaid õigusnorme, mis kohustaks äriühinguid eraisikute inimõigusi kaitsma, olemas on vaid mittesiduvad juhised.¹⁰⁹ Erinevad autorid on toetanud teooriat, mille kohaselt korporatsioonidel peaks olema inimõiguste tagamise kohustus, eriti tegutsedes riikides, kus riigi enda õigussüsteem ei taga inimõigusi piisaval määral.¹¹⁰ Suurem osa täna kehtivatest investeeringulepingutest sõlmiti 1990-ndate alguses, kui korporatsioonide võim maailmas ei olnud tänasega võrreldav ning korporatsioone ei nähtud veel kui inimõiguste kandjaid. Tänapäevaks on aga see arusaam muutumas ning Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni Inimõiguste Komitees toimuvad arutelud rahvusvahelise lepingu üle, mis paneks rahvusvahelistele korporatsioonidele siduvad kohustused inimõiguste järgimiseks.¹¹¹ Selle valguses võib aeg olla paras tagamaks üksikisikutele ka võimalus neid kohustusi jõustada ning miks mitte läbi investeeringuõiguse mehhanismi.

¹⁰⁷ A. Gaughran. Shell's Niger Delta Pollution: The Good, the Bad and the Ongoing Quest for Justice. Amnesty International USA 1. 02.2013 <<https://www.amnestyusa.org/shells-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice/>> 18. 03. 2018.

¹⁰⁸ A. Vaughan. Nigerian Oil Pollution Claims against Shell Cannot Be Heard in UK, Court Rules. the Guardian 26 . 01. 2017 <<http://www.theguardian.com/business/2017/jan/26/nigerian-oil-pollution-shell-uk-corporations>> 17. 03. 2018.

¹⁰⁹ C. Reiner, C. Schreuer. Human Rights and International Investment Arbitration. – Human rights in international investment law and arbitration 2009/82 90. 7.

¹¹⁰ D.G. Arnold. Corporations and Human Rights Obligations. – Business and Human Rights Journal 2016/1 255. 275.

¹¹¹ United Nations 14.07.2014 Resolutin no 26/9 Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. A/HRC/RES/26/9. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement> (23.04.2018)).

Eeltoodud juhtumite najal võib eristada teatavaid olukordi, kus kohalikud investorid on välisinvestoritega võrreldes kehvas õiguslikus positsioonis. Välisinvestorite ja kohalike investorite vahel tekkiv ebaõiglane olukord ei ole siiski veenev põhjus investeeringute kaitse lepingutest loobumiseks. Investeeringuõigusele ei ole aus ette heita seda, et riigid on otsustanud luua tugevamad standardid välisinvestorite kaitseks kui nad on suutnud luua riigisisesele õiguskorrale alluvatele isikutele. Õiglane lahendus tekkinud olukorrale on õigusprintsiipide ühtlustamine viisil, et kõigil on tugevamad õigused, mitte see, et tühistatakse investeeringulepingud ning minnakse tagasi madalama kaitse standardi juurde. Välisinvestoritel oleks investeeringulepingute tühistamisest kaotada rohkem kui kohalikel investoritel võita. Küll aga on selge, et investeeringulepingud on koostatud ühesuunaliselt – need loovad õigusi välisinvestoritele. Täna olukorras aga oodatakse investeeringulepingutelt palju enam. Investeeringulepingud peaksid välisinvestoritele õiguste kõrval sisaldama ka kohustusi ning tagama menetluslikud võimalused riikidele ja kahju kannatanud isikutele õiguskaitsevahendite kasutamiseks kohustuste rikkumise korral.

1.2. Menetluslik kriitika

Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile osaks saanud avalikkuse halvaks panu on mitmes aspektis põhjendamatu. Sellest hoolimata mõjutavad ühiskonnas levivad adresseerimata valearusaamad oluliselt süsteemi sotsiaalset legitiimsust. Lisaks süsteemi olemuslikele puudustele on puudujääke leitud ka vahekohtumenetluse süsteemi ülesehituses. Selles alapeatükis analüüsin süsteemi protseduurilisi puudujääke, mis on aluseks toodud süsteemi legitiimsus puudumise ja reformivajaduse põhistamisel. Käsitlen järjepidevuse puudumist tribunalide otsustes, vahekohtunike erapooletuse küsimust, vajadust otsuste edasikaebamiseks ning läbipaistvuse puudumist.

1.2.1. Järjepidevuse puudumine

Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi ühe peamise menetlusliku puudusena rõhutatakse lahendite vähest järjepidevust.¹¹² Vahekohtus moodustatakse iga vaidluse jaoks eraldi ning seepärast ei saa tekkida järjepidevat kaitsestandardite kohaldamise praktikat, mis tooks lõplikku selgust laialt sõnastatud investeeringute kaitse printsiipide tõlgendamisesse. See vähendab süsteemi usaldusväarsust ning lahendite ettenähtavust ja kokkuvõttes ka legitiimsust.¹¹³

¹¹² Franck (n 16) 1522, 1558 jj.

¹¹³ Gerstetter, Meyer-Ohlendorf (n 35) 12; S.H. Nikièma. Indirect Expropriation. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development 2012 20
<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practice_indirect_expropriation.pdf> 18. 02.2018;

Teisest küljest on õigusteadlased kutsunud üles loobuma järjepidevuse nõudmisest investeerimisarbitraažis, väites, et see ei ole kooskõlas arbitraaži olemusega, kus pooltel on vaidluse menetlemise üle ning vahekohtunike valimise üle suur kontroll ning puudub ühtne õigusrežiim.¹¹⁴ Üleskutset on põhjendatud sellega, et kannatab lahendite täpsus ja ausus, sest arbitrid, tundes ennast kohustatuna järgima varasemat praktikat, võivad tugineda pretsedendile, mis ei peegelda nende endi seisukohta, või siis üritada jõuda oma õigusliku analüüsiga igal viisil ettekirjutatud tulemuseni.¹¹⁵ Teise ning ka enam levinud arusaama kohaselt on regulatiivsed normid osaks õigusest ainult siis, kui neid kohaldatakse ettenähtavalt, et õigussubjektidele oleks nende õiguste ja kohustuste sisu selge.¹¹⁶ Avalikkuse usalduse võitmiseks investeerimisarbitraaži suhtes on sel põhjusel vajalik otsustes järjepidevuse tagamine.

Näiteks järjepidevuse puudumisest on Argentiina finantskriisi tõttu tekkinud vaidlustes tehtud rahvusvaheliste vahekohtute lahendid *LG&G v Argentiina*,¹¹⁷ *Enron v Argentiina*,¹¹⁸ *CMS v Argentiina*¹¹⁹ ja *Sempra v Argentiina*¹²⁰ vahekohtumenetlustes.¹²¹ Nimetatud vaidlused põhinesid kõik suuresti samadele asjaoludele ja Argentiina - USA kahepoolsele investeringute kaitse ja soodustamise lepingule.¹²² Peamine erinevus seisnes selles, kuidas tribunalid tõlgendasid Argentiina-USA lepingu sätet selle kohta, millistel juhtudel on riik vabastatud oma lepingust tulenevate kohustuste täitmisest. *LG&G* otsuses leidis tribunal erinevalt ülejäänud kolmest lahendist, et finantskriis on piisav põhjus, mis vabastab Argentiina süüst kohustuste täitmata jätmise eest välisinvestorite ees. *CMS v Argentiina* lahendit arutas ka

W.W. Burke-White, A. von Staden. Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations. – *Yale Journal of International Law* 2010/2 299.

¹¹⁴ I.M.T. Cate. The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration. – *Columbia Journal of Transnational Law* 2012/51 442.

¹¹⁵ *ibid* 422.

¹¹⁶ G. Kaufmann-Kohler. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture. – *Arbitration International* 2007/23 357. 374.

¹¹⁷ *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability [2006] paras 226-66.

¹¹⁸ *Enron Creditors Recovery Corp & Ponderosa Assets, LP v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award [2007].

¹¹⁹ *CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award [2005] parasa 323-31, 353-94.

¹²⁰ *Sempra Energy International v the Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Award [2007].

¹²¹ Z. Douglas, J. Pauwelyn, J.E. Viñuales. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford: OUP 2014; K.P. Sauvant, J. Alvarez, K. Khamsi. *The Argentine Crisis and Foreign Investors*. Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009 New York: Oxford University Press 2009 380.

¹²² The Treaty Between the United States of America and the Argentina Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment.- 1991. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127> (23.04.2018).

tühistamiskomitee, kes leidis, et CMS v Argentiina tribunal on teinud oma otsuseni jõudmisel teatud vigasid lepingu kohaldamisel (sealjuures toetades LG&G tribunaliga tõlgendust finantskriisi mõjust riigi tegevusele), kuid ei pidanud tribunaliga möödapanekuid piisavalt oluliseks, et ICSIDI konventsiooni alusel esialgne otsus tühistada.¹²³

Argentiina vaidluste näide lahendite järjepidevuse puudumisest toob selgelt välja asjaolu, et vahekohtud ei ole seotud varasemates asjades tehtud lahenditega, sest investeerimisõiguses puudub *stare decisis* printsiip. Vahekohtud peavad lahendama nende ees püstitatud õigusprobleemi vastavalt asjaoludele ning kohalduvale õigusele, aga lähtudes ka oma õiglusest. On oluline erinevus selles, kas varasemate otsustele tuginemine on kohustuslik või võivad tribunalid seda soovi korral teha, kui nad varasemate lahenditega nõustuvad. Kui varasemate tribunalide tõlgendus investori kaitse sisulisest printsiibist viiks vahekohtunike ees olevatele asjaoludele kohaldades ebaõiglase tulemuseni, siis tuleb kaaluda teisi võimalikke tõlgendusi ning printsiibi järgimise kohustust ei ole. Siiski peaksid tribunalid arvestama neil lasuva moraalse kohustusega arendada investeerimisõiguse süsteemi järjepidevust, et tagada lahendite suurem ettenähtavus.¹²⁴ Tribunalid on korduvalt öelnud, et investeerimisõiguses puudub kohustus järgida eelnevaid otsuseid, kuna tribunalid on ajutised ja luuakse konkreetse vaidluse lahendamiseks, sellest hoolimata aga pidanud mõistlikuks, et arvesse tuleb võtta ka varasemalt tehtud lahendeid ja neis väljendatud seisukohti õiguse tõlgendamise kohta.¹²⁵

Isegi kui kehtiks pretsedendi järgimise kohustus, ei saa lahendid olla täielikult järjepidevad, sest tribunalid saavad oma mandaadi erinevatest investeringute kaitse lepingutest. Järjepidevuse puudumise kriitika ei piirdu aga ainult nende lahenditega, mis on tehtud samade investeerimislepingute alusel, vaid puudutab ka erinevatel õiguslikel alustel tehtud otsustes järjepidevuse puudumist.¹²⁶ Kuigi investeerimislepingutes sisalduvad standardid on olemuselt sarnased, sisaldab iga leping siiski teatud erisusi, mis tähendab, et muu lepingu alusel tõlgendatud normi ei saa üks ühele üle võtta ilma analüüsivõime kohaldatava lepingu ja tuginetava pretsedendi aluseks oleva lepingu võimalikke erinevusi.¹²⁷ Varasematele otsustele

¹²³ *CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic [2007].

¹²⁴ Douglas, Pauwelyn, Viñuales (n 121) ch 4.1.

¹²⁵ *El Paso Energy International Co v Argentine Republic*, ICSID Case ARB/03/15, Decision on Jurisdiction [2006] para 26; *BP America Production Co and others v Argentine Republic*, ICSID Case ARB/04/8, Decision on Jurisdiction [2006].

¹²⁶ Nikiema (n 113) 20.

¹²⁷ Vt nt *Rosinvest v Venemaa*, kus tribunal analüüsis varasemaid lahendeid, kuid leidis, et kuna investeerimisleping, millest tribunaliga pädevus tuleb, sisaldab varasemate lahendite aluseks olevale investeerimislepingule teistsuguse sõnastusega sätet, siis ei saa tribunal varasematele lahenditele tugineda. *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Decision on Jurisdiction [2007] para

tuginemine on igati põhjendatud nende vaidluste puhul, mis põhinevad samal investeringute kaitse lepingul. Nagu aga eelnevalt mainitud, on neid kokku üle 3000. Sealjuures vaidluseid, kus tribunalid on otsuse teinud ja otsus on ka avaldatud, on magistritöö kirjutamise seisuga umbes 300.¹²⁸ Seega on kahepoolsete lepingute puhul tõenäosus, et täpselt sama investeringu kaitse lepingu alusel on juba varasemalt vaidlus peetud, on pigem väike. Rohkem on võimalik varasematele otsustele tugineda näiteks NAFTA alusel algatatud vaidlustes või ka Energiahartas puhul.

Siseriiklikus kohtusüsteemis tagab kohtuotsuste ühtsuse tavapäraselt kohtusüsteemi mitmeastmelisus, kus kõrgeim kohus lahendab olukorrad, kus õiguse kohaldamise osas valitseb ebaselgus. Näiteks Eesti tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 679 lg 3 p 3 kohaselt on üheks kassatsioonkaebuse menetlusse võtmise aluseks see, et kassatsioonkaebuse lahendamisel on põhimõtteline tähendus õiguskindluse tagamiseks ja ühtse kohtupraktika kujundamiseks või õiguse edasiarenduseks. Kui võrrelda investori-riigi vaidluste lahendamise süsteemi siseriikliku süsteemiga, siis puudub sarnane lahendite ühtsust tagav apellatsioonimehhanism. ICSIDI konventsiooni kohaselt on küll võimalik tühistamismenetluse algatamine, kuid ka tühistamismenetlust viib läbi ajutiselt loodud tribunal, mis võib varasema otsuse tühistada, kui leiab varasemas otsuses olulisi protseduurilisi rikkumisi (eksimused vahekohtunike valimisel, vahekohtunike poolt oma pädevuse ületamine, korruptsioon, põhjenduste puudumine või menetlusõiguse oluline rikkumine). Sisuliste normide vääral tõlgendamisel vahekohtul otsuse tühistamisõigust ei ole.¹²⁹

Hoolimata pretsedendiõiguse puudumisest peavad tribunalid siiski oma moraalseks kohustuseks kujundada investeerimisõigusest järjepidev ja ühtne õigusrežiim. Sel põhjusel on tuginemine varasematele lahenditele pigem reegel kui erand. Tribunalide tõlgendus näiteks sundvõõrandamise lubatavusest on olnud järjepidev – hinnatakse meetme eesmärki, mõju investorile ja selle proportsionaalsust.¹³⁰ Samamoodi on erinevates lahendites korduvalt tõusetunud ühed ja samad printsiibid, mida tribunalid ausa ja õiglase kohtlemise standardi kohaldamisel analüüsisivad – õiguskeskkonna stabiilsus, õiguspärased ootused, nõuetekohane menetlus, diskrimineerimine.¹³¹ Samas on ka näited investeerimislepingute tavapärastest

137.

¹²⁸ Informatsioon on kättesaadav UNCTADi veebileheküljel: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (23.04.2018).

¹²⁹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1966 artikkel 52.

¹³⁰ Vt Kaufmann-Kohler (n 116) 371 ja seal mainitud lahendeid.

¹³¹ UNCTAD. Fair and Equitable Treatment: A Sequel. New York: UNCTAD Series on Issues in International

standarditest, mille osas tribunalid ei ole üksmeelt saavutanud. Ühtset seisukohta ei ole kujundatud näiteks küsimuses, kas investeerimislepingutes sisalduv nn katuseklausel (*umbrella clause*) toob investeerimislepingu kaitse alla kõik investori ja riigi vahel sõlmitud võlaõiguslike lepingute ja muude siseriikliku õiguse alusel võetud kohustuste rikkumised või mitte.¹³²

Seni kuni levinud õigusprintsipiide osas puudub ühtne tõlgendus ning samasid investeerimislepinguid kohaldatakse sama sisuga vaidlustele erinevalt, on mõistetav ning põhjendatud kriitikute nõudmine suurema järjepidevuse järele. Tegemist on probleemiga, millele ei ole lahendust ilma süsteemi institutsionaliseerimiseta või pretendendi järgimise kohustuste loomiseta. Üks investeerimiskohus ei saa endale lubada samadel asjaoludel sama lepingu alusel erinevatele järeldustele jõudmist, mistõttu võib see olla sobiv lahendus investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamisel järjepidevuse tagamiseks.

1.2.2. Vahekohtunike erapooletus

Vahekohtunikele ei ole tagatud eluaegset ametikohta, nad tegutsevad tunnipõhise hinna alusel ning määratakse juhtumipõhiselt vastavalt osapoolte valikule. Kriitikute hinnangul annab see alust kahelda, et vahekohtunikud pooldavad juba eos investoreid riikide asemel, sest investorite soovist ja õigusest vahekohtumenetlusi algatada sõltub investeerimisarbitraažile spetsialiseerunud juristide tööpõli.¹³³ Selles alapeatükis analüüsin investori-riigi vahelisi vaidlusi lahendavate vahekohtunike erapooletuse probleemi olemust ja etteheite põhjendatust.

ICSIDI konventsiooni alusel, kui pooled ei ole kokku leppinud teisiti, koosneb tribunal kolmest vahekohtunikust. Mõlemad vaidluse pooled määravad ühe arbitri ning koos määratakse tribunalid president.¹³⁴ ICSIDil nagu ka Alalisel Vahekohtul (PCA) on nimekiri riikide määratud isikutest, kes on andnud oma nõusoleku vahekohtunikuna tegutseda ning kelle seast ICSIDI peasekretär ICSIDI ja PCA peasekretär PCA-s peetava vahekohtumenetluse korral valivad tribunalid liikme, kui üks pooltest ei peaks liiget määrama või kui pooled ei jõua presidendi osas kokkuleppele.¹³⁵

Investment Agreements II 2012 AD/DIAE/IA/2011/5 62 <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf> 28 April 2016.

¹³² Kaufmann-Kohler (n 116) 369.

¹³³ G. Van Harten. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration. – Osgoode Hall Law Journal 2012/50 211. 252; Still Not Loving ISDS: 10 Reasons to Oppose Investors' Super-Rights in EU Trade Deals. (n 92); Eberhardt and others (n 7) 36.

¹³⁴ ICSID Convention. (n 129).

¹³⁵ ibid artiklid 12-16.

Poolte õigus määrata asja otsustav vahekohtunik on peetud vajalikuks, et tagada pooltele ära kuulamisõigus ja õiglane menetlus.¹³⁶ Sellise arbitride valimise korra puhul on ühe poole määratud arbiter aga märksa tõenäolisemalt just enda määratud menetlusosalise seisukohtade suhtes eriliselt vastuvõtlik. Tegelikult jääbki peamine vastutus otsuse tegemise üle tribunali presidendile ning poolte määratud vahekohtunike roll on tagada enda määratud poole seisukohtade ära kuulamine ning tõsiseltvõetavus vahekohtunike omavahelistes aruteludes.¹³⁷ Ka investeerimisarbitraažis on üsna tavapärane see, et poolte määratud arbitrid propageerivad just neid määratud poole seisukohti. Sellise praktika väljakujunemine on viinud omapärase kaheastmelise süsteemini, kus poolte valitud vahekohtunikud on justkui poolte vahendajad eesistujale. Menetlusosalised peavad esmalt veenma oma valitud vahekohtunikke, et nende positsioon on õige ning seejärel peavad need vahekohtunikud veenma eesistujat endaga nõustuma.

Eeltoodu tõttu ei ole ka ime, et menetlusosalised veedavad väga palju aega potentsiaalse vahekohtuniku avaldatud teadustöödega tutvumiseks. Soovitakse valida välja vahekohtunik, kelle vaated menetluses olulise normide tõlgendamise kohta ning üldine meelsus ühtiks poolte enda omaga.¹³⁸ Seepärast on välja kujunenud teatud vahekohtunikud, keda määravad alati riigid ning vahekohtunikud, keda määravad ainult investorid. Näiteks professor Brigitte Stern on 82 vahekohtumenetluses olnud riigi määratud arbiter, aga ainult üks kord investori määratud vahekohtunik.¹³⁹ Kohtunik Charles N. Brower see-eest on määratud 50 vahekohtumenetluses just välisinvestori poolt, aga mitte kordagi riigi poolt. Ka teiste populaarsete arbitride puhul on näha mustrit, kas tegemist on riikide või pigem investorite huvide edendajaga investeerimisarbitraažis.¹⁴⁰ Sellisest praktikast hoolimata on vahekohtunike üksmeelsed otsused ülekaalus. 2009. aastal tehtud analüüsis on leitud, et ligikaudu 78% 2009. aastani tehtud ning avalikustatud otsustest olid tehtud üksmeelselt ning ainult 22% juhtudel oli üks vahekohtunik jäänud eriarvamusele.¹⁴¹ Kui poole määratud arbiter iga kord ainult enda valinud menetlusosalise poolt hääletaks, siis puuduksid ühemeelselt tehtud otsused üldse. Seega

¹³⁶ J.C. Beauvais. Regulatory Expropriations under NAFTA: Emerging Principles & Lingering Doubts. – New York University Environmental Law Journal 2001/10 261 ja seal viidatud allikad.

¹³⁷ A.S. Rau. Integrity in Private Judging. – South Texas Law Review 1997/38 498.

¹³⁸ Giorgetti (n 65) 145.

¹³⁹ M. Langford, D. Behn, R.H. Lie. The Revolving Door in International Investment Arbitration. – Journal of International Economic Law 2017/20 310.

¹⁴⁰ *ibid.*

¹⁴¹ A.J. Van Den Berg. Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. Arsanjani et al. (eds.). Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman. Brill 2010 824 Kui vahekohtunik oli aga jäänud eriarvamusele, siis oli ligi 100% juhul tegemist kaotanud poole valitud vahekohtunikuga.

ei ole vahekohtunike erapooletuse probleem niivõrd terav, kui võiks arvata.

Kriitikud on välja toonud ka seda, et vahekohtunikud valitakse alati ühtede ja samade isikute seast, kes tegutsevad nii vahekohtunike kui ka muudes asjades poolte esindajatena.¹⁴² Välja on kujunenud õigusteadlaste eliit, kelle hulgast enamuse tribunale moodustatakse. Needsamad isikud, kes tegutsevad vahekohtunike tegutsevad samal ajal ka teistes vaidlustes poolte esindajana, eksperttunnistajana, tribunali abistava juristina.¹⁴³ Selline olukord soodustab huvide konfliktide tekkimist. Näiteks on ühe eriarvamusele jäämise võimaliku põhjusena välja toodud, et sama vahekohtunik tegutseb muus asjas poolte esindajana ning tribunali üksmeelne seisukoht mingi õigusprintsipi tõlgendamise kohta oleks arbitri kliendile teises asjas kahjulik.¹⁴⁴ Tegemist on probleemiga, mis tekitab kahtlusi vahekohtunike erapooletuses. Isegi kui vahekohtunikud ei lase ennast oma erinevatest rollidest mõjutada, siis sellisena ei näi arbitrite süsteem erapooletu. Vahekohtumenetlus nagu ka kohtumõistmine aga mitte ainult ei pea olema erapooletu, vaid ka näima erapooletu.

ICSIDI konventsiooni alusel toimuvate vahekohtute eesistujad määratakse Maailmapanga presidendi poolt ICSIDI peetavas vahekohtunike nimekirjas olevate isikute seast, kui pooled on nii kokku leppinud või kui nad ei suuda ise kokkuleppele tulla.¹⁴⁵ Maailmapanga presidendi valimisel vastab hääleõigus riigi rahalisele panusele organisatsiooni ülalpidamiseks, mis tähendab, et traditsiooniliselt on just arenenud ja kapitali eksportivad riigid need, tänu kellele Maailmapanga president oma positsiooni saab. Nimetatud põhjusel on õigusteadlased väljendanud kahtlust, et Maailmapanga president ei ole vahekohtunike valimisel samuti erapooletu, sest võib vahekohtunike määramisel eelistada oma positsiooni kindlustamiseks kapitali eksportivate riikide ideoloogiat jagavaid vahekohtunikke.¹⁴⁶ Sellised seisukohad ei ole aga kinnitust leidnud UNCTADI koostatavast statistikast, mille kohaselt ainult 26,9% vahekohtumenetlustest on lõppenud otsusega investorite kasuks, see-eest 36,6% vaidlustest lõppes riigi võiduga, 23,5% lõpetati kompromissiga, 10,6% menetlustest lõpetati enne lahendi

¹⁴² D. Kapeliuk. The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. – Cornell Law Review 2010/96 65, 75; Langford, Behn, Lie (n 139) 328.

¹⁴³ Langford, Behn, Lie (n 139) 301.

¹⁴⁴ Van Den Berg (n 141) 831.

¹⁴⁵ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon.- RT II 2000, 26, 156, artiklid 5, 38, 40.

¹⁴⁶ Harten (n 7) 169–70; S. Anderson, S. Grusky. Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It. Institute for Policy Studies 2007 5 <<http://www.ips-dc.org/wp-content/uploads/2012/01/070430-challengingcorporateinvestorrule.pdf>> 25. 02.2018.

tegemist ning 2,5% vaidlustest ei lõppenud kummagi poole kasuks.¹⁴⁷ Ka empiirilised uuringud vahekohtunike erapooletusest lükkavad ümber seisukoha nagu eelistaksid arbitrid investoreid, sest on huvitatud sellest, et neid uuesti tribunal liikmeks määratakse.¹⁴⁸

Vahekohtunike võimalikud huvide konfliktid ei ole tihti piisavaks aluseks, et neid tribunalist tagasi astuma sundida. ICSIDI konventsioonis on olemas võimalus pärast tribunal moodustamist vahekohtuniku tagandamist nõuda.¹⁴⁹ Tagandamise aluseks saab olla eelkõige vahekohtunikule seatud nõudmiste täitmata jätmine – ICSIDI konventsiooni artikkel 14 kohaselt peavad vahekohtunikud olema kõrgete moraalsete omadustega ja kompetentsed õigusteaduse, äri, tööstuse või rahanduse alal, samuti sõltumatud. Huvide konflikti ilmnemise korral võib menetlusosaline seega paluda vahekohtuniku tagandamist sõltumatuse puudumise tõttu. ICSIDI konventsiooni alusel toimunud vahekohtumenetlustes on aga tagandamiseks vajalik lävi väga kõrge. Alates 1982. aastast on esitatud kokku 64 arbitri taandamise taotlust, millest rahuldatud on kõigest 4.¹⁵⁰ Sealjuures on teiste arbitraažisüsteemide nagu UNCITRAL või SCC puhul proportsionaalselt suurem osa tagandamistaotlustest edukad.¹⁵¹ Põhjuseks, miks väga vähesed taotlused edukad on, on peetud seda, et taotlused lahendavad tribunalile ülejäänud arbitrid, kellel võib isiklike suhete tõttu olla keeruline kolleegi taandada.¹⁵² Arvestades et vahekohtunikenähtu tegutsev kogukond on väike, siis on paratamatu, et arbitrid on omavahel tuttavad ning teinud ka varem koostööd ja jätkavad ka hiljem koostööd, nii et nad ei taha suhteid rikkuda. Kuivõrd paljudel on ka sama probleem, et nad tegutsevad nii arbitri kui ka advokaadina, siis võib olla silmakirjalik samadel põhjustel taandada oma kolleegi.

Arbitride erapooletuse probleemi olemasolu ei saa seega eitada. Kuigi avaldatud otsuste statistikast ei nähtu, et vahekohtunikud eelistaksid ebaproportsionaalselt riike või investoreid, on siiski usutav, et spetsiifilisemad probleemid selles üldises statistikas ei kajastu. Peamiseks probleemiks on huvide konflikt, mis tuleneb sellest, et investeerimisõiguse valdkond on väga spetsiifiline valdkond, kus tegutsevaid tõelisi eksperte on loetud number ning süsteemi uue tulijana sisse murda on keeruline, sest pooled eelistavad valida arbitre, kelle tausta ja vaadete

¹⁴⁷ UNCTADI veebilehekülj statistikaga: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (23.04.2018).

¹⁴⁸ Kapeliuk (n 142) 90.

¹⁴⁹ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon.- RT II 2000, 26, 156. (n 145).

¹⁵⁰ ICSIDI veebilehekülj: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx> (23.04.2018).

¹⁵¹ B.S. Vasani, S.A. Palmer. Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?. – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 2014/30 196.

¹⁵² ibid 205.

kohta on neil piisav ettekujutus. Etteheited arbitride võimaliku erapooletuse kohta on seega põhjendatud.

1.2.3. Edasikaebamise võimaluse puudumine

Vahekohtumenetlust eristab siseriiklikust kohtumenetlusest ning ka muudab atraktiivseks see, et vahekohtuotsus on lõplik. Edasikaebamisvõimaluse puudumine tähendab aga ka seda, et otsuses tehtavad õiguslikud või faktilised vead jäävad jõusse ning kannatanud poolel puuduvad võimalused otsuse parandamist nõuda. Järelevalve puudumine vahekohtumenetluse otsuste üle on üks põhjustest, miks süsteemi legitiimsuses kaheldakse. Selles alapeatükis analüüsin, millised võimalused on ebaõigete otsuste ümberlukkamiseks ning kas need on piisavad süsteemi legitiimsuse tagamiseks või on vajalik edasikaebamisvõimaluse loomine.

ICSIDI konventsiooni alusel tehtud otsust saab tühistada, esitades ICSIDI konventsiooni artikkel 52(1) alusel avalduse ning põhistades, et vahekohus ei olnud moodustatud õigesti, ületas oma volitusi, ei järginud mingit põhilist protseduurireeglit, vahekohtu liige oli korrumpeerunud või otsus ei ole piisavalt põhjendatud. Otsused, mis ei ole tehtud ICSIDI konventsiooni, vaid mõne muu arbitraažiinstituudi reeglite alusel, ei ole otseselt täidetavad ning nende üle saab enne otsuse täitmist kontrolli teostada siseriiklik kohus. Need otsused kuuluvad täitmisele 1956. aastal New Yorgis sõlmitud välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsiooni¹⁵³ (New Yorgi konventsioon) kohaselt ainult siis, kui otsused vastavad New Yorgi konventsiooni artiklis 5 nimetatud tingimustele. Muu hulgas võib otsuse tunnustamisest keelduda näiteks siis, kui vahekohtu otsus on vastuolus selle riigi avaliku korraga.

Nii ICSIDI konventsiooni kui ka New Yorgi konventsiooni kohaselt on peamiseks vahekohtu otsuse täitmata jätmise võimaluseks see, et otsuses oli rikutud poole menetluslike õiguseid. See-eest sisuliste õigusküsimuste ebaloogilise ja vastukäiva lahendamise puhul otsuste tühistamist/tunnustamata jätmist nõuda ei saa. Kui ICSIDI konventsiooni alusel tühistamise otsustamiseks loodud kolmeliikmeline komisjon leiab, et otsus tuleb tühistada, siis ei saa komisjon teha ise uut otsust, vaid pooled peavad uue menetluse algatama.¹⁵⁴ Ka teiste arbitraažireeglite kohaselt tehtud otsuseid ei saa edasi kaevata, saab ainult paluda otsuste täitmata jätmist. Arvestades et otsuse täitmist võib nõuda igas riigis, siis võib juhtuda, et

¹⁵³ Välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon.- RT II 1993, 21, 51.

¹⁵⁴ Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon.- RT II 2000, 26, 156. (n 145).

selliseid menetlusi tuleb läbida terve rida ning nendes tehtavad otsused võivad drastiliselt erineda sõltuvalt kohalduvast õigusest.

Investeeringisarbitraaži tunnuseks on seega edasikaebamisvõimaluse puudumine ning ebaõige õigustõlgendustega otsuste kehtima jäämine. Kuivõrd investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamine on üha enam päevakorda kerkinud ning arenenud arvestatavaks õigusharuks, nähakse apellatsioonimehhanismi rajamisega võimalust ühendada investeeringisarbitraaži eraõiguslik ja avalik-õiguslik olemus.¹⁵⁵ Investeeringisõiguse kui sidusa õigusharu edasiarendamise eesmärgi saavutamiseks ning ülemaailmse hea valitsemistava arendamiseks on apellatsioonimehhanismi rajamine vajalik. Lisaks eelmainitule tagaks see ka õigusnormide tõlgendamise suurema ettenähtavuse, vähendaks arbiteride võimalikust erapoolikusest tulenevat ohtu ning üldiselt suurendaks süsteemi usaldusväärsust. Siiski tuleb apellatsioonimehhanismi loomisel arvestada, et investeeringisarbitraaži teeb investorite jaoks atraktiivseks kiire menetlusaeg ja lahendite lõplikkus. Kui apellatsioonimehhanism on võimalik rajada viisil, mis tagaks lahendite lõplikkuse mõistliku aja jooksul ning väiksemate kuludega, siis tasub selle nimel igal juhul vaeva näha.

1.2.4. Läbipaistvus

Üheks puuduseks, mida Euroopa Komisjon soovib investeeringiskohtu loomisega lahendada, on investeeringisarbitraaži olematu või piiratud läbipaistvus.¹⁵⁶ Läbipaistvuse puudumise all ei ole seatud kahtluse alla mitte läbipaistvuse puudumist menetlusosaliste, vaid avalikkuse suhtes.¹⁵⁷ Siin alapeatükis käsitlen läbipaistvust seega kui avalikkuse võimalust vahekohtumenetluse kohta informatsiooni saada ja sellest osa võtta – probleemi, et vahekohtumenetlused toimuvad salajastes pimedates tubades.¹⁵⁸ Välja on toodud, et kuivõrd investeeringisarbitraažis tehtud otsused mõjutavad avalikku korda, siis peaksid vahekohtumenetlused olema samuti avalikud, et tagada osalemisvõimalus ning kontroll otsuste õiguspärasuse üle. Et läbipaistvust on peetud üheks olulisemaks faktoriks

¹⁵⁵ D. Kim. The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System. – New York University Law Review 2011/86 276.

¹⁵⁶ Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon nõuab liikmesriikidelt ELi-siseste kahepoolsete investeeringislepingute lõpetamist. Arvutivõrgus kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_et.htm. (14.01.2018).

¹⁵⁷ F.D. Ly and others. Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration-Are Investors and Host States on a Level Playing Field: The Lauder/Czech Republic Legacy. – J. World Investment & Trade 2005/6 59. 61, 70; Franck (n 16) 1586.

¹⁵⁸ A. Mourre. Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration? – Law and Practice of International Courts and Tribunals 2006/5 266.

investeerimisarbitraaži legitiimsuse tagamiseks,¹⁵⁹ siis analüüsin selles alapeatükis õiguslikku olukorda investeerimisarbitraaži läbipaistvuse osas ja seejärel võtan seisukoha probleemitõstatuse põhjendatuse kohta.

Investeerimisarbitraaži süsteemi iseloomustavaks ning sellele omaseks tunnuseks on menetluse konfidentsiaalsus. Eraõiguslike isikute vahel toimuvad menetlused ei kaasa tavapäraselt suurt avalikku huvi, sest ei too otseseid tagajärgi kellelegi peale menetlusosaliste enda. See-eest investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemis toob riiki puudutav otsus kaasa tagajärgi kõigi riigi kodanike jaoks, eelkõige sellisel juhul kui riik vaidluse kaotab ning kahjuhüvitist maksma peab või mingite planeeritud regulatiivsete meetmete vastuvõtmisest loobub. Kriitikud on väljendanud muret investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi kinnisuse üle, mis tähendab, et huvitatud isikutel ei ole võimalik menetlusest osa võtta ja oma seisukohti avaldada. Selline eraõiguslik vaidluste lahendamise viis ei ole nende meelest sobilik avalikku huvi hõlmavate vaidluste lahendamiseks.¹⁶⁰

Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi läbipaistvuse suurendamine on olnud senini peamine eesmärk ning saab öelda, et tänaseks on olukord algusaastatega võrreldes vähemalt vormiliselt oluliselt paranenud.¹⁶¹ Tänu ICSIDI menetlusreeglite 2006. aastal jõustunud uuendustele¹⁶² on menetlus ning selle raames toimuvad istungid eelduslikult avalikud, kinniseks kuulutamiseks peab pool esitama vastuväite.¹⁶³ Samuti anti tribunalidele õigus ära kuulata menetlusväliste isikute positsioonid *amicus curiae* seisukohtadena, kui tribunal neid menetluses asjakohaseks peab.¹⁶⁴ ICSID avaldab oma koduleheküljel poolte nõusolekul otsuse ning olulisemad poolte menetlusdokumendid, samuti on paljud istungid avalikud ning videoülekande teel jälgitavad.

ICSIDI menetlusreeglites on seega juba täna olemas vajalik raamistik arbitraaži läbipaistvuse tagamiseks. 2014. aastal võeti vastu UNCITRALi investori-riigi vahelise vahekohtumenetluses

¹⁵⁹ J.A. VanDuzer. Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation. – McGill Law Journal 2007/52; Franck (n 16) 1586, 1599; C.H. Brower. Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter. – Vanderbilt Journal of Transnational Law 2003/36 67.

¹⁶⁰ R. Teitelbaum. A Look at the Public Interest in Investment Arbitration: Is It Unique-What Should We Do about It. – Publicist 2010/5 54.

¹⁶¹ Vt E.M. Hafner-Burton, D.G. Victor. Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis. – Journal of International Dispute Settlement 2016/7 179, kes leiavad, et pärast 2006. aasta uuendusi ei ole vahekohtumenetluste konfidentsiaalsus vähenenud.

¹⁶² ICSID Convention, Regulations and Rules. ICSID/15, 2006, lk 99 jj. Arvutivõrgus kättesaadav: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf (23.04.2018).

¹⁶³ Ibid., rule 32(2), 48(4).

¹⁶⁴ Ibid., rule 37(2).

lÄbipaistvuse tagamise reeglid (UNCITRALi LÄbipaistvuse Reeglid), mis tagavad veel suurema menetluse lÄbipaistvuse kui ICSIDi menetlusreeglite alusel.¹⁶⁵ UNCITRALi LÄbipaistvuse Reeglite alusel tehakse avalikuks kÄik menetluses esitatud dokumendid,¹⁶⁶ lubatud on *amicus curiae* seisukohad¹⁶⁷ ning istungid on avalikud.¹⁶⁸ KÄll aga on UNCITRALi LÄbipaistvuse Reeglite kohaldamine vahekohtumenetlustes veel pigem harv juhus, kui tavaline praktika, sest LÄbipaistvuse Reegleid kohaldatakse enne 2014. aastat vastu vÄetud investeerimislepingutele (mis on enamik investeerimislepingutest) ainult siis, kui pooled ühiselt otsustavad LÄbipaistvuse Reegleid kohaldada. Vastu on vÄetud ÜRO konventsioon lÄbipaistvuse kohta investori-riigi vahelistes vahekohtumenetlustes (edaspidi Mauritiuse konventsioon), mille eesmärk on tagada UNCITRALi LÄbipaistvuse Reeglite kohaldamine ka enne 2014. aastat vastu vÄetud investeerimislepingutele.¹⁶⁹ MagistritÄÄ esitamise seisuga on nimetatud konventsioonile alla kirjutanud 22 riiki ning see on jÄostunud ainult kolme riigi suhtes (Kanada, Mauritius ja Åveits),¹⁷⁰ seega on konventsiooni mÄÄu praegu veel minimaalne. Alates 2014. aastast vastu vÄetud investeerimislepingute alusel UNCITRALi vahekohtumenetluse reeglite kohaselt toimuvatele menetlustele kohaldatakse LÄbipaistvuse Reegleid aga automaatselt, mis tähendab, et eelduslikult kasvab konventsiooni investeerimisarbitraaÅile osutatav mÄÄu tulevikus oluliselt.

Vahekohtumenetluse tribunalid on ka enne taoliste lÄbipaistvust tagavate reeglite vastuvÄtmist otsustanud lubada menetlusvÄlistel isikutel menetluses seisukohti esitada, kui nad on seda vajalikuks pidanud. Nii on tribunalid nÄiteks NAFTA alusel toimunud vaidlustes Methanex v Ameerika Ühendriigid,¹⁷¹ UPS v Kanada¹⁷² ja Glamis Gold v Ameerika¹⁷³ Ära kuulunud ka kolmandate isikute seisukohad. PÄrast reeglite vastuvÄtmist on olukord aga veelgi paranenud ning üha enam on avalikkusele kÄttesaadavaks tehtud erinevaid menetlusdokumente ning

¹⁶⁵ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.- UNCITRAL 2014. ArvutivÄrgus kÄttesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html (23.04.2018).

¹⁶⁶ ibid artikkel 3.

¹⁶⁷ ibid artikkel 4, 5.

¹⁶⁸ ibid artikkel 6.

¹⁶⁹ United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.- New York, 2014 (the 'Mauritius Convention on Transparency'). ArvutivÄrgus kÄttesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html (23.04.2018).

¹⁷⁰ UNCITRALi rahvusvaheliste konventsioonide andmebaas. ArvutivÄrgus kÄttesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html (23.04.2018).

¹⁷¹ *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as 'amici curiae' [2001].

¹⁷² *United Parcel Service of America Inc v Canada*, UNCITRAL Decision of the Tribunal On Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae [2001].

¹⁷³ *Glamis Gold, Ltd v The United States of America*, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL) Award [2009].

otsuseid,¹⁷⁴ samuti on mitmel korral tagatud olnud võimalus vahekohtuistungeid interneti teel jälgida.¹⁷⁵ Nimetatud asjaolud tagavad investeerimisarbitraažis isegi suurema läbipaistvuse kui siseriiklikes kohtumenetlustes, kus ei avaldata infot menetluse toimumise kohta enne avaliku istungi toimumist või menetluse lõppemist, mis omakorda tähendab, et huvitatud osapooled ei saa oma arvamust avaldades menetlusse sekkuda, puudub ligipääs poolte menetlusdokumentidele ning istungite interneti teel kuulamisest on ka muidu kohtupidamises innovatiivsete elektrooniliste vahendite kasutamise poolest tuntud Eesti veel kaugel.

Hoolimata jõudsatest sammudest läbipaistvuse suurendamiseks on jätkuvalt problemaatiline see, et puudub ühtne standard (või kui see standard UNCITRALi Läbipaistvuse Reeglite näol küll olemas on, siis seda ei kohaldata veel läbivalt) ning reeglid avalikustamise kohta on erinevad vastavalt kohalduvale investeerimislepingule, vahekohtumenetluse reeglitele ning poolte suvale. Osade menetluste toimumine võib ka täiesti konfidentsiaalseks jääda. Samuti on vältimatu see, et oluline osa menetluses rolli mängivast tegevusest toimub hoolimata avalikustamise nõuetest avalikkuse tähelepanu alt eemal. Eriti puudutab see neid olukordi, kus pooled sõlmivad kompromissi, mis on peamine viis hoida õigusrikkumist ning selle kompenseerimiseks tehtud sammud salajasena.¹⁷⁶ Magistritöö esitamise ajaks on lõpetatud 528 vahekohtumenetlust, millest 23,5% lõppes kompromissiga.¹⁷⁷ Kompromissiga lõppenud vaidluste puhul ei ole enamasti teada, kas riik otsustas maksta välja kahjuhüvitise, kui jah, siis mis asjaolud viisid kahju tekkimiseni ning kas riik on oma rahvusvahelist õigust rikkuvat tegevust mingil viisil korrigeerinud või rikkumine mõne teise isiku osas jätkub. Kui mingi riik, kelle vastu esitatakse tihedalt nõuded, kõigi puhul kompromissi sõlmib, siis ei ole välisinvestoritel ega ülejäänud avalikkusel arusaama sellest, kas riik täidab endale võetud kohustusi või mitte.¹⁷⁸ Samamoodi ei ole kompromissi korral võimalik uurida, kas tribunal ja pooled on rahvusvahelist õigust õigesti kohaldanud ning kas kompromissi sõlmimine antud asjaoludel oli üldse põhjendatud.

Investori-riikide vaheliste vaidluste läbipaistvuse suurendamise positiivne mõju kaalub üles võimalikud negatiivsed tagajärjed. Investeerimisvaidluste lahendamine peaks olema avalik, et

¹⁷⁴ Andmebaasid on kättesaadaval näiteks UNCTADi koduleheküljel <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> või ITA Law koduleheküljel <https://www.italaw.com/>. ICSIDI konventsiooni alusel toimuvad menetlused ka ICSIDI koduleheküljel <https://icsid.worldbank.org/en>.

¹⁷⁵ Näiteks ka United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v Republic of Estonia. (n 27) vaidluses oli istung avalik ning seda sai kuulata interneti vahendusel.

¹⁷⁶ Hafner-Burton, Victor (n 161) 166.

¹⁷⁷ UNCTADi veebilehekülj: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (23.04.2018).

¹⁷⁸ Hafner-Burton, Victor (n 161) 165.

tagada avalikkuse järelevalve võimalus riigivalitsemise üle. Kui laiaulatuslikud avalikustamise nõuded kehtivad kõikidele vaidluste ja sealhulgas ka kompromissi sõlmimistele, siis on nendest rohkem võita kui kaotada. Positiivse tagajärjena areneb tänu ulatuslikule avalikustamisele investeerimisõigus kui õigusharu kiiremini ning suureneb õiguskindlus, sest tugevneb arusaam süsteemi toimimisest ja kohalduva õiguse tõlgendamisest. Usutavasti kasvab ka avalikkuse usaldus süsteemi toimimisse, sest vaidluste lahendamisesse oleks kaasatud kõik puudutatud osapooled ning see toimuks avalikkuse kriitilise tähelepanu all. Kui puudub võimalus vaidluse algatamist salajasena hoida, siis peavad ka investorid põhjalikult kaaluma, kas nõuded on põhjendatud või vastasel juhul riskima negatiivse mainekahjuga, mis vähendaks kergemeelsete nõuete esitamist.

Negatiivselt võib konfidentsiaalsuskokkulepete keelamine mõjuda eelkõige sellistele riikidele, millel on suuri raskusi hea valitsemistava jälgimisega ning mis satuvad tihedalt investorite pahameele alla. Kui kaob võimalus tekkinud vaidlused kiiresti ja salajas lahendada, siis võib riik oma maine kaitsmiseks pidada paremaks investeerimisarbitraaži süsteemist osavõtmisest üldse loobuda. Kõigi soovijate seisukohtade arvestamine menetluses suurendab menetluse kulusid ja pikendab menetlusaega, sest tribunal peab seisukohaga tutvuma ning menetlusosalised sellele vastama. Samuti võib salajaste kompromisside sõlmimise võimaluse kaotamine mõjutada negatiivselt kapitali- ja ajamahukate investeeringutega investoreid, kes soovivad ka pärast vaidluse tekkimist välisriigis tegevust jätkata ning seetõttu ei taha ei riik ega ka investor, et nende spetsiifiliste kokkulepete sisu satuks avaliku põhjaliku uurimise alla.¹⁷⁹ Kuivõrd teine väljatoodud tagajärg mõjutaks ilmselt negatiivselt peamiselt ainult valitsusi, siis riikide maine kaitsmise eesmärgil vaidluste lahendamise süsteemis osalemiseks nõusoleku tagasivõtmine mõjuks kahjulikult tervele ühiskonnale, sest sellega eelduslikult ei kaasneks riigi edaspidine õiguspärane käitumine, vaid lihtsalt suurem salastatus. Kui aga avalikkuse surve investeerimisvaidluste läbipaistvuse tagamiseks on tugev ning avalikkus toetab investeerimisõigust kui õigusharu, siis on tõenäosus, et riigid süsteemist üldse loobuvad, pigem väike.

Kuigi investeerimisarbitraaži läbipaistvuse suurendamise nimel on tehtud mitmeid edusamme (*amicus curiae* seisukohtade lubamine, istungite avalikkus, otsuste avaldamine), siis ei ole sellel veel tegelikkuses laiapõhjalist mõju investeerimisvaidluste lahendamise salajasuse täielikule eemaldamisele olnud. Uued läbipaistvuse suurendamise reeglid ei sisalda

¹⁷⁹ ibid 171.

investeeringivaidluste tulemuste avalikustamise nõuet sellisel juhul, kui pooled sõlmivad kompromissi, mis on üsna levinud investeeringivaidluse tulem. Tegemist on seega arvestatava probleemiga, mille lahendamiseks võib Euroopa Komisjoni plaan investeeringiskohtu rajamiseks olla sobiv.

1.3. Vahekokkuvõte

Esimeses peatükis analüüsisin investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi toimimist mõjutavaid probleeme. Käsitlesin nii probleeme, mida saab liigitada protseduurilisteks kui neid, mida saab pidada sisulisteks. Sisulistest probleemidest analüüsisin väiteid selle kohta, et riigid on andnud nõusoleku osaleda ainult lääneriikide huvide kaitsmiseks loodud investeeringisarbitraaži süsteemis. Kriitikute hinnangul vähendab vahekohtumenetluses osalemisega nõustumine ebarproportsionaalselt riigi suveräänsust ilma, et riigid sellest käegakatsutavat kasu saaksid ning pealekauba eelistatakse selles süsteemis investoreid riikidele ning kohalikele. Menetluslikest probleemidest on süsteemi kriitikud teinud peamiselt etteheited selle kohta, et vaidlusi lahendavad erapoolikud vahekohtunikud, süsteemis puudub järjepidevus, läbipaistvus ja edasikaebamisvõimalus, mis muudavad investeeringivaidluste lahendamise süsteemi avalikku huvi puudutavate vaidluste lahendamiseks ebasobivaks vahendiks.

Investeeringisarbitraaži sisuliste aspektide analüüsi käigus selgus, et tegelikkuses ei näe arengumaad ise investeeringilepinguid kui läänemaade pealesurutud maailmakorda. Ligi üks kolmandik investeeringilepingutest on sõlmitud arengumaade enda vahel. Riigi suveräänsuse piiramine on küll investeeringisarbitraažiga nõustumisel paratamatu, kuid riigid ei ole sellega andnud tribunalidele ennenägematut võimu ning vahekohtunikud jätavad otsuste tegemisel riikidele piisavalt ruumi eksimuste tegemiseks ning leiavad rikkumise ainult väga tõsiste ning silmnähtavalt õigusvastase käitumise puhul. Isegi kui leiab kinnitust riigi õigusrikkumine, ei pea riigid loobuma soovitud tegevuse jätkamisest/õigusaktide vastuvõtmisest, sest vahekohtud saavad välja mõista ainult kahjuhüvitise. Sellest hoolimata võib investeeringiõiguse süsteemil siiski olla teatav mõju seadusandlusele, kui riigid tegutsevad kahjuhüvitise maksmise kohustuse hirmus. Kinnitust leidis kriitikute etteheide, et investeeringiõiguse süsteem on ühepoolne, luues õigusi ainult välisinvestoritele ning kohalikud süsteemi välisinvestorite vastu nõuete esitamiseks kasutada ei saa. Kuigi nimetatud võimalus ei olnud kunagi investeeringilepingute eesmärgiks, siis on süsteemi edasise ühiskondliku poolehoiu võitmiseks vajalik leida lahendus küsimusele, kuidas tagada välisinvestorite ning kohalike õiguste võrdsus ka sellistes riikides, kus õigusriiklus ei ole veel piisavalt väljaarenenud. Täiendavalt selgus, et investeeringiõiguse

ja investeerimisarbitraaži süsteem ei pruugi enam täita seda esmast eesmärki, milleks see rajati, kuid täidab sellest hoolimata väga olulist rolli hea valitsemistava ja õigusriikluse edendamisel, sest ühtlustab globaalset välisinvestorite kohtlemise taset.

Investeerimisarbitraaži menetluslike aspektide analüüsi käigus selgus, et põhjendatud on kriitika selle osas, et vahekohtumenetlused ei ole, hoolimata sellesisulistest protseduuriliste tagatiste olemasolust, siiski täielikult avalikud kuigi nende avalik-õigusliku iseloomu tõttu nad seda olla võiksid. Kinnitust leidis asjaolu, et vahekohtunikud ei näi praeguses süsteemis kõrvaltvaatajale erapooletud, sest arbiteridena tegutseb piiratud hulk kõrgelt kvalifitseeritud õigusteadlasi, kes samal ajal esindavad teistes menetlustes pooli õigusnõustajana. Otsuste edasikaebamisvõimaluse puudumine on üks aspekt, mis kriitikuid häirib, sest riigisisestes kohtutes ollakse harjunud kohtuliku järelevalve võimalusega ning sellise võimaluse puudumine jätab arbitraažisüsteemist petliku mulje, et aruandluskohustus üldse puudub. Järjepidevus on sotsiaalse legitiimsuse tagamiseks oluline vahekohtuotsuse omadus ning senini on sellega olnud mõningaid probleeme. Seni aga kuni puudub ühtne leping, mida vahekohtud tõlgendavad, ei saagi kujuneda täiesti ühene õiguspraktika õigusstandardite tõlgendamisel. Tribunalid peavad lahendama nende eest oleva vaidluse vastavalt kohaldatavale lepingule, asjaoludele ning oma õigustundele. Puudub kohustus järgida eelnevaid lahendeid. Kohustuse puudumisest hoolimata on tribunalid siiski üritanud ühtset joont hoida ning lahendid, kus on jõutud erinevatele arusaamadele, on pigem erand kui reegel.

Alapeatükis käsitletud kriitika alusel kerkivad esile kriteeriumid, mis on vajalikud avalikkuse usalduse võitmiseks investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi eduka edasise toimimise nimel. Need kriteeriumid on eesmärgipärasus – avalikkuse jaoks on oluline, et kui riik loobub oma võimumonopolist mingis valdkonnas (käesoleval juhul õigusest korraldada kohtupidamine investorite ja riigi vahel eksklusiivselt siseriiklikes kohtutes), siis riik saab selle eest midagi asemele. Süsteem peab sisaldama vastastikuseid kohustusi, et see ei näiks üksnes välisinvestoreid eelistavat. Oluline on ka menetluslik õigus, mis väljendub otsuste järjepidevuses, järelevalve võimaluse olemasolus, menetluse läbipaistvuses ning täielikus erapooletuses.

2. INVESTORI - RIIGI VAHELISTE VAIDLUSTE LAHENDAMISE SÜSTEEMI LEGITIMEERIMISE VÕIMALUSED

Esimeses peatükis analüüsisin investori-riikide vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi puuduseid, mille adresseerimiseks on Euroopa Komisjon algatanud kõnelused investeerimiskohtu rajamiseks. Analüüsi tulemusel selgus, et avalikkuse jaoks ei ole probleemiks mitte ainult investeerimisarbitraaži võimalikud menetluslikud puudused, vaid ka süsteemi olemuslikud eripärad. Objektivsetel alustel ei ole avalikkuse hirmud investeerimisarbitraaži sisulise legitiimsuse pärast enamjaolt põhjendatud. Hoolimata asjaolust, et õigusteoreetiliselt puudub alus investeerimisarbitraaži sisulises legitiimsuses kahelda, ei piisa sellest süsteemi sotsiaalse legitiimsuse tagamiseks. Seepärast analüüsin järgmisena, kuidas kõige paremini saavutada investori-riigi vaheliste vaidluste süsteemi legitiimsus.

Esmalt analüüsin, kas Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioon investeerimiskohtu loomiseks on sobilik meetod investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimiseks avalikkuse silmis. Tagamaks võrdlusmoment ning tegemaks kindlaks parima võimaliku lahenduse süsteemi legitimeerimiseks, analüüsin ka kahte täiendavat reformiideed. Teise alternatiivina käsitlen investeerimisvaidluste lahendamise rahvusvahelises vahekohtumenetluses lõpetamist ning lepitusmenetlusega asendamist. Selline alternatiivne vaidluste lahendamise viis võiks eelduslikult sobida nii kriitikutele, sest ei too riigile kaasa siduvaid kohustusi, ning ka investoritele, sest tagaks siiski sõltumatu foorumi olemasolu tekkinud vaidluste lahendamiseks. Kolmanda alternatiivina käsitlen võimalust luua rahvusvaheline konventsioon, mis sisaldaks sätteid mitte ainult investeerimisvaidluste lahendamise tegeleva kohtu loomiseks, vaid asendaks seniseid investeerimislepinguid ka sisuliste kaitsestandardite osas. See alternatiiv on varasemalt kõne all olnud, kuid ei ole piisava avalikkuse toetuse tõttu kunagi realiseerunud.¹⁸⁰ Kuivõrd Euroopa Komisjon on väljendanud valmisolekut alalise investeerimiskohtu loomise konventsiooni nimel tegutseda, siis võib olla aeg paras veelgi suuremaks algatuseks, mis hõlmaks ka investeeringute kaitse sisuliste standardite ülevaatamist ja ühtlustamist ühes lepingus.

2.1. Konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks ilma investeeringute kaitse sisuliste standarditeta

Euroopa Komisjoni väljapakutud idee võtta vastu rahvusvaheline konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks adresseerib eelkõige investeerimisarbitraaži menetlusliku

¹⁸⁰ Newcombe, Paradell (n 56) 20.

legitiimsuse küsimust. Euroopa Komisjoni soovitus kohaselt hõlmab algatus eksklusiivselt menetluslike küsimusi: „kohaldatava õigusega või tõlgendamisega seotud küsimusi, sh kooskõla muude rahvusvaheliste kohustustega [...] käsitletakse mitmepoolse investeerimiskohtu kohaldatavates üldistes investeerimislepingutes.“¹⁸¹ Selles alapeatükis analüüsin Euroopa Komisjoni ettepanekut investeerimiskohtu loomiseks detailsemalt vastavalt Euroopa Komisjoni mõjude hindamise raportis välja toodud ettepanekutele¹⁸² ning Euroopa Liidu Nõukogu välja antud juhistes mitmepoolse kohtu loomise konventsiooni läbirääkimisteks.¹⁸³ Need ettepanekud on küll veel üsnagi algsed ning arutelu konventsiooni võimaliku lõpliku sõnastuse üle jätkub ÜRO kokkukutsutud töögrupis, kuid selle pinnal saab kujundada arusaama planeeritava konventsiooni üldisest mõjualast ning analüüsida, kas kriitikute etteheited on piisavalt adresseeritud. Avalikkuse positiivne ja toetav suhtumine konventsiooni on vajalik tulevase kohtu ning investeerimisõiguse süsteemi sotsiaalse legitiimsuse tagamiseks. Investeerimisarbitraaži saab pidada sotsiaalselt legitiimseks siis, kui ammendavalt on lahendatud kriitikute etteheited nii süsteemi olemuslike puuduste kui ka menetluslike puuduste osas. Analüüsin esmalt investeerimiskohtu rajamise idee mõju investeerimisarbitraažile tehtud sisulistele etteheidetele ning seejärel menetluslike probleemide vähendamisele.

2.1.1. Sisuline kriitika

Süsteemi sisulise toimimise etteheited olid järgnevad: esiteks asümmeetria arenenud riikide ning arengumaade õiguste vahel, teiseks riigi reguleerimisõiguse piiramine, kolmandaks kahtlused selles, kas investeerimislepingud üldse täidavad eesmärki, milleks need loodi, ning neljandaks investorite eelistamine riikidele ning riigi enda kodanikele.

Investeerimisarbitraaži sisulisi puudusi käsitlevate ettepanekutena on Euroopa Komisjon pakkunud välja, et kohtu loomisel võetakse erimeetmed kohtule parema juurdepääsu tagamiseks väikestele ja keskmise suurusega ettevõtetele. Meetmete nagu õigusabi pakkumine või lihtsustatud menetluse võimaluse loomise eesmärk on tagada, et menetluse suurte kulude

¹⁸¹ Euroopa Komisjoni soovitus: Nõukogu otsus, millega antakse luba alustada läbirääkimisi investeerimisvaidluste lahendamise tegeleva mitmepoolse kohtu loomise konventsiooni üle. - COM 2017/0493 (13.09.2017). (n 12).

¹⁸² Commission Staff Working Document. Impact Assessment. European Commission 2017 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN>> 17. 03. 2018.

¹⁸³ Council of the European Union. Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes. 12981/17 ADD 1, 01.03.2018. Arvutivõrgus Kättesaadav: <Http://Data.Consilium.Europa.Eu/Doc/Document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/En/Pdf> (23.04.2018). <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>> 15 April 2018.

tõttu ei jääks taolised ettevõtted ilma võimalusest oma õigusi kaitsta.¹⁸⁴ Samasugused erimeetmed on Komisjon välja pakkunud ka arengumaade abistamiseks kohtumenetluse raames, et tagamaks arengumaadele samuti õiglane võimalus oma õiguste kaitseks ka juhul, kui neil endal puuduvad vajalik õiguslane teadmine või finantsilised vahendid.¹⁸⁵

Investeeringuvaidlusi lahendava kohtu loomine ei muudaks asjaolu, et ajalooliselt sõlmiti investeeringulepingud eesmärgiga kaitsta arenenud riikidest investorite õigusi arengumaades. Kohtu loomine pigem lihtsustaks veelgi nõuete esitamist, mis tähendab, et arengumaad, millel on probleeme investorite omandiõiguse tagamisega võivad veelgi tihedamini vahekohtu ette sattuda. Küll aga võiks aidata ebasümmeetria vähenemisele kaasa arengumaade parema õiguskaitse tagamine kohtus. Praegusel arbitraažil põhineva süsteemi puhul ei ole loodud spetsiaalseid võimalusi arengumaade toetuseks ning need riigid peavad oma ressursidega hakkama saama. Kohus peaks vähendama ka võimalikku asümmeetriat selles osas, et mitmepoolse konventsiooni läbirääkimistel on arengumaadel suuremad võimalused oma seisukohtade edukaks esitamiseks, sest olukorras, kus läbirääkimistel osalevad kõik maailma riigid ei ole arenenud riikide võimupositsioon võrreldav kahepoolse lepingu sõlmimisega ning arengumaadele sobimatute tingimustega konventsiooni vastuvõtmise tõenäosus väiksem.¹⁸⁶ Kohtu loomisel ning selle jaoks kohtunike valimisel on samuti eelduslikult võimalik vähendada riikidevahelist ebasümmeetriat tagades kohtunike geograafiliselt mitmekesise päritolu nagu juba olemasolevate kohtute puhul.¹⁸⁷ Praeguses investeeringuarbitraaži süsteemis tegutsevad arbitridena poolte valikul homogeenne peamiselt lääneriikidest pärit grupp arbitreid. Mitmepoolne konventsioon alalise kohtu loomiseks aitab seega kaasa asümmeetria vähenemisele.

Riigi suveräänsust mitmepoolse kohtu loomine ei suurenda, sest kohtus kohaldatakse jätkuvalt praegu jõus olevaid investeeringute kaitse lepinguid. Nagu eelnevalt analüüsitud, jagunes riigi suveräänsuse vastuargument kaheks - esiteks annab riik ära oma ainuõiguse mõista kohut iseenda tegevuse osas rahvusvahelisele kohtule ning teiseks, investeeringulepingud võivad piirata riigi reguleerimisõigust, pannes riigid vastutama lepingutega vastuolus oleva tegevuse eest. Praeguses etapis ei ole veel teada, kas kohtu statuut näeks ette, et enne nõude esitamist rahvusvahelisse kohtusse peab investor olema läbinud kõik siseriiklikud kohtuinstantsid.

¹⁸⁴ Commission Staff Working Document. Impact Assessment. (n 182) 52.

¹⁸⁵ *ibid* 54.

¹⁸⁶ Salacuse, Sullivan (n 33) 78.

¹⁸⁷ Näites Rahvusvahelise Kohtu statuudi artikkel 9 kohaselt tuleb kohtunikud valida viisil, et tagatud oleks maailma peamiste õigussüsteemide ja tsivilisatsiooni vormide esindatus.

Sellise nõudmise seadmine on osade huvigruppide poolt eelistatud ning võiks aidata kaasa kohtu legitimeerimisele.¹⁸⁸ Teisalt oleks siseriikliku menetluse läbimise kohustus väga koormav ning investorid jääksid investeeringute kaitse lepinguga tagatud õiguste kaitseta riigis, kus puudub tõhus kohtusüsteem.

Võimaliku reguleerimisõiguse piiramise vastu kohtu rajamine ei aita, sest seni kuni on võimalus, et riigi tegevust saab vaidlustada investeeringute kaitse lepingute alusel arbitraažis või rahvusvahelises kohtus, ei saa välistada asjaolu, et riik arvestab uute seaduste kehtestamisel oma investeeringute kaitse lepingutes võetud kohustustega. Riigipoolne investeeringute kaitse lepingutega võetud kohustuste arvestamine on osa heast valitsemistavast ning ei tohiks olla alus süsteemile etteheidete tegemiseks. Selle etteheite taga peitub aga kriitikute mure keskkonna ning tervise kaitseks vastu võetavate regulatsioonide pärast, mille vältimiseks suurkorporatsioonid investeerimisarbitraaži kriitikute sõnul ebakohaselt kasutavad. Praeguses Euroopa Komisjoni ettepanekus ei ole välja toodud võimalusi kriitikute selle etteheite adresseerimiseks mitmepoolse kohtu rajamisega.

Kuigi riigi reguleerimisõiguse tagamine on peamiselt investeeringute kaitse lepingute sisulises osas käsitletav teema,¹⁸⁹ siis on võimalik seda siiski sõnastada ka menetluslikul tasemel kohtu jurisdiktsiooni eeldusena. Näiteks on ICSIDI konventsiooni alusel sätestatud mitmed lisatingimused investeeringute kaitse lepingust tulenevatele nõude esitamiseks ICSIDI konventsiooni kohaselt. ICSIDI konventsiooni artikkel 25 lisab kaks tribunalil jurisdiktsiooni tekkimiseks vajalikku täiendavat eeldust, mida tavaliselt investeeringute kaitse lepingutes ei ole või mis on kergemini täidetavad – vaidlus peab tõusetuma investeeringu tegemisest ning vaidlust ei saa algatada topeltkodakondsusega isikud ühe oma kodakondsuse riigi vastu. Sarnaselt ICSIDI konventsioonile võib ka mitmepoolne kohtu loomise konventsioon ette näha täiendava jurisdiktsiooni kriteeriumi, mis adresseeriks kriitikute muret riigi reguleerimisõiguse piiramise üle. Kriteeriumiks võib näiteks olla, et vaidlus ei tohi tõusetuda õiguspäraselt vastu võetud keskkonna- või tervisekaitse regulatsiooni kehtestamisest. Siiski peaks rõhk olema sõnal õiguspärane, sest investeerimisvaidluste ajalugu on näidanud, et riigid üritavad peita muudel ebaõiglastel kaalutlustel tehtud otsustusi keskkonnakaitse küsimuste taha¹⁹⁰ või soovivad küll

¹⁸⁸ Commission Staff Working Document. Impact Assessment. (n 182) 80.

¹⁸⁹ Näiteks Euroopa Liidu ja Kanada vabakaubanduslepingu artiklis 8.9 kinnitavad lepingu osalisriigid oma õigust avalikes huvides legitiimsete eesmärkide saavutamiseks reguleerida. Eraldi on välja toodud, et investoritel ei ole lepingu alusel õigust riigi vastu nõude esitamiseks, kui investorite mõjutab negatiivselt riigi avalikes huvides vastu võetud seadus.

¹⁹⁰ Metalclad Corporation v. The United Mexican States. (n 37).

meetmeid vastu võtta keskkonnakaitse eesmärkidel, kuid teevad seda diskrimineerival viisil ilma investoritele ärakuulamisõiguse ning õiglase menetluse tagamiseta.¹⁹¹ Euroopa Komisjoni ettepanek praegusel kujul ilma investeeringute kaitse sisulisi standardeid modifitseerimata ei vasta kriitikute murele riigi reguleerimisõiguse piiratuse kohta.

Mitmepoolse kohtu loomine ilma investeeringute kaitse lepingute sisulisi sätteid muutmata ei suurenda ka riikide ega välisinvestori tegevuse tõttu kahju kandnud isikute võimalusi välisinvestorite vastu nõuete esitamiseks. Samuti ei anna uue rahvusvahelise kohtu loomine võimalust investorile enda päritoluriigi vastu nõude esitamiseks. Nimetatud õigused peavad tulenema investeeringute kaitse sisulisi standardeid sisaldavatest lepingutest, sest isegi kui kohtu statuut võimaldaks üksikisikute kaebusi korporatsioonide vastu, siis ei saaks neid lahendada, sest kohus saab kohaldada ainult investeerimislepinguid ning nendes viidatud õigust. Kuna investeerimislepingud praegu välisinvestoritele üksikisikute ees kohustusi ei pane, siis ei ole võimalik ka mitmepoolset kohtusüsteemi siseriikliku õiguse alusel tekkivate õiguste/kohustuste kohaldamiseks rakendada. Riigid saavad investorite vastu nõudeid esitada samamoodi nagu praegugi ehk siis vastuhagide esitamise läbi. Seega ei lahenda rahvusvahelise konventsiooni alusel mitmepoolse kohtu loomine küsimust investorite eelistamisest teiste õigussubjektide ees.

Investeerimisarbitraažile heideti ka ette, et investeerimislepingutega antakse investoritele ebaproportsionaalselt suured õigused ilma vastavate kohustusteta ning investeerimislepingutega riigile kaasnev kasu on olematu. Riigid lootsid investeerimislepingute sõlmimisega suurendada oluliselt välisinvesteeringute mahtu, kuid investeerimislepingute ning investeeringute mahu seose kohta tehtud empiirilised uuringud ei ole kinnitanud üksühest seost. Selle valguses ei pea kriitikud kohtu loomist üldse vajalikuks ning soovivad investeerimisarbitraaži kui süsteemi üldse ära kaotada. Kui investeeringute kaitse lepingud ei ole seni osutanud positiivset mõju välisinvesteeringute mõju kasvule, siis ei ole usutav, et kohtu loomine märgatavalt investeerimisvoogusid suurendaks. Küll aga aitab investeerimisvaidluste lahendamise kohtu rajamine veelgi ühtlustada riikide praktikat välismaalaste kohtlemise osas ning tagab erapooletu foorumi rahvusvaheliste vaidluste lahendamiseks, mis vähendab eelduslikult riikidevahelisi võimalikke arusaamatusi ning konflikte välismaalaste kohtlemise osas. Seni kuni selline arusaam ka investeerimisarbitraaži kriitikuteni ei jõua, on võimatu tagada kohtusüsteemi sotsiaalset legitiimsust. Investeerimislepingutele annaks kriitikute silmis

¹⁹¹ *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, UNCITRAL Award on Jurisdiction [1998].

uue hingamise see, kui need sisaldaksid kohustusi ka välisinvestoritele investeringu sihtriigis tegutsedes välisinvestori tegevusest mõjutatud kohalike ees. Üksnes menetluslike aspekte käsitleva konventsiooniga kohtu rajamiseks aga seda küsimust lahendada ei saa.

Eeltoodust tulenevalt ei vasta Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks investeerimisarbitraaži kriitikute kõigile etteheidetele süsteemi sisulise toimimise osas. Üksnes menetluslike küsimusi adresseeriva konventsiooni vastuvõtmisega ei ole võimalik adresseerida avalikkuse muret riigi suveräänsuse piiramise osas ega laiendada investeerimislepingutes sisalduvaid investorite kohustusi. Küll aga võimaldaks kohus suurendada arengumaade võimalusi oma õiguste efektiivsemaks kaitsmiseks menetluse käigus ning seega vähendada arenenud riikide ja arengumaade vahelist ebavõrdsust. Samuti aitaks kohus veelgi tõhustada investeerimislepingute eesmärki hea valitsemistava järgimiseks.

2.1.2. Menetluslik kriitika

Vastavalt esimeses peatükis analüüsitud olid kriitikute meelest peamisteks menetluslikeks puudusteks süsteemis järjepidevuse ning edasikaebamisvõimaluse puudumine, kahtlused arbitride erapooletuses ja läbipaistvuse probleemid. Analüüsin käesolevas alapeatükis, kas Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks lahendab investeerimisarbitraažis kriitikute sõnul esinevad menetluslikud probleemid.

Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioonil on mitmed eeldused, et lahendada ammendavalt kriitikute etteheited süsteemi menetluslike puuduste kohta. Komisjoni nägemuse kohaselt oleks loodav kohus kaheastmeline ehk vaidluse osapooltel oleks võimalus esimese astme otsuse peale apellatsioon esitada. Komisjon analüüsis apellatsioonimehhanismi tööks nii varianti, et apellatsiooniastmes vaadatakse vaidlus tervikuna uuesti läbi kui ka varianti, et apellatsiooniastmes kontrollitakse ainult oluliste menetluslike ning faktiivide tegemist. Tagamaks menetluse läbiviimist mõistliku aja jooksul osutus eelistatumaks see, et apellatsioonitribunal vaatab üle ainult olulisemad õigus- ja loogikavead, mitte ei lahenda asja tervenisti uuesti.¹⁹² Vaidlusi lahendaksid kogenud kohtunikud, keda tasustatakse sõltumatult töömahust alaliselt ning kes määratakse kaasuseid lahendama juhuslikkuse alusel. Kohtunike tegevust toetaks alaline sekretariaat.¹⁹³

Järjepidevus on investeerimisarbitraaži puhul probleemiks eelkõige seepärast, et iga vaidluse

¹⁹² Commission Staff Working Document. Impact Assessment. (n 182) 48.

¹⁹³ ibid 29, 47.

lahendamiseks moodustatakse uus vahekohus, puudub õiguspraktikat ühtlustav apellatsiooniate ning kohustus järgida pretsedenti. Alalise vahekohtu loomine muudaks süsteemi kindlasti järjepidevamaks. Hoolimata ametlikust pretsedendiõiguse puudumisest kujundaks kohus vaidlusalustes õigusküsimustes ühtse arusaama ning lähtuks sellest erinevate vaidluste lahendamisel. Vastuoluliste otsuste väljastamise risk oleks minimaalne. Siiski ei ole see lahendus täielik, sest alaline kohus kohaldaks jätkuvalt igale vaidlusele erinevat investeringute kaitse lepingut, sõltudes vaidluse osapooltest. Nagu eelnevalt kirjeldatud, sisaldavad investeerimislepingud küll sisuliselt ühesuguseid kaitsestandardeid, kuid neid tuleb tõlgendada süsteemselt kooskõlas vastava lepingu ülejäänud sätete ja mõttega. Alaline kohus looks ühtlustatud kohtupraktika ning apellatsioonikoda tagaks otsuste järjepidevuse.

Alaline vahekohus on vastuseks peamiselt just vahekohtumenetluse erapooletust kahtluse alla seadnud kriitikale. Euroopa Komisjoni ettepaneku kohaselt võiksid kohtunikud töötada kohtus alaliselt ning tegutsemine samal ajal esindajana mõnes teises vahekohtumenetluses ei ole lubatud ning töö alalisest olemusest tulenevalt ka vajalik. Kohtu eelis vahekohtumenetluse ees on ka see, et kohtunikud määratakse vaidlusi lahendama juhuslikkuse alusel. Eemaldades vahekohtumenetluse arbiteride valimise vajalikkuse etapi on juba toimunud suur kulude kokkuhoid, sest vahekohtumenetluses on tavapärane, et pooled kulutavad nädalaid sobivate vahekohtunike kohta taustauuringute tegemiseks ning väljavalimiseks. Eelduslikult ei ole ühelgi kohtunikul ka väljakujunenud eelistust kas riikide või vastupidiselt investorite suhtes, mis tagaks mõlemale poolele võrdsed võimalused iga kohtuasja kuulava kohtuniku ees oma seisukohtade esitamiseks ning ärakuulamiseks. Alalise investeerimisõiguse kohtu loomine lahendab vahekohtunike erapooletuse probleemi.

Edasikaebamisvõimaluse tagamine on samuti üks alalise vahekohtu loomise peamisi eesmärgi. Alaline vahekohus on edasikaebamisvõimaluse loomiseks ka parim variant, vastandina eraldiseisva apellatsioonimehhanismi loomisele näiteks ICSIDi konventsiooni raames ja selle alusel, sest on kulu- ja ajatõhusam. Kohtunikud apellatsioonkaebuse ärakuulamiseks on juba kohtu palgal olemas ning seega puudub vajadus kokku panna eraldi tribunali. Samuti saab kohtu raames tagada võimaluse asi uuesti esimesse astmesse arutamisele saata ilma, et peaks alustama täiesti uut vahekohtumenetlust, vaid tegeleda saaks ainult esimesel korral valesti läinud menetluslike või faktiliste asjaoludega. Sotsiaalse legitiimsuse aspektist on menetluse üle järelevalve olemasolu üks olulisemaid kriteeriume õigustumõistmise puhul, sest tagab, et oluliste vigadega otsused ei jää kehtima ega jõua täitmiseni.

Läbipaistvuse suurendamine on samuti üks peamisi ajendeid mitmepoolse investeerimiskohtu loomiseks. Nagu eelnevalt analüüsitud, kahjustab sotsiaalset legitiimsust muu hulgas ka see, kui investorite ja riikide vahel toimuvates menetlustes sõlmitakse kokkulepped ja kompromissid suletud uste taga. See puudutab eelkõige olukordi, kus menetluse asjaolud ning riigi vastu toodud nõude sisu avalikkuseni ei jõuagi enne kui pooled sõlmivad kompromissi. Selline korraldus põhjustab usalduse kaotust, kuivõrd avalikkuse eest jäävad saladuseks nii riigi võimalikud rikkumised kui ka maksumaksja raha eest tehtud väljamaksete suurus ning muud võimalikud negatiivsed tagajärjed. Euroopa Komisjoni ettepanek ei ole selles osas piisavalt detailne, et kindlaks teha, kas kohtu loomisel adresseeritakse läbipaistvuse küsimuse puhul ka kompromissiga menetluse lõpetamise asjaolude avalikustamist. Sotsiaalse legitiimsuse suurendamiseks oleks tarvilik kehtestada kohustus avaldada ka kompromissi sõlmimise puhul vaidluse olemus ja asjaolud. Kuivõrd aga läbipaistvuse tagamine on üks peamisi eesmärke kohtu rajamiseks, võib eeldada, et seda probleemi adresseeritakse ammendavalt kohtu rajamise konventsioonis.

Eeltoodust tulenevalt vastab Euroopa Komisjoni väljapakutud konventsioon alalise investeerimiskohtu loomiseks üldplaanis investeerimisarbitraaži kriitikute menetluslikele etteheidetele. Kohtu statuudiga on võimalik adresseerida ka spetsiifilisemaid murekohti, mida esialgses idee püstitamise faasis veel käsitletud ei ole. Kohtu loomine legitimeeriks investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi menetluslikud aspektid.

Kuigi Euroopa Komisjoni ettepanek alalise kohtu loomise konventsiooni vastuvõtmiseks (ilma investeeringute kaitse standardeid muutmata) adresseerib ammendavalt kriitikute etteheiteid investeerimisarbitraaži menetluslike puudujääkide kohta, ei saa sama öelda sisuliste etteheidete kohta. Kohtu loomisega saab eelkõige lahenduse vahekohtunike erapooletuse küsimus, sest puudub põhjus vahekohtunike nimetamist ning nende otsuste tegemise motiive seostada rahaliste kaalutlustega. Alalises kohtus oleks olemas apellatsiooni esitamise võimalus, mis on laiem kui praegu vahekohtumenetluses olemas olev võimalus otsuse tühistamist või täitmisest keeldumist taotleda. Apellatsioonimehhanism toob loodetavasti ka soovitud järjepidevuse investeerimiskohtu otsustesse ning seega muudab vaidluste lahendamise ettenähtavamaks nii riikidele kui ka investoritele. Konventsioon ei lahenda aga küsimust investeerimislepingute ühepoolsuse ega riigi suveräänsuse piiramise kohta.

Kuivõrd konventsiooniga ei adresseerita piisavalt kriitikute etteheiteid süsteemi sisulistele puudujääkidele, siis on sellise konventsiooni vastuvõtmine poolik lahendus. Mitmed

kodanikuorganisatsioonid on juba Euroopa Komisjoni plaani vastu ka sõna võtnud, öeldes, et Euroopa Komisjoni väljapakutud kohtu loomine ainult institutsionaliseeriks senise puuduliku süsteemi, kus suurkorporatsioonid saavad oma kasumi kaitseks riikide vastu nõudeid esitada ning ei lahenda tegelikke muresid.¹⁹⁴ Gus van Harten on toonud välja, et investeerimisarbitraaži süsteemi reformimisest oleks kasu ainult sellisel juhul, kui sellega tagatakse kohtunike erapooletus, ligipääs kõigile puudutatud kolmandatele isikutele, tasakaal investorite õiguste ja kohustuste vahel ja austus siseriiklike kohtute vastu (ehk nõue läbida siseriiklik menetlus).¹⁹⁵ Kuna Euroopa Komisjoni plaan alalise investeerimiskohtu loomiseks ei adresseeri kõiki kriitikute etteheiteid praegusele süsteemile, siis ei pruugi kohtu rajamine tuua investeeringute lahendamise süsteemile loodetud poolehoidu. Sotsiaalne legitiimsus ehk avalikkuse toetus kohtu tegutsemisele on rahvusvahelise kohtu edukaks toimimiseks ning kohtu otsuste täitmise tagamiseks asendamatu. Kuivõrd alalise kohtu loomine ei vasta kriitikute etteheidetele süsteemi sisuliste puudujääkide osas, siis analüüsin järgmisena võimalust asendada investori-riigi vaidluste siduv lahendamine lepitusmenetlusega.

2.2. Lepitusmenetlus

Kolmanda alternatiivina on investorite-riikide vaheliste vaidluste lahendamiseks kaalutud alternatiivsete vaidluste lahendamise meetodite kasutamist. Üks võimalus on asendada praegune siduv arbitraaž lepitusmenetlusega. Järgnevalt analüüsin, kas praeguse investeerimisarbitraažil põhinevast süsteemist loobumine ning lepitusmenetlusega asendamine lahendab praegused investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi sisulised ja menetluslikud puudujäägid ning tagab seega investeerimisõiguse sotsiaalse legitiimsuse.

2.2.1. Sisuline kriitika

Investeerimisarbitraaži süsteemi sisulise toimimise etteheited olid järgnevad: esiteks asümmeetria arenenud riikide ning arengumaade õiguste vahel, teiseks riigi reguleerimisõiguse piiramine, kolmandaks kahtlused selles, kas investeerimislepingud üldse täidavad eesmärki, milleks need loodi, ning neljandaks investeerimislepingute ühepoolsus. Järgnevalt kirjeldan lühidalt lepitusmenetluse olemust ning seejärel analüüsin, kuidas vastaks arbitraaži asendamine lepitusmenetluse süsteemiga avalikkuse vastuväidetele arbitraaži puudujääkide kohta.

¹⁹⁴ L. Hughes. A World Court for Corporations. How the EU Plans to Entrench and Institutionalize Investor-State Dispute Settlement. Seattle to Brussels Network, Rosa Luxemburg Stiftung, CIEL 2017 <<http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/WORLDCOURT-UK-WWW.pdf>> 17. 03. 2018.

¹⁹⁵ G. van Harten. Is It Time to Redesign or Terminate Investor-State Arbitration?. Centre for International Governance Innovation. 11 April 2017 <<https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration>> 18. 03. 2018.

Lepitusmenetlus on mittesiduv vaidluste lahendamise võimalus, kus poolte seisukohtasid vahendab erapooletu lepitaja. Lepitaja eesmärk on välja selgitada vaidluse asjaolud ning pakkuda vaidluse lahendamiseks sobivaid lahendusi, aidates pooltel ületada erimeelsused.¹⁹⁶ Juba on olemas institutsionaalsed lepitusmenetluse läbiviimise reeglid nagu ICSIDi lepitusmenetluse reeglid. Senini ei ole ICSIDi reeglite alusel lepitusmenetluse läbiviimine väga suurt populaarsust kogunud, sest selle tulem ei ole pooltele siduv – puudub kohustus kokkulepet täita.¹⁹⁷ Täitmisest keeldumise puhul peab investor ikkagi algatama vahekohtumenetluse.

Arenenud riikide ja arengumaade õiguste asümmeetria avaldub kriitikute meelest peamiselt just investeerimislepingutega seatud eesmärgis – kaitsta arenenud maadest pärit investorite investeeringuid arengumaades - ning nendega antud sisulistes kaitsestandardites, mitte niivõrd investorite õiguses algatada vahekohtumenetlus. Lepitusmenetlus ei vähenda võimalikku ebavõrdsust arenenud ning arengumaade vahel, sest investorid, kes nõudeid esitavad, on jätkuvalt samad - tavapäraselt pärit just arenenud riikidest. Küll aga võib asümmeetria tänu lepitusmenetluse kasutuselevõtmisele väheneda selles osas, et lepitusmenetluses osalemine on vabatahtlik ning riigid ei ole praegustes investeeringu kaitse lepingutes sellist nõusolekut etteulatavalt andnud, mis tähendab, et puudub siduv kohustus menetluses üldse osalemiseks. Täiendavalt on ka lepitusmenetluse kulud madalamad kui vahekohtumenetluses, sest tegemist on tavapäraselt lühema menetlusega, kus ei esitata pikki menetlusdokumente ning ei toimu ajamahukat tõendite kogumise protsessi. Samuti puudub vajadus spetsiifilise investeerimisõiguse teadmistepagasi järele, sest eelduslikult tagab selle erapooletu lepitaja. Lepitusmenetluse kuluefektiivsus teeb vaidluste lahendamise arengumaade jaoks lihtsamaks ning kokkuvõttes siiski vähendab võimalikku vahendite ebavõrdsusest tulenevat asümmeetriat arenenud riikide ja arengumaade vahel.

Riigi reguleerimisõigus lepitusmenetluse võimaldamisega oluliselt ei laieneks. Vahekohtumenetluse käigus ei saa vahekohus sundida riiki kahju hüvitamiseks teatud meetet vastu võtma või mingit regulatsiooni tühistama. Tribunali õigused piirduvad tavapäraselt üksnes kahjuhüvitise väljamõistmisega. Lepitusmenetluse käigus võib aga lepitaja alternatiivse lahendusena pakkuda välja investorit kahjustanud regulatiivset meetet puudutavaid abinõusid ning seega kutsuda üles riiki regulatiivset meetet muutma, tuues sellega kaasa kardetud mõju riigi õigusele oma suva järgi õigusakte välja anda. Vähenema peaks riikide hirm suurte

¹⁹⁶ UNCTAD. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. – UNCTAD series on Investment Policies for Development [2010] 27.

¹⁹⁷ L. Nurick, S.J. Schnably. The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago. – ICSID Review 1986/1 340. 342.

kahjuhüvitiste maksmise kohustuse tekkimise üle, sest lepitusmenetluses, erinevalt vahekohtumenetlusega, on osapooltel suurem kontroll lõpliku kahjuhüvitise suuruse üle. Täiendavalt ei saa lepitusmenetluse puhul väita, et riik on loovutanud oma õigusmõistmise monopoli osaliselt rahvusvahelisele organile, kelle tegevuse üle riigil kontroll puudub. Lepitusmenetlus vastab sellele murele eelkõige kahe omadusega. Esiteks, lepitusmenetluses osalemiseks ei ole riik etteulatuvat nõusolekut andnud, vaid võib vaidlusepõhiselt otsustada, kas üldse soovib menetluses osaleda või ei. Teiseks, lepitusmenetlus on läbirääkimiste vahendatud vorm, mille läbiviimiseks kaasatakse kolmas erapooletu isik, kellel ei ole õigust teha osapooltele siduvaid otsuseid, mida tunnustatakse teistes riikides. Lepitusmenetluse võimaluse loomine investoritele ei piira riigi monopoli õigusmõistmise valdkonnas ning vastab seega kriitikute muredele.

Investeeringulepingute eesmärgipärasusele võib vahekohtumenetluse asendamine lepitusmenetlusega isegi pigem negatiivset mõju avaldada. Kuivõrd praegune vahekohtumenetluse süsteem on investorite seas palju kasutust leidnud, sest realselt tagab neile riigi õigusrikkumise puhul efektiivse õiguskaitse, siis lepitusmenetlus, mille lahend ei ole pooltele siduv, ei pruugi olla sama populaarne. Kui investorid ei taju seda vaidluste lahendamise võimalust piisavalt hästi toimivana, võib see põhjustada investeerimismahtude vähenemise. Kui investeeringulepingute eesmärgiks pidada aga õigusrikkumise ja hea valitsemistava põhimõtete levitamist, siis võib samuti nõrgem investorite kaitse mittekohustusliku lepitusmenetluse tõttu eesmärgile kahjulikult mõjuda, sest õiguste rikkumine ei võimalda enam saada riigi vastu täidetav otsus ning kahjuhüvitamine jääb riigi enda otsustada. Vahekohtumenetluse asendamine lepitusmenetlusega ei lahenda ka investeerimislepingute ühepoolsuse probleemi. Investoritel puuduks igasugune motivatsioon või kohustus kohalike investori tegevuse tõttu kahju kannatanud isikutega lepitusmenetlusse astuda.

Lepitusmenetlus on üldjoontes investeerimisarbitraaži kriitikutele meelepärane lahendus, sest tegemist ei ole järjekordse kohtuga, mida nähakse kui riikide suveräänsust piirava asutusena. Lepitusmenetlus vähendab investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi mõjuvõimu, sest lepitusmenetluse käigus ei ole võimalik investoril riigi vastu saada siseriiklikes kohtutes siduv otsus. Praeguse süsteemi etteheidetest vastabki lepitusmenetlus peamiselt riigi suveräänsuse piiramise kriitikale, sest lepitusmenetluses osalemisega ei anna riik ära oma kohtupidamise ainuõigust, vaid loob ainult alternatiivse võimaluse vaidluste lahendamiseks. Ilmselt väheneks ka menetluslik asümmeetria arengumaade ja arenenud maade vahel, sest lepitusmenetluse läbitegemine ei nõua niivõrd spetsiifilisi eriteadmisi ning suurt

eelarvet, mida arengumaadel on vahekohtumenetluses keerulisem tagada. Küll aga jäävad investorite kaitse sisulised standardid jätkuvalt kehtima, mis tähendaks, et ka lepitusmenetlus oleks jätkuvalt ühepoolne ning täiendavaid õigusi sellega ei anta. Vahekohtumenetluse asendamine lepitusmenetlusega võib negatiivset mõju omada ka investeerimislepingute eesmärgi saavutamisele, sest investorite kaitse vähenemisega võivad väheneda investeringute mahud ning riikide motivatsioon hea valitsemistava järgimiseks.

2.2.2. Menetluslik kriitika

Vastavalt esimeses peatükis analüüsitule olid kriitikute meelest peamisteks menetluslikeks puudusteks süsteemis järjepidevuse ning edasikaebamisvõimaluse puudumine, kahtlused arbiteride erapooletuses ja läbipaistvuse probleemid. Analüüsin järgnevalt, kas investeerimisvaidluste lahendamiseks kohustusliku vahekohtumenetluse asendamine lepitusmenetlusega lahendab investeerimisarbitraažis kriitikute sõnul esinevad menetluslikud probleemid.

Investeerimisarbitraaži võrdlemisel lepitusmenetlusega tuleb arvesse võtta nende olemuslikku erinevust. Paljud vahekohtumenetlusele tehtud etteheited ei ole ülekantavad lepitusmenetlusele ning lepitusmenetlus võib endaga kaasa tuua uued eespool käsitlemata etteheited. Näiteks ei ole lepitusmenetluse tulemiks mitte otsus, vaid pooltevaheline kokkulepe. Kui kokkulepe ka paberile kirja pandaks, siis oleks tegemist üksnes faktilistes asjaoludes kokkuleppimises, mitte õiguse tõlgendamises. Lepitusmenetlus ei suurendaks seega kuidagi investeerimisõiguse standardite järjepidevat tõlgendamist. Aga et vaidlus püütakse lepitusmenetluses lahendada peaaesjalikult faktilise pinna põhjal, laskumata õiguse tõlgendamise detailidesse, puudub pooltel vajadus võtta endale õigusnõustajad ning menetluse toimuks seega eelduslikult kiiremini ja kordades odavamalt.

Kuna lepitusmenetluse tulem on oma olemuselt kokkuleppeline, tegemist ei ole täitedokumentiga, siis puudub põhjus seda edasi kaevata. Lepitusmenetluse puhul puuduks seega vajadus traditsioonilise apellatsioonimehhanismi järele. Poolte rahulolematuse korral tulemiga või läbirääkimiste luhtumise korral peaks olema võimalus pöörduda siiski vahekohtu või kohtu poole. Selline võimalus on ette nähtud näiteks Araabiamaade Investeerimislepinguga, mis soodustabki esmalt lepitusmenetluse poole pöördumist ning alles teisejärgulisena kohtusse pöördumist.

Erapooletuse probleemi adresseerimine sõltub sellest, kes tegeleksid investeerimisvaidluste

lepitajatena. Lepitajad peaksid olema pikaajase kogemuse ja põhjalike investeerimisõiguslaste teadmistega, mis tähendab, et lepitajate valik on samuti piiratud investeerimisõigusele spetsialiseerunud rahvusvaheliste ekspertidega, kes tegelevad ka praegu vahekohtunikena. Erapooletuse tagamiseks oleks seega sarnaselt Euroopa Komisjoni väljakäidud ideega alalise kohtu loomiseks vajalik alalise ning regulaarse tasustamissüsteemiga lepitajate paneeli loomine. Lepitajad peaksid loobuma tegutsemisest õigusnõustajatena teistes investeerimisvaidlustes, et tagada oma täielik erapooletus.

Lepitusmenetluse läbipaistvus sõltub suuresti lepitusmenetluse toimumise viisist ja osapoolte tahtest. Tavapäraselt on investeerimisvaidluste lahendamisel peetavad kompromiss-läbirääkimised selle kõige salajasem ja vähem läbipaistvam osa. Lepitusmenetluse eesmärk ongi vaidluse lahendamine läbirääkimiste teel. Läbirääkimiste protsessi on avalikkust palju keerulisem kaasata kui (vahe)kohtumenetluse, kus on võimalik avaldada lisaks vaidluse algatamise faktile ka poolte menetlusedokumendid ja istung avalikult läbi viia. Samuti saab avalikustada otsuse, kus on otsuseni viinud detailne põhjendus kohalduva õiguse ning asjaolude tõlgendusega. Läbirääkimiste protsessi avalikkusele kättesaadavaks tegemine võib vähendada selle efektiivsust, kuivõrd suurema avalikkuse tähelepanu all loobuvad pooled oma jäikadest seisukohtadest väiksema tõenäosusega ning ei pruugigi kokkuleppele jõuda. Seega ei ole lepitusmenetlus investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise läbipaistvuse saavutamiseks sobilik lahendus.

Menetluslikult on lepitusmenetlus vahekohtumenetlusest suuresti erinev lahendus, mis soodustab pooltevahelist kokkulepet autoriteetse õigustõlgenduse asemel. Kuivõrd kokkulepped on faktipõhised, ei saa lepitusmenetluse tulemitest kujuneda mingit läbivat praktikat ning juhtnööre investoritele/riikidele tulevastes menetlustes. Kui kaotada ära investori õigus pöörduda vahekohtusse ka siis, kui lepitusmenetlus läbi kukub, siis puudub igasugune edasikaebamise võimalus. Küsitav on ka see, kuidas on võimalik tagada lepitusmenetluse üle piisav avalikkuse kontroll. Olemuslikult on lepitamine kinnine menetlus, mille edukus või läbikukkumine võib sõltuda paljuski sellest, kas pooled saavad oma kokkulepet salajas hoida. Salajasus ja läbipaistvuse puudumine on oluline puudujääk ning kahjustab investeerimisõiguse süsteemi sotsiaalset legitiimsust.

Vahekohtumenetlusel põhineva süsteemi asendamine lepitusmenetlusega ei lahenda kõiki praeguses süsteemis sisalduvaid murekohti ning võib neid isegi juurde tekitada. Peamiseks lahendamata küsimusteks jäid investeeringute kaitse lepingute ühepoolsus,

investeeringulepingutega taotletava eesmärgi saavutamise tõenäosuse vähenemine ning kahtlused vaidluste lahendamise süsteemi ebapiisava avalikkuse kohta. Vahekohtumenetluse asendamine lepitusmenetlusega ei oleks meelepärane ka investoritele, sest tähendaks nende õiguste olulist vähenemist. Nimetatud põhjustel ei ole lepitusmenetlus eelistatud meetod investeeringuvaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimiseks. Et lepitusmenetlus ei osutunud samuti sobivaks lahenduseks investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi legitimeerimiseks, analüüsin järgmisena, kas kriitikale vastab paremini võimalus luua konventsioon kohtu rajamiseks koos investeeringute kaitse sätetega.

2.3. Konventsioon alalise investeeringukohtu loomiseks koos investeeringute kaitse sisuliste standarditega

Eelnevast peatükist nähtub, et lepitusmenetlus vastaks mitmele investori-riigi vahekohtumenetluse süsteemile tehtud sisulisele etteheitele, kuid ei käsitleks siiski kõiki probleeme ammendavalt. Ka investeeringuvaidluste lahendamiseks alalise kohtu loomine adresseerib mitmeid olulisi menetluslike probleeme, mille kriitikud on praeguses vahekohtumenetlusel põhineva süsteemi puhul välja toonud. Küll aga jätab üksnes investeeringuvaidlusi lahendava kohtu protseduurilisi aspekte reguleeriv konventsioon lahenduseta kriitikute mured investeeringulepingute sisuliste puudujääkide kohta. Sotsiaalse legitiimsuse tagamiseks peab valitud meetod adresseerima ka huvigruppide väljatoodud etteheiteid süsteemi olemuslike aspektide kohta.

Üks alternatiivne võimalus Euroopa Komisjoni välja pakutud konventsioonile on veelgi ambitsioonikam idee mitte piirduda ainult menetluslike küsimuste reguleerimisega, vaid leppida kokku ka investorite kaitse sisulistes sätetes. Järgnevalt analüüsin, kas investeeringute kaitse sisulisi sätteid sisaldava mitmepoolse konventsiooniga on võimalik lahendada praegused väidetavad süsteemi olemuslikud ja menetluslikud puudujäägid ning tagada seega investeeringuõiguse sotsiaalne legitiimsus. Kui leiab kinnitust, et selline lahendus lahendaks kriitikute väljatoodud probleemid, siis uurin, miks sellise konventsiooni vastuvõtmine varasemalt õnnestunud ei ole ning kas poliitiline situatsioon võiks olla sobiv uue mitmepoolse konventsiooni sõlmimise katsetamiseks.

2.3.1. Sisuline kriitika

Süsteemi sisulise toimimise etteheited olid järgnevad: esiteks asümmeetria arenenud riikide ning arengumaade õiguste vahel, teiseks riigi reguleerimisõiguse piiramine, kolmandaks kahtlused selles, kas investeeringulepingud üldse täidavad eesmärgi, milleks need loodi, ning

neljandaks investeerimislepingute ühepoolsus. Analüüsin järgnevalt, kuidas vastaks laiapõhjalise sisulisi kaitsestandardeid sisaldava rahvusvahelise lepingu sõlmimine huvigruppide kriitikale praegusele süsteemi toimimisele.

Uue sisulisi kaitseähteid sisaldava konventsiooni vastuvõtmine võimaldaks täielikult ümber teha senise investeringute kaitse süsteemi. Kehtivate investeerimislepingute lõpetamine tähendaks lõppu ka süüdistustele lepingute sõlmimise asümmeetriliste motiivide kohta. Uue konventsiooni sõlmimisel näiteks Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni egiidi all tagaks võimalikult paljudele huvitatud riikidele võimaluse oma seisukohti avaldada. Kui kahepoolsete investeerimislepingute puhul on tavapärase mudel see, et tugevam ning peamiselt oma välisinvestorite kaitsest huvitatud riik on läbirääkimistel võimupositsioonil, siis mitmepoolse konventsiooni läbirääkimistel ei jaotu võimujooned nii üksüheselt ning arengumaadel on võimalik oma seisukohtade eest ühise rindena paremini seista.

Uue konventsiooni sõlmimine piirab paratamatult riigi suveräänsust teatud määral. Küll aga on võimalik uue konventsiooni sõlmimisel võtta arvesse senist vahekohtumenetluse praktikat, et kindlaks teha, kuidas investorid on varasemalt investeerimisvaidluste lahendamise süsteemi kasutanud ning vajadusel seada piirangud riikidele sobimatute viiside kasutamiseks. Võimalik on sõnaselgelt kinnitada riikide õigust avalikes huvides seadusi luua ning välistada teatud juhtudel investorite võimalus kohtusse pöörduda. Samuti on võimalik konventsiooniga ette näha kohustus läbida siseriiklikud kohtuastmed ning investorite kaitseks välistada see kohustus juhaks kui siseriiklikust kohtust ei ole võimalik mingil põhjusel mõistliku aja jooksul õiglast lahendit saada.

Praeguse süsteemi üks etteheidetest on see, et investeringute kaitse lepingud ei täida oma eesmärki suurendada investeringute tegemist lepingu sõlminud riikide vahel. Uue konventsiooni sõlmimisega on võimalik seada uus eesmärk, mis ei pea piirduma investeringute suurendamisega või isegi välisinvestorite kohtlemist sätestava standardi ühtlustamisega. Eesmärk võiks olla veelgi suurem – hea valitsemistava juurutamine ning õigusele ja õiglusele tugineva maailmakorra levitamine. Nii ei saa konventsioonist kasu ainult investorid, vaid ka ühiskond tervikuna isegi siis kui puudub võimalus empiiriliselt mõõta konventsiooni mõju investeringute suurenemisele.

Sisulisi välisinvesteringute kaitse standardeid sisaldav konventsioon ei pea piirduma või põhinema ainult senistel investeringute kaitse lepingute mudelitel, vaid selle reguleerimisala

saab riikide huvi korral laiendada ka välisinvestorite kohustustega. See on võimalus murda välja rahvusvahelise õiguse fragmenteerumise probleemist ning ühendada endas inimõiguste tagamise ja investeringute kaitse eesmärgid. Investorite kohustused võivad olla võlgnetavad nii riikidele kui ka üksikisikutele. Need kohustused ei oleks rohkemad või karmimad kui arenenud õigusruumis tegutsevate äriühingute miinimumkäitumise nõuded ning ei tohiks seega avaldada negatiivset mõju välisinvesteeringute tegemisele. Mida suurem arv riike konventsiooniga liitub, seda homogeensem on välisinvestorit ees ootav riigi õiguskord ning investoril puudub võimalus üht riiki teisele eelistades tervishoiu või keskkonnaalaste standardite järgimisel kokku hoida.

Sisulisi kaitsestandardeid sisaldava konventsiooni vastuvõtmine võimaldaks seega vastata kõikidele kriitikute vastuväidetele ning luua investeerimisõigusest sotsiaalselt legitiimne ning investoritele piisava kaitse tagav ülemaailmne õiguskord.

2.3.2. Menetluslik kriitika

Eelmises alapeatükis arutasin, kuidas seniste investeerimislepingute asendamine sisulise konventsiooniga adresseeriks ammendavalt kriitikute etteheited investeerimisarbitraažile. Selline laiapõhjaline konventsioon oleks menetluslike kohtupidamise aspektide poolest siiski sarnane Euroopa Komisjoni väljapakutud parendustega. Et eelnevalt on juba analüüsitud, et vahekohtumenetluse asendamine alalise kohtuga ning apellatsioonimehhanismi loomine vastab kriitikute etteheidetele ning tagab sotsiaalse legitiimsuse, siis puudub vajadus seda praeguses alapeatükis korrata, sest arutluskäik ja järeldus on samad. Euroopa Komisjoni ettepaneku laiendamine viisil, et sõlmitav konventsioon ei asendaks mitte ainult investeerimislepingus sisalduvat vahekohtumenetluse korda vaid ka lepinguid sisuliselt, lahendaks huvigruppide silmis esinevad puudujäägid investeerimisarbitraaži menetluslikes aspektides.

Nii sisulisi kui ka menetluslikke reegleid sisaldava mitmepoolse konventsiooni vastuvõtmine võimaldaks seega ammendavalt adresseerida kriitikute väljatoodud sisulisi ja protseduurilisi puudujääke praeguses investorite-riigi vahelises vaidluste lahendamise süsteemis. Sellise konventsiooni loomine ning elluviimine tagaks eelduslikult investeerimisõiguse sotsiaalse legitiimsuse. Küll aga tuleb arvestada, et kirjeldatud konventsiooni vastuvõtmine on võrreldes eelneva kahe variandiga poliitiliselt palju keerukam, sest kujutab endast seni kehtiva süsteemi täielikku ümbertegemist. Sisulisi kaitsestandardeid reguleeriva konventsiooni vastuvõtmine on olnud varem mitu korda teemaks, kuid ei ole erinevatel põhjustel õnnestunud. Sel põhjusel teen järgnevalt ülevaate varasemalt peetud poliitilistest läbirääkimistest sellise konventsiooni

vastuvõtmiseks ning analüüsin, kas tänane olukord on piisavalt erinev, et teha veel üks katse konventsiooni vastuvõtmiseks.

Ajaloolisi katseid mitmepoolse investeeringute kaitse konventsiooni sõlmimiseks on olnud mitmeid. Pärast Teist Maailmasõda pidasid riigid investeeringute kaitse standardite üle läbirääkimisi näiteks väljapakutud, kuid mitte kunagi ellu kutsutud rahvusvahelise kaubandusorganisatsiooni raames.¹⁹⁸ Algatusi investeeringute kaitse raamistiku loomiseks tegid ka erinevad valitsusevälised organisatsioonid nagu Rahvusvaheline Kaubanduskoda, Rahvusvahelise Õiguse Assotsiatsioon ning ka eraisikud.¹⁹⁹ Viimane tõsiseltvõetavam katse konventsiooni loomiseks lõppes 1998. aastal, mil luhtus konsensuse puudumise tõttu Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioonis (OECD) esitatud ettepanek mitmepoolse investeeringute kaitse sätteid sisaldava konventsiooni vastuvõtmiseks.²⁰⁰ Konventsiooni läbirääkimiste ajal avalikustati mitu NAFTA alusel tehtud vahekohtuotsust, kus tuvastati riigi rikkumine, ning see põhjustas esimese tagasilöögi avalikkuse hinnangus süsteemi toimise aluseks olevatesse sisulistesse ja menetluslikesse standarditesse.²⁰¹ Kodanikuorganisatsioonide vastupanu konventsiooni sõlmimisele oligi ilmselt selle sõlmimise ebaõnnestumise põhjuseks.

Siiski ei ole kõik selletaolised algatused ebaõnnestunud. 22 Araabia Liigasse kuuluva riigi ja nende kodanike vahelisi välisinvesteeringuid puudutavaid suhteid reguleerib Araabiamaade Investeerimisleping. Nimetatud lepingu kohaselt ja alusel on loodud ka investeeringutest tekkivate vaidluste lahendamiseks Araabia Investeerimiskohus. Investeerimiskohus oli küll algselt pikalt mitteaktiivne ja alles saab oma hoogu sisse, kuid aeglast algust võib pidada uute rahvusvaheliste kohtute loomise puhul tavaliseks. Araabia Investeerimiskohut on välja pakutud ka positiivse eeskujuna Euroopa Komisjoni ettepaneku realiseerimiseks ja kohtu loomiseks.²⁰²

Araabia Investeerimiskohtu aluseks olev Araabiamaade Investeerimisleping ei sisalda mitte ainult protseduurilisi sätteid kohtu toimimise korraldamiseks, vaid reguleerib ka investeeringute kaitse sisulist poolt. Keelatud on investeeringute sundvõõrandamine ning üleüldine omandiõiguse rikkumine ilma sobiva kompensatsioonita (Artikkel 9), investoreid ja

¹⁹⁸ Newcombe, Paradell (n 56) 20.

¹⁹⁹ ibid 20–22.

²⁰⁰ Multilateral Agreement on Investment. 22 April 1988 Draft Consolidated Text.- DAFPE/MAI(98)7/REV1. Arvuti võrgus kättesaadav: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (23.04.2018).

²⁰¹ Newcombe, Paradell (n 56) 55.

²⁰² J. Gaffney. The EU Proposal for an Investment Court System: What Lessons Can Be Learned from the Arab Investment Court?. Columbia Center on Sustainable Investment 2016 181 <<https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:205008>> 4. 03. 2018.

nende investeringuid tuleb kohelda samamoodi nagu kohalikke investoreid ja investeringuid (Artikkel 7). Samas on lepingus selgelt ette nähtud ka investori kohustus järgida investeerigu sihtriigi seaduseid ja soovitud arengusuundi, ta ei tohi rikkuda avalikku korda ja moraali ning saada ebaseaduslikku tulu (Artikkel 14). Küll aga näeb Araabiamaade Investeerimisleping ette, et Araabia Investeerimiskohtu poole võib pöörduda alles siis, kui pooltel ei õnnestunud kokku leppida lepitusmenetluse või arbitraaži algatamises (Artikkel 27).

Araabiamaade Investeerimisleping on hea näide sellest, kuidas on võimalik edukalt kokku leppida rahvusvahelises investeringute kaitse konventsioonis, mis sisaldab lisaks investorite õigustele ka kohustusi. Sisulistes investeringute kaitse standardites uuesti kokkuleppimine ei pruugi aga tagada investeringute jätkuvat tugevat kaitset, kui riigid lepivad konsensuse saavutamise nimel kokku kõige kitsamates võimalikes kaitsestandardites. Ka näiteks Araabiamaade Investeerimislepingus on investoritele pakutav kaitse mõnevõrra kitsam kui tavapäraselt, sest ei sisalda ausa ja õiglase kohtlemise printsiipi, mis on kõige enam levinum alus investeerimisarbitraaži algatamiseks. Küsitav on ka kohustus üritada esmalt kokku leppida arbitraaž või lepitusmenetluse läbimises. Kui lepitusmenetluse läbiviimine enne kohtumenetluse algatamist võib aidata vaidluse kiiremale lahendamisele kaasa, siis arbitraažiprotsess ning kohtuprotsess on üksteist dubleerivad menetlused. Kohtu efektiivsuse ja legitiimsuse tagamiseks ei ole soovitatav kohustada pooli enne kohtusse pöördumist arbitraažis nõuet menetlema.

Hoolimata Araabiamaade Investeerimislepingu positiivsest näitest ei pea Euroopa Komisjon sisuliste kaitsestandarditega mitmepoolse konventsiooni sõlmimist praegu realistlikuks võimaluseks poliitilise ühishuvi puudumise tõttu.²⁰³ Eelnevast analüüsist aga selgus, et Euroopa Komisjoni ettenähtud muudatused investeerimisarbitraaži süsteemis ei ole piisavad avalikkuse kriitikale vastamiseks. Kui varasemate mitmepoolsete konventsioonide loomine ebaõnnestus just avalikkuse negatiivse surve tõttu, siis peab Euroopa Komisjon avalikkuse arvamuse kujundamisega põhjalikumalt vaeva nägema isegi pelgalt praegu planeeritava üksnes menetlust reguleeriva investeerimiskohtu rajamiseks. Vastasel juhul ei õnnestu ka see algatus ning investeerimisarbitraaži süsteem võib avalikkuse usalduse kaotamise tõttu muutuda ebaefektiivseks.

Avalikkuse poolehoidu võitmiseks investeerimisarbitraaži süsteemile peaks riigid veelkord

²⁰³ Commission Staff Working Document. Impact Assessment. (n 182) 31.

üritama kokku leppida just investeringute kaitse sisulisi sätteid sisaldavas konventsioonis, millesse saab kaasata ka investorite kohustused inimõiguste järgimise ees ning kohalikele elanikele õiguskaitsevahendid oma kohustusi rikkuva investori vastu. Riigid on varasemalt üles näidanud valmidust tulla kokku ja arutada taoliste lepingute loomise üle. Samuti on ühiskonnas üles näidatud tugevat soovi liikuda laiapõhjalisema inimõiguste kaitsmise süsteemi poole ning teadlikkus investeerimisarbitraažist on tõusnud. Investeerimislepingute lai levik ning sisuline homogeensus on näidanud, et riikide arusaam investorite kaitse tasemest on üsna sarnased ning eraomandi kaitset väärtustatakse tugevalt kultuurideüleselt. Tegemist ei ole ainult läänemaade pealesurutud kapitalistliku maailmavaatega. Nimetatud põhjustel võib praegune aeg olla sobiv investeerimisõiguse täielikuks reformiks.

KOKKUVÕTE

Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamine rahvusvahelises vahekohtumenetluses on tõusnud avalikkuse ning kodanikuorganisatsioonide kriitika objektiks. Pahameel on kasvanud niivõrd tugevaks, et mitmed riigid on ühiskondliku surve tõttu loobunud välisinvestoritele õigusi tagavatest investeerimislepingutest, kodanikuorganisatsioonid nõuavad investorite kaitsestandardite väljajätmist tulevastest investeerimislepingutest ning riigid hoiavad kõrvale vahekohtute tehtud otsuste täitmisest. Investeerimisarbitraaži sotsiaalne legitiimsus on kahtluse all.

Probleemi adresseerimiseks on Euroopa Komisjon välja tulnud ideega luua rahvusvaheline investeerimisvaidluste kohus, mis omaks jurisdiktsiooni liikmesriikide varasemalt sõlmitud investeerimislepingute üle. Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kas investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteem on tõepoolest legitiimsuse kriisis ning kui jah, siis kas Euroopa Komisjoni väljapakutud reformiidee on süsteemi legitimeerimiseks sobivaim võimalus. Eesmärgi saavutamiseks uurisin, millised on peamised investeerimisarbitraaži süsteemile tehtud olemuslikud ning menetluslikud vastuväited ning kuivõrd adresseerib Euroopa Komisjoni väljakäidud idee investeerimiskohtu rajamisest nimetatud probleeme. Täiendavalt uurisin kahte alternatiivset reformiideed investeerimisõiguse ning investeerimislepingute alusel tekkivate vaidluste lahendamiseks. Esiteks võimalust kokku leppida üleilmses lepingus, mis sisaldaks nii välisinvesteeringute kaitsestandardeid kui ka kohtu protseduurilisi reegleid ning teiseks võimalust asendada praegune vahekohtumenetlusel põhinev süsteem lepitusmenetlusega.

Investeerimisarbitraaži süsteem põhineb umbes 3000 kahe- ja mitmepoolsel investeeringute kaitse sätteid sisaldaval investeerimislepingul. Avalikkuse pahameele investeerimislepingute süsteemi osas on põhjustanud arusaam nagu lepingud võimaldaksid lääneriikidest pärit suurkorporatsioonide õiguste kaitsmist arengumaade suveräänsust piirates ning kohalike elanike huvide arvelt, sealjuures omamata üldse mingit ühiskonnale vajalikku eesmärki. Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile osaks saanud avalikkuse halvakspanu on mitmes aspektis põhjendamatu. Kui algselt olid investeeringute kaitse lepingud tõepoolest eelkõige lääneriikide algatusel sõlmitud, siis tänaseks on investeerimislepingute levik laialdane nii arengumaade enda kui ka lääneriikide enda vahel. Suveräänsuse mingil määral piiramine on aga vajalik rahvusvahelisest õiguskorrast osasaamise nimel. Investeeringute kaitse lepingute eesmärk ei ole üksnes investeerimismahtude suurenemine, mille kohta ei ole kindlat empiirilist

tõendusmaterjali, vaid siseriiklike valitsemissüsteemide toimimise parandamine üldise majanduskasvu nimel. Analüüsi tulemusel selgus, et põhjendatud on etteheited investeerimislepingute ühepoolsuse kohta, sest investeerimislepingute sõlmimise ajal ei osatud ette näha suurkorporatsioonide võimu eksponentsiaalset suurenemist ning seda, et siseriiklik õigus ei ole tihti piisav välisinvestori õigusrikkumistele vastamiseks. Investeerimislepingutelt oodatakse täna seega laiemat ulatust ehk mitte üksnes välisinvesteeringute kaitset erinevate õiguste loomise näol, vaid ka neile õigustele vastavate kohustuste sätestamist.

Investeerimisarbitraaži toimimise põhimõtted on samuti kriitika alla sattunud. Peamiselt nähakse probleeme vahekohtuotsustes järjepidevuse puudumises, vahekohtunike erapooletuses, otsuste edasikaebamisvõimaluse puudumises ning menetluse väheses läbipaistvuses. Järjepidevuse probleem lähtub eelkõige sellest, et vahekohtud saavad oma mandaadi ning lahendavad vaidlusi erinevate investeerimislepingute alusel. Kuigi lepingutest tulenevad kaitsestandardid on enamjaolt ühesugused, tuleb siiski arvesse võtta konkreetse lepingu ning vaidluse eripärasid, mis võib põhjustada ka standardite erineva tõlgenduse. Tribunalid on siiski enamjaolt tõlgendanud standardeid samalaadselt ning välja on kujunenud ühtne investeerimisõiguse dogmaatika. Vahekohtunike erapooletuse puhul nähakse kõige probleemsemana seda, et vahekohtuniku positsioon ei ole alaline, arbiterid tegutsevad lisaks vahekohtunikuameti pidamisele ka muudes rollides, mis võib mõjutada nende tehtavaid otsuseid. Investeerimisarbitraaži otsuste lõplikkus on investoritele meelepärane, sest võimaldab vaidluse kiirelt lõpetada. Otsuse edasikaebamisvõimaluse puudumine ei ole aga kriitikute meelest avalik-õiguslikke küsimusi puudutava vaidluse lahendamise puhul sobiv, sest otsuste korrektsuse üle puudub piisav järelevalve. Läbipaistvuse suurendamise osas on tehtud suuri edusamme ning vahekohtumenetlusest on avalikkusel võimalik isegi paremini osa saada kui traditsioonilisest riigisisest kohtumenetlusest, sest tribunalid aktsepteerivad *amicus curiae* seisukohti, istungid on avalikud ning otsused ja ka paljud menetlusedokumentid avalikustatakse. Siiski esineb läbipaistvuse probleeme vaidlustes, mis piirduvad kompromissi sõlmimisega, sest sellisel juhul tulemit tavaliselt ei avalikustata.

Hoolimata sellest, et mitmed investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemile tehtud etteheited on tegelikult põhjendamatud, mõjutavad ühiskonnas levivad adresseerimata valearusaamad oluliselt süsteemi sotsiaalset legitiimsust ning praegust olukorda võib pidada piisavalt problemaatiliseks, et nimetada seda sotsiaalse legitiimsuse kriisiks. Kui Euroopa Komisjon soovib tagada investeerimisarbitraaži edasise efektiivse toimimise, on vaja leida võimalus adresseerida kõiki avalikkusele muret tegevaid küsimusi. Sotsiaalse legitiimsuse

tagamiseks ei ole oluline, et õigusteadlased ja Euroopa Komisjoni ametnikud on suutelised selgitama, et süsteemi toimimise kriitika on põhjendamatu, sõnum peab kuidagi kohale jõudma ka avalikkusele. Süsteemi legitimeerimiseks peaks õigusloome kõrval (kohtu rajamise konventsioon) kaaluma ka muid avaliku arvamuse kujundamise vahendeid, ilmtingimata ei pea tegemist olema investeerimisarbitraaži reformiga. Kuna Euroopa Komisjon on aga valinud reformi tee, siis analüüsisin kolme võimalikku reformialternatiivi, et teha kindlaks, milline nendest variantidest vastaks kõige paremini süsteemi tabanud kriitikale ning seega tagaks süsteemi sotsiaalse legitiimsuse.

Euroopa Komisjoni välja pakutud, juba varasemalt sõlmitud investeerimislepingute alusel tekkinud vaidluste üle jurisdiktsiooni omav rahvusvaheline investeerimiskohus aitaks lahendada kriitikute poolt väljatoodud probleeme praeguse investori-riigi vahelise süsteemi menetluslikes aspektides. Alaline kohus võimaldaks võtta kohtunikud püsivalt palgale ning välistaks seega vajaduse mujal täiendavat tasu teenida. Ette on nähtud apellatsioonimehhanismi loomine, mis aitaks kaasa otsuste järjepidevuse suurendamisel ning tagaks piisava kontrolli lahendite korrektsuse üle. Kohus aitaks potentsiaalselt samuti kaasa läbipaistvuse suurenemisele, kui kohtus luuakse selleks vajalikud mehhanismid sealhulgas võimalike kompromissiläbirääkimiste tulemite avalikustamiseks. Sisuliste küsimuste osas sellise pädevusega kohtu rajamine aga kriitikute kõigile muredele leevendust ei too. Euroopa Komisjoni ettepaneku kohaselt võiks kohtu juurde luua võimalused arengumaadele õigusabi osutamiseks kui arengumaadel ei ole piisavalt rahalisi võimalusi või spetsiifilisi teadmisi riigi esindamiseks menetluses. See ettepanek võimaldaks vähendada arenenud riikide ja arengumaade õiguste ebavõrdsust. Kui kohtu loomise konventsioonis saaksid riigid kokku leppida täiendavates kohtu jurisdiktsiooni kriteeriumites, siis oleks võimalik adresseerida ka riigi reguleerimisõiguse piiramise vastuväidet, kuid selles osas ei ole Euroopa Komisjon konkreetset etteheidet teinud. Sotsiaalse õiguspärasuse tagamiseks on vaja adresseerida ka avalikkuse etteheiteid investeerimislepingute ühepoolsusest ning arusaama nagu investeerimislepingud piiraksid riikide suveräänsust ilma, et riigid sellest mingit käegakatsutavat kasu saaksid. Kuigi Euroopa Komisjoni idee kohtu rajamisest aitaks kaasa investeerimisõiguse legitimeerimisele, on mitmed kriitikute murekohad siiski adresseerimata ning tegemist oleks pooliku lahendusega.

Teise alternatiivina analüüsisin võimalust asendada investeerimisarbitraaž lepitusmenetluse süsteemiga. Lepitusmenetlus võiks olla kriitikute silmis sobivam variant investorite-riigi vaheliste vaidluste lahendamiseks, sest erinevalt vahekohtumenetlusest ei ole lepitusmenetluse

tulemuseks riigile siduv otsus ning riik ei ole sellega nõustudes seega piiranud oma õigusemõistmise monopoli ega vähendanud oma suveräänsust. Siiski ei lahendaks lepitusmenetlus kõiki kriitikute väljatoodud probleeme. Jätakuvalt oleks investeerimislepingud ühepoolsed, tagades õiguseid ainult investoritele. Investeerimislepingute eesmärgipärasus oleks vahekohtumenetluse kaotamise ning lepitusmenetlusega asendamise puhul veelgi suurema kahtluse all, sest vaidluste vähem efektiivsema lahendamise meetodi tõttu ei ole investorite õigused enam eelnevaga võrdväärset tasemel tagatud ning seega võib väheneda investeringute maht. Samuti kannataks investeerimislepingute eesmärk hea valitsemistava arendada, sest kui investor ei saa enam vahekohtumenetlusest riigi vastu siduvaid otsuseid, mida saab tõrkuva riigi vastu ka teistes riikides täita, väheneb riigi motivatsioon järgida oma investeringute kaitse lepingus võetud kohustusi. Lepitusmenetluse puhul ei oleks enam aktuaalsed mitmed vahekohtumenetluse protseduurilised etteheited nagu otsuste järjepidevuse või edasikaebamisvõimalus puudumine. Sõltuvalt lepitusmenetluse süsteemi ülesehitusest võib aga sarnaselt vahekohtumenetlusele probleemiks olla lepitajate erapooletus ning lepitusmenetluse läbipaistvus. Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise võimaluse täielik kaotamine ning lepitusmenetlusega asendamine ei oleks seega sobiv lahendus investeerimisõiguse sotsiaalse legitiimsuse saavutamiseks.

Kolmanda alternatiivina investeerimisarbitraaži legitimeerimiseks analüüsisin võimalust võtta vastu mitmepoolne konventsioon, mis asendaks tänaseks sõlmitud investeringute kaitse lepinguid mitte ainult menetluslikes küsimustes, vaid ka investoritele tagatavate kaitsestandardite osas. Selline lahendus võimaldaks kõige paremini adresseerida süsteemi praeguseid puudujääke kriitikute silmis. Konventsioonis saaksid riigid kokku leppida ühtsetes investeringute kaitse standardites ning lisaks investorite õigusele kokku leppida ka kohustustes. Need kohustused võiksid olla laiemad kui kõigest kohustus järgida siseriiklike õigusnorme või siis kui piirduda siseriiklike õigusnormide järgimise kohustusega, siis võimaldada vajadusel ning siseriiklike õiguskaitsevahendite ammendamisel esitada kohtusse nõue ka investori vastu. Uus konventsioon võimaldaks seega ühendada investeringute kaitse sätted välisinvestorite ning seega ka suurkorporatsioonide inimõiguste järgimise kohustustega. Lisaks investeerimislepingute ühepoolsuse probleemi lahendamisele, saaksid riigid uue konventsiooni koostamisel uuesti kinnitada oma tahet alluda rahvusvahelisele kohtumenetlusele, uuendades seega oma nõusolekut suveräänsuse piiramise osas ning vajadusel kinnitades oma õigust avalikes huvides reguleerida. Selle käigus saaksid riigid kokku leppida ka sellistes valdkondades või juhtumites, mille osas nad investeerimisvaidluste lahendamise kohtule jurisdiktsiooni ei anna. Investeerimisarbitraaži menetluslike probleeme

aitaks lahendada Euroopa Komisjoni ettepanekule ning ka Araabia Investeerimiskohtu sarnaselt konventsioonis alalise kohtu rajamises kokkuleppimine. Nimetatud põhjustel on laiapõhjalise konventsiooni vastuvõtmine lahendus, mis vastab kõigile investeerimisarbitraaži puhul väljatoodud puudujääkidele.

Magistritöö tulemusel selgus, et investeerimisarbitraažil on sotsiaalse legitiimsuse oluline puudujääk ning avalikkuse poolehoiu võitmiseks on vajalik süsteemi täielik reformimine. Euroopa Komisjoni väljapakutud idee mitmepoolse kohtu loomiseks ilma investeringute kaitse sisulisi sätteid sisaldava konventsiooni vastuvõtmiseta ei lahenda investori ja riigi vaheliste vaidluste süsteemi legitiimsuse kriisi. Sotsiaalse legitiimsuse saavutamise eesmärgil tuleks kehtestada riikideülene režiim investorite õiguste rahvusvaheliseks kaitseks, mis võtaks arvesse riikide õigust reguleerida, aga samas tagaks investoritele ligipääsu kiirele ja tõhusale vaidluste lahendamise mehhanismile. Sellise tulemuse on kõige paremini võimalik saavutada uue konventsiooni vastuvõtmisega, mis ei reguleeriks mitte ainult investeerimisvaidluste lahendamise menetluslikke küsimusi, vaid kehtestaks uuesti investeringute kaitse standardid ning neile vastavad investorite kohustused ning lisaks näeks ette alalise kohtu loomise. Viimasest investeringute kaitse konventsiooni vastuvõtmise katse ebaõnnestumisest on tänaseks möödunud 20 aastat ning avalikkuse teadlikkus ning ootused süsteemile on selle ajaga muutunud. Ühtlustunud on riikide arusaam välisinvestoritele pakutava kaitse sisust ning vajaduses sätestada inimõiguste kaitsmise kohustusi ka äriühingutele. Investeerimisvaidluste süsteemi sotsiaalse legitiimsuse saavutamiseks peaksid riigid tegema uue katse laiapõhjalise välisinvesteringute tegemist ja kaitset reguleeriva konventsiooni vastuvõtmiseks.

SOCIOLOGICAL LEGITIMACY CRISIS IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT AND OPTIONS TO LEGITIMIZE THE SYSTEM

SUMMARY

Investor-state dispute settlement has recently experienced a strong backlash. Several states, civil society organizations and legal scholars have voiced their concern with the system. Some states have denounced their investment agreements and refuse to enforce adverse arbitration awards. Citizens march in protest against the idea to involve investor protection standards in future trade agreements. The amount of criticism aimed at investment arbitration leads to believe that the system is experiencing a sociological legitimacy crisis.

To address the problem, the European Commission has suggested the establishment of a permanent court to hear investment claims from investors against states. The goal of this master's thesis is to ascertain whether there really is a sociological legitimacy crisis in investment arbitration which must be attended to with reform and if so then what is the preferred reform option. To achieve the goal of this master's thesis, I posed the following research questions: 1) what are the main objections that critics have voiced against investment arbitration, 2) are these objections truly justified, 3) what reform option is preferred in light of the criticism of the system.

The master's thesis is divided in two main sections. The first section analyses the problems the system is said to be facing. Criticism can be split in two main categories – problems relating to the material aspects of investment arbitration and problems pertaining to procedural aspects of the investor state dispute settlement system. The second system compares three reform options for the system. First, I analyze the proposal by the European Commission to establish a permanent investment court which would have jurisdiction over all the already existing investment agreements. Second, I analyze mediation and conciliation of investor-state disputes as an alternative to institutionalized solutions. Third, I analyze the possibility to create a convention, which would replace investment protection standards and dispute resolution mechanism currently contained in the ca 3000 investment agreements in force with a new comprehensive international convention.

I identified four major concerns that critics have relating to the material aspects of investment arbitration. The first concern is that investment agreements restrict a state's sovereignty, second, there is an asymmetry between the rights of developed countries as opposed to

developing countries, third, investment agreements do not fulfill the purpose for which they were created and for which the states have bargained away their power to freely regulate and fourth, investment agreements discriminate between local investors and foreign investors, only giving rights to foreign investors. Surprisingly, I found that most of the criticisms have some truth to it, but the depth of their impact is largely exaggerated. When it comes to restrictions of state sovereignty, for example, it is nothing out of the ordinary for states to restrict their sovereignty for international adjudicating purposes like courts for human rights. The asymmetry between developing and developed states might become an issue when participating in arbitration due to the high costs and specialized knowledge necessary for participating in arbitration, but in more general aspects the asymmetry objection has mostly lost its relevance as investment agreements with investor state dispute settlement clauses are entered into between both developing countries and developed countries themselves. Empirical research has not proven a solid enough of a connection between increased investment flows and investment agreements, which has triggered questions about the purpose and gain of investment agreements. Even though at first the main reason for entering into the agreements for countries might have been to increase the inflow of foreign capital, today the purpose of investment agreements could be seen as enhancing good governance principles worldwide. This purpose is not clear enough to the concerned public and should be reaffirmed by states. One of the criticisms that was more justified than not was the fact that investment agreements grant no rights for local victims of possible corporate wrongdoing and suffer grave consequences if the level of domestic legal protection is not sufficient. The public awaits much more from investment agreements than what they were intended to do at first, e.g. include human rights obligations for corporations. Thus, for reaching sociological legitimacy the proposed reform options should address questions of lopsidedness of the investment arbitration regime and reaffirm the purpose it serves for states.

I also identified four concerns that critics have with the procedural functioning of the investment arbitration process. Lack of consistency has been highlighted with regard to the interpretation of some investment standards and especially arbitrations that took place in the aftermath of the Argentinian crisis. Consistency should not be an aim in itself, but as a byproduct to well-reasoned and just award. Due to the large amount of different investment agreements the awards cannot be expected to have the same level of consistency that interpretation of domestic legal instruments normally enjoys. Lack of consistency is closely connected to the absence of appeals mechanisms which is also seen as not acceptable in arbitrations between states and investors where the issues often involve great public interest in

the matter. Arbitrator bias is another source of concern because arbitrators tend to wear several hats at the same time – working as counsel and arbitrators, thus serving several possibly conflicting interests. The fourth concern identified in several public opinion expressions was the lack of transparency. Recent years have brought along several improvements in this aspect of investment arbitration and today investment arbitration is much more transparent than comparable domestic litigation. However, improvement in transparency is desirable in cases where the state and the investor settle the claim before it even gets to final stages in arbitration. Criticism of procedural aspects of investment arbitration is thus overall more warranted than the criticism of the material aspects of investor-state dispute settlement.

These concerns all contribute to the overall dissatisfaction of public interest groups with international investment arbitration and need to be addressed if the system is to continue being an effective means for dispute settlement. This master's thesis addressed three options to address the public's concerns. First, European Commission's proposal for establishing a permanent investment court, which would have jurisdiction over already existing investment agreements turned out to be a good solution for tackling the procedural legitimacy concerns of the critics. Such a court would contain an appeals mechanism thus creating more consistency and guaranteeing a higher level of correctness in the awards. The judges would be employed by the court and receive a monthly salary, which means they would be prohibited from holding conflicting positions and would also have no financial need for it. A permanent court can also set out rules and procedures for guaranteeing total transparency in the proceedings, thus hopefully meeting the high demands of the public. However, the European Commission's proposal does not address the public's worries about the lack of material legitimacy of the system since the disputes would be brought to the court still based on the existing investment agreements, which are the current source of the public's concerns. As stated earlier, if the reform is to achieve sociological legitimacy, it at a minimum, needs to address the main perceived problem – that the system does not benefit states and the wider public, but only privileged investors. Currently, the proposal does not satisfy the criterium and might therefore not gain sufficient public support.

As an alternative to the European Commission's proposal, I first analyzed the possibility to replace investment arbitration with conciliation. Conciliation would not result in an enforceable award, but rather in a negotiated solution. At first, such a solution would seem to address the critic's concerns about the material aspects of the current system - the questions of restrictions of sovereignty and asymmetry in the rights are no longer relevant as states have no obligation

to participate in conciliation. However, if they were to actively commit to conciliation instead of arbitration, the protection standards would still emanate from the currently effective investment agreements, thus, as with the European Commission's proposal would not bring about change in the rights afforded to locals against misbehaving foreign investors. In addition, the purpose of promoting good governance might suffer as conciliation is not as motivating a method for states as it is easier to avoid negative consequences by simply refusing to take part in the conciliation proceedings. With regard to the procedural problems of the current system, conciliation would result in even lower transparency of the proceedings than arbitration and the possibility of review of the results of the proceedings by the public thus decrease. No consistency in the results of the conciliation proceedings can be expected, thus creating more legal uncertainty. Overall, conciliation proceedings are not a recommended way of reform to address the lack of sociological legitimacy of investor-state dispute settlement system.

As a second alternative to the European Commission's proposal, I analyzed the option to conclude a multilateral convention which would not only establish a permanent court, but also replace the existing investment protection agreements with a new comprehensive agreement. This agreement would contain largely the same investment protection standards known today but would reaffirm the state's right to regulate in its public interest and it could also create a more balanced system of rights and obligations for the investor, including an enforceable obligation to honor the human rights of local citizens of the receiving state. Such a convention would also thus hopefully remove concerns of asymmetry as developing states would have larger negotiating power in negotiating this agreement than bilateral investment agreements. Procedural concerns of the critics of the current system would be addressed in the same way as with establishment of the investment court as proposed by the European Commission. For these reasons, such a comprehensive convention would be the desired solution for legitimizing the investor-state dispute settlement system in the eyes of a concerned public.

As a result of this thesis I concluded that there are some major concerns that the public has about the current procedural and also intrinsic aspects of the investor-state dispute settlement system and it would be fair to say there is a crisis of sociological legitimacy of investment arbitration. Some of these concerns could perhaps be addressed with better explanation of the functioning of the system, others, however, would need to be tackled with reforming the system. The reform option which would address the concerns best would be to establish a convention which would create a permanent court and also stipulate the investment protection standards together with investor obligations over which the court would have jurisdiction.

KASUTATUD MATERJALID

Kasutatud kirjandus

1. Arnold, D.G. Corporations and Human Rights Obligations. – *Business and Human Rights Journal* 2016/1, pp 255-275.
2. Asteriti, A. Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. – *The Journal of World Investment & Trade* 2015/16, pp 248-273.
3. Beauvais, J.C. Regulatory Expropriations under NAFTA: Emerging Principles & Lingering Doubts. – *New York University Environmental Law Journal* 2001/10, pp 245-296.
4. Bodansky, D. The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?. – *American Journal of International Law* 1999/93, pp 596-624.
5. Brower, C.H. Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter. – *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2003/36, pp 37-94.
6. Brower, C.N., Blanchard, S. From "Dealing in Virtue" to "Profiting from Injustice": The Case Against Re-Statification of Investment Dispute Settlement. – *Transnational Dispute Management (TDM)* 2013/10 (4).
7. Buchanan, A., Keohane, R.O. The Legitimacy of Global Governance Institutions. – *Ethics & International Affairs* 2006/20, pp 405-437.
8. Burke-White, W.W., von Staden, A. Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations. – *Yale Journal of International Law* 2010/2, pp 283-346.
9. Calamita, N.J. The British Bank Nationalizations: An International Law Perspective. – *International & Comparative Law Quarterly* 2009/58, pp 119-149.
10. Cate, I.M.T. The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration. – *Columbia Journal of Transnational Law* 2012/51, pp 418-478.
11. Chimni, B.S. International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making. – *European Journal of International Law* 2004/15, pp 1-37.
12. Chung, O. The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration Note. – *Virginia Journal of International Law* 2006/47, pp 953-976.
13. Douglas, Z., Pauwelyn, J., Viñuales, J.E. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford: OUP 2014.
14. Dumberry, P. Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law. – *Penn State International Law Review* 2009/28, pp 675-702.
15. Franck, S.D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. – *Fordham Law Review* 2004/73, pp

1521-1626.

16. Franck, S.D. Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law. – *McGeorge Global Business & Development Law Journal* 2006/19, pp 337-373.
17. Ginter, C. Pihlak, M. Lepitusmenetlus kui võimalus äri vaidluste lahendamiseks. *Juridica I*/2014, lk 49-59.
18. Giorgetti, C. *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2014.
19. Grossman, N. The Normative Legitimacy of International Courts. – *Temple Law Review* 2013/86, pp 61-106.
20. Hafner-Burton, E.M., Victor, D.G. Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis. – *Journal of International Dispute Settlement* 2016/7, pp 161-182.
21. Henkin, L. Human Rights and State Sovereignty. – *Georgia Journal International & Comparative Law* 1995/25, pp 31-46.
22. Kapeliuk, D. The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. – *Cornell Law Review* 2010/96, pp 47-90.
23. Kaufmann-Kohler, G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture. – *Arbitration International* 2007/23, pp 357-378.
24. Kaushal, A. Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime Note. – *Harvard International Law Journal* 2009/50, pp 491-534.
25. Kim, D. The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System. – *New York University Law Review* 2011/86, pp 242-280.
26. Küti, K. *Rahvusvahelise vahekohtu otsus investeringute kaitse vaidlustes – kuidas tagada täitmine? Magistritöö*. Tallinn: TÜ Õigusteaduskond 2016.
27. Langford, M., Behn, D., Lie, R.H. The Revolving Door in International Investment Arbitration. – *Journal of International Economic Law* 2017/20, pp 301-332.
28. Ly, F.D. and others. Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration-Are Investors and Host States on a Level Playing Field: The Lauder/Czech Republic Legacy. – *Journal of World Investment & Trade* 2005/6, pp 59-78.
29. Madise, Ü. and others (eds). *Eesti Vabariigi Põhiseadus: Kommenteeritud Väljaanne. 3., täiend. väljaanne*. Tallinn: Juura 2012.
30. Mourre, A. Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration? – *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2006/5, pp 257-273.
31. Newcombe, A., Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International 2009.
32. Nurick, L., Schnably, S.J. *The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation*

- v. Trinidad and Tobago. – ICSID Review 1986/1, pp 340-353.
33. Pristavka, G. Investeeringute kaitse Eesti sõlmitud investeerimislepingute kontekstis ja Euroopa Liidu õiguse mõju kahepoolsetele investeerimislepingutele. Magistritöö. Tartu: TÜ Õigusteaduskond 2016.
 34. Obadia, E. Nafta/Uncitral: Glamis Gold Ltd. v. United States. – International Legal Materials 2009/48, pp 1035-1080.
 35. Rau, A.S. Integrity in Private Judging. – South Texas Law Review 1997/38, pp 485-541.
 36. Reiner, C., Schreuer, C. Human Rights and International Investment Arbitration. – Human rights in international investment law and arbitration 2009/82, pp 90-110.
 37. Põldvere, P-M. Kaheksa aastat mudelseadust: kas Eesti vahekohtumenetlus vastab mudelile? – Juridica I/2014, lk 17-33.
 38. Salacuse, J.W. BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries. – The International Lawyer 1990, pp 655-675.
 39. Salacuse, J.W., Sullivan, N.P. Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. – Harvard International Law Journal 2005/46, pp 67-130.
 40. Sauvant, K.P. Appeals Mechanism in International Investment Disputes. OUP 2008.
 41. Sauvant, K.P., Alvarez, J., Khamsi, K. The Argentine Crisis and Foreign Investors. Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009 New York: Oxford University Press 2009.
 42. Schill, S.W. Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework. – Journal of International Economic Law 2017/20, pp 649-672.
 43. Schill, S.W., Djanic, V. Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law. – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 2018.
 44. Schwebel, S.M. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. – Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 2004/98, pp 27-30.
 45. Sornarajah, M. Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment. Cambridge: CUP 2015.
 46. Soto, H. de. The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else. New York: Basic Books 2000.
 47. Teitelbaum, R. A Look at the Public Interest in Investment Arbitration: Is It Unique-What Should We Do about It. – Publicist 2010/5, pp 54-62.
 48. Torga, M. Vahekohtuklausli kehtetuse alused rahvusvahelistes kaubanduslepingutes. Juridica VI/2007, lk 386-394.

49. Van Den Berg, A.J. Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. Arsanjani et al. (eds.). Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman. Brill 2010.
50. Van Harten, G. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration. – Osgoode Hall Law Journal 2012/50 211, pp 211-267.
51. Van Harten, G. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford, New York: OUP 2007.
52. VanDuzer, J.A. Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation. – McGill Law Journal 2007/52, pp 54-62.
53. Vasani, B.S., Palmer, S.A. Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?. – ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 2014/30, pp 194-216.
54. Voeten, E. Public Opinion and the Legitimacy of International Courts. – Theoretical Inquiries in Law 2013/14, pp 411-436.
55. Waibel, M. (ed). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.
56. Wolfrum, R. Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations in R. Wolfrum, R. Volker (eds). Legitimacy in International Law. Berlin: Springer 2008.
57. Yackee, J.W. Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?. – Law & Society Review 2008/42, pp 805-832.
58. Yackee, J.W. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment - Some Hints from Alternative Evidence. – Virginia Journal of International Law 2011/51, pp 397-442.

Kasutatud kohtu- ja vahekohtulahendid

59. *BP America Production Co and others v Argentine Republic*, ICSID Case ARB/04/8, Decision on Jurisdiction [2006].
60. *Brumărescu vs Rumeenia*, EIKo 28342/95 [1999].
61. *Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims [2017].
62. *CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award [2005].
63. *CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic [2007].
64. *Ecuador v United States*, Permanent Court of Arbitration Expert Opinion of Professor W. Michael Reisman [2012].

65. *El Paso Energy International Co v Argentine Republic*, ICSID Case ARB/03/15, Decision on Jurisdiction [2006].
66. *Enron Creditors Recovery Corp & Ponderosa Assets, LP v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award [2007].
67. *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, UNCITRAL Award on Jurisdiction [1998].
68. *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, (ICSID Case No ARB/00/9).
69. *Glamis Gold, Ltd v The United States of America*, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL) Award [2009].
70. *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability [2006].
71. *Loewen Group, Inc and Raymond L Loewen v United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award [2003].
72. *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award [2000].
73. *Metalclad Corporation v The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award [2000].
74. *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘amici curiae’ [2001].
75. *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration [2011].
76. *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award [2015].
77. *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12
78. *Rompetrol v Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility [2008].
79. *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Decision on Jurisdiction [2007].
80. *Sempra Energy International v the Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Award [2007].
81. *United Parcel Service of America Inc v Canada*, UNCITRAL Decision of the Tribunal On Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae [2001].
82. *United Utilities (Tallinn) BV and Aktsiaselts Tallinna Vesi v Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24.
83. *Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12.

84. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6, Request for Arbitration [2009].
85. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award [2011].
86. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany (I)*, ICSID Case No. ARB/09/6.

Kasutatud normatiivallikad

87. Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments. – 15.09.1993. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/207> (23.04.2018).
88. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1966
89. Eesti Vabariigi valitsuse ja Maroko Kuningriigi valitsuse vaheline investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 6.
90. Eesti Vabariigi valitsuse ja Aserbaidžaaani Vabariigi valitsuse vahelise investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II, 01.03.2011, 7.
91. Eesti Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi vaheline investeringute soodustamise ja vastastikuse kaitse leping. - RT II 1993, 20, 45.
92. General Treaty for the Renunciation of War. 1928, 94 LNTS 57
93. Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvaheline pakt.- RT II 1994, 10, 11.
94. Laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping (CETA) ühelt poolt Kanada ning teiselt poolt Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide vahel. - ELT L 11, 14.1.2017, lk. 23–1079.
95. North American Free Trade Agreement. 199332 I.L.M. 289
96. Riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioon.- RT II 2000, 26, 156.
97. The Treaty Between the United States of America and the Argentina Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment.- 1991. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127> (23.04.2018).
98. Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States.- League of Arab States (1982). (original language: Arabic). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2394> (23.04.2018).
99. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.- New York, 2014 (the ‘Mauritius Convention on Transparency’). Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html (23.04.2018).

100. Välisriigi vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon.- RT II 1993, 21, 51.

Muud materjalid

ÜRO organite dokumendid

101. UNCITRAL. Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?. – UNCITRAL Analysis and roadmap 2016. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (23.04.2018)
102. UNCITRAL. Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html (23.04.2018).
103. UNCTAD. Fair and Equitable Treatment: A Sequel. New York: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II 2012 AD/DIAE/IA/2011/5. Arvutivõrgus kättesaadav: http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf (23.04.2018).
104. UNCTAD. Series on Issues in International Investment Agreements II: Investor-State Dispute Settlement. – New York and Geneva: United Nations 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (23.04.2018).
105. UNCTAD. The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998–2014. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2016.pdf> (23.04.2018).
106. UNCTAD. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. – UNCTAD series on Investment Policies for Development. 2010.
107. UNCTAD. The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, U.N. Sales No. E.09.II.D.20 (2009). Arvutivõrgus Kättesaadav: http://Unctad.Org/En/Docs/Diaeia20095_en.Pdf (23.04.2018).
108. United Nations 14.07.2014 Resolution no 26/9 Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. A/HRC/RES/26/9. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement> (23.04.2018).
109. United Nations General Assembly Resolution 1803, U.N. GAOR, 17th Session., Supp. No. 17, at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> (23.04.2018).
110. United Nations. Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fiftieth Session (3-21 July 2017). Official Records of the General Assembly, Seventy-second Session, Supplement No. 17 (A/72/17). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://undocs.org/A/72/17> (23.04.2018).

Euroopa Liidu institutsioonide dokumendid

111. Council of the European Union. Negotiating Directives for a Convention Establishing a

Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes. 12981/17 ADD 1, 01.03.2018. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://Data.Consilium.Europa.Eu/Doc/Document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/En/Pdf> (23.04.2018).

112. Euroopa Komisjoni pressiteade. Komisjon nõuab liikmesriikidelt ELi-siseste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamist. Arvutivõrgus kättesaadav: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_et.htm. (23.04.2018).
113. Euroopa Komisjoni soovitus: Nõukogu otsus, millega antakse luba alustada läbirääkimisi investeerimisvaidluste lahendamise tegeleva mitmepoolse kohtu loomise konventsiooni üle. - COM 2017/0493 (23.04.2018).
114. European Commission Staff Working Document. Impact Assessment. European Commission 2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN> (23.04.2018).
115. European Commission. Report on Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP. (Staff Working Document) SWD (2015) 3 Final, 14. Arvutivõrgus kättesaadav: Http://Trade.Ec.Europa.Eu/Doclib/Docs/2015/January/Tradoc_153044.Pdf (23.04.2018).

Täiendavad materjalid

116. AmCham EU's reply to USTR's Request for Comments Concerning Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership. 21 May 2013, p 28. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.amchameu.eu/sites/default/files/position_papers/file_20130521_183205_OVbr_0.pdf (23.04.2018).
117. Aisbett, E., Poulsen, L. Relative Treatment of Aliens - Firm-Level Evidence from Developing Countries. – Oxford University GEG Working Paper 2016/122. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/GEG%20WP%20122%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf> (23.04.2018).
118. Anderson, S., Grusky, S. Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It. Institute for Policy Studies 2007. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.ips-dc.org/wp-content/uploads/2012/01/070430-challengingcorporatinvestorrule.pdf> (23.04.2018).
119. BDI. Schutzmechanismus gegen ungerechtfertigte Klagen. 22 . 01. 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://bdi.eu/suche/?id=684&L=0&q=chutzmechanismus+gegen+ungerechtfertigte+Klagen#/artikel/news/schutzmechanismus-gegen-ungerechtfertigte-klagen-1/> (23.04.2018).
120. Bernasconi-Osterwalder, N., Johnson, L. International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from 2000-2010. International Institute for Sustainable Development 2011. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.iisd.org/library/international->

investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010 (23.04.2018).

121. Dederer, H.-G. Vattenfall klagt gegen Atomausstieg: Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang. Legal Tribune Online. 6 December 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitionsschutz/> (23.04.2018).
122. Denunciation of the ICSID Convention by Ecuador. ICSID News Release. 9 July 2009. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=87> (23.04.2018).
123. Eberhardt, P. and others. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom. Corporate Europe Observatory (CEO) 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (23.04.2018).
124. Esposito, G., Lanau, M.S., Pompe, S. Judicial System Reform in Italy-A Key to Growth. International Monetary Fund 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp1432.pdf> (23.04.2018).
125. Gaffney, J. The EU Proposal for an Investment Court System: What Lessons Can Be Learned from the Arab Investment Court?. Columbia Center on Sustainable Investment 2016 181. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:205008> (23.04.2018).
126. Gaughran, A. Shell's Niger Delta Pollution: The Good, the Bad and the Ongoing Quest for Justice. Amnesty International USA 1. 02.2013. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.amnestyusa.org/shells-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice/> (23.04.2018).
127. Gerstetter, C., Meyer-Ohlendorf, N. Investor-State Dispute Settlement under TTIP – a Risk for Environmental Regulation?. – Heinrich Böll Stiftung TTIP Series 2013. Arvutivõrgus kättesaadav: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416450.
128. Government Moves Forward with Plain Packaging of Tobacco Products. The Beehive. 20. 02.2013. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products> (23.04.2018).
129. Greider, W. The Right and US Trade Law: Invalidating the 20th Century. The Nation 2001. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/> (23.04.2018).
130. Hallward-Driemeier, M. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit - and They Could Bite. The World Bank 2003 WPS3121. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://documents.worldbank.org/curated/en/113541468761706209/Do-bilateral-investment-treaties-attract-foreign-direct-investment-Only-a-bit-and-they-could-bite> (23.04.2018).
131. Hughes, L. A World Court for Corporations. How the EU Plans to Entrench and Institutionalize Investor-State Dispute Settlement. Seattle to Brussels Network, Rosa Luxemburg Stiftung, CIEL 2017. Arvutivõrgus kättesaadav:

<http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/WORLDCOURT-UK-WWW.pdf> (23.04.2018).

132. J.M. Beyer. A new era for EU – US Trade. Markus J. Beyreri, Business Europe direktori 7.10.2013 kõne Industriens Hus, H.C. Andersens Boulevard 18, Kopenhaagen, Taani. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.businesseurope.eu/publications/new-era-eu-us-trade-speech-markus-j-beyrer-businesseurope-director-general-monday-7> (23.04.2018).
133. Kaufmann-Kohler, G., Potestà, M. Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism. UNCITRAL Analysis and Roadmap 2016. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (23.04.2018).
134. Letter to Ambassador Michael Froman in the US and European Trade Commissioner Karel de Gucht: Opposition to the Inclusion of Investor-State Dispute Settlement in the Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership. 16 December 2013. Arvutivõrgus kättesaadav: https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/ttip_investment_letter_final.pdf (23.04.2018).
135. Multilateral Agreement on Investment. 22 April 1988 Draft Consolidated Text.- DAF/MAI(98)7/REV1. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (23.04.2018).
136. Multilateral Investment Court: An Utterly Flawed and Unjust System. EURACTIV.com. 12 October 2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.euractiv.com/section/all/opinion/multilateral-investment-court-an-utterly-flawed-and-unjust-system/> (23.04.2018).
137. Nikièma, S.H. Indirect Expropriation. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development 2012. Arvutivõrgus kättesaadav: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practice_indirect_expropriation.pdf (23.04.2018).
138. Pohl, J. Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements. – OECD Working Papers on International Investment 2018. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en (23.04.2018).
139. Poulsen, L., Bonnitcha, J., Yackee, J. Costs and Benefits of an EU - USA Investment Protection Treaty. Report to the Department for Business Innovation and Skills. – LSE Enterprise 2013. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf> (23.04.2018).
140. Still Not Loving ISDS: 10 Reasons to Oppose Investors' Super-Rights in EU Trade Deals. Corporate Europe Observatory. 16 April 2014. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade> (23.04.2018).
141. Sornarajah, M. An International Investment Court: Panacea or Purgatory?. Columbia Center on Sustainable Investment 2016 Columbia FDI Perspectives 18 Arvutivõrgus kättesaadav: <https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:205002> (23.04.2018).

142. Tienhaara, K. Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science. Rochester, NY: Social Science Research Network 2010 SSRN Scholarly Paper ID 2065706. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://papers.ssrn.com/abstract=2065706> (23.04.2018).
143. Van Harten, G. A Case for an International Investment Court. Rochester, NY: Social Science Research Network 2008 SSRN Scholarly Paper ID 1153424. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://papers.ssrn.com/abstract=1153424> (23.04.2018).
144. Van Harten, G. A Report on the Flawed Proposals for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA. – Osgoode Legal Studies Research Paper Series, Research Paper, No 16 2015/11 Arvutivõrgus kättesaadav: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=olsrps> (23.04.2018).
145. Van Harten, G. Is It Time to Redesign or Terminate Investor-State Arbitration?. Centre for International Governance Innovation. 11 April 2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration> (23.04.2018).
146. Van Harten, G. Public Statement on the International Investment Regime. Osgoode Hall Law School 2010. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/> (23.04.2018).
147. Vattenfall vs. Germany: Nuclear Phase-Out Faces Billion-Euro Lawsuit. Spiegel Online 2 November 2011. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-nuclear-phase-out-faces-billion-euro-lawsuit-a-795466.html> (23.04.2018).
148. Vaughan, A. Nigerian Oil Pollution Claims against Shell Cannot Be Heard in UK, Court Rules. The Guardian 26.01.2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.theguardian.com/business/2017/jan/26/nigerian-oil-pollution-shell-uk-corporations> (23.04.2018).
149. Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention. ICSID News Release. 26.01.2012. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=47> (23.04.2018).
150. Worstall, T. Greenpeace, Philip Morris, Australia And The Secret ISDS Trade Courts - Naughty Greenpeace. Forbes. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.forbes.com/sites/timworstall/2016/05/30/greenpeace-philip-morris-australia-and-the-secret-isd-trade-courts-naughty-greenpeace/> (23.04.2018).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Mailis Meier,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose, „Investori-riigi vaheliste vaidluste lahendamise süsteemi sotsiaalse legitiimsuse kriis ja legitimeerimise võimalused“, mille juhendaja on dr.iur. René Värk,
 - 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.

Tallinnas, **23.04.2018**