

MICHAŁ BORS

POJĘCIE I STATUS INWESTORA W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE INWESTYCYJNYM CZEŚĆ I

I. WPROWADZENIE

System ochrony inwestorów zagranicznych opiera się obecnie w głównej mierze na dwustronnych traktatach o popieraniu i ochronie inwestycji (ang. *Bilateral Investment Treaty*, Traktaty BIT). Są to traktaty zawierane pomiędzy państwami, gdzie każde z państw będące stroną traktatu, zobowiązuje się do przestrzegania zawartych w traktacie obowiązków, jednocześnie zobowiązując się do powstrzymania od działań szkodliwych dla inwestora, który jest obywatelem drugiej strony traktatu. Jakkolwiek w swojej naturze są to traktaty zawierane wyłącznie pomiędzy państwami, głównymi beneficjentami ich przepisów są inwestorzy, którzy są albo osobami fizycznymi albo osobami prawnymi, ewentualnie innymi podmiotami nieposiadającymi osobowości prawnej. Oznacza to tym samym, że traktaty inwestycyjne dają im prawo jako inwestorom do domagania się odpowiedniej ochrony traktatowej. Samo zaś korzystanie z tak przyznanej ochrony może być wyłącznie wykonywane przez podmiot spełniający wszystkie przesłanki do bycia inwestorem, pomimo tego, że nie jest on bezpośrednio stroną traktatu BIT, co stanowi niewątpliwie o pewnej odrębności i wyjątkowości systemu ochrony wynikającej z reżimu dwustronnych traktatów o popieraniu i ochronie inwestycji¹. Samo upowszechnienie traktatów BIT, szczególnie w latach 80 i 90 XX wieku, stanowiło prawdziwą rewolucję w porównaniu do tradycyjnego modelu ochrony prywatnych inwestycji zagranicznych, który zazwyczaj ograniczał się do opieki dyplomatycznej ze strony państwa pochodzenia inwestora, często mało skutecznej i nie zapewniającej niezbędnej ochrony. Ograniczone możliwości opieki dyplomatycznej doprowadziły w ostateczności do wy-

¹ S.H. Nikiema, *Best Practices: Definition of Investor*, The International Institute for Sustainable Development, 2012, s. 1.

pracowania łatwiejszych i szybszych środków zapewniającym beneficjentom możliwość dochodzenia swoich praw w przypadku ich naruszenia.²

Obecnie na podstawie traktatów inwestycyjnych inwestorzy z danego państwa uzyskują bezpośrednio od innego państwa zapewnienie pełnego bezpieczeństwa i ochrony zainicjowanych tamże inwestycji. Ten element bezpośrednio wzmocniony został przez fakt, iż konkretny przedsiębiorca, jeżeli uważa, że jego uprawnienia związane z zagraniczną inwestycją zostały naruszone, może wystąpić samodzielnie przeciwko państwu goszczącemu do Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego z odpowiednią skargą. Oczywiście sam fakt naruszenia przyznanej ochrony traktatowej nie jest wyłączną i wystarczającą przesłanką dla zainicjowania procedury arbitrażowej. Dla ubiegania się o taką ochronę niezbędne jest ponadto zainicjowanie w państwie goszczącym inwestycji, o którą ochronę inwestor występuje. Definicja inwestora jest tym samym jednym z kluczowych elementów każdego z traktatów inwestycyjnych, zarówno tych o charakterze bilateralnym, jak i traktatów wielostronnych, w tym i o charakterze regionalnym. Określają one zakres zastosowania praw i obowiązków przyznanych inwestorowi.

Inwestorem zagranicznym może być osoba fizyczna lub prawna prowadząca inwestycję. Ponadto inwestorami mogą być inne podmioty nie posiadające osobowości prawnej. Pojęcie inwestora pozostaje zatem ważnym i istotnym elementem na wstępnym etapie badania przez trybunał arbitrażowy swojej właściwości jurysdykcyjnej. Część skarg już na tym wstępnym etapie badania właściwości jurysdykcyjnej zostaje oddalone z uwagi na fakt, że podmiot wnoszący skargę nie spełnia wymogów dla uznania go za inwestora zgodnie z wymogami danego traktatu inwestycyjnego.

Poza wspomnianymi już traktatami BIT do innych wiążących traktatów powszechnych szczególne znaczenie należy przypisać umowie sektorowej jaką jest Traktat Karty Energetycznej³ i traktatom regionalnym, takim jak NAFTA⁴ czy ASEAN⁵, w których także zawarto szczegółowe wytyczne jakie musi spełniać inwestor.

Omówienia w niniejszym artykule wymaga także Konwencja waszyngtońska o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami

² The International Law Association – German Branch, *The Determination of Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, Zeszyt 106, marzec 2011, s. 11.

³ Dz.U. z 2003 r. Nr 90, poz. 864/30.

⁴ North American Free Trade Agreement, 1994, <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx>.

⁵ ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments, http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=234900..27.04.2014,

innych państw z 18 marca 1965 (Konwencja ICSID). Sygnatariuszami Konwencji ICSID jest obecnie 158 państw. Polska do dnia dzisiejszego nie ratyfikowała konwencji⁶. Konwencja ICSID ustanowiła odrębne forum rozstrzygania sporów inwestycyjnych pomiędzy inwestorami pochodzącymi z państw sygnatariuszy, tj. Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (MCRSI). Ze względu na dużą liczbę państw sygnatariuszy uważana jest ona obecnie za najpowszechniejszy mechanizm rozwiązywania sporów inwestycyjnych. Konwencja ICSID sama określiła jurysdykcję *ratione personae* trybunału powołanego na jej podstawie, co również zostało ujęte w niniejszym artykule.

Ideą przewodnią opracowania jest więc zaprezentowanie aktualnych reguł obecnych w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, co do tego jakie warunki muszą być spełnione, zarówno przez osobę fizyczną oraz osoby prawne, aby można ją było traktować jako inwestora, mogącego w dalszej kolejności domagać się ochrony traktatowej i występować z określonymi roszczeniami przeciwko państwu. Ocena taka wymaga zapoznania się w jaki sposób kształtowała się kwestia narodowości w odniesieniu do osoby fizycznej i określenia zasad przynależności państwowej osób prawnych. Analizie poddano także kilka najbardziej charakterystycznych definicji inwestora zawartych w obowiązujących traktatach inwestycyjnych. Niezbędne było także przedstawienie aktualnego orzecznictwa sądów arbitrażowych dokonujących na potrzeby rozstrzygnięcia poszczególnych spraw wykładni oraz interpretujących przyjętą przez strony definicję inwestora. Z uwagi na obszerność omawianego zagadnienia artykuł został podzielony na dwie części, gdzie w pierwszej zostały zaprezentowane uwagi dotyczące się osoby fizycznej jako inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, w drugiej natomiast zostały omówione kwestie odnoszące się wyłącznie do osoby prawnej.

II. OSOBA FIZYCZNA

Obecnie nie ma obowiązującej zasady w powszechnym międzynarodowym prawie inwestycyjnym, odnośnie do tego, jakie przesłanki muszą być spełnione, aby przyznać osobie fizycznej statut inwestora⁷. Wydaje się, że dla celów niniejszego artykułu niezbędne jest przedstawienie, w jaki sposób osoba fizyczna bywa kwalifikowana zarówno w zwyczajowym prawie międzynarodowym oraz kolejno w odniesieniu do przesłanek zawartych już w samych traktatach inwestycyjnych, a ponadto, jaką definicję inwestora jako osoby fizycznej przyjęli twórcy Konwencji ICSID.

⁶ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp,27.04.2014>,

⁷ M. Jeżewski, *Międzynarodowe Prawo Inwestycyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck. Warszawa 2011, s. 79.

Jest zasadą prawa międzynarodowego publicznego, że narodowość inwestora jako osoby fizycznej, określana jest każdorazowo przez prawo krajowe państwa, którego narodowość jest dochodzona. Jednakże niektóre z traktatów inwestycyjnych wprowadzają do definicji osoby fizycznej pewne dodatkowe kryteria, takie jak obowiązek rezydencji lub domicylu⁸.

Przynależność państwowa definiowana jest jako formalno-prawny związek pomiędzy jednostką a państwem nakładający na obie strony określone prawa i obowiązki, które odróżniają obywatela od cudzoziemca. Związek ten przyjmuje postać obywatelstwa. Uprawnienia zarówno do jego przyznawania, jak i odbierania osobie fizycznej, pozostaje wyłączną prerogatywą państwa⁹.

W sprawie *Nottebohm*¹⁰ z roku 1955 toczącej się przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, Trybunał uzasadniając orzeczenie stwierdził, że chociaż każde państwo może decydować, zgodnie z przyjętymi wewnętrznymi ustaleniami i zgodnie z własnym wewnętrznym prawem komu przyznawać obywatelstwo, to musi być utrzymywana rzeczywista więź (*real connection*) pomiędzy państwem i jego obywatelem. Trybunał poczynił następujące ustalenie: „Obywatelstwo jest więzią prawną mającą jako swoją podstawę więź społeczną, autentyczny związek egzystencji, interesów i uczuć, w połączeniu z wzajemnymi obowiązkami i prawami”¹¹. Trybunał zdefiniował w orzeczeniu przesłankę tzw. więzi efektywnej, którą rozumiał jako zamieszkiwanie na terenie danego państwa i koncentrowania na jego terytorium głównej działalności gospodarczej, czy zawodowej. Niewątpliwie w obecnych realiach trudno będzie ustalać obywatelstwo osób fizycznych w oparciu o powyższe przesłanki, tj. na podstawie przywiązania danej osoby do państwa poprzez tradycję, prowadzenie w nim interesów, czy poprzez aktywność zawodową lub więzi rodzinne¹². Komisja Prawa Międzynarodowego (KPM) w Raporcie o ochronie dyplomatycznej¹³ wskazała na ograniczenia wynikające z przesłanek wskazanych w sprawie *Nottebohm*

⁸ International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. *Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, OECD 2008, s. 10.

⁹ Sprawa Dekretów w sprawie obywatelstwa w Tunisie i Maroku, opinia STSM z dn. 7.02.1923, s. 24, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.02.07_morocco.htm, 20.04.2014,

¹⁰ Sprawa *Nottebohm* – Lichtenstein przeciwko Gwatemali, orzeczenie z dnia 6 kwietnia 1955, 1955 ICJ Report 4. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, 27.04.2014,

¹¹ *Ibidem*, s. 23.

¹² International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, *op.cit.*, s. 11.

¹³ International law Commission, *Report on the International Law Commission on the Work of its fifty –eight Session* (1 Maj – 9 Czerwiec i 3 lipiec – 11 sierpnia 2006), UN Doc A/61/10, Rozdział 4, s. 33.

w odniesieniu do zasad rządzących się współczesna ekonomią, wskazując m.in., iż przyjęcie kryteriów więzi efektywnej pozbawi miliony osób dobrodziejstwa ochrony dyplomatycznej, biorąc pod uwagę uwarunkowania współczesnej ekonomii, globalizację oraz ilość inwestycji prowadzonych przez obywateli poza krajem swego urodzenia. Wydaje się natomiast, iż wymóg więzi efektywnej określony w sprawie *Nottebohm* może mieć obecnie znaczenie w przypadku wątpliwości, co do rzeczywistego obywatelstwa osoby fizycznej posiadającej przynależność państwową dwóch państw¹⁴.

Prawo krajowe przewiduje dwa dominujące sposoby nabycia obywatelstwa z mocy prawa. Po pierwsze, poprzez pochodzenie od rodziców, którzy są obywatelami danego państwa (tzw. prawo krwi, *ius sanguinis*) oraz w wyniku urodzenia się na terytorium danego państwa (tzw. prawo ziemi, *ius soli*)¹⁵. Osoba fizyczna obywatelstwo może także nabyć w drodze naturalizacji, co jest przejawem aktu państwa mieszczącego się w jego prerogatywach, a ponadto także w drodze małżeństwa¹⁶.

Z punktu widzenia omawianej problematyki międzynarodowego prawa inwestycyjnego znaczenie mają zasady wypracowane w kontekście ochrony dyplomatycznej przyznanej swoim obywatelom, którzy na terytorium innego państwa ponieśli określoną szkodę. Reguły te zostały zawarte w Projekcie artykułów w sprawie opieki dyplomatycznej opracowanym i przyjętym przez Komisję Prawa Międzynarodowego w roku 2006¹⁷. Artykuł 4 określa, że obywatelstwo danego państwa oznacza obywatelstwo nabyte wyłącznie zgodnie z prawem danego państwa. Ponadto Projekt KPM podkreśla, że obywatelstwo nie może być nabyte w sposób sprzeczny z prawem międzynarodowym. Oznacza to tym samym, że gdy osoba fizyczna posiada obywatelstwo tylko jednego państwa, to do jego podważenia wymagane jest ustalenie, iż nabyła je w drodze oszustwa czy przekupstwa¹⁸.

W międzynarodowym prawie zwyczajowym, państwo może udzielać opieki dyplomatycznej w imieniu jednego ze swych obywateli w odniesieniu do skargi wniesionej przeciwko drugiemu państwu nawet w sytuacji, gdy jego obywatel posiada obywatelstwo innego państwa, pod warunkiem, gdy podstawowym

¹⁴ Sprawa Flegenheimera, orzeczenie włosko-amerykańskiej komisji concyliacyjnej z dn. 20 września 1958, *International Law Reports* 1958, nr 25, s. 150.

¹⁵ M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2003, s. 586.

¹⁶ M. Jeżewski, *op.cit.*, s. 80.

¹⁷ Draft articles on Diplomatic Protection, Official Records of the General Assembly, 61 Session, Supplement No.10 (A/61/10), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf, 22.04.2014,

¹⁸ Ch. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 95.

i efektywnym obywatelstwem osoby fizycznej było obywatelstwo państwa wykonującego opiekę dyplomatyczną. W odniesieniu do takiego zagadnienia, prawo zwyczajowe ewoluowało od wcześniejszej reguły braku odpowiedzialności (*non-responsibility*), gdzie opieka dyplomatyczna nie mogła być przyznana w przypadku posiadania podwójnego obywatelstwa przez osobę fizyczną. Takie podejście obecne było m.in. w Konwencji haskiej z 1930 w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie¹⁹, gdzie w art. 4 określono: „Państwo nie może przyznać opieki dyplomatycznej dla jednego ze swych obywateli przeciwko Państwu, którego obywatelstwo ta osoba także posiada.”

III. OSOBA FIZYCZNA JAKO INWESTOR W TRAKTATACH INWESTYCYJNYCH

Traktaty inwestycyjne w większości obejmują swoją ochroną inwestorów będących osobami fizycznymi, którzy posiadają obywatelstwo jednej ze stron traktatu. Wymóg posiadania obywatelstwa staje się więc warunkiem *rationae personae* dla udzielenia danej osobie opieki traktatowej²⁰. Traktaty inwestycyjne przyjmują niejednokrotnie różne nazewnictwo osoby fizycznej. Może być określana jako osoba fizyczna (*natural person*), jako obywatel (*national* lub *citizen*). Z kolei samo pojęcie obywatelstwa nie ma jednej spójnej definicji, dlatego też w swej treści traktaty odnoszą się do różnych kryteriów. Przeważającym kryterium jest uznanie danej osoby fizycznej za posiadającą obywatelstwo danego państwa zgodnie z prawem tego państwa. Niektóre z dwustronnych traktatów BIT zawierają definicję obywatela, która odnosi się do obu stron kontraktu. Z kolei w niektórych traktatach BIT zawarte są dwie odrębne definicje, gdzie jedna definicja odnosi się wyłącznie do jednej ze stron traktatu, a druga właściwa jest tylko dla jego drugiej strony. Takie uregulowanie ma miejsce chociażby w traktacie BIT zawartym pomiędzy Finlandią i Egiptem²¹, gdzie zdefiniowano obywatela (*national*) w następujący sposób:

„a) w odniesieniu do Finlandii, osobę która jest obywatelem Finlandii zgodnie z fińskim prawem.

b) w odniesieniu do Egiptu, osobę która jest obywatelem Egiptu zgodnie z egipskim prawem.”

¹⁹ Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Laws, Hague – 12 kwiecień 1930, Dz. U. R. P. Nr 27, poz. 217, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html>, 27.04.2014,

²⁰ M. Jeżewski, *op.cit.*, s. 81.

²¹ Umowa pomiędzy Finlandią i Egiptem, 1980, art. 1.2, http://unctad.org/sections/dite/iiia/docs/bits/finland_egypt.pdf, 24.04.2014,

W tej umowie wskazano, iż podstawowym kryterium jest uznanie danej osoby za posiadającą narodowość danego państwa zgodnie z prawem wewnętrznym każdego z państw będących stronami traktatu.

Trochę odmiennie zostało to uregulowane w traktacie BIT zawartym pomiędzy USA i Urugwajem²², gdzie zgodnie z jego treścią:

„a) w odniesieniu do Stanów Zjednoczonych, obywatelem jest osoba posiadająca obywatelstwo Stanów Zjednoczonych zgodnie z Tytułem III Ustawy o emigracji i obywatelstwie.

„b) w odniesieniu do Urugwaju, obywatelem jest osoba posiadająca obywatelstwo Urugwaju zgodnie z prawem tego kraju.”

W powyższym traktacie BIT mamy rzadko spotykaną sytuację, gdzie w odniesieniu do obywateli Stanów Zjednoczonych traktat odwołuje się do konkretnego aktu prawnego, zawierającego warunki uznania danej osoby fizycznej za obywatela państwa, a mianowicie do amerykańskiej ustawy o emigracji i obywatelstwie. W odniesieniu do obywateli Urugwaju, traktat odwołuje się już wyłącznie do prawa krajowego tego państwa. Z podobnym uregulowaniem możemy się spotkać w traktacie BIT niemiecko – chińskim²³, który definiuje, iż osoba inwestora w przypadku osoby fizycznej i w odniesieniu do strony niemieckiej, będzie wyłącznie Niemiec zgodnie z ustawą zasadniczą RFN, zaś w odniesieniu do strony chińskiej będą to osoby fizyczne, które posiadają obywatelstwo Chińskiej Republiki Ludowej zgodnie z jej prawem.

Niektóre z traktatów BIT poza samym obywatelstwem, wymagają dodatkowo utrzymywania z państwem stroną traktatu określonej więzi. Przykładowo traktat BIT zawarty pomiędzy Niemcami a Izraelem²⁴ wskazuje, że termin „obywatele” oznacza w odniesieniu do Izraela obywateli izraelskich będących stałymi rezydentami Państwa Izrael. Kryterium stałej rezydencji lub wymóg domicylu jest także używane alternatywnie do obywatelstwa, gdzie przykładowo w traktacie BIT pomiędzy Kanadą i Argentyną²⁵ określenie inwestora oznacza „jakąkolwiek osobę fizyczną posiadającą obywatelstwo lub będącą stałym rezydentem jednej ze stron Traktatu zgodnie z jego prawem.” Warunek stałego zamieszkiwania jest z kolei wiążący w przypadku traktatu BIT zawartego pomiędzy Niemca-

²² Umowa pomiędzy Stanom Zjednoczonym Ameryki i Urugwajem, 2005, art. 1., http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US_Uruguay.pdf, 24.04.2014,

²³ Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Chińska Republika Ludowa, 2003, art.1.2., http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/china_germany.pdf, 10.04.2014,

²⁴ Umowa pomiędzy republiką Federalną Niemiec i Państwem Izrael, 1976, art. 1.3.b, http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_israel.pdf, 10.04.2014,

²⁵ Umowa pomiędzy Rządem Kanady i Rządem Argentyny, 1991, art. 1.b.i, http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argen_canada.pdf, 10.04.2014,

mi i Polską²⁶, czy pomiędzy Niemcami, a była Republiką Czechosłowacką²⁷, gdzie kwestia obywatelstwa została w ogóle pominięta, co z kolei pokazuje też szerokie podejście do definicji osoby fizycznej jako inwestora poprzez umożliwienie każdemu rezydentowi będącego stroną określonego kontraktu do skorzystania z ochrony traktatowej. W traktacie BIT pomiędzy Niemcami i Hong Kongiem²⁸ inwestorem w odniesieniu do Hong Kongu może być każda osoba fizyczna mająca prawo do stałego zamieszkiwania na terytorium Hong Kongu. Ponadto w traktacie BIT łączącym Niemcy i Białoruś²⁹ wymagane jest w odniesieniu do obywateli Białorusi dodatkowo upoważnienie do przeprowadzenia inwestycji. Może się także zdarzyć, iż wymóg domicylu został przez strony traktatu w ogóle wyłączony. Przykładem takiego uregulowania jest traktat BIT zawarty pomiędzy Polską a Białorusią, zgodnie z którym inwestor oznacza osobę fizyczną posiadającą obywatelstwo Rzeczypospolitej Polskiej lub Republiki Białoruś³⁰, zgodnie z ustawodawstwem umawiających się stron, posiadającą miejsce zamieszkania na terytorium umawiających się stron lub poza ich granicami.

Kwestia uznania osoby fizycznej za posiadającą narodowość danego państwa pojawia się w także w wielostronnych traktatach inwestycyjnych, jak Traktat Karty Energetycznej, gdzie osoby fizyczne są podobnie określone, to jest poprzez odesłanie do prawa właściwego strony TKE, ale także mogą obejmować swoim zakresem stałych rezydentów. Zgodnie z art.1 pkt. 7 TKE „Inwestor” oznacza: a) w odniesieniu do Umawiającej się Strony : i) osobę fizyczną mającą obywatelstwo lub narodowość Umawiającej się Strony lub która ma stałe miejsce zamieszkania w tej Umawiającej się Stronie zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem tej Strony. Niektóre z traktatów zawierają, jak wskazano powyżej, odwołanie do konkretnych aktów prawnych stron traktatu, zawierających wskazówki co do uznania danej osoby za posiadającą narodowość danego państwa. Traktat NAFTA zgodnie z artykułem 201.1. zawiera odesłanie zarówno do amerykańskiej ustawy o emigracji i obywatelstwie oraz do konstytucji meksykańskiej³¹.

²⁶ Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Polską, 1989, art. 1.c., Dz. U. z 1991 nr 27 poz. 116, http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_poland.pdf, 10.04.2014,

²⁷ Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Republiką Czechosłowacką, 1950, art. 1.3, http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/Czech_x_Germany_Agreement_gr.pdf, 10.04.2014,

²⁸ Umowa pomiędzy Rządem Hong Kongu i Rządem Republiki Federalnej Niemiec, 1996, art. 1.4, http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_hongkong.pdf, 10.04.2014,

²⁹ Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Republiką Białorusi, 1993, art. 1.3.b., http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_belarus_gr.pdf, 10.04.2014,

³⁰ Dz.U. 1993 nr 122 poz. 545.

³¹ North American Free Trade Agreement, *op.cit.*, § 201.1.

Warte podkreślenia jest, iż w przypadku ustalenia i uznania danej osoby fizycznej jako spełniającej przesłanki inwestora w zgodzie z postanowieniami traktatu inwestycyjnego, w sposób wiążący określa to zakres *ratione personae* ochrony traktatowej. W takiej sytuacji nieuprawnione jest więc wymaganie innych dodatkowych kryteriów, nieprzewidzianych w treści samego traktatu³². Same traktaty inwestycyjne zawierają odpowiednią definicję obywatelstwa odwołującą się do różnych kryteriów. Nie ulega jednakże wątpliwości, iż prawo międzynarodowe uznaje, iż kwestia obywatelstwa osoby fizycznej jest sprawą prawodawstwa wewnętrznego państwa, określającego reguły co do jego nabycia i utraty.

IV. OSOBA FIZYCZNA JAKO INWESTOR W ŚWIETLE KONWENCJI ICSID

Kwestia jurysdykcji Międzynarodowego Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (MCRSI) powołanego na mocy Konwencji ICSID w odniesieniu do osób fizycznych została uregulowana w art. 25 Konwencji, który określa, iż „Jurysdykcja Centrum rozciąga się na każdy spór prawny wynikający bezpośrednio z inwestycji pomiędzy Stronami Kontraktu (...) i obywatelem drugiej Strony Kontraktu (...)”³³. Artykuł 25(2) Konwencji ICSID rozciąga swoją jurysdykcję na osobę fizyczną „która posiada obywatelstwo umawiającej się Strony innej niż Państwo będące stroną sporu w momencie wyrażenia zgody przez Strony sporu na poddanie go koncyliacji lub arbitrażowi, a także w momencie zarejestrowania żądania zgodnie z artykułem 28 par. 3 lub art. 36 par. 3 Konwencji, ale nie obejmuje żadnej osoby która w którejkolwiek ze wspomnianych dat miała obywatelstwo Państwa strony sporu.” Artykuł 28 par. 3 Konwencji ICSID dotyczy procedury koncyliacyjnej, z kolei artykuł 36 par. 3 procedury arbitrażowej.

Zgodnie z powyższym Konwencja ICSID wymaga od stron wnoszących skargę potwierdzenia, że mieli obywatelstwo strony sporu w dwóch różnych momentach, tj. w momencie, gdy strony wyraziły zgodę na poddanie sporu pod jurysdykcję MCRSI i w momencie rejestracji żądania o poddanie sporu pod arbitraż przed MCRSI. W związku z takim uregulowaniem pojawiają się dwa zasadnicze problemy, to jest kwestia ciągłości obywatelstwa oraz posiadania przez osobę fizyczną podwójnego obywatelstwa, w tym posiadania obywatelstwa państwa będącego stroną sporu. W odniesieniu do ciągłości obywatelstwa Konwencja ICSID wymaga, aby osoba fizyczna utrzymywała i posiadała obywatelstwo w okresie pomiędzy wyrażeniem zgody na jurysdykcję MCRSI przez obie strony sporu, a rejestracją żądania wszczęcia procedury arbitrażowej. Tylko bowiem

³² M. Jeżewski, *op.cit.*, str. 82.

³³ ICSID Convention, Regulation and Rules, *op.cit.*, art. 25,

w takim przypadku będzie ona uprawniona do skierowania skutecznej skargi i skorzystania z jurysdykcji MCRSI.

Dla właściwego ustalenia obywatelstwa, zgodnie z wymogami Konwencji ICSID i artykułem 25 mają zastosowanie te same reguły, co w przypadku innych traktatów inwestycyjnych. Oznacza to, że dla prawidłowego ustalenia każdorazowo właściwe jest prawo krajowe, samo zaś ustalenie jest traktowane przed Trybunałem jako fakt. Trybunał w sprawie może ponadto brać pod uwagę wszelkie dowody, co do posiadania obywatelstwa, jakie zostaną mu przedstawione przez stronę w trakcie sporu³⁴. Konwencja ICSID nie zawiera jednak jako wymogu przesłanki zachowania więzi efektywnej, choć trybunał MCRSI w poszczególnych sprawach do niej się odwoływał, o czym niżej.

W odniesieniu do kwestii posiadania przez osobę fizyczną podwójnego obywatelstwa, w tym obywatelstwa państwa będącego stroną sporu, to kwestią zasadniczą jest problem wykluczenia tych osób spod jurysdykcji trybunału MCRSI i odmowa udzielenia im ochrony. Ch. Schreuer tak odniósł się do tego zagadnienia w komentarzu do Konwencji ICSID: „Powinno być jasno określone, że zgodnie z klauzulą artykułu 25(2) a) osoba fizyczna która była obywatelem strony sporu, nie będzie uprawniona do bycia stroną w procedurze pod auspicjami Centrum, nawet, gdy w tym samym czasie osoba ta miała narodowość innego państwa. Ta kwestia nie podlega dyskusji i nie może być zmieniona nawet gdy państwo strona sporu wyraziło na to zgodę.”³⁵. Trybunał MCRSI w swojej praktyce kilkakrotnie zajmował się kwestią posiadania przez osoby fizyczne podwójnego obywatelstwa.

W pierwszej ze spraw *Eudoro A. Olguin przeciwko Republice Paragwaju*³⁶ Pan Olguin, posiadający podwójne obywatelstwo Peru oraz USA, wniósł skargę przeciwko Republice Paragwaju na podstawie traktatu BIT zawartego pomiędzy Peru i Republiką Paragwaju z powodu rzekomego naruszenia przez władze Paragwaju traktatu BIT w stosunku do jego inwestycji w przedsiębiorstwo produkujące i dystrybuujące produkty spożywcze na terytorium Paragwaju. Trybunał MCRSI w sprawie odrzucił zarzuty podniesione przez Paragwaj, co do braku jurysdykcji w sprawie w związku z posiadaniem podwójnego obywatelstwa przez powoda. Uzasadniając swoją decyzję Trybunał podniósł, że peruwiańskie obywatelstwo Pana Olguina polegało na zachowaniu więzi efektywnej, co było wystarczające

³⁴ M. Jeżewski, *op.cit.*, str. 83.

³⁵ Ch. Schreuer, *ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

³⁶ Eudoro A. Olguin przeciwko Republice Paragwaju, orzeczenie z dn. 26 lipca 2001, ICSID Case No. ARB/98/5, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0587.pdf>, 03.04.2014,

dla uznania się właściwym do rozpoznania sprawy, zarówno dla celów Konwencji ICSID jak i traktatu BIT zawartego pomiędzy Peru i Paragwajem.

W sprawie *Champion Trading przeciwko Egipcowi*³⁷, obywatelom USA, którzy także posiadali obywatelstwo egipskie, odmówiono jurysdykcji do wniesienia skargi przeciwko Egipcowi w oparciu o Traktat BIT zawarty pomiędzy USA i Egiptem, uzasadniając to faktem, iż artykuł 25(2) a) Konwencji ICSID wykluczał spod ochrony obywateli mających obywatelstwo państwa drugiej strony sporu. Skarżącymi w sprawie były osoby z rodziny Wahba, które na podstawie prawa krwi oraz prawa ziemi były obywatelami amerykańskimi i jednocześnie z uwagi na pochodzenie jednego ze swych przodków, posiadającego podwójne obywatelstwo amerykańskie i egipskie, posiadali oni także obywatelstwo egipskie wynikające z prawa krwi. Strony wnoszące skargę argumentowały, że trybunał w sprawie powinien przeprowadzić test tzw. więzi rzeczywistej lub efektywnej, który zgodnie z twierdzeniami strony skarżącej wykaże, że nigdy w sposób efektywny nie nabyli oni obywatelstwa egipskiego. W ostateczności trybunał nie wykluczył przeprowadzenia takiego testu zgodnie z Konwencją ICSID, gdzie w ocenie trybunału byłoby absurdalnym, czy nierozsądnym w odniesieniu do osoby fizycznej, aby była ona klasyfikowana jako posiadająca podwójne obywatelstwo, gdy w trzecim lub czwartym pokoleniu nie ma już żadnych więzi z krajem swoich przodków i w takich okolicznościach test więzi efektywnej na potrzeby postępowania przez MCRSI wydaje się uzasadniony. Pomimo takich deklaracji trybunał MCRSI po przeprowadzeniu powyższego testu stwierdził, że mimo wszystko więzi skarżących z Egiptem były na tyle silne, że powinni być oni wyłączeni spod jego jurysdykcji. Wpływ na powyższe rozstrzygnięcia miał fakt, że egipskie obywatelstwo posłużyło stronie wnoszącej skargę do rejestracji ich działalności biznesowej. Trybunał nie wykluczył możliwości zrzeczenia się obywatelstwa, co w konsekwencji pozwoliłoby Trybunałowi na uznanie się właściwym do uznania swojej jurysdykcji i rozpoznania sprawy. Nie może to mieć charakteru obejścia prawa i być dokonane w złej wierze.

Pomimo pewnych wyjątków, w realiach współczesnej ekonomii i przy nieograniczonych możliwościach przepływu kapitału, a także różnych formach prowadzenia działalności gospodarczej trybunały mimo wszystko odchodzą od przestrzegania wymogu utrzymywania efektywnej więzi z państwem, którego obywatelstwo jest przywoływane w danym sporze. Dlatego też w takiego rodzaju

³⁷ Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T.Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba przeciwko Arabskiej Republice Egiptu, orzeczenie jurysdykcyjne z dnia 21 lutego 2003, ICSID Case No. ARB/02/9, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0147.pdf>, 03.04.2014,

sporach ma miejsce raczej odwoływanie się do reguł prawa międzynarodowego wiążącego obywatelstwo z prawem krajowym i powoływanie się na prawo zwyczajowe³⁸.

THE CONCEPT AND STATUS OF THE INVESTOR IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

International investment law, as branch of public international law, makes investors its main beneficiaries. Adoption of the correct definition of an investor in investment treaties is therefore one of the most important and basic elements of their content. The purpose of this article is to present the theoretical and practical problems related to a natural person and a legal person and then to present the conditions that must be met for recognition of these entities as investors. Only in such case investors may demand protection treaty and claim against the host state.

The article describes how the matter of nationality of a natural person developed in domestic law and then in international investment law. The article describes the criteria for determining the nationality of legal persons, as nowadays the different sources of origin of the capital make it difficult to undoubtedly specify the nationality of legal persons. Therefore, the article analyses the investor's definition included in international investment law contained in the multilateral treaties, regional treaties, as well as bilateral investment treaties for the promotion and protection of the investment.

In the article the author undertakes to present differences as to the requirements which must be met by an investor who is a natural person and a legal person, which are contained in the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States from 1965. The work presents also the awards of international arbitration courts that dealt with the problems of the concept of the investor and the protection treaty.

³⁸ M. Jeżewski, *op.cit.*, s. 84.