

JURISTA VĀRDS

Valsts uzņēmums kā ārvalstu investors starptautiskā investīciju strīdā



MG. IUR.

[AGNETA RUMPA](#)

zvērīnātu advokātu biroja "Sorainen" juriste

<http://www.juristavards.lv/doc/272788-valsts-uznemums-ka-arvalstu-investors-starptautiska-investiciju-strida/>

Valstu uzņēmumi, atrodoties uz publisko un privāto tiesību robežšķirtnes, kopš to pastāvēšanas sākuma ir sagādājuši vielu pārdomām. Ciklāt valsts drīkst nodarboties ar uzņēmējdarbību? Kur beidzas valsts kā uzņēmēja komerciālās intereses, un kur sākas politika? Vai valsts uzņēmumiem vispār vajadzētu pastāvēt? Liberālo ekonomisko teoriju piekritēji uz pēdējo jautājumu atbildētu noraidoši: valstu uzņēmumi negatīvi ietekmē brīvo tirgu.¹ Tomēr šodienas realitāte, piemēram, tepat Latvijā liecina, ka vismaz tuvākajā nākotnē valstij piederoši uzņēmumi, kā LMT, "Latvenergo", "Air Baltic", turpinās veidot daļu tautsaimniecības.² Līdz ar to visdažādākajās nozarēs, tostarp jurisprudencē, būs jārod risinājumi valsts uzņēmumu pastāvēšanai.

Raksta ietvaros aplūkots viens no vairākiem valsts uzņēmumu pastāvēšanas radītajiem izaicinājumiem starptautisko investīciju tiesību nozarei. Konkrēti tiek meklēta atbilde uz jautājumu: vai valsts uzņēmums nepieciešamības gadījumā var celt pret valsti, kurā tas ieguldījis (uzņemošā valsts), prasību starptautiskā šķīrējtiesā, kā to varētu privāts uzņēmums? Praksē atbilde uz šo jautājumu ir būtiska, jo valstu uzņēmumi aizvien vairāk investē citās valstīs un arī ceļ investīciju prasības.³ Tēmas nozīmīgumu nemazina arī nesenās vēsmas starptautiskajā tirdzniecībā, citastarp atsevišķu lielvalstu solījumi izstāties no esošiem un plānotiem tirdzniecības un investīciju līgumiem.⁴ Kā liecina vēsturiskā pieredze un turpmāk atklātie piemēri, liela daļa investīciju strīdu dzimst tieši politiskos saspīlējumos.

Valsts uzņēmums – kas lācītim vēderā un vai tas ir būtiski

Iesākumā vērts noskaidrot: kas ir valsts uzņēmums? Universālas pieejas pasaulē šajā jautājumā nav, tomēr klasiski ar valsts uzņēmumu saprot valstij vismaz daļēji piederošu komerciālu uzņēmumu.⁵ Nav noteikts, cik procentuāli lielām jābūt valsts īpašuma tiesībām uzņēmumā. OECD, piemēram, ierosina lietot 10 % kapitāla daļu sliekšni kā atskaites punktu.⁶ Valsts uzņēmumu vidū ietver arī veidojumus, kas nav vis klasiski korporatīvi uzņēmumi, bet gan ieguldījumu fondi, kā arī ne vien valstij piederošus, bet arī citā veidā tās kontrolētus uzņēmumus.⁷

Investīciju tiesības valsts uzņēmuma jēdzienā vairāk skaidrības nevieš. Piemēram, Ziemeļamerikas brīvās tirdzniecības līgums (*North American Free Trade Agreement* jeb NAFTA), kas satur arī investīciju tiesību elementus, definē valsts uzņēmumu kā veidojumu,

kas pieder vai kuru caur īpašumtiesībām kontrolē valsts.⁸ Taču vai valsts uzņēmumi ir tikai valstij tieši piederošie, vai arī tādi, kuros valsts ir patiesais labuma guvējs, bet tiešais akcionārs ir juridiska persona īpašumtiesību ķēdē starp uzņēmumu un valsti? Spriežot pēc starptautiskajās publiskajās tiesībās piemērotā principa, ka prasību pret starptautiskās tiesības pārkāpušo valsti var celt tikai pats uzņēmums, bet ne tā īpašnieki, varētu domāt, ka valsts uzņēmumi būtu tikai valstij tieši piederošie.⁹ Tomēr šim principam praksē pastāv izņēmumi, kas liek šādu tēzi apšaubīt. Piemēram, *KMG International* (Nīderlandes uzņēmums) pēc zaudētā investīciju strīda pret Rumāniju saskaņā ar Nīderlandes un Rumānijas investīciju līgumu sola celt investīciju prasību, ievērojot Enerģētikas hartas nolīgumu, ņemot vērā, ka *KMG* grupa pieder Kazahstānas valstij piederošam uzņēmumam (gan Kazahstāna, gan Rumānija ir nolīguma dalībvalstis).¹⁰ Ja šķīrējtiesa lietu skatīs, Enerģētikas hartas nolīguma investora definīcija būs interpretēta visai plaši, ietverot arī valsts uzņēmumu, kas pieder valstij pastarpināti.

Īsi par investīciju tiesību vēsturi un mērķiem

Intuitīvi šķiet, ka starptautisko investīciju aizsardzību nevajadzētu attiecināt uz valstu uzņēmumiem. Vēsturiski investīciju tiesību režīms tika radīts, lai rastu taisnīgu regulējumu tiesiski un faktiski nevienlīdzīgās attiecībās: kad uzņēmējs – fiziska vai juridiska (bet privāta) persona – ieguldīja savus līdzekļus citā valstī, piemēram, izveidoja tajā uzņēmumu. Nereti praksē uzņemošā valsts, secinot, ka uzņēmēja radītais labums ir gana vērtīgs, to paņēma sev (ekspropriēja).¹¹ Šādā tiesiski nelīdzsvarotā un nenoteiktā vidē starptautiskā tirdzniecība un investīcijas nevarētu attīstīties, ko valstis ar laiku saprata.¹² Pārāk nedziļinoties vēsturiskajās detaļās, līdz 20. gadsimta vidum bija radītas investīciju tiesības, kādas tās zinām tagad – starptautisku tirdzniecības līgumu vai konkrētu divpusēju vai daudzpusēju investīciju aizsardzības līgumu (*bilateral/multilateral investment treaties*) veidā.¹³ Kā nozīmīgākos daudzpusējos līgumus var norādīt jau minētos tirdzniecības līgumus NAFTA, Enerģētikas hartas nolīgumu, kā arī vēl spēkā nestājušos Kanādas un ES tirdzniecības līgumu (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* jeb CETA) un jauno versiju par Klusā okeāna reģiona partnerības līgumu (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership* jeb TPP11).¹⁴ Vēl ir ap 6000 atsevišķu divpusēju investīciju līgumu.¹⁵ Tāpat nozīmīga ir Konvencija par ieguldījumu strīdu risināšanu starp valstīm un citu valstu valstspiederīgajiem (ICSID konvencija), kas nav investīciju aizsardzības līgumus, bet tā regulē procesuālus noteikumus investīciju strīdu risināšanā attiecībā uz konvencijas dalībvalstīm.¹⁶ Šo līgumu primārais mērķis bija aizsargāt vājāko pusi, respektīvi, privāto uzņēmēju.¹⁷ Vai šādai sistēmai vajadzētu un vai tā var aizsargāt arī valstij piederošu uzņēmumu? Tas nav nepieciešams, ja valsts uzņēmums jau tāpat bauda "valsts aizmugures" politisko spēku.¹⁸ Iespējams, ka attiecināt investīciju aizsardzību uz valsts uzņēmumu ir pat bīstami, jo, slēpjoties aiz "korporatīvā plīvura", valstis varētu mēģināt īstenot savu politiku citās valstīs.¹⁹ Taču šo problēmu var atrisināt, vēl pirms uzņēmums ieguldījis ārvalstī un pirms tam radusies investora aizsardzība.²⁰ Turklāt pieņēmums par privātu personu kā mazāk ietekmīgu un mazāk potenciāli draudīgu uzņemošajai valstij vairs neatbilst mūsdienu īstenībai, kad milzīgi privātpersonām piederoši uzņēmumi var būt bagātāki nekā veselas valstis. Jebkurā gadījumā pastāv arī situācijas, kad valsts uzņēmums rīkojas tikai un vienīgi saimniecisku mērķu dēļ un nekādas saistības ar valsts politiku tam nav. Tādos gadījumos grūti atrast pamatojumu pret valstij piederošu uzņēmumu attiekties citādi nekā pret privātu investoru, ņemot vērā, ka principā pret investoriem jāattiecas vienlīdzīgi.²¹ Tādēļ investīciju tiesībās ir noteiktas pazīmes, pēc kurām var identificēt, vai valsts uzņēmums rīkojas tās vārdā un interesēs vai arī kā no valsts patiesi nošķirts subjekts.

Soli pa solim valsts investora paradoksa šķetināšanā

Investīciju strīdu skatošajai šķīrējtiesai, vēl pirms pievērsties investīciju prasībā ietvertajiem jautājumiem pēc būtības, ir jāizlemj, vai tai piemīt jurisdikcija skatīt strīdu, tostarp, vai prasītājam ir tiesības celt investīciju prasību.²² Šādas tiesības piemīt tikai tādām tiesību subjektam, kas atbilst investīciju līgumā ietvertajai investora definīcijai (izpildīts *ratione personae* elements).²³ Parasti investīciju līgumi definē investoru kā otras līguma puses valstspiederīgo – fizisku personu vai juridisku vienību – uzņēmumu vai veidojumu, no kuriem otrais var ietvert ne tikai komerciālas, bet arī bezpeļņas organizācijas.²⁴

Ja valsts uzņēmums izpilda attiecīgajā līgumā ietvertās investora pazīmes, tas pelna līdzvērtīgas tiesības saskaņā ar šo līgumu gluži tāpat kā privāts uzņēmums.²⁵ ANO Tirdzniecības un attīstības konferences (UNCTAD) ieskatā, kamēr valstu uzņēmumi nav izslēgti no investīciju līguma tvēruma, tie nepieciešamības gadījumā varētu celt investīciju prasību pret uzņemošo valsti.²⁶ Šķiet vienkārši, tomēr ar šo secinājumu viss vēl nav atrisināts.

Tieši nosaukts vaininieks

Protams, valsts uzņēmumam var būt investors, ja investīciju līgums tieši ietver valsts uzņēmumus investora definīcijā, piemēram, ASV un Ķīnas investīciju līgumi.²⁷ Vēl valsts uzņēmums visticamāk bauda investīciju līguma aizsardzību, ja līgums paredz, ka investors – uzņēmums var piederēt valdībai vai arī to var kontrolēt valdība (piemēram, Latvijas un ASV investīciju līgums), vai arī ka valstij uzņēmumā ir "būtiska interese".²⁸

Tāpat risinājums ir visai acīmredzams, ja investīciju līgums tieši izslēdz valsts uzņēmumus no investora definīcijas, kā, piemēram, Panamas un Vācijas investīciju līgums: šo valstu uzņēmumi nepieciešamības gadījumā nevarēs vērsties pret otru valsti šķīrējtiesā ar investīciju prasību.²⁹

Tomēr tikai aptuveni 16 % investīciju līgumu ietver tiešu atsauci uz valsti vai tās uzņēmumu kā investoru.³⁰ Tādos gadījumos atliek vadīties no mazāk tiešām norādēm. Daļa līgumu, piemēram, izvirza prasību investoram – uzņēmumam būt ar peļņas gūšanas raksturu, kas pirmšķietami izslēdz valsts uzņēmumus, tomēr arī valstij piederošs uzņēmums var pelnīt.³¹ Vēl daļa līgumu no investora aizsardzības sfēras izslēdz publiskas varas aktus, kas arī varētu liecināt, ka valsts uzņēmumi nevar būt investori šādu līgumu kontekstā, taču arī valsts uzņēmums var būt bez publiskas varas.³²

Līguma mērķis, sistēma un citi triki

Kad līguma teksts nesniedz skaidru atbildi, vai valsts uzņēmumi ietilpst tajā aizsargāto investoru tvērumā, šķīrējtiesai jāizmanto citas interpretācijas metodes – jātulko līgums atbilstoši līguma noteikumiem kopumā un saskaņā ar tā objektu un mērķi.³³ Tā TPP11 uzsvērts, ka līguma puses atzīst valsts uzņēmumu nozīmi pušu ekonomikā, tādējādi var secināt, ka tās tieši vēlējušās ietvert valsts uzņēmumus ar līgumu aizsargāto investoru lokā.³⁴ Turpretim Vācijas un Irānas investīciju līgumā norādīts, ka tas noslēgts, lai veicinātu "privātos ieguldījumus", kas varētu nozīmēt, ka valsts uzņēmumi neietilpst līguma aizsardzības tvērumā.³⁵ Tomēr, kā tiks atklāts turpmāk, arī valsts uzņēmuma investīcijas var būt privāti tiesiskas, tādēļ valsts uzņēmumi nav noteikti izslēgti no līguma tvēruma.

Citkārt investora definīcijas tvērumu var izsecināt, lasot līgumu pēc tā sistēmas.³⁶ Investīciju līgumiem raksturīgs, ka katras līgumslēdzēja valsts aizsargātie investori definēti atšķirīgi, ņemot vērā līgumu vēsturisko lomu starp kapitālu importējošām un kapitālu eksportējošām

valstīm, no kurām otrās vairāk tiecas aizsargāt investoru.³⁷ No šādām asimetriskām definīcijām varētu secināt, ka valstij, kuras investora definīcijā valsts uzņēmumi nav minēti, tie arī neietilpst aizsargāto investoru lokā, secinot no tiešas norādes trūkuma pretstatā investora definīcijai attiecībā uz otru līguma pusi.

Ja pats līgums kopumā nesniedz viennozīmīgu atbildi, līguma tulkošanā palīgā var ņemt arī citus līgumus, kurus valstis noslēgušas līguma saistībā, pušu vēlāko savstarpējo praksi, kā arī līguma sagatavošanas dokumentus (*travaux preparatoires*).³⁸

Tomēr ko iesākt situācijās, kad nekas no minētā valsts uzņēmuma – investora statusa jautājumu nerisina? Piemēram, paredzams, ka šis būs viens no risināmajiem problēmjautājumiem investīciju strīdā starp Ukrainas valstij piederošo *Naftogaz* un Krieviju kā uzņemošo valsti. 2016. gada nogalē Ukrainas enerģētikas uzņēmums iesniedza investīciju prasību pret Krieviju saistībā ar Krimas teritorijā esošo uzņēmuma līdzekļu pārņemšanu pēc abu valstu militārā konflikta šajā teritorijā.³⁹ *Naftogaz* ieskatā, Krievija tādējādi neatļauti ekspropriēja uzņēmuma līdzekļus, pārkāpjot Ukrainas un Krievijas savstarpējo investīciju aizsardzības līgumu.⁴⁰ Saskaņā ar šo līgumu investors ir "fiziska vai juridiska persona, kas izveidota saskaņā ar otras līgumslēdzējas puses likumiem un ir spējīga otras līgumslēdzējas puses teritorijā īstenot ieguldījumus".⁴¹ Respektīvi, līgumā nav tiešas norādes, kas ļautu secināt, vai saistībā ar šo līgumu Ukrainas valstij piederošais uzņēmums var vai nevar celt investīciju prasību.

Kas ir Brokes tests

Investīciju līgumu tulkošanā šķīrējtiesas mēdz izmantot par godu vienam no ICSID konvencijas "tēviem" Āronam Brokem (*Aron Broches*) nodēvēto testu.⁴² Saskaņā ar Brokes testu, ja valsts uzņēmums ir no valsts funkcionāli un ietekmes ziņā nošķirts, tas var tikt pielīdzināts privātam uzņēmumam un tādējādi baudīt investīciju tiesību aizsardzību saskaņā ar ICSID konvenciju.⁴³ Konkrēti – uzņēmums nevar būt prasītājs investīciju strīdā ICSID procesā, ja izpildās jebkurš no diviem alternatīviem priekšnosacījumiem. Pirmkārt, valsts uzņēmums nav aizsargāts investors, ja tas veic valstisku funkciju, respektīvi, ja uzņēmuma darbībai piemīt publiski tiesiska (*jure imperii*), nevis privāti tiesiska (*jure gestionis*) daba un ja tam ir politiski motivēts, nevis komerciāls mērķis. Otrkārt, valsts uzņēmums nevar pretendēt uz aizsardzību saskaņā ar investīciju līgumu arī tad, ja tas rīkojas kā valsts pārstāvis jeb aģents.⁴⁴

Brokes tests izriet no ICSID konvencijā ietvertās tēzēs, ka konvencija attiecas tikai uz privātiem ieguldījumiem.⁴⁵ Tas licis daļai tiesību zinātnieku uzskatīt, ka valsts uzņēmums nekādās situācijās nevar celt savu prasību pret uzņemošo valsti šķīrējtiesā ICSID ietvaros.⁴⁶ Tomēr prakse liecina par pretējo – valsts uzņēmumu investīciju prasības vairākkārt ir pieņemtas izskatīšanā ICSID procesā, piemēram, HEP pret Slovēniju, CDC pret Seišelām, *Telenor* pret Ungāriju, CSOB pret Slovākiju, *Rumeli Telekom* pret Kazahstānu.⁴⁷ Šķīrējtiesas šajās un citās

“Iespējams, ir pienācis laiks pēc būtības pārvērtēt lielā daļā investīciju tiesību pamatā esošo tēzi, ka aizsargājami ir vien privāti investori.”

lietas ir secinājušas, ka uzņēmuma pamatkapitāla piederība valstij vien nav iemesls, kas liegtu valsts uzņēmumam būt par investoru saskaņā ar investīciju līgumu.⁴⁸

Klasisks Brokes testa piemērošanas piemērs ir ICSID lieta "*Ceskoslovenska Obchodni Banka* (CSOB) pret Slovēkiju".⁴⁹ CSOB, Čehijas valstij piederoša komercbanka, PSRS sabrukuma periodā veica pasākumus, kuru ietvaros bija plānots banku privatizēt. Banka ar Čehijas un Slovēkijas valdību bija noslēgusi līgumu, saskaņā ar kuru bankas ieņēmumus nenesošo aizdevumu portfeli bija paredzēts nodot speciāli izveidotām sabiedrībām, pretī saņemot atlīdzību. Tomēr valstu valdības plānu neīstenoja, tādēļ CSOB cēla investīciju prasību pret Slovēkiju. Atbildētāja iebilda pret strīda pakļautību ICSID, norādot, ka CSOB nevar celt investīciju prasību, jo būtībā ir valsts orgāns.⁵⁰ Šķīrējtiesa noraidīja iebildumu, norādot, ka ICSID režīms nav paredzēts tikai un vienīgi privātpersonu īpašumā esošiem uzņēmumiem un ka valsts uzņēmumi nav izslēgti no konvencijas tvēruma, kamēr vien tie neveic pēc būtības valstisku funkciju. Šķīrējtiesas ieskatā, tas, ka banka nebija iesaistīta valsts politikas veidošanā, tostarp nepieņēma tiesību aktus, bet vienīgi izsniedza aizdevumus atbilstoši valsts tā brīža politikai, liecināja par bankas darbības komerciālo dabu.⁵¹ Tā šķīrējtiesa nonāca pie slēdziena, ka banka darbojās privāttiesiskajā sfērā, nevis valsts varas kapacitātē, tātad varēja celt prasību ICSID.

CSOB spriedums gan ticis kritizēts par to, ka šķīrējtiesa neprecīzi vadījās pēc Brokes testa. Pirmkārt, šķīrējtiesa vispār nevērtēja bankas darbības mērķi.⁵² Taču, ja atsakās no mērķa pārbaudes, pastāv risks, ka šķīrējtiesas jurisdikciju paplašina līdz politiskiem strīdiem, kas ir ārpus ICSID konvencijas tvēruma.⁵³ Ar darbības dabas pārbaudi vien nepietiek, jo banku (vai citu uzņēmumu) rīcība pamatā ir komerciāla, tomēr tas nenozīmē, ka tās vienmēr rīkojas tikai privāttiesiskā kapacitātē – secināts, piemēram, lietā CDC pret Seišelām.⁵⁴ Atsevišķi tiesību zinātnieki uzskata, ka CSOB bija politisks mērķis (banka esot tiešā veidā īstenojusi valsts politiku, līdz ar to nerīkojās kā privāts investors), kuru šķīrējtiesa nevērtēja, tādējādi nepamatoti pieņemot lietu skatīšanā.⁵⁵ Taču spriedumā minētie apstākļi, piemēram, tas, ka bankas vadība ar publiskiem paziņojumiem centās distancēties no valsts, liecina, ka bankai tomēr primāri nebija politisku mērķu, pat ja šķīrējtiesa tos nevērtēja tieši.⁵⁶ Tātad, ja šķīrējtiesa būtu vērtējusi bankas darbības "mērķa" pazīmi, tā varēja nonākt pie tāda paša lietas iznākuma – ka banka neveic valstiskas funkcijas. Vēl šķīrējtiesa CSOB lietā pieļāva juridisku neprecizitāti, neanalizējot kā alternatīvas pazīmes publiskā-privātā nošķirumu un bankas rīcību kā valsts aģentam.⁵⁷ Šķīrējtiesa tieši nevērtēja apstākli, ka bankas rīkošanos atbilstoši valsts norādījumiem (izsniegt aizdevumus atbilstoši valdības tā brīža politikai) varētu interpretēt kā valsts pārstāvja jeb aģenta rīcību.⁵⁸ Tiesa gan, arī jebkura privāta banka pildītu likuma prasības un pakļautos iestāžu administratīviem rīkojumiem, un tas vēl nenozīmētu, ka banka tādējādi rīkojas valsts uzdevumā.⁵⁹ Tātad neprecīzā šķīrējtiesas pieeja Brokes testam CSOB lietā visticamāk nebija iemesls aplamam rezultātam. Tomēr šķīrējtiesas pieeju nevajadzētu ieviest kā vispārēju praksi, jo var būt situācijas, kad valsts uzņēmums rīkojas kā valsts aģents un tāpēc nebūtu uzskatāms par privātu investoru, kas var celt prasību saskaņā ar ICSID konvenciju.

Universāls standarts vai arī tikai reizēm

Klasiski Brokes testu izmanto gadījumos, kad investīciju strīdu skata saskaņā ar ICSID konvenciju. Tomēr testu varētu attiecināt arī uz investīciju strīdiem ārpus ICSID režīma, ja lietā piemērojamā investīciju līgumā ietverta ir Brokes testa pamatā esošā premisa, ka aizsargātas tiek vienīgi privātas investīcijas, kā paredzēts lielā daļā investīciju līgumu.⁶⁰ Tomēr mazāk skaidrs, vai testu var piemērot gadījumos, kad investīciju līgums vispār neparedz, vai investīciju publiskajai vai privātajai dabi ir nozīme. Praksē šis jautājums bija nozīmīgs relatīvi nesēnā investīciju strīdā starp Krievijai daļēji piederošo *Tatneft* un Ukrainu.⁶¹ Ukrainas ieskatā, tas, ka Krievijai *Tatneft* piederēja tā dēvētās "zelta akcijas" (šo akciju īpašnieks var uzņēmumā apturēt ikvienu sev nevēlamu lēmumu), un tas, ka Krievijas Federācijā ietilpstošas republikas premjerministrs bija uzņēmuma valdes priekšsēdētājs, liecināja, ka uzņēmums bija valdības

kontrolē. Tomēr šķīrējtiesa noraidīja Ukrainas valdības argumentus, ka valstij uzņēmumā esot izšķiroša ietekme pār uzņēmumu un ka valsts spējot caur *Tatneft* īstenot savu politiku, jo, šķīrējtiesas ieskatā, uzņēmums tomēr rīkojās ar komerciālu mērķi.⁶² Tādējādi šķīrējtiesa apsvēra *Tatneft* saistību ar valsti (nosaucot to par strukturālo testu), kā arī ieguldījumu dabu un mērķi (dēvējot to par funkcionālo testu), kas līdzinās Brokes testa analīzei. Tomēr vai bija loģiski analizēt, vai valsts uzņēmums ir nošķirts no valsts, pirms secināts, vai tas vispār ir būtiski konkrētā investīciju līguma kontekstā? Šķīrējtiesa pati norādīja, ka nekas investīciju līgumā neliecina, ka aizsargātas ir tikai privātas investīcijas. Līdz ar to, iespējams, tam, vai uzņēmums bija saistīts ar valsti, nemaz nebija nozīmes, lai noskaidrotu, vai valstij piederošs uzņēmums var būt investors. Var cerēt, ka šķīrējtiesa citā strīdā saistībā ar Krievijai piederošu uzņēmumu *Uktranet* tuvākajā nākotnē sniegs kādu skaidrību šai jautājumā.⁶³ Autores ieskatā, Brokes testu nav pamata izmantot attiecībā uz investīciju līgumiem, kas nenosaka, ka aizsargā tikai privātus ieguldījumus.

Nekas nav ideāls

Brokes tests, tāpat kā jebkura cita metode, nav pilnīgs. Vispirms tests netiek piemērots konsekventi visās ICSID lietās, kur prasītājs ir valsts uzņēmums. Piemēram, lietās HEP pret Slovēniju, CDC pret Seišelām, *Telenor* pret Ungāriju šķīrējtiesas secināja, ka tām ir jurisdikcija skatīt strīdus jau tādēļ vien, ka uzņēmumi bija konvencijas dalībvalstu piederīgie, un nemaz neanalizēja valsts uzņēmuma – investora aspektu saskaņā ar Brokes testu.⁶⁴ Taču kā secināts iepriekš, ja neanalizē, vai valsts uzņēmums nerīkojas publiski tiesiskā kapacitātē vai kā valsts aģents, šķīrējtiesa var nonākt situācijā, kur tā skata nevis privāta investora – valsts, bet gan publiska investora – valsts strīdu, kam ICSID konvencija nav paredzēta.⁶⁵ Šādi, iespējams, notika lietā HEP pret Slovēniju. HEP bija Horvātijas valsts elektroenerģijas uzņēmums, kas iesniedza investīciju prasību pret Slovēniju par savstarpējā līguma laušanu.⁶⁶ Līguma teksts, kurā norādīts uz Slovēnijas un Horvātijas kā suverēnu gribu kopīgi pārvaldīt elektroenerģijas ražotni, liecina, ka līgumā uzņēmums bija rīkojies kā valsts pārstāvis, nevis patstāvīgi.⁶⁷ Līdz ar to strīds nebūtu skatāms šķīrējtiesā ICSID konvencijas ietvaros kā investora – valsts strīds.

Otrkārt, uzņēmuma mērķa pazīme ne vienmēr šķiet taisnīga. Kāpēc politisks mērķis valsts uzņēmumam visos gadījumos atņem investīciju prasības tiesības, ja tas tā nav privāta uzņēmuma gadījumā? Iespējams, politisks mērķis valsts uzņēmumam piemīt biežāk nekā privātam uzņēmumam.⁶⁸ Tomēr arī privāta uzņēmuma ieguldījumam var būt politisks mērķis, piemēram, privātie pensiju fondi cenšas ne vien nopelnīt, bet arī ietekmēt indivīdu sociāli ekonomisko situāciju, kas tradicionāli ir valsts politikas sastāvdaļa.⁶⁹ Taču ne jau šādus politiskus mērķus no investīciju tiesību aizsardzības tvēruma cenšas izslēgt, bet gan politiskus mērķus, kas uzņemošās valsts politiku ietekmē negatīvi. Līdz ar to būtu jāprecizē mērķa pazīme Brokes testā, nosakot, ka valsts uzņēmums nevar pretendēt uz investīciju aizsardzību, ja tas cenšas sasniegt politisku mērķi – negatīvi ietekmēt uzņemošās valsts politiku. Tomēr šādu apstākli varētu būt grūti pārbaudīt. Kā arī šādā gadījumā būtu jāpaplašina ICSID konvencijas tvērums, attiecinot to ne tikai uz privāttiesiskas dabas strīdiem. Šāda izmaiņa, iespējams, būtu pārmēru nesaderīga ar konvencijas pamatnostādņēm, lai dalībvalstis tai piekristu.

Savukārt valsts uzņēmuma rīcības publiskā un privātā kapacitātē nošķiršana allaž bijis viens no lielākajiem izaicinājumiem investīciju tiesībās.⁷⁰ Piemēram, lietā *Noble Ventures* šķīrējtiesa izlēma, ka valsts veidojumu (aģentūru) gadījumā nav nozīmes, vai tās rīkojas publiskā vai privātā kapacitātē, jo starptautiskajās tiesībās nav vienotas izpratnes par to, kā šīs divas jomas nošķirt.⁷¹ Taču arī šādai argumentācijai nevar piekrist. Kamēr vien investīciju līgums sargā tikai privātas investīcijas, ir neizbēgami jāaglabā publiskā un privātā nošķirums kā pazīme valsts uzņēmuma pieļaujāmībai investora statusā. Lai noskaidrotu, kas ir privāti tiesisks un kas

savukārt ir publiski tiesisks, var vadīties pēc konkrētajā strīdā iesaistīto valstu izpratnēm par šo jautājumu.

Visbeidzot, Brokes testu kritizē par to, ka nav noteikts, kāda valsts kontroles pakāpe pār uzņēmumu jākonstatē, lai valsts uzņēmumam liegtu baudīt aizsardzību līdzvērtīgi privātiem investoriem.⁷² Teju jebko varētu uzskatīt par rīcību atbilstoši valsts rīkojumiem, pat valsts likumu pildīšana, kas, kā daži tiesībzinātnieki uzskata apskatītās CSOB lietas saistībā, ir pietiekami, lai uzskatītu uzņēmumu par valsts aģentu. Lai šo problēmu risinātu, varētu noteikt, ka jākonstatē valsts efektīva kontrole pār uzņēmumu, teiksim, spēja ietekmēt uzņēmuma stratēģiju, lai tas nevarētu tikt pielīdzināts privātam investoram.⁷³ Respektīvi, līdzīgi kā darbojas starptautiskās atbildības tiesības – valsts atbild par kāda subjekta veiktu starptautisko tiesību pārkāpumu, ja ir šo subjektu efektīvi kontrolējusi.⁷⁴ Arī attiecībā uz šo Brokes testa pazīmi var diskutēt, vai valsts kontrole pār uzņēmumu ir nozīmīga tikai valstij piederoša uzņēmuma gadījumā, vai arī tā būtu jāvērtē vienmēr, kad lemj, vai uzņēmums var celt investīciju prasību.

Secinājumi

Starptautiskie investīciju līgumi atšķiras attiecībā uz aizsargāto investoru definīcijām, tādējādi arī – aizsargāto subjektu loku. Ne visi investīciju līgumi aizsargā valsts uzņēmumu veiktus ieguldījumus; tomēr nevar secināt arī pretējo – ka valsts uzņēmumi noteikti nav aizsargāti ārvalstu investori (pat ja līgumā tie nav tieši minēti). Pareizā atbilde jānoskaidro katrā konkrētajā situācijā, tulkojot līgumu vispirms pēc vārdiskā satura, bet nepieciešamības gadījumā – saskaņā ar līguma mērķi. Ja investīciju līgums tieši ietver valsts uzņēmumus aizsargāto investoru lokā, protams, tie var būt investora statusā investīciju strīdā. Citos gadījumos, ja vien investīciju līgums no aizsargāto investoru loka tieši neizslēdz valsts uzņēmumus vai citus ar valsti juridiski vai faktiski saistītus subjektus, valsts uzņēmums varētu būt prasītājs investīciju strīdā, ja vien konkrētais līgums nesargā tikai un vienīgi privātus ieguldījumus. Savukārt, ja investīciju līgums aizsargā tikai privātas investīcijas, tad valsts var būt aizsargāta investora un attiecīgi prasītāja statusā investīciju strīdā, ja izpildīts Brokes tests – valsts uzņēmums neveic valstisku funkciju (respektīvi, darbojas privātā, nevis publiskā kapacitātē un ne ar politisku mērķi), kā arī nerīkojas kā valsts aģents un nav tās kontrolē. Uzņēmuma kapitāla izcelsmei (piederībai valstij) vien nav nozīmes, lai izslēgtu valsts uzņēmumu no investoru loka.

Tomēr, iespējams, ir pienācis laiks pēc būtības pārvērtēt lielā daļā investīciju tiesību pamatā esošo tēzi, ka aizsargājami ir vien privāti investori. Šī gan ir daļa no plašākas diskusijas par to, vai vispār valstu iesaistīšanās uzņēmējdarbībā ir vēlama parādība. Kālab gan ne? Nav pārlicinošu pierādījumu tam, ka privāti investori, piemēram, milzīgas korporācijas, noteikti ir politikas, drošības un citā ziņā labvēlīgāki uzņemošajai valstij nekā publiski investori. Tādēļ būtu vērts Brokes testa pazīmes (politisks mērķis, valsts kontrole) attiecināt ne vien uz valsts uzņēmumiem, bet uz jebkādiem investoriem. Tad no aizsargāto investoru tvēruma tiktu izslēgti jebkādi uzņēmumi, kas apdraud uzņemošās valsts intereses. Tomēr šādas izmaiņas prasītu grozīt būtiskus investīciju tiesību pamatprincipus. Pašreizējā situācijā starptautiskajā tirdzniecībā šie, visticamāk, nebūt nav lielākie izaicinājumi, uz kuriem investīciju tiesību zinātniekiem un praktiķiem jābūt gataviem.

Raksta pamatā – līdzīga nosaukuma darbs, kas "Jurista Vārda" pētniecisko darbu konkursā 2017. gadā ieguva augstāko novērtējumu starptautisko tiesību un Eiropas Savienības tiesību sekcijā. Darba vadītājs – Dr. iur. Edmunds Broks, LU Juridiskās fakultātes lektors; recenzents – Mg. iur. Māris Lejnietis, LU Juridiskās fakultātes lektors.

