

# Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses

## 1. Sissejuhatus

Kontsessioonid kuuluvad eri õiguslike režiimide reguleerimisalasse: riigisisene haldus- ja eraõigus, samuti Euroopa Liidu õigus. See on kaasa toonud mitmeid vastuolusid kõnealuses valdkonnas. Kuigi Euroopa Liidu riigihangete direktiivides sisalduvad viited kontsessioonidele (eeskätt sätestatakse mõisted), jäeti õiguse ühtlustamisel kontsessioonide sisuline regulatsioon teadlikult hankedirektiividest välja. Põhjuseks oli muuhulgas asjaolu, et kontsessioonid puudutasid reeglina avalike teenuste osutamist, mistõttu liikmesriigid soovisid säilitada suuremat kontrolli ega olnud valmis sektorit täiel määral hankereeglitele avama.

Euroopa Liidu Kohus (edaspidi EK) siiski ei leppinud Euroopa Liidu seadusandja suutmatuse või soovimatusega vähendada liikmesriikide vabadust. Julge sammuga, mida võiks nimetada ka EK klassikaliseks stiilinäiteks, selgitas kohus, et harmoneeriva õiguse puudumisel reguleerivad valdkonda hoopis siseturu reeglid: eelkõige teenuste osutamise vabadus ja asutamisvabadus. Loogilise jätkuna kohalduvad kontsessiooni andmisele asutamis- ja teenuse osutamise vabadusest tulenevad läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja avatud konkurentsi tagamise kohustus<sup>1</sup>, tingimusel, et konkreetse kontsessioonilepingu vastu on teatav piiriülene huvi.<sup>2</sup> Kuigi hankedirektiive EK praktika järel sisuliselt ei muudetud, laiendati õiguskaitsevahendite direktiivi 2008. aastal jõustunud muudatustega<sup>3</sup> selle mõju ka ehituskontsessioonidele.

Kuna kontsessiooni andmise ja riigihanke reeglistikud erinevad, siis on arusaadavalt oluline adekvaatselt piiritleda, millal langeb konkreetne tehing ühe või teise alla. Seejuures on ebaselge, kas ja millises ulatuses EK eeldab, et tema poolt kontsessioonide kohta välja arendatud põhimõtteid rakendatakse sarnastele olukordadele riigisiselt. Liikmesriikide kontsessioone puudutav reeglistik on väga erinev või puudub üldse. Kõige selle tagajärjeks on omakorda õigusselguse puudumine ja kaubanduspiirangud.<sup>4</sup> Tänapäevaks on Euroopa Komisjon astunud konkreetseid samme, toomaks kontsessioonid hankeõiguse kitsamatesse raamidesse, ja avaldanud direktiivi eelnõu „Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta“<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Vt nt EKo C-91/08, *Wall AG vs. Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (FES)*. – EKL 2010, lk I-2815, p 33–34. Sama on viidetega EK otsustele rõhutanud Riigikohus. Vt nt RKHKo 3-3-1-66-10, p 15; RKHKo 3-3-1-31-11, p 16.

<sup>2</sup> EKo C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler vs. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, p 49 Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0274:ET:HTML>.

<sup>3</sup> Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33–35.

<sup>4</sup> Roheline raamat avaliku ja erasektori partnerluse ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (KOM(2004) 327), lk 11–12. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:EN:PDF> (13.02.2011); S. Arrowsmith. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London, Sweet and Maxwell 2005, lk 330, 823; U. Neergaard. *Public Service Concessions and Related Concepts – The Increased Pressure from Community Law on Member States' Use of Concessions*. – *Public Procurement Law Review* 2007/6, lk 389, 397, 409. Aastal 2010 korraldas Euroopa Komisjon avaliku arutelu kontsessioonide teemal, mille eesmärk oli hinnata kontsessioonide regulatsiooni vajalikkust ja mõju. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2010/concessions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm) (25.02.2011).

<sup>5</sup> KOM(2011) 897.

Eelneva kontekstis on asjakohane pöörata pilk sellele, milline on kontsessioonide *status quo* meie riigisisises õiguses ning millised seosed ja/või ebakõlad Euroopa Liidu õigusega esinevad.<sup>\*6</sup> Probleemide keskmes on Eesti õiguse erisus jaotada kontsessioonid avalik-õiguslikeks (ehk halduslepinguteks) ja eraõiguslikeks, kuid ei ole sätestatud selgeid kriteeriume, mille alusel üht teisest praktikast eristada. Teisisõnu, artiklis käsitletakse kontsessioone puudutavate õigusaktide dihhotoomiat ja tuuakse välja selle olulisemad tagajärjed. Lisaks (huvitavatele) õigusteoreetilistele aspektidele ning Eesti õiguspraktika Euroopa Liidu sõbralikkuse küsimusele on Eesti õiguses eksisteerival kontsessioonide kahetisel loomusel oluline praktiline mõju. Nimelt on kontsessioonid tähtis vahend avalik-õiguslike funktsioonide üleandmisel erasektorile ning nende vastu on seetõttu *prima facie* oluline avalik huvi. Alljärgnevalt näitame, et selguse puudumine või sõlmitud lepingu ja sellest tulenevate tagajärgedega hea õnne peale mängimine võib viia avalike ja erahuvidelise riiveni.

## 2. Kontsessiooni mõiste eri õigusrežiimides

### 2.1. Euroopa Liidu õiguses kujundatud kontsessiooni mõiste

Euroopa Liidu tasandil käsitlevad kontsessioone mitu dokumenti<sup>\*7</sup>, neist kõige olulisemad on direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ<sup>\*8</sup>, mis määratlevad ehitustööde ja teenuste kontsessiooni mõisted. Ehitustööde kontsessioon on sama liiki leping kui ehitustööde riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise eksploateerimise õigus või see õigus koos tasuga. Teenuste kontsessioon on sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga (vastavalt direktiivide art 1 lg 3 ning art 1 lg 3 ja 4).

Kontsessiooni mõiste sisustamiseks on Euroopa Liidu tasandil kujundatud ja kasutuses kolm kriteeriumit.

- a. Kontsessioonäärile on üle antud sellise ehitustöö tegemine või teenuse osutamine, mille eest vastutaks tavaolukorras avalik võim.<sup>\*9</sup>
- b. Üldjuhul puudub kontsessioonääri vahetu tasustamine: kokkulepitud tasu moodustub suures osas kontsessioonääri õigusest oma teenuseid realiseerida ja saada tasu kolmandatest isikutest teenusekasutajatelt, näiteks avaliku parkla, ühistransporditeenuse, päästeteenuse või telekommunikatsioonivõrgu kasutajatelt. Seejuures on EK rõhutanud, et tähtsust ei oma küsimus, kas kolmanda isiku makstav tasu kuulub era- või avaliku õiguse reguleerimisalasse.<sup>\*10</sup> Tuleb siiski

<sup>6</sup> Tuleb siiski lisada, et käsitletakse vaid neid kontsessioone, mis kuuluvad selgelt Euroopa Liidu riigihankeõiguse valdkonda, s.t ületavad rahvusvahelise piirmäära riigihangete seaduse tähenduses.

<sup>7</sup> Nt Komisjoni tõlgendav teatis ühenduse õiguse kohaste kontsessioonide kohta. – EÜT C 121, 29.04.2000, lk 2–13. Arvutivõrgus: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0429\(01\):EN:NOT\(15.02.2011\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0429(01):EN:NOT(15.02.2011);); Roheline raamat avaliku ja erasektori partnerluse ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (viide 4); Komisjoni talituste töödokument: Commission staff working paper: Report on the public consultation on the green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions (SEC(2005) 629). Arvutivõrgus [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/.../ppp-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/.../ppp-report_en.pdf) (26.05.2012); Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele avaliku ja erasektori partnerluste ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (KOM(2005) 569). Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_en.htm) (26.05.2012); Euroopa Parlamendi resolutsioon avaliku ja erasektori partnerluse kohta ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (2006/2043(INI)). Arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0462+0+DOC+XML+V0//EN\(15.02.2011\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0462+0+DOC+XML+V0//EN(15.02.2011);); Komisjoni tõlgendav teatis, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes (K(2007) 6661). Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/comm\\_2007\\_6661\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf) (15.02.2011).

<sup>8</sup> Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 1–113; Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114–240. Teenuste kontsessiooni mõiste ei sisaldunud varasemates direktiivides ja võeti esimest korda kasutusele just direktiivis 2004/17. Lisada tuleb ka, et mõlema viidatud direktiivi puhul tuleb mõistete „riigihankeleping“ ja „kontsessioon“ tõlgendamisel lähtuda samadest kaalutlustest. Vt nt EKO C-348/10, *Norma-A SIA ja Dekom SIA vs. Latgales plānošanas reģions*, p 39. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0348:ET:HTML>.

<sup>9</sup> Komisjoni tõlgendav teatis ühenduse õiguse kohaste kontsessioonide kohta (viide 7), p 2.4.

<sup>10</sup> Vt nt EKO C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) vs. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (Eurawasser)*. – EKL 2009, lk I-8377, p 51–57.

lisada, et teatud lisakriteeriumite täitmisel võib kontsessiooniks liigituda ka selline leping, kus tasu maksab vahetult hankija.<sup>\*11</sup>

- c. Kontsessioonäär kannab täielikult või suures osas teenuse osutamise või ehitise eksploatatsiooniga seonduvat riski. Sealjuures ei ole oluline riski suurus (risk võib algselt olla väga väike nt põhjusel, et teenuse korraldamine on reguleeritud avalik-õiguslike normidega), vaid asjaolu, et hankija on kontsessioonäärile täielikult või suures osas üle kandnud riski, mis tekib teenuse realiseerimisega. Teenuste realiseerimisega seotud riski tuleb mõista kui turul esinevate ettenägematuste riski, mis tuleneb teiste ettevõtjate tekitatud konkurentsist, sellest, et teenuste pakkumine ja nõudlus ei ole tasakaalus, või osutatud teenuste eest tasuma kohustatud isikute maksejõuetusest. Samuti võib tegu olla riskiga, et tulud ei kata teenuse osutamise kulusid, või teenuse osutamata jätmise korral tekkinud kahju eest vastutamisega seotud riskiga.<sup>\*12</sup> Sarnaselt senise kohtupraktikaga tugineb riskikriteeriumile ka uus kontsessioonide direktiivi eelnõu, viidates tegevusriski üleminekule kontsessioonäärile (art 2 lg 1). Sealjuures loetakse, et kontsessioonäär kannab täiendavat tegevusriski, kui ei ole tagatud, et kontsessiooni esemeks oleva ehitise käitamise või teenuse osutamise kaetakse tehtud investeering või tekkinud kulud.

Riigisisese õiguse kujundamisel ja rakendamisel on oluline arvestada, et lepingulise suhte määratlemine kontsessioonina saab toimuda üksnes Euroopa Liidu õiguse alusel.<sup>\*13</sup>

## 2.2. Kontsessiooni tähendus Eesti õiguses

Tuginedes direktiivile 2004/18/EÜ, on Eesti riigihangete seaduses<sup>\*14</sup> (RHS) määratletud ehitustööde kontsessioon kui leping, mille ese on sama, mis ehitustööde hankelepingul, kuid mille kohaselt seisneb tasu tegevuse eest kontsessioonäärile antud ehitise eksploateerimise õiguses või selles õiguses koos hankija rahalise maksega (RHS § 6 lg 1). Analoogselt toimub teenuste kontsessiooni andmine hankelepinguga, mille ese on sarnane teenuse hankelepingu esemega, kuid mille kohaselt tasu teenuse osutamise eest seisneb kontsessioonäärile antud õiguses osutada seda teenust ja saada selle teenuse kasutajatelt tasu teenuse osutamise eest või selles õiguses koos hankija rahalise maksega (RHS § 6 lg 2). Need määratlused on selgelt antud ainult riigihangete seaduse raamides ja nende eesmärk ei ole sisustada kontsessiooni mõistet laiemalt.<sup>\*15</sup>

Kui riigihangete seadus kõrvale jätta, siis kasutavad kontsessiooni mõistet mitu Eesti õigusakti<sup>\*16</sup> ilma seda täpsemalt defineerimata. Riigikohtu praktikast võib siiski leida mõningaid asjakohaseid juhiseid kontsessiooni määratlemise kohta.

Nii pidas Riigikohus kontsessiooniks kohaliku omavalitsuse ja eraisiku vahelisi lepinguid reklaamikandjate paigaldamise ning ühistranspordi ootepaviljonide ja linnateabe rajatiste paigaldamise, hool-

<sup>11</sup> Kohtujurist Ján Mazák ettepanek kohtuasjas C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler vs. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, p 28–30. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0274:ET:HTML> (26.05.2012).

<sup>12</sup> Vt nt EKO C-348/10 (viide 8), p 44–50 ja C-206/08 (viide 10), p 72–80. Samas on kohus sedastanud, et kontsessioonäär kannab ise „peamist majanduslikku riski või [...] peamist eksploatatsiooniga seotud riski“. Vt EKO C-451/08, *Helmut Müller GmbH vs. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*. – EKL 2010, lk I-2673, p 75.

<sup>13</sup> Vt nt EKO C-348/10 (viide 8), p 40.

<sup>14</sup> RT I 2007, 15, 76; RT I, 14.02.2012, 2.

<sup>15</sup> Ka riigihangete seaduse siseselt esineb kontsessioonide regulatsioonis vastuolu. Näiteks on kontsessioonide õigusliku olemuse ebaselgus kaasa toonud hiljutised muudatused riigihangete seaduse sisetehinguid puudutavates sätetes. Nimelt järeldati – autorite hinnangul ebaõigesti –, et Euroopa Kohtu praktika alusel *Parking Brixeni* asjas (EKO C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*. – ELK 2005, lk I-8585) tuleks teenuste kontsessioonid sisetehingu erandi alt välja arvata. Vt Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu (863 SE) juurde, lk 5. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnuu&op=ems&emshelp=true&eid=1215935&u=20120527220807> (27.05.2012).

<sup>16</sup> Kontsessioonile viitavad näiteks kohaliku omavalitsuse üksuse finantsjuhtimise seadus (RT I 2010, 72, 543; RT I, 23.12.2011, 8) (varem sisaldasid vastavad viited valla- ja linnaelarve seaduses (RT I 1993, 42, 615; RT I, 03.02.2011, 7), mis tunnistati eelnimetatud seadusega kehtetuks); kohaliku omavalitsuse korralduse seadus (RT I 1993, 37, 558; RT I, 30.12.2011, 56); halduskohtumenetluse seadustik (RT I, 23.02.2011, 3; 28.12.2011, 7) ja jäätmeseadus (RT I 2004, 9, 52; RT I, 30.12.2011, 51). Vt ka Raamatupidamise Toimkonna juhend RTJ 17 „Teenuste kontsessioonikokkulepped“ (Arvutivõrgus: <http://www.easb.ee/index.php?id=1255>, 01.03.2012) ning RKPJKo 3-4-1-14-08 (Tallinna Linnavolikogu taotlus tunnistada kehtetuks raamatupidamise seaduse § 32 lg 1 ja rahandusministri 11.12.2003 määruse nr 105 § 11 lg 5 ning tunnistada põhiseadusega vastuolus olevaks raamatupidamise toimkonna juhend RTJ 17 „Teenuste kontsessioonikokkulepped“ seoses vastuoluga kohaliku omavalitsuse põhiseaduslike tagatiste ja õiguselguste põhimõttega).

duse ja kasutamise kohta. Lepingud sõlmiti 15-aastase tähtajaga, kasutamata selleks mingit kohast menetlust.<sup>\*17</sup> Riigikohus selgitas, et kõnealused lepingud „erinevad [...] oma sisult ja eesmärgilt lepingutest, mille sõlmib avaliku võimu kandja eraõiguslikus vormis tegutsedes. [Sellised] lepingud sisaldavad avaliku võimu poolt sõlmitavate kontsessioonlepingute tunnuseid. Nende lepingutega annab avalik võim eraõigusliku isiku kasutusse olulise avaliku ressursi (antud juhul tänavad või tänavaga piirnevad maa-alad), lubades sinna paigutada rajatise, mida kasutatakse tasu eest või tasuta nii avalikes kui ka erahuvides, kusjuures lepingust tulenevad riskid lasuvad eraõiguslikul lepingupoolel“<sup>\*18</sup>. Kuigi kohtu hinnangul oleks lepingu sõlmimiseks tulnud kasutada avatud ja läbipaistvat menetlust, jäeti kaebus siiski rahuldamata põhjusel, et kaebaja (eraisikust lepingupoole konkurent) ei suutnud kohtu hinnangul oma kaebeõigust piisavalt põhistada.

Kõrvalepõikena tuleb märkida, et kahjuks on subjektiivsete õiguste rikkumise kriteeriumi rakendamine selles vaidluses pigem ebaõnnestunud. Nimelt rajanes kohtu järeldus eeskätt asjaolul, et kaebaja ei olnud pöördunud haldusorgani poole taotlusega võtta endale vaidlustatud lepingute sisuks olevaid ülesandeid (!). Haldusorganipoolsete rikkumiste tõttu aga puuduski kaebajal võimalus lepingute sõlmimise protsessis osaleda, omalt poolt pakkumisi teha ning ise vastavaid lepinguid sõlmida. Avalike hangete üks loogilisi alustalasid on isikute õigus osaleda avatud, mittediskrimineerivas ja seaduslikus menetluses, mistõttu erinevalt käsitletud asjas avaldatud seisukohast peab subjektiivse õiguse rikkumise tuvastamiseks piisama asjaolust, et vaidlustaja oma objektiivsete tunnuste poolest oleks võinud pakkumuse teha.

Eelmise kaasusega sarnastel asjaoludel jõudis Riigikohus Euroopa Liidu õigust kasutades vaidlustaja jaoks oluliselt parema tulemuseni Torma prügila kaasuses tehtud otsuses. Nimetatud asjas andis Torma vald prügila käitamise ja kasutamise õiguse ilma avaliku hanketa 49 aastaks eraõiguslikule juriidilisele isikule. Lepingupartner sai endale õiguse küsida kolmandatelt isikutelt (jäätmete vedajatelt) teenuse eest tasu ja võttis üle teenuse osutamise seotud riski. Riigikohus kinnitas, et nendel tunnustel on tegemist kontsessiooniga.<sup>\*19</sup> Lepingu õiguslikku olemust ei muutnud tõsiasi, et formaalselt oli see pealkirjastatud kui „Kokkulepe kinnistu koormamiseks isikliku kasutusõigusega (ilma asjaõiguslepinguta)“. Mõõndes võimalikku vastuolu varasema kohtupraktikaga, kus Riigikohus eitas halduskolleegiumi võimalust tuvastada tsiviilõigusliku lepingu tühisus<sup>\*20</sup>, leidis kohus, et „kuna otselepingu sõlmimisega rikuti oluliselt asutamislepingu art-d 43 ja 49 ja RHS § 17 lg-t 4 ja § 3, siis Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei ole sellise lepingu kehtimajäämine lubatud“. Kohus leidis, et olukorras, kus avalik võim annab isiku kasutusse avaliku ressursi pikaks ajaks, ei ole tegemist ainuüksi tsiviilõigusliku iseloomuga lepinguga.<sup>\*21</sup>

On huvitav tõdeda, et kohtupraktikas on kontsessioonina käsitatud mitte ainult lepingulisi suhteid, aga ka haldusakte.<sup>\*22</sup> Näiteks peeti kontsessiooniks otsust, millega kohalik omavalitsus lubas kaugkütteseaduse alusel soojusettevõtjal müüa soojust teatud võrgupiirkonnas kohaliku omavalitsusega kooskõlastatud, järgimiseks kohustusliku soojuse müügi piirhinnaga.<sup>\*23</sup> Riigikohus on jätnud sõnaselgelt täpsustamata, kas samuti on kontsessioon vee-ettevõtja ja kohaliku omavalitsuse vaheline suhe, kus ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seaduse alusel kohalik omavalitsus määras vee-ettevõtjale konkreetsed vee-ettevõtja poolt rakendatavad hinnad.<sup>\*24</sup>

Ülalkirjeldatud juhtumid viitavad sellele, et kontsessioone on käsitatud pigem haldus- kui eraõiguslikena. Halduslepingute suhtes kohalduvad haldusmenetluse seadus<sup>\*25</sup> (HMS) ja halduskoostöö seadus<sup>\*26</sup> (HKTS). Lepingut peetakse halduslepinguks, kui sellega delegeeritakse eraisikule mingi haldusülesande täitmise kohustus ning delegeerimise tulemusel saab eraisik teatava voli kolmandate isikute üle, sealhulgas õiguse otsustada kolmandate isikute õiguste ja kohustuste üle. Need on peamisteks kriteeriumideks, mis

<sup>17</sup> Riigikohus nimetas kohaseks menetluseks menetlust, mis tagab ühetaolise kohtlemise, avalikkuse ja läbipaistvuse ning proportsionaalsuse. Vt nt RKKKo 3-3-1-59-05, p 17; 3-3-1-5-06, p 16.

<sup>18</sup> RKKKo 3-3-1-59-05, p 16.

<sup>19</sup> RKKKo 3-3-1-66-10. Vt ka M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. – *Juridica* 2011/2, lk 97.

<sup>20</sup> RKEKo 3-2-1-100-08, p 20.

<sup>21</sup> RKKKo 3-3-1-66-10, p 19.

<sup>22</sup> Üksnes haldusakti põhinevad kontsessioonid ei ole siiski käesoleva artikli teemaks.

<sup>23</sup> RKKKm 3-3-1-7-10. Sarnane seisukoht RKKKm 3-3-1-27-10.

<sup>24</sup> RKPJKm 3-4-1-6-10.

<sup>25</sup> RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8.

<sup>26</sup> RT I 2003, 20, 117; RT I, 17.11.2011, 3.

eristavad haldusõiguslikke lepinguid eraõiguslikest lepingutest.<sup>\*27</sup> Konkreetse tegevuse (haldusülesande täitmine kolmanda isiku poolt) jaoks sobiliku õigusraamistiku valimisel võib HKTS § 3 lõike 4 esimese lause järgi sõlmida eraõigusliku lepingu, välja arvatud juhul, kui:

- a) seadus näeb ette üksnes halduslepingu sõlmimise;
- b) lepinguga reguleeritakse avaliku teenuse kasutaja või muu kolmanda isiku õigusi ja kohustusi;
- c) riik või kohalik omavalitsus vabastatakse tal lasuvatest kohustustest ning
- d) ülesande täitmisel kasutatakse täidesaatva riigivõimu volitusi.

Avalik-õigusliku ja eraõigusliku isiku vahelise lepingu sõlmimisel eeldatakse, et tegemist on halduslepinguga, kui lepingust selgelt ei nähtu poolte tahe sõlmida tsiviilõiguslik leping (HKTS § 3 lg 4 teine lause). Kui kontsessioon vastab eelkirjeldatud tunnustele, käsitatakse seda tsiviilõigusliku lepinguna ja sellele kohalduvad lepinguõiguse tavalised normid.

Ülalkirjeldatud juhtumid näitavad, et Eesti õiguses puudub konsensus kontsessiooni mõiste sisustamisel. Kuigi kohtupraktika võtab eeskujuna EK kujundatud mõistest, lähtub *ius scriptum* mõnevõrra erinevast terminoloogiast. Eeskätt on Euroopa Liidu õiguses kujundatud arusaam kontsessioonist jäänud üle võtmata Eesti normistikku, mis reguleerib halduslepinguid, sealhulgas avalik-õiguslikke kontsessioone. Järgnevalt vaadeldakse, millised erinevused iseloomustavad kontsessioonilepingute eri õiguslikke vorme.

## 3. Kontsessioonidele kohalduva õiguse kahestumine

### 3.1. Kontsessiooni andmise õiguslik regulatsioon

Nagu eespool näidatud, võib kontsessioon olla antud kas eraõiguslikes või otseselt avalikes huvides, viimasel juhul hõlmates haldusülesande täitmist. Kuna haldusülesande täitmisel sisaldub oluline avalik huvi, näeb seadus ette konkreetseid raamid, kes, kas ja kuidas saab otsustada haldusülesannete täitmise üleandmise (delegeerimise) eraõiguslikule isikule (kontsessioonäärile). Olulisim piirang on delegatsiooninormi nõue, s.t seadus peab sisaldama konkreetset volitusnormi, mis lubab halduslepingut sõlmida: riik või kohalik omavalitsus võib volitada juriidilist või füüsilist isikut täitma talle seadusega või selle alusel pandud haldusülesannet vaid seaduse alusel antud haldusaktiga või seaduse alusel HKTS-s sätestatud tingimustel ja korras sõlmitud halduslepinguga (HKTS § 3 lg 1 ja 2).<sup>\*28</sup>

Kui seadus lubab haldusülesannet üle anda, tuleb täita lisatingimused, näiteks tuleb koostada analüüs, mis peab tõendama, et haldusakti asemel halduslepingu sõlmimine on antud juhul tõepoolest mõistlik (majandusliku, õigusliku vms poole pealt) (HKTS § 5). Näiteks võib haldusorgani õigus reguleerida avaliku teenuse hinda või selle arvestamise meetodikat olla vähem tõhus, kui võimalus sõlmida vastav kokkulepe, kus erasektorist lepingupool võtab vastutasuks kohustuse tagada konkreetset investeeringut või teenuse kvaliteet. Nii on halduslepinguga võimalik leppida kokku seaduses sätestatud miinimumist kõrgemad kvaliteedinõuded, tagades samal ajal siduva lepinguga õiguskindluse teenusepakkujale.

Lisaks näeb HKTS ette selged pädevusreeglid, s.t kes võib otsustada, kas haldusülesannet tohib eraõiguslikule isikule täitmiseks üle anda või mitte. Lähtudes HKTS §-dest 6–9, viiakse juriidilise või füüsilise isiku riigi haldusülesande täitmiseks volitamise otsustusõigus enamasti poliitilisele tasandile (Vabariigi Valitsus, minister või volikogu), sest koostöö erasektoriga ja täitmise tellimine võib teatud juhtudel olla ülimalt tundlik valdkond. Samuti tuleb silmas pidada, et riik või kohaliku omavalituse üksus vastutab

<sup>27</sup> Riigikohus on käsitlenud avalik-õigusliku ja eraõigusliku lepingu eristamise kriteeriume nt järgmistes lahendites: RKTkm 3-2-1-49-04, p 15; RKHKo 3-3-1-64-03, p 12; RKHKm 3-3-1-19-06; RKEKm 3-3-4-1-10; RKEKm 3-3-4-2-11. Avalik-õiguslik suhe tuvastati ka nt RKPJKo 3-4-1-15-07; RKPJKo 3-4-1-6-08; RKPJKo 3-4-1-14-09.

<sup>28</sup> Sama nõue tuleneb HMS § 97 lg-st 1, Vabariigi Valitsuse seaduse (RT I 1995, 94, 1628; 15.03.2011, 22) § 41 lg-st 5 ja ka kohaliku omavalitsuse üksuste liitude seaduse (RT I 2002, 96, 565; RT I 2009, 54, 363) § 9 lg-test 3 ja 4. Ainsaks erandiks on kohaliku omavalitsuse leitud vabatahtlikud kohaliku omavalitsuse funktsioonid, mida ei reguleeri riik – selliseid funktsioone on lubatud erasektorile delegeerida ilma seadusest tulenevat delegeerimisnormi järgimata. Vt ka N. Parrest. Constitutional Boundaries of Transfer of Public Functions to Private Sector in Estonia. – *Juridica International* 2009 (XVI), lk 44–55. Ülesannete üleandmise ja haldusabi eristamise kohta Saksamaal ning selle kohta, millal on erasektori kaasamiseks vaja järgida seadusest tulenevat delegeerimisnormi, vt nt C. Sellmann. Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung. – *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008/8, lk 817 jj.

füüsilisest või eraõiguslikust juriidilisest isikust avaliku võimu kandja poolt tekitatud kahju eest ülesande täitmise ajal (riigivastutuse seaduse<sup>29</sup> § 12 lg 2 ja 3).

Halduslepingu (sh haldusõigusliku kontsessioonilepingu) sõlmimisel tuleb järgida riigihanke reegleid. Isikuga haldusülesande täitmiseks volitamise halduslepingu sõlmimisel juhendatakse riigihangete seaduses teenuste hankelepingu sõlmimise tingimustest ja hankemenetluse korrast<sup>30</sup>, arvestades teatud erisusi (HKTS § 13 lg 1). Näiteks tuleb riigihange korraldada, sõltumata halduslepingus ettenähtud haldusülesande täitmise tellimise maksumusest, samuti ei rakendu riigihangete seaduses järelevalve ja kaebemenetluse kohta sätestatu.

Erinevalt haldusõiguslikest kontsessioonidest ei ole tsiviilõigusliku kontsessiooni andmiseks seaduse järgi vaja eraldi volitust (delegeerimismisnormi). Hankemenetluse korraldamise ja lepingu sõlmimise pädevuse andmiseks ei ole tavaliselt vaja ka poliitilist otsust, välja arvatud lepingute puhul, millega luuakse finantskohustused järgmisteks eelarveaastateks.<sup>31</sup>

Teenuste kontsessiooni andmisele kohaldatakse Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtteid seaduses täpsustatud tingimustel (RHS § 17). Näiteks ehitustööde kontsessiooni andmisel peab hankija järgima RHS 3. peatükist tulenevaid ettekirjutusi. Omakorda lasuvad kontsessioonääril kohustused kontsessiooni alusel ehitustööde hankelepingu sõlmimiseks: näiteks peab kontsessionäär reeglina esitama selleks registreeritud hanketeate (RHS § 78 lg 1), kümne päeva jooksul pärast hankelepingu sõlmimist aga esitama registreeritud riigihanke aruande (RHS § 78 lg 4). Sõltumata detailsete reeglite olemasolust seaduses, on Riigikohtu halduskohtukollegium oma 27. oktoobri 2010. a otsuses 3-3-1-66-10 viidanud EK lahenditele ja korranud, et „[k]ontsessiooni andmine peab põhinema objektiivsetel, mittediskrimineerivatel ja varem teada olevatel kriteeriumidel, et kaalutusõiguse teostamine oleks piiritletud ja seda ei saaks meelevaldselt kasutada“.

Oluline erinevus tsiviilõigusliku ja haldusõigusliku lepingu vahel on seotud lepingu kehtima hakkamise momendiga. Nimelt peab haldusleping kehtimahakkamiseks olema kõigepealt nõuetekohaselt avaldatud, sest piiritlemata arvu juhtumeid reguleeriv haldusleping jõustub määruse jõustumiseks ettenähtud korras (HMS § 101 lg 4).<sup>32</sup> Kuna haldusülesande üleandmisel on avaldamise eesmärgiks teavitada kolmandaid isikuid uuest haldusorganist, siis halduslepingust teavitamata jätmise (HMS § 94 lg 2 p 1) on aluseks lepingu tühisusele.<sup>33</sup> Lisaks võib haldusleping osutada tühiseks, kui esinevad asjaolud, mis tingivad tsiviilõigusliku lepingu tühisuse (HMS § 103 lg 1 p 2), sealhulgas tsiviilseadustiku üldosa seaduse<sup>34</sup> § 87 alusel vastuolu tõttu seadusega.

Tsiviilõigusliku kontsessioonilepingu puhul mõjutab lepingueelsetes suhetes esinenud rikkumine lepingu kehtivust eeskätt Euroopa Liidu riigihankeõigusest tulenevatel juhtumitel (vt eespool kohtuasja 3-3-1-66-10 kohta öeldut), sealhulgas RHS § 69 lõikes 1<sup>a</sup> sätestatud alustel.<sup>35</sup>

Ülalkirjeldatust tuleneb, et selleks, et seadust täita, tuleb kontsessioonilepingu õiguslik olemus välja selgitada juba kontsessiooni andmise ettevalmistusfaasis. Muidu võib leping osutada õigusvastaseks

<sup>29</sup> RT I 2001, 47, 260; RT I, 13.09.2011, 11.

<sup>30</sup> HKTS § 13 lg-s 1 viidatakse teenuste hankelepingule. Eeldatavasti tuleb haldusõigusliku kontsessioonilepingu puhul juhendada siiski RHS-s kontsessioonide kohta sätestatud (mitte üldkorras), sest seda toetab riikliku õiguse Euroopa Liidu õigusest lähtuva tõlgendamise põhimõte.

<sup>31</sup> Vabariigi Valituse seaduse § 53 lg 2 ja § 49 lg 1 p 8; riigieelarve seaduse (RT I 1999, 55, 584; RT I, 28.12.2011, 15) § 31 lg 1; kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse § 22 lg 1 p 8.

<sup>32</sup> Vt ka RKPJKo 3-4-1-1-10, p 45–46. HMS § 101 lg 4 sätestab, et selline haldusleping jõustub samas korras, nagu jõustuvad määrused. See tähendab, et kohaliku omavalitsuse sõlmitud halduslepingud tuleb reeglina avalikustada väljapanekuga valla- või linnakantseleis (valla või linna põhimääruses võib olla sätestatud ka teistsugune avalikustamise kord) (kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse § 31 lg 1 ja § 23 lg 1). Riigiasutuste poolt sõlmitud halduslepingud avaldatakse Riigi Teatajas (Riigi Teataja seaduse (RT I 2010, 19, 101; RT I 2010, 19, 101) § 2 lg 2 p 6). Sama põhimõte – Riigi Teatajas avaldamise kohustus – hakkab kohalduma ka kohalikele omavalitsustele alates 1. jaanuarist 2013. Tuleb lisada, et HMS § 101 lg 4 ei sätesta üheselt, kas halduslepingu muutmise ja lõpetamise jõustumisele laienevad samuti määruse muutmise ja kehtetuks tunnistamise nõuded või mitte. Teisisõnu, kuna määruse muutmise ja kehtetuks tunnistamisele antakse uus määrus, mille jõustumise eelduseks on selle avalikustamine, siis tekib küsimus, kas halduslepingu muutmise ja lõpetamise jõustumise eelduseks on samuti vastavasisulise teabe avalikustamine. Vaidluste vältimiseks oleks soovitatav muudatus avalikustada.

<sup>33</sup> Vrd RKPJKo 3-4-1-1-10, p 46.

<sup>34</sup> RT I 2002, 35, 216; RT I, 06.12.2010, 12. Paradoksaalsel kombel ei pruugi sama reegel tsiviilõigusliku kontsessiooni puhul rakenduda tulenevalt riigihangete seaduse eriregulatsioonist.

<sup>35</sup> M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 193–208. Arvutivõrgus: <http://hdl.handle.net/10062/15148> (03.04.2012); M. A. Simovart. Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the *Presstext* Ruling. – *Juridica International* 2010 (XVII), lk 151–160; M. A. Simovart (viide 19), lk 91–99.

ja/või tühiseks. Samas võib keeruliste projektide juriidiline olemus projekti alguses jääda ebaselgeks.<sup>\*36</sup> Haldusorgani jaoks ei pruugi seetõttu alati selge olla, kas riigisisese õiguse vaatevinklist on konkreetse kontsessioonilepingu puhul tegemist haldus- või tsiviilõigusliku lepinguga.

### 3.2. Kontsessioonilepingu sisu ja järelevalve

Halduslepingu vormis antud kontsessioonile kohalduvad ranged lepingu koostamise ja järelevalve reeglid. Haldusleping, sealhulgas haldusõiguslik kontsessioonileping, peab alati sisaldama teatud kohustuslike sätteid (HKTS § 10), mis praktikas sageli, kuid siiski mitte alati, kattuvad tsiviilõiguslikes lepingutes ettetulevate sätetega. Teiselt poolt on teatavad tingimused riigi ja kohaliku omavalituse sõlmitud halduslepingutes keelatud, näiteks hankija kohustus maksta kontsessionäärile hüvitist olukorras, kus hankija lõpetab lepingu kontsessionääri olulise rikkumise tõttu (HKTS § 11 lg 1 p-d 1–2 ja lg 3).

Haldusõigusliku kontsessioonilepingu täitmise üle järelevalvet teostaval organil on halduslepingu täitmise ajal õigus sekkuda teise poole (kontsessionääri) majandustegevusse, samal ajal kui tsiviilõigusliku kontsessioonilepingu täitmise raames puudub hankijal otsene järelevalve kontsessionääri üle. Nii näeb halduskoostöö seadus ette, et järelevalvet teostav organ peab andma eelneva nõusoleku näiteks ümberkujundamiseks, teatud omandi võõrandamiseks või investeerimisotsuste tegemiseks jne (HKTS § 15 lg 1). Nõutava kooskõlastuse hankimata või nõutava informatsiooni esitamata jätmist saab sõltuvalt asjaoludest tõenäoliselt käsitada lepingust tuleneva kohustuse rikkumisena, mis võib sõltuvalt asjaoludest anda asutusele õiguse haldusülesande täitmiseks sõlmitud leping ühepoolset lõpetada HKTS § 11 lõike 1 alusel.

Tsiviilõiguslike kontsessioonilepingute puhul mingeid kindlaid kohustuslike ega keelatud sätteid ette nähtud ei ole. Eestis ei ole kasutusel ka kohustuslike ega üldkasutatavaid vabatahtlike tüüplepingu vorme (kuigi loomulikult võib iga tellija kasutada oma lepinguvorme).<sup>\*37</sup> Lepingutingimuste koostamisele kohalduvad piirangud tulenevad küll Euroopa Liidu toimimise lepingu<sup>\*38</sup> põhimõtetest ja hanke üldpõhimõtetest<sup>\*39</sup>, kuid selliste reeglite täitmisele pööramine on siiski palju keerulisem ja juhuslikum ning seetõttu ka vähem tõhus kui halduslepingute ülalkirjeldatud kohustuslike tingimuste kasutamisel.

Seega loob kehtiv seadus halduslepingutel rajanevate kontsessioonide sisu osas suurema ettenähtavuse ja õiguskindluse kui tsiviilõiguslike kontsessioonide puhul. Viimaste sisu ja juriidiline kvaliteet sõltub palju enam konkreetse hankija suvast ja kompetentsist, mis muuhulgas tekitab suurema võimaluse kuritarvitusteks ja riigihanke üldpõhimõtete rikkumiseks kontsessiooni täitmise käigus.

### 3.3. Kontsessioonilepingute muutmise ja lõpetamine

Tsiviilõigusliku kontsessiooni (hankelepingu) puhul ei ole hankijal lepingu muutmise ega lõpetamise osas mingeid eelisõigusi võrreldes lepinguõiguslike üldreeglitega. Eeskätt võib hankija lepingust taganeda või lepingu üles öelda, kui teine lepingupool on lepingulist kohustust oluliselt rikkunud (VÕS<sup>\*40</sup> § 116 lg 1, § 196 lg 2). Kestvuslepingu võib kumbki lepingupool ka muul mõjuval põhjusel üles öelda, eelkõige kui ülesütlevalt poolelt ei või kõiki asjaolusid ja mõlemapoolset huvi arvestades mõistlikult nõuda lepingu jätkamist kuni kokkulepitud tähtpäevani või etteteatamistähtaja lõppemiseni (VÕS § 196 lg 1).<sup>\*41</sup> Sealjuures ei saa aga

<sup>36</sup> S. Arrowsmith (viide 4), lk 330; Roheline raamat avaliku ja erasektori partnerluse ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal (viide 4), lk 12.

<sup>37</sup> Selliste lepinguvormide soovitatavuse kohta vt M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes (viide 35), lk 67–69, 183.

<sup>38</sup> ELT C 83, 30.03.2010, lk 47.

<sup>39</sup> M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes (viide 35), lk 179–190. Vt ka M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – *Juridica* 2012/2, lk 83–89.

<sup>40</sup> Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487; RT I, 08.07.2011, 21.

<sup>41</sup> Praktikas on vaidlusi tekitanud juhtum, kui RKÜK tunnistas seadusesätteid, mis lubasid väärteto kohtuvälise menetleja ülesanded üle anda eraisikule, põhiseadusega vastuolus olevaks. Nende sätete alusel olid kohalikud omavalitsused aga sõlminud halduslepingud. Kerkis küsimus, kas kohalik omavalitsus võib pärast Riigikohtu otsust halduslepingu erakorraliselt üles öelda VÕS § 196 alusel (lisaalus võrreldes HMS-s ja HKTS-s sätestatuga, mille kohaldatavus tuleneks HMS § 102 lg-st 1) või oleks leping tulnud lõpetada HMS § 102 lg 2 alusel. Nimetatud kahe alternatiivi erinevus seisneb selle, et viimane eeldab teatud tingimuste täitmist (ülekaaluka avaliku huvi raske kahjustamise tuvastamine, alternatiivide väljaselgitamine, põhjendamine, samuti eraisikule kahju hüvitamine). Kohus nõustus Tallinna linnaga: HMS § 102 lg-t 2 ei tulnud kohaldada, sest HMS § 102 lg 1 kohaselt tuli kohaldada VÕS sätteid. Vt Tln RgKo 3-08-1246, p 10-11; vt ka RKHKo 3-3-1-9-10.

avaliku võimu kandjat, kes tsiviilõigussuhtes osaleb, seada eelisseisundisse isegi juhul, kui tema soov leping erakorraliselt üles öelda tuleneb avalikust huvist.<sup>\*42</sup>

Samas kehtivad tsiviilõigusliku kontsessiooni muutmise suhtes mõned lisapiirangud. Valitseva seisukoha<sup>\*43</sup> järgi tuleks oluliste muudatuste tegemist kontsessioonilepingusse vältida vastavalt *de facto* uute hangete vältimise reeglile ehk oluliste muudatuste keelule, mille EK sõnastas kohtuasjas *Pressetext*<sup>\*44</sup> ja kinnitas kontsessioonide kontekstis asjas *Wall AG*.<sup>\*45</sup> Samu reegleid kajastab uus kontsessioonide direktiivi eelnõu: kontsessiooni olulist muutmist käsitatakse uue kontsessiooni andmisena (art 42 lg 1), mis muutmise asemel eeldab reeglina uue menetluse korraldamist (lg 1 ja 6). Direktiivi eelnõu sätestab näidisloetelu tingimustest, mida tuleb käsitada olulisena, s.o tingimused, mis (a) algselt esitatuna oleksid võimaldanud valida muid taotlejaid või anda kontsessiooni muule taotlejale või pakkujale, (b) muudavad kontsessiooni majanduslikku tasakaalu kontsessionääri kasuks, (c) laiendavad kontsessiooni ulatust oluliselt või (d) mille tulemusel kontsessionäär asendatakse.<sup>\*46</sup> Muudatuse pidamine oluliseks sõltub siiski ka selle maksumusest. Näiteks ei pruugi olla oluline muudatus, mis jääb alla 5% muudetud lepingu maksumusest.<sup>\*47</sup> Samuti võib ühe erandina olla muudatuse tegemine aktsepteeritav, kui see on **selgete, täpsete ja ühemõtteliste** tingimustega kontsessioonidokumentides ette nähtud.<sup>\*48</sup>

Lisaks senises EK praktikas kujundatud reeglitele sätestab direktiivi eelnõu muudatuste tegemise keelu juhul, kui muudatuse eesmärk on kas heastada kontsessionääri tegevuses esinevaid puudusi, „mida saab heastada lepinguliste kohustuste jõustamisega“, või hüvitada hinnatõusu riske, „mis tulenevad hinnakõikumisest ja mis võivad mõjutada lepingu täitmist ning mille kontsessionäär on maandanud“.<sup>\*49</sup> Säte peaks sellisena teenima alapakkumiste välistamise, samuti muul viisil kontsessionääri eeliskohtlemise vältimise eesmärki. Kontsessioonide puhul on riski maandavate muudatuste keeld eeskätt õigustatud, arvestades riskijaotust kui kontsessiooni peamist defineerivat tunnust (vt eespool).

Juhul kui kontsessiooni muudatus on selline, et seda tuleb käsitada uue kontsessiooni andmisena, peavad liikmesriigid direktiivi eelnõu kohaselt tagama kontsessiooni lõpetamise võimaluse.<sup>\*50</sup> Autorid on seisukohal, et Eesti kehtiva õiguse kohaselt saab selle eesmärgi seaduse tõlgendamise teel saavutada, tuginedes RHS § 69 lõikes 1<sup>1</sup> ja § 117 lõike 2<sup>1</sup> punktis 3 sätestatud hankelepingu tühisusele.<sup>\*51</sup> Ebaselge aga on, kas selline järeldus puudutaks vaid tsiviilõigusliku lepinguga või ka halduslepinguga antud kontsessioonide muudatusi. Samas on oluline, et kontsessioonide direktiivi eelnõu ei sea regulatsiooni kohaldamist sõltuvusse kontsessiooni määratlusest riigisisises õiguses.<sup>\*52</sup> Kuna kontsessiooniks direktiivi eelnõu tähenduses võib osutuda ka Eesti õiguse mõistes haldusleping, peab *de facto* uute lepingute keeld kohalduma samadel tingimustel igasuguste kontsessioonide suhtes.<sup>\*53</sup> Seetõttu vajab kehtiv reeglistik seadusandja poolt täiendamist, sätestamaks nii haldus- kui ka tsiviilõigusliku lepinguga antud kontsessiooni ebaseadusliku muudatuse tagajärjed, sealhulgas sõltuvalt asjaoludest lepingu tühisuse. Otstarbekuse ja õigusselguse ning Euroopa Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise kaalutlustel on selline järeldus asjakohane, sõltumata uue kontsessioonide direktiivi vastuvõtmisest.

Erinevalt tsiviilõiguslikest lepingutest on haldusorganil halduslepingu (sh kontsessioonide) täitmisel mõningad erivolitused. Näiteks on haldusorganil õigus halduslepingut ühepoolset muuta või see lõpetada,

<sup>42</sup> RKTko 3-2-1-62-04, p 14; 3-2-1-2-06, p 18; 3-2-1-114-07, p 11.

<sup>43</sup> RHS § 69 lg-tes 3 ja 4 on sätestatud lisareeglid lepingute muutmiseks, kuid neid sätteid tuleks käsitleda üsna kriitiliselt ning pöörata täitmisele kitsalt *Pressetexti* otsuse valguses. Vt M. A. Simovart. Amendments to Procurement Contracts (viide 35), lk 157–160.

<sup>44</sup> EKO C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. – EKL 2008, lk 4401.

<sup>45</sup> EKO C-91/08 (viide 1).

<sup>46</sup> Eelnõu art 42 lg 2. Viimasel reeglil on siiski ka erand: kontsessionääri asendamine võib olla lubatud teatud sisemiste ümberkorralduste tõttu või lepingulisel alusel, kui uus kontsessionäär omab esialgu nõutud kvalifikatsiooni, kui muid olulisi muudatusi ei tehta ning muudatuse eesmärgiks ei ole direktiivi kohaldamisest kõrvale hoiduda (art 42 lg 3).

<sup>47</sup> Eelnõu art 42 lg 4.

<sup>48</sup> Eelnõu art 42 lg 5.

<sup>49</sup> Eelnõu art 42 lg 7.

<sup>50</sup> Eelnõu art 43.

<sup>51</sup> Vt selle kohta M. A. Simovart (viide 19), lk 94, 96.

<sup>52</sup> Direktiivi eelnõu art 2 lg 1 p 1, 7; vt ka EKO C-348/10 (viide 8).

<sup>53</sup> Riigikohtu halduskohtukolleegium on korduvalt leidnud, et mis tahes avalike ressursside üleandmine teistele isikutele peab toimuma võrdse kohtlemise, proportsionaalsuse, avalikustamise ja läbipaistvuse põhimõtteid järgides. Vt nt RKTko 3-3-1-8-01, p 16; 3-3-1-26-04, p 10; 3-3-1-59-05, p 17; 3-3-1-5-06, p 16.



kui see on tingimata vajalik, et vältida ülekaaluka avaliku huvi rasket kahjustamist (HMS § 102 lg 2).<sup>54</sup> Sel alusel halduslepingu muutmist või lõpetamist peab haldusorgan põhjendama ning hüvitama lepingu teisele poolele sellega tekitatud varalise kahju (HMS § 102 lg 3). Näiteks võib lepingu lõpetamine olla õigustatud, kui halduslepingu jätkuv (muutmata kujul) täitmine võib seada ohtu teiste ülesannete täitmise haldusorgani poolt või kui teine lepingupool ei suuda täita olulisi haldusülesandeid, mille täitmine on halduslepingu alusel kohustuslik.<sup>55</sup> Halduslepingu ühepoolse muutmise õiguse eesmärk on hoida ära olukord, kus teine lepingupool saaks ülekaalukat avalikku huvi kontrollida. Tuleb siiski ka lisada, et kohtupraktika ei ole üldiselt aktsepteerinud avaliku halduse kandja (nt kohaliku omavalitsuse) majandusraskusi kui ülekaalukat avalikku huvi HMS § 102 lõike 2 mõttes.<sup>56</sup>

Omakorda on ka lepingu teisel poolel – antud juhul kontsessioonääril – võimalik nõuda HMS § 102 lõikele 4 tuginedes halduslepingu muutmist „vastavalt uutele oludele“, kui halduslepingu täitmine on pärast selle sõlmimist muutunud **oluliselt raskemaks**. Juhul kui haldusorgan lepingu muutmisest keeldub või kui muutmine on võimatu, võib muutmise asemel nõuda lepingu lõpetamist.

Seega, kui algselt sätestatud lepinguline kohustus muutub või kui asjaolud õigustavad lepingu muutmist avalike huvide teenimiseks, on halduslepingu pooltel teatud võimalused lepingu muutmiseks (või lõpetamiseks). HMS § 102 lõikes 2 sätestatud halduslepingu ühepoolse muutmise ja lõpetamise alus erineb eraõiguses sätestatust (nt VÕS § 97 lepinguliste kohustuste vahekorra muutumine, mille puhul on ka tegu „äärmiselt erandlikel juhtudel“ kohaldatava normiga<sup>57</sup>) muuhulgas selle poolest, et kui eraõigus annab aluse nõuda (nõudeõiguse) lepingupartnerilt lepingu muutmist ja lepingu muutmine sõltub kokkuleppe saavutamisest (või võib VÕS § 97 lg 5 eelduste täitmisel lepingust taganeda / selle üles öelda), siis siin toimub ühepoolne halduslepingu muutmine (kujundusõigus). Kui teine lepingupool (lepingu täitja) ei ole muudatusega nõus, siis võib ta pöörduda küll halduskohtusse, kuid kohtusse pöördumine ei vabasta automaatselt (muudetud) halduslepingu täitmisest. Tõsi, võib taotleda halduskohtult esialgse õiguskaitse kohaldamist, et kohus peataks muudetud lepingutingimuste kehtivuse.

Riik või kohalik omavalitsus võib haldusülesande täitmiseks sõlmitud lepingu ühepoolset lõpetada ka juhul, kui:

- a) kontsessionäär on halduslepingut või haldusülesande täitmist reguleerivat muud õigusakti rikkunud korduvalt või oluliselt ja see on põhjustanud olulise kahju kolmandale isikule või tema varale<sup>58</sup> või
- b) kontsessionäär on jätnud korduvalt täitmata haldusülesande täitmise järele valvava asutuse või organi ettekirjutusi, või
- c) muul seaduses või halduslepingus sätestatud alusel (HKTS § 11 lg 1).

Haldusülesande täitmiseks sõlmitud haldusleping lõpetatakse ka juhul, kui kontsessionääri puhul ei esine seaduses loetletud nn usaldusväärset kinnitavaid asjaolusid (HKTS § 12 lg 2 p-d 1–3 ja § 16).

Kokkuvõttes annab seadus halduslepingu muutmise ja lõpetamise jaoks reeglid, mis erinevad oluliselt tsiviilõiguslike lepingute kohta kehtivatest. Sellisest eriregulatsioonist tulenevate õiguste kasutamine hankija poolt võib olla kontsessionääri jaoks ootamatu, kui viimane on kontsessiooni saanud riigihanke korras ega ole adunud, et tegemist on halduslepinguga.

<sup>54</sup> RKKKo 3-3-1-13-07, p 8: „Seega eeldab ka lepingu ühepoolne muutmine seaduses sätestatud toimingute läbiviimist – ülekaaluka avaliku huvi raske kahjustamise ohu tuvastamist, selle ohu vältimise võimaluste väljaselgitamist ning lepingu muutmise vajaduse tuvastamisel teisele lepingupoolele vastavate põhjenduste esitamist.“

<sup>55</sup> „Haldusmenetluse seaduse“ ja „Vabariigi Valitsuse seaduse muutmise seaduse“ eelnõu (456 SE) seletuskiri. Arvutivõrgus: [www.riigikogu.ee](http://www.riigikogu.ee) (03.04.2012).

<sup>56</sup> Tln HKo 3-09-2477, p 12–13. Kohaliku omavalitsuse majandusraskustest tingitud eelarvehandide vähenemise käsitlemise kohta objektiivse ja ettenägematu asjaoluna, mis välistab kohaliku omavalitsuse kohustuse täitmise, vt nt RKKKo 3-3-1-26-10 ja 3-3-1-37-10 (ehitusseaduse § 13 kohustuste täitmise näitel).

<sup>57</sup> Vt ka RKTko 3-2-1-76-10, p 11; 3-2-1-136-11, p 16; M. A. Simovart. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. – *Juridica* 2008/4, lk 219–229.

<sup>58</sup> HKTS § 11 lg 1 (halduslepingu ühepoolne lõpetamine mh rikkumise korral) peaks olema erinorm VÕS § 196 lg 2 (kestvuslepingu erakorraline ülesõtlemine lepingu rikkumise korral) suhtes ning viimati nimetatu ei kohaldu.

### 3.4. Muudatused kontsessionäri õiguslikus staatuses

HMS § 8 lõike 2 kohaselt on haldusorgan seaduse, selle alusel antud määruse või halduslepinguga avaliku halduse ülesandeid täitma volitatud asutus, kogu või isik. Seega muutub eraõiguslik isik, kes halduslepingu alusel haldusülesannet täitma asub, haldusorganiks koos kõigi sellega kaasnevate praktiliste ja juriidiliste tagajärgedega. Haldusorgani staatuse omandamine paneb eraõiguslikule isikule lisakohustusi. Näiteks peab eraõiguslik isik haldusülesannet täites järgima haldusmenetluse reeglistikku, sealhulgas seadusest tulenevat kohustust teavitada kõiki menetluse osalisi, andma selgitusi, kuulama ära osaliste arvamused ja vastuväited, järgima uurimispõhimõtet, tegema otsuseid kooskõlas haldusaktidele kohalduvate sätetega jne.<sup>\*59</sup> Kui lõppkasutaja ei ole rahul (eraõiguslikust isikust) haldusorgani poolt halduslepingu alusel osutatava avaliku teenusega ja esitab sellest tulenevalt nõude kohtusse, saab (eraõiguslikust isikust) haldusorganist halduskohtumenetluses vastustaja. Tavaliselt peab kontsessionäär kandma ka kohtumenetluse kulusid, sõltumata menetluse tulemustest.<sup>\*60</sup> Haldusülesande eraõiguslikule isikule delegeerinud asutusele jääb ainult kohustus hüvitada kolmandatele isikutele kahju, kusjuures asutusel on regressiõigus eraõiguslikust isikust haldusorgani vastu. Füüsilisest või eraõiguslikust juriidilisest isikust avaliku võimu kandja tekitatud kahju eest vastutab riik, kohaliku omavalitsuse üksus või muu avalik-õiguslik juriidiline isik, kes andis füüsilisele või eraõiguslikule juriidilisele isikule volitused avalike ülesannete täitmiseks, kui seadus ei sätesta teisiti (riigivastutuse seaduse § 12 lg 3, § 19).

Põhimõtteliselt peab halduslepingu alusel haldusülesannet täitev eraettevõtja olema valmis võtma sellega kaasnevat spetsiifilist vastutust. Näiteks võib tuua EK praktika kohtuasjas *Foster vs. British Gas*, kus direktiivide otsese mõju põhimõtet laiendati eraõiguslikule ettevõttele.<sup>\*61</sup> „Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võib direktiivile tugineda mitte ainult riigiasutuste, vaid ka riigile alluvate või riigi poolt kontrollitavate organisatsioonide või asutuste vastu või nende vastu, kellel on laiemad volitused võrreldes nendega, mis tulenevad isikutevahelistele suhetele kohaldatavatest eeskirjadest, nt kohalik omavalitus või organisatsioonid, kelle ülesanne on, olenemata juriidilisest vormist, ametiasutuste korraldusel ja nende kontrolli all avalikust huvist tulenevate teenuste osutamine.“ Niisiis, kui äriühing sõlmib haldusõigusliku lepingu, võib ta kaudselt muutuda näiteks vastutavaks liikmesriigi rikkumiste ees Euroopa Liidu direktiivide väärarandamise korral.<sup>\*62</sup>

Vaidlused halduslepingute, sealhulgas avalik-õiguslike kontsessioonide üle alluvad halduskohtule.<sup>\*63</sup> Kohtualluvus eraõigusliku kontsessioonilepingu puhul sõltub aga konkreetse vaidluse esemest: hanke- ja seadusega seonduv allub riigihangete vaidlustuskomisjonile<sup>\*64</sup> ja halduskohtule<sup>\*65</sup>, eraõigusliku lepingu täitmise ja õiguskaitsevahendite rakendamisega seonduv aga maakohule. Halduskohtul on õigus menetleda hankelepingu muutmise seonduvaid vaidlusi (HKMS § 266 lg 1), samas võivad lepingu kehtivust puudutavad asjad sõltuvalt asjaoludest alluda kas haldus- või maakohule.<sup>\*66</sup> Sellise dihhotoomia tõttu on

<sup>59</sup> Võib öelda, et teenuse osutamise (sh kvaliteedi) nõuded on erasektori puhul isegi rangemad. Siiski tuleb siin vahet teha vaba-tahtlike ise seatud kvaliteedinõuete, mille rikkumise tagajärjeks võib olla ainult klientidest ilmajäämine ja tulu vähenemine, ning kohustuslike seadusest tulenevate nõuete vahel, mille rikkumine on seadusega vastuolus.

<sup>60</sup> Riigikohtu halduskohtukollegium on korduvalt rõhutanud, et sõltumata menetluse tulemustest jäävad kohtumenetluskulud tavaliselt haldusorgani kanda: haldusorgan peab suutma osaleda menetluses oma juristide abiga ja kandma ise välised õigusabikulud. Kulude jaotamise otsustamisel kaalub kohus peamiselt seda, kas vaidlus jääb väljapoole isiku igapäevast majandustegevust või mitte. Sama põhimõtte kehtib siis, kui eraõiguslik isik tegutseb haldusorganina halduslepingu alusel. Vt nt RKKKo 3-3-1-24-07, p 16; 3-3-1-58-07, p 13; 3-3-1-99-09, p 23. Artikli avaldamise seisuga puudub Riigikohtu praktika, kas kohtu lähenemine muutub või mitte uue HKMS rakendamisel.

<sup>61</sup> EKo C-188/89, *Foster jt vs. British Gas*. – EKL 1990, lk I-3313, p 18–20.

<sup>62</sup> Sarnasest põhimõttest lähtub ka Euroopa Inimõiguste Kohus (EIK), analüüsides riigi käitumise vastavust Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioonile. Vt nt EIKO 03.04.2012, 54522/00, *Kotov vs. Venemaa*, p 92 jj.

<sup>63</sup> Halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS) § 6 lg 1, § 44 lg 4 ja § 260. Vt ka RKTkm 3-2-1-49-04.

<sup>64</sup> RHS § 117 lg 1.

<sup>65</sup> Vt ka RKKm 3-3-1-57-10, p 22. Kohus rõhutas, et riigihankemenetlusest tulenev vaidlus on alati avalik-õiguslik ning riigihankemenetluse toimingute õiguslik iseloom ei sõltu sellest, kas ostja on eraõiguslik (nt eri- või ainuõigust või loomulikku monopoli omav ettevõtja) või avalik-õiguslik juriidiline isik.

<sup>66</sup> Enne 1. jaanuari 2012 jõustunud HKMS alusel sai halduskohus haldusakte (sh hankemenetluses vastu võetuid) küll tühistada, kuid ei saanud kohtuotsuse resolutsioonis võtta seisukohta haldusaktiga seotud (nt hankemenetluse tulemusel sõlmitud) eraõigusliku lepingu kehtivuse kohta (vt nt RKEKo 3-2-1-100-08, p 20). Eraõigusliku lepingu tühistust sai halduskohus kohtulahendi resolutsioonis tuvastada vaid väga erandlikel asjaoludel (vt nt RKKKo 3-3-1-66-10, p 19). Kehtiva HKMS § 5 lg 2 sätestab seevastu, et kui haldusaktis sisaldub või haldusakti alusel on tehtud vastustaja eraõiguslik tahteavaldus, võib kohus koos haldusakti tühistamisega teha otsuse resolutsioonis kindlaks ka sellise tehingu tühisuse, mille tegemisele see tahteavaldus oli suunatud. Ka RHS § 69 lg 1<sup>1</sup> ja § 117 lg 2<sup>1</sup> p 3 alusel esitatud tühisuse tuvastamise nõuded kuuluvad edasi-

vaidlused era- ja avalik-õigusliku kontsessiooni üle allutatud suuremalt jaolt erinevatele menetlusreeglitele, lisaks võib eraõiguslik kontsessioonileping sõltuvalt vaidluse olemusest alluda eri kohtutele. Selline riigisisese õiguse eripärane normistik ei tohi aga siiski kahjustada isikute õigust tõhusale õiguskaitsele.

Ebaselgus ja -määrasus selles, kuhu konkreetne kontsessioonileping õigusliku vormi poolest liigitub, võib tähendada ka seda, et õiguskaitsevahendeid, mis konkreetsele lepingule kohalduksid, ei saa tõhusalt täitmisele pöörata ning nii avalikud huvid kui ka asjaomase turuosalise huvid ei pruugi olla piisavalt kaitstud. Selline olukord ei võimalda tõhusalt täita asutamislepingu põhimõtteid ega Euroopa Liidu hankeõigust. Selle asemel võib õiguslik ebaselgus takistada liikmesriikide vahelist kaubandust ja siseturu toimimist, raskendades Euroopa Liidu investorite osalemist riigihanketurul.

Kuigi menetlusõigus kuulub üldreeglina riigi pädevusse, ei ole riigi vabadus menetlusi reguleerida EK praktika kohaselt piiratud.<sup>67</sup> *Unibeti* lahendis on EK sedastanud: „Kuigi põhimõtteliselt peab isiku õigus olla menetlusosaline ning tema põhjendatud huvi olema määratletud siseriiklikus õiguses, nõuab ühenduse õigus siiski, et liikmesriigi õigusaktid ei kahjustaks õigust tõhusale kohtulikule kaitsele. Liikmesriikide ülesanne on seega näha ette õiguskaitsevahendite ja menetluste süsteem, mis võimaldab tagada selle õiguse järgimise.“<sup>68</sup> Olukorras, kus kontsessioonide andmine on siseturu reeglite kaitsealas, ei ole lubatav näiteks ettevõtja õiguste kaitse killustamine eri kohtumajade vahel. Samast lahendist tuleneb halduskohtu kohustus lähtuda menetlusnormide tõlgendamisel Euroopa Liidu õiguse tõhusa kohaldamise eesmärgist. Otsuse punkti 44 kohaselt „on liikmesriigi kohtul kohustus tõlgendada talle esitatud kaebustele kohaldatavaid menetlusnorme, näiteks riigi ja hageja vahelise konkreetse õigussuhte olemasolu nõue, nii palju kui võimalik selliselt, et nende kohaldamine aitaks saavutada [...] eesmärki tagada ühenduse õigusest isikutele tulenevate õiguste tõhus kohtulik kaitse“.

## 4. Kokkuvõte

Kontsessioonide andmisel kohaldatakse Eestis praegu Euroopa Liidu toimimise lepingu sätteid ja Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtteid. Sõltumata sellest, kas kontsessioone reguleeriva uue direktiivi eelnõu kunagi ka kehtivaks õiguseks muutub, peavad riigisisised kontsessioone reguleerivad seadused tagama õigusselguse ja Euroopa Liidu õiguse tõhusa kohaldamise.

Kahjuks kontsessioone puudutavad ebakõlad Eesti õiguses pigem suurendavad segadust. Olgugi et kontsessiooni mõistet tuntakse ja kasutatakse, ei ole selle sisu üheselt avatud ei õigusaktides ega -teoorias. Veel vähem leiab selgust avalik-õiguslike ja eraõiguslike kontsessioonide eristamiseks. Ebaselgust lisab kohtualluvuse küsimus.

Kooskõlas Euroopa Liidu õigusega on Riigikohus viimases kohtupraktikas tunnustanud EK poolt välja töötatud kriteeriume kontsessiooni põhitunnustena.

Isegi kui on täiesti selge, et konkreetset kokkulepet tuleb käsitada kontsessioonina, tuleb lisaks arvestada, et kontsessioonilepingute suhtes kohalduvad riigisisest kaks oluliselt erinevat reeglistikku sõltuvalt sellest, kas on tegemist avalik-õigusliku (haldus-) või eraõigusliku (tsiviilõigusliku) kontsessioonilepinguga. Haldusõigusliku ja tsiviilõigusliku kontsessiooni poolte õigused ja kohustused on aga märkimisväärselt erinevad.

Õigusselgusetuse tõttu on kontsessioone puudutava Euroopa Liidu õiguse kohaldamine Eesti õigumaastikul keeruline, ebaefektiivne ja ettearvamat, loob potentsiaalselt takistusi piiriülesele kaubandusele ja siseturu toimimisele ning raskendab Euroopa Liidu investorite osalemist riigisisestes hangetes. Seetõttu on vaja vastuolulised seadusesätted lähiajal üle vaadata. Kehtivas õigusraamistikus orienteeruja peab aga arvestama kontsessioone puudutava Eesti õiguse kahetist olemust, et vältida kontsessioonilepingu täitmisel esile kerkida võivaid takistusi.

**Autoritest:** *Ph.D.* Carri Ginter on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna Euroopa õiguse dotsent.

*Mag. iur.* Nele Parrest on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna doktorant.

*Dr. iur.* Mari Ann Simovart on Tartu Ülikooli õigusteaduskonna tsiviilõiguse lektor.

kaebamisele halduskohtusse ja menetlemisele HKMS § 267 lg 1 alusel. Samas vaidlused, mis puudutavad hankelepingu tühisust üldistel tsiviilõiguslikel alustel, alluvad maakohtule.

<sup>67</sup> EKo C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd vs. Justitiekanslern*. – ELK 2007, lk I-2271, p 42.

<sup>68</sup> Samas.