



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MELCHIOR WATHELET
esitatud 19. septembril 2017¹

Kohtuasi C-284/16

Slowakische Republik
versus
Achmea BV

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus - Liidu õiguse põhimõtted - Madalmaade Kuningriigi ning Tšehhi ja Slovaki Liitvabariigi vahel 1991. aastal sõlmitud ning Madalmaade Kuningriigi ja Slovaki Vabariigi vahel endiselt kehtiv kahepoolne investeerimisleping - Euroopa Liidu sisese kahepoolse investeerimislepinguga kehtestatud, investorite ja riikide vaheliste vaidluste lahendamise mehhanismi kooskõla ELTL artikli 18 lõikega 1 ning ELTL artiklitega 267 ja 344

Sisukord

I. Sissejuhatus	3
II. Õiguslik raamistik	4
A. ELi toimimise leping (ELTL)	4
B. Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping	4
C. Saksa õigus	7
III. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused	7
IV. Menetlus Euroopa Kohtus	9
V. Analüüs	10
A. Sissejuhatavad märkused	10
B. Kolmas eelotsuse küsimus	13
1. Vastuvõetavus	13

¹ Algkeel: prantsuse

2. Sisulised küsimused	14
C. Teine eelotsuse küsimus	18
1. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute seaduslik alus	19
2. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute alalisus	20
3. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute jurisdiktsiooni kohustuslikkus.....	22
4. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute menetluse võistlevus, nende poolt neile esitatud vaidluste lahendamisel õigusnormide kohaldamine ning vahekohtunike sõltumatus ja erapooletus	23
D. Esimene eelotsuse küsimus	24
1. Kas kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 määratletud investori ja liikmesriigi vaheline vaidlus kuulub ELTL artikli 344 kohaldamisalasse?	25
2. Kas kõnealune vaidlus „käsitleb aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist“?	29
a) Vahekohtu pädevus piirdub kahepoolse investeerimislepingu rikkumiste üle otsustamisega	31
b) Kahepoolse investeerimislepingu ja sellega kehtestatud õigusnormide kohaldamisala ei ole sama, mis ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul	31
1) Kahepoolse investeerimislepingu kohaldamisala on laiem kui ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul	33
2) Kahepoolse investeerimislepingu õigusnormid, millele liidu õiguses vastet ei ole ja mis ei ole selle õigusega vastuolus	36
i) Enamsoodustusrežiimi klausel	36
ii) Lepinguliste kohustuste täitmise klausel, nn umbrella clause	36
iii) „Sunset“-klausel	38
iv) Rahvusvahelise vahekohtu kasutamine vaidluste lahendamise mehhanismina	36
3) Kahepoolse investeerimislepingu teised sätted kattuvad teatavate ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu sätetega vaid osaliselt	38
i) Täielik ja terviklik investeeringute kaitse ja kindlus	38
ii) Investeeringute õiglane ja võrdne kohtlemine	39
iii) Ebaseaduslike sundvõõrandamiste keeld	40
3. Kas Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu tagajärg on selle eesmärgi arvestades ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja seega liidu õigussüsteemi autonoomia rikkumine?	41
VI. Ettepanek	47

I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotlus on esitatud Saksamaa kohtutele esitatud hagi raames, milles palutakse tühistada 7. detsembri 2012. aasta lõplik otsus, mille tegi koosseisus Vaughan Lowe QC (president), Albert Jan van den Berg ja V.V. Veeder QC (vahekohtunikud) tegutsenud vahekohus, mis on asutatud vastavalt Madalmaade Kuningriigi ning Tšehhi ja Slovaki Liitvabariigi vahelise investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse lepingu (edaspidi „Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping“)² ja ÜRO Rahvusvahelise Kaubandusõiguse Komisjoni vahekohtu reglendile (UNCITRAL) ning mille kohtukantselei funktsiooni täidab Alaline Vahekohus (CPA).³

2. See taotlus annab Euroopa Kohtule esimest korda võimaluse avaldada seisukohta teravas küsimuses, kas kahepoolsed investeerimislepingud⁴ liikmesriikide vahel⁵ ja eriti nende lepingutega kehtestatud investorite ja riikide vaheliste vaidluste lahendamise mehhanismid („vaidluste lahendamise mehhanismid“) on kooskõlas ETLT artiklitega 18, 267 ja 344.

3. See küsimus on esmajärgulise tähtsusega, arvestades liidu siseselt sõlmitud 196 kahepoolset investeerimislepingut, mis on praegu kehtivad,⁶ ning mitut investorite ja liikmesriikide vahelist vahekohtumenetlust, milles on Euroopa Komisjon menetlusse astunud *amicus curiae* staatuses, et toetada oma seisukohta, et liidusisesed kahepoolsed investeerimislepingud on ETLTiga vastuolus – tees, mille on vahekohtud süstemaatiliselt põhjendamata tõttu tagasi lükanud.⁷

2 [Prantsuskeelse tekstis] on akronüüm TBI „*traité bilatéral d'investissement*“ (kahepoolne investeerimisleping).

3 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) lõplik otsus, 7.12.2012, kättesaadav ÜRO kaubandus- ja arengukonverentsi (UNCTAD) keskuse Investment Policy Hub veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Seda tüüpi kahepoolset investeerimislepingut tuntakse „Euroopa Liidu sisese kahepoolse investeerimislepinguna“ (*intra-EU BIT*).

5 Kohtuasjad, milles tehti kohtuotsused, 3.3.2009, komisjon vs. Austria (C-205/06, EU:C:2009:118), 3.3.2009, komisjon vs. Rootsi (C-249/06, EU:C:2009:119) ja 19.11.2009, komisjon vs. Soome (C-118/07, EU:C:2009:715) puudutasid liikmesriikide ja kolmandate riikide vahel sõlmitud kahepoolseid investeerimislepinguid. Kohtuotsus, 15.9.2011, komisjon vs. Slovakkia (C-264/09, EU:C:2011:580) puudutas vaidlust kolmandast riigist, nimelt Šveitsi Konföderatsioonist pärit investori ja Slovaki Vabariigi vahel Lissabonis 17. detsembril 1994 allkirjastatud energiaharta lepingu üle. Kui kolmes esimeses kohtuasjas tuvastas Euroopa Kohus liikmesriigi kohustuste rikkumise, siis viimase hagi jättis ta sisuliselt rahuldamata.

6 Kõige vanem on kahepoolne investeerimisleping Saksamaa ja Kreeka vahel (1961) ja kõige uuem kahepoolne investeerimisleping Leedu ja Horvaatia vahel (2008).

7 Nimetan siin kõige olulisemaid investorite ja liikmesriikide vahelisi vahekohtumenetlusi, milles vahekohtutel tuli otsustada, kas liidusisene kahepoolne investeerimisleping või mitmepoolne investeerimisleping (nagu energiaharta leping), mille pooled on liit ja selle liikmesriigid, on kooskõlas ETLTiga: Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) [Stockholmi kaubanduskoja kohtuasi (CCS) nr 088/2004], osaline kohtuotsus, 27.3.2007; Rupert Joseph Binder vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL), kohtuotsus, 6.6.2007 kohtualluvuse kohta; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) otsus, 30.4.2010, kohtualluvuse kohta; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömu Kft vs. Ungari [Rahvusvahelise Investeringuvaidluste Lahendamise Keskuse (ICSID) kohtuasi nr ARB/07/22] kohtuotsus, 23.9.2010; Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta ning lõplik otsus, 7.12.2012; European American Investment Bank AG vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2010-17) kohtuotsus, 22.10.2012 kohtualluvuse kohta; Electrabel SA vs. Ungari (ICSID kohtuasi nr ARB/07/19) otsus, 30.11.2012, kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta ja kohtuotsus, 25.11.2015; Charanne BV ja Construction Investments Sàrl vs. Hispaania Kuningriik (CCS kohtuasi nr 062/2012) lõplik otsus, 21.1.2016; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl vs. Hispaania Kuningriik (ICSID kohtuasi nr ARB/13/30), otsus 6.6.2016 kohtualluvuse kohta; Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. Hispaania Kuningriik (CCS kohtuasi nr 2013/153), kohtuotsus, 12.7.2016; WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017; Anglia Auto Accessories Limited vs. Tšehhi Vabariik (CCS kohtuasi nr 2014/181) lõplik otsus, 10.3.2017; I.P. Busta ja J.P. Busta vs. Tšehhi Vabariik (CCS kohtuasi nr 2015/014) lõplik otsus, 10.3.2017, ja Eiser Infrastructure Limited ja Energia Solar Luxembourg Sàrl vs. Hispaania Kuningriik (ICSID kohtuasi nr ARB/13/36) kohtuotsus, 4.5.2017. Kõik vahekohtu otsused, millele ma käesolevas ettepanekus viitan, on kättesaadavad UNCTAD veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Viitan ka vahekohtu otsustele liikmesriikide ja kolmandate riikide vaheliste või koguni kolmandate riikide omavaheliste kahepoolsete investeerimislepingute kohta, kuna rahvusvahelise õiguse põhimõtted on vahet tegemata kohaldatavad kõikidele nendele juhtudele.

II. Õiguslik raamistik

A. ELi toimimise leping (ELTL)

4. ELTL artikli 18 esimeses lõigus on sätestatud, et „[i]lma, et see piiraks aluslepingutes sisalduvate erisätete kohaldamist, on aluslepingutes käsitletud valdkondades keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel“.

5. ELTL artikli 267 esimeses kuni kolmandas lõigus on sätestatud:

„Euroopa Liidu Kohus on pädev tegema eelotsuseid, mis käsitlevad:

- a) aluslepingute tõlgendamist,
- b) liidu institutsioonide, organite või asutuste õigusaktide kehtivust ja tõlgendamist.

Kui selline küsimus antakse liikmesriigi kohtusse, võib see kohus, kui ta leiab, et otsuse tegemiseks on vaja kõnealune küsimus lahendada, taotleda sellekohast eelotsust kohtult.

Kui mingi niisugune küsimus kerkib üles poolelioleva kohtuasja käigus liikmesriigi kohtus, mille otsuste peale ei saa siseriikliku õiguse järgi edasi kaevata, siis peab nimetatud kohus saatma asja kohtusse.“

6. ELTL artiklis 344 on ette nähtud, et „[l]iikmesriigid kohustuvad aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaid vaidlusi lahendama ainult aluslepingutes ettenähtud meetoditega“.

B. Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping

7. Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping sõlmiti 29. aprillil 1991 ja see jõustus 1. oktoobril 1992.⁸ Slovaki Vabariik Tšehhi ja Slovaki Liitvabariigi õigusjärglasena võttis viimase õigused ja kohustused üle 1. jaanuaril 1993 ja sai liidu liikmeks 1. mail 2004.

8. See kahepoolne investeerimisleping sõlmiti tšehhi, inglise ja hollandi keeles, kusjuures tõlgendamiserinevuste korral on siduv ingliskeelne versioon.

9. Nimetatud kahepoolse investeerimislepingu artikkel 2 näeb ette, et „[l]epingupool toetab oma territooriumil teise lepingupoole investeringuid ja lubab neid investeringuid teha kooskõlas oma õigusega“.⁹ [Siin ja edaspidi on viidatud lepingut ja selles nimetatud kodukorda osundatud mitteametlikus tõlkes.]

10. Selle kahepoolse investeerimislepingu artiklis 3 on sätestatud:

„1) Lepingupool tagab teise lepingupoole investorite investeringutele õiglase ja võrdse kohtlemise ega takista ebamõistlike või diskrimineerivate meetmetega nendel investoritel investeringuid teha, hallata, kasutada, neilt tulu teenida või neid võõrandada. [10]

⁸ Tekst on kättesaadav inglise keeles UNCTADi veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

⁹ „Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law“.

¹⁰ „Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors“.

2) Eelkõige tagab lepingupool niisugustele investeringutele täieliku kaitse ja turvalisuse, mis ei ole igal juhul väiksem sellest, mis on tagatud tema enda investorite investeringutele või mis tahes kolmanda riigi investeringutele, olenevalt sellest, mis on asjaomasele investorile soodsam. [11]

3) Käesoleva artikli sätteid ei tule tõlgendada nii, et need kohustavad lepingupoolt tagama teise lepingupoole investorite investeringutele samasugused eesõigused ja eelised, nagu on tagatud kolmanda riigi investoritele

a) kolmanda riigi osalemise alusel olemasolevas või tulevases tolli- või majandusliidus või samalaadses institutsioonis [...]. [12]

4) Lepingupool tagab teise lepingupoole investorite ees võetud kõikide kohustuste täitmise. [13]

5) Kui lepingupoole õigusnormid või lepingupoolte vahel lisaks käesolevale lepingule rahvusvahelise õiguse alusel kehtivad või edaspidi kehtestatakse kohustused sisaldavad kas üld- või erieeskirju, mis tagavad teise lepingupoole investorite investeringutele käesolevas lepingus ettenähtust soodsama kohtlemise, siis on need eeskirjad käesoleva lepingu suhtes esimuslikud ulatuses, milles need on soodsamad. [14]

11. Artiklis 4 on sätestatud, et „[l]epingupool tagab, et investeringuga seotud makseid saab üle kanda. Ülekanded tehakse vabalt konverteeritavas vääringus ilma põhjendamatu piirangute või hiline miseta [...]“¹⁵. Vaba maksete ülekandmine hõlmab muu hulgas ka kasumit, intresse ja dividende.

12. Artiklis 5 on ette nähtud, et „[l]epingupool ei võta meetmeid, mis jätavad teise lepingupoole investorid otseselt või kaudselt nende investeringutest ilma“,¹⁶ välja arvatud juhul, kui on täidetud kolm tingimust: nimelt, et meetmed on võetud üldistes huvides ja seadusega nõutavas korras, et need ei ole diskrimineerivad ja et nendega koos sätestatakse õiglase hüvitise maksmine. Selle artikli kohaselt peab hüvitis olema sama suur kui investeringu tegelik väärtus (*genuine value*).

13. Artiklis 8 on sätestatud:

„1) Kõik lepingupoole ja teise lepingupoole investorite vahelised vaidlused investorite investeringu üle lahendatakse võimalusel kokkuleppel. [17]

11 „More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned“.

12 „The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; [...]“

13 „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.“

14 „If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.“

15 „Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay.“

16 „Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]“

17 „All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.“

2) Käesolevaga lepingupoole nõustuvad, et vaidlus käesoleva artikli lõike 1 tähenduses, mida ei ole lahendatud kokkuleppel kuue kuu jooksul alates kuupäevast, millal üks vaidluse pooltest on nõudnud selle lahendamist kokkuleppel, esitatakse lahendamiseks vahekohtule. [18]

3) Käesoleva artikli lõikes 2 osutatud vahekohus asutatakse iga juhtumi jaoks järgmiselt: kumbki vaidluse pool nimetab ühe vahekohtuniku ja selliselt nimetatud mõlemad vahekohtunikud valivad koos kohtu presidendiks kolmanda vahekohtuniku, kes on kolmanda riigi kodanik. Kumbki vaidluse pool nimetab oma vahekohtuniku kahe kuu jooksul alates kuupäevast, millal investor teatas teisele lepingupoolele oma otsusest esitada vaidlus vahekohtule, ja president nimetatakse kolme kuu jooksul alates samast kuupäevast. [19]

4) Kui neid isikuid ei ole eespool nimetatud tähtaja jooksul nimetatud, võib kumbki vaidluse pool paluda Stockholmi Kaubanduskoja Arbitraažiinstituudi presidendil vajalikud isikud ise nimetada. Kui president on ühe lepingupoole kodanik või kui tal ei ole võimalik nimetatud ülesannet täita muul põhjusel, palutakse vajalikud isikud nimetada asepresidendil. Kui asepresident on ühe lepingupoole kodanik või ka temal ei ole seda ülesannet võimalik täita, palutakse vajalikud isikud nimetada arbitraažiinstituudi kõige vanemal liikmel, kes ei ole ühe lepingupoole kodanik. [20]

5) Vahekohus kehtestab oma kodukorra vastavalt [UNCITRALi] vahekohtu reglemendile. [21]

6) Vahekohus mõistab õigust õigusnormide alusel, võttes arvesse eelkõige, aga mitte ainult:

- asjaomase lepingupoole kehtivat õigust;
- käesoleva lepingu sätteid ja kõiki muid lepingupooltevahelisi asjassepuutuvaid kokkuleppeid;
- investeerimist käsitlevate erilepingute sätteid;
- rahvusvahelise õiguse üldpõhimõtteid. [22]

7) Kohus teeb otsuse hääلteenamusega; tema otsus on lõplik ja vaidluse pooltele siduv“. [23]

14. Artiklis 13 on sätestatud:

„1) Käesolev leping [...] jääb jõusse kümneks aastaks. [24]

18 „Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.“

19 „The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.“

20 „If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.“

21 „The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).“

22 „The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.“

23 „The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.“

24 „The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years.“

2) Käesolevat lepingut pikendatakse automaatselt uue kümneaastase perioodi võrra, välja arvatud juhul, kui lepingupool teatab vähemalt kuus kuud enne lepingu kehtivusaja lõppu soovist leping üles öelda, kusjuures mõlemad lepingupooled jätavad endale õiguse leping vähemalt kuuekuulise etteteatamisajaga enne käesoleva kehtivusaja lõppu üles öelda. [25]

3) Enne käesoleva lepingu lõpu kuupäeva tehtud investeeringute suhtes jäävad eelnevad artiklid jõusse veel viieteistkümneks aastaks pärast seda kuupäeva. [26]

[...]“

C. Saksa õigus

15. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku (Zivilprozessordnung) § 1040 „Vahekohtu pädevus otsustada oma enda pädevuse üle“ sätestab:

„(1) Kohus võib otsustada oma enda pädevuse üle, kaasa arvatud kõikide vastuväidete üle vahekohtuklausli olemasolu või kehtivuse kohta. [...]

(2) Vastuväite vahekohtu pädevuse puudumise kohta võib esitada hiljemalt kostja vastuse esitamise ajal. [...]

(3) Kui vahekohus leiab, et ta on pädev, teeb ta otsuse lõikes 2 osutatud vastuväite kohta üldjuhul vaheotsusega. [...]“

16. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 1059 „Tühistamisnõue“ sätestab:

„(1) Riiklikule kohtule saab vahekohtu otsuse peale hagi esitada ainult tühistamisnõude vormis vastavalt lõigetele 2 ja 3.

(2) Vahekohtu otsuse võib tühistada üksnes juhul, kui

1. nõude esitanud pool väidab põhjendatult

a) [...] et [vahekohtuklausel] ei ole poolte valitud kohaldatava õiguse või kui õigust ei ole valitud, siis Saksa õiguse alusel kehtiv, või

[...]

2. riigi pädev kohus tuvastab

[...]

b) et kohtuotsuse tunnustamise või täitmise tagajärg oleks vastuolus avaliku korraga.[...]“

III. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

17. Achmea BV, varem Eureko BV, on ühte Madalmaade kindlustuskonserni kuuluv ettevõtja.

25 „Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.“

26 „In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.“

18. Slovaki Vabariik avas 2004. aastal oma tervishoiusüsteemi reformi raames Slovaki turu eraravikindlustusteenuseid pakkuvatele kodu- ja välismaistele ettevõtjatele. Achmea asutas püües ravikindlustusseltsi tegevusloa saamist Slovakkias tütarettevõtja (Union Healthcare), mille kapitali ta tegi sissemaks (umbes 72 miljonit eurot) ja mille kaudu ta pakkus eraravikindlustust.

19. Pärast valitsuse vahetust 2006. aastal võttis Slovaki Vabariik oma ravikindlustusturu avamise otsuse osaliselt tagasi. Ta keelas kõigepealt kindlustusmaaklerite tegevuse, seejärel ravikindlustustegevuses teenitud kasumi jaotamise ja lõpuks kindlustusportfellide müügi. Ústavný súd Slovenskej republiky (Slovaki Vabariigi konstitutsioonikohus) otsustas 26. jaanuari 2011. aasta kohtuotsusega, et seadusega kehtestatud kasumi jaotamise keeld on põhiseadusega vastuolus. Ravikindlustuse reformi käsitleva seadusega, mis jõustus 1. augustil 2011, lubab Slovaki Vabariik taas kasumit jaotada.

20. Kuna Achmea leidis, et Slovaki Vabariigi õiguslikud meetmed rikuvad Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 lõikeid 1 ja 2 ning artikleid 4 ja 5, algatas ta 2008. aasta oktoobris selle riigi vastu Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 alusel vahekohtumenetluse ja nõudis kahjuhüvitist 65 miljonit eurot.

21. Vahekohus ja pooled leppisid kokku, et Alaline Vahekohus täidab kohtukantselei ülesannet ja et menetluskeel on inglise keel. Vahekohus määras oma määrusega nr 1 vahekohtu kohaks Frankfurdi (Saksamaa).

22. Slovaki Vabariik esitas vahekohtumenetluses vahekohtu pädevuse puudumise vastuväite. Ta väitis, et ELTL reguleerib sama küsimust, mida reguleerib Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping, ja et järelikult tuleb viimane lugeda kohaldamatuks või lõppenuks vastavalt 23. mai 1969. aasta rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsiooni (edaspidi „Viini konventsioon“)²⁷ artiklitele 30 ja 59. Slovaki Vabariik väitis samuti, et järelikult ei saa seega selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikes 2 sisalduvat vahekohtuklauslit kohaldada, sest see on ELTLiga vastuolus. Ta lisas, et Achmea nõuet saab menetleda ainult Euroopa Kohus ja et Euroopa Kohus on tunnistanud selle kahepoolse investeerimislepingu teatavad sätted, nagu artikli 4, mis käsitleb maksete vabalt ülekandmist, ELTLiga vastuolus olevaks.²⁸

23. Vahekohus lükkas oma 26. oktoobri 2010. aasta kohtuotsusega pädevuse, vahekohtu menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta selle pädevuse puudumise vastuväite tagasi ja tunnistas ennast pädevaks.²⁹ Slovaki Vabariigi tühistamishagi selle kohtuotsuse peale Saksamaa kohtud ei rahuldanud.

24. Vahekohus otsustas oma 7. detsembri 2012. aasta lõpliku otsusega, et osa Slovaki Vabariigi võetud meetmetest, nimelt kasumijaotamise keeld³⁰ ja ülekannete tegemise keeld³¹, rikub kahepoolse investeerimislepingu artiklit 3 (õiglane ja võrdne kohtlemine) ja artiklit 4 (maksete vaba ülekandmine) ning mõistis Slovaki Vabariigilt välja Achmeale kahjuhüvitise summas 22,1 miljonit eurot, millele lisanduvad intress ning vahekohtukulud ja Achmea advokaadi kulud ja tasud.³²

27 *Recueil des traités des Nations unies*, kd 1155, lk 331.

28 Vt 5. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

29 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtu menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta.

30 25. oktoobri 2007. aasta seaduse nr 530/2007 kohaselt tuli ravikindlustusega teenitud tulu kasutada riigi tervishoiusüsteemi vajaduste katteks. Ústavný súd Slovenskej republiky (Slovaki Vabariigi konstitutsioonikohus) tunnistas selle seaduse põhiseadusega vastuolus olevaks, mistõttu vahekohus otsustas, et vastupidi Achmea väidetule ei olnud kasumi jaotamise keeld käsitatav tema investeeringu sundvõõrandamisena. Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) lõplik otsus, 7.12.2012, punkt 288.

31 30. aprilli 2009. aasta seadusega nr 192/2009 võeti ravikindlustusseltsilt võimalus müüa oma kindlustusportfelli teisele ravikindlustusseltsile. Lisaks tuli selle seaduse kohaselt niisuguse äriühingu maksejõuetuse korral tema kindlustusportfell ilma vastutasuta üle anda ühele kahest selle riigi omandis olevast kindlustusseltsist.

32 Vahekohus lükkas tagasi Achmea argumendi, et Slovaki Vabariigi võetud meetmed kujutasid endast nimetatud kahepoolse investeerimislepingu artikliga 5 vastuolus olevat sundvõõrandamist.

25. Kuna vahekohtu kohaks oli Frankfurt, esitas Slovaki Vabariik hagi lõpliku otsuse tühistamise nõudes Oberlandesgericht Frankfurt am Mainile (Frankfurdi piirkondlik kõrgem kohus, Saksamaa). Kuna see kohus otsustas hagi rahuldamata jätta, esitas Slovaki Vabariik selle otsuse peale apellatsioonkaebuse Bundesgerichtshofile (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus).

26. Sellega seoses väidab Slovaki Vabariik, et lõplik otsus tuleb tühistada, sest see on vastuolus avaliku korraga, ja et vahekohtuklausel, mille alusel see otsus tehti, on samuti tühine ja vastuolus avaliku korraga.³³

27. Lõpliku otsuse vastuolu kohta avaliku korraga väidab Slovaki Vabariik, et kuna vahekohtul ei ole võimalik esitada ELTL artikli 267 alusel eelotsusetaotlust Euroopa Kohtule, ei võtnud ta arvesse liidu õiguse kõrgema järgu õigusnorme kapitali vaba liikumise kohta ja rikkus kahjuhüvitise summa määramisel tema kaitseõigusi.

28. Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 sätestatud vahekohtuklausli tühisuse kohta väidab Slovaki Vabariik, et see klausel on vastuolus ELTL artiklitega 267 ja 344 ning ELTL artiklis 18 sätestatud diskrimineerimiskeelu põhimõttega.

29. Kuigi Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) ei jaga Slovaki Vabariigi kahtlust Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 kooskõla suhtes ELTL artiklitega 18, 267 ja 344, leidis ta, et Euroopa Kohus ei ole veel nende küsimuste üle otsustanud ja et olemasolevast kohtupraktikast ei ole võimalik vastust piisava kindlusega tuletada, eriti arvestades Slovaki Vabariigi toetuseks nii vahekohtu menetluses kui ka Saksa kohtus läbi viidud tühistamismenetluses menetluse astunud komisjoni seisukohta.

30. Nendel põhjustel otsustas Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas ELTL artikliga 344 on vastuolus, kui kohaldatakse liidu liikmesriikide vahel sõlmitud kahepoolse investeerimislepingu (nn liidusisene investeerimisleping) sätet, mille kohaselt võib osalisriigi investor vaidluse korral, mis puudutab teises osalisriigis tehtud investeeringuid, algatada viimati mainitud riigi vastu vahekohtumenetluse, kui investeerimisleping on sõlmitud enne ühe osalisriigi ühinemist Euroopa Liiduga, kuid vahekohtumenetlus algatatakse alles pärast seda?

Juhul kui vastus esimesele küsimusele on eitav:

2. Kas selle sätte kohaldamine on vastuolus ELTL artikliga 267?

Juhul kui vastus esimesele ja teisele küsimusele on eitav:

3. Kas selle sätte kohaldamine on esimeses küsimuses kirjeldatud asjaoludel vastuolus ELTL artikli 18 esimese lõiguga?“

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

31. Käesolev eelotsusetaotlus esitati Euroopa Kohtule 23. mail 2016. Kirjalikud seisukohad esitasid Slovaki Vabariik, Achmea, Tšehhi, Eesti, Kreeka, Hispaania, Küprose, Ungari, Madalmaade, Austria, Poola, Rumeenia ja Soome valitsus ning komisjon.

33 Vt tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikli 1059 lõike 2 punkti 1 alapunkt a ja artikli 1059 lõike 2 punkti 2 alapunkt b.

32. Kohtuistung, millel esitasid oma suulised seisukohad Slovaki Vabariik, Achmea, Tšehhi, Saksamaa, Eesti, Kreeka, Hispaania, Prantsusmaa, Itaalia, Küprose, Läti, Ungari, Madalmaade, Austria, Poola, Rumeenia ja Soome valitsus ning komisjon, peeti 19. juunil 2016.

V. Analüüs

A. Sissejuhatavad märkused

33. Enne eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolme eelotsuse küsimuse käsitlemist tahaksin teha mõne sissejuhatava märkuse.

34. Käesolevas kohtuasjas menetlusse astunud liikmesriigid jagunevad kahte rühma. Esimese moodustavad Saksamaa Liitvabariik, Prantsuse Vabariik, Madalmaade Kuningriik, Austria Vabariik ja Soome Vabariik, kes on põhiosas investorite päritoluriigid ja keda ei ole järelikult investorite algatatud vahekohtumenetlustes kunagi või on harva kostjatena kohtusse kutsutud: Madalmaade Kuningriiki ja Soome Vabariiki mitte kunagi³⁴, Saksamaa Liitvabariiki kolmel korral³⁵ ja Prantsuse Vabariiki³⁶ ja Austria Vabariik vaid ühel korral.³⁷

35. Teise rühma moodustavad Tšehhi Vabariik, Eesti Vabariik, Kreeka Vabariik, Hispaania Kuningriik, Itaalia Vabariik, Küprose Vabariik, Läti Vabariik, Ungari, Poola Vabariik, Rumeenia ja Slovaki Vabariik. Neid riike on kõiki kostjatena kohtusse kutsutud mitmes liidusiseses vahekohtumenetluses investeerimise asjus: Tšehhi Vabariiki 26 korda, Eesti Vabariiki 3 korda, Kreeka Vabariiki 3 korda, Hispaania Kuningriiki 33 korda, Itaalia Vabariiki 9 korda, Küprose Vabariiki 3 korda, Läti Vabariiki 2 korda, Ungarit 11 korda, Poola Vabariiki 11 korda, Rumeeniat 4 korda ja Slovaki Vabariiki 9 korda.³⁸

36. Seda majanduslikku tegelikkust arvestades ei ole sugugi üllatav, et teise rühma liikmesriigid astusid menetlusse Slovaki Vabariiki seisukoha toetuseks, sest see vabariik on käesolevas asjas ise investeerimise vahekohtumenetluses kostja.

34 Vt statistika UNCTADi keskuse Investment Policy Hub veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 See on pooleliolev vahekohtumenetlus Vattenfall AB jt vs. Saksamaa Liitvabariik (II) (ICSID vahekohtuasi nr ARB/12/12), mille algatas üks Rootsi investor energiaharta lepingu ja kokkuleppega lõppenud vahekohtumenetluste Ashok Sancheti vs. Saksamaa Liitvabariik alusel, mille algatas üks India investor Saksamaa ja India kahepoolse investeerimislepingu alusel, ja Vattenfall AB jt vs. Saksamaa Liitvabariik (I) (ICSID vahekohtuasi nr ARB/09/6), mille algatas üks Rootsi investor energiaharta lepingu alusel.

36 See on pooleliolev vahekohtumenetlus Erbil Serter vs. Prantsuse Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/22), mille algatas üks Türgi investor Prantsusmaa ja Türgi kahepoolse investeerimislepingu alusel.

37 Austria Vabariigi puhul on tegu poolelioleva vahekohtumenetlusega BV Belegging-Maatschappij Far East vs. Austria Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/15/32), mis algatati Austria ja Malta kahepoolse investeerimislepingu alusel.

38 Vt statistika UNCTADi keskuse Investment Policy Hub'i veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

37. Seevastu on üllatav, et selles teises rühmas, mis kaitseb seisukohta, et liidusised kahepoolsed investeerimislepingud on ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus, lõpetas ainult Itaalia Vabariik oma liidusised kahepoolsed investeerimislepingud, v.a. kahepoolse investeerimislepingu Maltaga, samas kui teised selle rühma liikmesriigid on kõik või enamuses need lepingud jõusse jätnud, võimaldades nii oma investoritel nendest kasu saada. Tegelikult on nende liikmesriikide investorid algatanud palju investeerimise vahekohtumenetlusi ja need on sageli suunatud mõne teise sama rühma liikmesriigi vastu.³⁹

38. Kui Slovaki Vabariigilt küsiti kohtuistungil, miks ta ei öelnud üles vähemalt neid kahepoolseid investeerimislepinguid, mis olid sõlmitud liikmesriikidega, kes väidavad käesolevas kohtuasjas nagu temagi, et need lepingud on liidu õigusega vastuolus⁴⁰, tõi ta põhjenduseks eesmärgi, et tema enda investoreid ei diskrimineeritaks võrreldes teiste liikmesriikide investoritega liikmesriikides, kellega tal enam kahepoolset investeerimislepingut ei ole. See kaalutus ei takistanud tal aga lõpetamast oma kahepoolset investeerimislepingut Itaalia Vabariigiga. Samal ajal saavad tema enda investorid jätkuvalt kasu kahepoolsetest investeerimislepingutest sama rühma liikmesriikidega, nagu seda tõendab näiteks vahekohtumenetlus Poštová banka, a.s. ja Istrokapital SE vs. Kreeka Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/8).

39. Komisjoni seisukoht valmistas mulle samuti muret.

40. Nimelt oli väga pikka aega liidu institutsioonide, sealhulgas komisjoni seisukoht, et kaugel sellest, et kahepoolsed investeerimislepingud oleksid liidu õigusega vastuolus, on need Kesk- ja Ida-Euroopa riikide liiduga ühinemise ettevalmistamiseks vajalikud vahendid. Liidu ja kandidaatriikide vahel sõlmitud assotsiatsioonilepingud sisaldasid ka sätteid, mis nägid ette liikmesriikide ja kandidaatriikide vahel kahepoolsete investeerimislepingute sõlmimise.⁴¹

41. Kohtuistungil püüdis komisjon seda muutust oma seisukohas, et kahepoolsed investeerimislepingud on ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus, selgitada, väites, et need on kandidaatriikide ühinemise ettevalmistamiseks vajalikud lepingud. Kuid need kahepoolsed investeerimislepingud õigustasid ennast ainult assotsiatsiooniperioodil ja kui kõik pooled teadsid, et

39 Vt eelkõige Indrek Kuivallik vs. Läti Vabariik (UNCITRAL) Eesti ja Läti kahepoolse investeerimislepingu alusel; UAB E energija vs. Läti Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/12/33) Leedu ja Läti kahepoolse investeerimislepingu alusel; Spółdzielnia Pracy Muszynianka vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) Poola ja Slovakkia kahepoolse investeerimislepingu alusel; ČEZ a.s. vs. Bulgaaria Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/16/24) ja ENERGO-PRO a.s. vs. Bulgaaria Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/15/19) Tšehhi Vabariigi ja Bulgaaria kahepoolse investeerimislepingu alusel; Poštová banka, a.s. ja Istrokapital SE vs. Kreeka Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/8) Kreeka ja Slovakkia ning Kreeka ja Küprose kahepoolsete investeerimislepingute alusel; MOL Hungarian Oil and Gas Company plc vs. Horvaatia Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/32) Ungari ja Horvaatia kahepoolse investeerimislepingu alusel; Theodoros Adamakopoulos jt vs. Küprose Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/15/49), Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. vs. Kreeka Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/14/16) ja Marfin Investment Group Holdings SA jt vs. Küprose Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/27) Kreeka ja Küprose kahepoolse investeerimislepingu alusel; WCV Capital Ventures Cyprus Limited ja Channel Crossings Limited vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL), Forminster Enterprises Limited vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) ja WA Investments-Europa Nova Limited vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) Tšehhi Vabariigi ja Küprose kahepoolse investeerimislepingu alusel; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. vs. Poola Vabariik (CCI) ja Seventhsun Holding Ltd jt vs. Poola Vabariik (CCS) Küprose ja Poola kahepoolse investeerimislepingu alusel; Natland Investment Group NV jt vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) muu hulgas Küprose ja Tšehhi Vabariigi kahepoolse investeerimislepingu alusel; Mercuria Energy Group vs. Poola Vabariik (CCS) Küprose Vabariigi ja Poola Vabariigi energiaharta lepingu alusel; Vigotop Limited vs. Ungari (ICSID vahekohtuasi nr ARB/11/22) Küprose ja Ungari kahepoolse investeerimislepingu alusel; Impresa Grassetto SpA, likvideerimisel, vs. Sloveenia Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/10) Itaalia ja Sloveenia kahepoolse investeerimislepingu alusel; Marco Gavazzi ja Stefano Gavazzi vs. Rumeenia (ICSID vahekohtuasi nr ARB/12/25) Itaalia ja Rumeenia kahepoolse investeerimislepingu alusel ning Luigiterzo Bosca vs. Leedu Vabariik (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2011-05) Itaalia ja Leedu kahepoolse investeerimislepingu alusel.

40 Need on Kreeka Vabariik, Hispaania Kuningriik, Läti Vabariik, Ungari, Poola Vabariik ja Rumeenia.

41 Vt eelkõige Brüsselis 16. detsembril 1991 allkirjastatud ühelt poolt Euroopa ühenduste ja nende liikmesriikide ning teiselt poolt Ungari Vabariigi vahel assotsiatsiooni loomiseks sõlmitud Euroopa lepingu (EÜT 1993, L 347, lk 2) artikli 72 lõike 2 esimene taane; Brüsselis 16. detsembril 1991 allkirjastatud ühelt poolt Euroopa ühenduste ja nende liikmesriikide ning teiselt poolt Poola Vabariigi vahel assotsiatsiooni loomiseks sõlmitud Euroopa lepingu (EÜT 1993, L 348, lk 2) artikli 73 lõike 2 esimene taane; Brüsselis 1. veebruaril 1993 allkirjastatud ühelt poolt Euroopa ühenduste ja nende liikmesriikide ning teiselt poolt Rumeenia vahel assotsiatsiooni loomiseks sõlmitud Euroopa lepingu (EÜT 1994, L 357, lk 2) artikli 74 lõike 2 teine taane; Luxembourgis 4. oktoobril 1993 allkirjastatud ühelt poolt Euroopa ühenduste ja nende liikmesriikide ning teiselt poolt Slovaki Vabariigi vahel assotsiatsiooni loomiseks sõlmitud Euroopa lepingu (EÜT 1994, L 359, lk 2) artikli 74 lõike 2 teine taane ja Luxembourgis 29. oktoobril 2001 allkirjastatud ühelt poolt Euroopa ühenduste ja nende liikmesriikide ning teiselt poolt Horvaatia Vabariigi vahel sõlmitud stabiliseerimis- ja assotsiatsioonilepingu (ELT 2005, L 26, lk 1) artikli 85 lõike 2 teine taane.

need muutuvad ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus olevaks kohe, kui asjaomane kolmas riik on saanud liidu liikmeks, siis miks ei olnud ühinemislepingutes ette nähtud need lepingud lõpetada, jättes nende suhtes nii õigusliku ebakindluse, mis kestab mõne liikmesriigi jaoks juba enam kui 30 aastat ja paljude teiste jaoks juba 13 aastat?

42. Lisaks ei ole liidus investeerimislepinguid sõlmitud ainult turumajandusega riikide ja varem juhitud majanduse baasil toimunud riikide vahel⁴² või liikmesriikide ja kandidaatriikide vahel⁴³, nagu väitis komisjon.

43. Lisaks on kõik liikmesriigid ja liit ratifitseerinud energiaharta lepingu, mis allkirjastati Lissabonis 19. detsembril 1994.⁴⁴ See mitmepoolne energიაvaldkonda investeerimise leping toimib isegi liikmesriikide vahel, sest see on sõlmitud mitte ühelt poolt liidu ja selle liikmesriikide⁴⁵ ning teiselt poolt kolmandate riikide vahelise lepinguna, vaid tavalise mitmepoolse lepinguna, milles kõik pooled osalevad võrdsetel alustel. Selles mõttes toimivad selle lepinguga ette nähtud investeringute kaitse materiaalõiguslikud sätted ja vaidluste lahendamise mehhanism ka liikmesriikide vahel. Märgin, et kui ükski liidu institutsioon ega ükski liikmesriik ei ole küsinud Euroopa Kohtu arvamust selle lepingu kooskõla kohta ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga, siis seda seepärast, et kellelgi neist ei olnud vähimatki kahtlust, et see võiks olla nendega vastuolus.

44. Lisan, et süsteemne risk, mida liidusisesed kahepoolsed investeerimislepingud kujutavad komisjoni sõnul liidu õiguse ühtsusele ja tõhususele, on suuresti liialdatud. UNCTAD statistika⁴⁶ näitab, et 62 liidusiseses vahekohtumenetluses, mis on mitme kümnendi jooksul lõpetatud, on investorid asja võitnud ainult 10 kohtuasjas⁴⁷, mis moodustab nendest 62 kohtuasjast 16,1%, s.o tunduvalt madalama määra kui investorite „võitude“ 26,9% maailma tasandil.⁴⁸

45. Vahekohtud on laialdaselt võimaldanud komisjonil vahekohtus menetlusesse astuda ja minu teada ei ole mitte üheski nendest kümnest kohtuasjast vahekohtud kontrollinud liidu aktide kehtivust või liikmesriikide aktide kooskõla liidu õigusega. Mitu liikmesriiki ja komisjon märkisid oma kirjalikes seisukohtades ära vaid ühe näite, nimelt vahekohtuasja Ioan Micula jt vs. Rumeenia (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/20), milles tehti väidetavalt liidu õigusega vastuolus olev vahekohtu otsus. Kuigi see näide ei ole minu arvates käesoleval juhul asjassepuutuv⁴⁹, kinnitab see, et näiteid on ainult üks, minu mõtet, et mõne liikmesriigi ja komisjoni kartus, et liidusisesed kahepoolsed investeerimislepingud kujutavad endast süsteemset riski, on suuresti liialdatud.

42 Vt eelkõige Belgia ja Luksemburgi ning Küprose, Belgia ja Luksemburgi ning Malta ja Küprose ja Malta kahepoolsed investeerimislepingud.

43 Vt eelkõige Küprose ja Malta, Eesti ja Läti, Eesti ja Leedu, Eesti ja Poola, Poola ja Bulgaaria, Poola ja Slovakkia, Ungari ja Sloveenia, Ungari ja Slovakkia, Ungari ja Poola, Tšehhi Vabariigi ja Bulgaaria ja Tšehhi Vabariigi ja Läti kahepoolsed investeerimislepingud.

44 Vt nõukogu ja komisjoni 23. septembri 1997. aasta otsus 98/181/EÜ, ESTÜ, Euratom, mis käsitleb energiaharta lepingu ning energiakasutuse tõhustamist ja sellega seotud keskkonnaküsimusi käsitleva energiaharta protokollisõlmimist Euroopa ühenduste poolt (EÜT 1998, L 69, lk 1; ELT eriväljaanne 12/02, lk 24).

45 Itaalia Vabariik ütles hiljuti selle lepingu üles, viidates üldisele tema paljudes rahvusvahelistes organisatsioonides, sealhulgas energiaharta sekretariaadis, mille registrijärgne asukoht on Brüsselis, osalemise rahalisest osalusest tingitud kulude läbivaatamisele. Vt https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissioni/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, lk 7.

46 Vt tema veebisait <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 Vt *Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* (Stockholmi kaubanduskoja CCS kohtuasi nr 088/2004) osaline otsus, 27.3.2007; *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) lõplik otsus, 7.12.2012; *Laboratoires Servier, SAS jt vs. Poola Vabariik (CPA)*, kohtuotsus, 14.2.2012; *EDF International SA vs. Ungari* (Alalise Vahekohtu kohtuasi) otsus, 3.12.2014; *EDF International SA vs. Ungari (UNCITRAL)* otsus, 3.12.2014; *Dan Cake (Portugal) SA vs. Ungari* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/12/9) otsus, 24.8.2015, kohtualluvuse ja vastutuse kohta; *Edenred SA vs. Ungari* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/21) otsus, 13.12.2016, *Eiser Infrastructure Limited ja Energia Solar Luxembourg Sàrl vs. Rumeenia* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/36) otsus, 4.5.2017; *Horthel Systems BV jt vs. Poola Vabariik (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-31)* 2017. aasta otsus, ning *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi vs. Rumeenia* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/12/25) otsus, 13.7.2017.

48 Vt UNCTAD statistika tema veebisaidil <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

49 Tegu ei olnud vaidlusega liidusiseses kahepoolses investeerimislepingu asjus, sest Rumeenia ei olnud veel liiduga ühinenud 2005. aastal, mil vahekohtu menetlus algas ja vaidlus võttis kuju. Järelikult ei olnud liidu õigus selles vahekohtumenetluses käsitletud faktiliste asjaoludele kohaldatav.

46. Lõpuks tuleb rõhutada, et alates Slovaki Vabariigi liiduga ühinemisest ei kuulu Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolne investeerimisleping enam ELTL artikli 351 kohaldamisalasse.⁵⁰

47. See ei tähenda aga, et see kahepoolne investeerimisleping oleks automaatselt aegunud või muutunud ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus olevaks. Nagu Euroopa Kohus on otsustanud, „[ei saa] kahte liikmesriiki siduva lepingu sätteid [...], kui need osutuvad [ELi toimimise lepinguga] vastuolus olevaks, olla nende riikide vahelistele suhetele kohaldatavad“.⁵¹ Teisisõnu on niisuguse lepingu sätteid liikmesriikide vahel kohaldatavad sel määral, mil määral need on ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kooskõlas.

48. Tuleb seega analüüsida, kas Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 on ELTLiga ja eelkõige selle ELTL artiklitega 18, 267 ja 344 vastuolus.

B. Kolmas eelotsuse küsimus

49. Teen ettepaneku käsitleda neid kolme küsimust vastupidises järjekorras sellele, kuidas need esitas eelotsusetaotluse esitanud kohus, sest kui Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 kujutab endast kodakondsuse alusel diskrimineerimist, mis on ELTL artikliga 18 keelatud, siis oleks esimesele kahele küsimusele vastata asjatu.

50. Oma kolmanda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas ELTL artiklit 18 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus niisugune vaidluste lahendamise mehhanism, nagu on kehtestatud Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 ja mis annab Madalmaade investoritele õiguse kaevata Slovaki Vabariigi peale rahvusvahelisele vahekohtule, samas kui teiste liikmesriikide investoritel seda õigust ei ole.

1. Vastuvõetavus

51. Achmea ning Madalmaade, Austria ja Soome valitsus vaidlustavad selle küsimuse vastuvõetavuse, sest see ei ole põhikohtuasja lahendamiseks asjakohane, kuna Achmea ei kaeba üldse, et teda oleks diskrimineeritud. Vastupidi, kui Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 kujutab endast diskrimineerimist, siis on see olnud Achmea kasuks.

52. Minu arvates tuleb see vastuvõetamatuse vastuväide tagasi lükata, sest vastus kolmandale küsimusele on vajalik selleks, et hinnata selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 kooskõla ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga.

53. Eelotsusetaotluse esitanud kohtule on esitatud hagi, milles palutakse tühistada vahekohtumenetluses Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) tehtud 7. detsembri 2012. aasta lõplik otsus muu hulgas põhjusel, et vahekohtuklausel, millel vahekohtu pädevus põhineb, on kehtetu. Selles suhtes omab see, kas Achmead on või ei ole diskrimineeritud, vähe tähtsust.

50 Vt kohtuotsus, 8.9.2009, Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, punktid 97-99), mis käsitles kahepoolseid lepinguid, mis olid sõlmitud 11. juunil 1976 ja 7. juunil 1979 Austria Vabariigi ja Tšehhoslovakkia Sotsialistliku Vabariigi vahel. Kui toimusid selle kohtuasja faktilised asjaolud, milles tehti see kohtuotsus, oli Austria Vabariik juba liikmesriik, samas kui Tšehhi Vabariik ei olnud, kuid ühines liiduga kohtuasja ajal.

51 Kohtuotsus, 20.5.2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, punkt 37). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 10.11.1992, Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, punkt 8). See seisukoht on kooskõlas Viini konventsiooni artikli 30 lõikega 3, milles on sätestatud, et „[k]ui kõik eelneva lepingu osalisriigid on samuti järgneva lepingu osalisriikideks, kuid eelnev leping ei ole artikli 59 kohaselt lõppenud ega peatunud, kohaldatakse ainult eelneva lepingu neid sätteid, mis sobivad kokku järgneva lepingu sätetega“. Vt selle kohta Electrabel SA vs. Ungari (ICSID vahekohtuasi nr ARB/07/19) otsus, 30.11.2012, kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta, punktid 4.182-4.191.

2. Sisulised küsimused

54. Märgin sissejuhatuseks, et mitu menetlusse astujat, nagu ka komisjon juhivad tähelepanu sellele, et oma kolmandas küsimuses peaks eelotsusetaotluse esitanud kohus viitama mitte ELTL artiklile 18, vaid ELTL artiklitele 49 ja 63, mis on artikli 18 ELTL suhtes erinormid.

55. Nimelt on kindlalt väljakujunenud, „et ELTL artikkel 18 on iseseisvalt kohaldatav üksnes sellistes liidu õigusega reguleeritud olukordades, mille tarvis ei näe aluslepingud ette diskrimineerimiskeelu erinorme“.⁵²

56. Sellegipoolest ei kuulu selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 kehtestatud vaidluste lahendamise mehhanism *ratione materiae* ei asutamisevabaduse ega kapitali vaba liikumise ega ühegi muu ELTLi kohaldamisalasse, sest liidu õigusega ei ole loodud õiguskaitsevahendeid, mis võimaldaksid õigussubjektidel liikmesriikide vastu Euroopa Kohtus kohtuasja algatada.⁵³

57. Lisaks, nagu ma käesoleva ettepaneku punktides 183-198 ja 210-228 selgitan, läheb selle kahepoolse investeerimislepingu esemeline kohaldamisala ELTL artiklis 49 sätestatud asutamisevabaduse ja ELTL artiklis 63 sätestatud kapitali vaba liikumise piiridest kaugemale.

58. Seda illustreerib käesolev juhtum, kus vahetult otsustas oma lõplikus otsuses, et kuna Slovaki Vabariik kehtestas kasumi ülekandmise ja jaotuse keelud,⁵⁴ siis on ta rikkunud selle kahepoolse investeerimislepingu artiklit 3 (õiglane ja võrdne kohtlemine) ja artiklit 4 (maksete vaba ülekandmine). Kuigi selle kahepoolse investeerimislepingu artikkel 4 vastab sisuliselt ELTL artiklile 63, siis selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 3 võrdväärset sätet liidu õiguses ei ole, vaatamata selle osalisele kattuvusele paljude liidu õiguse sätetega.⁵⁵

59. Seega tuleb analüüsida selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 kooskõla ELTL artiklis 18 väljendatud liidu õiguse üldpõhimõttega, mis keelab diskrimineerimise kodakondsuse alusel.

60. Selle kohta väidavad Slovaki Vabariik, Eesti, Kreeka, Hispaania, Itaalia, Küprose, Ungari, Poola ja Rumeenia valitsus ning komisjon, et vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu materiaalõiguslikud sätted, sealhulgas artikkel 8, on diskrimineerivad, kuna nendega kehtestatakse antud juhul Slovaki Vabariiki investeerinud Madalmaade Kuningriigi investorite sooduskohtlemine, samas kui sarnaselt ei kohelda nende liikmesriikide investoreid, kes ei ole Slovaki Vabariigiga niisugust kahepoolset investeerimislepingut sõlminud.^{56, 57}

52 Kohtuotsus, 5.2.2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, punkt 25). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 11.3.2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

53 Vt käesoleva ettepaneku punkt 205.

54 Vt käesoleva ettepaneku punkt 24.

55 Vt käesoleva ettepaneku punktid 213-216.

56 See argument kinnitab teesi, mille ma esitan käesoleva ettepaneku punktides 174-228, et nimetatud kahepoolne investeerimisleping ei ole EL lepinguga ja EL toimimise lepinguga vastuolus, sest see põhineb eeldusel, et põhimõtteliselt selle lepinguga Madalmaade investeeringutele Slovakkias antud õiguslik kaitse on suurem kui nendele investeeringutele EL lepinguga ja EL toimimise lepinguga antud kaitse ja seega täiendab seda. Liidu õigusega on ühe liikmesriigi poolt teise liikmesriigi kodaniku diskrimineerimine keelatud ainult selle kohtlemise suhtes, mis on esimeses riigis tagatud tema oma kodanikele. Seevastu vastupidist diskrimineerimist ega ka eeliseid teise liikmesriigi kodanikele liidu õigus ei käsitle ja need ei ole sellega vastuolus.

57 Ükski käesoleva menetluse menetlusse astuja ei väida, et välismaiseid investoreid diskrimineeritakse võrreldes kodumaiste investoritega. Minu arvates ei ole see erinevus käsitatav diskrimineerimisena, sest see täidab kahte üldise huvi eesmärki, mis on esiteks luua vastastikku kaitseraamistik Madalmaade investeeringutele Slovakkias ja Slovakkia investeeringutele Madalmaades ning teiseks julgustada ja toetada investeeringute tegemist nende kahe riigi vahel. Vt selle kohta Conseil constitutionneli (konstitutsioonikohus) otsus, n° 2017-749-DC, 31.6.2017, punktid 37–40, mis puudutab ühelt poolt Kanada ning teiselt poolt Euroopa Liidu ja selle liikmesriikide vahelist laialtlevikut majandus- ja kaubanduslepingut (JORF, 18.8.2017, 1 tekst).

61. Selle väidetava diskrimineerimise ulatuse kohta tuleb teha kõigepealt teha üks märkus. Slovaki Vabariik sõlmis kahepoolse investeerimislepingu enamiku liikmesriikidega, nimelt Belgia Kuningriigiga, Bulgaaria Vabariigiga, Taani Kuningriigiga, Saksamaa Liitvabariigiga, Kreeka Vabariigiga, Hispaania Kuningriigiga, Prantsuse Vabariigiga, Horvaatia Vabariigiga, Läti Vabariigiga, Luksemburgi Suurhertsogiriigiga, Ungariga, Malta Vabariigiga, Madalmaade Kuningriigiga, Austria Vabariigiga, Poola Vabariigiga, Portugali Vabariigiga, Rumeeniaga, Sloveenia Vabariigiga, Soome Vabariigiga, Rootsi Kuningriigiga ning Suurbritannia ja Põhja-Iirimaa Ühendkuningriigiga. Need kahepoolsed investeerimislepingud on praegu kehtivad.

62. Nende liikmesriikide investoritele ei ole mõistagi Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 kohaldatav. Nende investorite päritoluriikide poolt Slovaki Vabariigiga sõlmitud kahepoolsed investeerimislepingud näevad aga kõik vaidluste lahendamise korrana ette rahvusvahelise vahekohtu. Nende suhtes seega erinevat kohtlemist ei ole.

63. Slovaki Vabariik sõlmis kahepoolse investeerimislepingu ka Tšehhi Vabariigiga ja veel ühe Itaalia Vabariigiga, kuid pooled lõpetasid need.⁵⁸ Seega, kui toimubki erinev kohtlemine Tšehhi ja Itaalia investorite suhtes, siis seda sellepärast, et nende liikmesriigid otsustasid neilt selle eelise, mis annaks just nimelt kahepoolne investeerimisleping, ära võtta.

64. Samas Eesti, Iiri, Küprose ja Leedu investorite jaoks selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 võrdväärset sätet Slovaki Vabariigi suhtes ei ole, välja arvatud energiainvesteeringute valdkonnas, kus neile on samasugune võimalus antud energiaharta lepinguga.

65. Minu arvates ei toimu isegi nende investorite suhtes liidu õigusega keelatud diskrimineerimist.

66. Euroopa Kohus on nimelt juba käsitlenud küsimust, kas piiriüleses investeeringus osaleva liikmesriigi kodanikku võidakse diskrimineerida, kui investeeringut vastuvõttev liikmesriik ei anna talle samasugust (maksu)eelist, mille ta annab teise liikmesriigi kodanikele viimasega sõlmitud kahepoolse lepingu alusel.

67. Kohtuasi, milles tehti 5. juuli 2005. aasta kohtuotsus D. (C-376/03, EU:C:2005:424),⁵⁹ puudutas Madalmaade ametivõimude keeldumist andmast varamaksu soodustust Saksa kodanikule, kes oli investeerinud Madalmaades asuvasse kinnisasjadesse. D. väits, et teda diskrimineeritakse, kuna Madalmaades samalaadseid investeeringuid teinud Belgia kodanikele see eelis anti ja seda 19. oktoobril 1970 Belgia Kuningriigi ja Madalmaade Kuningriigi valitsuse vahel sõlmitud tulu- ja varamaksuga topeltnmaksustamise vältimise ja teatud maksuküsimuste lahendamise lepingu (edaspidi „Madalmaade ja Belgia topeltnmaksustamise vältimise leping“) artiklite 24 ja 25 alusel.

68. Euroopa Kohus tuletas kõigepealt meelde, et „eelotsusetaotluse esitanud [...] kohtu [...] küsimuses on lähtutud eeldusest, et mitteresident, nagu seda on D., ei ole Madalmaade residentiga võrreldavas olukorras. Eelotsuse küsimuses soovitakse teada, kas D. olukorda saab võrrelda mõne teise mitteresidentiga, kelle suhtes kohaldatakse topeltnmaksustamise vältimise lepingust tulenevat eriregulatsiooni“.⁶⁰

58 Ikkagi tekib küsimus, kas tänu nn *sunset*-klauslile jätkub nende kahepoolsete investeerimislepingute mõju investeeringutele, mis on tehtud sel ajal, kui need lepingud kehtisid.

59 Vt selle kohta ka kohtuotsused, 12.12.2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, punktid 84 ja 88-93); 20.5.2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, punktid 50 ja 51) ja 30.6.2016, *Riskin ja Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, punkt 31).

60 Selle kohtuasja punkt 58.

69. Euroopa Kohus otsustas selle kohta, et „[a]sjaolu, et [Madalmaade ja Belgia topeltmaksustamise vältimise lepinguga loodud] vastastikused õigused ja kohustused kohalduvad vaid ühe nimetatud kahe lepinguosalise liikmesriigi residentideks olevatele isikutele, on kahepoolsete topeltmaksustamise vältimise lepingute lahutamatu tagajärg. Sellest järeldub, et Belgia residendist maksukohustuslane ja isik, kes pole Belgia resident, ei ole Madalmaades asuvate kinnisasjade suhtes makstava kapitalimaksu seisukohast võrdses olukorras“.⁶¹

70. Euroopa Kohus lisas seejärel, et „[s]ellist üldreeglit, nagu on sätestatud Belgia ja Madalmaade vahelise lepingu artikli 25 lõikes 3, ei saa hinnata soodustusena, mida saaks vaadelda eraldiseisvana ülejäänud lepingust, vaid see on osa tervikust, mis lisab lepingule üldist tasakaalu“.⁶²

71. Sellest kohtuotsusest ei nähtu selgelt mitte ainult see, et ELTL ei sisalda enamsoodustusrežiimi klauslit (NPF), nagu sisaldab nimetatud kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 lõige 2,⁶³ vaid ka see, et diskrimineerimisena ei käsitata seda, kui liikmesriik ei kohtle teise liikmesriigi kodanikke samamoodi nagu lepingu alusel kolmanda liikmesriigi kodanikke.

72. Seda, et ELTL ei sisalda enamsoodustusrežiimi klauslit, kinnitab ELTL artiklit 18 käsitlev Euroopa Kohtu praktika, mille kohaselt „[ELTL artikkel 18] nõuab, et [liidu] õigusega reguleeritavas olukorras olevaid isikuid koheldaks täiesti võrdselt *liikmesriigi kodanikega*“⁶⁴, see tähendab oma riigi kodanikega.

73. Minu arvates on käesolev kohtuasi ja kohtuasi, milles tehti 5. juuli 2005. aasta kohtuotsus D. (C-376/03, EU:C:2005:424), täiesti analoogsed, sest Slovaki Vabariik ja komisjon võrdlesid samuti kahte mitte Slovaki residendist investorit, kellest ühele (käesoleval juhul Madalmaade investorile) võimaldati nimetatud kahepoolse investeerimislepinguga materiaalõiguslikku kaitset, aga teisele mitte.

74. Nimelt on see kahepoolne investeerimisleping nagu Madalmaade ja Belgia topeltmaksustamise vältimise lepingi rahvusvaheline leping, mille „[kohaldamisala piirdub füüsiliste ja juriidiliste isikutega], kes on [selles] loetletud“⁶⁵, see tähendab lepingupoole kodanikest füüsiliste isikutega ja nende lepingupoole õiguse alusel asutatud juriidiliste isikutega.⁶⁶

75. Selles suhtes on asjaolu, et nimetatud kahepoolse investeerimislepinguga loodud vastastikused õigused ja kohustused on kohaldatavad nendest kahest lepinguosalisest liikmesriigist ainult ühe kodanikele, kahepoolsete investeerimislepingute kahepoolsele olemusele omane tagajärg. Sellest tuleneb, et investor, kes ei ole Madalmaade resident, ei ole Slovakkias tehtud investeeringu seisukohast samas olukorras nagu Madalmaade investor.

76. Lisaks ei ole samamoodi nagu Madalmaade ja Belgia topeltmaksustamise vältimise lepingu artikli 25 lõige 3, mida nimetab Euroopa Kohus oma 5. juuli 2005. aasta kohtuotsuse D. (C-376/03, EU:C:2005:424) punktis 62, ka selle kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 sellest kahepoolsest investeerimislepingust eraldatav, vaid on selle lahutamatu osa lausa määral, et kahepoolse investeerimislepingul ilma vaidluste lahendamise mehhanismita ei oleks mingit mõtet, sest see ei täidaks oma eesmärki, milleks on soodustada ja kaasata välisinvesteeringuid.

61 Selle kohtuotsuse punkt 61.

62 Selle kohtuotsuse punkt 62.

63 Vt käesoleva ettepaneku punktid 200 ja 201.

64 Kohtuotsus, 2.2.1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punkt 10). Kohtujuristi kursiiv. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punktid 29-33), kus A. Petruhhini olukorda võrreldi teda vastuvõtva liikmesriigi kodaniku olukorraga.

65 Kohtuotsus, 5.7.2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punkt 54).

66 Vt selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 1 punkt b.

77. Nagu nimelt Euroopa Kohus oma 16. mai 2017. aasta arvamuse 2/15 (Vabakaubandusleping Singapuri) (EU:C:2017:376) punktis 292 otsustas, ei saa Singapuri Vabariigiga sõlmitud vabakaubanduslepingu säte, millega kehtestatakse vaidluste lahendamise mehhanismina rahvusvaheline vahekohus, „[...] olla puhtalt täiendavat laadi“. Vastavalt väljakujunenud vahekohtupraktikale on investorite õigus pöörduda rahvusvahelisse vahekohtusse kahepoolsete investeerimislepingute kõige olulisem säte, sest selle menetluslikule sisule vaatamata on see iseenesest tingimata vajalik tagatis, mis ergutab ja kaitseb investeeeringuid.⁶⁷ Ei ole seega sugugi üllatav, et „vanad“ kahepoolset investeerimislepingud,⁶⁸ mis selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 võrdväärset vaidluste lahendamise mehhanismi ei sisalda, ei olnud investoritele eriti tarvilikud.

78. Komisjon soovib siiski käesolevat kohtuasja kohtuasjast, milles tehti 5. juuli 2005. aasta kohtuotsus D. (C-376/03, EU:C:2005:424), eristada seetõttu, et viimane käsitles maksuõigust.⁶⁹

79. Minu arvates ei ole see vahetegemine sugugi veenev. Märgin kõigepealt, et kahepoolset investeerimislepingud sarnanevad topeltmaksustamise vältimise lepingutele selle poolest, et need käsitlevad sama majandustegevust, ühtaegu kapitali sissetoomist ja väljaviimist. Riik võib nimelt väliskapitali oma territooriumile meelitada, andes investeerimisele nii kõrgetasemelise õigusliku kaitse kahepoolse investeerimislepingu raames kui ka maksusoodustusi.⁷⁰ Nagu topeltmaksustamise vältimise lepinguteski, mida ei ole põhimõtteliselt kunagi tunnistanud ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus olevaks, on riikide kohustuste vastastikkus ka kahepoolsete investeerimislepingute üks põhikomponent.⁷¹

80. Lisaks ei ole vastupidiselt sellele, mida väidab komisjon, liikmesriikidevaheliste topeltmaksustamise vältimise lepingute õiguslik alus EÜ artikli 293 teine taane. Kui see seda oleks, siis millisele õiguslikule alusele nad peaksid rajama need lepingud, mille üle nad peavad praegu läbirääkimisi, arvestades, et Lissaboni lepingus EÜ artiklit 293 enam ei ole?

67 Vt selle kohta Emilio Agustín Maffezini vs. Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/97/7), kohtu otsus, 25.1.2000, pädevuse puudumise vastuväite kohta, punktid 54 ja 55; Gas Natural SDG SA vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/03/10), kohtu otsus, 17.6.2005, pädevuse puudumise vastuväidete kohta, punkt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA ja InterAguas Servicios Integrales del Agua SA vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/03/17), otsus, 16.5.2006 kohtualluvuse kohta, punkt 59; Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (CCSi kohtuasi nr 088/2004), osaline kohtuotsus, 27.3.2007, punktid 165 ja 166; Rupert Joseph Binder vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) kohtuotsus, 6.6.2007 kohtualluvuse kohta, punkt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL), otsus, 30.4.2010 kohtualluvuse kohta, punktid 77 ja 78; Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010 kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 264; WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017, punkt 300; Anglia Auto Accessories Limited vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2014/181) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116, ja I.P. Busta ja J.P. Busta vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2015/014) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116.

68 Vt näiteks Saksamaa ja Kreeka (1961), Itaalia ja Malta (1967), Saksamaa ja Malta (1974), Prantsusmaa ja Malta (1976) ja Saksamaa ja Portugali (1980) kahepoolset investeerimislepingud.

69 Komisjon püüab tõendada, et erinevalt investeeeringute kaitsest on maksuõigus jäänud puhtalt liikmesriikide pädevusse, viidates eelkõige kohtuotsusele, 16.7.2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), mis ühes teistega ei keela õiguslikku topeltmaksustamist. Ma märgin, et topeltmaksustamise vältimise lepingute eesmärk on nimelt anda see kaitse, mida ei ole antud EL lepingu ja EL toimimise lepinguga. Sama kehtib kahepoolsete investeerimislepingute kohta, sest investeeeringute kaitset ja otsest maksustamist reguleerib liidu õigus peamiselt ainult põhilisi liikumisvabadusi puudutavate sätete kaudu.

70 Madalmaade Kuningriigi ja Tšehhoslovakkia Sotsialistliku Vabariigi vahel 4. märtsil 1974. aastal Prahast sõlmitud topeltmaksustamise vältimise ja tulu- ja varamaksudest kõrvalehoidmise vältimise leping näeb ette kinnipeetava maksu määrana 10% dividendidelt, 0% intressidelt ja 5% litsentsitasudelt.

71 Riigid määravad nendes kindlaks mitmesuguseid elemente, nagu mõiste „investeeering“, vaidluste lahendamise mehhanismile erisoodustusrežiimi klausli kohaldamine või mittekohaldamine, *carve-out*-klausli sätestamine või mittesätestamine maksuametmete puhul ja *sunset*-klausli kehtivusaeg.

81. Seda arvestades ei välista miski võimalust asendada liidusisesed kahepoolsed investeerimislepingud ühe ainsa mitmepoolse investeerimislepinguga või liidu aktiga – olenevalt pädevuse jagunemisest liidu ja liikmesriikide vahel –, mis oleks kohaldatav kõikide liikmesriikide investoritele, nagu pakkusid oma 7. aprilli 2016. aasta mitteametlikus dokumendis välja Saksamaa Liitvabariik, Prantsuse Vabariik, Madalmaade Kuningriik, Austria Vabariik ja Soome Vabariik.⁷²

82. Nendel põhjustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata kolmandale küsimusele, et niisugune vaidluste lahendamise mehhanism, nagu on kehtestatud käsitletava kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 ja mis annab Madalmaade investoritele õiguse pöörduda Slovaki Vabariigi vastu rahvusvahelisse vahekohtusse, ei ole ELTL artikliga 18 keelatud kodakondsuse alusel diskrimineerimine.

83. Euroopa Kohus peab esimest ja teist eelotsuse küsimust analüüsima vaid juhul, kui ta on selle vastuse ettepanekuga nõus.

C. Teine eelotsuse küsimus

84. Oma teise eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas niisuguse sätte nagu Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 kohaldamine on vastuolus ELTL artikli 267 kui liidu õigussüsteemi nurgakiviga, mis tagab ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja liidu õigussüsteemi autonoomia.

85. Analüüsin seda küsimust enne esimest küsimust, sest ma leian, et selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 kooskõlas asutatud vahekohus on ELTL artikli 267 tähenduses kohus – kahe liikmesriigi, nimelt Madalmaade Kuningriigi ja Slovaki Vabariigi ühine kohus – ja seega volitatud esitama eelotsusetaotlust Euroopa Kohtule. See tähendaks automaatselt, et ei ole mingisugust vastuolu ELTL artikliga 344 – mis on esimese eelotsuse küsimuse ese.

86. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale tuleb selleks, et hinnata, kas õigusorgan on ELTL artikli 267 tähenduses „kohus“, arvesse võtta järgmisi asjaolusid nende kogumis: „organi asutamine seaduse alusel, alalisus, kohustuslik jurisdiktsioon, menetluse võistlevus, õigusnormide kohaldamine selle organi poolt ning tema sõltumatus“.⁷³ Lisaks on vaja, et „[selles kohtus on pooleli] vaidlus[...] ja [et] see kohus peab vastava menetluse raames tegema kohtuotsuse jõudu omava lahendi“.⁷⁴

87. Nende kriteeriumide põhjal ei ole vahekohtud mõistest „liikmesriigi kohus“ ELTL artikli 267 tähenduses automaatselt välja jäetud. Nimelt, kuigi Euroopa Kohus on mitmel korral keeldunud vahekohtunike esitatud eelotsuse küsimusele vastamast⁷⁵, on ta juhtumipõhise analüüsi alusel tunnistanud vahekohtute esitatud eelotsuse küsimused ka vastuvõetavaks kohtuasjades, milles tehti

72 Kättesaadav Transnational Institute'i veebisaidil https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. Seda ongi tehtud maksuõiguses mõne direktiiviga, näiteks nõukogu 3. juuni 2003. aasta direktiiviga 2003/49/EÜ eri liikmesriikide sidusühingute vaheliste intressimaksete ja litsentsitasude suhtes kohaldatava ühise maksustamissüsteemi kohta (ELT 2003, L 157, lk 49; ELT eriväljaanne 09/01, lk 380), nõukogu 19. oktoobri 2009. aasta direktiiviga 2009/133/EÜ eri liikmesriikide äriühingute ühinemise, jaotumise, eraldumise, varade üleandmise ja osade või aktsiate vahetamise ning Euroopa äriühingute (SE) või Euroopa ühistute (SCE) registrijärgse asukoha teise liikmesriiki üleviimise puhul rakendatava ühise maksustamissüsteemi kohta (ELT 2009, L 310, lk 34) ja nõukogu 30. novembri 2011. aasta direktiiviga 2011/96/EL eri liikmesriikide ema- ja tütarettevõtjate suhtes kohaldatava ühise maksustamissüsteemi kohta (ELT 2011, L 345, lk 8), mis on tegelikult pigem mitmepoolset topeltmaksustamise vältimise lepingud kui ühtlustamismeetmed.

73 Kohtuotsus, 31.1.2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, punkt 38 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt selle kohta ka kohtuotsused, 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkt 23) ja 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 17).

74 Kohtuotsus, 31.1.2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkt 23).

75 Vt eelkõige kohtuotsused, 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) ja 27.1.2005, Denuit ja Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

17. oktoobri 1989. aasta kohtuotsus Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) ning 13. veebruari 2014. aasta kohtumäärus Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Kahes viimases juhtumis on näha vastuvõetavuse kriteeriumide avamist isiku ja riigi vahelist vaidlust lahendavale vahekohtule (kohtuotsus, 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754)⁷⁶ ja rahvusvahelisele vahekohtule (kohtumäärus, 13.2.2014, Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92).⁷⁷

89. Analüüsin seega vastavalt selle kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute tunnusjooni käesoleva ettepaneku punktis 86 sätestatud kriteeriumide seisukohast. Minu arvates on käesoleval juhul kõik need kriteeriumid täidetud.⁷⁸

1. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute seaduslik alus

90. Enamik vahekohtus alguse saanud kohtuasju, mis on esitatud Euroopa Kohtule, on puudutanud ainult ühte konkreetset tüüpi vahekohut, nimelt nn kaubandusaja „lepingupõhine“ vahekohus Euroopa Kohtu praktikas, sest nende õiguslik alus on eraõiguslikus lepingus sätestatud vahekohtuklausel.⁷⁹

91. On ka muud tüüpi vahekohtuid. Lisaks ELTL artiklis 272 ette nähtud vahekohtule on veel riikidevaheline vahekohus rahvusvahelise konventsiooni alusel⁸⁰ või isiku ja riigi vaheline vahekohus, kusjuures need kaks viimast tüüpi on eraisikute vahelisest vahekohtust õigusliku aluse poolest väga erinevad.

92. Nimetatud viimasel juhul ei tulene vahekohtu pädevus seadusest, vaid lepingus sätestatud vahekohtuklauslist.

93. Nii oli see nimelt vahekohtuasjas, milles tehti 23. märtsi 1982. aasta kohtuotsus Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) ja mis käsitles „ühiskasutuse“ lepingut, mis oli sõlmitud mitme eraõigusliku ettevõtja vahel ja mille ese oli 13 kalalaeva-vabriku ühise ehitamise programmi raames jagada omavahel ära kõik rahalised toetused, mida nad said Euroopa Põllumajanduse Arendus- ja Tagatisfondilt (EAGGF). Vahekohus, mille poole selle lepingu asjus pöörduti, oli avaldanud kahtlusi lepingu kooskõla suhtes liidu õigusega ja esitanud Euroopa Kohtule selle kohta küsimuse.

⁷⁶ See oli vahekohus maksumaksja ja Portugali Vabariigi vahel maksuasjas.

⁷⁷ Tegu oli vahekohtuga ravimipatentide asjas, mis oli rahvusvaheline selles mõttes, et selles oli üks Kanada äriühing vastandatud kahele Portugali äriühingule, ühele Ühendkuningriigi äriühingule, ühele Kreeka äriühingule ja ühele Madalmaade äriühingule.

⁷⁸ Vt selle kohta Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, 2015, kd 32(4), *Journal of International Arbitration*, lk 367; Paschalidis, P., „Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice“, 2016, *Arbitration International*, lk 1; Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU“, avaldatud väljaandes Ferrari, F. (toim), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, lk 85-123.

⁷⁹ Vt eelkõige kohtuasjad, milles tehti kohtuotsused, 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107); 25.7.1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); 27.1.2005, Denuit ja Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); 26.10.2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); 10.2.2009, Allianz ja Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); 13.5.2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) ja 7.7.2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

⁸⁰ Tuleb märkida, et mõni liikmesriikide vahel sõlmitud rahvusvaheline leping näeb ette, et Euroopa Kohtu president toimib liikmesriikidevahelistes või avalik-õigusliku asutuse ja liikmesriikide vahelistes vaidlustes vahekohtunikke nimetava organina. Vt selle kohta Prantsuse Vabariigi valitsuse ja Itaalia Vabariigi valitsuse vahel 30. jaanuaril 2012. aastal Roomas Lyoni ja Torino vahel uue raudteeliini ehitamiseks ja käitamiseks sõlmitud lepingu artikkel 27. Minu arvates on ka need vahekohtud liikmesriikide kohtud ELTL artikli 267 tähenduses.

94. Euroopa Kohus tuvastas, et tal „puudub pädevus“, ⁸¹ otsustades, et see vahekohus ei olnud liikmesriigi kohus ELTL artikli 267 tähenduses kahel põhjusel. Esiteks seepärast, et „lepingupoolel ei olnud õiguslikku ega faktilist kohustust paluda vahekohtul vaidlus lahendada“, ⁸² sest nad olid teinud selle valiku lepingu abil. Teiseks seepärast, „et Saksa riiklikud võimuorganid ei ole sellesse vahekohtu valikusse kaasatud ja [...] neil ei paluta omal algatusel vahekohtu menetlusse astuda“. ⁸³

95. Kohtuasjas, milles tehti 27. jaanuari 2005. aasta kohtuotsus Denuit ja Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), piisas sellest, et vahekohtukolleegiumi pädevuse aluseks oli tarbija ja reisibüroo vahelise lepingu vahekohtuklausel, et jätta see kolleegium välja mõistest „kohus“ artikli ELTL artikli 267 tähenduses, kuigi vahekohtuklausel oli osa reisibüroo tüüptingimustest ja tarbija ei saanud selles punktis eraldi kokku leppida.

96. Seevastu vastavalt vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud kohtu puhul, kelle poole pööratakse selle artikli alusel, ei ole seaduslik alus vaieldav. See alus seisneb mitte ainult rahvusvahelises lepingus, vaid ka Madalmaade ja Tšehhoslovakkia seadustes, millega nõustatakse selle kahepoolse investeerimislepinguga ja millega see leping on nende õiguskorda üle võetud. Vastupidiselt kohtuasjale, milles tehti 23. märtsi 1982. aasta kohtuotsus Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), on ilmne riiklike võimuorganite osalus selles vahekohtumenetluse valikus, nagu ka vahekohtumenetluses endas (sest käesoleval juhul oli Slovaki Vabariik kostja).

97. Seda hinnangut kinnitavad 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) ja 13. veebruari 2014. aasta kohtumäärus Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Vahekohus, kes oli esitanud Euroopa Kohtule eelotsuse küsimuse kohtuasjas, milles tehti 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), vastas seadusliku aluse kriteeriumile, sest vahekohus oli ette nähtud ühes Portugali seaduses maksuvaidluste õigusliku lahendamise viisina ja seadusega oli antud maksuasjade vahekohtutele üldine pädevus hinnata kõigi maksude sissenõudmise seaduslikkust. ⁸⁴

99. Samamoodi otsustas Euroopa Kohus, et kohtuasjas, milles tehti 13. veebruari 2014. aasta kohtumäärus Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), vastas vahekohus seadusliku aluse kriteeriumile, sest „[selle] pädevus ei tulene[nud] poolte tahtest, vaid [Portugali] seadusest nr 62/2011“, ⁸⁵ millega kehtestati vahekohus geneeriliste ja originaalravimite tööstusomandi õiguste vaidluste lahendamise mehhanismina.

2. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute alalisus

100. Rahvusvaheline vahekohus võib olla institutsiooniline vahekohus, milles menetlust korraldab ja peab vahekohtuinstitutsioon ⁸⁶ oma reglemendi alusel ja tasu eest, või *ad hoc*-vahekohus, mille puhul pooled organiseerivad menetluse ise, kasutamata vahekohtuinstitutsiooni tuge.

81 Minu arvates ei ole tegu mitte pädevuse, vaid vastuvõetavuse küsimusega.

82 Vt kohtuotsus, 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punkt 11). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 27.1.2005, Denuit ja Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punkt 13).

83 Vt kohtuotsus, 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punkt 12). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 27.1.2005, Denuit ja Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punkt 13).

84 Vt punkt 24 selle kohtuotsuse.

85 Vt selle kohtumääruse punkt 19.

86 Vt näiteks Alaline Vahekohus Haagis (Madalmaad), ICSID Washingtonis (Ühendriigid), CCS Rootsis, Rahvusvaheline Kaubanduskoda (CCI) Pariisis (Prantsusmaa) ja Londoni Rahvusvaheline Arbitraažikohus (CAIL) (Ühendkuningriik).

101. 12. juuni 2014. aasta kohtuotsuse Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) punktides 25 ja 26 ning 13. veebruari 2014. aasta kohtumääruse Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) punktist 24 nähtub, et alalisuse kriteerium ei puuduta mitte vahekohtu koosseisu iseenesest, vaid vaidluste lahendamiseks kasutatava vahekohtu institutsionaliseeritust. Teisisõnu tuleb alalisuse kriteeriumit hinnata vahekohtumenetlust pidava vahekohtuinstitutsiooni, mitte vahekohtu koosseisu järgi, mis võib olla ajutine.

102. Selle kohta otsustas Euroopa Kohus 12. juuni 2014. aasta kohtuotsuse Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) punktis 26, et „kuigi Tribunal Arbitral Tributário [maksuvaidlusi lahendav vahekohus, Portugal] koosseis on ajutine ning lõpeb üheaegselt asjaga, mille lahendamiseks need on nimetatud, on Tribunal Arbitral Tributário [maksuvaidlusi lahendav vahekohus] tervikuna võttes süsteemi osana siiski alaline“. Süsteem, mida Euroopa Kohus silmas peab, on vahekohtuinstitutsioon „Centro de Arbitragem Administrativa“ (CAAD) [haldusvahekohtukeskus].

103. Samamoodi otsustas Euroopa Kohus 13. veebruari 2014. aasta kohtumääruse Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) punktis 24, et alalisuse kriteerium oli täidetud, sest vahekohus „[oli] loodud õigusakti alusel, tal [oli] alaline kohustuslik pädevus ning siseriiklikus õiguses [oli] määratletud ja piiritletud tema poolt kohaldatavad menetlusnormid“, kuigi selle vorm, koosseis ja kodukord võisid erineda olenevalt poolte valikust, ja isegi kui see saadeti pärast otsuse tegemist laiali.

104. Selles kohtuasjas oli selge, et vahekohus oli *ad hoc*-kohus ja et ei olnud vahekohtuinstitutsiooni, mis tagaks selle alalisuse, kuid Euroopa Kohus järeldas alalisust Portugali seaduse nr 62/2011 artiklist 2, millega oli vahekohus asutatud ainsa vaidluste lahendamise viisina geneerilisi ja originaalravimeid puudutavates tööstusomandi õiguste asjades.

105. Sama järelduse võib teha vahekohtute kohta, mis on asutatud ja mille poole pöördutakse vastavalt valdusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8, sest – nagu kohtuasjades, milles tehti 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) ja 13. veebruari 2014. aasta kohtumäärus Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) – kehtestasid Madalmaade Kuningriik ja Slovaki Vabariik vahekohtu neist ühe ja teise riigi investori vaheliste vaidluste lahendamise viisina.

106. Nimetatud kahepoolses investeerimislepingus esinevad ka teised vahekohtu institutsionaliseerituse asjaolud.

107. Nimelt annab selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõige 4 vahekohtunike nimetamise õiguse Stockholmi Kaubanduskojale („CCS“), kes on üks alaline vahekohtuinstitutsioon, ja selle lõike 5 alusel kohaldatakse vahekohtumenetlusele UNCITRALi vahekohtu reglementi.

108. Lisaks toimus käesolevas kohtuasjas kõne all olev vahekohtumenetlus alalise vahekohtuinstitutsiooni egiidi all. Nimelt oli Alalise Vahekohtu ja põhikohtuasja poolte allkirjastatud ametisse nimetamise kirjaga määratud kohtukantselei ülesandeid täitvaks institutsiooniks Alaline Vahekohus (CPA), mis asub Haagis ja mis loodi Haagis 1899. ja 1907. aastal sõlmitud rahvusvaheliste konfliktide rahumeelse lahendamise konventsioonidega.⁸⁷

109. Järelikult on minu arvates ka alalisuse kriteerium täidetud.

⁸⁷ Kõik liidu liikmesriigid on nende konventsioonide osalised. Mis puudutab käesolevat kohtuasja, siis on Madalmaade Kuningriik Alalise Vahekohtu liige alates selle asutamisest ja Slovaki Vabariik sai selle liikmeks 1993. aastal.

3. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute jurisdiktsiooni kohustuslikkus

110. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale „[jurisdiktsiooni kohustuslikkus] lepingupõhise vahekohtu puhul puudub, kuna lepingupooltel ei ole õiguslikku ega faktilist kohustust anda oma erimeelsusi vahekohtu lahendamiseks ning asjaomase liikmesriigi ametiasutused ei ole seotud vahekohtutee valimisega ning neil ei ole ka võimalust omal algatusel sekkuda vahekohtuniku juures toimuvasse“.⁸⁸

111. Ei ole mõistagi üllatav, et Euroopa Kohus otsustas, et kohtuasjades, milles tehti 17. oktoobri 1989. aasta kohtuotsus *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383) ja 13. veebruari 2014. aasta kohtumäärus *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), vastasid vahekohtud jurisdiktsiooni kohustuslikkuse tingimusele, sest Taani ja Portugali õigusega oli vahekohus tehtud kohustuslikuks.

112. Sellegipoolest ei jäänud kohtuasjas, milles tehti 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), seetõttu, et vahekohus oli vabatahtlik ja et maksumaksja oli valinud selle poole pöörduda Portugali Vabariigi vastu, kuigi ta oleks võinud pöörduda otse tavalistesse kohtutesse, vahekohus ELTL artikli 267 tähenduses liikmesriigi kohtu mõistest välja.

113. Euroopa Kohus oli nimelt seisukohal, et „[selle] otsused [olid] dekreetseaduse nr 10/2011 artikli 24 lõike 1 alusel pooltele siduvad [ja] tema pädevus [tulenes] vahetult dekreetseaduse nr 10/2011 sätetest [ega sõltunud] seetõttu poolte tahte eelnevast väljendusest viia vaidlus vahekohtusse [...]. Seega, kui maksumaksja nõuab oma vaidluse viimist vahekohtusse, on [vahekohtu jurisdiktsioon] maksu- ja tolliküsimustes kohustuslik“.⁸⁹

114. Sama kehtib vahekohtute kohta, mis on asutatud vastavalt vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8.

115. Selle artikli 8 lõikes 7 on sätestatud, et vastavalt sellele artiklile asutatud vahekohtu otsus on „lõplik ja vaidluse pooltele *siduv*“.⁹⁰ Ei ole seega mingit kahtlust, et niisuguse vahekohtu tehtud kohtuotsus on pooltele Euroopa Kohtu praktika tähenduses siduv.

116. Lisaks on selle artikli lõikes 2 sätestatud, et „[k]äesolevaga lepingupooled *nõustuvad*, et [investori ja riigi vaheline] vaidlus [...], mida ei ole lahendatud kokkuleppel kuue kuu jooksul alates kuupäevast, millal üks vaidluse pooltest on nõudnud selle lahendamist kokkuleppel, esitatakse lahendamiseks vahekohtule“.⁹¹

117. Asjaolu, et investor saab valida kohtumenetluse algatamise kas asjaomase liikmesriigi kohtutes või vahekohtus,⁹² vahekohtu jurisdiktsiooni kohustuslikkust ei mõjuta, sest selline valik oli ka maksumaksjal kohtuasjas, milles tehti 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754).

88 Kohtuotsus, 12.6.2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkt 27). Vt selle kohta ka kohtuotsused, 23.3.1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107) ja 27.1.2005, *Denuit ja Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, punkt 13) ning kohtumäärus, 13.2.2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92, punkt 17).

89 Selle kohtuotsuse punkt 29. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 6.10.2015, *Conсорci Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 23).

90 Kohtujuristi kursiiv.

91 Kohtujuristi kursiiv.

92 Nimetatud kahepoolne investeerimisleping ei sisalda pöördumatu valiku klauslit (*fork-in-the-road*), mis näeks ette, et kui investor valib kohtualluvuse (asjaomase riigi kohtute või rahvusvahelise vahekohtu vahel), ei saa seda valikut hiljem muuta.

118. Kuna Slovaki Vabariik andis eelnevalt nõusoleku vahekohtu menetluseks, nagu oli teinud Portugali Vabariik kohtuasjas, milles tehti 12. juuni 2014. aasta kohtuotsus *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), on vastavalt selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikele 2 asutatud vahekohtu jurisdiktsioon sellele liikmesriigile ja investorile kohustuslik.

119. Järelikult vastavad vastavalt selle kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtud ka jurisdiktsiooni kohustuslikkuse kriteeriumile.

4. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute menetluse võistlevus, nende poolt neile esitatud vaidluste lahendamisel õigusnormide kohaldamine ning vahekohtunike sõltumatus ja erapooletus

120. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute menetluse võistlevuse kohta tuleb märkida, et selle artikli lõike 5 kohaselt „[v]ahekohus [kehtestab] oma kodukorra vastavalt [UNCITRALi] vahekohtu reeglendile“.⁹³

121. Selle reeglendi artikli 15 lõikes 1 oli 1976. aasta redaktsioonis, mis oli nimetatud kahepoolse investeerimislepingu sõlmimise ajal kehtiv, sätestatud, et „[k]ui reeglendist ei tulene teisiti, võib vahekohus vahekohtumenetluse läbi viia nii, nagu ta peab kohaseks, tingimusel et pooli koheldakse võrdselt ja *kummalgi poolel on menetluse igas staadiumis võimalus tugineda oma õigustele ja esitada oma väited*“.⁹⁴ [mitteametlik tõlge] See tagatis võeti üle nimetatud reeglendi 2010. ja 2013. aasta redaktsiooni artikli 17 lõikesse 1.

122. Võistlevuse põhimõtte järgimine on tagatud ka mitme nimetatud reeglendi sättega, mis näevad ette poolte seisukohtade üksteisele edastamise, kohtuistungi pidamise, poolte osalemise kohtuistungil ning menetluse suulise osa lõpetamise, nimelt 1976. aasta reeglendi artiklid 18-20, 22, 24, 25 ja 29 ning 2010. ja 2013. aastal muudetud reeglendi artiklid 20-22, 24, 28 ja 31.

123. Vahekohtute poolt õigusnormide kohaldamise kohta sätestab selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõige 6, et „[v]ahekohus mõistab õigust õigusnormide alusel“, ja näeb ette hulga õiguseeskirju, mida kohus peab arvesse võtma. Võimalus teha otsuseid *ex aequo et bono* on seega välistatud.

124. Lõpuks, mis puutub sõltumatuse ja erapooletuse kriteeriumisse, siis on väljakujunenud kohtupraktika, et „sõltumatuse ja erapooletuse tagatised eeldavad selliste normide olemasolu, mis puudutavad muu hulgas organi koosseisu, selle liikmete nimetamist ja ametiaega ning nende hääletamisest hoidumise, taandamise ja tagasikutsumise aluseid, ning mis lubavad ümber lükata isiku põhjendatud kahtlusi selles osas, kas nimetatud organ on väljaspool väliste tegurite haardeulatust, ja selles osas, kas nimetatud organ on tema ees olevate huvide suhtes neutraalne [...]. Selleks et lugeda organi sõltumatuse tingimus täidetuks, on kohtupraktika kohaselt eelkõige nõutav, et selle organi liikmete tagasikutsumise juhud oleksid kindlaks määratud sõnaselgete õigusnormidega“.⁹⁵

93 Vahekohtu relement on kättesaadav UNCITRALi veebisaidil http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 Kohtujuristi kursiiv.

95 Kohtuotsus, 9.10.2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika). Tuleks täpsustada, et vastupidi kohtunikele ei ole vahekohtunike ametikoht alaline. Rahvusvahelises vahekohtuõiguses seega vahekohtunike tagasikutsumise eeskirju ei ole.

125. Märgin kõigepealt, et Euroopa Kohus ei ole üheski kohtuasjas, mida ta on käsitlenud, vahekohtunike sõltumatust ja erapooletust kahtluse alla seadnud, ja seejärel, et UNCITRALi vahekohtu reglement tagab vahekohtunike sõltumatuse ja erapooletuse, pannes neile selge kohustuse teatada kõikidest asjaoludest, mis võivad tekitada nende erapooletuses või sõltumatuses põhjendatud kahtlusi,⁹⁶ ning kehtestades niisuguste asjaolude esinemise korral vahekohtunike taandamise korra.⁹⁷

126. Eespool öeldut arvestades on selle kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 asutatud vahekohtus ELTL artikli 267 tähenduses kohus, kuid kas ta on ka „liikmesriigi“ kohus selle õigusnormi tähenduses?

127. Minu arvates on.

128. Liikmesriikide vahel sõlmitud rahvusvahelise lepinguga loodud rahvusvahelise organisatsiooni raames asutatud rahvusvahelise kohtu staatuse küsimust uuriti Cour Benelux'i suhtes kohtuasjas, milles tehti 4. novembri 1997. aasta kohtuotsus Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. Euroopa Kohus otsustas selles kohtuasjas, et „[e]i ole põhjust, miks mitme liikmesriigi ühine kohus ei võiks esitada küsimusi Euroopa Kohtule samamoodi, nagu esitavad nende samade liikmesriikide kohtud“.⁹⁸

130. Nii on see ka vastavalt vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute puhul, sest Madalmaade Kuningriik ja Slovaki Vabariik on need asutanud vaidluste lahendamise mehhanismina.

131. Nendel põhjustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata teisele küsimusele, et ELTL artiklit 267 tuleb tõlgendada nii, et sellega ei ole vastuolus niisugune õigusnorm nagu vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8, mis võimaldab investorite ja riikide vaheliste vaidluste lahendamist vahekohtu poolt, mida tuleb lugeda „liikmesriigi kohtuks“ ELTL artikli 267 tähenduses.

D. Esimene eelotsuse küsimus

132. Esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas ELTL artiklit 344 tuleb tõlgendada nii, et see keelab kohaldada liidusiseste kahepoolsete investeerimislepingute niisuguseid sätteid nagu Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8, mis võimaldavad investorite ja riikide vahelisi vaidlusi lahendada vahekohtus.

133. Tuleks kohe alguses märkida, et kui Euroopa Kohus otsustab – nagu ma teen ettepaneku –, et vastavalt selle kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtud on ELTL artikli 267 tähenduses liikmesriikide kohtud, siis osalevad nad 18. detsembri 2014. aasta arvamuse 2/13 (liidu ühinemine EIÕKga; EU:C:2014:2454) punktis 176 osutatud kohtutevahelises dialoogis ja on kohustatud kohaldama liidu õigust. Järelikult ei saa rahvusvahelise vahekohtu kasutamine Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 ette kirjutatud tingimustel rikkuda ELTL artiklit 344 ega ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korda ning seega liidu õigussüsteemi autonoomiat.

⁹⁶ Vt UNCITRALi 1976. aasta vahekohtu reglemendi artikkel 9 ja UNCITRALi 2010. ja 2013. aastal muudetud vahekohtu reglemendi artikkel 11.

⁹⁷ Vt UNCITRALi 1976. aasta vahekohtu reglemendi artiklid 10-12 ja UNCITRALi 2010. ja 2013. aastal muudetud vahekohtu reglemendi artiklid 12 ja 13. Vt ka Rahvusvahelise Advokaatide Assotsiatsiooni (IBA) suunised huvide konflikti kohta rahvusvahelises vahekohtus (kättesaadavad IBA veebisaidil http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), milles on täpsustatud huvide konflikti põhjused, mille tõttu võidakse vahekohtunikud taandada.

⁹⁸ Punkt 21. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 14.6.2011, Miles jt (C-196/09, EU:C:2011:388, punkt 40).

134. Sel juhul nimelt on vahekohtud kohustatud järgima – vastasel korral on nad avaliku korraga vastuolu tõttu tühised – 8. märtsi 2011. aasta arvamuse 1/09 (ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks) (EU:C:2011:123) punktides 65-70 ja 18. detsembri 2014. aasta arvamuse 2/13 (liidu ühinemine EIÖKga) (EU:C:2014:2454) punktides 157-176 Euroopa Kohtu sedastatud põhimõtteid, sealhulgas liidu õiguse ülimuslikkuse põhimõtet⁹⁹ liikmesriikide õiguse ja liikmesriikide vahel võetud kõikide rahvusvaheliste kohustuste suhtes, terve hulga nende kodanikele ja neile endile kohaldatavate õigusnormide vahetu õigusmõju, liikmesriikidevahelise vastastikuse usalduse põhimõtet nende ühiste väärtuste tunnustamisel, millel liit põhineb, ja liidu õiguse täieliku ja tervikliku kohaldamise ja järgimise põhimõtet.

135. Pealegi kaasneks sellega, kui liikmesriikide loodud vahekohtud jätavad liidu õiguse kohaldamata või kohaldavad seda väärtalt, mitte ainult asjaomaste liikmesriikide vastutus vastavalt 30. septembri 2003. aasta kohtuotsusele Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), sest nemad on need vahekohtud asutanud, vaid selle tagajärjel võidakas vajadusel tuvastada asjaomaste liikmesriikide kohustuste rikkumine vastavalt ELTL artiklitele 258 ja 259.¹⁰⁰

136. Kui Euroopa Kohus aga otsustab, et vastavalt vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohus ei ole liikmesriigi kohus ELTL artikli 267 tähenduses, tuleks veel analüüsida, kas ELTL artikliga 344 on vastuolus selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 kohaldamine, ja kas see artikkel võib olla vastuolus ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja liidu õigussüsteemi autonoomiaga.

137. Sellega seoses tuleb teha kolm analüüsi, millest teine on vajalik vaid siis, kui esimese järelduseks on jaatav vastus, ja kolmas on vajalik vaid siis, kui vastus esimesele või teisele küsimusele on eitav:

- kas vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 määratletud investori ja liikmesriigi vaheline vaidlus kuulub ELTL artikli 344 kohaldamisalasse;
- kas niisuguse vaidluse ese võimaldab selle liigitada „aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaks vaidluseks“ ELTL artikli 344 tähenduses;
- kas nimetatud kahepoolse investeerimislepingu otstarvet arvestades on selle tagajärjeks ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja seega liidu õigussüsteemi autonoomia rikkumine?

1. Kas kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 määratletud investori ja liikmesriigi vaheline vaidlus kuulub ELTL artikli 344 kohaldamisalasse?

138. Minu arvates peab vastus olema eitav järgmistel põhjustel.

139. ELTL artikkel 344 sätestab, et „[l]iikmesriigid kohustuvad aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaid vaidlusi lahendama ainult aluslepingutes ettenähtud meetoditega“.

99 Paljud vahekohtud, mis lahendavad liidu kodanikest investorite ja liikmesriikide vahelisi vaidlusi, sealhulgas käesolevas kohtuasjas kõne all olev vahekohus, on juba tunnistanud liidu õiguse ülimuslikkust. Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010 kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 289; Electrabel SA vs. Ungari (ICSID vahekohtuasi nr ARB/07/19) otsus 30.11.2012 kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta, punktid 4.189-4.191; Charanne BV ja Construction Investments Sàrl vs. Hispaania Kuningriik (CCSi kohtuasi nr 062/2012) lõplik otsus, 21.1.2016, punktid 439 ja 443, ja RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl vs. Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/30) otsus, 6.6.2016, kohtualluvuse kohta, punkt 72 (kui investorid oleksid kolmandatest riikidest, oleks see teisiti, vt punktid 74-76).

100 Vt selle kohta Electrabel SA vs. Ungari (ICSID vahekohtuasi nr ARB/07/19) otsus, 30.11.2012, kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta, punktid 4.160-4.162.

140. Euroopa Kohtul on sageli olnud võimalus tõlgendada ELTL artiklit 344 ja otsustada rahvusvaheliste lepingute kooskõla üle selle artikliga, isegi kui tegu on liidu ja selle liikmesriikide poolt kolmandate riikidega sõlmitud rahvusvaheliste lepingutega.¹⁰¹

141. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale „ei või rahvusvaheline leping kahjustada aluslepingutes kindlaks määratud pädevuse jaotust ja sellest tulenevalt ka liidu õigussüsteemi autonoomsust, mille austamise peab Euroopa Kohus tagama. See põhimõte on sätestatud eelkõige ELTL artiklis 344, mille kohaselt liikmesriigid kohustuvad aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevaid vaidlusi lahendama ainult aluslepingutes ette nähtud meetoditega“.¹⁰²

142. Euroopa Kohtu hinnangul kehtestab ELTL artikkel 344 liikmesriikidele kohustuse „kasutada [liidu] kohtusüsteemi ja arvestada Euroopa Kohtu ainupädevusega, mis on selle süsteemi üks põhitunnuseid [ning seda kohustust] tuleb mõista kui nende [ELL artikli 4 lõikest 3] tuleneva üldisema lojaalsuskohustuse konkreetsemat avaldumisvormi“.¹⁰³

143. Tuleks kohe alguses märkida, et põhikohtuasjas kõne all oleva otsuse teinud vahekohtus analüüsis üksikasjalikult Slovaki Vabariigi ja komisjoni ELTL artiklist 344 tulenevaid argumente. Ta otsustas selle kohta 30. mai 2006. aasta kohtuotsuse komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) põhjal, et investorite ja kahepoolse investeerimislepingu sõlminud riikide vahelised vaidlused ei kuulu ELTL artikli 344 kohaldamisalasse.¹⁰⁴

144. Slovaki Vabariik, keda toetab mitu liikmesriiki ja komisjon, vaidlustab vahekohtu selle hinnangu. Tema arvates tuleb ELTL artiklit 344 tõlgendada laialt, mis muudab selle liikmesriigi ja isiku vahelistele vaidlustele kohaldatavaks, eriti arvestades selle sõnastust, mis vastupidiselt ELTL artiklile 273 ei piira tema arvates selle kohaldamisala ainult „liikmesriikidevahelistele“ vaidlustele.

145. Ma ei jaga seda seisukohta.

146. Euroopa Kohtu praktikast nähtub selgelt, et liikmesriikidevahelised,¹⁰⁵ nagu ka liikmesriikide ja liidu vahelised¹⁰⁶ vaidlused kuuluvad ELTL artikli 344 kohaldamisalasse. Seevastu eraõiguslike isikute vahelised vaidlused sellesse ei kuulu, isegi kui asja lahendaval kohtul tuleb liidu õigust arvesse võtta või kohaldada.

101 Vt arvamus 1/91 (EMP leping – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490); 1/92 (EMP leping – II), 10.4.1992 (EU:C:1992:189); 2/94 (Ühenduse ühinemine EIÕKga), 28.3.1996 (EU:C:1996:140); 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123) ja arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454). Vt ka kohtuotsus, 30.5.2006, komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Arvamus 2/13 (liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 201). Vt selle kohta ka arvamus 1/91 (EMP leping – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490, punkt 35) ning kohtuotsused, 30.5.2006, komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345, punkt 123) ja 3.9.2008, Kadi ja Al Barakaat International Foundation *vs.* nõukogu ja komisjon (C-402/05 P ja C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 282).

103 Kohtuotsus, 30.5.2006, komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345, punkt 169).

104 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) *vs.* Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 276. Vt selle kohta ka European American Investment Bank AG *vs.* Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2010-17) kohtuotsus, 22.10.2012, kohtualluvuse kohta, punktid 248-267; Electrabel SA *vs.* Ungari (ICSID vahekohtuasi nr ARB/07/19) otsus, 30.11.2012, kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta, punktid 4.150-4.152; Charanne BV ja Construction Investments Sàrl *vs.* Hispaania Kuningriik (CCS-i kohtuasi nr 062/2012) lõplik otsus, 21.1.2016, punktid 441-445; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl *vs.* Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/30) otsus, 6.6.2016, kohtualluvuse kohta, punkt 80, ja Eiser Infrastructure Limited ja Energía Solar Luxembourg Sàrl *vs.* Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/36) kohtuotsus, 4.5.2017, punkt 204.

105 Vt kohtuotsus, 30.5.2006, komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345, punkt 128).

106 Vt arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punktid 202 ja 205).

147. Nagu nimelt Euroopa Kohus Euroopa patendi ja ühenduse patendi kohtu kokkuleppe projekti kohta otsustas, „[Euroopa patendi ja ühenduse patendi] kohtu loomine ei pörka ka vastu ELTL artiklit 344, kuna nimetatud artikkel piirdub sellega, et keelab liikmesriikidel kasutada aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist käsitlevate vaidluste lahendamisel muid kui aluslepingutes ette nähtud meetodeid. Samas puudutab pädevus, mis [Euroopa patendi ja ühenduse patendi kohtu] kokkuleppe eelnõu näeb ette patendikohtule anda, ainult isikutevahelisi vaidlusi patentide valdkonnas“.¹⁰⁷

148. Isikute ja liikmesriikide vaheliste vaidluste kohta märgib komisjon, et kohtusüsteem, mida on silmas peetud 14. detsembri 1991. aasta arvamuses 1/91 (EMP leping – I) (EU:C:1991:490), hõlmas ka eraõiguslike isikute esitatud kaebusi Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA) järelevalveameti vastu konkurentsiasjades.¹⁰⁸

149. Neid kaebusi ei oleks siiski esitatud liikmesriigi vastu ja igal juhul ei ole Euroopa Kohtu arvamuses ühtegi lõiku, mis võiks panna arvama, et Euroopa Kohus pidas seda konkreetset Euroopa Majanduspiikonna (EMP) lepingu projekti lõiku problemaatiliseks.

150. Tuleks veel rõhutada, et liit pidi saama selles arvamuses silmas peetud lepingu pooleks ja et järelikult pidi see leping hakkama olema liidu õiguse osa, mis vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu puhul mõistagi nii ei ole. Pealegi, nagu viidatud arvamuse punktides 13-29 selgelt nähtub, muretses Euroopa Kohus süstemaatilise riski pärast, mida kujutas lepinguprojekti artikkel 6 õiguse EMPs tõlgendamise ja kohaldamise ühtsusele,¹⁰⁹ mitte asjaolu pärast, et eraõiguslike isikute kaebused konkurentsiasjades EFTA järelevalveameti vastu oleksid olnud väljaspool liidu kohtusüsteemi asuva kohtu pädevuses.

151. 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (liidu ühinemine EIÕKga; EU:C:2014:2454) on selles suhtes erilise tähtsusega, sest isegi kui ELi toimimise lepingu artikli 6 lõige 2 näeb ette liidu ühinemise Roomas 4. novembril 1950 alla kirjutatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga (edaspidi „EIÕK“), oleks see vastuolus ELTL artikliga 344, kui isikute ja liikmesriikide vahelised vaidlused, mis on kõige tüüpilisemad Euroopa Inimõiguste Kohtule esitatavad vaidlused, kuuluksid ELTL artikli 344 kohaldamisalasse.

152. Sellepärast analüüsiski Euroopa Kohus selle arvamuse punktides 201-214 ELTL artikli 344 seisukohast ainult liikmesriikidevahelisi ja liikmesriikide ja liidu vahelisi vaidlusi¹¹⁰, kuigi ta oli teadlik sellest, et liidu ühinemisel EIÕKga on talle siduv selle konventsiooni artikli 34 esimene lause, mis näeb ette, et Euroopa Inimõiguste Kohus „võib vastu võtta avaldusi igalt isikult, valitsusväliselt organisatsioonilt ja isikute grupilt, kes väidavad, et nad on käesolevas konventsioonis ja selle juurde kuuluvates protokollides sätestatud õiguste rikkumise ohvriks ühe [lepingupoole] poolt“.¹¹¹

153. Nendel põhjustel ma arvan, et niisugune vaidlus nagu vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8 osutatud investori ja liikmesriigi vaheline vaidlus, ei kuulu ELTL artikli 344 kohaldamisalasse.

107 Arvamus 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123). Kohtujuristi kursiiv.

108 Vt selle arvamuse punkt 6.

109 Lepinguprojekti artiklis 6 oli sätestatud, et lepingu sätteid tuleb nende rakendamiseks ja kohaldamiseks tõlgendada kooskõlas lepingu sõlmimise kuupäevast *varasema* Euroopa Kohtu praktikaga vastavate EMÜ lepingu, ESTÜ lepingu ja teiseste õigusaktide sätete kohta, mis mõistagi tekitas riski, et Euroopa Kohtu praktika lahknep EMP kohtu praktikast. Vt arvamus 1/91 (EMP leping – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490, punktid 6 ja 25-29).

110 Vt eelkõige, punktid 204, 205, 207 ja 212.

111 Vt arvamus 2/13 (liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punktid 17 ja 18).

154. Seda järeldust ei mõjuta komisjoni argument, et investorite ja liikmesriikide vahelised vaidlused on tegelikult liikmesriikidevahelised vaidlused, sest algatades vahekohtumenetluse liikmesriigi vastu niisuguse sätte alusel nagu Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8, ei kasuta investor mitte enda õigust, vaid selle kahepoolse investeerimislepinguga tema päritoluriigile antud õigust.

155. Komisjon tugineb selles suhtes kahele tema kirjalike seisukohtade punktis 81 viidatud vahekohtu otsusele.¹¹² Tema seisukohale räägib aga vastu see sama vahekohtupraktika¹¹³ ja igal juhul ei leia see seisukoht kaugeltki üldist heakskiitu.¹¹⁴

156. Rahvusvahelises õiguses on nimelt kindlalt välja kujunenud, et rahvusvahelise lepingu sätted võivad teatud tingimustel anda isikutele õigusi.¹¹⁵ Selle kohta on mitu vahekohut¹¹⁶ nagu ka riiklikku kohut¹¹⁷ otsustanud, et kahepoolsed investeerimislepingud annavad otseselt õigusi investoritele.¹¹⁸

157. See on kindlasti nii vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 puhul, mille rikkumise vahekohus põhikohtuasjas kõne all olevas vahekohtu otsuses tuvastas, sest selles nimetatakse sõnaselgelt lepingupoolte investoreid isikutena, kellel on õigus õiglasele ja võrdsele kohtlemisele ning enamsoodustusrežiimile.

158. Lisaks on nimetatud kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikes 6 osutatud vaidlustele kohaldatav õigus¹¹⁹ erinev selle kahepoolse investeerimislepingu poolteks olevate riikide vahelistele vaidlustele artikli 10 lõike 7 kohaselt kohaldatavast õigusest.¹²⁰

112 Vt Loewen Group & Raymond L. Loewen vs. Ameerika Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/98/3) kohtuotsus, 26.6.2003, punkt 233, ja Archer Daniels Midland Company ja Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/04/05) kohtuotsus, 21.11.2007, punkt 178.

113 Vt Loewen Group & Raymond L. Loewen vs. Ameerika Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/98/3) kohtuotsus, 26.6.2003, punkt 223, kus vahekohus nõustus, et Põhja-Ameerika vabakaubanduslepingu (NAFTA) 11. peatükk on rahvusvahelise õiguse järkjärguline areng, kuna see võimaldab investoril seista oma enda õiguste eest ja esitada oma enda nõue rahvusvahelisele vahekohtule (*Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration*).

114 Vt Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, lk 17-38.

115 Lisaks ELTL ja EIÕK näitele nimetan ära 24. aprilli 1963. aasta Viini konventsiooni konsulaarsuhete kohta. Vt selle kohta kohtuotsus, 27.6.2001, kohtuasi LaGrand (Saksamaa vs. Ameerika Ühendriigid), CIJ, Kogumik 2001, lk 466, punkt 78.

116 Vt selle kohta American Manufacturing & Trading Inc. vs. Zairi Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/93/1) kohtuotsus, 21.2.1997, punkt 6.06; CMS Gas Transmission Company vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/01/8), kohtu otsus, 17.7.2003, erandite kohta tema pädevusest, punkt 45; Corn Products International, Inc. vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)04/01) kohtuotsus, 15.1.2008, punktid 174-176; Cargill Inc. vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)05/2) kohtuotsus, 18.9.2009, punktid 424-426, ja European American Investment Bank AG vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2010-17) kohtuotsus, 22.10.2012, kohtualluvuse kohta, punkt 445. Vt selle kohta ka Burdeau, G., „Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'État“, 1995, *Revue de l'arbitrage*, lk 3-12; Paulsson, J., „Arbitration Without Privity“, 1995, kd 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, lk 232-256; Wälde, T., „Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty“, 1996, *Arbitration International*, lk 429, lk 435-437, ja Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, lk 32-38.

117 Vt Occidental Exploration & Production Company vs Republic of Ecuador [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, punkt 22, kus Court of Appeal (England & Wales) [Apellatsioonikohus (Inglismaa ja Wales), Ühendkuningriigid] nimetab kohtuotsuse, 26.6.2003, vahekohtuasjas Loewen Group & Raymond L. Loewen vs. Ameerika Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/98/3) punkti 233 „vaidlust tekitavaks“, lisades, et ta ei jagaks selle kohtuotsuse tõlgendust, et kahepoolsed investeerimislepingud ei anna õigusi mitte investoritele, vaid nende päritoluriigile.

118 Kahepoolsed investeerimislepingud sisaldavad küll süstemaatiliselt vahekohtuklausleid lepinguosaliste riikide vaidluste kohta (vt käesoleval juhul Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikkel 10). Minu teada aga ei ole niisugust vahekohtumenetlust riikide vahel alates esimese kahepoolse investeerimislepingu allkirjastamist 1959. aastal kunagi toimunud. See on kindlasti nii liikmesriikidevaheliste kahepoolsete investeerimislepingute puhul.

119 See säte näeb ette, et „[v]ahekohus mõistab õigust õigusnormide alusel, võttes arvesse eelkõige, aga mitte ainult: asjaomase lepingupoolte kehtivat õigust; käesoleva lepingu sätteid ja kõiki muid lepingupoolte vahelisi asjassepuutuvaid kokkuleppeid; investeerimist käsitlevate erilepingute sätteid; ja rahvusvahelise õiguse üldpõhimõtteid“.

120 „Kohus teeb otsuse käesoleva lepingu, lepingupoolte vahel sõlmitud teiste asjassepuutuvate kokkulepete, rahvusvahelise õiguse üldpõhimõtte ja õiguse üldnormide alusel, mida kohus peab kohaldatavaks. Eelmised sätted ei piira kohtu õigust teha poolte nõusolekul otsus ex aequo et bono“ (*The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree*).

159. Järeldan eespool märgitust, et investori ja liikmesriigi vaheline vaidlus, millele viidatakse kahepoolse investeerimislepingu artiklis 8, ei kuulu ELTL artikli 344 kohaldamisalasse, mistõttu ei ole tarvidust arutada küsimust, kas niisugune vaidlus „käsitleb [EL ja ELT] lepingute tõlgendamist või kohaldamist“. Juhuks kui Euroopa Kohus minu järeldusega esimese punkti kohta ei nõustu, analüüsin ka seda küsimust.

2. Kas kõnealune vaidlus „käsitleb aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist“?

160. Viidates 30. mai 2006. aasta kohtuotsuse komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) punktidele 140, 149 ja 151-153, on eelotsusetaotluse esitanud kohus seisukohal, et ELTL artikli 344 rikkumisega võib tegu olla vaid siis, kui kõnealuse vahekohtu otsuse ese on liidu õigusnormide enda tõlgendamine ja kohaldamine, millega tema arvates ei ole põhikohtuasjas kõne all oleva vahekohtu otsuse puhul tegu.

161. Slovaki Vabariik, keda toetab mitu liikmesriiki ja komisjon, vaidleb eelotsusetaotluse esitanud kohtu sellele hinnangule vastu. Ta leiab, et ELTL artikkel 344 on niisugusele vaidlusele nagu Achmea ja Slovaki Vabariigi vahel kohaldatav, kuna see puudutab just ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu tõlgendamist ja kohaldamist, sealhulgas 30. mai 2006. aasta kohtuotsuse komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) tähenduses.

162. Mina nii ei arva.

163. Tõsi, oma 30. mai 2006. aasta kohtuotsuses komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) ja 18. detsembri 2014. aasta arvamuses 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga; EU:C:2014:2454) otsustas Euroopa Kohus tõesti, et vaidlused käsitlesid ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu tõlgendamist ja kohaldamist, kuigi need puudutasid rahvusvahelisi lepinguid (nimelt vastavalt 10. detsembril 1982 Montego Bay's koostatud ÜRO mereõiguse konventsiooni ja EIÖKd).

164. See oli aga nii ainult seepärast, et liit oli kõnealuse lepingu pool (ÜRO mereõiguse konventsioon) ja see leping oli seega liidu õiguse osa, või oli kavandatud tema ühinemine kõnealuse lepinguga (EIÖK), mis seega pidi saama liidu õiguse osaks.

165. Nagu Euroopa Kohus nimelt 30. mai 2006. aasta kohtuotsuse komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) punktides 126 ja 127 otsustas:

„Eelnevalt on kindlaks tehtud, et [ÜRO mereõiguse] konventsiooni sätted, mis omavad segaoksidkütusetehast käsitlevas vaidluses tähtsust, kuuluvad [liidu] pädevusse, mida viimane teostas konventsiooniga liitudes, mistõttu need sätted on lahutamatu osa [liidu] õiguskorrast.

Järelikult on käesoleval juhul tegemist vaidlusega, mis käsitleb [ELTLi] tõlgendamist või kohaldamist [ELTL artikli 344] tähenduses.“

166. Samamoodi otsustas Euroopa Kohus 18. detsembri 2014. aasta arvamuses 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga; EU:C:2014:2454), et „EIÖK [oleks] liidu õiguse lahutamatu osa. Järelikult, kui tegemist on liidu õigusega, on Euroopa Kohtul ainupädevus lahendada liikmesriikidevahelisi ning liikmesriikide ja liidu vahelisi mis tahes vaidlusi konventsiooni järgimise küsimuses“. Selle alusel otsustas Euroopa Kohus, et liidu ühinemine EIÖKga võis ELTL artiklit 344 mõjutada.¹²¹

121 Vt arvamuse punktid 205-214.

167. Vastupidiselt aga lepingutele, mida käsitleti kohtuasjades, milles tehti 30. mai 2006. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) ja anti 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga; EU:C:2014:2454), ei ole liit nimetatud kahepoolse investeerimislepingu osa, mis seega ei ole liidu õiguse osa, mis on nendes kahes Euroopa Kohtu otsuses kindlaks määratud kriteerium.

168. Järelikult ei ole ELTL artikliga 344 tagatud Euroopa Kohtu ainupädevus kahtluse alla seatud.

169. Seda järeldust ei mõjuta komisjoni argument, et liidu õigus on nimetatud kahepoolse investeerimislepingu poolteks olevate investorite ja riikide vahelistele vaidlustele kohaldatava õiguse osa ja et käesoleval juhul oli Achmea tuginenud liidu õiguse rikkumisele vahekohtumenetluses.

170. Selle kohta otsustas käesolevas kohtuasjas kõne all olev vahekohus, et „[k]augel sellest, et kohtul ei oleks lubatud võtta arvesse ja kohaldada liidu õigust, ta [oli kohustatud] seda kohaldama, kuna see [oli] osa kohaldatavast õigusest vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8, Saksa õigusele või muul alusel“.¹²² Ta lisas, et Euroopa Kohtul on „liidu õiguse lõpliku ja autoriteetse tõlgendamise monopol“.¹²³

171. Lisan, et vastavalt selle kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtul võib vaja olla kohaldada ka liidu õigust vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 lõikele 5, mis näeb muu hulgas ette, et kui poolte vahel edaspidi sõlmitavad lepingud¹²⁴ sisaldavad üld- või erieeskirju, millega nähakse teise lepingupoolse investorite investeeringutele ette soodsam kohtlemine, kui on ette nähtud nimetatud kahepoolse investeerimislepinguga, siis on need eeskirjad viimase suhtes esimuslikud ulatuses, milles need on soodsamad.¹²⁵

172. Peale selle on ELi leping ja ELi toimimise leping igal juhul osa õigusnormidest, mida vahekohtud peaksid arvesse võtma, isegi niisuguse sätte nagu kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõige 6 puudumisel, sest see kohustus tuleneb igal juhul Viini konventsiooni artikli 31 lõike 3 punktidest a ja c.¹²⁶

173. Asjaolu, et liidu õigus on vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikele 6 investorite ja riikide vahelistele vaidlustele kohaldatava õiguse osa, ei tähenda aga, et need vaidlused käsitlevad ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu tõlgendamist ja kohaldamist, ja seda kahel põhjusel: esiteks piirduv vahekohtu pädevus selle kahepoolse investeerimislepingu rikkumiste üle otsustamisega ja teiseks ei ole selle kahepoolse investeerimislepingu ja sellega kehtestatud õigusnormide kohaldamisala sama mis ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul.

122 Achmea BV (varem Eureko BV) *vs.* Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, 26.10.2010, punkt 281 („*Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise*“). Vt selle kohta ka Isolux Infrastructure Netherlands B.V. *vs.* Hispaania Kuningriik (CCS kohtuasi V 2013/153), kohtuotsus, 12.7.2016, punkt 654.

123 Achmea BV (varem Eureko BV) *vs.* Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, 26.10.2010, punkt 282 („*What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law*“).

124 Nagu EL leping ja EL toimimise leping.

125 Vt sellega seoses sarnase sätte kohta (energiaharta lepingu artikli 16 lõige 2) Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg Sàrl *vs.* Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/36) kohtuotsus, 4.5.2017, punkt 202.

126 Selle sätte kohaselt tuleb lepingu tõlgendamisel arvesse võtta kõiki pooltevahelisi hilisemaid kokkuleppeid lepingu tõlgendamise või selle sätete (käesoleval juhul EL leping ja EL toimimise leping) kohaldamise kohta ja kõiki asjassepuutuvaid pooltevahelistes suhetes kohaldatava rahvusvahelise õiguse eeskirju (käesoleval juhul liidu õigus).

a) Vahekohtu pädevus piirdub kahepoolse investeerimislepingu rikkumiste üle otsustamisega

174. Nagu kõne all olev vahekohus käesolevas kohtuasjas otsustas, piirdus tema „pädevus [...] kahepoolse investeerimislepingu väidetavate rikkumiste üle otsustamisega. Kohtu pädevuses ei ole otsustada väidetavate liidu õiguse rikkumiste endi üle“.¹²⁷

175. Kohtu ülesanne ei ole nimelt kindlaks teha, kas liikmesriik oma teguviisiga, mille investor vaidlustab, rikkus oma ELi lepingust ja ELi toimimise lepingust või üldisemalt liidu õigusest tulenevaid kohustusi. Tema ülesanne on vastupidi tuvastada selle kahepoolse investeerimislepingu rikkumisi investeeringut vastuvõtva riigi poolt, kusjuures liidu õigus on üks asjassepuutuvaid asjaolusid, mida tuleb arvesse võtta, et hinnata riigi teguviisi selle kahepoolse investeerimislepingu seisukohast.¹²⁸

176. Selles mõttes võib nimelt „[l]iidu õigus käesolevas kohtuasjas kõne all olevast kahepoolsest investeerimislepingust tulenevate õiguste ja kohustuste ulatust mõjutada, tulenevalt sellest, et see on osa kohaldatavast õigusest vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikele 6 ja Saksa õigusele, mis on *lex loci arbitri*“.¹²⁹

177. Seda arvestades ei ole liidu õigusel Achmea ja Slovaki Vabariigi vahelise vaidluse sisulistele küsimustele mingit mõju. Põhikohtuasjas kõne all olevas kohtuasjas tehtud kahest vahekohtu otsustest ei nähtu nimelt, et Achmea oleks vahekohtus tuginenud liidu õiguse aktidele nende tõlgendamiseks ja kohaldamiseks menetluses, milles palutaks tuvastada nimetatud aktide sätete rikkumist Slovaki Vabariigi poolt.¹³⁰ Vastupidi, Achmea väitis, et Slovaki Vabariigi ravikindlustussektoris võetud seadusandlikud meetmed¹³¹, mille päritolu ega alus ei olnud mingil moel liidu õigus, rikkusid selle kahepoolse investeerimislepingu artikleid 3–5.

178. Lisaks, nagu vahekohus otsustas, ei tuginenud Achmea ega Slovaki Vabariik liidu õigusnormidele, mis oleksid võinud mõjutada kohtu arutluskäiku või otsust nende vaidluse sisulistes küsimustes. Tema otsusel ei saa seega olla mingit mõju liidu õiguse küsimustele.¹³²

b) Kahepoolse investeerimislepingu ja sellega kehtestatud õigusnormide kohaldamisala ei ole sama, mis ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul

179. Komisjoni seisukoht, nagu ta seda avaldas oma kirjalikes seisukohtades¹³³ ja kohtuistungil, põhineb eeldusel, et liidu õigus annab investoritele – nimelt põhivabaduste ja Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) kaudu – investeeringute alal täieliku kaitse.

127 Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, 26.10.2010, punkt 290 („the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such“). Vt selle kohta ka Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. Hispaania Kuningriik (CCS kohtuasi V 2013/153), kohtuotsus, 12.7.2016, punkt 651.

128 Vt eelkõige Emilio Agustín Maffezini vs. Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/97/7) kohtuotsus, 13.11.2000, punktid 65-71, kus investor väitis, et Hispaania Kuningriik oli rikkunud kohustust tagada tema investeeringule õiglane ja võrdne kohtlemine. Tema hinnangul oli tema investeeringuga kaasnenud lisakulusid keskkonnamõju hindamise kujul. Vahekohus tuletas meelde, et sellise mõjuhindamise tegemise kohustus tulenes liidu õigusest ja et Hispaania Kuningriik oli üksnes kindlustanud, et seda kohustust täidetakse. Ta jättis investori nõude selles osas seega rahuldamata.

129 Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 279 („EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the *lex loci arbitri*“). Igal juhul ei näe ma, miks peaks vahekohtutele ära keelama liidu õiguse arvessevõtmise, kuna see keeld võtaks neilt võimaluse tõlgendada vajaduse korral kahepoolset investeerimislepingut kooskõlas liidu õigusega, et vältida vastuolu sellega.

130 Vastupidi, nagu nähtub kohtuotsuse, 30.5.2006, komisjon vs. Iirimaa (C-459/03, EU:C:2006:345) punktist 151, „Iirimaa [oli] esita[nud] ühenduse õigusaktid vahekohtule selleks, et neid tõlgendataks ja kohaldataks menetluse raames, mille eesmärk on tuvastada, et Ühendkuningriik on neid õigusakte rikkunud“.

131 Vt käesoleva ettepaneku punkt 24.

132 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) lõplik otsus, 7.12.2012, punktid 275 ja 276.

133 Vt tema kirjalike seisukohtade punktid 13, 18, 57, 101 ja 130.

180. Ma ei tea, mida komisjon sõnadega „täielik kaitse“ silmas peab, aga selle kahepoolse investeerimislepingu võrdlemine ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga näitab, et kahe viimasega investeeringutele tagatud kaitse ei ole veel kaugeltki täielik. Minu arvates kehtestavad liidusisesed kahepoolsed investeerimislepingud ja konkreetsemalt põhikohtuasjas kõne all olev kahepoolne investeerimisleping õigused ja kohustused, mis ei korda liidu õigusega pakutud piiriüleste investeeringute kaitsetagatise ega räägi neile vastu.¹³⁴

181. Põhikohtuasjas kõne all olevat kahepoolset investeerimislepingut saab analüüsida kolmest perspektiivist. Esiteks on selle kohaldamisala laiem kui ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul (1). Teiseks, mõnele selle investeerimislepinguga kehtestatud õigusnormile liidu õiguses vastet ei ole (2). Kolmandaks kattuvad mõned nendest normidest osaliselt liidu õigusega, andmata siiski ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus olevaid tulemusi (3).

182. Enne selle analüüsi tegemist nimetan peamised selles kahepoolses investeerimislepingus sisalduvad õigusnormid:

- investeeringu seaduslikkuse põhimõte¹³⁵ (artikkel 2);
- õiglane ja võrdne kohtlemine (artikli 3 lõige 1);
- täielik ja terviklik kaitse ja kindlus (artikli 3 lõige 2);
- enamsoodustusrežiimi klausel (artikli 3 lõiked 2 ja 3);
- lepinguliste kohustuste täitmise klausel, nn *umbrella clause*¹³⁶ (artikli 3 lõige 4);
- maksete vaba ülekandmine (artikkel 4);
 - ebaseaduslike sundvõõrandamiste keeld (artikkel 5);
 - hüvitamine sõja, relvastatud konflikti, hädaolukorra või muude erakorraliste asjaolude korral (artikkel 6);
 - investori õiguste üleminek kindlustusandjale mittekaubanduslike riskide kindlustuse puhul (artikkel 7);
 - vaidluste lahendamise mehhanism (artikkel 8);
 - riikidevaheliste vaidluste lahendamise mehhanism (artikkel 10) ja

¹³⁴ Vt selle kohta ka *Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* (CCSi kohtuasi nr 088/2004) osaline kohtuotsus, 27.3.2007, punktid 159-172; *Rupert Joseph Binder vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* kohtuotsus, 6.6.2007, kohtualluvuse kohta, punkt 63; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* otsus, 30.4.2010, kohtualluvuse kohta, punktid 74-79; *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punktid 245-267; *European American Investment Bank AG vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2010-17) kohtuotsus, 22.10.2012, kohtualluvuse kohta, punktid 178-185; *WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017, punktid 298-308; *Anglia Auto Accessories Limited vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2014/181)* lõplik otsus, 10.3.2017, punktid 115 ja 116; *I.P. Busta jat J.P. Busta vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2015/014)* lõplik otsus, 10.3.2017, punktid 115 ja 116.

¹³⁵ Selle põhimõtte kohaselt tagab kahepoolne investeerimisleping investorile kaitse ainult investeeringu jaoks, mis vastab vastuvõtva riigi õigusele investeeringu tegemise ajal. Vt eelkõige *Salini Costruttori SpA ja Italstrade SpA vs. Maroko Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/00/4)* kohtuotsus, 31.7.2001, kohtualluvuse kohta, punkt 46, ja *Tokios Tokelés vs. Ukraina (ICSID vahekohtuasi nr ARB/02/18)* kohtuotsus, 29.6.2004, kohtualluvuse kohta, punkt 84.

¹³⁶ Riigi ja välisinvestori vahel sõlmitud lepingu rikkumine ei kujuta endast iseenesest rahvusvahelise õiguse rikkumist. Lepinguliste kohustuste täitmise klausliga, millele investeeringuid vastuvõttev riik on kahepoolse investeerimislepingu teise osalisriigi investorite suhtes alla kirjutanud, lisatakse seega kahepoolsesse investeerimislepingusse kohustus neid kohustusi täita. Järelikult, kui investorid leiavad, et neid kohustusi on rikutud, võivad nad kasutada kahepoolse investeerimislepinguga antud kaitset, sealhulgas nimelt õigust kasutada rahvusvahelist vahekohut, mis oleks ilma kohustuste täitmise klauslita olnud võimatu, kuna rahvusvaheline õigus seda kohustust ei kehtesta.

- aegumisklausel, nn *sunset*¹³⁷ (artikli 13 lõige 3).

1) Kahepoolse investeerimislepingu kohaldamisala on laiem kui ELi lepingul ja ELi toimimise lepingul

183. Kui sõnaselgeid piiranguid ei ole sätestatud, hõlmavad kahepoolsed investeerimislepingud riigi kogu tegevust või tegevusetust, millel on mõju välisinvestorile ja tema investeeringule. Selles suhtes on need kohaldatavad olukordadele, mis ei kuulu ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu kohaldamisalasse.

184. Parimaks näiteks on mehhanism, mis tagab euroala, karistusõiguse ja otsese maksustamise stabiilsuse.

185. Pean nii silmas liidusiseste kahepoolsete investeerimislepingute alusel algatatud vahekohtumenetlusi, mida nimetasid kohtuistungil Kreeka Vabariik ja Küprose Vabariik seoses meetmetega, mida nad on võtnud kooskõlas oma finantsabirahastu nõuetele vastavuse tingimustega, mis on kehtestatud lepinguprotokollides ja muudes läbirääkimiste teel kokkulepitud aktides Euroopa stabiilsusmehhanismi asutamislepingu (ESM) raames või enne ESMi kehtinud korras (nimelt Euroopa finantsstabiilsusvahend (EFSF)). Need meetmed kuuluvad kas ESMi alla või liikmesriikide pädevusse, aga mitte ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu kohaldamisalasse¹³⁸, mille raames isikud ei saa neid vaidlustada nende vastuolu alusel liidu õigusega.

186. Selles suhtes algatati Kreeka valitsuse võetud meetmete suhtes, mida tuntakse ingliskeelse nimetusega „Private Sector Involvement“ (erasektori kaasamine, edaspidi „PSI“), mis seisnesid sisuliselt selle valitsuse emiteeritud võlakirjade ühepoolset ja tagasiulatavalt äravõtmises mõne nende omaniku tahte vastaselt, vahekohtumenetlus ühelt poolt Slovaki investori ja Küprose investori ning teiselt poolt Kreeka Vabariigi vahel.¹³⁹ Nende investorite sõnul kujutas nende „sunniviisiline“ osalemine PSIga ette nähtud võlakirjade äravõtmises kaudset sundvõõrandamist ning ebaõiglast ja ebavõrdset kohtlemist, mis on vastuolus Kreeka ja Tšehhoslovakkia ning Kreeka ja Küprose kahepoolsete investeerimislepingutega.

187. PSI oli läbirääkimiste teel kokku lepitud Kreeka valitsuse ja „troika“ (komisjon, EKP ja Rahvusvaheline Valuutafond (IMF)) vahel ning seejärel Eurorühma poolt heaks kiidetud.¹⁴⁰ Nagu Euroopa Kohus otsustas, toimus komisjoni ja EKP troikas osalemine väljaspool ELi lepingut ja ELi toimimise lepingut ja Eurorühm ei ole liidu organ.¹⁴¹ Kahepoolsetes investeerimislepingutes niisugust piirangut ei ole. Need on kohaldatavad kõikidele riigi tegudele.

188. Sama kehtib kapitali kontrollimeetmete kohta, mille kehtestas Küprose Vabariik panganduskriisi ajal ja mille kohta algatati vahekohtumenetlus Theodoros Adamakopoulos jt vs. Küprose Vabariik (kohtuasi ICSID nr ARB/15/49). Kohtuistungil tunnistas Küprose valitsus, et ta oli ise need meetmed võtnud ELTL artikli 65 lõike 1 alusel, mis lubab ja seega ei kohusta liikmesriike kehtestama kapitali vabale liikumisele piiranguid.

137 Selle klausli kohaselt on kahepoolse investeerimislepingu kehtivuse ajal tehtud investeeringutele selle lepinguga tagatud materiaalõiguslik kaitse jätkuvalt tagatud ka siis, kui leping ei ole enam kehtiv, ja seda lepingus sätestatud täiendavaks ajaks. Seda aega hakatakse arvestama alates kahepoolse investeerimislepingu lõppemise kuupäevast.

138 Euroopa Kohtu praktikas on sedastatud, et kuigi liikmesriikidele kehtestatud erimeetmed, millest sõltub finantsabi, mida nad on ESMi lepingu raames taotlenud, peavad järgima liidu õigust, ei reguleeri neid see õigus. Vt selle kohta kohtuotsused, 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punktid 151, 164, 179 ja 180) ja 20.9.2016, Mallis jt vs. komisjon ja EKP (C-105/15 P à C-109/15 P, EU:C:2016:702, eelkõige punktid 59 ja 61). Nimelt on Euroopa stabiilsusmehhanismi (ESM) nimel komisjoni ja Euroopa Keskpannga (EKP) poolt alla kirjutatud vastastikuse mõistmise protokoll ESMi akt ega kuulu sellisena liidu kohtute poolse seaduslikkuse kontrolli alla. Järeldust, et neid meetmeid ei reguleeri liidu õigus, ei mõjuta siiski võimalus esitada liidu vastu hüvitise nõue, kuna komisjon ja EKP on sellele protokollile alla kirjutanud, mis võib olla nende poolt liidu õiguse selge rikkumine, mis on tekitanud kahju. Vt selle kohta kohtuotsus, 20.9.2016, Ledra Advertising jt vs. komisjon ja EKP (C-8/15 P-C-10/15 P, EU:C:2016:701, punktid 52-55).

139 Vt Poštová banka, a.s. ja Istrokapital SE vs. Kreeka Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/8) kohtuotsus, 9.4.2015, punktid 60-76.

140 Vt eurorühma pressiavaldus, 21.2.2012.

141 Vt kohtuotsused, 20.9.2016, Ledra Advertising jt vs. komisjon ja EKP (C-8/15 P - C-10/15 P, EU:C:2016:701, punkt 52) ja 20.9.2016, Mallis jt vs. komisjon ja EKP (C-105/15 P - C-109/15 P, EU:C:2016:702, punktid 52-61).

189. Nagu EKP president märkis, siis isegi kui nende meetmete võtmist võib sallida kapitali vaba liikumise piiranguna ELTL artikli 65 lõike 1 alusel, on tegu ikkagi „Küprose parlamendi, Küprose valitsuse ja/või Küprose Keskpanga võetud *ühepoolsete ja iseseisvate* liikmesriigi meetmetega [...]“.¹⁴² Kuigi liikmesriigid peavad oma pädevusi teostama viisil, mis ei riku liidu õigust, võib kahepoolne investeerimisleping pakkuda investoritele tarvilikku kaitset seal, kus liikmesriikide ainupädevusse kuuluvad meetmed tekitavad neile kahju, häirimata seejuures siiski liidu õigust.

190. Samamoodi hõlmasid ESMi raames kokku lepitud ja eurorühma poolt heaks kiidetud Küprose pangandussektori saneerimismeetmed panga Laiki tegevuse lõpetamist, selle jagamist rämpspangaks ja toimivaks pangaks ning viimase ühendamist pangaga Trapeza Kyprou.¹⁴³ Laiki suhtes võttis meetmeid ka Küprose valitsus, mis tema aktsionäri Marfin Investment Group hinnangul tõid kaasa Küprose Vabariigi osaluse suurenemise Laiki kapitalis tema kahjuks. Marfin Investment Groupi nimetatud Laiki juhtide suhtes algatati kriminaalmenetlused ning Marfin Investment Groupi ja tema juhtide vara ajutiselt arestiti. Kuna Marfin Investment Group leidis, et nende meetmetega sundvõõrandati kaudselt tema investering Laiki pank ja koheldi teda vastuolus Kreeka ja Küprose kahepoolse investeerimislepinguga meelevaldselt ja diskrimineerivalt, algatas ta Küprose Vabariigi vastu vahekohtumenetluse.¹⁴⁴

191. On ilmne, et selles vahekohtuasjas kõne all olev vaidlus ei kuulu selle kriminaalosas ega saneerimisosas samuti ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu kohaldamisalasse. Kohtuistungil heitis Küprose valitsus vahekohtule ette, et see oli talle andnud korralduse „mitte väljastada ja mitte täita teatavaid Euroopa vahistamismääruseid“ teatavate Kreeka kodanike suhtes, isegi kui selle eesmärk oli võimaldada neil osaleda tunnistajatena vahekohtu kohtuistungitel.

192. Nagu aga nähtub Küprose Vabariigi õigustalituse väljastatud pressiteatest, kuulub otsus niisugused vahistamismäärused väljastada või mitte liikmesriikide ainupädevusse. Ma ei näe seega, kuidas oleks vahekohtu otsus saanud Küprose Vabariigil takistada täita oma kohustusi, mis tulenevad nõukogu 13. juuni 2002. aasta raamotsusest 2002/584/JSK Euroopa vahistamismääruse ja liikmesriikidevahelise üleandmiskorra kohta¹⁴⁵, mille eesmärk on sisuliselt liikmesriigi (käesoleval juhul Küprose Vabariigi) väljastatud vahistamismääruste täitmine teistes liikmesriikides ning asjaomaste isikute üleandmismenetluste korraldamine. Mis puutub vahistamismääruste täitmise peatamise, siis see raamotsus ei sisalda sätteid määruste täitmiseks nende väljaandmise riigis. Selles suhtes kuulub see küsimus samuti liikmesriikide ainupädevusse. Igal juhul näib, et kõnealune vahekohus võttis Küprose peaprokuröri nõudmisel tagasi oma otsuse, millega kohustati nii asjaomaseid Kreeka kodanikke ilmuma Küprose kohtutesse, mis oligi asjaomaste Euroopa vahistamismääruste ese.¹⁴⁶

142 Vt kiri, 13.7.2015, mille adresseeris EKP president Mario Draghi Euroopa Parlamendi liikmele Sven Giegoldile, kättesaadav EKP veebisaidil https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Kohtujuristi kursiiv.

143 Need meetmed ei kuulu liidu õiguse kohaldamisalasse. Vt kohtuotsus, 20.9.2016, Mallis jt vs. komisjon ja EKP (C-105/15 P - C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Vt pooleliolev vahekohtuasi Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos jt vs. Küprose Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/13/27). Vt ka Küprose Vabariigi õigustalituse pressiteade, kättesaadav tema pressi- ja infobüroo veebisaidil (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

145 EÜT 2002, L 190, lk 1; ELT eriväljaanne 19/06, lk 34. Raamotsuses on määratletud kuriteod, mille korral võidakse väljastada Euroopa vahistamismäärus, kuid see ei käsitle muid karistusõiguse tingimusi, mida tuleb niisuguses menetluses järgida ja mis kuuluvad vahistamismääruse teinud liikmesriigi ainupädevusse.

146 Vt pressiartikkel „Bouloutas et Foros sont comparus devant les juridictions“ ajalehe *Politis* veebisaidil <https://politix.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

193. Mis puutub otsese maksustamise valdkonda, siis on nimetatud kahepoolne investeerimisleping täiel määral kohaldatav. Nii ei ole see aga ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga, sest otsene maksustamine on liikmesriikide pädevuses, isegi kui viimased on kohustatud selle pädevuse kasutamisel järgima liidu õigust.¹⁴⁷ Põhivabadustega otsese maksustamise valdkonnas pakutav kaitse¹⁴⁸ hõlmab ainult objektiivselt sarnases olukorras olevate maksumaksjate erineva kohtlemise või erinevates olukordades olevate maksumaksjate ühtemoodi kohtlemise keeldu.¹⁴⁹

194. Kohtuistungil viitas komisjon 5. veebruari 2014. aasta kohtuotsusele *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47)*, kuigi see kohtuotsus näitab, et vastupidi komisjoni teesile ei paku liidu õigus investeringute alal „täielikku“ kaitset.¹⁵⁰ Selle kohtuotsuse punktides 23 ja 30 nähtub nimelt selgelt, et liidu õigus pakub kaitset ainult diskrimineerimise eest selles kohtuotsuses käsitletud valdkonnas, milleks on kaudne maksustamine.

195. Lisaks on vastavalt harta artikli 51 lõikele 1 selle harta sätted liikmesriikidele kohaldatavad ainult siis, kui nad rakendavad liidu õigust. Nagu Euroopa Kohus otsustas, ei ole harta sätted neile kohaldatavad, kuna kõnealuseid kaudse maksustamise meetmeid ELi toimimise lepingu või maksustamist käsitlevate direktiivide sätted ei reguleeri.¹⁵¹

196. Seevastu kahepoolsete investeerimislepingutega otsese maksustamise valdkonnas investoritele antud kaitse on ulatuslikum kui liidu õigusega antud kaitse, kuna see ei hõlma ainult diskrimineerivat maksustamisviisi, vaid ka kõiki makse, mis rikuvad õiglase ja võrdse kohtlemise, enamsoodustusrežiimi ning täieliku ja tervikliku kaitse ja kindluse tagatise ning kaitset igasuguse kaudse sundvõõrandamise eest, mis toimub maksustamise sildi alla.¹⁵²

197. Näiteks ei ole teises liikmesriigis asuva äriühingu vähemusaktsionär, kelle aktsiad otsese maksustamise teel sundvõõrandatakse¹⁵³, kaitstud ELi toimimise lepinguga tagatud põhivabadustega, sest tema osalus ei anna talle kontrolli äriühingu üle, mille suhtes võetakse sundvõõrandamisemeid, kuulumata seetõttu asutamisevabaduse alla. Lisaks, kuna maksumeetmeid võetakse ainult ühe äriühingu suhtes, on need kohaldatavad puhtalt siseriiklikus kontekstis, mis muudaks ELi toimimise lepingu kapitali vaba liikumise sätted kohaldamatuks. Kuna liidu õigusnormid ei ole kohaldatavad, ei oleks kohaldatavad ka harta ja selle artikkel 17.

147 Vt kohtuotsused, 14.2.1995, *Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punkt 21)*, 12.12.2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punkt 36)* ja 10.5.2012, *Santander Asset Management SGIIC jt (C-338/11-C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 14)*.

148 Peale harvade juhtude, kus EL toimimise leping seda ette näeb (ELTL artiklid 110-112) ja liit on vastu võtnud õigusaktid. Nimetan näiteks nõukogu direktiive 2003/49 ja 2009/133/EÜ, nõukogu 15. veebruari 2011. aasta direktiivi 2011/16/EL maksustamisalase halduskoostöö kohta ja direktiivi 77/799/EMÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT 2011, L 64, lk 1), nõukogu direktiivi 2011/96 ja nõukogu 10. novembri 2015. aasta direktiivi (EL) 2015/2060, millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2003/48/EÜ hoiuste intresside maksustamise kohta (ELT 2015, L 301, lk 1). Vt selle kohta ka kohtujuristi ettepanek, Kokott, kohtuasi C (C-122/15, EU:C:2016:65, punktid 42-50). Miski ei takistaks liidu institutsioonidel või liikmesriikidel nende pädevuste jagunemise järgi asjaomastes valdkondades kehtestada investeringute kaitseks kogu liidu territooriumil ühtset õiguslikku raamistikku, mis asendaks kahepoolsed investeerimislepingud.

149 Vt selle kohta kohtuotsused, 14.11.1995, *Svensson ja Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, punktid 12-19)*; 1.4.2014, *Felixstowe Dock and Railway Company jt (C-80/12, EU:C:2014:200, punktid 20, 21 ja 25)*; 17.7.2014, *Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punktid 19 ja 24)*; 3.2.2015, komisjon vs. Ühendkuningriik (C-172/13, EU:C:2015:50, punktid 21 ja 24) ja 24.11.2016, *SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 54)*.

150 Viidates sellele otsesest maksustamist käsitlevale kohtuotsusele, et tõendada täieliku kaitse olemasolu liidu õiguses investeringute valdkonnas, räägib komisjon iseendale vastu, sest samal ajal kaitseb ta seisukohta, et 5. juuli 2005. aasta kohtuotsus D. (C-376/03, EU:C:2005:424), mis samuti puudutab EL toimimise lepinguga keelatud diskrimineerimist otsese maksustamise alal, ei ole asjassepuutuv otsus, et hinnata, kas vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 on kooskõlas ELTL artikliga 18, kuna otsene maksustamine on liikmesriikide pädevuses. Vt käesoleva ettepaneku punkti 78.

151 Vt kohtuotsus, 2.6.2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391, punktid 28 ja 29) ja kohtumäärus, 15.4.2015, *Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, punktid 26-33)*.

152 Vt *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus*, 26.10.2010 kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 251. *Sundvõõrandamise kohta vt eelkõige Marvin Feldman vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/99/1) kohtuotsus*, 16.12.2002, punktid 101-107; *EnCana Corporation vs. Ecuadori Vabariik (UNCITRAL) kohtuotsus*, 3.2.2006, punktid 173 ja 177, ja *Occidental Petroleum Corporation ja Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuadori Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/06/11) kohtuotsus*, 5.10.2012, punkt 455.

153 Vt lähemalt nimetatud kahepoolse investeerimislepinguga ning EL lepingu ja ELT lepinguga ebaseadusliku sundvõõrandamise vastu antud kaitse võrdluse kohta käesoleva ettepaneku punktid 217-226.

198. Kuna vähemusosalus on selle kahepoolse investeerimislepingu tähenduses otsene investeering, kaitseks vähemusaktsionäri täielikult hoopis artikkel 15, mis keelab ebaseaduslikud sundvõõrandamised.¹⁵⁴

2) *Kahepoolse investeerimislepingu õigusnormid, millele liidu õiguses vastet ei ole ja mis ei ole selle õigusega vastuolus*

199. Paljudele vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu õigusnormidele liidu õiguses vastet ei ole. Tegu on enamsoodustusrežiimi klausliga, lepinguliste kohustuste täitmise klausliga, *sunset*-klausliga ja vaidluste lahendamise mehhanismiga.

i) *Enamsoodustusrežiimi klausel*

200. Kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 lõikes 2 on sätestatud põhimõte, et lepingupool annab teise poole investorite investeeringutele täieliku ja tervikliku kaitse ja kindluse, mis ei ole igal juhul nõrgem, kui on tagatud oma investorite investeeringutele või ükskõik millise teise riigi investeeringutele, olenevalt sellest, mis on asjaomasele investorile kõige soodsam.

201. Kuigi liidu õiguses enamsoodustusrežiimi tunnustatakse¹⁵⁵, ei sisalda liidu õigus enamsoodustusrežiimi klauslit, mis võimaldaks liikmesriigi kodanikele teises liikmesriigis sama kohtlemist, mille viimane tagab kolmanda liikmesriigi kodanikele kahepoolse lepingu alusel.¹⁵⁶

ii) *Lepinguliste kohustuste täitmise klausel, nn umbrella clause*

202. Kahepoolse investeerimislepingu artikli 3 lõikes 5 sätestatud lepinguliste kohustuste täitmise klausli, nn *umbrella clause*'i toimel muutub riigi poolt investori suhtes võetud lepingulise kohustuse rikkumine kahepoolse investeerimislepingu rikkumiseks. Liidu õiguses ei ole midagi samaväärset, mis muudaks lepingulise kohustuse rikkumise ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu rikkumiseks.

iii) *„Sunset“-klausel*

203. Vastupidiselt kahepoolse investeerimislepingu artikli 13 lõikele 3 ei sisalda ELi leping ja ELi toimimise leping *sunset*-klauslit. Otse vastupidi, ELL artikli 50 lõikes 3 on ette nähtud, et „[a]luslepingute kohaldamine asjaomase liikmesriigi suhtes lõpeb väljaastumislepingu jõustumise kuupäeval või lepingu puudumisel kahe aasta möödumisel lõikes 2 osutatud teatest“, kui seda tähtaega ei pikendata. Järelikult kaotavad liidu kodanikud liidu õigusega nende majandustegevusele antud kaitse liikmesriigis, kes otsustab liidust välja astuda, kohe – isegi kui nende investeeringud on tehtud ajal, millal aluslepingud selles liikmesriigis kehtisid, ja vastupidi.

iv) *Rahvusvahelise vahekohtu kasutamine vaidluste lahendamise mehhanismina*

204. Selle kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 sisaldab Madalmaade Kuningriigi ja Slovaki Vabariigi alalist pakkumist (*standing offer*) teise lepingupoole investoritele lahendada kõik vaidlused seoses nende investeeringutega rahvusvahelises vahekohtus vastavalt UNCITRALi vahekohtu reeglendamile, kusjuures vahekohtu nimetamise õigusega asutus on CCSi Vahekohtu Instituut.

154 Vt selle kohta Quasar de Valores SICAV SA jt vs. Vene Föderatsioon (CCSi kohtuasi nr 24/2007) kohtuotsus, 20.7.2012, ja RosInvestCo UK Ltd vs. Vene Föderatsioon (SCC kohtuasi nr V 079/2005) lõplik otsus, 12.9.2010, tühistatud Rootsi kohtute poolt muudel põhjustel.

155 Vt eelkõige kohtuotsus, 21.9.1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, punkt 59).

156 Vt käesoleva ettepaneku punktid 66-72.

205. Vahekohus, kellele esitati põhikohtuasjas kõne all olev vahekohtuasi, on seisukohal, et õigust pöörduda rahvusvahelisse vahekohtusse ei saa lihtsalt samastada pöördumisega riigi tavalistesse kohtutesse¹⁵⁷, arvestades et ELi lepingus ja ELi toimimise lepingus (nagu liikmesriikide õiguses) ei ole kehtestatud vaidluste lahendamise mehhanismiga võrdväärset õiguskaitsevahendit. Kuigi ELL artikli 19 lõike 1 teine lõik kohustab liikmesriike nägema ette tulemusliku õiguskaitse tagamiseks vajalikud õiguskaitsevahendid liidu õigusega hõlmatud valdkondades, ei ole ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga loodud õiguskaitsevahendeid, mis võimaldaksid õigussubjektidel algatada liikmesriikide vastu kohtuasja otse Euroopa Kohtus.¹⁵⁸ Lisaks on selle kahepoolse investeerimislepingu kohaldamisala laiem kui ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu oma ja seda lepingut kohaldatakse seega ka seal, kus ELL artikli 19 lõike 1 teisest lõigust tulenevad kohustused ei ole kohaldatavad.

206. Peale selle on vahekohtud kõige sobivam kohtualluvus kahepoolse investeerimislepingu alusel investorite ja riikide vaheliste vaidluste lahendamiseks, sest riikide kohtud seavad sageli investoritele rahvusvahelisele õigusele tuginemiseks tingimused, mida on tegelikult võimatu täita,¹⁵⁹ ja tähtajad, mis on ärielu ja mängus olevate summadega raskesti ühitatavad.

207. Järelikult, kui nimetatud kahepoolses investeerimislepingus ei oleks vaidluste lahendamise mehhanismina ette nähtud rahvusvahelist vahekohut, puuduks kogu lepingul selle kasulik mõju. Käesolevas kohtuasjas ei toonud menetluse astunud liikmesriigid ega komisjon ainsatki näidet investori kohta, kes oleks algatanud hagi riikide kohtutes vanade kahepoolsete investeerimislepingute alusel, mis nagu Saksamaa ja Kreeka ning Saksamaa ja Portugali kahepoolsed investeerimislepingudki vaidluste lahendamise mehhanismi ei sisalda.

208. Ei ole seega sugugi üllatav, et investorite õigust kasutada rahvusvahelist vahekohut on rahvusvahelises investeringute õiguses tunnustatud kui kahepoolsete investeerimislepingute kõige olulisemat sätet, sest lisaks oma menetluslikule sisule on see ka iseenesest tagatis, mis soodustab ja kaitseb investeringuid.¹⁶⁰

209. Euroopa Kohus kinnitas seda hinnangut, otsustades 16. mai 2017. aasta arvamuse 2/15 (Vabakaubandusleping Singapuriga; EU:C:2017:376) punktis 292, et vaidluste lahendamise mehhanismid „ei saa [...] olla puhtalt täiendavat laadi“.

157 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010 kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 264. Vt selle kohta ka WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017, punkt 300.

158 Vt Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (CCSi kohtuasi nr 088/2004) osaline kohtuotsus 27.3.2007, punkt 180; Rupert Joseph Binder vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) kohtuotsus kohtualluvuse kohta, 6.6.2007, punkt 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) otsus kohtualluvuse kohta, 30.4.2010, punkt 77; WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017, punkt 299; Anglia Auto Accessories Limited vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2014/181) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116; I.P. Busta ja J.P. Busta vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2015/014) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116.

159 Vt eelkõige Conseil d'État' (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu, Prantsusmaa), kohtuotsus, 21.12.2007, nr 280264, milles otsustati, et Prantsuse Vabariigi valitsuse ja Alžeeria Demokraatliku Rahvavabariigi valitsuse vahel Alžiiris 13. veebruaril 1993. aastal sõlmitud investeringute vastastikuse soodustamise ja kaitse lepingu artikli 3 sätetega kehtestati kohustused ainult kahe allkirjutanud riigi vahel ja et järelikult ei saa isikud nendele tugineda. Paralleeli võib tuua liidu aktide kehtivuse kontrolliga rahvusvahelise õiguse seisukohast. Vt selle kohta kohtuotsus, 21.12.2011, Air Transport Association of America jt (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 Vt Emilio Agustín Maffezini vs. Hispaania Kuningriik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/97/7) kohtu otsus, 25.1.2000, pädevuse puudumise vastuväidete kohta, punktid 54 ja 55; Gas Natural SDG SA vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/03/10) kohtu otsus, 17.6.2005, pädevuse puudumise vastuväidete kohta, punkt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA ja InterAguas Servicios Integrales del Agua SA vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/03/17) otsus, 16.5.2006, kohtualluvuse kohta, punkt 60; Eastern Sugar BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (CCSi kohtuasi nr 088/2004) osaline kohtuotsus, 27.3.2007, punktid 165 ja 166; Rupert Joseph Binder vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) kohtuotsus, 6.6.2007, kohtualluvuse kohta, punkt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) otsus, 30.4.2010, kohtualluvuse kohta, punktid 77 ja 78; Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 264; WNC Factoring Ltd vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2014-34) kohtuotsus, 22.2.2017, punkt 300; Anglia Auto Accessories Limited vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2014/181) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116; ja I. P. Busta ja J. P. Busta vs. Tšehhi Vabariik (CCSi kohtuasi V 2015/014) lõplik otsus, 10.3.2017, punkt 116.

3) *Kahepoolse investeerimislepingu teised sätted kattuvad teatavate ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu sätetega vaid osaliselt*

210. Mis puutub teistesse investeeringute materiaalõigusliku kaitse normidesse, see tähendab investeeringute täielik ja terviklik kaitse ja kindlus, õiglane ja võrdne kohtlemine ning ebaseaduslike sundvõõrandamiste keeld, siis tuleb rõhutada, et need kattuvad liidu õigusega vaid osaliselt, tekitamata siiski viimasega vastuolu. Vastupidi, samamoodi nagu põhivabadused, soodustavad ka need normid kapitali liikumist liikmesriikide vahel. Need on *a priori* siseturuga kooskõlas.

i) *Täielik ja terviklik investeeringute kaitse ja kindlus*

211. See õigusnorm paneb riigile positiivse kohustuse võtta meetmed investeeringute kaitsmiseks, mis hõlmab investori ja tema investeeringu füüsilist kaitset vägivallaaktide vastu, mida võivad toime panna isikud¹⁶¹ või riigi organid,¹⁶² ning õiguskaitset¹⁶³ investorile ja tema investeeringule.¹⁶⁴

212. Sellele otseselt vastavat õigusnormi liidu õiguses ei ole.¹⁶⁵ Kindlasti võivad põhivabadused olla kohaldatavad samadel faktilistel asjaoludel nagu täieliku ja tervikliku kaitse ja kindluse tagatis, kuna neil on otsene vertikaalne ja horisontaalne mõju.¹⁶⁶ Sellegipoolest on sisu erinev, sest tegu on investori füüsilise kaitse või õiguskaitsega, mis hõlmab riigi kohustust tagada, et välisinvestoritega kokku lepitud investeeringute kaitse- ja kindlusetaset kas tema seaduste muutmise või siis tema valitsuse tegevusega ei kaotataks ega vähendataks.¹⁶⁷ Midagi nii spetsiifilist liidu õiguses ei leidu.

161 Vt eelkõige *Wena Hotels Ltd vs. Egiptuse Araabia Vabariik* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/98/4) kohtuotsus, 8.12.2000, punkt 84, ja *Técnicas Medioambientales TECMED SA vs. Mehhiko Ühendriigid* (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/00/2) kohtuotsus, 29.5.2003, punktid 175-177.

162 Vt eelkõige *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs. Tansaania Ühendvabariik* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/22) kohtuotsus, 24.7.2008, punkt 730, ja *Eureko BV vs. Poola Vabariik* (Arbitrage *ad hoc*), osaline kohtuotsus, 19.8.2005, punktid 236 ja 237.

163 Vt *CME Czech Republic BV vs. Tšehhi Vabariik* (UNCITRAL) osaline kohtuotsus, 13.9.2001, punkt 613, ja *Compañía de Aguas del Aconquija SA ja Vivendi Universal SA vs. Argentina Vabariik* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/97/3) kohtuotsus, 20.8.2007, punktid 7.4.15 ja 7.4.16.

164 Vt täielikumaks analüüsiks Schreuer, C., „Full Protection and Security“, 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, lk 1.

165 Vt *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik* (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 260.

166 Vt eelkõige kohtuotsus, 11.12.2007, *International Transport Workers' Federation ja Finnish Seamen's Union* (C-438/05, EU:C:2007:772, punktid 56-59, 62 ja 66). Sama kehtib määruste, aga mitte direktiivide kohta.

167 Vt *Saluka Investments BV vs. Tšehhi Vabariik* (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2001-04) osaline kohtuotsus, 17.3.2006, punkt 484.

ii) Investeeringute õiglane ja võrdne kohtlemine

213. Investeeringute õiglane ja võrdne kohtlemine on lai mõiste, mis hõlmab õigust õiglasele kohtumõistmisele ning hea usu, diskrimineerimiskeelu¹⁶⁸ ja proportsionaalsuse¹⁶⁹ põhitagatise, nagu ka niisuguseid mõisteid nagu läbipaistvus, üheselt mõistetavus, meelevaldselt kohtlemise keeld, õiguspärase ootuse kaitse ning kaitse sunni ja ahistamise eest.¹⁷⁰ Lõppkokkuvõttes kaitseb õiglane ja võrdne kohtlemine investorit õigusemõistmisest keeldumise eest¹⁷¹ riigi kohtute poolt.¹⁷²

214. Ühised puutepunktid paljude liidu õiguse põhimõtetega, nagu diskrimineerimiskeelu, proportsionaalsuse ja õiguspärase ootuse kaitse põhimõtted ning õigused heale haldusele, tõhusale kohtulikule kaitsele ja erapooletule kohtule, on ilmsed.

215. Need liidu õigusnormid aga – isegi tervikuna võttes – ei tähenda, et liidu õiguses tuntaks õiglase ja võrdse kohtlemise põhimõtet kui sellist. Näiteks, nagu on mitu vahekohut otsustanud, võib kohtlemine olla ebaõiglane ja ebavõrdne, isegi kui see on ette nähtud kõigile ettevõtjatele nende koda- või riikkondsusest või muudest tunnusoontest olenemata¹⁷³, nagu kindlasummaline ettevõtte tulumaks. Tuleks rõhutada, et põhikohtuasjas kõne all olevas vahekohtumenetluses nõustus Slovaki Vabariik, et niisugune maks võiks olla vastuolus kahepoolse investeerimislepingus nõutava õiglase ja võrdse kohtlemisega, olemata samas vastuolus liidu õigusega.¹⁷⁴

216. Üks teine näide on kaitse õigusemõistmisest keeldumise eest, mis hõlmab ka siseriikliku õiguse selgelt ja pahatahtlikult vääralt kohaldamist. Liidu õigus sellega võrreldavat kaitset ei paku, sest liidu kohtud ei ole pädevad tõlgendama liikmesriikide õigust.

168 Mõiste „diskrimineerimine“ on rahvusvahelises investeeringute õiguses samasugune nagu liidu õiguses selle poolest, et sellega peetakse silmas investori ebasoodsat kohtlemist, mis ei ole mõistlikult põhjendatud. Vt selle kohta *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, kohtuotsus, CIJ Recueil 1989, lk 15, punkt 122; *Saluka Investments BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2001-04) osaline kohtuotsus 17.3.2006, punkt 460, ja *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. Tansaania Ühendvabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/22)* kohtuotsus, 24.7.2008, punkt 695.

169 Vt *MTD Equity Sdn. Bhd. ja MTD Chile SA vs. Tšiili Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/01/7)*, kohtuotsus, 25.5.2004, punkt 109; *Saluka Investments BV vs. Tšehhi Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2001-04) osaline kohtuotsus, 17.3.2006, punktid 303 ja 460; *Plama Consortium Limited vs. Bulgaaria Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/03/24)* kohtuotsus, 27.8.2008, punkt 184, ja *EDF (Services) Limited vs. Rumeenia (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/13)* kohtuotsus, 8.10.2009, punkt 303.

170 Vt *Técnicas Medioambientales TECMED SA vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/00/2)* kohtuotsus, 29.5.2003, punkt 154, *Waguih Elie George Siag ja Clorinda Vecchi vs. Egiptuse Araabia Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/15)*, kohtuotsus, 1.6.2009, punkt 450, ja *Rumeli Telekom A.S. ja Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kasahstani Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/16)*, kohtuotsus, 29.7.2008, punkt 609. Vt selle kohta ka Dolzer, M., ja Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lk 133-149; Yannaca-Small, K., „Fair and equitable Treatment Standard“, avaldatud teoses Yannaca-Small, K. (toim), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, lk 385, lk 393-410. Vt ka arvamus 2/15 (Vabakaubandusleping Singapuri), 16.5.2017 (EU:C:2017:376, punkt 89).

171 Mõiste „õigusemõistmisest keeldumine“ hõlmab rahvusvahelises õiguses riigi kohustust mitte korraldada õigusemõistmist ilmselgelt ebaõiglaselt. Vt selle kohta Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, lk 67. Selle kohustuse rikkumisega on tegu siis, kui näiteks riigi kohtud keelduvad kohtuasja menetluse võtmast, kui nad viivitavad sellega ebamõistlikult kaua, kui õigust mõistetakse selgelt ebaadekvaatselt või kui siseriikliku õigust kohaldatakse koguni selgelt ja pahatahtlikult vääralt. Vt Robert Azinian jt vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/97/2) kohtuotsus, 1.11.1999, punktid 102 ja 103.

172 Vt *Rumeli Telekom A.S. ja Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kasahstani Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/05/16)*, kohtuotsus, 29.7.2008, punkt 651, ja *Victor Pey Casado ja President Allende Foundation vs. Tšiili Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/98/2)* kohtuotsus, 8.5.2008, punktid 653-657. Vt selle kohta ka McLachlan, C., Shore, L., ja Weiniger, M., *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, lk 227.

173 Vt *S.D. Myers Inc. vs. Kanada (UNCITRAL)* osaline kohtuotsus, 13.11.2000, punkt 259; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., ja LG&E International, Inc vs. Argentina Vabariik (ICSID vahekohtuasi nr ARB/02/1)* otsus vastutuse kohta, 3.10.2006, punkt 162, ja *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus kohtualluvuse, vastuvõetavuse ja peatamise kohta, 26.10.2010, punktid 250 ja 251.

174 Vt *Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL)* (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punktid 119 ja 251.

iii) Ebaseaduslike sundvõõrandamiste keeld

217. Vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 5 on sundvõõrandamine seaduslik ainult juhul, kui see on õigustatud üldistes huvides, toimub seadusega nõutavas korras, ei ole diskrimineeriv ja sellega kaasneb õiglase hüvitise maksmine.

218. Kattumine harta artikli 17 lõikega 1 tagatud omandiõigusega on ilmne.¹⁷⁵ Selle õigusnormi kohaselt „ei tohi [k]ellelki [...] tema omandit ära võtta muidu kui üldistes huvides ja seaduses ettenähtud juhtudel ja tingimustel ning õigeaegse ja õiglase hüvituse eest“.

219. See kattumine on aga ainult osaline, sest sundvõõrandamise vastu kahepoolsete investeerimislepingutega antud kaitse on ulatuslikum kui liidu õigusega antud kaitse vähemalt kahest aspektist.

220. Esiteks on vastavalt harta artikli 51 lõikele 1 selle artikkel 17 liikmesriikidele ette nähtud üksnes liidu õiguse kohaldamise korral. Selle kohaldamine on seega muudel juhtudel välistatud. Kuigi komisjon tõi kohtuistungil näiteks Euroopa Kohtus menetluses olevad kohtuasjad SEGRO ja Horváth (C-52/16 ja C-113/16) kohtuasjadena, kus liidu õigus pakub kaitset sundvõõrandamiste eest, ei ole see kaitse kaugeltki täielik, sest see ei ole kunagi kohaldatav autonoomselt.¹⁷⁶ Seevastu vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikliga 5 kehtestatud ebaseaduslike sundvõõrandamiste keeld on autonoomne ja riigile piiranguteta siduv.

221. Teiseks ei kaitse kahepoolsed investeerimislepingud ainult otsese sundvõõrandamise eest,¹⁷⁷ vaid ka kaudse, s.o õigusnormide kohaldamise teel sundvõõrandamise ja niinimetatud hiiliva sundvõõrandamise (*creeping expropriations*) eest.¹⁷⁸

222. Mõiste „kaudne sundvõõrandamine“ on ebamäärasem ja sellega peetakse silmas meetmeid, millega sekkutakse omandiõigusesse ja investeringutelt tulu teenimise õigusesse ilma omandiõigust ära võtmata. Vahekohtud on kehtestanud hulga kriteeriume kaudse sundvõõrandamise eristamiseks normaalsest riigi reguleeriva võimu kasutamisest ja nendeks on omandiõigusesse sekkumise aste, kõnealuste riiklike meetmete eesmärk ja kontekst ning investeringu majandusliku tasuvuse suhtes mõistuspäraste ootuste rikkumine nende meetmetega.¹⁷⁹

223. Sama kehtib niinimetatud hiilivate, s.o kaudsete sundvõõrandamiste kohta, mis kulgevad progresseeruvalt ja mida tehakse terve rea meetmetega, millest ükski ei ole iseenesest sundvõõrandamine, kuid mille kumulatiivne tagajärg on investeringu väärtuse hävitamine.¹⁸⁰

175 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 261.

176 Vt kohtujuristi ettepanek, Saugmandsgaard Øe, liidetud kohtuasjad SEGRO ja Horváth (C-52/16 ja C-113/16, EU:C:2017:410, punkt 121), kus ta teeb ettepaneku harta artikli 17 kohta esitatud eelotsuse küsimustele mitte vastata, sest „väidetavat [selle artikli] rikkumist [ei saa] analüüsida sõltumatult liikumisvabaduste rikkumise küsimusest“. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 21.12.2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 65).

177 Otsese sundvõõrandamise all mõistetakse riigistamist või omandiõiguse äravõtmist omandiõiguse formaalse üleandmisega või füüsilise võtmisega.

178 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 261. Vt selle kohta ka kohtuotsus, 15.9.2011, komisjon vs. Slovakkia (C-264/09, EU:C:2011:580, punktid 47-50), kus Euroopa Kohus otsustas, et Slovaki Vabariigi ja Šveitsi investori vahel sõlmitud ja selleks, et täita Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2003. aasta direktiivist 2003/54/EÜ, mis käsitleb elektrenergia siseturu ühiseeskirju ning millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 96/92/EÜ (ELT 2003, L 176, lk 37; ELT eriväljaanne 12/02, lk 211), tulenevaid kohustusi, vajaliku lepingu Slovaki Vabariigi poolt ülesõtlemine võis kujutada endast sundvõõrandamist Šveitsi ja Slovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 6 tähenduses.

179 Vt selle kohta asjasepuutuva rahvusvahelise kohtupraktika kokkuvõtte teoses Yannaca-Small, K., „„Indirect expropriation“ and the „Right to Regulate“ in International Investment Law“ OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, lk 10-20.

180 Vt näiteks Técnicas Medioambientales TECMED SA vs. Mehhiko Ühendriigid (ICSID vahekohtuasi nr ARB(AF)/00/2) kohtuotsus, 29.5.2003, punkt 114, ja Generation Ukraine Inc. vs. Ukraina (ICSID vahekohtuasi nr ARB/00/9) kohtuotsus, 16.9.2003, punkt 20.22.

224. Euroopa Kohtu praktika harta artikli 17 kohta ei ole kuigi selgelt välja arenenud. Seega ei ole üldse kindel, et see kaitseks investoreid kaudse sundvõõrandamise eest kahepoolsete investeerimislepingutega võrreldaval viisil.

225. Kolmandaks on harta artiklis 17 ette nähtud üksnes õiglane hüvitis, samas kui selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 5 punktis c on ette nähtud, et hüvitis peab endast kujutama investeeringu *tegelikku* väärtust.

226. Lõppkokkuvõttes ei too komisjon isegi mitte ainsat näidet Euroopa Kohtus kas tühistamishagi või eelotsusetaotlusega algatatud menetluse kohta, kus investor oleks nõudnud oma õigust omandile tema investeeringu ebaseadusliku sundvõõrandamise vastu.¹⁸¹

227. Lisaks ei selgita komisjon üldse, mille poolest oleks ebaseadusliku sundvõõrandamise keeld ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga vastuolus.

228. Eespool märgitust nähtub, et vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu kohaldamisala on laiem kui ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu oma ja et sellega investeeringute kaitseks kehtestatud tagatised on liidu õiguses antud tagatistest erinevad, ilma et need oleksid liidu õigusega vastuolus. Seepärast ei ole Madalmaade investori ja Slovaki Vabariigi vaheline vaidlus, mis kuulub kahepoolse investeerimislepingu kohaldamisalasse, vaidlus, mis käsitleb ELi lepingu ja ELi toimimise lepingu tõlgendamist või kohaldamist.

3. Kas Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu tagajärg on selle eesmärgi arvestades ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja seega liidu õigussüsteemi autonoomia rikkumine?

229. Kui Euroopa Kohus otsustab, et niisugune vaidlus nagu Achmea ja Slovaki Vabariigi vahel põhikohtuasjas ei ole vaidlus, mis käsitleb ELTL artiklis 344 osutatud aluslepingute tõlgendamist või kohaldamist, siis tuleks veel analüüsida, kas Madalmaade ja Tšehhoslovakkia kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 tagajärjeks on nende aluslepingutega kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja liidu õigussüsteemi autonoomia rikkumine.¹⁸²

230. Tuletan kõigepealt meelde peamisi põhimõtteid, mille sedastas selle kohta Euroopa Kohus 8. märtsi 2011. aasta arvamuse 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks; EU:C:2011:123) punktides 65-70 ja 18. detsembri 2014. aasta arvamuse 2/13 (Liidu ühinemine EIÕKga; EU:C:2014:2454) punktides 157-176.

231. On vaieldamatu, et liidu asutamislepingutega kehtestati uus õiguskord selle oma institutsioonidega ja riigid piirasid selle kasuks üha ulatuslikumates valdkondades oma suveräänseid õigusi ning selle õigussubjektid on mitte ainult liikmesriigid, vaid ka nende kodanikud, kusjuures liidu õigust iseloomustab selle ülimuslikkus liikmesriikide õiguse suhtes ning liikmesriikide ja nende kodanike suhtes kohaldatavate paljude sätete vahetu õigusmõju.¹⁸³

181 Kohtuistungil viitas Küprose valitsus 20. septembri 2016. aasta kohtuotsuse Ledra Advertising jt vs. komisjon ja EKP (C-8/15 P – C-10/15 P, EU:C:2016:701) punktidele 62–76, kus Euroopa Kohus käsitles ainult küsimust, kas komisjon, kes oli ESMi nimel vastastikuse mõistmise protokollile alla kirjutanud, oli kaasa aidanud harta artikli 17 lõikega 1 hagejatele tagatud omandiõiguse rikkumisele. Lahendamata jäi küsimus, kas Küprose Vabariik seda õigust rikkus, sest igal juhul ei ole harta liikmesriikidele kohaldatav väljaspool liidu õiguse kohaldamisala (vt selle kohtuotsuse punkt 67).

182 Vt arvamused 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punktid 63–89); 2/13 (Liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 183) ja 2/15 (Vabakaubandusleping Singapuriiga), 16.5.2017 (EU:C:2017:376, punkt 301).

183 Vt selle kohta kohtuotsused, 5.2.1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, lk 12); 15.7.1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, lk 593); 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, punkt 3); arvamus 1/91 (EMP leping – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490, punkt 21) ja 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punkt 65); kohtuotsus, 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 59) ja arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÕKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 166).

232. Liidu õiguskord ja kohtusüsteem tugineb põhieeldusele, et igal liikmesriigil on kõikide teiste liikmesriikidega – ja ta ühtlasi tunnistab, et neil on temaga – teatud hulk ühiseid väärtusi, mille liit rajaneb, mis tähendab ja põhjendab liikmesriikidevahelist vastastikust usaldust nende väärtuste tunnustamisel ja seega neid elluviiva liidu õiguse järgimisel.¹⁸⁴

233. Liikmesriigid on ELL artikli 4 lõike 3 esimeses lõigus sätestatud lojaalse koostöö põhimõtte kohaselt kohustatud tagama liidu õiguse kohaldamise ja järgimise oma territooriumil. Lisaks võtavad liikmesriigid sama lõike teise lõigu alusel kõik asjakohased üld- või erimeetmed, et tagada aluslepingutest või liidu institutsioonide õigusaktidest tulenevate kohustuste täitmine.¹⁸⁵

234. Liidu õigussüsteemi eripärade ja autonoomsuse säilitamise tagamiseks on aluslepingutes kehtestatud kohtusüsteem, mille eesmärk on tagada liidu õiguse tõlgendamise järjepidevus ja ühtsus, ja mis usaldab liikmesriikide kohtutele ja Euroopa Kohtule ülesande tagada liidu õiguse täielik kohaldamine kõikides liikmesriikides ning nende õiguste kohtulik kaitse, mis on liidu õigusega isikutele antud.¹⁸⁶

235. Selles kontekstis „on sel viisil kavandatud kohtusüsteemi alustala ELTL artiklis 267 ette nähtud eelotsusemenetlus, mille eesmärk on Euroopa Kohtu ja liikmesriikide kohtute vahelise dialoogi loomise teel tagada liidu õiguse tõlgendamise ühtsus [...], võimaldades seeläbi tagada ka selle järjepidevuse, täieliku õigusmõju ja autonoomsuse ning lõpuks ka aluslepingutega kehtestatud õiguse ainuomase olemuse [...]“.¹⁸⁷

236. Lõpuks tagavad liikmesriikide kohtud liidu õiguse järelevalvaja ülesannet täites niisuguste liidu õiguskorra aluseks olevate õigusnormide ja põhimõtete järgimise, nagu liidu õiguse ülimuslikkus, neli põhivabadust, liidu kodakondsus, vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajanev ala, konkurentsiriigiabiõigus ning põhiõigused.¹⁸⁸

237. Minu arvates ei riku vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 Madalmaade ja Slovaki investoritele antud võimalus pöörduda rahvusvahelise vahekohtu poole ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korda ega liidu õigussüsteemi autonoomiat, isegi juhul, kui Euroopa Kohus peaks otsustama, et vastavalt sellele artiklile asutatud vahekohtud ei ole liikmesriikide kohtud ELTL artikli 267 tähenduses.

238. Kõigepealt tuleks märkida, et vaatamata vahekohtu otsuste siduvusele ei saa ühtegi neist täitmisele pöörata ilma riigi abita, kes annaks investeerimist puudutava vahekohtu asja korral investori käsutusse oma täitmismehhanismid.

184 Vt arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 168).

185 Vt kohtuotsus, 16.7.1998, Oelmühle ja Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, punkt 23) ja arvamus 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punkt 68) ja 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 173).

186 Vt ELL artikli 19 lõige 1. Vt ka arvamus 1/91 (EMP leping – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490, punkt 35); kohtuotsus, 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 38) ja arvamus 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punktid 66 ja 68) ja 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 173).

187 Arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 176). Vt selle kohta ka kohtuotsused, 16.1.1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punktid 2 ja 3) ja, 12.6.2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punkt 20) ja arvamus 1/09 (Ühtse kohtusüsteemi loomise kohta Euroopa ja ELi patendivaidluste lahendamiseks), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punkt 83).

188 Vt selle kohta kohtuotsused, 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punktid 36-39); 28.3.2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, punkt 21); 3.9.2008, Kadi ja Al Barakaat International Foundation vs. nõukogu ja komisjon (C-402/05 P ja C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 304) ja arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 172). Mõiste „Euroopa avalik kord“ üksikasjalikumaks analüüsiks viitan oma ettepanekule kohtuasjas, mis käsitles samuti vahekohtu otsuseid, Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, punktid 166-177) ja Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, punktid 55-72).

239. Vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 puhul ei saa vahekohtu otsused riikide kohtute kontrolli alt välja jääda. See kontroll saab toimuda vahekohtu asukoha järgsele kohtule vahekohtu otsuse peale esitatud tühistamishagi raames või selle otsuse tunnustamise ja täitmise taotlusele vastuväite esitamise raames selle riigi kohtutes, kus taotletakse otsuse tunnustamist ja täitmisele pööramist vastavalt välisriikide vahekohtu otsuste tunnustamise ja täitmise konventsioonile, mis allkirjastati New Yorgis 10. juunil 1958¹⁸⁹ (edaspidi „New Yorgi konventsioon“).

240. Nagu Euroopa Kohus on korduvalt otsustanud, „kui lepingupõhine vahekohus tõstatab [liidu] õiguse küsimusi, võib tavalistel kohtutel tulla neid küsimusi analüüsida, nimelt vahekohtu otsuse – olenevalt juhust rohkem või vähem ulatusliku – kontrollimise raames, mis on nende kohus apellatsioonkaebuse, vaidlustamise, välisriigi kohtuotsuse täitmise või mis tahes muu kohaldatava siseriikliku õigusega ette nähtud õiguskaitsevahendi või kontrollivormi korral“.¹⁹⁰

241. Sellel järeldusel põhineb väljakujunenud kohtupraktika, mille kohaselt „on nende siseriiklike kohtute ülesanne kontrollida, kas nad peavad pöörduma [ELTL artikli 267] alusel Euroopa Kohtu poole taotlusega tõlgendada [liidu] õigusnorme või hinnata nende kehtivust, kui neil tuleb vahekohtu otsuse kohtuliku kontrolli raames neid norme kohaldada“¹⁹¹, kuna need kohtud vastutavad lõplikult liidu õiguse ühetaoliselt kohaldamise ja Euroopa avaliku korra normide järgimise tagamise eest.¹⁹²

242. Euroopa Kohus ei pidanud isegi tarvilikuks seda punkti sõnaselgelt meelde tuletada oma 13. mai 2015. aasta kohtuotsuse *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) ja 7. juuli 2016. aasta kohtuotsuse *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) tekstis, kus ta otsustas vahetult sisuliselt küsimuse, millega taheti mõlemas kohtuasjas teada saada, kas kõnealune vahekohtu otsus oli kooskõlas liidu konkurentsioigusega.

243. Nendes kohtuasjades ei olnud liikmesriigid ega komisjon seisukohal, et vahekohtutes tõstatatud konkurentsioiguse küsimused ei olnud vahekohtus arutatavad või et liidu õiguse ja vahekohtuklauslite vahel, mille olid eraõiguslikud lepingupooled oma lepingutesse lisanud, oleks olnud vähemalgi määral vastuolu.¹⁹³

244. Lisaks algatati kohtuasjad, milles tehti 1. juuni 1999. aasta kohtuotsus *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) ja 7. juuli 2016. aasta kohtuotsus *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) vahekohtu otsuse peale esitatud tühistamishagi raames, samas kui kohtuasi, milles tehti 13. mai 2015. aasta kohtuotsus *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), käsitles vastuväidet vahekohtuotsuse tunnustamise ja täitmisele pööramise taotlusele. See näitab, et millised ka ei oleks menetlused, on liikmesriikide ja liidu kohtutel võimalik tagada liidu õiguse ühetaoline tõlgendamine ja Euroopa avaliku korra normide järgimine, olgu siis konkurentsi¹⁹⁴ või muudes liidu õiguse valdkondades.

245. Vastavalt vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute ja eelkõige käesolevas kohtuasjas kõne all oleva vahekohtu tunnused on niisugused, et need võimaldavad liikmesriikide tavalistel kohtutel tagada nende põhimõtete järgimise, nagu nad seda teevad rahvusvahelise kaubandusarbitraaži korral.

189 *ÜRO lepingute sari*, kd 330, lk 3.

190 Kohtuotsus, 23.3.1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punkt 14). Vt selle kohta ka kohtuotsused, 27.4.1994, *Almelo* (C-393/92, EU:C:1994:171, punktid 22 ja 23) ja 1.6.1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 32).

191 Kohtuotsus, 1.6.1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 33). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 23.3.1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punkt 15).

192 Vt selle kohta minu ettepaneku punktid 59-62 kohtuasjas *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 Vt selle kohta ka kohtuotsus, 21.5.2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, punktid 57-72), kus Euroopa Kohus ei järginud kohtuasjas *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443) kohtujurist Jääskineni esitatud ettepaneku punktis 124 väljendatud seisukohta, et vahekohtutaotlus võiks iseenesest rikkuda ELTL artiklit 101.

194 Vt kohtuotsus, 1.6.1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punktid 37 ja 40).

246. Kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 on juhul, kui vahekohtunikke ei ole kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikes 3 määratud tähtaja jooksul nimetatud, usaldatud vahekohtunike nimetamine liikmesriigis asutatud CCSi vahekohtuinstituudi presidendi hooleks. Selles lepingus on samuti ette nähtud, et nimetatud artikli kohaselt toimuvale vahekohtumenetlusele kohaldatakse UNCITRALi vahekohtu reglementi. Vastavalt 1976. aasta vahekohtu reglemendi artiklile 16 määrab vahekohus ise vahekohtu pidamise koha ja valib institutsiooni, kes täidab pärast poolte ärakuulamist kohtukantselei ülesandeid.¹⁹⁵

247. Vahekohus määras oma 19. märtsi 2009. aasta menetlust korraldava määrusega vahekohtu kohaks ühe liikmesriigi territooriumi, nimelt Frankfurdi. Tema otsuse peale saab seega vastavalt Saksa tsiviilkohtumenetluse seadustiku §-le 1059 esitada tühistamishagi Saksa kohtutele, kes saavad seega selle raames tagada liidu õiguse ühetaolise tõlgendamise ja Euroopa avaliku korra normide järgimise. Seda tüüpi edasikaebamise raames pöörduiti eelotsusetaotluse esitanud kohtu ja Euroopa Kohtu poole.

248. Lisaks reguleerib vastavalt kahepoolse investeerimislepingu artiklile 8 asutatud vahekohtute otsuste tunnustamist ja täitmisele pööramist New Yorgi konventsioon, millega on kõik liikmesriigid ühinenud. See näeb ette, et riikide kohtud võivad keelduda neid kohtuotsuseid tunnustamast ja täitmisele pööramast kõikidel selle konventsiooni artiklis V ette nähtud põhjustel, sealhulgas põhjusel, et vahekohtumenetlus ei toimunud vastavalt poolte vahel sõlmitud lepingule¹⁹⁶ ja et see oli vastuolus avaliku korraga¹⁹⁷, sealhulgas Euroopa avaliku korraga.

249. Seega, kui oletada, et Achmea nõuab käesolevas kohtuasjas kõne all oleva vahekohtu otsuse tunnustamist ja täitmisele pööramist teises liikmesriigis, siis oleksid taotluse saanud riigi kohtud samuti kohustatud tagama, et otsus ei oleks liidu õigusega vastuolus.

250. Sama kehtib niisuguse tühistamishagi korral nagu see, mida käsitletakse käesolevas kohtuasjas. Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise saab tagada paljude põhjustega, millest kõige asjakohasemad on, et vahekohtumenetlus ei vasta poolte kokkuleppele, ja et see on vastuolus avaliku korraga¹⁹⁸, sealhulgas Euroopa avaliku korraga.

251. Komisjon nimetab ka riski, et vahekohtu kohaks määratakse võimalikult kolmas riik või et liidu õigusega vastuolus oleva vahekohtu otsuse tunnustamist ja täitmisele pööramist taotletakse kolmandas riigis, millisel juhul ei oleks liidu kohtud sellesse kaasatud ja seetõttu ei esitataks kunagi eelotsusetaotlust Euroopa Kohtule.

252. Sama kehtib komisjoni hinnangul liidusiseste kahepoolsete investeerimislepingute kohta, milles määratakse vahekohtu kohtukantselei ülesandeid täitvaks institutsiooniks Rahvusvaheline Investeeringuvaidluste Lahendamise Keskus („ICSID“), mis on asutatud Washingtonis. Sel juhul on vahekohtu otsus pooltele siduv ja selle peale ei saaks esitada apellatsioonkaebust või muud kaebust peale nende, mis on ette nähtud ICSID konventsioonis.¹⁹⁹ Sellest järeldeb, et õiguses ei oleks mingit vahendit, mis võimaldaks liikmesriikide kohtutel kontrollida ICSID vahekohtu otsuse kooskõla liidu õigusega.

195 Vt Achmea BV (varem Eureko BV) vs. Slovaki Vabariik (UNCITRAL) (Alalise Vahekohtu kohtuasi nr 2008-13) kohtuotsus, 26.10.2010, kohtualluvuse, vahekohtus menetluse läbiviimise võimalikkuse ja peatamise kohta, punkt 16.

196 Vt New Yorgi konventsiooni V artikli lõike 1 punkt d, millega võiks olla tegu, kui vahekohus vastupidiselt selle kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 lõikele 6 ei võtaks liidu õigust arvesse.

197 Vt New Yorgi konventsiooni V artikli lõike 2 punkt b ja kohtuotsus, 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 38).

198 Vt Saksa tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 1059 lõike 2 punkti 1 alapunkt d ja punkti 2 alapunkt b.

199 Vt selle konventsiooni artikli 53 lõige 1. Märgin siiski, et see hool ei ole takistanud liidu institutsioonidel valida ELi ja Singapuri vabakaubanduslepingu artiklis 9.16 vahekohtuinstituutsiooniks ICSID.

253. Kuigi ma leian, et liikmesriikidel tuleks oma kahepoolsetes investeerimislepingutes ICSID valimist vältida, on riskid, millele komisjon viitab, käesoleval juhul puhtalt hüpoteetilised, sest kõnealuses kahepoolses investeerimislepingus ei ole määratud ICSIDd vahekohtu kohtukantselei ülesandeid täitvaks institutsiooniks, kuna pooled valisid seda ülesannet täitma Alalise Vahekohtu Haagis, sest vahekohus määras vahekohtu kohaks liikmesriigi territooriumi ja ei ole taotletud vahekohtu otsuse tunnustamist ja täitmist kolmandates riikides,²⁰⁰ vaid vahekohtu otsuse peale on esitatud ainult üks tühistamishagi liikmesriigi kohtutele, kellest üks pöördus Euroopa Kohtu poole eelotsusetaotlusega.

254. Lisaks ei teki küsimust vahekohtu otsuse sisulises vastuolus liidu õigusega, kuna Slovaki Vabariigi argumendid eelotsusetaotluse esitanud kohtus keskendusid ainult kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 kehtestatud vaidluste lahendamise mehhanismi kooskõlale ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga.

255. Samas jääks liidu kohtusüsteemi tõhusus puutumatuks isegi juhul, kui liikmesriik ei oleks valmis vaidlustama vahekohtu otsuse vastuolu ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga tühistamishagiga või vastuväitega tunnustamise ja täitmisele pööramise taotlusele. Niisugusel juhul nimelt võimaldaksid ELTL artiklid 258 ja 260 komisjonil algatada menetlus liikmesriigi suhtes, kes on nõustunud vahekohtu otsusega, mis on liidu õigusega vastuolus.²⁰¹

256. Nendel põhjustel leian, et selle kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 ei riku ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korda ja sellest lähtuvalt liidu õigussüsteemi autonoomiat.

257. Seda järeldust ei mõjuta paljude valitsuste ja komisjoni argumendid, et on oht, et vahekohtud võivad teha otsuseid, mis oleksid vastuolus liidu õiguse ja vastastikuse usalduse põhimõttega.

258. Need argumendid kehtivad mitte ainult rahvusvahelise vahekohtu kohta investeerimisasjades, vaid ka rahvusvahelise kaubandusarbitraaži kohta, sest viimane võib samuti välja viia liidu õigusega vastuolus olevate kohtuotsusteni ja põhineda väidetaval usalduse puudumisel liikmesriikide kohtute suhtes. Nendele riskidele vaatamata ei ole Euroopa Kohus kunagi seadnud kahtluse alla selle kehtivust, kuigi liidu konkurentsioigust käsitlev vahekohus isikute vahel ei ole tundmatu nähtus.²⁰²

259. Seega kuna rahvusvaheline vahekohus isikute vahel ei riku ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korda ja sellest lähtuvalt liidu õigussüsteemi autonoomiat – isegi kui riik on vahekohtumenetluse pool²⁰³ –, siis arvan, et see peab samamoodi olema ka rahvusvahelise vahekohtu puhul investorite ja riikide vahel, seda enam, et riigi vältimatu kohalolu eeldab suuremat läbipaistvust,²⁰⁴ ja kuna jääb võimalus kohustada seda riiki täitma liidu õigusest tulenevaid kohustusi liikmesriigi kohustuste rikkumise menetlusega ELTL artiklite 258 ja 259 alusel.

260. Kui tuleks järgida komisjoni loogikat, võiks igasugune vahekohus rikkuda ELi lepinguga ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korda ja sellest lähtuvalt liidu õigussüsteemi autonoomiat.

200 Isegi sel juhul saaks risk tõeliselt eksisteerida vaid juhul, kui vahekohtus kostjaks oleval liikmesriigil oleks vara, mis asub kolmanda riigi territooriumil ja tal ei oleks rahvusvahelise õigusega välisriikidele tunnustatud puutumatus. Tegelikult, isegi kui vahekohtu asukohaks on määratud kolmas riik ja/või kohtuotsuse tunnustamist ja täitmist taotletakse kolmandas riigis, ei saaks investor vältida vahekohtu otsuse tunnustamise ja täitmise taotlemist kostjaks oleva liikmesriigi kohtutes.

201 Vt *Electrabel SA vs. Ungari* (ICSID vahekohtuasi nr ARB/07/19) otsus kohtualluvuse, kohaldatava õiguse ja vastutuse kohta, 30.11.2012, punktid 4.160-4.162.

202 Vt selle kohta kohtuotsused, 1.6.1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), 7.7.2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) ja ka Tribunal fédéral suisse (Šveitsi föderalkohus) kohtuotsus, 8.3.2006, 4P.278/2005, mis käsitleb Šveitsis kahe Itaalia äriühingu vahel liidu konkurentsioiguse rikkumise asjas tehtud vahekohtu otsuse peale esitatud tühistamishagi.

203 Vt vahekohtumenetlus *Gazpromi* ja *Leedu* energeetikaministeeriumi vahel, mille kohta algatati kohtuasi, milles tehti kohtuotsus, 13.5.2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 Enamik kohtuotsuseid on avalikud, kuigi rahvusvahelises kaubandusarbitraažis see nii ei ole. Seega on veel raskem kontrollida, kas liidu õigust rikuti.

261. Pealegi ei näe ma, kuidas võiks põhikohtuasjas kõne all olev vahekohtumenetlus rikkuda vastastikuse usalduse põhimõtet, arvestades, et see menetlus toimub ainult tänu asjaomaste liikmesriikide nõusolekule ja Achmea vabalt väljendatud valikule kasutada õigust, mille need liikmesriigid on talle pakkunud.

262. Vastastikuse usalduse põhimõte eeldab nimelt, et „iga liikmesriik on kohustatud eelkõige vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva ala osas eeldama – välja arvatud juhul, kui esineb erandlikke asjaolusid –, et kõik ülejäänud liikmesriigid järgivad liidu õigust ja eriti liidu õiguses tunnustatud põhiõigusi“.²⁰⁵

263. Ma ei näe seost selle põhimõtte ja vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikli 8 vahel. Nagu Madalmaade valitsus kohtuistungil märkis, ei eelda rahvusvaheline vahekohus vaidluste lahendamise viisina mingil määral, et Madalmaade Kuningriik ja Slovaki Vabariik kahtlesid, kas teine pool järgib liidu õigust ja sellega tunnustatud põhiõigusi.

264. Nii nagu kõikide kahepoolsetes investeerimislepingutes sisalduvate vaidluste lahendamise mehhanismidega, luuakse kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 kohus, kuhu investor võib riigi vastu pöörduda, et nõuda talle rahvusvahelises avalikus õiguses kahepoolse investeerimislepinguga antud õigusi – võimalus, mida tal ilma selle artiklita ei oleks.²⁰⁶

265. Lisaks ei ole kindel, et isik võiks tugineda rahvusvahelise lepingu sätetele riiklikes kohtutes, sest need välistavad selle võimaluse automaatselt, leides, et need lepingud loovad õigusi ja kohustusi ainult riikide vahel, või siis seavad juhtumist olenevalt enam või vähem ranged neile tuginemise tingimused, mis ei taga isikutele võimalust nende lepingute sätetele tugineda.²⁰⁷

266. Järelikult on rahvusvahelise vahekohtu kasutamise võimalus – kaugel sellest, et väljendada umbusaldust teise liikmesriigi õigussüsteemi vastu – ainus vahend anda kahepoolsetele investeerimislepingutele täielik ja kasulik õigumõju, luues spetsialiseerunud kohtu, kus investorid võivad tugineda neile kahepoolsete investeerimislepingutega antud õigustele.

267. Järelikult ei leia ma, et selle kahepoolse investeerimislepingu artikkel 8 riivaks vastastikuse usalduse põhimõtet.

268. Lõpuks ei veena mind komisjoni argument, et asjaolu, et liidu asutanud liikmesriikide või liiduga enne 2004. aastat ühinenud riikide vahel kahepoolseid investeerimislepinguid ei ole, on tõend selle kohta, et need lepingud põhinevad vastastikuse usalduse puudumisel.

269. Esiteks ei ole tõsi, et asutajaliikmesriikide ja liikmesriikide vahel, kes ühinesid liiduga enne 2004. aastat, ei ole muid kahepoolsete investeerimislepingutega sarnaseid lepinguid peale ELi ja ELi toimimise lepingu.²⁰⁸

270. Teiseks on kahepoolsed investeerimislepingud kapitali eksportivate riikide vahel palju vähem tarvilikud. Seega, et tuua üks näide, täheldame, et kõige uuema statistika järgi ei ole Prantsusmaa ei kümne esimese Saksa kapitalivoogude vastuvõtja riigi hulgas ega kümne esimese kapitalivooge Saksamaale väljastava riigi hulgas, samas kui Poola on Saksamaalt väljuvate voogude arvestuses kümnendal kohal.²⁰⁹

205 Arvamus 2/13 (Liidu ühinemine EIÖKga), 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 191 ja seal viidatud kohtupraktika).

206 Vt selle kohta Bundesverfassungsgericht (Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus), kohtumäärus, 8.5.2007, teine senat, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, punkt 54.

207 Vt käesoleva ettepaneku punkt 206.

208 Vt näited, mis ma tõi käesoleva ettepaneku punktides 42 ja 43.

209 Vt Prantsuse suursaatkonna Saksamaal 1. märtsi 2017. aasta noot välismaiste otseinvesteeringute kohta Saksamaal aastatel 2014-2015, mis koostati UNCTADi ja Deutsche Bundesbanki (Saksamaa keskpank) kogutud statistika põhjal ja mis on kättesaadav veebisaidil <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Vt eriti tabel 5.

271. Mul tekib seega küsimus, kas kahepoolsete investeerimislepingute puudumine vanade liikmesriikide vahel ei ole seletatav pigem sellega, et enamik selle kategooria liikmesriikidest on pigem olulised kapitali eksportijad kui investeeringuid vastuvõtavad riigid ja selles mõttes ei olnud neil tegelikult vaja omavahel kahepoolseid investeerimislepinguid sõlmida.

272. Nendel põhjustel olen ma seisukohal, et vaidlusaluse kahepoolse investeerimislepingu artikliga 8 kehtestatud vaidluste lahendamise mehhanism on kooskõlas ELTL artikliga 344, ELi lepingu ja ELi toimimise lepinguga kehtestatud pädevuste jaotuse korra ja liidu õigussüsteemi autonoomiaga.

VI. Ettepanek

273. Teen seega Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesgerichtshofi (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

ELTL artikleid 18, 267 ja 344 tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus niisuguse investorite ja riigi vaheliste vaidluste lahendamise mehhanismi kohaldamine, mis on kehtestatud kahepoolses investeerimislepinguga, mis on sõlmitud enne ühe osalisriigi Euroopa Liiduga ühinemist ja mis näeb ette, et ühe osalisriigi investor võib vaidluse korral seoses investeeringutega teises osalisriigis algatada viimati nimetatud riigi vastu menetluse vahekohtus.