

Michał Bors

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

mibors@poczta.fm

## Pojęcie i status inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Część II

### *The Concept and Status of the Investor in International Investment Law. Part II*

#### STRESZCZENIE

Międzynarodowe prawo inwestycyjne, jako gałąź międzynarodowego prawa publicznego, czyni inwestorów swymi głównymi beneficjentami. Przyjęcie prawidłowej definicji inwestora w traktatach inwestycyjnych stanowi jeden z ich istotniejszych i podstawowych elementów. Celem artykułu jest ukazanie problemów teoretycznych i praktycznych związanych z osobą fizyczną oraz osobą prawną i zaprezentowanie warunków, jakie muszą być spełnione dla uznania tych podmiotów za inwestorów. Tylko w takim przypadku inwestorzy mogą domagać się ochrony traktatowej, w tym mogą kierować określone roszczenia przeciwko państwu goszczącemu ich inwestycje.

W artykule przedstawiono, jak kształtowała się kwestia obywatelstwa osoby fizycznej na gruncie prawa krajowego, a w dalszej kolejności rozważania te zostały przeniesione na obszar prawa inwestycyjnego. Praca zawiera kolejno omówienie kryteriów pozwalających ustalić przynależność państwową w odniesieniu do osób prawnych, co – mając na uwadze różne źródła pochodzenia kapitału – niejednokrotnie utrudnia jednoznaczne ustalenie przynależności państwowej osób prawnych. W związku z tym w artykule poddano analizie pojęcie inwestora obecne w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, zawarte zarówno w traktatach powszechnych oraz regionalnych, jak i w dwustronnych traktatach o popieraniu i ochronie inwestycji.

W opracowaniu autor podjął się także przedstawienia odrębności dotyczących wymogów, jakie musi spełnić inwestor będący osobą fizyczną oraz osobą prawną, które są zawarte w Konwencji waszyngtońskiej o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw z 1965 r. W pracy przedstawiono orzecznictwo międzynarodowych organów arbitrażowych, które na potrzeby konkretnie rozpatrywanych sporów inwestycyjnych niejednokrotnie zajmowały się problematyką pojęcia inwestora i przyznania mu należnej ochrony traktatowej.

**Słowa kluczowe:** międzynarodowe prawo inwestycyjne; inwestor; osoba fizyczna; osoba prawna; Konwencja ICSID; trybunały arbitrażowe

## WSTĘP

W artykule opublikowanym w 2014 r.<sup>1</sup> zostały przybliżone uwagi dotyczące osoby fizycznej jako inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Natomiast w niniejszym tekście, stanowiącym część drugą opracowania podjętej problematyki, zostaną omówione zagadnienia dotyczące wyłącznie osoby prawnej oraz kryteriów, jakie są wymagane, aby można było przypisać tym podmiotom status inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym.

## OSOBY PRAWNE

Kwestia odnosząca się do przynależności państwowej osób prawnych wydaje się być o wiele bardziej skomplikowana niż w przypadku osób fizycznych. Wynika to przede wszystkim z faktu pochodzenia kapitału z wielu różnych źródeł, a ponadto z tego, iż same spółki prowadzą działalność gospodarczą na dużą skalę i w taki sposób, który często utrudnia jednoznaczne ustalenie ich przynależności państwowej.

Powszechne są sytuacje, że spółka jest ustanowiona zgodnie z prawem państwa A, gdzie ma zarejestrowaną główną siedzibę, natomiast siedzibę operacyjną w postaci spółki córki ma w państwie B. Z kolei główną działalność gospodarczą prowadzi w państwie C. Mając na uwadze złożoność struktur kapitałowych, liczbę udziałowców lub akcjonariuszy pochodzących z wielu krajów, praktyczny brak barier w prowadzeniu działalności gospodarczej przez swoje spółki zależne, należy stwierdzić, że wszystko to powoduje duże trudności w ustaleniu rzeczywistej więzi między daną spółką a państwem jej pochodzenia. Tym samym ustalenie przynależności osoby prawnej nie jest zadaniem łatwym. W takich sytuacjach trybunały arbitrażowe niejednokrotnie powstrzymują się od przeprowadzania szczegółowego badania co do kwestii ustalenia zakresu kontroli danej osoby prawnej i w sytuacjach wątpliwych co do rzeczywistej przynależności państwowej osoby prawnej stosują test miejsca rejestracji czy siedziby danej osoby prawnej<sup>2</sup>.

Podobnie jak w odniesieniu do osób fizycznych, dla przybliżenia problematyki ustalania przynależności państwowej osób prawnych konieczne jest przedstawienie zagadnień związanych z kwestią ustalenia przynależności państwowej osób prawnych w traktatach inwestycyjnych oraz w świetle Konwencji ICSID.

<sup>1</sup> M. Bors, *Pojęcie i status inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym Część I*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2014, nr 24, DOI: <http://dx.doi.org/10.17951/szn.2014.17.24.49>.

<sup>2</sup> C. Schreuer, *ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2000, § 465.

## OSOBA PRAWNA JAKO INWESTOR W TRAKTATACH INWESTYCYJNYCH

Traktaty inwestycyjne zawierają wiele kryteriów, które pozwalają ustalić przynależność państwową danej osoby prawnej i uznać ją za inwestora pochodzącego z państwa-strony traktatu. Trudno jest wyodrębnić jedną powszechną i dominującą zasadę dla ustalenia przynależności osoby prawnej. Należy zawsze brać pod uwagę wymogi obowiązujące w prawie krajowym jako pierwszy etap badania<sup>3</sup>. W sprawie *Barcelona Traction*<sup>4</sup> jeden z arbitrów orzekających w sprawie w swym zdaniu odrębnym stwierdził, iż istnieją dwa standardowe testy na stwierdzenie „narodowości” spółki. Najpopularniejszym obecnie testem w systemie *common law* jest test miejsca rejestracji spółki, podczas gdy test głównego miejsca siedziby spółki (tzw. *siège social*) jest zazwyczaj bardziej akceptowany w systemach *civil law*.

Traktaty BIT generalnie bazują na trzech kryteriach w celu właściwego określenia przynależności państwowej osoby prawnej. Są to: 1) miejsce utworzenia zgodnie z prawem właściwym dla danego kraju, 2) miejsce siedziby osoby prawnej lub miejsce rejestracji siedziby, 3) państwo siedziby osoby prawnej, czyli gdzie jest zlokalizowany zarząd lub kierownictwo spółki. Większość traktatów inwestycyjnych w treści wskazuje na kombinację różnych kryteriów dla określenia przynależności państwowej osób prawnych w ten sposób, aby dany podmiot musiał spełnić dwa (lub więcej) kryteria dla uznania go za osobę prawną zgodnie z danym traktatem<sup>5</sup>. Jednak najczęściej spotykanym podejściem jest kombinacja miejsca rejestracji lub siedziby spółki. Dopuszczalna jest także kombinacja miejsca rejestracji i kryterium rzeczywistej kontroli osoby prawnej.

W celu określenia przynależności prawnej danej osoby prawnej część traktatów BIT przyjęła kryterium miejsca utworzenia zgodnie z prawem właściwym dla danego państwa. W przypadku takiego uregulowania strony traktatu w treści czynią odwołanie do prawa krajowego, gdzie kolejno taka osoba prawna jest uważana za inwestora tego państwa i uprawniona do ochrony traktatowej. Przykładowo traktat BIT zawarty pomiędzy Grecją i Kubą<sup>6</sup> przyjął następującą definicję inwestora: „W odniesieniu do każdej ze Stron traktatu, osoba prawna utworzona zgodnie z prawem właściwym dla Stron traktatu”. Z kolei traktat BIT pomiędzy Stanami

<sup>3</sup> M. Jeżewski, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011, s. 85.

<sup>4</sup> Wyrok MTS z dnia 5 lutego 1970 r., ICJ Reports 1970, *Separate opinion of judge Jessup*, pkt 39, [www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf) [dostęp: 14.04.2016].

<sup>5</sup> A. Sinclair, *The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration*, “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal” 2005, Vol. 20 (2).

<sup>6</sup> Umowa pomiędzy Republiką Grecką i Rządem Kuby, 1996, art. 1.3.b, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba\\_greece.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_greece.pdf) [dostęp: 10.04.2016].

Zjednoczonymi i Urugwajem<sup>7</sup> zawiera następującą definicję: „Przedsiębiorstwo jednej ze Stron oznacza przedsiębiorstwo utworzone lub zorganizowane zgodnie z prawem Strony i oddział zlokalizowany na terytorium Strony, prowadzący tam działalność gospodarczą”. Jedną z ostatnich definicji wypracowanych na potrzeby prawa inwestycyjnego zawarta jest w kanadyjskim modelowym traktacie FIPA<sup>8</sup>, gdzie można znaleźć taką definicję: „Przedsiębiorstwo oznacza: [...] i) każdy podmiot utworzony lub zorganizowany zgodnie z właściwym prawem, prowadzony zarówno dla zysku, jak i nie, mogący być własnością prywatną i rządową, wliczając w to korporację, spółkę, joint venture lub inne stowarzyszenie”.

Z kolei zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 7 lit. a TKE za inwestora uznac należy „Spółkę lub inną organizację założoną zgodnie z prawem stosowanym na terytorium tej umawiającej się Strony”. Kryterium, jakim należy się posługiwać w tym przypadku, jest więc ponownie odwołanie się do prawa państwa-strony traktatu, gdzie sam wymóg utworzenia spółki zgodnie z prawem państwa-strony traktatu jest wystarczający dla przyznania temu podmiotowi ochrony traktatowej. Ta szeroka definicja inwestora jest uzupełniona o art. 17 TKE, który pozwala stronie kontraktu na odmowę udzielenia ochrony tym inwestorom, którzy są kontrolowani przez podmioty mające narodowość państwa trzeciego oraz w przypadku, gdy nie prowadzą one rzeczywistej działalności gospodarczej na obszarze umawiającej się strony, w której zostały utworzone. Jest to tzw. klauzula odmowy udzielenia korzyści (*denial of benefits*).

W projekcie wielostronnego porozumienia w sprawie inwestycji (*Multilateral Agreement on Investment – MAI*)<sup>9</sup>, który był próbą ustanowienia uniwersalnej konwencji dotyczącej ochrony inwestycji zagranicznych, tak z kolei zdefiniowano inwestora:

Osoba prawna lub inny podmiot utworzony lub zorganizowany zgodnie z właściwym prawem umawiającej się Strony [...], prowadzony zarówno dla zysku, jak i o charakterze *non profit*, stanowiący własność prywatną lub będący własnością rządową lub kontrolowany przez rząd, obejmuje korporacje, związek przedsiębiorstw, spółkę, spółkę stanowiącą własność indywidualną, spółkę joint venture, stowarzyszenia lub organizacje.

W innych traktatach inwestycyjnych wymóg utworzenia spółki zgodnie z prawem umawiającej się strony – jako przesłanka wystarczająca dla uznania danego

---

<sup>7</sup> Umowa pomiędzy Stanami Zjednoczonymi Ameryki i Republiką Urugwaju, 2005, art. 1, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US\\_Uruguay.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US_Uruguay.pdf) [dostęp: 10.04.2016].

<sup>8</sup> *Agreement Between Canada and ... for the Promotion and Protection of Investments*, Article 1, <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> [dostęp: 10.04.2016].

<sup>9</sup> *The Multilateral Agreement on Investment*, OECD Draft Consolidated Text 1998, Part II, point 1(ii), [www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/987r1e.pdf](http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/987r1e.pdf) [dostęp: 18.04.2016].

podmiotu za inwestora – często jest łączony z miejscem rejestracji spółki. Przykładowo w traktatach BIT zawieranych przez Wielką Brytanię w większości przypadków miejsce utworzenia lub rejestracji używane jest jako wyłączny test przy ocenie inwestora. W traktacie BIT zawartym pomiędzy Wielką Brytanią a Salwadorem<sup>10</sup> strony ustaliły następującą definicję:

W odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa: [...] korporacje, firmy i stowarzyszenia zarejestrowane lub utworzone zgodnie z obowiązującym prawem w jakiegokolwiek części Zjednoczonego Królestwa lub na terytorium, na które to Porozumienie się rozciąga [...].

Wymienione kryteria mają charakter formalny, co oznacza, iż stwierdzenie, że dany podmiot spełnia kryteria prawa krajowego (polegające na rejestracji w odpowiednim rejestrze przedsiębiorstw) jest wystarczające dla uznania jurysdykcji trybunału<sup>11</sup>.

Warto także zwrócić uwagę na fakt, iż pomimo zawartych w poszczególnych traktatach inwestycyjnych w miarę precyzyjnych definicji inwestora, odwołujących się do różnych przesłanek, które mają być ułatwieniem przy ustalaniu przynależności osoby prawnej, struktura korporacyjna spółki oraz kryterium kontroli stanowią dla trybunałów dodatkowy problem. W poniżej przedstawionych dwóch sprawach trybunały arbitrażowe odmówiły uchylecia ochrony przyznanej przez traktat inwestycyjny nawet w sytuacji (co miało miejsce w sprawie *Tokio Tokeles przeciwko Ukrainie*<sup>12</sup>), gdy spółka wnosząca skargę miała tak naprawdę „narodowość” Ukrainy jako państwa goszczącego inwestycję. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że spółka zarejestrowana na Litwie zgodnie z prawem litewskim była uprawniona do wniesienia skargi przeciwko Ukrainie na podstawie traktatu BIT zawartego pomiędzy Litwą i Ukrainą, chociaż – jak zostało w sprawie ustalone – była ona kontrolowana w 99% przez obywateli ukraińskich. Odwołując się do definicji inwestora zawartej w traktacie BIT, Trybunał w sprawie doszedł do przekonania, że spółka skarżąca zawiera się w definicji *ratione personae* jego jurysdykcji<sup>13</sup>. W uzasadnieniu swojej decyzji Trybunał podniósł:

Zgodnie z brzmieniem podstawowych definicji zawartych w traktacie skarżąca spółka jest inwestorem litewskim, o ile jest rzeczywistym bytem prawnym, który został utworzony

<sup>10</sup> Umowa pomiędzy Wielką Brytanią i Republiką Salwadoru, 1999, art. 1.c.1, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_salvador.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_salvador.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

<sup>11</sup> *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. przeciwko Republice Związku Mjanmy*, orzeczenie z dnia 31 marca 2003 r., ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, § 49 i 52, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

<sup>12</sup> *Tokio Tokeles przeciwko Ukrainie*, orzeczenie jurysdykcyjne z dnia 29 kwietnia 2004 r., ICSID Case No. ARB/02/18 § 26.

<sup>13</sup> *Ibidem*, § 71.

na terytorium Litwy zgodnie z prawem i stosownymi regulacjami. Traktat nie zawiera innych wymogów, które podmiot musi spełnić, aby zakwalifikować go jako inwestora litewskiego<sup>14</sup>.

Strona ukraińska uzasadniała brak jurysdykcji Trybunału w sprawie między innymi tym, iż spółka skarżąca nie tylko pozostaje pod kontrolą podmiotów ukraińskich, ale także nie prowadzi na terenie Litwy jakiejkolwiek działalności gospodarczej. Podniosła ponadto, że Trybunał powinien odmówić swojej jurysdykcji w sprawie z uwagi na to, że ukraińscy właściciele zarejestrowali Tokio Tokelas na terytorium Litwy wyłącznie po to, aby skorzystać z ochrony przyznanej przez litewsko-ukraiński traktat BIT. Taka argumentacja nie spotkała się z aprobatą Trybunału. Przyznał on, co prawda, że wiele traktatów inwestycyjnych dopuszcza możliwość uchylecia ochrony traktatowej na podstawie wspomnianej powyżej klauzuli tzw. zaprzeczenia korzyści (*denial of benefits*) w odniesieniu do spółek kontrolowanych przez obywateli państwa przyjmującego inwestycję, ale w przedmiotowej sprawie nie mógł tego uczynić z uwagi na fakt, iż traktat litewsko-ukraiński nie zawiera takich ograniczeń. Trybunał wyjaśnił swoje stanowisko w następujący sposób: „Nie jest rolą Trybunału narzucać ograniczenia co do zakresu BIT, których nie ma w jego treści. [...] Międzynarodowy Trybunał nie powinien wykonywać swojej jurysdykcji poza granicami definicji”<sup>15</sup>. W dalszej części uzasadnienia Trybunał odwołał się do uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Barcelona Traction*, gdzie wskazano, że uchylecie ochrony korporacyjnej jest możliwe w ewidentnych sytuacjach nadużycia prawa, oszustwa lub zapobieżenia obchodzenia wymogów prawnych, czego Trybunał nie dopatrywał się w rozpatrywanej sprawie<sup>16</sup>. Orzeczenie w tej sprawie zapadło większością głosów. W zdaniu odrębnym przewodniczący Trybunału, prof. Weil, w sposób bardzo jednoznaczny uznał, że mechanizm rozwiązywania sporów inwestycyjnych na podstawie Konwencji ICSID i przewidziane w nim środki zaradcze nie powinny być przeznaczone dla inwestycji prowadzonych w państwie przez jego własnych obywateli z kapitałem krajowym za pomocą zagranicznej osoby prawnej, zaś celem ochrony przyznanej przez Konwencję ICSID jest rozwiązywanie sporów między inwestorem umawiającej się strony a drugą umawiającą się stroną. Zdaniem tego arbitra celem Konwencji ICSID nie jest przyznawanie środków krajowym podmiotom, które umożliwiałyby im uniknięcie krajowej jurysdykcji<sup>17</sup>.

Kolejną ze spraw dotyczących tej problematyki była sprawa *Saluka Investments BV przeciwko Republice Czeskiej*<sup>18</sup>, gdzie Trybunał doszedł do podobnych

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 28.

<sup>15</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>16</sup> *Ibidem*, § 54.

<sup>17</sup> *Ibidem*, § 24.

<sup>18</sup> *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, March 17, 2006, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> [dostęp: 03.04.2016].

konkluzji odnośnie do kwestii miejsca rejestracji spółki i przyznania jej ochrony traktatowej. Spór w tej sprawie powstał w wyniku reorganizacji i prywatyzacji czeskiego sektora bankowego. Spółka skarżąca Saluka Investments BV, będąca podmiotem holenderskim, który nabył udziały w jednym z czeskich banków IPB, podniosła zarzut naruszenia klauzul ochronnych zawartych w traktacie BIT łączącym Holandię i Republikę Czeską, w tym klauzuli sprawiedliwego i słusznego traktowania. Biorąc pod uwagę strukturę kapitałową strony skarżącej, strona pozwana argumentowała, że prawdziwym inwestorem w sektorze bankowym nie była spółka Saluka, lecz zarejestrowana w Wielkiej Brytanii spółka Nomura Europe, będąca jednocześnie spółką zależną od japońskiego banku inwestycyjnego. Strona pozwana argumentowała, że Saluka była jedynie spółką „wydmuszką” niemającą żadnego ekonomicznego interesu w nabywaniu udziałów banku IPB i dlatego nie spełnia ona kryteriów inwestora przyjętych w traktacie BIT, ponieważ działając wyłącznie jako „agent” spółki Nomura (spółki matki), nie może zostać uznana za beneficjenta traktatu. Mając na uwadze złożoną strukturę kapitałową, strona czeska w całości podważała uznanie spółki skarżącej za inwestora uprawnionego do ochrony. Trybunał jednak odrzucił w całości te argumenty, ponieważ jego zdaniem – bazując na języku traktatu definiującego inwestora jako „osobę prawną utworzoną zgodnie z prawem jednej z umawiających się Stron” – Saluka Investments BV spełniała te kryteria, była bowiem spółką utworzoną zgodnie z prawem niderlandzkim. Trybunał mimo to zwrócił uwagę w orzeczeniu na niebezpieczeństwo *treaty shopping*, czyli możliwości zakładania spółek tylko w celu uzyskania ochrony traktatowej, oraz na możliwość nadużyć proceduralnych. Musiał jednak uznać wybór stron traktatu co do przyjętej definicji inwestora<sup>19</sup>. Arbitrzy wykluczyli możliwość uznania w sprawie argumentów nieprzewidzianych w treści traktatu. Ponadto, co wydaje się mieć istotne znaczenie dla podobnych rozstrzygnięć, Trybunał uznał, że prowadzenie działalności gospodarczej i inwestycyjnej za pomocą spółek zależnych od spółki matki nie jest niczym nadzwyczajnym w warunkach gospodarki globalnej<sup>20</sup>. Zdaniem części autorów Trybunał w omawianej sprawie zajął stanowisko typowe w obecnym stanie prawnym uznającym złożoną strukturę korporacyjną podmiotów zależnych, lecz standard konieczny do uchylecia struktury korporacyjnej przyjęty w sprawie jest zbyt wysoki. Trybunał powinien raczej podjąć starania w celu ujawnienia rzeczywistego źródła kapitału, odwołując się do koncepcji nadużycia prawa<sup>21</sup>.

Kolejnym z kryteriów rozstrzygających o uznaniu danej osoby prawnej za inwestora, poza miejscem utworzenia czy rejestracji danego podmiotu zgodnie z prawem umawiających się stron, jest także wymóg odnośnie do posiadania przez

<sup>19</sup> *Ibidem*, § 240.

<sup>20</sup> *Ibidem*, § 228.

<sup>21</sup> M. Jeżewski, *op. cit.*, s. 87.

spółkę w państwie goszczącym inwestycję jej siedziby lub też wymóg prowadzenia na jego terytorium rzeczywistego zarządzania jej działalnością (*effective management*). Uzasadnieniem takiego wymogu jest zapewne konieczność uniknięcia przez strony procederu *treaty shopping*<sup>22</sup>.

Przykładem traktatu odwołującego się do wymogu posiadania siedziby na terytorium państwa przyjmującego inwestycję jako przesłanki co do uznania inwestora jest traktat inwestycyjny BIT zawarty między Niemcami i Chinami<sup>23</sup>. Definiuje on osobę prawną w odniesieniu do Niemiec jako „jakąkolwiek osobę prawną zarówno o komercyjnym, jak i innym charakterze lub stowarzyszenie posiadające lub nie osobowość prawną, mające swoją siedzibę na terytorium Republiki Federalnej Niemiec”.

Inne z traktatów BIT również czynią z miejsca głównej siedziby spółki kryterium dla uznania, iż dany podmiot spełnia kryteria uznania go za inwestora. Traktat BIT zawarty między Francją i Singapurem<sup>24</sup> ogranicza ochronę do osób prawnych utworzonych we Francji zgodnie z obowiązującym prawem francuskim i mających na terytorium Francji swoją główną siedzibę. Podobne uregulowanie znalazło się w traktacie BIT zawartym między Włochami i Libią<sup>25</sup>, gdzie zgodnie z art. 1(3) investorem jest osoba prawna założona zgodnie z prawem umawiającej się strony i mająca na jej terytorium swoją główną siedzibę.

Porozumienie ASEAN<sup>26</sup> używa kombinacji miejsca utworzenia lub rejestracji danego podmiotu oraz miejsca jego siedziby. Zgodnie z nim investorem umawiającej się strony będzie korporacja, spółka partnerska lub inne stowarzyszenie handlowe zarejestrowane lub utworzone zgodnie z obowiązującym prawem na terytorium umawiającej się strony, gdzie ma też miejsce jej efektywne zarządzanie (*effective management*). Jedną z pierwszych spraw rozpatrywaną na bazie tego przepisu była sprawa *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. przeciwko Republice Związku Mjanmy*<sup>27</sup>. Trybunał zwrócił tu uwagę, iż przewidziany wymóg efektywnego zarządzania służy przede wszystkim ochronie przed zakładaniem spółek zależnych bez żadnego ekonomicznego powiązania, tylko w celu uzyskania przez

---

<sup>22</sup> *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, OECD 2008, s. 22.

<sup>23</sup> Umowa pomiędzy Republiką Chińską i Republiką Federalną Niemiec, 2003, art. 1.2.a, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china\\_germany.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_germany.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

<sup>24</sup> Umowa pomiędzy Republiką Francji i Republiką Singapuru, 1976, art. 3.a, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france\\_singapour\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_singapour_fr.pdf) [dostęp: 10.04.2016].

<sup>25</sup> Umowa pomiędzy Republiką Włoską i Libią, 2003, art. 1.3.b, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Libya\\_Italy\\_it.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Libya_Italy_it.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

<sup>26</sup> *Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, [www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=234900](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=234900) [dostęp: 12.04.2016].

<sup>27</sup> *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. przeciwko Republice Związku Mjanmy*, orzeczenie z dnia 31 marca 2003 r., ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, § 49 i 52, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

podmiot zagraniczny lub przez jego inwestycje ochrony przewidzianej traktatem. Rozstrzygając spór, uznano, że powód spełniał wymóg uznania go za inwestora umawiającej się strony, spółka posiadała bowiem na terytorium Singapuru stale rezydującego dyrektora i prowadziła tam działalność biznesową. Trybunał ponadto przyznał, że o ile spółka spełnia wymóg co do uznania jej za inwestora zgodnie treścią traktatu ASEAN, nie jest już tym samym konieczne badanie narodowości udziałowców spółki i pochodzenia jej kapitału.

Z podobnymi wymogami odnośnie do osoby prawnej możemy się spotkać w traktatach BIT zawieranych przez Polskę. Przykładowo w umowie między Rzeczpospolitą Polską a Ludową Republiką Bangladeszu<sup>28</sup> inwestor jest zdefiniowany jako osoba prawna (w tym spółka, korporacja, stowarzyszenie handlowe i inne organizacje utworzone w inny sposób lub zorganizowane należycie zgodnie z prawem umawiającej się strony), na której terytorium ma swoją siedzibę i prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą.

Pomimo powyżej wskazanych przykładów same traktaty inwestycyjne w większości przypadków rzadko wprowadzają dodatkowe kryteria dla uznania osoby prawnej za inwestora, tak jak wspomniane kryterium prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej lub posiadania określonego stopnia kontroli. Oczywiście czynniki te mają na celu wzmocnienie ochrony przed skargami tych podmiotów, które – korzystając ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej – wykorzystują możliwość tworzenia spółek tylko w celu uzyskania ochrony traktatowej<sup>29</sup>. Samo kryterium kontroli, rozumiane niekiedy jako dominujący udział w danej osobie prawnej, także nie jest kategorią jednoznaczną. Poza określonym udziałem procentowym w udziałach lub akcjach danego podmiotu mogą być kreślone inne kryteria. Trybunał rozpatrujący na podstawie traktatu NAFTA sprawę Thunderbird przeciwko Meksykowi<sup>30</sup> przyjął na potrzeby tego rozstrzygnięcia następujące przesłanki wymagane do przyjęcia kontroli danej osoby prawnej:

Kontrola może być także uzyskana przez zdolność do efektywnego decydowania i wdrażania kluczowych gospodarczych decyzji dotyczących przedsiębiorstwa oraz w pewnych okolicznościach może być również osiągnięta dzięki pojawieniu się takiego z czynników, jak technologia, dostęp do określonych zasobów, dostęp do rynku, dostęp do kapitału, wiedza know-how czy nawet posiadanie wiarygodnej reputacji<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Dz.U. z 2000 r., nr 43, poz. 492.

<sup>29</sup> M. Jeżewski, *op. cit.*, s. 86.

<sup>30</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation (Claimant) Against the United Mexican States (Respondent)*, January 26, 2006, [http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Thunderbird\\_Award.pdf](http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Thunderbird_Award.pdf) [dostęp: 19.04.2016].

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 108.

Wymóg kontroli jest często połączony z wymogiem spełnienia innych formalnych kryteriów, takich jak miejsce rejestracji czy miejsce siedziby podmiotu. Został on przewidziany w traktacie BIT zawartym między Szwecją i Indiami<sup>32</sup>, który w art. 1 pkt d przewiduje wymóg miejsca rejestracji i jednocześnie kontroli. Traktat przyjął następującą definicję:

„Spółki” oznaczają jakiegokolwiek korporacje, spółki i stowarzyszenia zarejestrowane i utworzone zgodnie z obowiązującym prawem na terytorium umawiającej się Strony lub w państwie trzecim, jeśli co najmniej 51% kapitału stanowi własność inwestorów umawiającej się Strony lub w których inwestorzy umawiającej się Strony kontrolują przynajmniej 51% praw do głosowania w odniesieniu do udziałów stanowiących ich własność.

Traktat BIT zawarty między Holandią a Boliwią<sup>33</sup> przewiduje następujące wymagania:

(ii) osoby prawne utworzone zgodnie z prawem umawiającej się Strony, (iii) osoby prawne kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni przez obywateli tej umawiającej się Strony, ale utworzonej zgodnie z obowiązującym prawem drugiej z umawiających się Stron.

Na podstawie powyższego traktatu BIT doszło do sporu w sprawie *Aguas del Tunari S.A. przeciwko Republice Boliwii*<sup>34</sup>, gdzie holenderska spółka skarżąca, w oparciu o procedury arbitrażowe Konwencji ICSID, podniosła zarzut naruszenia zawartego między stronami dwustronnego traktatu o ochronie inwestycji, wskazując, iż działania podjęte przez Boliwię były równoznaczne z wywłaszczeniem inwestycji skarżącej spółki. Spór dotyczył procesu prywatyzacji sektora związanego z dostarczaniem wody oraz utylizacją odpadów i udzieloną skarżącej spółce Aguas del Tunari koncesją na powyższe działania na 40 lat. Aguas del Tunari była spółką zarejestrowaną w Boliwii stanowiącą własność międzynarodowego konsorcjum należącego do International Water Ltd., które z kolei było zarejestrowane na Kajmanach i stanowiło w 100% własność Bechtel Enterprise Holding (spółki amerykańskiej). Gdy Bechtel Enterprise Holding poinformował władze boliwijskie o planowanej zmianie w strukturze właścicielskiej Aguas del Tunari przez przeniesienie udziałów International Water Ltd. do holenderskiej spółki, otrzymał zgodę władz. Później jednak władze boliwijskie zakwestionowały legalny aspekt

<sup>32</sup> Umowa pomiędzy Królestwem Szwecji i Republiką Indii, 2000, art. 1.d, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden\\_india.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_india.pdf) [dostęp: 10.04.2016].

<sup>33</sup> Umowa pomiędzy Królestwem Holandii i Republiką Boliwii, art. 1.b (ii), (iii), [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_bolivia.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

<sup>34</sup> *Aguas del Tunari S.A. Claimant/Investor v. Republic of Bolivia, Respondent/Contracting Party*, ICSID Case No. ARB/02/3, [www.iisd.org/pdf/2005/AdT\\_Decision-en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf) [dostęp: 12.04.2016].

tej zmiany, argumentując to tym, że państwo boliwijskie nie może wydać zgody, która w konsekwencji prowadzi do sytuacji, gdzie zarejestrowana zgodnie z prawem na terenie Boliwii spółka może dowolnie i w każdym czasie zmienić swoją strukturę właścicielską *post factum*, stając się spółką holenderską tylko w celu uzyskania ochrony traktatowej przewidzianej przez traktat BIT łączący Holandię i Boliwię. Strona pozwana argumentowała swoje stanowisko tym, że powód był wyłącznie kontrolowany przez amerykańską spółkę Bechtel, a jej holenderscy udziałowcy nie mieli w spółce żadnej rzeczywistej kontroli. W konsekwencji Boliwia podniosła zarzut braku jurysdykcji Trybunału. Trybunał rozpatrujący sprawę musiał odpowiedzieć na pytanie, czy spółka Aguas del Tunari spełniała kryteria dla uznania jej za spółkę holenderską zgodnie z powołanym wyżej traktatem BIT. Trybunał oddalił zarzuty strony boliwijskiej. Swoje stanowisko argumentował faktem, że interpretacja strony boliwijskiej tak naprawdę niweczy cel traktatu. Ponadto przyjął, iż użyte w treści traktatu sformułowanie „kontrolowany bezpośrednio lub pośrednio” oznacza, iż dany podmiot może być kontrolowany przez inny podmiot zarówno w sposób bezpośredni (tj. bez udziału spółki pośredniczącej), jak i w sposób pośredni, o ile ten podmiot posiada zdolność prawną do kontrolowania drugiego podmiotu<sup>35</sup>. Trybunał uznał również, że nie jest niczym nadzwyczajnym w praktyce i nie jest jednocześnie niczym nielegalnym lokowanie swoich inwestycji w taki sposób, aby zapewnić im korzystne uregulowania prawne, korzystniejsze rozwiązanie podatkowe czy dostęp do procedur jurysdykcyjnych<sup>36</sup>. Jeden z arbitrów składu orzekającego, José Luis Alberro-Semarana, złożył w sprawie odrębną opinię, w której poddał w wątpliwość, czy zgoda władz Boliwii obejmowała swoim zakresem nieograniczoną liczbę beneficjentów. Ponadto, zdaniem arbitra, Trybunał w sprawie powinien przeprowadzić szczegółowe badanie co do czasu, w którym spółka Bechtel Enterprise Holding podjęła decyzję o zmianie struktury kapitałowej skarżącej spółki oraz celu tej zmiany. Decyzja o zmianie struktury kapitałowej miała bowiem miejsce już po przydzieleniu spółce koncesji. Pomimo tych wątpliwości Trybunał w całości oddalił zarzuty strony boliwijskiej co do braku jego jurysdykcji w sprawie, uznając się za właściwego do rozpatrzenia sprawy.

Sprawa *Sedelmayer przeciwko Rosji*<sup>37</sup> była pierwszą z kategorii spraw, w której trybunał arbitrażowy był zobligowany do dokonania interpretacji pojęcia inwestora w sytuacji, w której ochrona przewidziana przez traktat BIT łączący Niemcy i Rosję została przyznana osobie fizycznej, ale dokonującej inwestycji za pośrednictwem spółki zarejestrowanej w państwie trzecim. W omawianej sprawie Franz Sedelma-

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 226.

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 330.

<sup>37</sup> *Mr Franz Sedelmayer vs. The Russian Federation through the Procurement Department of the President of the Russian Federation*, July 7, 1998, SCC Award, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf) [dostęp: 18.04.2016].

yer, obywatel niemiecki, był wyłącznym właścicielem SGC International – spółki zarejestrowanej w Stanach Zjednoczonych. Poczyniła ona inwestycje na terytorium Rosji w obszarze sektora zbrojeniowego. Gdy doszło do sporu związanego z inwestycją, Franz Sedelmayer zainicjował procedurę arbitrażową przewidzianą przez traktat BIT zawarty między Niemcami i Rosją. Wynikało to także z faktu, iż dwustronny traktat o ochronie inwestycji między Stanami Zjednoczonymi i Rosją nie był zawarty. W tej sprawie Trybunał uznał, że spółka SGC International była po prostu narzędziem, przez który Franz Sedelmayer przetransferował swój majątek do Rosji i dzięki temu uzyskał *de facto* status inwestora. Dokonując wykładni językowej traktatu BIT i definicji inwestora, Trybunał wskazał na brak w nim przepisów odwołujących się do elementów kontroli, zaś traktat nakładał na dany podmiot wyłącznie obowiązek rejestracji i posiadania głównej siedziby w państwie-stronie traktatu. Trybunał uznał więc swoją jurysdykcję, a uzasadniając decyzję, zwrócił uwagę na fakt, iż traktat BIT milczy co do kwestii prowadzenia działalności inwestycyjnej przez osobę fizyczną za pośrednictwem spółki zależnej, co nie oznacza, że skarżący nie może być uznany za inwestora w sprawie i nie może korzystać z ochrony traktatowej. Także w tej sprawie jeden z arbitrów złożył odrębną opinię, na którą warto zwrócić uwagę. Uzasadniając swoje stanowisko, stwierdził, iż jeśli pozwany domaga się ochrony traktatowej przyznanej przez traktat BIT zawarty między Niemcami a Rosją, to powinien on prowadzić działalność inwestycyjną osobiście jako osoba fizyczna lub za pomocą spółki niemieckiej, tymczasem zamiast tego i dla celów korzystniejszych uregulowań podatkowych prowadził swoją działalność gospodarczą za pomocą spółki państwa trzeciego, tj. spółki zarejestrowanej na terenie Stanów Zjednoczonych. W ocenie tego arbitra jest raczej mało prawdopodobne, aby traktat BIT pochodzący z 1989 r. miał na celu zachęcanie do prowadzenia tego rodzaju inwestycji, oferując przewidzianą im ochronę<sup>38</sup>.

Znamienne jest, że w obu powyższych rozstrzygnięciach arbitrzy zajmujący odrębne zdanie zwracali uwagę na konieczność wnikliwego badania struktury kapitałowej spółek i odkrycia rzeczywistego źródła kapitału, uzależniając od tego decyzje co do jurysdykcji trybunałów i jednocześnie domagając się uchylecia ochrony struktury kapitałowej.

## OSOBA PRAWNA JAKO INWESTOR W ŚWIETLE KONWENCJI ICSID

W sytuacji, gdy państwo pochodzenia inwestora oraz państwo goszczące inwestycję są jednocześnie stronami Konwencji ICSID, mogą one dochodzić roszczeń przed trybunałem arbitrażowym powołanym w ramach MCRSI. Aby spór został skutecznie przedłożony do rozpatrzenia w ramach MCRSI, również w tym przy-

<sup>38</sup> *Ibidem*, § 1–4, opinia odrębna – S. Zykin.

padku inwestor musi spełniać określone kryteria przewidziane zarówno w traktacie inwestycyjnym, jak i w Konwencji ICSID.

Art. 25(2) (b) Konwencji ICSID wyznacza zakres *ratione personae* Konwencji, zgodnie z którym dany podmiot, posiadający obywatelstwo (przynależność) umawiającej się strony, oznacza każdą osobę prawną posiadającą obywatelstwo (przynależność) umawiającego się państwa, innego niż państwo będące stroną sporu w momencie, w którym strony zgodziły się na poddanie sporu koncyliacji lub arbitrażowi, a ponadto każdą osobę prawną posiadającą narodowość umawiającego się państwa w tym momencie, którą strony zgodziły się uznać za posiadającą narodowość innego umawiającego się państwa z uwagi na zagraniczną kontrolę dla celów Konwencji. Zgodnie z powyższym sam przepis wyznacza dwa standardy wymagane dla ustalania jurysdykcji MCRSI. Pierwszym z kryteriów jest wymóg posiadania narodowości umawiającego się państwa, innego niż państwo-strona sporu. Zdaniem części autorów nie jest obecnie wymagane interpretowanie tego przepisu w sposób odsyłający do wymogów prawa krajowego<sup>39</sup>. Uregulowanie takie miało ułatwić uznanie w sposób dowolny i możliwie jak najszerszy jakiegokolwiek dopuszczalnej więzi między osobą prawną a państwem za wystarczającą dla ustalenia jurysdykcji MCRSI<sup>40</sup>.

Drugi z kryteriów, wskazany w art. 25(2) (b) Konwencji ICSID, pozwala zagranicznemu inwestorowi i państwu przyjmującemu inwestycję uznać, że spółka lokalna, ustanowiona w państwie przyjmującym przez zagranicznego inwestora w celu prowadzenia na jego terytorium inwestycji, może być uznana za posiadającą narodowość innej umawiającej się strony. Standard dotyczy powszechnej praktyki prowadzenia inwestycji za pomocą spółek założonych w państwie przyjmującym inwestycję przez zagranicznych inwestorów, ułatwiającym niejednokrotnie zainicjowanie i prowadzenie inwestycji w danym państwie. Te warunki niewątpliwie pozwalają na odejście od kryterium miejsca rejestracji lub kryterium formalnej siedziby podmiotu na korzyść kryterium zagranicznej kontroli<sup>41</sup>. Jak wyjaśnił to A. Broches, jeden z głównych twórców Konwencji ICSID, celem ustanowienia kryterium kontroli w drugiej części art. 25(2) (b) było rozszerzenie jurysdykcji Konwencji ICSID. Wyraził on następujący pogląd:

Był istotny powód dla tej ostatniej klauzuli. Jest bowiem całkiem powszechne, aby państwa goszczące inwestycję wymagały, by zagraniczni inwestorzy prowadzili swoje inwestycje na ich terytorium przez spółki zorganizowane zgodnie z prawem państwa przyjmującego. Jeśli

<sup>39</sup> M. Jeżewski, *op. cit.*, s. 89.

<sup>40</sup> C.F. Amerasinghe, *Interpretation of Article 25(2) b) of the ICSID Convention*, [w:] *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: Towards "Judicialization" and Uniformity*, eds. R.B. Lillich, C.N. Brower, Irvington – New York 1993, s. 323.

<sup>41</sup> *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations...*, s. 39.

więc przyznamy, jak czyni to Konwencja, w sposób domyślny, że czyni to spółkę technicznie posiadającą narodowość państwa przyjmującego inwestycję, staje się to oczywiste, iż istnieje konieczność dla uczynienia wyjątku co do głównej reguły, iż MCRSI nie posiada jurysdykcji w zakresie sporów między umawiającą się stroną i jej własnymi obywatelami. Gdyby nie ustanowiono wyjątku dla zagranicznych spółek, ale lokalnie zarejestrowanych, to duży i ważny sektor zagranicznych inwestycji pozostawałby poza zakresem jurysdykcji Konwencji<sup>42</sup>.

Takie uregulowania pozwalają ponadto na wyeliminowanie sporów o charakterze wewnętrznym między państwem i jego osobą prawną.

Dodatkowym i jednocześnie kontrowersyjnym zagadnieniem pojawiającym się w tego typu sprawach jest to, jak głęboko trybunały rozpatrujące poszczególne kategorie spraw powinny badać stopień i zakres zagranicznej kontroli osoby prawnej. Problemem jest bowiem, czy zakres kontroli zagranicznej powinien mieć charakter bezpośredni czy pośredni. W przypadku ograniczenia się wyłącznie do weryfikacji kontroli bezpośredniej rolą trybunału byłoby wyłącznie badanie stopnia kontroli na poziomie podstawowym i ustalenie bezpośredniego właściciela spółki. Z kolei w przypadku kontroli pośredniej zadanie trybunału polega na zbadaniu kolejnych poziomów kontroli w relacji do spółki skarżącej.

W sprawie *Amco przeciwko Indonezji*<sup>43</sup> ochrona traktatowa była przyznana inwestorowi zagranicznemu prowadzącemu inwestycję za pomocą lokalnych spółek zarejestrowanych w państwie goszczącym inwestycję. Amco, spółka wnosząca skargę, była kontrolowana przez podmiot amerykański i – domagając się ochrony – powoływała się na art. 25(2) (b) Konwencji ICSID. W skardze dodatkowo wskazała na zgodę wyrażoną w konwencji arbitrażowej zawartej między stronami. Z kolei Indonezja w odpowiedzi podniosła, iż spółka jest w rzeczywistości kontrolowana przez obywatela Holandii, co w takim wypadku oznacza brak jurysdykcji trybunału w sprawie. Trybunał uznał, iż dla celów postępowania wystarczające jest tylko badanie pierwszego stopnia kontroli spółki skarżącej, tj. ujawnienie więzi korporacyjnej między spółką lokalną i podmiotem kontrolującym ją bezpośrednio, zwracając jednocześnie uwagę, że badanie dalszych stopni kontroli w strukturze korporacyjnej jest sprzeczne z postanowieniami Konwencji ICSID. Zawarta w konwencji koncepcja narodowości w ocenie Trybunału jest typowa, tzn. bazuje na prawie państw, zgodnie z którym podmiot został utworzony w miejscu jego utworzenia czy miejscu jego siedziby. Wprowadzono wyjątek od tej zasady

---

<sup>42</sup> A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1972, s. 331, 358, 361.

<sup>43</sup> *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and PT Amco Indonesia Claimants v. The Republic of Respondent*, ICSID Case No. ARB/81/1, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663\\_En&caseId=C126](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126) [dostęp: 03.04.2016].

w odniesieniu do osób prawnych mających narodowość państwa-strony sporu, gdy podmioty te są kontrolowane przez podmioty zagraniczne. Mając na uwadze taką argumentację, Trybunał uznał się za właściwy w sprawie.

W sprawie *Banro przeciwko Demokratycznej Republice Konga*<sup>44</sup> stroną wnoszącą skargę była kanadyjska spółka, która zawarła kontrakt z jednym z kongijskich stanów. Kontrakt zawierał klauzulę jurysdykcyjną o poddanie ewentualnych sporów pod rozstrzygnięcie trybunału MCRSI pomimo tego, że klauzula ta nie mogła być skuteczna w stosunku do Banro, a to z uwagi na fakt, iż Kanada nie była wówczas stroną Konwencji ICSID. Ponadto nie był zawarty traktat inwestycyjny BIT między Kanadą i Republiką Kongo. Banro dokonało przeniesienia swoich praw na Banro American Resource, swoją amerykańską spółkę zależną. W momencie tych czynności między Republiką Kongo a Stanami Zjednoczonymi był już zawarty traktat BIT. Oceniając powyższe działania, Trybunał w orzeczeniu uznał, że Banro American Resource nie mogło skorzystać z wyrażonej uprzednio przez kanadyjską spółkę matkę zgody na procedurę arbitrażową przewidzianą przez MCRSI, ponieważ zgoda była w całości niewiążąca i nie mogła być przedmiotem transferu, dlatego że Banro American Resource nie miało wymaganej narodowości w momencie, gdy kontrakt wszedł w życie i jednocześnie nie mogło dojść do skutecznego przeniesienia owej zgody na Banro American Resource. Trybunał stwierdził, iż wymagania przewidziane w art. 25(2) (b) Konwencji ICSID odnośnie do narodowości nie zostały w sprawie spełnione, dodając jednocześnie, że w świetle dotychczasowej praktyki i wypracowanego orzecznictwa MCRSI, dotyczącego powiązań między spółkami z tej samej grupy kapitałowej, podniesiony w sprawie problem struktury kapitałowej mógłby być potraktowany w sposób bardziej elastyczny, tj. dopuszczający ochronę przewidzianą przez traktat, lecz tylko w odniesieniu do zagadnienia *ius standi* spółki zależnej i wyłącznie co do zgody arbitrażowej dotyczącej spółki matki<sup>45</sup>. W rozpatrywanej sprawie Trybunał nie dopatrywał się takiej relacji.

Odmienne podejście zaprezentował Trybunał w sprawie *Aucoven przeciwko Wenezueli*<sup>46</sup>. Spółka skarżąca na potrzeby realizacji kontraktu budowy i utrzymania dwóch głównych autostrad była spółką zarejestrowaną zgodnie z prawem wenezuelskim. Po wniesieniu skargi Wenezuela podniosła zarzut braku jurysdykcji Trybunału, argumentując to tym, iż spółka była kontrolowana przez ICA Holding

---

<sup>44</sup> *Banro American Resources Inc. i Societe Aurifere de Kivu et du Maniema SARL przeciwko Demokratycznej Republice Konga*, orzeczenie z dnia 1 września 2000 r., ICSID Case No. ARB/98/7, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC577\\_En&caseId=C173](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC577_En&caseId=C173) [dostęp: 10.04.2016].

<sup>45</sup> *Ibidem*, pkt 13, 14.

<sup>46</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) przeciwko Boliwariańskiej Republice Wenezueli*, orzeczenie z dnia 27 września 2001 r., ICSID Case No. ARB/00/5, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC609\\_En&caseId=C192](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC609_En&caseId=C192) [dostęp: 10.04.2016].

(spółkę zarejestrowaną zgodnie z prawem meksykańskim) i na tej podstawie nie mogła skutecznie kierować skargi do Trybunału MCRSI, ponieważ Meksyk nie był stroną Konwencji ICSID. Wenezuela podniosła ponadto, że nawet transfer 75% udziałów spółki Aucoven z ICA Holding do ICATECH (spółki amerykańskiej) nie miał wpływu na zmniejszenie kontroli ICA Holding nad inwestycją Aucoven prowadzoną na terenie Wenezueli. Pomimo licznych wątpliwości strony pozwanej Trybunał uznał przyjęty przez strony test kryterium kontroli zagranicznej, uznając swoją jurysdykcję w sprawie. Trybunał, uzasadniając swoje stanowisko, podniósł, iż biorąc pod uwagę autonomię przyznaną stronom przez Konwencję ICSID, nie może zastosować bardziej restrykcyjnej definicji zagranicznej kontroli, o ile strony nie wykonują swojego prawa w sposób sprzeczny z celem Konwencji ICSID<sup>47</sup>. Potwierdził, iż amerykańska spółka ICATECH miała prawo głosu i bezpośredni wpływ na podejmowanie decyzji w swojej spółce zależnej.

Podsumowując rozważania, można dojść do wniosku, że w niektórych sprawach okoliczności uzasadniały prowadzenie przez trybunał głębszej analizy struktury korporacyjnej i rzeczywistego pochodzenia kapitału spółki, co prowadziło do odmówienia ochrony korporacyjnej tym podmiotom, które są kontrolowane pośrednio lub bezpośrednio przez podmiot mający narodowość państwa niebędącego stroną Konwencji ICSID. Problemem w takim przypadku jest to, do jakiego poziomu struktury kapitałowej uprawniona jest kontrola trybunału pomiędzy spółką lokalną prowadzącą inwestycję i podmiotem bezpośrednio ją kontrolującym. Z drugiej strony trybunały uznają się za właściwe w sytuacji, gdy skarżący podmiot spełni wymogi formalne przewidziane w Konwencji ICSID, nawet w przypadku istnienia dalszych poziomów kontroli w stosunku do spółki wnoszącej skargę, co stanowi o pragmatycznym podejściu trybunałów.

## PODSUMOWANIE

Z punktu widzenia prawa inwestycyjnego osoby fizyczne oraz osoby prawne są beneficjentami zobowiązań zaciąganych przez państwa. Prawidłowe zdefiniowanie inwestora i inwestycji należy do istotnych zagadnień określających zakres zastosowania praw i obowiązków w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Tylko tacy inwestorzy mogą korzystać z przyznanej im szerokiej ochrony traktatowej, w tym do wnoszenia skarg przed przewidziany trybunał arbitrażowy<sup>48</sup>. Bycie inwestorem oznacza, iż podmiotowi przyznane są uprawnienia także na poziomie samego prawa materialnego. Ze względu na przyznane inwestorowi uprawnienia

<sup>47</sup> *Ibidem*, § 114.

<sup>48</sup> *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations...*, s. 9.

kluczowym zagadnieniem jest ustalenie, czy dana osoba prawna i fizyczna jest objęta ich zakresem *ratione personae*.

Z kolei z perspektywy państw eksportujących kapitał przedmiotowa definicja określa grupę tych inwestorów, których inwestycje zagraniczne państwo zamierza chronić za pomocą traktatu, wliczając w to w szczególności system związany z bezstronnym sposobem rozwiązywania sporów. Z punktu widzenia państw importujących kapitał definicja określa tę kategorię inwestorów, których inwestycje dane państwo zamierza przyciągnąć. Wreszcie z punktu widzenia poszczególnych inwestorów definicja określa sposób, w jaki inwestycja powinna być zorganizowana, aby mogła być beneficjentem korzyści płynących z danej umowy inwestycyjnej<sup>49</sup>.

W obecnym stanie prawnym, zarówno w reżimie prawnym powstałym na mocy traktatów inwestycyjnych, jak i w ramach reżimu prawnego utworzonego na mocy Konwencji ICSID, międzynarodowe prawo inwestycyjne dotyczy w głównej mierze statusu prawnego zagranicznych inwestorów prywatnych<sup>50</sup>. Nie ulega przy tym wątpliwości, że inwestorzy zagraniczni mają obecnie zdolność prawną w znaczeniu bycia podmiotem praw i obowiązków międzynarodowych i jednocześnie mają pełne prawo do dochodzenia roszczeń oraz do samodzielnego dysponowania swoimi uprawnieniami. Pomimo takiego podejścia w doktrynie prawa międzynarodowego dominuje pogląd, że jednostka nie może być uznawana za podmiot (*subject*), ale wyłącznie za beneficjenta tego prawa (*object*)<sup>51</sup>.

Jak wynika z powyżej przedstawionych rozważań, trudno jest wskazać uniwersalne i wyczerpujące kryteria dotyczące uznania danego podmiotu za inwestora. Pomimo tak dużej liczby traktatów inwestycyjnych, zawierających niejednokrotnie podobne lub nawet tożsame definicje inwestora, strony przed merytorycznym wadaniem się w spór często muszą odwoływać się do dorobku doktryny i orzecznictwa międzynarodowych organów arbitrażowych przy wyjaśnianiu wątpliwości pojawiających się na tle, czy osoba prawna, osoba fizyczna, ewentualnie inne podmioty nieposiadające osobowości prawnej, może być stroną postępowania w sporze.

## BIBLIOGRAFIA

*Agreement Between Canada and ... for the Promotion and Protection of Investments*, Article 1, <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> [dostęp: 10.04.2016].

*Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, [www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=234900](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=234900) [dostęp: 12.04.2016].

<sup>49</sup> B. Legum, *Defining investment and investor: Who is entitled to claim?*, presentation at the Symposium “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”, December 12, 2005, s. 1.

<sup>50</sup> C. Schreuer, *op. cit.*, s. 46.

<sup>51</sup> M. Jeżewski, *op. cit.*, s. 78–79.

- Aguas del Tunari S.A. Claimant/Investor v. Republic of Bolivia, Respondent/Contracting Party*, ICSID Case No. ARB/02/3, [www.iisd.org/pdf/2005/AdT\\_Decision-en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf) [dostęp: 12.04.2016].
- Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and PT Amco Indonesia Claimants v. The Republic of Respondent*, ICSID Case No. ARB/81/1, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663\\_En&caseId=C126](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126) [dostęp: 03.04.2016].
- Amerasinghe C.F., *Interpretation of Article 25(2) b) of the ICSID Convention*, [w:] *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: Towards "Judicialization" and Uniformity*, eds. R.B. Lillich, C.N. Brower, Irvington – New York 1993.
- Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) przeciwko Boliwariańskiej Republice Wenezueli*, orzeczenie z dnia 27 września 2001 r., ICSID Case No. ARB/00/5, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC609\\_En&caseId=C192](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC609_En&caseId=C192) [dostęp: 10.04.2016].
- Banro American Resources Inc. i Societe Aurifere de Kivu et du Maniema SARL przeciwko Demokratycznej Republice Konga*, orzeczenie z dnia 1 września 2000 r., ICSID Case No. ARB/98/7, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC577\\_En&caseId=C173](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC577_En&caseId=C173) [dostęp: 10.04.2016].
- Bors M., *Pojęcie i status inwestora w międzynarodowym prawie inwestycyjnym Część I*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2014, nr 24, DOI: <http://dx.doi.org/10.17951/szn.2014.17.24.49>.
- Broches A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1972.
- International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, OECD 2008.
- International Thunderbird Gaming Corporation (Claimant) Against the United Mexican States (Respondent)*, January 26, 2006, [http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Thunderbird\\_Award.pdf](http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Thunderbird_Award.pdf) [dostęp: 19.04.2016].
- Jeżewski M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011.
- Legum B., *Defining investment and investor: Who is entitled to claim?*, presentation at the Symposium “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”, December 12, 2005.
- Mr Franz Sedelmayer vs. The Russian Federation through the Procurement Department of the President of the Russian Federation*, July 7, 1998, SCC Award, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf) [dostęp: 18.04.2016].
- Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, March 17, 2006, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> [dostęp: 03.04.2016].
- Schreuer C., *ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2000.
- Sinclair A., *The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration*, “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal” 2005, Vol. 20 (2).
- The Multilateral Agreement on Investment*, OECD Draft Consolidated Text 1998, Part II, point 1(ii), [www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf](http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf) [dostęp: 18.04.2016].
- Tokio Tokelés przeciwko Ukrainie*, opinia odrębna Prospera Weila z dnia 29 kwietnia 2004 r., Case No. ARB/02/18.
- Umowa pomiędzy Królestwem Holandii i Republiką Boliwii, art. 1.b (ii), (iii), [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_bolivia.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf) [dostęp: 03.04.2016].
- Umowa pomiędzy Królestwem Szwecji i Republiką Indii, 2000, art. 1.d, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden\\_india.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_india.pdf) [dostęp: 10.04.2016].
- Umowa pomiędzy Republiką Chińską i Republiką Federalną Niemiec, 2003, art. 1.2.a, [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china\\_germany.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_germany.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

- Umowa pomiędzy Republiką Francji i Republiką Singapuru, 1976, art. 3.a, [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/france\\_singapour\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/france_singapour_fr.pdf) [dostęp: 10.04.2016].
- Umowa pomiędzy Republiką Grecką i Rządem Kuby, 1996, art. 1.3.b, [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/cuba\\_greece.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/cuba_greece.pdf) [dostęp: 10.04.2016].
- Umowa pomiędzy Republiką Włoską i Libią, 2003, art. 1.3.b, [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/Libya\\_Italy\\_it.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/Libya_Italy_it.pdf) [dostęp: 03.04.2016].
- Umowa pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Ludową Republiką Bangladeszu (Dz.U. z 2000 r., nr 43, poz. 492).
- Umowa pomiędzy Stanami Zjednoczonymi Ameryki i Republiką Urugwaju, 2005, art. 1, [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US\\_Uruguay.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US_Uruguay.pdf) [dostęp: 10.04.2016].
- Umowa pomiędzy Wielką Brytanią i Republiką Salwadoru, 1999, art. 1.c.1, [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/uk\\_esalvador.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/uk_esalvador.pdf) [dostęp: 03.04.2016].
- Wyrok MTS z dnia 5 lutego 1970 r., ICJ Reports 1970, *Separate opinion of judge Jessup*, pkt 39, [www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf) [dostęp: 14.04.2016].
- Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. przeciwko Republice Związku Mjanmy*, orzeczenie z dnia 31 marca 2003 r., ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, § 49 i 52, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf) [dostęp: 03.04.2016].

#### SUMMARY

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. It also 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 paper 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 paper presents also the awards of international arbitration courts that dealt with the problems of the concept of the investor and the protection treaty.

**Keywords:** international investment law; investor; natural person; legal person; the ICSID Convention; arbitration courts