



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 3. märtsil 2021¹

Kohtuasi C-741/19

MoldovaVabariik
versus

äriühing Komstroy, äriühingu Energoalians õigusjärglane

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus, Prantsusmaa))

Eelotsusetaotlus – Energiaharta leping – Mõiste „investeering“ – Investori ja lepinguosalise vahelised vaidlused – Olukord, mis jääb täielikult väljapoole liidu õiguskorda – Euroopa Kohtu pädevus

I. Sissejuhatus

1. Energiaharta lepingu² sätete kohta on sellest ajast peale, kui Euroopa Liit need ligi 30 aastat tagasi allkirjastas, eelotsuse küsimusi esitatud ainult kahel korral, kui käesolev kohtuasi sisse arvata.³ See kohtuasi on seega unikaalne, sest esiteks annab see Euroopa Kohtule teretulnud võimaluse võtta seisukoht niisuguste sätete tähenduse küsimuses, mida ei ole siiani tõlgendatud.

2. Lisaks ei puuduta vaidlus, mille raames on käesolevad eelotsuse küsimused esitatud, ei liitu ega liikmesriike: selle pooled on Moldova Vabariik ja üks Ukraina äriühing ning esmapilgul näib seega, et see ei puuduta liitu üldse.

3. Lõpuks tuleb märkida, et käesolev kohtuasi peaks minu hinnangul viima selleni, et Euroopa Kohus võtab seisukoha ühes olulises küsimuses, st küsimuses, kas energiaharta lepinguga kehtestatud vaidluste lahendamise süsteem on kooskõlas liidu õigusega, ning seda jätkuks sellele, mida Euroopa Kohus otsustas kohtuotsuses Achmea⁴.

¹ Algkeel: prantsuse.

² Allkirjastatud Lissabonis 17. detsembril 1994 (EÜT 1994, L 380, lk 24) ning Euroopa Liidu nimel heaks liidetud nõukogu ja komisjoni 23. septembri 1997. aasta otsusega 98/181/EÜ, ESTÜ, Euratom, mis käsitleb energiaharta lepingu ning energiakasutuse tõhustamist ja sellega seotud keskkonnaküsimusi käsitleva energiaharta protokollide sõlmimist Euroopa ühenduste poolt (EÜT 1998, L 69, lk 1; ELT eriväljaanne 12/02, lk 24).

³ Teised Euroopa Kohtus pooleliolevad kohtuasjad, mis puudutavad energiaharta lepingu tõlgendamist, on liidetud kohtuasjad Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) jt (C-798/18 ja C-799/18).

⁴ 6. märtsi 2018. aasta kohtuotsus (C-284/16, edaspidi „kohtuotsus Achmea“, EU:C:2018:158).

II. Õiguslik raamistik

A. Energiaharta leping

4. Liit allkirjastas energiaharta lepingu 17. detsembril 1994 ning see kiideti liidu nimel heaks otsusega 98/181. Liikmesriigid on ka kõik peale Itaalia Vabariigi energiaharta lepingu osalised, samuti 28 kolmandat riiki.

5. Energiaharta lepingu preambulis on märgitud:

„Käesoleva lepingu osalised,

[...]

võttes arvesse Euroopa energiaharta, mis võeti vastu Haagis 17. detsembril 1991. aastal allakirjutatud Euroopa energiaharta konverentsi lõppaktiga;

[...]

soovides ellu viia Euroopa energiaharta peamise põhimõtte, milleks on majanduskasvu edendamine investeringute ning energiakaubanduse liberaliseerimise abil;

[...]“.

6. Energiaharta leping koosneb preambulist ja kaheksast osast. I, II, III ja V osa kannavad vastavalt pealkirju „Mõisted ja eesmärk“, „Kaubandus“, „Investeeringute soodustamine ja kaitse“ ning „Vaidluste lahendamine“.

7. Energiaharta lepingu artiklis 1 „Mõisted“ on nähtud ette:

„Käesolevas lepingus kasutatakse järgmisi mõisteid:

[...]

6. Investeering – igasugune vara, mida investor otseselt või kaudselt omab või kontrollib ja mis hõlmab järgmist:

[...]

c) rahalised nõuded ning toimingute tegemisega seotud majandusliku väärtusega nõuded, mis on investeeringuga seotud;

[...]

f) [...] lepingust [...] tulenevad õigused majandustegevuseks energiasektoris.

[...]

„Investeeringu“ mõiste hõlmab mis tahes investeeringut, mis on seotud energiasektori majandustegevusega, ning investeeringuid või investeeringute liike, mille lepinguosaline on oma valdkonnas tunnistanud „[Euroopa energia]hartaga hõlmatud projektideks“ ning teatanud sellest sekretariaadile.

7. Investor –

a) on lepinguosalise puhul:

- i) füüsiline isik, kellel on lepinguosalise kodakondsus või kes elab alaliselt lepinguosalise territooriumil vastavalt seal kehtivatele õigusaktidele;
- ii) äriühing või muu organisatsioon, mis tegutseb kooskõlas kõnealuses lepinguosalise riigis kohaldatava õigusega;

b) „kolmanda riigi“ puhul füüsiline isik, äriühing või muu organisatsioon, mis vastab *mutatis mutandis* punktis a lepinguosalise kohta sätestatud tingimustele.

8. Investeerima või investeerimine – uute investeeringute tegemine, olemasolevate investeeringute täielik või osaline omandamine või sisenemine erinevatesse investeerimistegevuse valdkondadesse.

[...]

10. Territoorium – lepinguosalise riigi puhul:

- a) tema suveräänsete õiguste alla kuuluv territoorium, sealhulgas maa, siseveed ja territoriaalveed; ning
- b) vastavalt rahvusvahelisele mereõigusele: meri, merepõhi ja merealune pinnas, mille suhtes lepinguosalisel on suveräänsed õigused ja mis kuuluvad tema jurisdiktsiooni alla.

Lepinguosaliseks oleva piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni puhul on territooriumiks kõnealuse organisatsiooni liikmesriikide territooriumid vastavalt selle organisatsiooni asutamislepingule.

[...]“.

8. Energiaharta lepingu artiklis 26 „Investori ja lepinguosalise vaheliste vaidluste lahendamine“ on sätestatud:

„1. Lepinguosalise ning teise lepinguosalise investori vaidlused viimase investeeringute üle esimese territooriumil, mis on seotud esimesepoolse III osas sätestatud kohustuste väidetava rikkumisega, lahendatakse võimaluse korral vastastikusel kokkuleppel.

2. Kui nimetatud vaidlusi ei ole võimalik vastavalt lõike 1 sätetele lahendada kolme kuu jooksul alates ühe vaidluspoole vastastikuse kokkuleppe sõlmimise ettepanekust, võib vaidluspooleks olev investor otsustada edastada selle lahendamiseks:

- a) vaidluspooleks oleva lepinguosalise üld- või halduskohtule;

- b) vastavalt mis tahes kehtivale eelnevalt kokku lepitud vaidluste lahendamise korrale; või
- c) vastavalt käesoleva artikli järgmistele lõigetele.

[...]

6. Lõike 4 alusel loodav kohus otsustab vaidlusküsimuste üle vastavalt käesolevale lepingule ning kehtivatele rahvusvahelise õiguse normidele ja põhimõtetele.

[...]“.

B. Prantsuse õigus

9. Prantsusmaa tsiviilkohtumenetluse seadustiku (code de procédure civile) artikli 1520 järgi saab tühistamiskaebuse Prantsusmaal tehtud rahvusvahelise vahekohtu otsuse peale esitada ainult siis, kui vahekohus leidis ekslikult, et asi allub või ei allu talle.

III. Põhikohtuasi, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

10. Ukraina elektrienergia tootja äriühing Ukrenergo müüs kahe, 1. ja 24. veebruaril 1999 sõlmitud lepingu alusel elektrienergiat Ukraina elektrienergia jaotusettevõtjale äriühingule Energoalians, kes müüs seda edasi äriühingule Derimen Properties Limited (edaspidi „Derimen“), kes on registreeritud Briti Neitsisaartel ja müüs seda omakorda edasi Moldova riigi osalusega äriühingule Moldtranselectro. Tarnitava elektrienergia hulk määrati iga kuu otse kindlaks Moldtranselectro ja Ukrenergo vahel, kes tarnis seda elektrienergiat tingimustel „DAF Incoterms 1990“, st kuni Ukraina ja Moldova vahelise piiri Ukraina pooleni.

11. Elektrienergiat tarniti 1999. ja 2000. aastal, v.a 1999. aasta maist juulini. Iga tarnekuu eest pidi Energoaliansile tasuma Derimen, kes ise pidi saama makse Moldtranselectrolt. Maksete puhul kohaldatavad hinnad olid kindlaks määratud 24. veebruari 1999. aasta lepingu lisades, mille kohaselt oli hind, mida Moldtranselectro Derimenile tasus, umbes kaks korda kõrgem hinnast, mida Derimen tasus Energoaliansile.

12. Derimen maksis Energoaliansile kogu ostetud elektrienergia hinna, samas kui Moldtranselectro tasus Derimenile ainult osaliselt.

13. Derimen võõrandas nõude, mis tal Moldtranselectro suhtes oli, 30. mai 2000. aasta lepinguga Energoaliansile.

14. Moldtranselectro tasus oma võla osaliselt, võõrandades Energoaliansile mitu nõuet, mis tal olid. Energoalians püüdis seejärel saavutada oma nõude ülejäänud osa tasumist, pöördudes Moldova ja siis Ukraina kohtute poole, kuid tulutult.

15. Leides, et Moldova Vabariigi teatavad sekkumised kujutavad endast energiaharta lepinguga võetud kohustuste selgeid rikkumisi, kutsus Energoalians esile selle lepingu artiklis 26 ette nähtud vahekohtumenetluse.

16. Vahekohtuotsusega, mis tehti Pariisis 25. oktoobril 2013 häälteenamusega, tunnistas *ad hoc*-vahekohus ennast pädevaks ning leidis, et Moldova Vabariik oli eiranud oma energiaharta lepingust tulenevaid kohustusi, mõistis temalt välja teatava summa Energoaliansile selle lepingu alusel. *Ad hoc*-vahekohtu esimees jäi eriarvamusele vahekohtu pädevuse küsimuses.

17. Moldova Vabariik esitas selle vahekohtuotsuse peale tühistamiskaebuse, tuginedes avaliku korra normi rikkumisele, st niisuguse sätte rikkumisele, mis käsitleb *ad hoc*-vahekohtu pädevust vastavalt Prantsusmaa tsiviilkohtumenetluse seadustiku artiklile 1520.

18. Cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus, Prantsusmaa) tühistas 12. aprilli 2016. aasta otsusega selle vahekohtuotsuse põhjendusel, et vahekohtul ei olnud õigus, kui ta ennast pädevaks tunnistas. Ta otsustas, et Energoaliansi ja Moldova Vabariigi vaidlus puudutab Derimeni võõrandatud nõuet, mille ainus ese on elektrienergia müük. Et aga mingit sisse makset ei olnud, ei saanud niisugune nõue tema arvates kujutada endast investeringut energiaharta lepingu tähenduses ning seega ei saanud asi alluda vahekohtule.

19. Kui 6. oktoobri 2014. aasta üleandmisaktiga Energoaliansi õigusjärglaseks saanud Komstroy esitas kassatsioonkaebuse, tühistas Cour de cassation (Prantsusmaa kassatsioonikohus) 28. märtsi 2018. aasta otsusega 12. aprilli 2016. aasta kohtuotsuse kogu resolutsiooni ja suunas asja tagasi cour d'appel de Paris'le (Pariisi apellatsioonikohus) teistsuguses koosseisus.

20. Moldova Vabariik väidab selles viimases kohtus, et vahekohus oleks pidanud tunnistama, et asi ei allu talle, sest puudub ühe lepinguosalise ettevõtja „investeering“ energiaharta lepingu tähenduses Moldova „territooriumil“. Ta väidab, et nõue, mille Energoalians Derimenilt omandas, ei ole „investeering“ energiaharta lepingu artikli 26 lõike 1 tähenduses, tõlgendatuna selle lepingu artikli 1 punktist 6 lähtudes, ning et seda ei oleks seega tohtinud arutada vahekohtumenetluses, sest see on ette nähtud ainult energiaharta lepingu III osas, mis käsitleb just investeringuid. Seejärel juhtis ta tähelepanu, et isegi eeldusel, et see nõue võib olla investeering, ei ole see ühe lepinguosalise ettevõtja investeering, sest Derimen on Briti Neitsisaarte ettevõtja. Lõpuks väitis ta, et igal juhul puudutas see nõue elektrienergia müügitehingut, mida ei tehtud Moldova „territooriumil“, sest elektrit müüdi ja tarniti ainult kuni Ukraina ja Moldova vahelise piiri Ukraina pooleni.

21. Komstroy leiab vastupidi, et vahekohus oli vastavalt energiaharta lepingu artiklile 26 pädev, sest kõik selles artiklis sätestatud tingimused olid täidetud, kuna tegemist oli Moldova territooriumil tehtud investeeringuga.

22. Eelnevat arvesse võttes otsustas cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tuleb tõlgendada nii, et elektrienergia müügilepingust tulenev nõue, millega ei ole seotud mingit investeerija sisse makset vastuvõtvas riigis, võib kujutada endast „investeeringut“ selle artikli tähenduses?
2. Kas energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et see, kui lepinguosalise riigi investor omandab nõude, mille on moodustanud lepinguosaliste riikide väline ettevõtja, kujutab endast investeeringut?

3. Kas energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et investorile kuuluv nõue, mis tuleneb vastuvõtva riigi piirile tarnitava elektrienergia müügi lepingust, võib kujutada endast investeeringut teise lepinguosalise territooriumil, kui investeerija ei tegele tema territooriumil mingi majandustegevusega?“

23. Kirjalikke seisukohti esitasid Moldova Vabariik, Saksamaa, Hispaania ja Poola valitsus ning Euroopa Komisjon.

24. Kohtuistungil, mis toimus 17. novembril 2020, esitati suulisi seisukohti Moldova Vabariigi, Komstroy, Prantsusmaa, Saksamaa, Hispaania, Itaalia, Ungari, Madalmaade, Poola, Soome ja Rootsi valitsuse ning Euroopa Liidu Nõukogu ja komisjoni nimel.

IV. Õiguslik analüüs

25. Käesolev kohtuasi on niisugune, et sellist ei ole varem olnud. Esiteks palutakse eelotsusetaotluse esitanud kohtu eelotsuse küsimustes tõlgendada energiaharta lepingu teatavaid sätteid, mille kohta ei ole Euroopa Kohus tänaseni kordagi seisukohta võtnud. Teiseks on põhikohtuasja poolteks kolmas riik Moldova Vabariik ja ühe teise kolmanda riigi, Ukraina ettevõtja.

26. Seepärast võib olla kaheldav, kas Euroopa Kohus on pädev esitatud küsimustele vastama, sest tegemist on rahvusvahelise konventsiooni tõlgendamisega vaidluse raames, mis – vähemalt esmapilgul – kujutab endast seda, mida võiks nimetada „puhtalt liiduväliseks“ olukorraks.

27. Enne nende eelotsuse küsimuste sisulist käsitlemist (B) pean seega analüüsima, kas on tõendatud, et asi allub Euroopa Kohtule (A).

A. Euroopa Kohtu pädevus

28. Kohe alguses meenutan, et ELTL artiklis 267 on nähtud ette, et Euroopa Liidu Kohus on pädev tegema eelotsuseid, mis käsitlevad liidu institutsioonide õigusaktide tõlgendamist, kusjuures rahvusvaheline leping, mille nõukogu on sõlminud vastavalt ELTL artiklitele 217 ja 218, kujutab endast sellist akti. Et niisuguse lepingu sätted on alates selle lepingu jõustumisest liidu õiguskorra lahutamatu osa, on Euroopa Kohus pädev tegema eelotsust selle lepingu tõlgendamise küsimuses.⁵

29. Et energiaharta leping on liidu nimel allkirjastatud ja heaks kiidetud, tuleb seda lepingut pidada liidu institutsioonide aktiks ELTL artikli 267 tähenduses. Euroopa Kohus on seega esmapilgul pädev energiaharta lepingu sätete kohta seisukohta võtma.

30. Selle tuvastamisest ei piisa siiski, et tagada, et asi allub Euroopa Kohtule. Põhikohtuasi ei puuduta ei liitu ega liikmesriike. Seega on vaja analüüsida, kas see asjaolu võib mõjutada Euroopa Kohtu pädevust vastata eelotsuse küsimustele.

⁵ 30. aprilli 1974. aasta kohtuotsus Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, punktid 2 ja 4), 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 26) ning 7. juuni 2018. aasta kohtuotsus KP (C-83/17, EU:C:2018:408, punkt 24).

1. Kohtupraktika, mis käsitleb rahvusvahelise lepingu sätete tõlgendamist osas, milles neid kohaldatakse väljaspool liidu õiguskorda

31. Kohtupraktikas on esitatud mõned täpsustused Euroopa Kohtu pädevuse kohta tõlgendada rahvusvahelist lepingut. Konkreetselt otsustas Euroopa Kohus kohtuotsustes Andersson ja Wåkerås-Andersson⁶ ning Salzmänn⁷ 2. mai 1992. aasta Euroopa Majanduspiirkonna lepingu (EÜT 1994, L 1, lk 3; ELT eriväljaanne 11/52, lk 3, edaspidi „EMP leping“) sätete kohta, et Euroopa Kohus ei ole pädev võtma seisukohta niisuguse lepingu tõlgendamise kohta osas, milles seda kohaldatakse kolmandates riikides.

32. Põhikohtuasjale ülekantuna viib niisugune kohtupraktika selleni, et Euroopa Kohus tunnistab, et ei ole pädev võtma seisukohta energiaharta lepingu tõlgendamise küsimuses, kui vaidluse pooled on ühe kolmanda riigi äriühing ja teine kolmas riik. Ma ei usu siiski, et käsitletaval juhul tuleks valida selline lahendus.

33. Järeldust, millele Euroopa Kohus jõudis kohtuotsustes Andersson ja Wåkerås-Andersson⁸ ning Salzmänn⁹, st järeldust, et ta ei ole pädev tõlgendama EMP lepingu sätteid, ei saa vaadelda isoleeritult, analüüsimate põhjuseid, miks selline järeldus tehti. Tema arutluskäik põhineb kahel asjaolul.

34. Esiteks on Euroopa Kohus märkinud, et tema liidu õigusnormide tõlgendamise pädevus kehtib ainult liidu puhul.¹⁰ Teiste sõnadega ei tunnista Euroopa Kohus ennast pädevaks tõlgendama sätteid, mida võidakse kohaldada väljaspool liidu õiguskorda.

35. Teiseks õigustab seda, et Euroopa Kohus ei ole pädev, ka asjaolu, et EMP lepingu tekstis endas on selle lepingu sätete tõlgendamise pädevus antud Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA) kohtule¹¹ osas, mis puudutab selle kohaldamist väljaspool liidu õiguskorda, tagades samas, et niisugune tõlgendus on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga. EMP lepingu sätetest tuleneb nimelt – selle lepingu tihedate seoste tõttu liidu õiguskorraga –, et neid tuleb osas, milles need on sisuliselt identsed aluslepingute ja aluslepingute alusel vastu võetud aktide vastavate sätetega, tõlgendada vastavalt Euroopa Kohtu praktikale.¹²

36. Arutluskäik, mida Euroopa Kohus järgis kohtuotsustes Andersson ja Wåkerås-Andersson¹³ ning Salzmänn¹⁴, tundub mulle seega olevat kantud ELTL artiklis 267 ette nähtud eelotsusetaotluse süsteemi eesmärgist, milleks on just hoida ära lahknevused liidu õiguse tõlgendamisel liidu õiguskorras.¹⁵

⁶ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28).

⁷ 15. mai 2003. aasta kohtuotsus (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

⁸ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ 15. mai 2003. aasta kohtuotsus (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁰ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28) ning 15. mai 2003. aasta kohtuotsus Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

¹¹ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 29) ning 15. mai 2003. aasta kohtuotsus Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 67).

¹² Vt EMP lepingu artikkel 6 ja selle lepingu preambuli viieteistkümnnes lõik. Vt selle kohta ka Baudenbacher, C., „The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union“, Baudenbacher, C. (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, lk-d 179–194.

¹³ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ 15. mai 2003. aasta kohtuotsus (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ 12. juuni 2008. aasta kohtuotsus Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punkt 20) ja 21. juuli 2011. aasta kohtuotsus Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punkt 60) ning 8. märtsi 2011. aasta arvamus 1/09 (EU:C:2011:123, punkt 83).

37. Niisugune eesmärk on ka võimaldanud õigustada Euroopa Kohtu pädevust tõlgendada liidu õigusnorme vaidluste raames, mis ei kuulu otseselt liidu õiguskorda. Konkreetselt otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses *Hermès*, et kui sätet võib kohaldada nii liidu õiguse kohaldamisalasse kuuluvate kui ka sinna mittekuuluvate olukordade suhtes, on liidul kindel huvi selle vastu, et hoidmaks ära tõlgenduslikud lahknevused tulevikus, tõlgendatakse seda sätet ühetaoliselt olenemata tingimustest, milles seda tuleb kohaldada. Ta tunnistas end seega pädevaks tõlgendama niisuguse rahvusvahelise lepingu sätet, mille osaline liit on, liidu õiguse kohaldamisalasse mittekuuluv olukorras.¹⁶

38. Seda arvestades ei saa kohtuotsuseid *Andersson ja Wåkerås-Andersson*¹⁷ ning *Salzmann*¹⁸ mõista nii, et nendega on süstemaatiliselt välistatud Euroopa Kohtu pädevus tõlgendada liidu õigusnorme vaidlustes, mis jäävad väljapoole liidu õiguskorda. Seda pädevust tunnustatakse nimelt tavaliselt siis, kui õigusnormi, mida tõlgendada palutakse, kohaldatakse nii olukordade suhtes, mis kuuluvad liidu õiguse kohaldamisalasse, kui ka olukordade suhtes, mis sinna ei kuulu.

2. Energiaharta lepingu eripärad ja nende mõju sellele, kas seda puudutav kohtupraktika on üle kantav käsitletavale juhtumile

39. Energiaharta lepingul on ka kaks konkreetset eripära ning seda ei saa seega puhtalt ja lihtsalt samastada EMP lepinguga, mida on käsitletud viidatud kohtupraktikas.

40. Esiteks ei ole energiaharta lepinguga loodud mingit kohut, kelle ülesanne oleks selle sätteid ühetaoliselt tõlgendada nii, et see on kooskõlas tõlgendusega, mille on esitanud Euroopa Kohus oma õiguskorra raames. Energiaharta lepingut tõlgendatakse ainult siis, kui erinevad kohtud – olgu need siis vahekohtud või lepinguosaliste riikide kohtud – lahendavad vaidlusi ja nemad ei saa seega tõlgendamislahknevusi ära hoida.¹⁹

41. Teiseks, nagu märkisid Saksamaa valitsus oma kirjalikes seisukohtades ja komisjon kohtuistungil, koosneb energiaharta leping, mis on küll mitmepoolne kokkulepe, teatavast hulgast kahepoolsetest kohustustest, mis kehtivad lepinguosaliste vahel, kelle hulgas on liit ja liikmesriigid.²⁰ Energiaharta lepinguga kehtestatud kohustused võimaldavad peamiselt kaitsta ühe lepinguosalise investorite investeeringuid teises lepinguosalis.²¹ Nendest kohustustest ühe rikkumine ei too seega kaasa seda, et kõik lepinguosalsed võivad alati nõuda selle hüvitamist, sest need kohustused kehtivad ainult kahepoolset, kahe lepinguosalise vahel.²²

42. Energiaharta lepinguga on seega kehtestatud teatav hulk kahepoolseid kohustusi, mille eesmärk on reguleerida sellega hõlmatud valdkonnas esiteks suhteid lepinguosaliste vahel ning teiseks suhteid ühe lepinguosalise investorite ja selle lepinguosalise vahel, kelle territooriumil on investeeringud tehtud. Sellest järeldub, et teoreetiliselt võivad need kohustused reguleerida ka liidu enda piires suhteid liikmesriikide vahel ja seega kohaldatakse neid liidu õiguskorras.

¹⁶ 16. juuni 1998. aasta kohtuotsus *Hermès* (C-53/96, EU:C:1998:292, punkt 32).

¹⁷ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ 15. mai 2003. aasta kohtuotsus (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁹ Sellest annavad tunnistust vaieldavused vahekohtupraktikas, mis puudutab mõiste „investeering“ tõlgendust, mis on käesolevate eelotsuse küsimuste teema.

²⁰ Kes kõik peale Itaalia Vabariigi on lepingu pooled.

²¹ Vt näiteks energiaharta lepingu artikli 10 lõige 1: „Iga lepinguosaline soodustab ja loob [...] oma territooriumile investeerimiseks stabiilsed, õiglased, soodsad, selged ja arusaadavad tingimused teiste lepinguosaliste investoritele.“

²² Kahepoolsete kohustuste kohta mitmepoolsetes lepingutes vt Rahvusvahelise Kohtu 5. veebruari 1970. aasta otsus *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Belgia vs. Hispaania)*, C.I.J. Recueil 1970, lk 3, punktid 33 ja 35.

43. Energiaharta lepingu need kaks eripära võrreldes EMP lepinguga piiravad seega võimalust võtta üle lahendus, mis valiti kohtuotsustes Andersson ja Wåkerås-Andersson²³ ning Salzmänn²⁴ ning mille kohaselt ei ole Euroopa Kohus pädev tõlgendama rahvusvahelist lepingut olukordades, mis jäävad väljapoole liidu õiguskorda.

44. Käesolevas kohtuasjas palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul tõlgendada rahvusvahelise lepingu sätteid, mida ei ole tõlgendatud ühetaoliselt ja kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga liiduvälistes vaidlustes ja mida võib põhimõtteliselt kohaldada ka olukordade suhtes, mis jäävad liidu õiguskorra raamesse.

45. Seda arvestades olen arvamusel, et liidu huvi selle vastu, et energiaharta lepingu sätteid tõlgendataks ühetaoliselt, ei saa välistada. Järeldan seega, et tuleb nõustuda, et Euroopa Kohus on pädev vastama käesolevas kohtuasjas esitatud eelotsuse küsimustele.

3. Kahtlused, kas energiaharta leping on kohaldatav liidu õiguskorras

46. Ka siin pean ma selle seisukoha esitama nüansirikkamalt. Selline järeldus tuleb teha ainult tingimusel, et sätteid, mida tõlgendada palutakse, on liidu õiguskorras tõesti kohaldatavad. Kui see nii ei ole, ei ole liidul huvi, et neid tõlgendatakse ühetaoliselt, ega ole ka Euroopa Kohus pädev neid tõlgendama.

47. Esiteks on energiaharta lepingu artikliga 26 kehtestatud ühe lepinguosalise investorite ja ühe teise lepinguosalise vaheliste vaidluste lahendamise süsteem, mis võimaldab kasutada vahekohtu. Selles küsimuses otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses Achmea²⁵, et niisuguse vahekohtu kasutamine, mis on loodud niisuguse kahe liikmesriigi vahel sõlmitud lepingu alusel, millega kaitstakse ja edendatakse investeringuid, ei ole lubatud liidu õiguskorra raames. Seda arvestades näib mulle, et see kohtuotsus viitab sellele, et energiaharta lepingu artikkel 26 ei ole liidu õiguskorras kunagi kohaldatav ning et Euroopa Kohus ei ole niisiis pädev seda sätet tõlgendama.

48. Energiaharta leping ei ole siiski täielikult samastatav kahepoolse investeerimislepinguga, mida käsitleti kohtuotsuses Achmea ning sellel on mõned eripärad, mida tuleb arvesse võtta, et anda täielik vastus küsimusele, kas sellega kehtestatud vaidluste lahendamise süsteem on liidu õigusega kooskõlas. Teen seega Euroopa Kohtule ettepaneku haarata sellest võimalusest kinni ja analüüsida viimati viidatud kohtuotsuse mõju energiaharta lepingu artikli 26 kohaldatavusele, sest see analüüs on vajalik, et teha kindlaks, kas Euroopa Kohus on pädev vastama selle sätte tõlgendamist käsitlevatele eelotsuse küsimustele.

49. Teisalt on nii, et kohtuotsuses Achmea ei ole lahendatud üldisemat küsimust, kas investeringuid kaitsvate ja edendavate lepingute materiaalõigusnormid on kooskõlas liidu õigusega, kui need reguleerivad suhteid liikmesriikide vahel. See kohtuotsus on siiski toonud päevavalgele raskused, mis kaasnevad niisuguste lepingute olemasoluga, kui neid kohaldatakse liidus.²⁶ Tekib nimelt küsimus, kas materiaalõigusnormidele saab tugineda vaidluses, mille pooled on ühe liikmesriigi investor ja teine liikmesriik, selle viimase liikmesriigi kohtutes. On

²³ 15. juuni 1999. aasta kohtuotsus (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28).

²⁴ 15. mai 2003. aasta kohtuotsus (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

²⁵ Punkt 60 ja resolutsioon.

²⁶ Vt selle kohta komisjoni 19. juuli 2018. aasta teatis Euroopa Parlamendile ja nõukogule „ELi-siseste investeringute kaitse“, COM(2018) 547 final.

seega vaja kontrollida, kas lepingu materiaalõigusnorme võib nii nagu kohtuotsuses Achmea pidada õigusnormideks, mis on vastuolus liidu õigusega ja mida selle õiguskorras seega ei kohaldata.

50. Niisugused kontrollimised võimaldavad teha kindlaks, kas liidul on huvi, et energiaharta lepingu sätteid tõlgendataks ühetaoliselt, ning selgitada välja, kas Euroopa Kohus on seega pädev vastama siin esitatud eelotsuse küsimustele.

a) a) *Energiaharta lepingu artikli 26 lõikega 1 kehtestatud vaidluste lahendamise süsteemi kohaldatavus liidu õiguskorras*

51. Küsimus, kas liidu liikmesriikidele siduvate lepingutega kehtestatud vaidluste lahendamise süsteemid on liidu õigusega kooskõlas, on juba mitu aastat elavate arutelude keskmes nii õigusteoorias²⁷ kui ka kohtupraktikas.²⁸

52. Kohtuasi, milles tehti kohtuotsus Achmea, peegeldas neid ja kujutab endast vajaduse korral näidet konfliktsetest suhetest, mis valitsevad liidu õiguse ja investeerimisalase vahekohtu õiguse vahel.²⁹

1) 1) *Kohtuotsus Achmea*

53. Kohtuotsuses Achmea³⁰ otsustas Euroopa Kohus, et ETL artikleid 267 ja 344 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus niisugune kahe liikmesriigi vahel sõlmitud rahvusvahelises lepingus sisalduv säte, mille kohaselt võib ühe liikmesriigi investor vaidluse korral, mis puudutab teises liikmesriigis tehtud investeeringuid, kutsuda esile viimati mainitud liikmesriigi vastu menetluse vahekohtus, mille pädevusega see liikmesriik on kohustunud nõustuma.

54. Teiste sõnadega on Euroopa Kohus otsustanud, et kahe liikmesriigi vahel sõlmitud kahepoolses investeerimislepingus sisalduv vaidluste lahendamise klausel on liidu õigusega vastuolus.

55. Selles kohtuotsuses rajas Euroopa Kohus oma arutluskäigu liidu õiguse aluspõhimõtetele, mida ei saa kahtluse alla panna. Ta rõhutas kõigepealt, et rahvusvaheline leping ei tohi kahjustada aluslepingutes kindlaks määratud pädevuse jaotust ja sellest tulenevalt ka liidu õigussüsteemi autonoomiat.³¹ Ta meenutas, et liidu õiguse autonoomia on nii liikmesriikide õiguse kui ka rahvusvahelise õiguse seisukohast põhjendatud liidu ja selle õiguse põhitunnustega, mis on

²⁷ Vt eelkõige õigusteooria kohta, mis eelnes kohtuotsusele Achmea, Eilmansberger, T., „Bilateral investment Treaties and EU Law“, *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, nr 2, lk-d 383–429; Hindelang, S., „Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration“, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39, nr 2, lk-d 179–206, ja Miron, S., „The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration“, *European Law Journal*, 2013, vol. 20, nr 3, lk-d 332–345.

²⁸ Vt näiteks Vattenfall AB jt vs. Saksamaa, (kohtuasi CIRDI nr ARB/12/12), 31. augusti 2018. aasta otsus Achmea kohta; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. vs. Hispaania Kuningriik (kohtuasi CIRDI nr ARB/14/1), 16. mai 2018. aasta kohtuotsus; Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Luksemburgi Suurhertsogiriik), SICAR vs. Hispaania Kuningriik, (kohtuasi SCC 2015/063), 15. veebruaril 2018. aasta kohtuotsus.

²⁹ Vt eelkõige Gaillard, E., „L’affaire Achmea ou les conflits de logiques“, *Revue critique de droit international privé*, 2018, nr 3, lk 616; Hess, B., „The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice“, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, nr 3, lk 8, ning Basedow, J., „Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration“, *Journal of international economic Law*, 2020, vol. 23, nr 1, lk-d 271–292.

³⁰ Punkt 60 ja resolutsioon.

³¹ Kohtuotsus Achmea, punkt 32. Vt ka 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 201 ja seal viidatud kohtupraktika).

seotud eelkõige liidu konstitutsioonilise ülesehituse ja liidu õiguse olemuse endaga,³² mida iseloomustavad eelkõige selle autonoomne allikas, milleks on aluslepingud, selle esimus ja selle vahetu õigusmõju.³³

56. Seejärel täpsustas Euroopa Kohus, et liidu õigus tugineb seega põhieeldusele, et igal liikmesriigil on kõikide teiste liikmesriikidega – ja ta ühtlasi tunnistab, et neil on temaga – teatud hulk ühiseid väärtusi, millel liit rajaneb. Ta märkis lisaks, et see eeldus tähendab ja põhjendab liikmesriikidevahelist vastastikust usaldust nende väärtuste tunnustamisel ja seega neid ellu viiva liidu õiguse järgimisel.³⁴

57. Lõpuks meenutas Euroopa Kohus, et liidu õiguskorra eripärade ja autonoomia säilitamise tagamiseks on aluslepingutes kehtestatud kohtusüsteem, mille eesmärk on kindlustada liidu õiguse tõlgendamise järjepidevus ja ühtsus.³⁵ Ta märkis lisaks, et selle süsteemi alustala on ELTL artiklis 267 ette nähtud eelotsusemenetlus, mille eesmärk on tagada liidu õiguse tõlgendamise ühtsus ning võimaldada seeläbi kindlustada selle järjepidevus, täielik õigusmõju ja autonoomia ning lõpuks ka aluslepingutega kehtestatud õiguse ainuomane olemus.³⁶

58. Nendest põhimõtetest lähtudes märkis Euroopa Kohus esiteks, et kahepoolse investeerimislepingu sätete alusel loodud vahekohus peab tõlgendama või isegi kohaldama liidu õigust.³⁷ Teiseks otsustas ta, et kõnesolev vahekohus paikneb väljaspool liidu kohtusüsteemi ning et kahepoolse investeerimislepinguga loodud vaidluste lahendamise süsteem võib välistada, et neid vaidlusi – isegi kui need võivad puudutada liidu õiguse tõlgendamist või kohaldamist – lahendatakse viisil, mis tagab liidu õiguse täieliku toime.³⁸

59. Euroopa Kohus märkis, et nii on see isegi juhul, kui liikmesriikide õiguses on nähtud ette liikmesriigi kohtute võimalus kontrollida vahekohtuotsust, sest see kontroll on piiratud ja seda võib teha ainult niisuguses ulatuses, nagu riigisisene õigus lubab. Selles küsimuses eristas Euroopa Kohus kohtuotsuses Achmea vaidluste lahendamise süsteemi, mis on sätestatud kahe liikmesriigi vahelise lepinguga, ja kaubandusarbitraaži, mis on just leitud olevat kooskõlas liidu õigusega niisugusel määral, nagu liidu õiguse alussätteid võib analüüsida vahekohtuotsuste kontrolli raames, mida teevad liikmesriikide kohtud, ning vajaduse korral esitada eelotsusetaotluse nende kohta.³⁹

60. Rõhutan, et nende kahe süsteemi vahel valitseb põhimõtteline erinevus. Kaubandusarbitraažimenetlus eeldab, et iga pool kasutab oma autonoomiat. See eeldab arbitraažilepingu sõlmimist kas samal ajal lepinguga, millega nähakse ette, et vastavad vaidlused lahendab vahekohus, või kui vaidlus on juba tekkinud. Teiste sõnadega tuleneb kohtu pädevus kaubandusarbitraaži korral alati arbitraažilepingust, mis käsitleb selles lepingus täpselt kindlaks määratud vaidlust. Ei saa asuda seisukohale, et niisuguse vahekohtu pädevus sõltub riigis

³² Kohtuotsus Achmea, punkt 33.

³³ Kohtuotsus Achmea, punkt 33.

³⁴ Kohtuotsus Achmea, punkt 34. Vt ka 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punktid 168 ja 173 ning seal viidatud kohtupraktika).

³⁵ Kohtuotsus Achmea, punkt 35. Vt ka 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 174).

³⁶ Kohtuotsus Achmea, punkt 37. Vt ka 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 176 ja seal viidatud kohtupraktika).

³⁷ Kohtuotsus Achmea, punktid 39–42.

³⁸ Kohtuotsus Achmea, punktid 42–56.

³⁹ Kohtuotsus Achmea, punktid 45 ja 55.

valitseva kohtuliku kaitse süsteemist. Pigem tuleneb see iga kaubanduses osaleva poole autonoomiast.⁴⁰ Just sellest autonoomiast tulenebki poolte võimalus otsustada, et nad lahendavad oma vaidlused vahekohtus.

61. Seevastu rahvusvahelises lepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem vastab teistsugusele loogikale.⁴¹ Niisugusel juhul kujutab see süsteem endast üldist ja püsivat vahekohtu pakkumist, mille vastaspool peab vastu võtma või mitte. Teiste sõnadega loobub riik selle süsteemiga võimalusest, et tema vaidluse teise liikmesriigi investoriga, mis kuulub selle lepingu kohaldamisalasse, lahendavad riikide kohtud. See loobumine on süstemaatiline, sest võib puudutada kõiki vaidlusi, mis kuuluvad selle lepingu kohaldamisalasse. Nii toimides loob riik kohtuliku kaitse süsteemi, mis jääb väljapoole tema kohtusüsteemi.

62. Just seda liikmesriikide vaheliste lepingutega ette nähtud investeerimisalaste vahekohtusüsteemide aspekti käsitleski Euroopa Kohus kohtuotsuses Achmea: ei ole nimelt mõeldav, et liikmesriigid võivad selle, et ei kohaldata liidu kohtusüsteemi, saavutada rahvusvahelise kohustuse võtmisega süstemaatiliselt terve hulga vaidluste puhul, mis puudutavad liidu õiguse tõlgendamist või kohaldamist.

63. Seda arvestades on Euroopa Kohus otsustanud, et kõnesolev vaidluste lahendamise süsteem võib lisaks liikmesriikidevahelise vastastikuse usalduse põhimõttele kahtluse alla seada ka aluslepingutega kehtestatud õiguse olemuse säilimise, mis on tagatud ELTL artiklis 267 ette nähtud eelotsusemenetlusega, ega ole seega kooskõlas lojaalse koostöö põhimõttega.⁴² Tema sõnul tuleneb sellest, et kahepoolses investeerimislepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem, mille kohaselt võib liikmesriigi ükskõik missugune investor esile kutsuda menetluse teise liikmesriigi vastu vahekohtus, kahjustab liidu õiguse autonoomiat.⁴³

64. See lahendus on lõpuks liidu õiguse autonoomia täpne väljendus,⁴⁴ kusjuures see autonoomia ise põhineb liikmesriikidevahelisel usaldusel, liikmesriikidel on teatav hulk ühiseid väärtusi ja nad tunnustavad seda, et need väärtused on ühised. Seega on liikmesriigid kohustatud uskuma – v.a erakorralistel asjaoludel –, et liidu kõik teised liikmesriigid järgivad liidu õigust, sh põhiõiguseid, eelkõige Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 47 sätestatud õigust tõhusale õiguskaitsevahendile sõltumatus kohtus.⁴⁵

65. Teiste sõnadega võib öelda, et just seepärast, et liidu õiguskorras on nõustunud ja tunnustatud, et liikmesriigid järgivad teatavaid ühiseid väärtusi ja õigusi, tänu millele võib kõnelda õigusriigist ja õigusest tõhusale õiguskaitsevahendile, on ka tagatud, et liikmesriikide investorid on kindlasti piisavalt kaitstud⁴⁶ liidu õiguskorras ning seega ei ole vaja kasutada süsteemi, mis jääb väljapoole liikmesriikide kohtusüsteemi.⁴⁷

⁴⁰ Vt selle kohta Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, nr 4, lk-d 367–386, eelkõige lk 370.

⁴¹ Süsteemi ainulaadsuse kohta vt Kessedjian, C. ja Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2^e éd., Thémis, PUF, 2020, lk 209.

⁴² Kohtuotsus Achmea, punkt 58.

⁴³ Kohtuotsus Achmea, punkt 59.

⁴⁴ Hess, B., *op. cit.*, lk 8.

⁴⁵ 30. aprilli 2019. aasta arvamus 1/17 (EL ja Kanada Laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping), (EU:C:2019:341, punkt 128 ja seal viidatud kohtupraktika).

⁴⁶ Komisjoni 19. juuli 2018. aasta teatis Euroopa Parlamendile ja nõukogule ELI-siseste investeringute kaitse, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ Tegemist ei ole selle eitamisega, et investeerimisõiguse alased vahekohtud on suutnud õigusriigi järgimisele kaasa aidata. Vt selle kohta Sadowski, W., „Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?“, *Common Market Law Review*, 2018, nr 55, lk-d 1025–1060. Niisugune panus ei ole siiski võrreldav liidu liikmesriikide vahel valitseva kindlusega, et tunnustatakse ja järgitakse põhiväärtusi, mille liit rajaneb ning mille hulgas on õigusriigi järgimine ja õigus tõhusale õiguskaitsevahendile sõltumatus kohtus.

66. Nende väärtuste tähtsust eelkõige õigusriigis on Euroopa Kohus muide meenutanud erinevates kohtuasjades⁴⁸, viidates liidu institutsioonide ja eriti komisjoni rollile, sest viimase ülesanne on valvata selle järgimise järele.

67. Kohtuotsusega Achmea tehti seega lõpp küsimustele, mis puudutasid liidu õiguse ja kahe liikmesriigi vahel sõlmitud kahepoolset investeerimislepingut ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemide suhteid.

68. Peaaegu kõik liikmesriigid on muide hiljem selle otsuse teadmiseks võtnud, andes erinevate avaldustega⁴⁹ teada oma kavatsusest öelda üles kahepoolset investeerimislepingut liikmesriikide vahel. Nendele avaldustele järgnes see, et 23 liikmesriiki sõlmisid 5. mail 2020 Euroopa Liidu liikmesriikide vaheliste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamise lepingu⁵⁰.

69. Pean ka täpsustama, et rahvusvahelises lepingus ette nähtud investeerimisalase vahekohtu süsteemi vastuolu liidu õigusega tuleneb otseselt liidu õiguse esimuse põhimõttest. Sellest järeldub, et see süsteem ei ole liidu õiguskorras kohaldatav ilma ühegi ajalise piiranguta ning seega ei saa tunnustada vahekohtu pädevust sellel alusel.

2) 2) Kohtuotsuse Achmea ulatus energiaharta lepingu suhtes

70. Kohtuotsus Achmea ei reguleeri siiski kõiki küsimusi, mis puudutavad suhteid investeerimisalase vahekohtu ja liidu õiguse vahel. Konkreetselt oli selles kohtuasjas tegemist kahepoolse lepinguga, mille osalised olid kaks liikmesriiki. Energiaharta leping – milles on küll ette nähtud sarnane vaidluste lahendamise süsteem nagu kohtuasjas Achmea, sest see võimaldab kasutada vahekohtu – on aga mitmepoolne leping, mille osalised liit ja liikmesriigid on.

71. Need erinevused on piiranud kahepoolsete investeerimislepingute puhul valitud lahenduse automaatset ülekandmist energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemile. Liikmesriikide üksteisele järgnenud vastavad avaldused näitavad hästi lahknevusi, mis valitsevad küsimuses, kas kohtuotsuse Achmea ulatust saab laiendada energiaharta lepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemile,⁵¹ ning – mis veelgi tähtsam – küsimuses, kas lepingu artikkel 26 on liidu õigusega kooskõlas.

⁴⁸ Pean eelkõige silmas 27. veebruari 2018. aasta kohtuotsust Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punktid 32 ja 33), 24. juuni 2019. aasta kohtuotsust komisjon vs. Poola (kõrgeima kohtu sõltumatus) (C-619/18, EU:C:2019:531, punktid 43 ja 47) ning 5. novembri 2019. aasta kohtuotsust komisjon vs. Poola (üldkohtute sõltumatus) (C-192/18, EU:C:2019:924, punkt 98).

⁴⁹ Liikmesriikide valitsuste esindajate 15. ja 16. jaanuari 2019. aasta deklaratsioonid Euroopa Kohtu otsuse Achmea õiguslike tagajärgede kohta ja investeringute kaitse kohta Euroopa Liidus, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>>; et <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ Euroopa Liidu liikmesriikide vaheliste kahepoolsete investeerimislepingute lõpetamise leping (ELT 2020, L 169, lk 1). Selle lepingu sõlmisid kõik liikmesriigid peale Iirimaa, Austria Vabariigi, Soome Vabariigi ja Rootsi Kuningriigi.

⁵¹ Kui Belgia Kuningriik, Bulgaaria Vabariik, Tšehhi Vabariik, Taani Kuningriik, Saksamaa Liitvabariik, Eesti Vabariik, Iirimaa, Kreeka Vabariik, Hispaania Kuningriik, Prantsuse Vabariik, Horvaatia Vabariik, Itaalia Vabariik, Küprose Vabariik, Läti Vabariik, Leedu Vabariik, Madalmaade Kuningriik, Austria Vabariik, Poola Vabariik, Portugali Vabariik, Rumeenia, Slovaki Vabariik ning Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik teatasid kõik, et leiavad, et lepingus sisalduv vaidluste lahendamise klausel on liidu õigusega vastuolus, siis Luksemburgi Suurhertsogiriik, Malta Vabariik, Sloveenia Vabariik, Soome Vabariik ja Rootsi Kuningriik jäid sõnaselgelt eriarvamusele, mis puudutab võimalust kanda selles kohtuotsuses valitud lahendus üle energiaharta lepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemile. Ungari teatas, et arvab, et seda lahendust ei saa kohaldada energiaharta lepingu artiklis 26 sätestatud vaidluste lahendamise süsteemile. Vt liikmesriikide valitsuste esindajate 15. ja 16. jaanuari 2019. aasta deklaratsioonid Euroopa Kohtu otsuse Achmea õiguslike tagajärgede kohta ja investeringute kaitse kohta Euroopa Liidus, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>>; et <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

72. Seega tuleb teha kindlaks, kas Euroopa Kohtu arutluskäik kohtuasjas Achmea võib olla kohaldatav küsimuses, kas energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem on liidu õigusega kooskõlas. Selles küsimuses väitsid Prantsusmaa, Saksamaa, Hispaania, Itaalia, Madalmaade ja Poola valitsus ning komisjon, et tuleb valida niisugune lahendus ja et energiaharta lepingu artikli 26 vastuolu liidu õigusega tähendab, et see ei ole liidu õiguskorras kohaldatav. Ungari, Soome ja Rootsi valitsus väljendasid aga kohtuistungil mõtet, et kohtuotsuses Achmea valitud lahendust ei saa energiaharta lepingu artikliga 26 kehtestatud vaidluste lahendamise süsteemi suhtes kohaldada.

73. Olen arvamusel, et energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem, mis võimaldab kasutada vahekohut, annab tingimata samasuguse tulemuse nagu kohtuotsuses Achmea käsitletud vaidluste lahendamise süsteem, mis leiti olevat liidu õigusega vastuolus.

74. Esiteks märgin, et nagu kohtuotsuses Achmea käsitletud vaidluste lahendamise süsteem võimaldab ka energiaharta lepingu artikkel 26 esitada vaidlused, mis võivad käsitleda liidu õiguse tõlgendamist, investeerimisalasele vahekohtule.

75. Energiaharta lepingu artikli 26 lõikes 6 on nähtud ette, et vahekohus otsustab vaidlusküsimuste üle vastavalt energiaharta lepingule ning „kehtivatele rahvusvahelise õiguse normidele ja põhimõtetele“. Vastupidi Soome ja Rootsi valitsuse väitele ja nagu otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses Achmea⁵², tuleb seda õigust liidu õiguse olemust ja tunnuseid arvestades pidada korraga nii igas liikmesriigis kehtiva õiguse osaks kui ka liikmesriikidevahelisest rahvusvahelisest lepingust tulenevaks. Nii peab vastavalt energiaharta lepingu artiklile 26 loodud vahekohus vajaduse korral tõlgendama ja isegi kohaldama liidu õigust.

76. Teiseks olen arvamusel, et vastavalt energiaharta lepingu artiklile 26 loodud vahekohus paikneb isegi vaidluses, mille on esile kutsunud liikmesriigi investor teise liikmesriigi vastu, väljaspool liidu õigussüsteemi.⁵³

77. See vahekohus ei kujuta endast liikmesriikide kohtusüsteemi osa ning just see erandlikkus õigustabki niisuguse vaidluste lahendamise süsteemi olemasolu. See ei kujuta endast ka mitme liikmesriigi ühist kohut, sest sellel ei ole mingit seost liikmesriikide kohtusüsteemidega.

78. Seda arvestades ei saa vastavalt energiaharta lepingu artiklile 26 loodud vahekohut pidada „liikmesriigi kohtuks“ ELTL artikli 267 tähenduses ning tal ei ole õigust esitada Euroopa Kohtule eelotsusetaotlust. Niisuguse kohtu otsuste suhtes ei kohaldata seega süsteeme, mis tagavad tõesti liidu õigusnormide täieliku toime.⁵⁴

79. Sellest järeldub, et nagu ka vaidluste lahendamise süsteem, mis leiti kohtuotsuses Achmea olevat liidu õigusega vastuolus, kahjustab ka energiaharta lepingu artikkel 26, mis võimaldab kasutada vahekohut, minu arvates liidu õiguse autonoomiat ning on seega ka liidu õigusega vastuolus.

⁵² Punkt 41.

⁵³ Kuigi ma ei välistanud kohe alguses vastupidist mõtet enne kohtuotsust Achmea oma akadeemilises tegevuses, nõustun nüüd Euroopa Kohtu arutluskäiguga selles küsimuses. Vt Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU“, Ferrari, F., (éd), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, lk-d 85–124.

⁵⁴ Kohtuotsus Achmea, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika.

80. Niisugust järeldust ei sea kahtluse alla ei energiaharta lepingu eripärad, mille tõttu tekkisid kahtlused, kas kohtuotsus Achmea on kohaldatav selles lepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemi suhtes, ega Euroopa Kohtu hilisem praktika, millele konkreetselt Ungari, Soome ja Rootsi valitsus kohtuistungil viitasid.

i) Energiaharta lepingu eripärad võrreldes kahepoolse investeerimislepinguga ei avalda mõju

81. On tõsi, et erinevalt niisugusest kahepoolsest investeerimislepingust, mida käsitleti kohtuotsuses Achmea, on liit ise energiaharta lepingu osaline ja seega selle lepinguga seotud. Märgin ka, et Euroopa Kohus rõhutas selles kohtuotsuses sõnaselgelt, et vaidluste lahendamise süsteem on nähtud ette lepingus, mida ei ole sõlminud „mitte liit, vaid liikmesriigid“.⁵⁵ Kas see tähendab tingimata, et sama lahendust ei saa kohaldada ka rahvusvahelise lepingu puhul, mille on sõlminud liikmesriigid ja liit? Ma ei usu.

82. Selles küsimuses märgin, et on selge, et rahvusvaheline leping, mis näeb ette niisuguse kohtu loomise, kelle ülesanne on tõlgendada selle lepingu sätteid ja kelle otsused on institutsioonidele, sh Euroopa Kohtule siduvad, ei ole põhimõtteliselt liidu õigusega vastuolus. Liidu pädevus rahvusvaheliste suhete valdkonnas ja tema õigus sõlmida rahvusvahelisi lepinguid hõlmab nimelt tingimata õigust allutada end sellise lepinguga loodud või määratud kohtu otsustele, mis on seotud asjaomase lepingu sätete tõlgendamise või kohaldamisega.⁵⁶

83. Niisugust õigust saab siiski tunnustada ainult tingimusel, et austatakse liidu ja selle õiguskorra autonoomiat.⁵⁷ Nagu ma aga käesoleva ettepaneku punktides 78 ja 79 märkisin, kahjustab lepingu energiaharta artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem, mis võimaldab kasutada vahekohtu, just liidu õiguse autonoomiat. Selles olukorras ei saa asjaolu, et ka liit on energiaharta lepingu osaline, pidada asjaoluks, mis seda seisukohta muudab.

ii) Erinevus arvamusest 1/17

84. Lõpuks tuleb märkida, et Ungari, Soome ja Rootsi valitsus väitsid kohtuistungil, et arvamusega 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping)⁵⁸ loodi uus liidu kohtusüsteemist väljapoole jäävate vaidluste lahendamise süsteemide analüüsimise skeem. Niisugune süsteem ei ole nende sõnul iseenesest liidu õigusega vastuolus, tingimusel et see ei võimalda kohtul, kes jääb liidu kohtusüsteemist väljapoole, liidu õigusnorme tõlgendada või kohaldada ning otsused, mille see kohus teeb, ei saa tuua kaasa seda, et takistavad liidu institutsioonidel toimimast vastavalt liidu konstitutsioonilisele raamistikule.

85. Niisugused argumendid ei ole siiski veenvad. Esiteks nagu on märgitud käesoleva ettepaneku punktides 74 ja 75, siis olen arvamusel, et energiaharta lepingu artikkel 26 võimaldab just vahekohtul, kes jääb liidu kohtusüsteemist väljapoole, liidu õigusnorme tõlgendada või kohaldada. Energiaharta lepingu artikkel 26 erineb ka Kanada ning Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide vahel sõlmitud laiaulatusliku majandus- ja kaubanduslepinguga (edaspidi

⁵⁵ Kohtuotsus Achmea, punkt 58.

⁵⁶ 14. detsembri 1991. aasta arvamus 1/91 (EMP leping – I) (EU:C:1991:490, punktid 40 ja 70), 8. märtsi 2011. aasta arvamus 1/09 (EU:C:2011:123, punktid 74 ja 76) ning 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punktid 182 ja 183).

⁵⁷ 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 183) ja kohtuotsus Achmea, punkt 57.

⁵⁸ 30. aprilli 2019. aasta arvamus (EU:C:2019:341).

„majandus- ja kaubandusleping“) ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemist selle poolest, et viimases on nähtud ette sõnaselge erand, mis puudutab liidu õiguse tõlgendamist,⁵⁹ energiaharta lepingu artikli 26 kohaselt niisugust erandit aga ei eksisteeri.

86. Teiseks ja eelkõige märkin, et arvamuses 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping)⁶⁰ ei saa Euroopa Kohtu arutluskäik majandus- ja kaubanduslepingus ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemi kohta kuidagi mõjutada energiaharta lepingu artikli 26 analüüsi. Nagu Euroopa Kohus selles arvamuses märkis, erineb küsimus, kas kahe liikmesriigi vahelise lepinguga investeerimiskohtu loomine või säilitamine on kooskõlas liidu õigusega, küsimusest, kas selle õigusega on kooskõlas niisuguse kohtu loomine liidu ja kolmandate riikide vahelise lepinguga.⁶¹ Ungari, Soome ja Rootsi valitsuse argumendid saaksid õiged olla seega ainult juhul, kui energiaharta leping reguleeriks ainult liidu ja kolmandate riikide suhteid.

87. Kui liikmesriigid on kohustatud järgima vastastikuse usalduse põhimõtet, siis liidu ja kolmandate riikide suhetes ei kohaldata niisugust põhimõtet kuidagi. Täpsemalt ei rajane suhted kolmandate riikidega põhimõtteliselt eeldusel, et iga liikmesriik jagab kõikide teiste liikmesriikidega ja tunnustab, et nemad jagavad temaga, teatavat hulka ühiseid väärtusi ning järgivad seega liidu õigust, millega neid väärtusi ellu viiakse. Nagu märkis kohtujurist Bot ühe kolmandate riikidega sõlmitud lepingu raames, ei usalda kumbki lepinguosaline tingimata teise lepinguosalise kohtusüsteemi lepingus sätestatud normide järgimise tagamisel.⁶² Niisuguse vastastikuse usalduse puudumine, nagu eksisteerib liidus, ongi põhjus, miks lepinguosalsed otsustavad leppida kokku neutraalses vaidluste lahendamise süsteemis.⁶³ Niisugune süsteem, mis jääb väljapoole neid kahte lepinguosalist, võimaldab tagada lepinguosaliste usalduse lepingu kohaldamise osas, ilma et seda usaldust saaks samastada vastastikuse usaldusega, mis struktureerib suhteid liidu õiguskorras.

88. Seda arvestades ei mõjuta arvamus 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping)⁶⁴ viisi, kuidas analüüsitakse kohtuotsuses Achmea kindlaks määratud põhimõtetest lähtudes energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemi osas, milles see võimaldab kasutada vahekohtu, sest see leping reguleerib liikmesriikidevahelisi suhteid.

3) 3) Järeldus küsimuses, kas energiaharta lepingu artikkel 26 on liidu õiguskorras kohaldatav

89. Kõigest eelnevast tuleneb, et energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem on minu arvates liidu õigusega vastuolus osas, milles võimaldab väljapoole liidu kohtusüsteemi jääval vahekohtul vaidluses, mille pooled on ühe liikmesriigi investor ja teine liikmesriik, tõlgendada või kohaldada liidu õigust ning seab nii ohtu liikmesriikidevahelise vastastikuse usalduse põhimõtte ja aluslepingutega loodud õiguse olemuse säilimise, kahjustades samal ajal liidu õiguse autonoomiat. Selles ulatuses ei kohaldata energiaharta lepingu artiklit 26 seega liidu õiguskorra raames.

⁵⁹ 30. aprilli 2019. aasta arvamus 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping) (EU:C:2019:341, punkt 131).

⁶⁰ 30. aprilli 2019. aasta arvamus (EU:C:2019:341).

⁶¹ 30. aprilli 2019. aasta arvamus 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping) (EU:C:2019:341, punkt 127).

⁶² Kohtujurist Boti ettepanek arvamuses 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping, EU:C:2019:72, punkt 82).

⁶³ Kohtujurist Boti ettepanek arvamuses 1/17 (EL ja Kanada laiaulatuslik majandus- ja kaubandusleping, EU:C:2019:72, punkt 84). Vt selle kohta ka Lenaerts, K., „Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue“, *Yearbook of European Law*, 2019, vol. 38, lk 12.

⁶⁴ 30. aprilli 2019. aasta arvamus (EU:C:2019:341).

90. Samas ei tähenda see, et ühe liikmesriigi investor ei saa kasutada vahekohut vaidluses, milles tema vastaspool on teine liikmesriik, et energiaharta lepingu artikkel 26 ei oleks kunagi liidu õiguskorra raames kohaldatav. Ühe liikmesriigi investorid võivad seega alati põhimõtteliselt pöörduda teise liikmesriigi vastu selle kohtutesse, kui tegemist on selles artiklis silmas peetud vaidlusega.⁶⁵ Selline võimalus sõltub siiski küsimusest, kas niisugused nõuded võivad rajaneda energiaharta lepingus sätestatud materiaalõigusnormidel ja kas need sätted on seega omakorda kohaldatavad liidu õiguskorras. Nüüd analüüsin seda küsimust.

b) b) *Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 kohaldatavus liidu õiguskorras*

91. Energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 on määratletud mõiste „investeering“ niisugusena, nagu seda on kasutatud energiaharta lepingu sätetes, ning see määratlus paikneb lepingu I osas „Mõisted ja eesmärk“. See säte kuulub seega energiaharta lepingu sissejuhatavate sätete hulka, milles on üldisemalt kindlaks määratud selle õigusakti kohaldamisala ja eesmärk ning määratletud selle sätetes kasutatud terminid.

92. Teiste sõnadega toob energiaharta lepingu artikli 1 punkt 6, milles on määratud kindlaks energiaharta lepingu esemeline kohaldamisala, kaasa ka selle, et vallandab lepingu materiaalõiguslike kaitsesätete kohaldamise.

93. Seda arvestades sõltub selle õigusnormi kohaldatavus liidu õiguskorras peamiselt küsimusest, kas materiaalõigusnormid, mida sellega ellu viiakse, on ise liidu õiguskorras kohaldatavad ning kas ühe liikmesriigi investorid võivad nendele tugineda kaebuses teise liikmesriigi vastu selle riigi kohtutes.

94. Kuigi kohtuotsusega Achmea ei reguleeritud seda küsimust, tõi see siiski esile mõned kahtlused küsimuses, kas liidus on võimalik kohaldada üldiselt investeeringuid edendavate ja kaitsvate lepingute ning konkreetselt energiaharta lepingu materiaalõigusnorme.⁶⁶

95. Ma ei arva siiski, et käesolevas kohtuasjas oleks puhtalt teoreetiliselt võimalik vastata kindlalt sellele küsimusele. See eeldaks nimelt, et analüüsitakse abstraktselt ja ammendavalt kõiki kattumisi, mis võivad liidu õiguse ja energiaharta lepingu vahel eksisteerida.⁶⁷ Mulle tundub aga ebamõistlik viia läbi niisugune analüüs etapis, kus analüüsitakse Euroopa Kohtu pädevust vastata eelotsuse küsimustele, ning käesoleva kohtuasja kontekstis. On vaja ka rõhutada, et menetlusosalised ei ole seda küsimust arutanud.⁶⁸

96. Rõhutan ka, et ainus argument, mis käsitleb energiaharta lepingu materiaalõigusnormide vastuolu liidu õigusega ja mis on käesolevas kohtuasjas lühidalt esitatud, on Itaalia valitsuse ja komisjoni argument, mida on põhjendatud sellega, et liidu õiguses on nähtud ette investeeringute

⁶⁵ Ei saa ka välistada, et energiaharta lepingu artikli 26 tõlgendamine Euroopa Kohtu poolt on vajalik selle raames, kui liikmesriikide kohtud kontrollivad vahekohtuotsust vaidluses, mille pooled on kolmanda riigi investor ja liikmesriik ning mis võib hõlmata seda, et vahekohtunikud tõlgendavad liidu õigust.

⁶⁶ Vt selle kohta komisjoni 19. juuli 2018. aasta teatis Euroopa Parlamendile ja nõukogule ELi-siseste investeeringute kaitse, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ Kahe liikmesriigi vahel sõlmitud investeeringute kaitse ja edendamise lepingu ning liidu õiguse mõeldavate kattumiste näite kohta vt kohtujurist Wathelet' ettepanek kohtuasjas Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

⁶⁸ Kuigi menetlusosalistelt küsiti kohtuistungil, missugused on kohtuotsuse Achmea tagajärjed, puudutas arutelul ainult selle kohtuotsuse mõju küsimuses, kas energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteem on liidu õigusega kooskõlas. Rõhutan, et see kohtuotsus ei puuduta nimelt mitte energiaharta lepingu materiaalõigusnormide, vaid ainult kahepoolse investeerimislepinguga kehtestatud samalaadse süsteemi kooskõla liidu õigusega.

kaitse vahendid, mis on samaväärsed energiaharta lepingus sätestatud investeeringute kaitse vahenditega. Esmapilgul ei mõista ma aga hästi, mis põhjusel toob see samaväärne kaitse iseenesest kaasa vastuolu liidu õigusega.

97. Selles olukorras olen arvamusel, et seda, et energiaharta lepingu materiaalõigusnormid, sh selle artikli 1 punkt 6 on liidu õigusega vastuolus, ei saa selles etapis kindlalt ei välistada ega sellega ka nõustuda. Tuleb seega eeldada, et need sätted on liidu õiguskorras kohaldatavad.

4. Järeldus Euroopa Kohtu pädevuse kohta

98. Energiaharta lepingu artikkel 26 ei ole minu arvates liidu õigusega kooskõlas osas, milles selles on nähtud ette vahekohtu kasutamine, ning seega ei saa niisugust vaidluste lahendamise süsteemi liidu õiguskorras kohaldada.

99. Et aga selles etapis ei saa välistada, et energiaharta lepingu materiaalõigusnormid, sh selle artikli 1 punkt 6 on liidu õiguskorras kohaldatavad, tuleb siiski ka eeldada, et ühe liikmesriigi investorid saavad nendele sätetele tugineda energiaharta lepingu artiklis 26 silmas peetud vaidluses teise liikmesriigiga selle riigi kohtutes. Selles olukorras tuleb nii energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 kui ka artiklit 26 pidada säteteks, mis võivad olla liidu õiguskorras kohaldatavad.

100. Sellest järeldub, et liidul on kindel huvi selle vastu, et neid sätteid tõlgendataks ühetaoliselt, ning et Euroopa Kohus peaks seega olema pädev vastama kõikidele eelotsuse küsimustele.

B. Sisulised küsimused

1. Esimene eelotsuse küsimus: mõiste „investeering“ energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses

101. Oma esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tuleb tõlgendada nii, et elektrienergialepingust tulenev nõue, millega ei ole seotud investori sissemakset vastuvõtvas riigis, võib kujutada endast investeeringut.

102. Komstroy väitis kohtuistungil, et mõiste „investeering“ on energiaharta lepingus määratletud ning et sellest määratlusest piisabki juba, ehkki seda toetab niisuguste varade mitteammendav näitlik loetelu, mis kujutavad endast investeeringut energiaharta lepingu tähenduses. See äriühing väitis ka, et energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 sõnastuse otsene tähendus on selge ning seega ei ole vaja seda ei tõlgendada ega ka viidata kriteeriumidele, mis ei ole esitatud määratlusega seotud. Lõpuks väidab Komstroy, et lepingu artikli 1 punktis 6 on nähtud endas ette, et lepingust tulenevat nõuet võib pidada investeeringuks, sest energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktides c ja f on mainitud vastavalt „rahalisi nõudeid“ ja „lepingust tulenevaid õigusi“.

103. Moldova Vabariik, Hispaania, Madalmaade ja Poola valitsus ning komisjon väidavad, et müügilepingust tulenev nõue ei saa kujutada endast investeeringut energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses. Nad väidavad, et kui energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c on nähtud ette, et rahaline nõue on investeering, siis ainult sel tingimisel, et see nõue on „investeeringuga seotud“. Müügilepingust tulenevat nõuet ei saa aga pidada „investeeringuga

seotud“ nõudeks. Moldova Vabariik rõhutab ka, et lähtuda tuleb termini „investeering“ tavatähendusest, mis eeldab kapitali sissemakset, mida lepingust tuleneva nõude puhul ei ole. Lõpuks rõhutavad Moldova Vabariik ja komisjon, kui oluline on eristada kaubanduse valdkonda kuuluvat investeerimise valdkonda kuuluvast: energiaharta lepingu III osa kaitseb ainult investeeringuid.

104. Energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 on investeering määratletud nii, et see on „igasugune vara, mida investor otseselt või kaudselt omab või kontrollib“. Nii on energiaharta lepingus esitatud ebatäpne määratlus, mis tundub esmapilgul olevat piiratud ainult selle investeeringuga seotud tegevuse esemega. Selles sättes on lisatud, et investeering energiaharta lepingu tähenduses peab olema seotud majandustegevusega energiasektoris.

105. Seda määratlust täiendab mitteammendav loetelu, mis sisaldab konkreetseid näiteid investeeringutest selle sätte tähenduses. Sellest tuleneb, et nagu väidab Komstroy, kui mõni energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 sõnaselgelt nimetatud investeeringutest hõlmab selgelt asjaomast vara, ei ole põhimõtteliselt sugugi vaja seda õigusnormi tõlgendada.⁶⁹

106. Mis puudutab lepingust tulenevaid nõudeid, siis need võivad kuuluda energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 esitatud määratluse alla nii energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c kui ka artikli 1 lõike 6 punkti f järgi. Nimetatud on „rahalisi nõudeid [...] ning majandusliku väärtusega nõuded, mis on investeeringuga seotud“,⁷⁰ ning „lepingust [...] tulenevaid õigusi majandustegevuseks energiasektoris“.⁷¹

107. Märgin siiski, et kuigi nendes kahes sättes on esitatud näiteid investeeringutest energiaharta lepingu tähenduses, on nendega lisatud ka täiendavaid tingimusi, mis peavad olema investeeringuks kvalifitseerimiseks täidetud. Esiteks on energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c ette nähtud, et rahaline nõue on investeering tingimusel, et see tuleneb lepingust, mis on ise investeeringuga seotud. Teiseks on energiaharta lepingu artikli 6 punktis f sätestatud, et lepingust tulenev õigus on investeering tingimusel, et see on antud majandustegevuseks energiasektoris. Teiste sõnadega ei ole lepingust tulenev nõue automaatselt investeering energiaharta lepingu tähenduses, sest selle õigusaktiga on kehtestatud mõned piirangud.

108. Nende tingimuste lisamine muudab aga raskeks, kui mitte võimatuks igasuguse lepingust tuleneva nõude ühese seostamise investeeringu ühe või teise vormiga energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt c või f ei saa kahtlemata hõlmata lepingust tulenevat nõuet, eelkõige juhul, kui see tuleneb elektrimüügilepingust, ilma et enne oleks kindlaks määratud, mida nendes õigusnormides sätestatud täiendavad tingimused endaga kaasa toovad.

109. Seega on vaja tõlgendada neid kahte õigusnormi, mida tuleb Viini konventsiooni⁷² artikli 31 lõike 1 kohaselt teha „heas usus, andes lepingus kasutatud mõistetele konteksti arvestades tavatähenduse ning lähtudes lepingu mõttest ja eesmärgist“.

⁶⁹ Vt selle kohta vahekohtupraktikas *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd vs. Kasahstan* [Stockholmi kaubanduskoja (CSS) kohtuasi nr V 116/2010], 19. detsembri 2013. aasta vahekohtuotsus, punkt 806, ning õigusteoorias Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, nr 6, lk 160.

⁷⁰ Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt c.

⁷¹ Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt f.

⁷² Viinis 23. mail 1969 sõlmitud rahvusvaheliste lepingute õiguse konventsioon (*Recueil des Traités des Nations unies*, vol. 1155, lk 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>.

a) a) Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt c

110. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c kohta, mis näeb ette, et nõue peab tulenema investeringuga seotud lepingust, märgin, et see on veidi mitmeti mõistetav. Selles õigusnormis on rahalised nõuded, mida võib pidada investeringuks, määratletud viite abil mõistele „investeering“. Teiste sõnadega on mõiste „investeering“ korraga määratletav mõiste ja selle määratlemiseks kasutatav mõiste. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c jõutakse selles mõttes ringiga samasse punkti tagasi.⁷³

111. Seda arvestades ja et sellest nõiaringist pääseda, saab lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c kasutatud terminit „investeering“ tõlgendada ainult teistsuguses tähenduses, kui on just silmas peetud selles õigusnormis. Nagu märgib Poola valitsus, on rahaline nõue investeering ainult siis, kui see on tekkinud lepingu kohaselt, mis on ise investeringuga seotud energiaharta lepingu tähenduses, mis ei kuulu energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c kohaldamisalasse.

112. Ühtegi muud energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 nimetatud investeeringut ei saa aga mõista nii, et see hõlmab elektrienergia tarnimist, mis on niisuguse lepingu ese, millest vaadeldav rahaline nõue tuleneb. Selle punkti üheski alapunktis ei ole nimetatud lihtsalt kaubandustehingut.⁷⁴ Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 grammatilisest tõlgendusest tuleneb nimelt, et elektrimüügilepingust tulenev nõue, millega seoses ei ole tehtud mingit sissemakset, ei ole rahaline nõue, mis tuleneb majandusliku väärtusega lepingust, mis on investeringuga seotud.

113. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c grammatilist tõlgendust kinnitab seejärel selles sättes kasutatud termini „investeering“ tavatähendus.⁷⁵

114. Tavakeeles tähistab see termin – nagu väidavad Moldova Vabariik ja komisjon – üldiselt tehingut, mis koosneb rahalisest sissemaksest, mis asetub teatava kestusega ajavahemiku piiresse ja eeldab riski.⁷⁶

⁷³ Mõiste „investeering“ määratlemise kohta iseenda kaudu vt Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, lk-d 43 ja 44.

⁷⁴ Võib kahelda, kas on võimalik asuda seisukohale, et energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt f, milles on nimetatud „lepingust [...] tulenevaid õigusi majandustegevuseks energiasektoris“, hõlmab elektrienergia tarnimist. Niisugusest arutluskäigust on muide lähtunud vahekohtupraktikas; vt selle kohta *Petrobart Limited vs. Kõrgõzstani Vabariik* [CSS kohtuasi nr126/2003], 29. märtsi 2005. aasta vahekohtuotsus, lk 72. Lähtudes energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti f tõlgendusest, mille ma soovitan valida, tuleb niisugune võimalus siiski välistada. Vt käesoleva ettepaneku punkt 121 jj.

⁷⁵ Õigusteoorias on väljendatud mõtet, et energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c kasutatud termini „investeering“ määratluse osas tuleb lähtuda ainult selle termini tavatähendusest. Nagu väidab Poola valitsus oma kirjalikes seisukohtades, on lepingu ingliskeelses versioonis eristatud ingliskeelset terminit „Investment“ energiaharta lepingu tähenduses (suure algustähena) ja ingliskeelsest terminist „investment“ selle termini tavatähenduses (ilma suure algustähena). Väikese algustähena „investeeringutel“, mis erinevad seega suure algustähena „investeeringutest“, mida kaitseb energiaharta leping, on objektiivne tähendus, nagu on meenutatud käesoleva ettepaneku punktides 114, 115 ja 116. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c on täpsustatud, et nõue peab tulenema „investeeringuga seotud“ lepingust; sellest järeldub, et terminit „investeering“ tuleks sel juhul mõista ainult objektiivselt, lähtudes selle termini tavatähendusest. Selle idee kohta vt Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, lk 174. Mind see argument siiski täielikult ei veena, sest see rajaneb ainult teksti tüpograafial, mida ei leia muide energiaharta lepingu teistest keeleversioonidest.

⁷⁶ Termin „investissement“ on prantsuse keeles konkreetselt määratletud kui „placement de fonds en vue d'obtenir des revenus“, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{me} éd.. Inglise keeles on „investment“ määratletud kui „the act of putting money [...] into something to make a profit“. Selle termini arengu kohta vt Gilles, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, lk 16 jj.

115. Samamoodi on ka vahekohtupraktikas järk-järgult välja töötatud mõiste „investeering“ objektiivne määratlus, mille kohaselt eeldab investeering, et täidetud oleks kolm tingimust: investori sissemaks, täitmise teatav kestus ja osalemine tehingu riskides.⁷⁷

116. Kuigi see määratlus on välja arendatud seoses mõistega „investeering“ Washingtonis 18. märtsil 1965 allkirjastatud riikide ja teiste riikide kodanike vaheliste investeerimisvaidluste lahendamise konventsioonis, näib mulle siiski, et see sisaldab selle põhielemente, mis võib kujutada endast investeeringut, ning seda on seepärast sageli meenutatud õigusteoorias, kui on vaja välja pakkuda selle mõiste üldine määratlus.⁷⁸

117. Termin „investeering“ niisuguse tähenduse kohaselt on rahaline nõue seega investeering energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses, tingimusel et see on tekkinud lepingust, millega on seotud oletatava investori sissemaks ja lootus saada kasu – mis ei ole garanteeritud. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c kasutatud termini „investeering“ niisuguse tähenduse võib leida ka vahekohtupraktikast⁷⁹ ja õigusteooriast.⁸⁰

118. Elektrimüügileping on aga lihtne kaubandustehing, mida mõiste „investeering“ ei saa hõlmata, sest see ei eelda ei sissemaks⁸¹ ega sissemaksest sõltuva tulu lootust. Olen seega arvamusel, et elektrimüügilepingust tulenev nõue ei ole seotud investeeringuga ning see ei vasta energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis c nimetatud tingimusele.

119. Lõpuks kinnitab mõiste „investeering“ energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c tähenduses niisugust tõlgendust energiaharta lepingu üldise loogika ja loodud investeeringute kaitse süsteemi uuring. Nagu rõhutab komisjon, on energiaharta lepingus eristatud kaubandust käsitlevaid sätteid, mis paiknevad selle II jaos, investeeringute edendamist ja kaitset käsitlevatest õigusnormidest, mis asuvad selle III jaos. Lihtne kaubandustehing ei ole seega iseenesest samastatav investeeringuga, vastasel korral kaotab vahetegemine kaubanduse valdkonda kuuluva ja – erilist kaitset vajava – investeeringu valdkonda kuuluva vahel igasuguse mõtte.⁸²

120. Mõistet „investeering“ energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c tähenduses ei tohi seega segi ajada lihtsalt kaubandustegevusega ning selle alla ei saa kuuluda elektrimüügilepingust tulenev nõue, mis ei eelda sissemaks ja sellest sissemaksest sõltuva tulu saamise lootust.

b) b) Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt f

121. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis f on nimetatud „lepingust [...] tulenevaid õigusi majandustegevuseks energiasektoris“. Selles küsimuses meenutan, et energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 on juba nähtud üldiselt ette, et investeering energiaharta lepingu tähenduses

⁷⁷ Vt Salini Costruttori S.p.A. ja Italstrade S.p.A. vs. Maroko Kuningriik (CIRDI kohtuasi nr ARB/00/4), 23. juuli 2001. aasta vahekohtuotsus, 129 Journal du droit international 196 (2002), punkt 52. Selle kohtupraktika analüüsi kohta vt Pyka, M., *op. cit.*, lk-d 63–111, ja Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Warszawa, 2019, lk-d 127–134.

⁷⁸ Vt Baltag, C., *op. cit.*, lk-d 167–183, ning Kessedjian, C., ja Pironon, V., *op. cit.*, lk 206.

⁷⁹ Vt eelkõige Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. vs. Hispaania Kuningriik (CIRDI kohtuasi nr ARB/14/1), 16. mai 2018. aasta vahekohtuotsus, punkt 195 jj, ning Isolux Netherlands BV vs. Hispaania Kuningriik (CSS kohtuasi nr V 2013/153), 17. juuli 2016. aasta vahekohtuotsus, punkt 683 jj.

⁸⁰ Vt Baltag, C., *op. cit.*, lk 178 jj, ning Audit, M, *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, nr 3, lk 16.

⁸¹ Komstroy väitis kohtuistungil, et sissemaks seisnes elektrienergia tarnimises. Niisugusest argumendist ei piisa siiski, et kvalifitseerida elektrimüügileping „investeeringuga seotud lepinguks“, sest see ei eelda veel riski olemasolu, mis puudutab sissemaks tulemusena oodatavaid tulusid.

⁸² Eelkõige energiaharta lepingu artiklis 26 ette nähtud vaidluste lahendamise süsteemi abil. Mõnel kaubandustehingul on mõnikord omadused, mis õigustavad nende kvalifitseerimist „investeeringuks“; vt selle kohta Pyka, M., *op. cit.*, lk-d 175–181. Ma ei usu, et niisugune analüüs oleks siin kohaldatav.

peab olema seotud majandustegevusega energiasektoris. Seega ei saa energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktiga f kehtestatud tingimust mõista samamoodi, vastasel korral kaotaks niisugune täpsustus igasuguse mõtte.

122. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktis f ei ole seega peetud silmas igasugust lepingust tulenevat õigust, mis on seotud majandustegevusega energiasektoris, vaid sellega on lisatud täiendav tingimus selleks, et lepingust tulenevat õigust võiks pidada kaitstud investeeringuks energiaharta lepingu tähenduses. See ilmneb selle õigusnormi sõnastusest endast. Seega näitab väljendi „pour l'exercice de“ kasutamine prantsuse keeles, et nimetatud lepingust tulenev õigus peab olema antud *selleks, et* tegelda majandustegevusega energiasektoris.⁸³ Lepingust tulenev õigus peab võimaldama tegelda majandustegevusega energiasektoris, millega saaja ei saa ilma selleta tegeleda. Teiste sõnadega peab lepingust tulenev õigus lubama selle tegevusega tegelda ning looma selleks vajalikud tingimused.⁸⁴

123. Kuigi lepingust tulenev nõue on aga tõesti lepinguga antud õigus, ei saa seda siiski pidada millekski, mis lubab tegelda majandustegevusega energiasektoris, kui see on omandatud *pärast* selle tekkimist algsele omanikule. Seda arvestades ei anna nõue selle omanikule mitte õigust tegelda majandustegevusega energiasektoris, vaid ainult õiguse nõuda tasumist.

124. Lisaks isegi juhul, kui peaksime võtma arvesse nõude päritolu – *quod non* –, st elektrimüügilepingut, olen arvamusel, et saavutaksime sama tulemuse. Kuigi elektrimüügileping kahe äriühingu vahel võimaldab tõesti nendest ühel teisele elektrit tarnida, ei anna energiasektoris majandustegevusega tegelemiseks luba mitte see leping. Elektrit tarniv äriühing saab nimelt juba seda elektrit oma lepingupartnerile tarnida ning seega ei sisalda leping ühelgi juhul luba ega õigust tegelda majandustegevusega energiasektoris vastuvõtvast riigis.

125. Energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkt f ei hõlma seega minu meelest niisugust nõuet.

126. Eelnevast tuleneb, et ei energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c ega artikli 1 punkti 6 alapunkti f ei saa tõlgendada nii, et elektrimüügilepingust tulenev nõue, millega ei kaasnenud mingit sissemakset, on investeering nende sätete tähenduses.

c) c) Energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 kasutatud mõiste „investeering“ üldine määratlus

127. Sellegipoolest on energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 esitatud ka mõiste „investeering“ üldine määratlus, ehkki ebamäärane, ning selles esitatud investeeringute loetelu ei ole ammendav. Võib seega väita, et nõue, mida energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunktid c või f ei hõlma, võib siiski kujutada endast investeeringut energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses, sest see kujutab endast „vara, mida investor otseselt või kaudselt omab või kontrollib“.

128. Niisugused argumendid ei ole veenvad. Nagu rõhutasin,⁸⁵ on lepingust tulenevad nõuded ainsad varad, mille puhul on energiaharta lepingu artikli 1 lõikes 6 ette nähtud sõnaselged piirangud, mis ei võimalda neid investeeringuks tunnistada. Ei saa seega lähtuda mõiste

⁸³ Selline tõlgendus ilmneb muide veel selgemalt lepingu ingliskeelsest versioonist: „any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector“ (lepingust [...] tulenevad õigused *selleks, et tegelda* majandustegevusega energiasektoris) (kohtujuristi kursiiv).

⁸⁴ Niisuguse lepingust tuleneva õiguse tüüpiline näide oleks kontsessioon infrastruktuuri käitamiseks lepinguosalise territooriumil.

⁸⁵ Vt käesoleva ettepaneku punkt 107.

„investeering“ üldisest määratlusest üheainsa eesmärgiga vältida piiranguid, mis on siiski energiaharta lepingu artikli 1 lõike 6 punktides c ja f ette nähtud, vastasel korral eitatakse nende täpsete õigusnormide olemasolu ja tõlgendatakse mõistet „investeering“ energiaharta lepingu tähenduses *contra legem*.

129. Teen seega ettepaneku vastata esimesele eelotsuse küsimusele, et energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tuleb tõlgendada nii, et elektrimüügilepingust tulenev nõue, millega ei ole kaasnenud mingit sissemakset, ei ole investeering selle sätte tähenduses.

C. 2. Teine eelotsuse küsimus

130. Oma teise eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et see, kui ühe lepinguosalise ettevõtja omandab nõude, mis on tekkinud energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtjale, kujutab endast investeeringut.

131. Selles küsimuses meenutan, et kõnesolev nõue on tekkinud lepingulisest suhtest Moldtranselectro ja Derimeni vahel, kusjuures see viimane äriühing on registreeritud Briti Neitsisaartel, mis on energiaharta lepingu suhtes kolmas riik.

132. Energiaharta lepingu artikli 26 lõige 1 võimaldab lahendada vaidlusi ühe lepinguosalise ja teise lepinguosalise investori vahel, kui vaidlus puudutab *selle investori* investeeringut. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, missugune on nõude päritolu võimalik mõju, kui see nõue tekkis algul energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi investorile, kas selle saab kvalifitseerida „investeeringuks“ energiaharta lepingu artikli 26 lõike 1 tähenduses, mille kohaselt peab niisuguse investeeringu olema teinud lepinguosalise investor.

133. Kõigepealt märgin, et võttes arvesse minu ettepanekut vastata esimesele küsimusele, ei ole teisele küsimusele vaja vastata, sest kui vastata esimesele küsimusele eitavalt, ei ole vaja teha kindlaks, kas nõude päritolu mõjutab seda, kas seda saab pidada lepinguosalise investori investeeringuks energiaharta lepingu artikli 26 lõike 1 tähenduses.

134. Analüüsin siiski ammendavuse huvides teist eelotsuse küsimust juhuks, kui Euroopa Kohus ei peaks nõustuma minu esimese küsimuse analüüsiga, asudes seisukohale, et niisuguse nõue võib kujutada endast investeeringut energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tähenduses.

135. Nagu märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus ja rõhutab Moldova Vabariik, tuleb selle välja selgitamiseks, kas investeering on tõesti „lepinguosalise investori“ investeering, lähtuda energiaharta lepingu artikli 1 punktist 8, milles on määratletud „investeering“. Selles sättes on eelkõige ette nähtud, et investeering võib olla olemasolevate investeeringute täielik või osaline omandamine. See ei näe aga ette, et asjaomane olemasolev investeering peab olema esialgu tehtud energiaharta lepingu osalises riigis.

136. Moldova Vabariik väidab siiski, et niisugune tingimus on olemas. Tema sõnul tuleb väljendit „olemasolev investeering“ tõlgendada vastavalt energiaharta lepingu artikli 1 punktis 6 esitatud mõiste „investeering“ määratlusele, milles on nähtud ette, et „investor [peab investeeringut] otseselt või kaudselt oma[ma] või kontrolli[ma]“. Ta märgib aga, et energiaharta lepingu artikli 1 punktis 7 on omakorda määratletud termin „investor“ nii, et see on „äriühing või muu organisatsioon, mis tegutseb kooskõlas kõnealusel lepinguosalises riigis kohaldatava õigusega“. Ta väidab seega, et kuna ettevõtja, kellele kõnesolev nõue esialgu kuulus, on energiaharta lepingu

suhtes kolmanda riigi ettevõtja, ei saa teda pidada investoriks energiaharta lepingu artikli 1 punkti 7 tähenduses ning seega ei saa kõnesolev nõue kujutada endast ühe lepinguosalise äriühingu tehtud „olemasolevat investeeringut“ energiaharta lepingu artikli 1 punkti 8 ja artikli 26 lõike 1 tähenduses.

137. Niisugused argumendid ei ole veenvad. Kuigi Moldova Vabariigi arutluskäiguga, mille kohaselt on selle kindlaks tegemisel, mida hõlmab väljend „[investori] investeering“, vaja lähtuda energiaharta lepingu artikli 1 lõigetest 6–8, tuleb nõustuda, siis järeldus, millele ta on jõudnud, on siiski nende õigusnormide osalise lugemise tulemus.

138. Nagu märkisin,⁸⁶ ei ole mitte ainult nii, et energiaharta lepingu artikli 1 punktis 8 ei ole kindlaks määratud mingit olemasoleva investeeringu geograafilise päritoluga seotud tingimust, vaid ka nii, et käsitletavates sätetes on nähtud sõnaselgelt ette, et niisuguse investeeringu võib olla teinud energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtja. Energiaharta lepingu artikli 1 punktis 7 on määratletud mõiste „investor“, mis puudutab nii lepinguosalisi kui ka kolmandaid riike. On seega selgelt nõustatud, et investor võib olla energiaharta lepingu suhtes kolmandast riigist ning see asjaolu ei tähenda tingimata, et tema investeeringud ei ole olemasolevad investeeringud energiaharta lepingu tähenduses.⁸⁷

139. Seda arvestades ei mõjuta asjaolu, et nõue on tekkinud energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtjale, kuidagi selle kvalifitseerimist „olemasolevaks investeeringuks“, sest seda ettevõtjat tuleb energiaharta lepingu kohaselt samuti pidada investoriks.

140. Sellest järeldub, et seda, kui lepinguosalise ettevõtja omandab nõude, mis tekkis energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtjale, tuleb pidada olemasoleva investeeringu omandamiseks ja seega lepinguosalise investori investeeringuks energiaharta lepingu tähenduses.

141. Moldova Vabariik, Komstroy ja komisjon avaldasid siiski kahtlust, ega ei ole võimalik, et niisugustel asjaoludel kuritarvitatakse õigust. Ei saa välistada, et lepinguosalise investor omandab energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtja investeeringu üheainsa eesmärgiga saavutada energiaharta lepinguga tagatud kaitse, eelkõige selleks, et rakendataks energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1, et esitada kaebus lepinguosalise vastu, mida ei oleks muidu saanud teha.

142. Kuigi niisugune võimalus on tõesti olemas, ei piisa sellest siiski, et välistada automaatselt investeeringute kaitse, mille tagab vaidluste lahendamise süsteemi kasutamine, energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi ettevõtjalt omandatud investeeringu puhul. Mulle tundub, et niisugune tõlgendus ei ole mitte ainult vastuolus energiaharta lepingu eespool analüüsitud sätetega, vaid see tähendab ka, et ühelgi välisriigi investorilt omandatud investeeringul ei ole kunagi kaitset energiaharta lepingu alusel.

143. Seda arvestades saab õiguse kuritarvitamise olemasolu arvesse võtta ainult kasuistlikult ning see ei saa õigustada põhimõtet, et investeeringut, mille lepinguosalise investor on omandanud energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi investorilt, ei tohi pidada lepinguosalise investori investeeringuks energiaharta lepingu artikli 26 lõike 1 tähenduses. Eelotsusetaotluse esitanud

⁸⁶ Vt käesoleva ettepaneku punkt 135.

⁸⁷ Täpsustan, et kuigi energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi investori investeering on tõesti investeering energiaharta lepingu tähenduses, ei ole see siiski investeering, mida see õigusakt *kaitseb*, sest investeeringuid edendavates ja kaitsvates materiaalõigusnormides on peetud sõnaselgelt silmas ainult lepinguosaliste riikide investorite investeeringuid. Vt eelkõige lepingu artikkel 10: „Iga lepinguosaline soodustab ja loob [...] oma territooriumile investeerimiseks stabiilsed, õiglased, soodsad, selged ja arusaadavad tingimused *teiste lepinguosaliste investoritele*. Kõnealused tingimused sisaldavad kohustust kohelda *teiste lepinguosaliste investeeringuid* alati ausalt ja õiglaselt.“ (Kohtujuristi kursiiv)

kohus peab seega kontrollima põhjuseid, miks Komstroy kõnesoleva nõude omandas, et teha kindlaks, kas see omandati üheainsa eesmärgiga esitada energiaharta lepingu alusel Moldova Vabariigi vastu kaebus.

144. Seega juhuks, kui Euroopa Kohus ei peaks minu esimese eelotsuse küsimuse analüüsiga nõustuma, teen ettepaneku vastata teisele eelotsuse küsimusele, et energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et energiaharta lepingu suhtes kolmanda riigi investorile tekkinud nõude omandamine on investeering selle sätte tähenduses, v.a juhul, kui see omandatakse üheainsa eesmärgiga saada energiaharta lepingu sätetega tagatud kaitse ning eelkõige võimalus esitada vahekohtule kaebus lepinguosalise vastu – mida peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus.

D. 3. Kolmas eelotsuse küsimus

145. Kolmanda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et investorile kuuluv nõue, mis tuleneb lepingust, mille kohaselt müüakse elektrit nii, see tarnitakse vastuvõtva riigi piirile, võib kujutada endast investeeringut teise lepinguosalise territooriumil, kui puudub igasugune majandustegevus, millega investor selle riigi territooriumil tegeleks.

146. Märgin ka siin, et kolmas küsimus on täiendav. Kui esimesele eelotsuse küsimusele vastatakse nii, et elektrimüügilepingust tulenev nõue ei ole investeering, ei ole vaja teha kindlaks, kas see nõue on tekkinud teise lepinguosalise *territooriumil*.

147. Ammendavuse huvides vastan siiski kolmandale eelotsuse küsimusele juhuks, kui Euroopa Kohus ei peaks nõustuma minu esimese ja teise küsimuse analüüsiga, leides – *quod non* –, et elektrimüügilepingust tulenev nõue on investeering lepingu tähenduses.

148. Moldova Vabariik, keda selles osas toetavad Hispaania valitsus ja komisjon, väidab, et tema territooriumil ei ole tehtud mingit investeeringut, sest selle lepingu kohaselt tarnitav elekter, millest nõue tuleneb, tarniti ainult Ukraina ja Moldova vahelise piiri Ukraina pooleni.

149. Niisuguste argumentideni on jõutud, tõlgendades energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 alapunkti c, milles on nähtud ette, et rahaline nõue on investeering, kui see tekkis lepingu kohaselt, mis on ise investeeringuga seotud. Mulle tundub, et tähelepanuta jäetakse siiski üks oluline asjaolu. Kui selle lepinguga seotud investeeringu analüüs, millest asjaomane nõue tuleneb, on asjakohane, et kvalifitseerida nõue „investeeringuks“, siis kui see asjaolu on kord kindlaks tehtud, on investeeringuks ainult nõue, ilma et hiljem oleks uuesti vaja selle lepinguga seotud investeeringut arvesse võtta.

150. Investeeringuks, mis on vaidluse esemeks ja mida peab seega analüüsima energiaharta lepingu artikli 26 lõikest 1 lähtudes, ei ole seega elektri tarnimine, mis on nähtud ette lepingus, millest nõue tuleneb, vaid see nõue ise. Jääb veel üle kindlaks teha, kas niisuguse nõude omandamist võib pidada investeeringuks Moldova territooriumil, ilma et oleks vaja välja selgitada, kas leping, mille kohaselt see nõue tekkis, on seotud investeeringuga, mis on ise tehtud sellel territooriumil.

151. Kõnesolev investeering, st nõue kuulub käsitletaval juhul Ukraina investorile Moldovas asuva äriühingu suhtes. Energiaharta lepingu artikli 1 punktis 10 on aga määratletud lihtsalt termin „territoorium“ nii, et see on „tema suveräänsete õiguste alla kuuluv territoorium“. Sellest

järeldub, et nõuet Moldova territooriumil asuva äriühingu suhtes võib pidada investeeringuks, mis on tehtud selle lepinguosalise territooriumil, sest nõude võlgniku asukohast piisab selle kindlaks tegemiseks.

152. Olgu, kuidas on, nõustumise korral Moldova Vabariigi argumendiga, et on vaja kontrollida ka territooriumi, kus on tehtud investeering, millega on seotud leping, millest nõue tuleneb, saavutatakse sama tulemus.

153. Vormiliselt tarnitakse elektrit tõesti kuni Moldova piirini. Sellegipoolest – ja kui ei valita liiga formalistlikku lahendust – viiakse elekter lõpuks Moldova elektrivõrku ja see asjaolu kujutab endast probleemi põhiasjaolu. See, kas operaator tarnis seda ühele või teisele poole piiri, et saa tulemust mõjutada.⁸⁸ Tegelikult on tarnitav elekter alati mõeldud jaotamiseks Moldova territooriumil ja seega lepinguosalise territooriumil.⁸⁹

154. Seega juhuks, kui Euroopa Kohus ei peaks nõustuma minu esimese ja teise eelotsuse küsimuse analüüsiga, teen ettepaneku vastata kolmandale eelotsuse küsimusele, et energiaharta lepingu artikli 26 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et ühe lepinguosalise riigi investori nõue teise lepinguosalise riigi ettevõtja suhtes on esimese investeering selle teise lepinguosalise territooriumil.

V. Ettepanek

155. Eelnevate kaalutluste põhjal teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus, Prantsusmaa) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Lissabonis 17. detsembril 1994 allkirjastatud ning Euroopa Liidu nimel nõukogu ja komisjoni 23. septembri 1997. aasta otsusega 98/181/EÜ, ESTÜ, Euratom, mis käsitleb energiaharta lepingu ning energiakasutuse tõhustamist ja sellega seotud keskkonnaküsimusi käsitleva energiaharta protokollis sõlmimist Euroopa ühenduste poolt, heaks kiidetud energiaharta lepingu artikli 1 punkti 6 tuleb tõlgendada nii, et elektrimüügilepingust tulenev nõue, millega ei ole kaasnenud mingit sissemakset, ei ole investeering selle sätte tähenduses.

⁸⁸ Audit, M., *op.cit.*

⁸⁹ Ja nii on see seda enam, et elektrienergia puhul on puhtalt fiktiivne kujutleda tarnimist piirile. Nagu ilmneb eelotsusetaotlusest, on Ukraina ja Moldova elektrivõrgud omavahel ühendatud ning on ebamõistlik asuda seisukohale, et elekter tarnitakse punkti A ja seal see ladustatakse, oodates, kuni saaja selle samast punktist võtab.