

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

Uniwersytet Łódzki

Jarosław Brzeziński

***Zdolność korporacji transnarodowej do kształtowania własnego statusu prawnego
w świetle prawa Unii Europejskiej***

Rozprawa doktorska przygotowana w Katedrze
Europejskiego Prawa Gospodarczego
pod kierunkiem
prof. zw. dr hab. Marii Królikowskiej-Olczak

Łódź 2018

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów

Wstęp

Rozdział I. Podstawy prawne działalności korporacji transnarodowych

Wprowadzenie

1. Podmiot regulacji
 - 1.1. Inwestor
 - 1.2. Korporacja transnarodowa
 - 1.3. Państwo jako strona stosunku prawnomiędzynarodowego z inwestorem
2. Przedmiot regulacji
 - 2.1. Inwestycja
 - 2.2. Lobbing gospodarczy
3. Źródła prawa
 1. Prawo krajowe
 - 1.1. Właściwość prawa krajowego
 - 1.2. Prawo krajowe jako przesłanka procesowa
 2. Prawo Unii Europejskiej
 - 2.1. Rozwój europejskiego prawa inwestycyjnego
 - 2.2. Zdolność UE do zawierania traktatów inwestycyjnych
 - 2.3. Stosowanie prawa europejskiego do wykonywania umów inwestycyjnych
 - 2.4. Swoboda przepływu kapitału
 3. Prawo międzynarodowe
 - 3.1. Rozwój międzynarodowego prawa inwestycyjnego
 - 3.2. Formalne źródła międzynarodowego prawa inwestycyjnego

- 3.3. Wybór prawa właściwego dla rozstrzygania sporów inwestycyjnych
- 3.4. Problem fragmentacji prawa inwestycyjnego
- 3.5. Specyfika prawa międzynarodowego a możliwość regulacji zachowań korporacji transnarodowych
- 3.6. Problem zrównoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowej

Wnioski

Rozdział II. Umiędzynarodowienie kontraktu inwestycyjnego

Wprowadzenie

- 1. Kontrakt inwestycyjny
 - 1.1. Specyfika kontraktu inwestycyjnego
 - 1.2. Przesłanki uznania kontraktu inwestycyjnego za źródło prawa powszechnego
 - 1.3. Nadrzędność norm prawa międzynarodowego wobec norm prawa krajowego i europejskiego w związku z kontraktem inwestycyjnym
- 2. Zakres traktatowej ochrony zobowiązań kontraktowych
 - 2.1. Standardy prawne ochrony inwestycji
 - 2.2. Klauzula ramowa i zasada *pacta sunt servanda*
 - 2.3. Klauzula traktowania bezstronnego i słusznego
- 3. Doktrynalne i jurysdykcyjne przesłanki podmiotowości korporacji transnarodowej

Wnioski

Rozdział III. Transnarodowe aspekty ochrony własności prywatnej

Wprowadzenie

- 1. Źródła i zakres ochrony własności prywatnej
 - 1.1. Ochrona własności prywatnej w porządku prawnym państwa przyjmującego
 - 1.2. Ochrona własności prywatnej w prawie międzynarodowym publicznym
 - 1.3. Klauzule zakazu wywłaszczenia w traktatach inwestycyjnych

- 1.4. Opieka dyplomatyczna nad inwestorem
- 1.5. Indywidualne uprawnienia inwestora do międzynarodowych środków ochrony własności
- 1.6. Ochrona własności inwestora zagranicznego w oparciu o prawa człowieka
2. Wywłaszczenie i środki równoważne w skutkach
 - 2.1. Skutek wywłaszczenia a działania państwa przyjmującego
 - 2.2. Podstawa legalności wywłaszczenia
3. Koncepcja transnarodowej ochrony własności

Wnioski

Rozdział IV. Transnarodowy charakter dochodzenia roszczeń inwestycyjnych

Wprowadzenie

1. Odpowiedzialność państwa za czyny zabronione w prawie międzynarodowym
 - 1.1. Podstawa odpowiedzialności
 - 1.2. Okoliczności egzoneracyjne
 - 1.3. Formy odpowiedzialności
2. Bezpośrednie dochodzenie roszczeń w postępowaniu arbitrażowym
 - 2.1. Rozstrzygnięcie sporu w oparciu o traktat międzynarodowy
 - 2.2. Postępowanie arbitrażowe
 - 2.3. Orzeczenie arbitrażowe, jego zaskarżalność i wykonalność
 - 2.4. Kontrola sądów powszechnych nad orzeczeniami arbitrażowymi
3. Transnarodowe aspekty dochodzenia roszczeń w arbitrażu międzynarodowym
 - 3.1. Korporacyjny *self-contained regime* na przykładzie regulaminu ICSID
 - 3.2. Swoboda wyboru traktatu inwestycyjnego i forum rozjemczego
 - 3.3. Mechanizm rozjemczy ISDS w prawie europejskim

Wnioski

Zakończenie

WYKAZ SKRÓTÓW

ACIA	<i>The ASEAN Comprehensive Investment Agreement</i> (Kompleksowe Porozumienie Inwestycyjne dla ASEAN)
ASEAN	<i>Association of South-East Asian Nations</i> (Stowarzyszenie Narodów Azji Południowo-Wschodniej)
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (Przeciwdziałanie zaniżaniu podstawy opodatkowania i transferowi zysków)
BIT	<i>Billateral Investment Treaty</i> (Dwustronny traktat inwestycyjny)
CETA	<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i> (Kompleksowe Porozumienie Gospodarczo-Handlowe)
CFC	<i>Controlled Foreign Corporation</i> (Kontrolowana Spółka Zagraniczna)
CONECCS	<i>Database for Consultation, the European Commission and Civil Society</i> (Baza danych grup interesu przy instytucjach Unii Europejskiej)
EKES	Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny
EKPC	Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności
ETI	<i>European Transparency Initiative</i> (Europejska inicjatywa w sprawie przejrzystości działań)
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
FDI	<i>Foreign Direct Investment</i> (Bezpośrednia inwestycja zagraniczna)
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i> (Klauzula traktowania sprawiedliwego i słusznego)
FTA	<i>Free Trade Agreement</i> (Porozumienie o wolnym handlu)
GATS	<i>General Agreement on Trade in Services</i> (Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami)
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Układ Ogólny w sprawie Cł i Handlu)

ICJ	<i>International Court of Justice</i> (Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości)
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> (Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych)
ILC	<i>International Law Commission</i> (Komisja Prawa Międzynarodowego)
IIL	<i>Institute of International Law</i> (Instytut Prawa Międzynarodowego)
ILO	<i>International Labour Organization</i> (Międzynarodowa Organizacja Pracy)
IMF	<i>International Monetary Fund</i> (Międzynarodowy Fundusz Walutowy)
ISDS	<i>Investor-State Dispute Settlement</i> (Mechanizm rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem)
KE	Komisja Europejska
KPM	Komisja Prawa Międzynarodowego
KPPUE	Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej
KRP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej
KWPT	Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investments</i> (Wielostronne Porozumienie Inwestycyjne)
MERCOSUR	<i>Mercado Comun del Cono Sur</i> (Wspólny Rynek Południa)
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i> (Wielostronna Agencja Gwarancji Inwestycji)
MPol	Minimum Platform on Investments (Minimalna platforma inwestycyjna dla porozumień o wolnym handlu zawieranych przez UE)
MTPC	Międzynarodowy Trybunał Praw Człowieka
MTS	Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
MNE	<i>Multinational Enterprise</i> (Przedsiębiorstwo Wielonarodowe)
NAFTA	<i>North-American Free Trade Agreement</i> (Północno-Amerykańskie Porozumienie o Wolnym Handlu)
NGO	<i>Non-Governmental Organization</i> (Organizacja pozarządowa)
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
OKiKU	Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

PCA	<i>Permanent Court of Arbitration</i> (Stały Trybunał Arbitrażowy)
PCIJ	<i>Permanent Court of International Justice</i> (Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej)
PE	Parlament Europejski
REIO	<i>Regional Economic Integration Organisation</i> (Regionalna organizacja integracji gospodarczej)
STSM	Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TiSA	<i>Trade in Services Agreement</i> (Porozumienie w sprawie handlu usługami)
TKE	Traktat Karty Energetycznej
TNC	<i>Transnational Corporation</i> (Korporacja Transnarodowa)
TRIMS	<i>The Agreement on Trade-Related Investment Measures</i> (Porozumienie w sprawie Handlowych Środków Polityki Inwestycyjnej)
TRIPS	<i>The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> (Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Własności Intelektualnej)
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TTIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> (Transatlantyckie Partnerstwo Handlowo-Inwestycyjne)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej
TWE	Traktatu o Ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej
UDHR	<i>Universal Declaration of Human Rights</i> (Powszechna Deklaracja Praw Człowieka)
UN	<i>United Nations</i> (ONZ)
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> (Komisja ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego)
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Konferencja ONZ ds. Handlu i Rozwoju)
WTO	<i>World Trade Organization</i> (Światowa Organizacja Handlu)

WSTĘP

Rozprawa jest poświęcona zdolności do wpływania na porządek prawa międzynarodowego, a także na stosowanie prawa i ogólny stan prawodawstwa wewnętrznego państw przez działające globalnie spółki prawa handlowego. Z jednej strony wpływa to na ograniczenie możliwości wykonywania władzy publicznej przez państwo, z drugiej zaś wzmacnia pozycję obcego podmiotu prywatnego w jego stosunkach z państwem przyjmującym, dynamizując niejako przy okazji zjawisko globalizacji. Transnarodowy charakter tych zmian umyka często powszechnej uwadze, co sprawia, iż literatura polska jest w tej dziedzinie dość fragmentaryczna.

Tezą rozprawy jest twierdzenie, iż występujące w roli bezpośrednich inwestorów zagranicznych globalne korporacje transnarodowe są nie tylko beneficjentem praw i korzyści wynikających z umów międzynarodowych, lecz w istotnym zakresie kształtują własny status prawny. Skuteczność korporacji transnarodowych na tym polu wiąże się zatem z ograniczeniem monopolu państwa na wykonywanie władzy publicznej, zarówno w odniesieniu do stanowienia, jak i stosowania prawa (w szczególności do wymierzania sprawiedliwości). Trzeba przy tym pamiętać, iż wykonując traktatową kompetencję ogólną i wyłączną do prowadzenia wspólnej polityki handlowej to Unia Europejska (UE) wyznacza ogólne ramy prawne (dalej: prawo europejskie) dla wykonywania umów inwestycyjnych zawieranych przez Państwo Polskie. Traktat z Lizbony¹ umocował UE również do przejęcia obowiązków państw członkowskich do zawierania traktatów handlowych, w tym inwestycyjnych. Reguły proceduralne międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego (ISDS)² to z kolei mechanizm jurydyczny naruszający monopol orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), który daje inwestorom zagranicznym możliwość wchodzenia w spór z działającą poprzez własne organy i poprzez organy państw członkowskich Unią Europejską. Zakres podlegania normom prawnym przez korporacje

¹ *Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, podpisany 13 grudnia 2007 w Lizbonie (Dz. U. 2009 nr 203 poz. 1569)

² *Investor-state dispute settlement*, reguły ISDS omówione szerzej w rozdziale czwartym

transnarodowe został w związku z tym na potrzeby niniejszej pracy wyznaczony i zbadany w świetle *aquis communautaire*.

Zasadniczo status prawny osoby prawnej, jak i osoby fizycznej, jest rozumiany jako zdolność do uczestnictwa w spójnym porządku prawnym. Z pozytywistycznego punktu widzenia kreatorem takiej zdolności zarówno w sferze wewnętrznej jak i międzynarodowej niezmiennie pozostaje państwo. Państwo utożsamiane z państwowym porządkiem prawnym (*state legal order*) realizując zadania o charakterze publicznym, organizuje przestrzeń prawną dla działających w tej przestrzeni podmiotów prywatnych.³ Status prawny w tej koncepcji oznacza podleganie normom prawa publicznego. Normy te są nośnikami praw i obowiązków, zatem uczestnictwo w określonym porządku prawnym wiąże się z upodmiotowieniem w granicach tego porządku. Zgodnie bowiem z teorią zdolności prawnej podmiot prawa jest wyposażony w możliwość wykonywania uprawnień i zobowiązań w ramach stosunków prawnych regulowanych obowiązującym prawem powszechnym. Stając się podmiotem prawa jest się podmiotem praw i podmiotem obowiązków, przy czym bycie podmiotem praw nie jest równoznaczne z byciem podmiotem obowiązków. Podmiot praw jest jednocześnie podmiotem interesu i podmiotem procedury, natomiast podmiot obowiązku jest tożsamy z podmiotem zachowań i podmiotem odpowiedzialności.⁴

Posiadanie określonego statusu prawnego oznacza konieczność zajęcia jednej z możliwych pozycji w ramach określonego zbioru norm, którym podmiot w danym czasie podlega. Należy zwrócić jeszcze uwagę, iż tworzący te ramy porządek prawny powinien być spójny, choć niekoniecznie kompletny. Można mieć zatem określony status prawny w reżimie nie stanowiącym systemu prawnego. Dodatkowo, co jest zbieżne z tezą niniejszej pracy, podleganie normom określonego porządku prawnego bez formalnie przyznanej bądź uznanej podmiotowości nie musi oznaczać biernej postawy wobec działań i skutków działań regulacyjnych. Wrażenie, iż status prawny jest rodzajem gorsetu bezwzględnie ograniczającego przestrzeń swobody zachowań prawnych uczestników danego porządku prawnego, nie jest w przypadku globalnych podmiotów prywatnych prawdziwe.

Rozwijając tezę trzeba zauważyć tę prawidłowość, iż zdolność korporacji transnarodowych do kształtowania własnej sytuacji prawnej objawia się w aspektach

³ Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford University Press, California, 1966, 534f

⁴ Carl Aage Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Kopenhaga 1962, 27

kluczowych dla ochrony interesów tych podmiotów, zarówno w prawie wewnętrznym (krajowym i europejskim) jak i, w szczególności, w prawie międzynarodowym. Osoby prawne, określane w związku ze specyfiką globalnej działalności inwestycyjnej mianem *korporacji transnarodowych*, uzyskały w ciągu ostatniego półwiecza wiele uprawnień niedostępnych wcześniej podmiotom prywatnym, jak choćby możliwość poddania sporu z państwem przyjmującym ich inwestycje prawu międzynarodowemu ogólnemu i regulaminom arbitrażowym *sui generis* (przykład ICSID), uznanie w doktrynie i orzecznictwie prymatu ochrony własności prywatnej ponad wszelkimi innymi zasadami prawa, czy też dopuszczenie możliwości zmiany źródła ochrony prawnej *post contractu*. Korzystna z punktu widzenia ochrony praw i interesów korporacji transnarodowych jest każda forma ograniczenia roli państwa w stosunkach wewnętrznych (jak choćby skuteczny wpływ na decyzję Komisji o włączeniu mechanizmu ISDS do umów CETA i TTIP wbrew negatywnej opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, bądź co bądź organu doradczego UE, i większości organizacji pozarządowych monitorujących transparentność procedur dochodzenia roszczeń) i w stosunkach zewnętrznych (w szczególności lobbowanie w centrach decyzyjnych największych gospodarek świata za niepodpisywaniem traktatu powszechnego, a zatem za utrzymaniem permanentnego stanu fragmentacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego). Podstawową formą oddziaływania korporacji transnarodowych na zakres podlegania normom poszczególnych reżimów prawnych jest stosowany wobec organów państw członkowskich i UE lobbying gospodarczy oraz kształtujący opinię publiczną lobbying polityczny (*advocacy*), a także zinstytucjonalizowane rzecznictwo interesu kojarzone w szczególności z Międzynarodowym Funduszem Walutowym i Bankiem Światowym, ale też z organizacjami takimi jak OECD.⁵

Kierunek zmian zachodzących w statusie prawnym korporacji transnarodowych nie wydaje się korzystny dla państwa, coraz wyraźniej ograniczonego w wykonywaniu władzy publicznej, zwłaszcza w obrębie jurysdykcji sądowniczej, a w pewnym zakresie również prawodawczej i administracyjnej. W interesie państwa leży w szczególności dążenie do powstania powszechnego międzynarodowego prawa inwestycyjnego, w rozumieniu traktatu o zasięgu ponadregionalnym, definiującego podmioty, przedmiot, instytucje i źródła prawa,

⁵ Szerzej na temat mechanizmów i instytucji gospodarki globalnej: Anna Zielińska-Głębocka, *Współczesna gospodarka światowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, w szczególności: Część III. Instytucje wobec globalizacji, s. 195ff

oraz zrównującego prawa i obowiązki stron, i w efekcie upodmiotawiającego prywatne osoby prawne nie tylko w zakresie funkcji i celów konkretnego stosunku zobowiązaniowego. Natura działalności globalnych inwestorów korporacyjnych determinuje międzynarodowe prawo inwestycyjne jako zasadniczą dziedziną badań, lecz ze względu na zawieranie traktatów handlowych i wykonywanie kontraktów inwestycyjnych istotne znaczenie mają również reżimy prawa europejskiego i krajowego. Należy podkreślić, iż zdolność korporacji transnarodowych do aktywnego oddziaływania na własny status prawny w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych zależy bezpośrednio od ich skuteczności w wywieraniu wpływu na stan prawodawstwa i stosowanie prawa zarówno w państwie pochodzenia, jak i w szczególności w państwie przyjmującym.

Konstrukcja pracy przewiduje cztery rozdziały. Wynika to nie z przyjętej konwencji, lecz z faktu identyfikacji czterech zasadniczych zagadnień problemowych, które w moim przekonaniu składają się na istotę korporacji transnarodowej jako zjawiska prawnego, i co do których można twierdzić, iż wymagają refleksji ze strony społeczeństwa obywatelskiego, w tym w szczególności społeczności prawniczej. Omówienie statusu prawnego inwestora ma charakter poglądowy, wprowadzający do badanej problematyki, pozostając jednocześnie poza zakresem materialnym wytyczonym tezą pracy. W pozostałych rozdziałach omówiono już *corpora iuridica* specyficzne dla korporacji globalnych. Kluczem dla zrozumienia zmian zachodzących w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i w prawie europejskim w związku ze wspólną polityką handlową jest wyjaśnienie językiem prawnym zjawiska transnarodowości. Aktywny wpływ inwestora na własny status prawny to zarazem ograniczenia narzucane państwu przyjmującemu. Z tej perspektywy istotne jest, aby przybliżyć sposób, w jaki korporacje transnarodowe są w stanie skutecznie oddziaływać na legislację w celu uzyskania pożądanых zmian w prawie wewnętrznym powszechnym (ograniczając w efekcie zdolność państwa do wykonywania władzy publicznej), uzyskać możliwość pozywania państwa przyjmującego przed trybunałami międzynarodowymi (ograniczając zdolność państwa do wykonywania władzy sądowniczej), a także zapewnić sobie skrajnie korzystne stosowanie reguł ochrony własności prywatnej. Osią koncepcji korporacji transnarodowej pozostaje przy tym umiędzynarodawianie kontraktów zawieranych przez inwestorów zagranicznych z państwami przyjmującymi.

W rozdziale pierwszym omówiono podstawy prawne działalności korporacji transnarodowych, wyznaczane przez państwa przyjmujące i organizacje międzynarodowe,

oraz problem zrównoważenia praw i obowiązków inwestora. Wydawać by się mogło, iż państwo - dysponujące władztwem w stosunkach wewnętrznych i suwerennością w stosunkach zewnętrznych - jest w stanie nie tylko przyznać podmiotom prywatnym określone prawa, ale również zrównoważyć przyznane prawa obowiązkami. W międzynarodowym prawie inwestycyjnym tak jednak nie jest. W obliczu umiędzynarodowienia kontraktu państwowego tworzy się swoista luka regulacyjna (nazywana w literaturze *governance gap*), a sytuacja prawna inwestora ulega zasadniczej poprawie w stosunku do każdego innego podmiotu pozostającego w związku z wykonywaniem umowy inwestycyjnej (państwa przyjmującego, dostawców, pracowników). Jest to możliwe dzięki rozwojowi specyficznych koncepcji doktrynalnych, prowadzących niejako do "prywatyzacji" prawa publicznego.

Międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe akceptuje rozwiązania doktrynalne, które często w oczywisty sposób faworyzują interesy korporacji transnarodowych jako inwestorów globalnych i nie uwzględniają krajowego dorobku prawnego.⁶ Za przykład mogą tu posłużyć traktatowe gwarancje przypisane *explicite* do określonego typu kontraktów (w szczególności do umów o zaangażowanie inwestycyjne na wielką skalę), rozszerzony zakres materialny klauzul ochrony inwestora przed skutkami naruszenia *state contracts*, czy też ogólne gwarancje ochrony, traktowane przez trybunały jako wystarczająca podstawa dla skutecznego umiędzynarodowienia zobowiązań kontraktowych (w szczególności klauzula traktowania bezstronnego i słusznego). Wbrew pozorom ani lobbying gospodarczy ani żadna inna forma rzecznictwa interesu nie mogą stanowić zasadniczego przedmiotu badań w zakresie

⁶ Tego rodzaju podejście doskonale ilustruje argumentacja trybunału arbitrażowego uzasadniająca niekorzystne dla państwa przyjmującego orzeczenie w sprawie *Eureko przeciwko Polsce*, kiedy to trybunał wbrew art. 12.6. polsko-holenderskiego traktatu inwestycyjnego (Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji sporządzona w Warszawie 7 września 1992, Dz. U. 1994 nr 57 poz. 235) uznał za bezzasadne dokonywanie analizy pojęć *zobowiązania rezultatu* i *starannego działania* w świetle przepisów prawa polskiego, jak też nie dokonał oceny kryteriów rozróżnienia obu tych pojęć w oparciu o zasady prawa cywilnego nie różniące się zasadniczo w większości systemów prawa krajowego. (*Eureko B.V. v. Poland*, Ad Hoc Arbitration Court Brussels, Partial Award, 19 August 2005, 104) Należy jednak zauważyć, iż w części orzeczeń respektowane jest stanowisko trybunału rozstrzygającego spór pomiędzy *SGS a Filipinami*, który stwierdził, iż prawo międzynarodowe nie zmienia zakresu obowiązków wynikających z postanowień umowy bądź przepisów prawa krajowego. (*Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 126-128) A zatem o tym, czy doszło do naruszenia umowy powinna decydować analiza prawa właściwego dla jej wykonania, i dopiero po stwierdzeniu naruszenia zobowiązania kontraktowego należy zbadać, czy takie zachowanie stanowi jednocześnie naruszenie traktatu. Podobne stanowisko zajął Komitet *ad hoc* w sprawie *Vivendii przeciwko Argentynie*, oceniając, iż nie jest możliwe ustalenie naruszenia kontraktu przez stronę w oparciu o prawo międzynarodowe, ponieważ reżim ten nie zawiera w ogóle norm zobowiązaniowych, w szczególności norm określających skutki niewykonania umów cywilnoprawnych. (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, 96)

wyznaczonym tezą niniejszej rozprawy, bowiem to nie rzecznictwo interesu jest cechą wyróżniającą transnarodowość korporacyjną jako zjawisko prawne - lobbing istniał na długo przed nastaniem ery globalizacji gospodarczej.

Rozdział drugi jest poświęcony omówieniu mechanizmu wynoszenia prywatnych umów inwestora z państwem przyjmującym na poziom prawa międzynarodowego publicznego i przyzwoleniu doktrynalnemu na ten mechanizm. Problem zrównania naruszenia postanowienia kontraktowego z naruszeniem zobowiązania *pacta sunt servanda* w oparciu o tzw. klauzulę ramową (*umbrella clause*) ma charakter jurysprudencyjny, w szczególności wówczas, gdy wola państwa nie jest jasno wyrażona. Gdyby jednak klauzula ramowa była jedynym środkiem prowadzącym do umiędzynarodowienia kontraktu, nie można byłoby z całą pewnością twierdzić, iż reżim międzynarodowego prawa inwestycyjnego wytworzył nowe źródło prawa międzynarodowego w postaci kontraktów inwestycyjnych, a zdolność korporacji transnarodowych do aktywnego wpływu na rozwój prawa w tej sferze byłaby dyskusyjna. Znacząco pewniejszy skutek odnosi jednak powoływanie się na nakazową klauzulę traktowania bezstronnego i słusznego (*fair and equitable treatment, FET*). Stała się ona potężnym orężem w rękach trybunałów arbitrażowych, wywodzących z niej wymóg bestronności, ochronę uzasadnionych oczekiwań, zapewnienie stabilnych i przewidywalnych ram prawnych, prawo do rzetelnego procesu, nakaz przejrzystości zachowań państwa, czy zakaz działań o charakterze arbitralnym i dyskryminującym. W tym rozdziale omówiono również najważniejsze traktatowe standardy ochrony inwestycji, których intencją jest zabezpieczenie inwestora przed skutkami dyskryminacji, wywłaszczeniem bądź ograniczeniami w wykonywaniu własności, czy też zapewnienie sobie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i sprawiedliwości proceduralnej ze strony państwa przyjmującego.

W rozdziale trzecim skoncentrowano się na transnarodowych aspektach ochrony własności inwestorskiej. Celem wprowadzania do międzynarodowego porządku prawnego rozwiązań o charakterze transnarodowym jest zwiększenie skuteczności wykonywania sankcji egzekucyjnej. I rzeczywiście, w stosunku do zobowiązań z umiędzynarodowionych kontraktów inwestycyjnych jest ona znacznie wyższa niż w przypadku tradycyjnych źródeł prawa międzynarodowego. Dzieje się tak z dwóch zasadniczych powodów. Przede wszystkim, zarówno traktaty inwestycyjne dwustronne jak i porozumienia regionalne o wolnym handlu wyposażone w mechanizm ochrony inwestycji umożliwiają podmiotom prywatnym bezpośrednie dochodzenie roszczeń poprzez skarżenie państw przyjmujących

przed trybunałami arbitrażowymi. Ale co równie ważne, traktaty te odsyłają do bardzo skutecznych konwencji wielostronnych (przede wszystkim do *Konwencji waszyngtońskiej o rozstrzyganiu sporów arbitrażowych* i do *Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń*).⁷ Tak skonstruowany, wyspecjalizowany mechanizm nie tylko umożliwia korporacjom transnarodowym wykorzystywanie kontraktów inwestycyjnych jako formalnego i materialnego źródła prawa dla celów międzynarodowej ochrony inwestycji, ale również zapewnia im efektywność w zaspokajaniu roszczeń prywatnych.

Trzeba pamiętać, iż szerszy zakres ochrony inwestycji, jaką oferuje standard sprawiedliwego i słusznego traktowania własności prywatnej w porównaniu z klauzulą ramową, wynika niewątpliwie też z istotnie dłuższej listy zachowań państwa mogących prowadzić do jego naruszenia. Dość jednomyślnie trybunały arbitrażowe zgadzają się na wyjątkowo surową ocenę bezstronności i słuszności w postępowaniu państwa w związku z ochroną własności inwestora. Sędziowie nie dokonują najczęściej literalnej wykładni zobowiązania, lecz definiują jego naruszenie rozszerzająco, przyznając rację stronie pozywającej w związku z nawet niewielkim i trudnym do oszacowania zmniejszeniem wartości kontraktu, którego powodem może być zarówno przejaw dyskryminacji urzędniczej, jak i obiektywny brak możliwości wykonania uzasadnionych oczekiwań przez inwestora.⁸ Taki sposób interpretacji standardu prawnego stanowi nie tylko skuteczną ochronę przed nieuzasadnionym wywłaszczeniem bądź obniżeniem wartości majątku inwestora, ale i tworzy swego rodzaju tarczę przed skutkami zachowań państwa innych niż działania handlowe w rodzaju braku płatności za dostarczone towary i usługi.⁹

W rozdziale czwartym omówiono podstawy uznania naruszenia prywatnych zobowiązań przez państwo przyjmujące za naruszenie zobowiązań międzynarodowych, tworzące przy wykorzystaniu mechanizmu ISDS zwartą koncepcję dochodzenia roszczeń w procedurze o charakterze transnarodowym. Dominujące w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym reguły Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) z jednej strony tworzą warunki do ekspansji jurysdykcyjnej *ratione personae* i

⁷ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, Dz. U. Nr 9 z 16 lutego 1962, poz. 41

⁸ R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, op. cit., 174

⁹ Por. wyrok w sprawie Consortium FRCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case. No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 December 2003, par. 65; i decyzję dot. jurysdykcji w sprawie Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit., par. 260

ratione materiae, z drugiej zaś wyrażają dążenie do zamknięcia się na reżimy krajowe i na ogólne prawo międzynarodowe. Objawia się to zarówno zobowiązaniem stron do uznawania orzeczeń i implementacji ich treści (zgodnie z art. 54 Konwencji ICSID), jak i na przykład wyłączeniem właściwości rzeczowej sądów państwa siedziby arbitrażu (*lex loci arbitri*) w odniesieniu do oceny treści klauzuli arbitrażowej, reguł proceduralnych i wniosków o uchylenie orzeczenia. Przy tym, orzeczenia wydawane w oparciu o reguły ICSID nie podlegają zaskarżeniu do sądów powszechnych, w odróżnieniu od wyroków trybunałów arbitrażowych w sprawach cywilnych. Niedostępne są w związku z tym żadne środki prawne w oparciu o *lex loci arbitri*, w tym skarga o uchylenie wyroku (za wyjątkiem wniosku o uchylenie orzeczenia przez Komitetu *ad hoc*).

Jako główne narzędzie badawcze w rozprawie wykorzystano metodę prawnodogmatyczną, przydatną dla ustalenia obowiązującego prawa na podstawie analizy norm prawnych, w tym również norm aspiracyjnych, prawnie niewiążących (*soft law*), które składają się na reżim międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Ze względu na potrzebę uwzględnienia zagadnień prawa krajowego (w szczególności prawa polskiego), prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego publicznego, w pracy posłużono się metodą prawnokomparatystyczną. Szeroko omawiana jest doktryna i orzecznictwo międzynarodowych trybunałów arbitrażowych w związku z wykonywaniem umów inwestycyjnych. Na tej podstawie autor wysnuł wnioski, które mają potwierdzać prawdziwość tezy badawczej, ale także mają pomóc czytelnikowi w zrozumieniu prawnej natury korporacji transnarodowej - a w związku z tym niektóre z wniosków przyjęły formę twierdzeń ogólnych.

Wobec braku powszechnie przyjętej definicji pojęcia korporacji transnarodowej konieczne było również rozróżnienie narracji prawnej prowadzonej z pozytywistycznego punktu widzenia, niezmiennie charakterystycznego dla systemów prawa kontynentalnego, od narracji zwolenników realizmu prawniczego z kręgu kultury anglosaskiej. Różnicę tę najłatwiej zaobserwować na przykładzie analizy podmiotowości inwestora w związku choćby z wykonywaniem przez niego czynnej zdolności procesowej w prawie międzynarodowym. Bezkrytyczne przywiązanie do klasycznych reguł podmiotowości i sceptycyzm wobec kryteriów takich jak zdolność do działania (w prawie międzynarodowym) czy efektywność (przykłady faktycznego wykonywania *ius contrahendi* w związku z możliwością niemal dowolnego wyboru podstawy prawnej w ramach mechanizmu *treaty shopping*, czy też wywierania skutecznego wpływu na zachowania państwa jako legislatora poprzez

wykonywanie *klauzul stabilizacyjnych*) deformuje obraz sytuacji, z jaką mamy do czynienia przynajmniej od początku procesu globalizacji stosunków własnościowych. Dopiero uwzględnienie w rozważaniach o obowiązujących normach możliwości kreowania praw i obowiązków poprzez pozasystemowe tworzenie faktów prawnych, zgodnie z uwspółcześnioną wersją holmesowskiej koncepcji *law in action*, daje możliwość opisania językiem prawnym zjawiska korporacji transnarodowej w sposób, w jaki jest ono intuicyjnie przez nas postrzegane.

W związku z faktem, iż niniejsza rozprawa jest zapewne pierwszym w Polsce zwartym opracowaniem poświęconym w całości *ius operandi* korporacji transnarodowej,¹⁰ powinna umiejętnie łączyć walor monograficzny z elementami propedeutyki i pogładowości (rozdział pierwszy) w kontekście rozważań problemowych (rozdziały drugi, trzeci i czwarty). Pogładowość wywodu wydaje się niezbędna w szczególności ze względu na temat i potrzebę udowodnienia tezy, która wymagała przeglądu dorobku wielu gałęzi prawa w obrębie różnych reżimów. W tym kontekście szczególne podziękowania za inspirację intelektualną i za bieżące wsparcie naukowe w procesie powstawania tej pracy autor kieruje do prof. zw. dr hab. Marii Królikowskiej-Olczak oraz do prof. zw. dr hab. Zdzisława Brodeckiego.

¹⁰ Najbardziej kompleksową polską publikacją z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego, na którego gruncie zagraniczny inwestor może stać się korporacją transnarodową, jest książka (z serii wykładów specjalizacyjnych wydawnictwa C. H. Beck) Marka Jeżewskiego *Międzynarodowe prawo inwestycyjne* (2011), przy czym rola korporacji transnarodowej w rozwoju tej dziedziny prawa została potraktowana tu zaskakująco marginalnie. Warto również zapoznać się z pracą Marka Świątkowskiego pt. "Naruszenie przez państwo umowy z inwestorem zagranicznym w świetle traktatów inwestycyjnych" (2009), czy też z opublikowaną w Polsce w 2010 książką Alexandra J. Belohlavka "Ochrona inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej", prezentującą w szczególności doświadczenia Czech (interesujące ze względu na fakt, iż jest to najczęściej pozywany na podstawie BIT kraj członkowski UE) z międzynarodowym arbitrażem inwestycyjnym; wobec braku wznowienia tej publikacji jej ułomnością jest jednak ujęcie stanu prawnego sprzed Traktatu z Lizbony, uzupełnione jedynie glossami. Dodatkowo dla uzyskania szerszego obrazu problematyki godne polecenia są wszelkie publikacje systematyzujące z zakresu prawa handlowego (jak choćby monografie *System prawa handlowego* pod redakcją Andrzeja Szumańskiego z 2010 czy *Prawo umów handlowych* pod redakcją Stanisława Włodyki z 2014), europejskiego prawa gospodarczego (zwłaszcza *Komentarze* z serii LEX wydawnictwa Wolters Kluwer dot. TFUE i TUE pod redakcją Andrzeja Wróbla, z lat 2008-2012) i periodyki specjalistyczne z zakresu arbitrażu inwestycyjnego (jak *e-Przegląd Arbitrażowy*) czy prawa konkurencji (np. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* pod redakcją Kazimierza Strzyczkowskiego czy *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* pod redakcją Tadeusza Skocznego).

ROZDZIAŁ I.

PODSTAWY PRAWNE DZIAŁALNOŚCI KORPORACJI TRANSNARODOWYCH

Wprowadzenie

Dla wyznaczenia ram prawnych, w jakich działa korporacja transnarodowa w związku z inwestycjami zagranicznymi, wyodrębniono podmiot i przedmiot regulacji prawnych, a także źródła prawa powszechnego. Źródła prawa podzielono zarówno ze względu na kryterium właściwości terytorialnej (prawo krajowe, europejskie i międzynarodowe), jak i odrębności rzeczowej (wykonywanie umowy, dochodzenie roszczeń, zawieranie traktatów inwestycyjnych). Dodatkowo, omawiając poszczególne porządki prawne zwrócono uwagę na najistotniejsze problemy związane z rozwojem międzynarodowego prawa inwestycyjnego w oparciu o rozproszone źródła prawa (*fragmented law*). Osobny podrozdział poświęcono kwestii ograniczeń możliwości równoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowej w związku z nasilaniem się zjawiska *governance gap*.

We wstępnej części rozdziału dokonano rozgraniczeń definicyjnych i przedstawiono problematykę transnarodowości korporacyjnej, stanowiącej oś, wokół której osnuto udowodnianą w kolejnych trzech rozdziałach tezę aktywnego wpływu prywatnych podmiotów globalnych na własny status prawny. Ze względu na perspektywę prawa europejskiego przyjętą dla zakresu badań, dość szeroko potraktowano rozwój europejskiego prawa inwestycyjnego, stanowienie i stosowanie prawa przyjaznego inwestorom, gwarancje swobód gospodarczych (w szczególności w odniesieniu do przepływu kapitału), a także podstawy prawne składające się na zdolność Unii Europejskiej do zawierania traktatów inwestycyjnych.

1. Podmiot regulacji

1.1. Inwestor

W międzynarodowym prawie inwestycyjnym nie ma powszechnie określonego zbioru warunków, jakie podmiot prywatny musi wypełnić, aby być uznanym za inwestora w związku z wykonywaniem bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Nie ulega jednak wątpliwości, iż podmiotem regulacji jest zagraniczny inwestor prywatny, co wynika zarówno z dwustronnych traktatów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (BIT), jak i z praktyki prawa międzynarodowego.¹¹ W traktacie polsko-francuskim pojęcie *inwestor* oznacza każdą osobę fizyczną posiadającą obywatelstwo jednej z umawiających się stron bądź każdą osobę prawną utworzoną na terytorium jednej z umawiających się stron zgodnie z jej ustawodawstwem i posiadającą siedzibę na jej terytorium.¹² O ile osoba fizyczna nie zawiera kontraktów inwestycyjnych z państwami przyjmującymi, o tyle duża, działająca globalnie spółka kapitałowa dąży w związku z deklarowaną potrzebą dodatkowej ochrony inwestowanego kapitału do zawarcia *the state contract*, czyniąc to zwykle poprzez podmiot zależny, utworzony zgodnie z prawem lokalnym. W określonych warunkach podmiot prywatny może następnie stać się stroną stosunku prawnomiędzynarodowego. Skutecznie poddanie sporu jakimkolwiek reżimowi prawa międzynarodowego spowoduje, iż inwestor przestanie być jedynie beneficjentem prawa międzynarodowego, i w pewnym zakresie będzie mógł samodzielnie kształtować swoją sytuację prawną, mając możliwość bezpośredniego wniesienia indywidualnej skargi do niezależnego organu sądowiczego przeciwko państwu przyjmującemu. Należy przyjąć, iż w związku z tym inwestor występuje na stopie równej z państwem, co czyni go na czas sporu i w zakresie objętym skargą podmiotem prawa międzynarodowego.¹³

¹¹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 46ff

¹² Art. 1 ust. 2 Umowy między Rządem Polskiej Republiki Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z dnia 14.02.1989, Dz.U. nr 38 poz. 220

¹³ Aron Broches, *The Convention on the Settlements of Investment Disputes. Some Observations on Jurisdiction*, in: Aron Broches, *Selected Essays. World Bank, ICSID and other Subjects of Private and Public Investment Law*, Wolter Kluwer, 1995, 166

Z definicji inwestora zawartych w większości BIT wynika, iż zasadnicze znaczenie dla uznania za inwestora ma w przypadku osób prawnych powołanie do życia na podstawie przepisów określonego porządku prawnego. Dla przykładu w traktacie polsko-amerykańskim inwestorem (spółką strony) jest "każdy rodzaj korporacji, spółki, zrzeszenia przedsiębiorstwa państwowego lub innej organizacji utworzonej zgodnie z prawem Strony lub jej jednostki politycznej, niezależnie od tego, czy zostały utworzone w celu osiągnięcia zysku i czy są własnością prywatną czy rządową".¹⁴ Ustalenie przynależności państwowej spółki przez trybunał arbitrażowy rozstrzygający spór inwestycyjny determinuje możliwość bądź brak możliwości skorzystania przez tę spółkę z ochrony prawnej powołanego traktatu. Sędziowie nie mają zwykle łatwego zadania, bowiem duże korporacje tworzą złożone struktury kapitałowe i ustalenie rzeczywistej więzi między podmiotem kontrolującym a państwem przyjmującym wymagałoby badania. W takiej sytuacji trybunał nie związany wyraźną wskazówką traktatową nie koncentruje się na ustaleniu rzeczywistej więzi, lecz poprzestaje na kryteriach formalnych. Podstawowym, a najczęściej jedynym, kryterium formalnym jest wymóg utworzenia osoby prawnej w oparciu o prawo państwa strony traktatu (w orzecznictwie arbitrażowym: *place of incorporation*). Innym kryterium formalnego określenia przynależności państwowej spółki jest wymóg posiadania w państwie strony głównej siedziby spółki (*siège social*).¹⁵

Z praktyki orzeczniczej trybunałów arbitrażowych wynika, iż zasadniczo akceptują one fakt jedynie formalnego tworzenia podmiotów prawa handlowego w określonym państwie bez tworzenia istotnej więzi (*substantial connection*) z tym państwem, a nawet bez podejmowania rzeczywistej działalności. Dążenie inwestorów do zagwarantowania swoim inwestycjom możliwie najszerzej ochrony traktatowej nie jest, zdaniem sądów arbitrażowych, niczym nadzwyczajnym w czasach globalizacji gospodarczej.¹⁶ Zwykle traktaty definiują inwestora w najszerzy możliwy sposób i ustanawiają jedynie wymóg inkorporacji. Tylko w przypadku uzasadnionych podejrzeń, iż stworzona przez dany podmiot struktura kapitałowa ma na celu dokonanie oszustwa bądź innego nadużycia, trybunały

¹⁴ Por. Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, z dnia 21 marca 1990, Dz.U. z 1994 nr 97 poz. 467

¹⁵ OECD Survey: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD 2008, 17ff, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>

¹⁶ Por. Orzeczenie częściowe w sprawie Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Permanent Court of Arbitration, Partial Award, IIC 210, 17 March 2006, par. 228

odmawiają uznania takiego podmiotu za inwestora w rozumieniu prawa międzynarodowego. Trzeba jednak zaznaczyć, iż ciężar dowodu pozostaje po stronie państwa, a dowód powinien być trudny do podważenia. Trybunały niezwykle rzadko dociekają prawdziwych relacji udziałowych i kontrolnych w strukturze prawno-organizacyjnej inwestora i nie dążą do odkrycia źródeł pochodzenia kapitału.¹⁷

Orzecznictwo trybunałów arbitrażowych ustanawia zbyt wysokie standardy dla uchylenia ochrony korporacyjnej (*piercing the corporate veil*), nawet w stosunku do podmiotów, co do których istnieje duże prawdopodobieństwo przynależności państwa przyjmującego, legalizując właściwie proceder określany jako *treaty shopping*. Zazwyczaj argumentem rozstrzygającym jest poszanowanie woli umawiających się stron.¹⁸ W sprawie *Saluka* przeciwko Republice Czeskiej, dotyczącej zarzutów wywłaszczenia (*deprivation of investment*) i naruszenia klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego, międzynarodowy trybunał arbitrażowy odmówił możliwości uznania ewidentnego przypadku *treaty shopping* za działanie na szkodę strony państwowej motywując to brakiem wymogów ustanowionych traktatem i poszanowaniem woli stron. Skład orzekający uznał, iż podmiot niderlandzki (kontrolowany przez podmiot japoński) wypełnia traktatową definicję inwestora, bowiem traktat inwestycyjny formułuje jedynie wymóg inkorporacji w państwie strony, a nie ma podstaw do skutecznego powoływania wymogów pozatraktatowych. Trybunał skupił się na ocenie literalnego znaczenia przepisów traktatowych, z których wynikało, iż inwestorem są "osoby prawne utworzone w oparciu o prawo którejś z umawiających się stron". Mimo, iż trybunał dostrzegł wady testu formalistycznego, zwłaszcza znacznego prawdopodobieństwa wystąpienia zjawiska *treaty shopping*, to odrzucił argumentację czeską, motywując decyzję respektowaniem swobodnego wyboru definicji inwestora przez strony traktatu. Tym samym uznał zdolność podmiotu utworzonego jedynie w celu uzyskania ochrony traktatowej i nie

¹⁷ Por. przykładowe orzeczenia w sprawach: *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, Oct. 21, 2005, par. 55, 156, 165; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, Jun. 10, 2010, par. 190; *ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, Sept. 3, 2013, par. 267, 268, 273, 279

¹⁸ Por. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18, 29 April 2004

prowadzącego rzeczywistej działalności w państwie inkorporacji (*shell company*) do wniesienia skargi arbitrażowej.¹⁹

W przypadku, gdy stronami traktatu bilateralnego są strony *Konwencji waszyngtońskiej o rozwiązywaniu sporów między państwami i obywatelami innych państw* z 18 marca 1965 (Konwencja ICSID)²⁰, dla ustalenia czy zostały spełnione wymogi art. 25 (2) (b) trybunały badają definicje przynależności państwowej zawarte w prawodawstwie krajowym bądź w traktatach przewidujących jurysdykcję Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID)²¹. Zgodnie z utrwaloną doktryną, każde rozsądne ustalenie narodowości osób prawnych w oparciu o te źródła powinno zdaniem doktryny być akceptowane przez trybunały.²² Konwencja (ICSID) i traktat wiążący strony kontraktu są interpretowane zgodnie z Konwencją Wiedeńską o Prawie Traktatów (KWPT), odzwierciedlającą prawo międzynarodowe zwyczajowe. Zgodnie z art. 31 Konwencji Wiedeńskiej postanowienia traktatowe powinny być odczytywane z zachowaniem zasady dobrej wiary, zgodnie ze zwykłym znaczeniem pojęć w kontekście, w jakim zostały użyte, oraz w świetle przedmiotu i celu traktatu. Po zbadaniu definicji inwestora zawartej w traktacie między Litwą a Ukrainą (*“any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations”*) trybunał arbitrażowy kierujący się powyższymi zasadami doszedł do przekonania, że zarejestrowany na Litwie podmiot, nie prowadzący tam działalności i kontrolowany przez podmioty ukraińskie, jest inwestorem.²³ Takie rozstrzygnięcie jest charakterystyczne i wynika z samej idei ICSID, reżimu oferującego znacząco większą ochronę praw korporacji transnarodowych niż praw państw przyjmujących. W omawianej sprawie *Tokios Tokelés* podmiot *de facto* ukraiński chroniony wszakże litewsko-ukraińskim traktatem inwestycyjnym uzyskał przewagę konkurencyjną nad podmiotami ukraińskimi zarejestrowanymi na Ukrainie w związku z możliwymi korzyściami,

¹⁹ Saluka v. The Czech Republic, Partial Award, op. cit., par. 230

²⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington, 14 October 1966, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/basic-en.htm>; Polska nie jest stroną tej konwencji

²¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, trybunał arbitrażowy utworzony Konwencją waszyngtońską ICSID

²² Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, First Edition, 2001, 286

²³ Tokios Tokelés v. Ukraine, op. cit., par. 27ff

jakie oferuje traktat. Nie można racjonalnie zakładać, iż było to zamierzone działanie państwa ukraińskiego.

Dla utrudnienia stosowania podobnych praktyk i poprawy bezpieczeństwa prawnego strony państwowej część traktatów zawiera klauzulę odmowy korzyści (*denial of benefits clause*).²⁴ Przykładowo, w wielostronnym Traktacie Karty Energetycznej postanowiono, iż umawiające się strony zastrzegają sobie prawo do odmowy korzyści wynikających z rozdziału III, tj. przede wszystkim w zakresie traktowania inwestycji, odszkodowań za straty, warunków wyłączenia, transferu kapitału i subrogacji. Odmowa taka dotyczyć może każdej osoby prawnej, jeśli taka osoba jest własnością lub znajduje się pod kontrolą obywateli lub osób narodowości państwa trzeciego oraz jeśli osoba ta nie prowadzi znaczącej działalności gospodarczej na obszarze strony traktatu, gdzie została utworzona. Dotyczyć może przy tym każdej inwestycji, jeśli odmawiająca strona stwierdzi, że taka inwestycja jest inwestycją inwestora z państwa trzeciego, z którym odmawiająca strona nie utrzymuje stosunków dyplomatycznych, bądź też w odniesieniu do którego uchwała albo podtrzymuje przepisy, które zabraniają transakcji z inwestorami tego państwa, albo które zostałyby pogwałcone lub ominięte, jeśli korzyści wynikające z niniejszej części byłyby przyznane inwestorom tego państwa lub ich inwestycjom.²⁵

Traktaty jednak dość rzadko ustanawiają kryteria wychodzące poza pensum czysto formalne, kryteria, które koncentrowałyby się na wykazaniu rzeczywistej więzi między korporacją, a państwem przyjmującym inwestycję tej korporacji. Niekiedy formułowana jest konieczność rzeczywistego prowadzenia działalności w państwie, będącym stroną danego traktatu. Czasami stanowi ona wymóg prawa krajowego, regulującego prawa i obowiązki inwestorów zagranicznych, do którego odwołuje się traktat. Innym wymogiem natury pozaformalnej jest kryterium kontroli sprawowanej nad danym podmiotem przez inwestora strony traktatu. Niezależnie od wyboru akceptowanej formy sprawowania kontroli, dzięki zastosowaniu tego kryterium ochroną traktatową mogą zostać objęte podmioty utworzone zgodnie z prawem państwa nie będącego stroną tego traktatu. Warto na marginesie zauważyć,

²⁴ Szerzej odn. definicji i genezy: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011, 92ff, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

²⁵ Art. 17 TKE, Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzony w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994, Dz.U. z 2003 Nr 105, poz. 985

iz sprawowanie kontroli jest wedle definicji UNCTAD zasadniczą cechą odróżniającą inwestora-korporację transnarodową od korporacji międzynarodowej czy wielonarodowej.²⁶

Podsumowując, bez dostatecznie jasnego wskazania w treści traktatu trybunały arbitrażowe nie uznają zazwyczaj swojej kompetencji do badania struktury prawno-organizacyjnej korporacji. Zdając sobie sprawę z ułomności formalnych kryteriów inkorporacji i głównej siedziby zarządu oraz skali zjawiska *treaty shopping* umawiające się państwa, a następnie orzecznictwo, rozwinęły doktrynę efektywnej kontroli korporacyjnej jako kryterium ustalenia przynależności państwowej. OECD proponuje definicję kontroli podmiotów zagranicznych (*enterprises' effective foreign control*) opartą na sile udziałów: "*whether or not a majority of ordinary shares or voting power (more than 50% of the capital) is held by a single foreign direct investor or by a group of associated investors acting in concert*"²⁷. Trybunał ustalający swoją jurysdykcję w oparciu o traktat NAFTA w sprawie *Thunderbird* przeciwko Meksykowi dokonał walidacji kryterium kontroli, rozszerzając jej definicję na szereg nie uwzględnianych dotąd obszarów aktywności inwestycyjnej korporacji. Według trybunału efektywną kontrolę można sprawować nie tylko poprzez podejmowanie kluczowych decyzji dotyczących działalności gospodarczej, ale również (pod pewnymi warunkami) dzięki istnieniu takich czynników jak przewaga technologiczna, dostęp do źródeł zaopatrzenia, dostęp do rynków zbytu, dostęp do kapitału, *know-how* czy reputację określonej jakości towarów i usług.²⁸

Kiedy spór inwestycyjny trafia do rozstrzygnięcia na forum ICSID, wówczas prawem właściwym jest zarówno traktat inwestycyjny, jak i Konwencja, co oznacza iż każda ze stron powinna być stroną konwencji ICSID albo mieć przynależnością narodową innego państwa-strony konwencji, a materia sporu powinna dotyczyć ewentualnego naruszenia zobowiązania zawartego w traktacie inwestycyjnym bądź w Konwencji ICSID i dodatkowo pozostawać w

²⁶ http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

²⁷ OECD Benchmark Definition of Foreign Investment (Draft) – 4th Edition, DAF/INV/STAT(2006)2/REV. 3, 2007: "*To classify an enterprise within a country on the basis of the presence or absence of effective foreign control [emphasis in original text], the criterion recommended for use is whether or not a majority of ordinary shares or voting power (more than 50% of the capital) is held by a single foreign direct investor or by a group of associated investors acting in concert [...]. Application of this criterion avoids the use of subjective concepts or case by case review [...].*"

²⁸ Wyrok w sprawie *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, Award, 26 January 2006, par. 180

bezpośrednim związku z inwestycją.²⁹ Art. 25 ust. 2 (b) ICSID umożliwia inwestorowi zagranicznemu (osobie prawnej) i państwu przyjmującemu uzgodnienie, iż lokalna spółka zależna, utworzona przez podmiot dominujący w państwie przyjmującym (zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami) w celu realizacji inwestycji, może być uznana za podmiot innego umawiającego się państwa, dzięki czemu lokalna spółka zostanie objęta zakresem *ratione personae* arbitrażu ICSID.³⁰ Tak wąskie rozumienie przesłanek zawartych w art. 25 ust. 2 (b) pozwala na odstępianie od kryterium inkorporacji bądź głównej siedziby i na przyjęcie zasady efektywnej kontroli zagranicznej.

Celem testu kontroli jest niewątpliwie rozszerzenie jurysdykcji ICSID, co z punktu widzenia korporacji (ograniczania ryzyka pozahandlowego) jest o tyle korzystne, iż pozwala na rozstrzyganie sporu na płaszczyźnie międzynarodowej, nawet jeśli stroną sporu jest korporacja utworzona na prawie państwa strony sporu. Trzeba zauważyć, iż realizacja inwestycji za pośrednictwem spółek prawa handlowego państwa przyjmującego jest w działalności korporacji transnarodowych powszechną praktyką, niekiedy również wymaganą prawem. Aby trybunał arbitrażowy uznał jurysdykcję ICSID muszą zostać spełnione łącznie dwie przesłanki, zawarte w art. 25 ust. 2 (b), tj. wymóg efektywnej kontroli zagranicznej danej osoby prawnej i zgoda na uznanie w odniesieniu do niej narodowości innej umawiającej się strony Konwencji. Przesłanki te "wyznaczają zewnętrzną granicę jurysdykcji ICSID, a strony mogą zgodzić się na jurysdykcję jedynie w wytyczonych granicach".³¹ Oddanie sporu przed arbitraż ICSID oznacza, iż zgoda wyrażona przez strony traktatu inwestycyjnego na uznanie narodowości osoby prawnej zgodnie z tą dyspozycją ma mniejszą moc od postanowienia konwencyjnego o konieczności przeprowadzenia testu kontroli zagranicznej.³²

²⁹ ICSID, Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Vol. II, (1968) at 557, 579-582

³⁰ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes Submitted to Governments by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development, Submitted: March 18, 1965, Washington Entered into Force: October 14, 1966

³¹ Por. decyzja dot. jurysdykcji w sprawie Mobil Corporation et. al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, op. cit., par. 156

³² Szerzej: *OECD International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publications, Paris 2008, 33ff

1.2. Definiowanie korporacji transnarodowej

W odróżnieniu od pojęcia *inwestora*, pojęcie *korporacji transnarodowej* nie ma charakteru normatywnego a jedynie deskryptywny, bowiem zaliczenie jakiegoś podmiotu do grona korporacji transnarodowych nie wywołuje skutków w postaci nadania mu szczególnych praw bądź nałożenia szczególnych obowiązków. Wiązać to należy z brakiem legalnej definicji korporacji transnarodowej w prawie międzynarodowym, jak też z brakiem szerszego uznania definicji pochodzenia krajowego.³³ Niewątpliwie jednak jest, iż aby zostać objętym ochroną prawną danego porządku prawnego, należy spełniać wymogi definicji podmiotu, a w tym przypadku rolę taką spełnia definicja inwestora, opierająca podmiotowość na przynależności państwowej po spełnieniu omówionych w poprzednim rozdziale kryteriów. Dzieje się tak z tego względu, iż zjawisko korporacyjności transnarodowej jest utożsamiane wyłącznie z dużymi podmiotami prywatnymi, utworzonymi na podstawie przepisów konkretnego prawa krajowego, dokonującymi bezpośrednich inwestycji zagranicznych na

³³ Ponadto w prawie krajowym państw należących do kultury *ius civile* samo pojęcie korporacja ma zupełnie inne znaczenie niż w krajach anglosaskich i w prawie międzynarodowym publicznym. Pojęcie *corporation* stosowane w dokumentach ONZ i tłumaczone na język polski jako *korporacja* ma swoje źródło w amerykańskim prawie prywatnym i stanowi odpowiednik *spółki akcyjnej z ograniczoną odpowiedzialnością*, a w szerszym rozumieniu *spółki prawa handlowego*. Korporacja prawa prywatnego jest w polskim porządku prawnym definiowana natomiast jako dobrowolne, trwałe i formalne zrzeszenie przyjmujące postać wyposażonej w zdolność prawną jednostki organizacyjnej, zawiązanej dla osiągnięcia wspólnego celu. Z systematyki przepisów Kodeksu Cywilnego wynika, iż jednostka organizacyjna stanowi konstrukcję prawną wiążącą normę prawną nie z osobą fizyczną, lecz z grupą osób fizycznych wyodrębnioną dla realizacji aprobowanych przez prawo celów.³³ Jest substratem osób prawnych (w strukturze korporacyjnej: spółki) bądź podmiotów pozbawionych osobowości prawnej (oddziały), stanowiących zorganizowane formy uczestnictwa w korporacji. Przesłanką decydującą o uznaniu konkretnej jednostki organizacyjnej za korporację jest warunek zdolności prawnej jako skutku wyodrębnienia prawnego od osób ją tworzących i nabycia podmiotowości danego porządku normatywnego. Korporacja staje się w tych warunkach jednością zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i wobec osób trzecich, czego przejawem jest odrębność sfer prawnych zrzeszenia i członków zrzeszenia, wskutek czego to korporacja występuje w stosunkach zewnętrznych jako właściciel, wierzyciel czy dłużnik, a przy tym zmiany składu członków korporacji nie mają wpływu na fakt jej istnienia. Dopuszczalne są również czynności prawne między korporacją a jej członkami oraz nabywanie praw i obowiązków we wzajemnych stosunkach. Odnośnie zaś celu gospodarczego, to na gruncie prawa polskiego [Ustrojową regulację stanowi tu ustawa z dnia 19 listopada 1999 Prawo o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101 poz. 1178 ze zm)] o gospodarczym przeznaczeniu działalności gospodarczej podejmowanej przez przedsiębiorcę nie decyduje wbrew pozorom ukierunkowanie na osiąganie zysku. Działalność gospodarcza podlega określonym uwarunkowaniom ekonomicznym i zmierza do realizacji zamierzonego, konkretnego celu. Zasadą, której powinna być podporządkowana działalność gospodarcza, jest zasada racjonalnego gospodarowania, nazywana zasadą gospodarności. W myśl tej zasady, maksymalny stopień realizacji celu osiąga się postępując tak, aby przy danym nakładzie środków osiągać maksymalny stopień realizacji celów (tzw. zasada największego efektu), albo tak, aby przy danym stopniu realizacji celu użyć minimalnego nakładu środków. Kwestia, czy podmioty prowadzące działalność gospodarczą zakładają osiągnięcie zysku, czy tylko pokrywanie kosztów swojej działalności własnymi dochodami, łączy się z rodzajem realizowanych przez nie zadań i statutowo określonym celem prowadzonej działalności. [Uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2002, III CZP 21/02]

skalę globalną. Do czasu nadania korporacjom transnarodowym bezpośrednich uprawnień o charakterze międzynarodowym (czy to materialno-prawnych klauzul ochrony inwestycji i inwestora, czy formalno-prawnych zapisów na arbitraż) nie istniała zasadniczo potrzeba rozróżniania pojęć inwestora zagranicznego (jako osoby prawnej) i korporacji ponadnarodowej³⁴, bowiem nie istniało zjawisko transnarodowości korporacyjnej w rozumieniu czerpania korzyści z dualizmu jurysdykcyjnego w przypadku sporu o naruszenie własności przez państwo przyjmujące.

Próby zdefiniowania zjawiska transnarodowości korporacyjnej notuje się dopiero od początku lat sześćdziesiątych XX wieku, tj. od początku ery dwustronnych traktatów inwestycyjnych. Wcześniej przedsiębiorców działających w więcej niż jednym państwie określano mianem firm wieloterytorialnych (*multi-territorial firms*) bądź firm zaangażowanych w bezpośrednie inwestycje zagraniczne (*firms engaged in FDI*).³⁵ Duże prywatne organizacje gospodarcze wykonujące FDI (*foreign direct investments*) zaczęto w latach siedemdziesiątych nazywać przedsiębiorstwami wielonarodowymi (*multinational corporations*), bezskutecznie starając się uzgodnić szerzej akceptowalną definicję prawną.³⁶ Na przełomie wieków zaproponowano rozgraniczenie pojęciowe między przedsiębiorstwami międzynarodowymi, wielonarodowymi i transnarodowymi, które zostało przychylnie przyjęte przez doktrynę i pojawiło się w aktach prawa miękkiego organizacji i organów międzynarodowych.³⁷ Przedsiębiorstwem międzynarodowym jest zgodnie z tym sposobem definiowania spółka wykonująca wyłącznie import i eksport towarów w obrocie między państwami. Termin przedsiębiorstwo wielonarodowe odnosi się do gospodarczej działalności międzynarodowej, o ile prowadzi ono również działalność inwestycyjną w sposób umożliwiający produkowanie towarów w innych państwach. Natomiast przedsiębiorstwem

³⁴ Funktor *transnational* zawiera przedrostek pochodzenia łacińskiego *trans*, oznaczający *poprzez, poza, po drugiej stronie*. (por. <http://sjp.pwn.pl/slowniki/trans.html>) Biorąc pod uwagę (omawianą przede wszystkim w doktrynie i w dokumentach ONZ) istotę zjawiska transnarodowej ochrony własności i rozstrzygania sporów inwestycyjnych z pominięciem porządków prawnych państw zaangażowanych, w tłumaczeniu na język polski najbardziej adekwatne wydają się określenia *transnarodowy* i *ponadnarodowy*, oba w rozumieniu *pozapaństwowy, ponadpaństwowy, z pominięciem struktur państwa*.

³⁵ John H. Dunning and Philippe Gugler, *Foreign direct investment*, 1996, in: Jonathan Jones, Colin Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005

³⁶ Christopher Tugendhat, *The Multinationals*, Middlesex Penguin Books, 1981, in: Jonathan Jones, Colin Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005

³⁷ Imad A. Moosa, *Foreign Direct Investment Theory, Evidence and Practice*, Basingstoke, Hampshire Houndmills, 2002, 6ff

bądź korporacją transnarodową prywatna gospodarcza organizacja wielonarodowa stawałaby się wówczas, gdyby jej działalność inwestycyjna w innych państwach przybrała rozmiary globalne, rozluźniając bądź wręcz zrywając więź tożsamości narodowej z państwem siedziby bądź rzeczywistego zarządu podmiotu dominującego.³⁸

Dla wyodrębnienia pojęciowego zjawiska "przedsiębiorstw władających bądź kontrolujących infrastrukturę produkcyjną bądź usługową poza państwem siedziby" w dokumentach ONZ wprowadzono pierwotnie pojęcie *korporacji wielonarodowych (multinational corporations)*.³⁹ Z czasem termin ten zastąpiono określeniem *korporacje transnarodowe (transnational corporations)*, aby podkreślić element ponadnarodowości i odróżnić przedsiębiorstwa o scentralizowanej strukturze decyzyjnej od przedsiębiorstw rzeczywiście zarządzanych wielonarodowo, tj. w wielu lokalnych ośrodkach.⁴⁰ W oficjalnych dokumentach agend ONZ zaprzestano w ostatnich latach różnicowania znaczeniowego określić *korporacja transnarodowa i korporacja wielonarodowa*, stosując już jednolicie termin *korporacja transnarodowa*. Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD)⁴¹ wprowadziła narrację, zgodnie z którą korporacja tego typu stanowi zbiór podmiotów działających w więcej niż jednym kraju i objętych systemem decyzyjnym, który dzięki dominującej pozycji wybranego podmiotu umożliwia zwartą politykę, wspólną strategię zachowań, a przede wszystkim wymianę wiedzy, zasobów i obowiązków.⁴²

Z kolei Organizacja Współpracy i Rozwoju Ekonomicznego (OECD), podmiot skupiający wyłącznie państwa wysoko rozwinięte i realizujący politykę kontroli i regulacji zachowań korporacji globalnych przy pomocy norm prawa miękkiego, posługuje się niezmiennie terminem *przedsiębiorstwa wielonarodowe (multinational enterprises)*. Pod tym pojęciem OECD rozumie "przedsiębiorstwa działające we wszystkich sektorach gospodarki, w których skład wchodzi zazwyczaj spółki i inne podmioty utworzone w więcej niż jednym

³⁸ Jonathan Jones, Colin Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005, 14ff

³⁹ *Report of the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, United Nations 1974, UN Doc E/5500/Rev.1, ST/ESA/6, 25

⁴⁰ Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2007, 6

⁴¹ Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), organ pomocniczy ONZ utworzony w 1964 w Genewie w celu wspierania handlu międzynarodowego i globalnych inwestycji,

⁴² The Division on Investment and Enterprise of UNCTAD, <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-Corporations-Statistics.aspx>, dostęp: 15.04.2015

kraju i powiązane w sposób umożliwiający wielodrożną koordynację działalności. Ponieważ jeden bądź więcej z powiązanych w ten sposób podmiotów może w znaczący sposób wpływać na działalność innych powiązanych podmiotów, stopień ich autonomii może być bardzo różny - od wielonarodowego po scentralizowany. Przedsiębiorstwa te mogą być własnością prywatną, państwową bądź mieszaną.⁴³ Definicja OECD jest jednak dla naszych rozważań mało przydatna, bowiem tak szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy definicji utrudnia dostrzeżenie zasadniczego problemu prawnego, jakim jest dualizm jurysdykcyjny prawa inwestycyjnego i szereg zjawisk konsekwentnych, w szczególności propertyzacja prawa publicznego, dokonujących się w istotnym zakresie wbrew wyrażnej woli państwa.

Podobnie definiuje pojęcie *multinational enterprises* Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO), zwracając głównie uwagę na scentralizowaną strukturę decyzyjną z różnym poziomem autonomii podmiotów tworzących przedsiębiorstwo wielonarodowe i na brak ujednoliconej formy prawnej tych podmiotów.⁴⁴ Według Instytutu Prawa Międzynarodowego (IIL) przedsiębiorstwo wielonarodowe nie musi mieć też osobowości prawnej.⁴⁵ W Wytycznych ONZ o odpowiedzialności korporacji transnarodowych i innych prywatnych przedsięwzięć gospodarczych w odniesieniu do praw człowieka zaznaczono dodatkowo, iż przy definiowaniu pojęcia korporacji transnarodowych kluczową rolę pełni transgraniczny charakter aktywności, abstrahując od tego, czy jest ona podejmowana przez podmioty indywidualne czy przez zgrupowanie podmiotów.⁴⁶

Przez wzgląd na rangę ONZ i reprezentowanie ogółu państw, a także z uwagi na właściwe kryteria przyjęte do opisu pojęcia korporacji transnarodowej językiem prawa, definicję UNCTAD należy uznać za najpełniej oddającą istotę zjawiska⁴⁷: "*Transnational*

⁴³ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf, dostęp: 15.04.2015

⁴⁴ ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 4th Edition, 2006, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, dostęp: 15.04.2015

⁴⁵ The Institute of International Law, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_02_en.pdf, dostęp: 15.04.2015

⁴⁶ The United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-fifth session, Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 of 26 August 2003, available at: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/64155e7e8141b38cc1256d63002c55e8?Opendocument>, dostęp: 15.4.2015

⁴⁷ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Sec. Edition, Oxford University Press, 2015, p. 42

*corporations (TNCs) are incorporated or unincorporated enterprises comprising parent enterprises and their foreign affiliates. A parent enterprise is defined as an enterprise that controls assets of other entities in countries other than its home country, usually by owning a certain equity capital stake. An equity capital stake of 10 per cent or more of the ordinary shares or voting power for an incorporated enterprise, or its equivalent for an unincorporated enterprise, is normally considered as a threshold for the control of assets. A foreign affiliate is an incorporated or unincorporated enterprise in which an investor, who is resident in another economy, owns a stake that permits a lasting interest in the management of that enterprise (an equity stake of 10 per cent for an incorporated enterprise or its equivalent for an unincorporated enterprise)."*⁴⁸

Korporacją transnarodową jest zatem co do zasady każde przedsiębiorstwo, niezależnie od tego czy zostało wyposażone w osobowość prawną czy też nie, o ile w jego skład wchodzi podmiot dominujący i zagraniczne filie. W dalszej części definicji doprecyzowano, iż za podmiot dominujący należy uważać przedsiębiorstwo kontrolujące aktywa innych podmiotów w krajach innych niż jego kraj pochodzenia, zwykle poprzez własność określonej wartości udziałów w kapitale podstawowym tych podmiotów. Za minimalny poziom kontroli uznano udział w kapitale podstawowym w wysokości 10% wartości nominalnej udziałów bądź akcji zwykłych, lub ich równowartości dla przedsiębiorstwa pozbawionego osobowości prawnej. Zagraniczną filię natomiast stanowi przedsiębiorstwo wyposażone w osobowość prawną bądź nie, w którym inwestor będący zagranicznym podmiotem gospodarczym włada udziałami bądź akcjami o wartości pozwalającej mu na trwale zaangażowanie w zarządzanie tym przedsiębiorstwem (tj. 10%-owy udział w kapitale podstawowym osoby prawnej bądź jego równowartość w przedsiębiorstwie pozbawionym osobowości prawnej).⁴⁹ Udział o wartości akcji z prawem głosu poniżej 10%-owego progu zarządu korporacyjnego nie stanowi bezpośredniej inwestycji zagranicznej i jest traktowany jako inwestycja *portfolio*.⁵⁰

⁴⁸ United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2011, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

⁴⁹ *World Investment Report 2002 - Transnational Corporations and Export Competitiveness*, United Nations, Geneva, 291; <http://unctad.org/en/docs/wir2002>

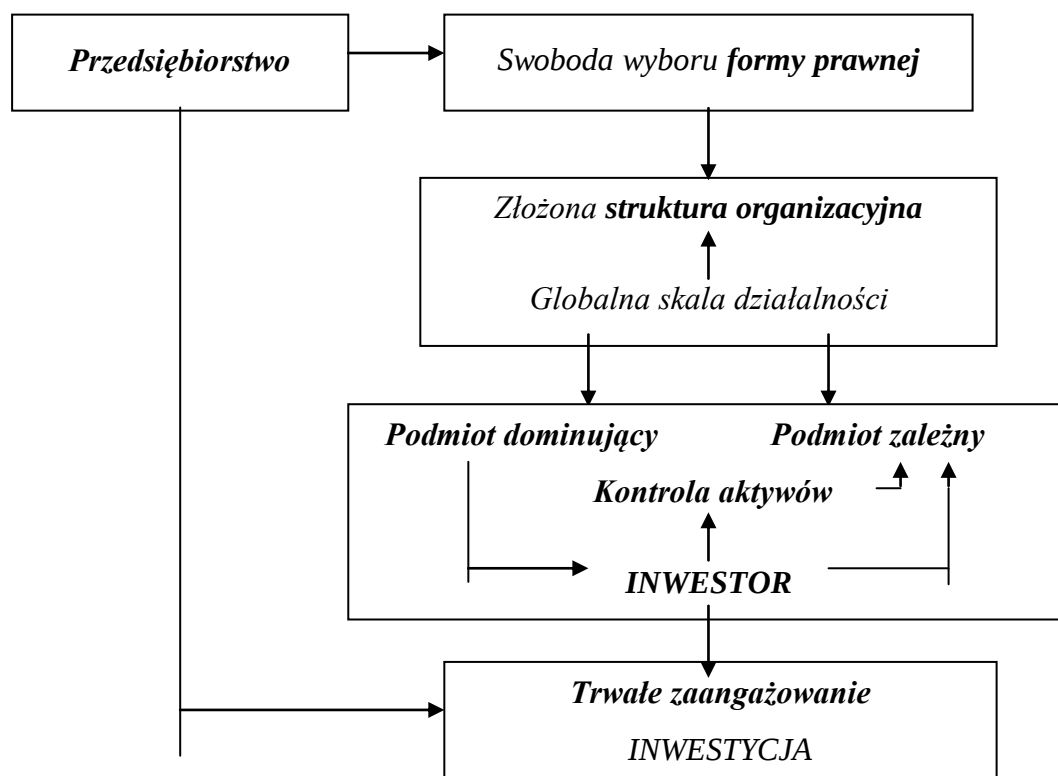
⁵⁰ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Sec. Edition, Oxford University Press, 2015, 39

Strukturę zagranicznych przedsiębiorstw afiliowanych (*foreign affiliates*) przedsiębiorstwa dominującego (*parent entity*) w korporacji transnarodowej tworzą zatem przedsiębiorstwa zależne (*subsidiaries*), przedsiębiorstwa stowarzyszone (*associates*) i oddziały (*branches*). Struktura organizacyjno i kapitałowa jest często na tyle złożona, iż dojście do prawdziwych źródeł kapitału skłania trybunały arbitrażowe do rezygnacji z jej badania.⁵¹ Występujący w roli inwestora zagranicznego podmiot dominujący dysponuje co najmniej 50%-ową siłą głosu z posiadanych udziałów w przedsiębiorstwach zależnych i uprawnieniem do powoływania i odwoływania członków ich władz. Spółka stowarzyszona (siostrzana) jest osobą prawa państwa przyjmującego, w której inwestor posiada nie mniej niż 10% i nie więcej niż 50% siły głosów jako udziałowiec. Oddział to będąca w całości bądź w części własnością zagranicznego podmiotu dominującego jednostka organizacyjna bez osobowości prawnej, stanowiąca stałą placówkę bądź biuro inwestora, spółkę cywilną lub przedsięwzięcie typu *joint venture* inwestora z osobami trzecimi, grunty i budowle (nie będące własnością rządową) oraz majątek nieruchomy w bezpośrednim posiadaniu inwestora, jak też majątek ruchomy (statki, samoloty, platformy wiertnicze etc) wykorzystywany przez inwestora przez przynajmniej rok w państwie innym niż jego państwo macierzyste.⁵²

⁵¹ W typowym dla tego zagadnienia orzeczeniu *Yukos przeciwko Federacji Rosyjskiej* trybunał uznał swoją jurysdykcję *ratione materiae* jedynie na podstawie ustalenia, iż spółka spełniła krajowe wymogi w zakresie rejestracji. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, Nov 30, 2009, par. 411

⁵² UNCTAD, *World Investment Report 2014*, Methodological Note, 3ff; <http://unctad.org/en/pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR-Series.aspx>

Ryc.: Korporacja transnarodowa wg definicji UNCTAD w ujęciu graficznym:



Formę prawną przedsiębiorców zgromadzonych w nawet najbardziej złożonych strukturach korporacyjnych o zasięgu globalnym reguluje wyłącznie prawo wewnętrzne jakiegoś państwa. Korporacja międzynarodowa, w rozumieniu dużego podmiotu aktywnego w ramach różnych porządków prawnych, może mieć strukturę koncernową bądź holdingową, w zależności od tego, czy skupia podmioty z różnych sektorów gospodarki, czy też skoncentrowane branżowo. Działalność korporacji transnarodowej charakteryzuje dodatkowo cel inwestycyjny z zachowaniem kontroli decyzyjnej podmiotu dominującego, zlokalizowanego w państwie eksportującym inwestycję (*home state*), nad podmiotami wykonującymi inwestycję w państwach przyjmujących (*host states*). Zarówno podmiot dominujący, jak i podmioty zdominowane (zależne bądź stowarzyszone) są w przypadku globalnych korporacji transnarodowych niemal wyłącznie podmiotami prywatnymi, utworzonymi dla realizacji celu gospodarczego w drodze umowy bądź jednostronnej czynności prawnej jako spółki kapitałowe. Podmioty te są wyposażone w zdolność prawną i

w osobowość prawną (zwykle od chwili rejestracji), w skutek czego samodzielnie nabywają prawa i odpowiadają za podjęte zobowiązania, dysponując od początku swego istnienia majątkiem pochodzącym od uczestników spółki a wnoszonym do niej na pokrycie praw udziałowych.⁵³ Podmiotem dominującym grupy jest zatem wyłącznie spółka kapitałowa,⁵⁴ której celem jest transgraniczna działalność gospodarcza na dużą skalę, choć zarówno forma prawna, jak i poziom integracji członków zbudowanej wokół tej spółki grupy kapitałowej mogą się od siebie istotnie różnić.⁵⁵

O ile pojęcia *korporacja transnarodowa* i *przedsiębiorstwo wielonarodowe*, opisujące w gruncie rzeczy prywatną osobę prawną wykonującą globalną strategię o charakterze ponadnarodowym, są w literaturze prawniczej często używane zamiennie, o tyle nie należy ich dłużej utożsamiać z pojęciem *przedsiębiorstwa międzynarodowego*, stosowanym nadal w takim rozumieniu w naukach ekonomicznych. Wynika to przede wszystkim z omówionych wyżej definicji zawartych w aktach prawa międzynarodowego, niezależnie od ich mocy normatywnej. *Transnarodowa* natura prywatnej organizacji, której działalność podstawową reguluje prawo gospodarcze, objawia się coraz wyraźniej dążnością do poddawania sporów zamkniętym reżimom prawnym i utrzymywaniem stanu fragmentacji źródeł prawa.⁵⁶

Podejmując się zbadania statusu prawnego korporacji prowadzącej działalność transnarodową, należy ustalić specyfikę *ius operandi* poprzez definicyjne rozgraniczenie pojęcia korporacji *transnarodowej* od innych typów *międzynarodowej* działalności gospodarczej, w oparciu o odnośne źródła prawa krajowego, europejskiego i międzynarodowego. Kluczowymi aspektami *transnarodowej* aktywności gospodarczej jest przenoszenie środków produkcji poza granice państwa przynależności w celach komercyjnych i z zamiarem trwałego zaangażowania, a także zachowanie kontroli decyzyjnej nad podmiotami realizującymi wspólną strategię, niezależnie od stopnia integracji zgrupowania tych podmiotów. W ujęciu ontologicznym korporacja staje się transnarodowa

⁵³ Andrzej Szajkowski, Monika Tarska, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2004, 300–301

⁵⁴ W przypadku korporacji globalnych są to wyłącznie spółki akcyjne notowane na najważniejszych światowych giełdach papierów wartościowych. Szerzej: Janis Sarre (ed), *Corporate Governance in Global Capital Markets*, The University of British Columbia Press, Vancouver 2003

⁵⁵ Galf-Peter Calliess, *Transnational Corporations Revised*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Bloomington 2011, 601ff

⁵⁶ Ole Kristian Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID, Tribunals – An Empirical Analysis*, The European Journal of International Law Vol. 19 No. 2, 2008, 301

poprzez dokonanie inwestycji zagranicznej przy zachowaniu kontroli decyzyjnej, zatem *a contrario* brak odpowiednio kontrolowanej aktywności inwestycyjnej poza granicami państwa pochodzenia pozbawia korporację atrybutu transnarodowego. Zgodnie z definicją UNESCO *transnarodowość* oznacza bowiem "każdy rodzaj stosunku związanego ponad granicami państwowymi, w którym przynajmniej jedna ze stron nie jest organem państwa. Zwykle odnosi się to do korporacji, ale jedynie wówczas, gdy [stosunek] wykracza poza działalność handlową (*goes beyond trade*) w celu wykonywania własności bądź kontroli nad oddziałami, przedsiębiorstwami zależnymi bądź przedsiębiorstwami stowarzyszonymi w więcej niż jednym państwie".⁵⁷

Z ekonomicznego punktu widzenia transnarodowy charakter działalności korporacyjnej objawia się alokacją środków do innych państw w celach inwestycyjnych, przy czym za siłę sprawczą przemian globalizacyjnych uchodzą bezpośrednie inwestycje zagraniczne. Zgodnie z teorią ekonomii korporacja transnarodowa angażuje w drodze bezpośrednich inwestycji zagranicznych, dokonywanych w więcej niż jednym kraju, własne bądź kontrolowane przez siebie zasoby w celu uzyskania wartości dodanej.⁵⁸ Model OIL (*ownership-internalization-location*) Johna H. Dunninga wyjaśnia, iż korporacje wdrażają strategię ponadnarodową jedynie wtedy, gdy zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki: dysponują przewagami konkurencyjnymi (technologie, patenty, moce badawczo-rozwojowe, zdolności zarządcze, przewagi dotyczące organizacji, skali i specjalizacji działalności, bądź specyficznych kanałów dostaw i zbytu), są w stanie od państw przyjmujących uzyskać właściwe zachęty skłaniające do internacjonalizacji inwestycyjnej (mniejsze koszty transakcyjne, podatkowe, płacowe, etc), a przy tym ich pozycja konkurencyjna względem lokalnych przedsiębiorstw będzie dominująca (w znacznej mierze dzięki kontraktowym i traktatowym klauzulom gwarantującym relatywnie lepsze traktowanie).⁵⁹

⁵⁷ UNESCO *Encyclopaedia of Life Support Systems, Section 1 Institutional and Infrastructure Resource Issues*, Article 1.44.3.7, Glossary, 'Transnational: any relationship across country boundaries, in which at least one of the actors is not a government. Most commonly applied to companies, but only when they go beyond trade, to own or control branches, subsidiaries or affiliates in more than one country'. <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/science-technology/prospective-studies/science-policy-in-encyclopedia-for-life-support-systems/>

⁵⁸ John H. Dunning, Sarianna M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2nd Edition, Edward Elgar Publishing Inc., 2012, 123f

⁵⁹ John H. Dunning, op. cit., 116ff

Omawiając zjawisko korporacyjnej transnarodowości w ujęciu globalnym należy uwzględnić jeszcze jeden ważny czynnik: skalę aktywności gospodarczej, na którą składa się zarówno wartość zaangażowanych środków, jak i ilość i jakość stosunków prawnych, których korporacja jest stroną.⁶⁰ Skala działalności gospodarczej stanowi niewątpliwie podstawę do różnego traktowania podmiotów prowadzących niewielką transgraniczną działalność gospodarczą i koncernów operujących globalnie, czego przykładem jest art. 17 Traktatu Karty Energetycznej⁶¹, gdzie „każda z Umawiających się Stron zastrzega sobie prawo do odmówienia korzyści wynikających z niniejszej części [III. *Promocja i ochrona inwestycji*] Traktatu jednostce prawnej, jeśli taka jednostka (...) nie prowadzi znaczącej działalności gospodarczej na obszarze Umawiającej się Strony, w której została ona utworzona.” Duże korporacje transnarodowe są uprzywilejowane głównie z tego powodu, iż to one są *de iure* i *de facto* adresatami określonych norm.⁶² Skala działalności jest również poważnym atutem ekonomicznym, pozwalając korporacjom transnarodowym przenosić w sposób elastyczny środki finansowe i zakłady produkcyjne pomiędzy państwami przyjmującymi inwestycje.⁶³ Możliwość prowadzenia dość nieskrępowanej działalności na dużą skalę w warunkach powojennego, neoliberalnego ładu międzynarodowego sprawiła, iż dziś 51 spośród 100 największych gospodarek świata to nie państwa lecz globalne korporacje transnarodowe,⁶⁴ a roczne obroty 200 największych korporacji przewyższają GDP wszystkich państw świata, z pominięciem 10 najbardziej rozwiniętych. Tych 200 korporacji wytwarza rocznie większy majątek niż 1,2 miliarda żyjących zwykle w ubóstwie ludzi (24% całej ludzkiej populacji) w krajach rozwijających się, w których są one obecne w roli inwestorów zagranicznych. Nie

⁶⁰ W teorii globalizacji zjawisko skali określa się też mianem zasięgu oddziaływań i intensywności powiązań. Czynniki te są w dużej mierze niesterowalne, istotnie wpływają na dynamikę globalnych zmian systemowych, a utożsamia się je z wielkimi organizacjami gospodarczymi; szerzej: A. G. Mc Grew, *Conceptualizing Global Politics*, in: A. G. McGrew, P. G. Levis (ed), op. cit., 22-28

⁶¹ Traktat Karty Energetycznej, przyjęty w Lizbonie 17 grudnia 1994, Dz.U.2003.105.985 z 17 czerwca 2003

⁶² W tym konkretnym przypadku globalne korporacje z branży energetycznej skutecznymi działaniami lobbystycznymi doprowadziły (na wniosek premiera rządu holenderskiego złożony na posiedzeniu Rady Europejskiej w Dublinie w 1990) do przeforsowania pomysłu zawarcia umowy wielostronnej, której stronami zostały państwa Europy Zachodniej i Ameryki Północnej (państwa siedzib inwestorów) oraz Europy Wschodniej (państwa przyjmujące inwestycje).

⁶³ Wouters Jan, Chane Anna-Luise, *Multinational Corporation in International Law*, Leuven, 2013, 3

⁶⁴ Evaristus Oshionebo, *Regulating Transnational Corporations in Domestic and International Regimes, An African Case Study*, University of Toronto Press Inc., 2009, 28ff

ulega zatem wątpliwości, iż korporacyjność transnarodowa daje niezwykle szanse rozwojowe przedsiębiorcom aktywnym globalnie.⁶⁵

Dla porządku należy dodać, iż organizacje zorganizowane transnarodowo to nie tylko korporacje. Ze względu na stopień merkantylizmu organizacje transnarodowe dzieli się na trzy zasadnicze grupy: międzynarodowe organizacje o charakterze *non-profit* (takie jak organizacje pozarządowe - NGO, międzynarodowe koła naukowe czy międzynarodowe zrzeszenia zawodowe), transnarodowe grupy interesu (związki wyznaniowe w tym Kościół Katolicki, związki repatriacyjne, związki zawodowe, etc) i prywatne organizacje gospodarcze (korporacje transnarodowe i inne organizacje o charakterze zarobkowym).⁶⁶ Prywatne organizacje transnarodowe typu korporacyjnego różnią się od pozostałych organizacji transnarodowych przede wszystkim wyjątkowo rozwiniętą strukturą organizacyjną i silną reprezentacją polityczną, a genetycznie rzecz ujmując, niemal idealną korelacją możliwości, jakie oferuje transnarodowość, z motywami powołania do życia.⁶⁷

Status prawny korporacji transnarodowej jest w zakresie działalności podstawowej zasadniczo tożsamy ze statusem bezpośredniego inwestora zagranicznego w prawie wewnętrznym państwa przyjmującego, i w tym kontekście fakt powszechnego korzystania z pojęcia *korporacji transnarodowej* bądź *przedsiębiorstwa wielonarodowego* świadczy o istnieniu wyraźnej potrzeby identyfikacji osoby inwestora korporacyjnego z wykorzystaniem semantycznej kategorii *ponadnarodowości*. Ma ona pomóc w zrozumieniu zarówno roli prawa wewnętrznego państwa przyjmującego, pod rządami którego inwestor pozostaje przez cały okres realizacji inwestycji, jak i regulowanego wołą państw prawa międzynarodowego, w koncepcji korporacji transnarodowej. Inwestorem i jednocześnie korporacją transnarodową jest zawsze osoba prawna podległa reżimowi prawnemu państwa przynależności, przy czym wobec zazwyczaj bardzo złożonej struktury globalnych powiązań własnościowych już na etapie ustalania przynależności państwowej podmiotów składowych mogą istnieć wątpliwości natury jurysdykcyjnej. I niewątpliwie kluczowym wyzwaniem dla orzecznictwa jest tu połączenie doskonale znanej krajowym porządkom prawnym formy korporacyjnej osoby

⁶⁵ Szerzej czytaj w szeregu publikacji z serii *Transnational Corporations Journal*, UNCTAD, [http://unctad.org/en/pages/publications/Transnational-Corporations-\(Journal\).aspx](http://unctad.org/en/pages/publications/Transnational-Corporations-(Journal).aspx)

⁶⁶ Elliott Morss, *The New Global Players: How They Compete and Collaborate*, World Development Journal by Elsevier (The Netherlands), Vol. 19, No. 1, 1991, 55ff

⁶⁷ Polly J. Diven, *Interest Groups in International and Transnational Politics*, in: Clive S. Thomas, *Research Guide to the U.S. and International Interest Groups*, Westport CT, 2004, 341

prawnej, nastawionej na osiągnięcie zysku ekonomicznego, z ponadnarodowym charakterem takiej działalności. Dodatkowym argumentem dla wyodrębnienia pojęcia *korporacji transnarodowej* jest konieczność monitorowania globalnych skutków działalności inwestycyjnej prowadzonej w oparciu o zasoby kapitałowe porównywane z budżetami rocznymi wielu państw. Z tego względu we współczesnej ekonomii prowadzi się badania zarówno nad skutkami działalności dużych korporacji zagranicznych na lokalną gospodarkę (skala mikro), jak i nad stabilnością międzynarodowych finansów, tworzonych przez ogromne przepływy kapitału inwestycyjnego (skala makro).⁶⁸

1.3. Państwo jako strona stosunków prawnomiędzynarodowych z inwestorem

Państwo wchodząc w cywilnoprawne stosunki z podmiotami prywatnymi (*acta de iure gestionis*) nie może wyzbyć się obowiązków regulatora działalności tych podmiotów w obrębie swojej jurysdykcji terytorialnej. Korzystając z suwerenności ma prawo do niemal dowolnego kształtowania wewnętrznego porządku prawnego. Związanie prawem międzynarodowym skutkuje jednak ograniczeniem możliwości regulacyjnych działalności podmiotów obcych i odpowiedzialnością za czyny zabronione w prawie międzynarodowym. Omawiając rolę państwa przyjmującego w transgranicznej działalności korporacyjnej należy zatem uwzględnić zakres wykonywanej przez państwo suwerenności, obowiązek i możliwości regulacyjne państwa, a także zakres odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa, jej skutków oraz możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności i jej skutków. Z punktu widzenia państwa pochodzenia korporacji można w tym kontekście zastanowić się nad postulatem wykonywania jurysdykcji ekstraterytorialnej w związku z odpowiedzialnością korporacji za czyny zabronione w reżimie prawa międzynarodowych praw człowieka.⁶⁹

Jak wspomniano wcześniej, źródłem praw i obowiązków państwa o charakterze międzynarodowym jest sama suwerenność.⁷⁰ Suwerenność utożsamia się z prawem do wykonywania funkcji państwa w stosunku do oznaczonego terytorium, z jednoczesnym

⁶⁸ Szerzej: Robert E. Lipsey, *Foreign Direct Investment and the Operations of Multinational Firms: Concepts, History and Data*, NBER Working Paper No. 8665 December 2001, JEL No. F21, F23

⁶⁹ Szerzej: Olivier de Schutter, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Business & Human Rights Resource Centre, December 2006

⁷⁰ Por. Orzeczenie w sprawie *S.S. Wimbledon*, Britain et al. v. Germany, Judgement of the Permanent Court of Justice, 17 Aug 1923, PCIJ Series A No. 1, par. 25

wyłączeniem władztwa innych państw.⁷¹ Korzystając z ochronnego parasola zasady suwerenności terytorialnej, państwo ma prawo do samodzielnego kształtowania swojej polityki względem podmiotów obcych, chcących prowadzić działalność gospodarczą (przede wszystkim handlową i inwestycyjną) na jego terytorium. Może więc zezwolić bądź zabronić takiej działalności, motywując swoje decyzje np. ochroną lokalnych przedsiębiorców.⁷² Nie dotyczy to oczywiście zobowiązań traktatowych w stosunku do Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich, w szczególności tzw. swobód podstawowych.⁷³ Nawet w tej relacji państwo członkowskie jest jednak uprawnione ustalać warunki formalnoprawne (np. wymogi techniczne inwestycji czy rejestrowe w odniesieniu do formy prawnej działalności gospodarczej), po których spełnieniu podmiot zagraniczny może liczyć na ochronę przyznaną w traktacie inwestycyjnym. Swoboda kształtowania przez państwo swoich stosunków wewnętrznych daje mu ponadto prawo do wyłączenia inwestora, o ile odbędzie się to z poszanowaniem standardów prawa międzynarodowego.⁷⁴ I wreszcie, korzystając ze swych uprawnień suwerena państwo sprawuje jurysdykcję krajową wobec osób oraz faktów prawnych mających miejsce na jego terytorium, zgodnie z zasadą terytorialną prawa międzynarodowego.⁷⁵ Przy tym orzeczenia sądów krajowych nie wiążą trybunałów międzynarodowych,⁷⁶ aczkolwiek podlegają zasadzie *res iudicata* i w taki sposób powinny być traktowane także w orzecznictwie arbitrażowym.⁷⁷

W zdaniu odrębnym do opinii doradczej STSM z 1931 sędzia Anzilotti określił państwo jako „*suprema potestas* lub zewnętrzną suwerenność oznaczającą, iż nie ma [ono] nad sobą żadnej innej władzy oprócz prawa międzynarodowego.” Państwo jako *pełnoprawny*

⁷¹ Por. Orzeczenie w sprawie wyspy *Palmas (Miangas)*, United States of America v. The Netherlands, Award, 4 April 1928, PCIJ RIAA II

⁷² Zwykle prawnomiędzynarodowa ochrona inwestycji zagranicznych jest zapewniona dopiero od momentu ich ustanowienia, a państwo jest wcześniej zobowiązane jedynie do dbałości o odpowiednią atmosferę, sprzyjającą inwestowaniu na jego terytorium.

⁷³ Szerzej: Aleksander Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013, Część Druga, *Wpływ swobód na systemy krajowe*, 171ff

⁷⁴ Marek Jeżewski, *Międzynarodowe Prawo Inwestycyjne*, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, 2011, 69

⁷⁵ Por. Orzeczenie w sprawie *S.S. Lotus*, France v Turkey, Award, 7 Sep 1927, PCIJ Series A, No. 10

⁷⁶ Por. Orzeczenie w sprawie *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 Nov 1984, par. 178

⁷⁷ Por. Orzeczenie w sprawie *The Pious Fund of Californias*, United States v Mexico, Award, 14 Oct 1902, IX RIAA 1, ICGJ 409, PCA 1902

podmiot prawa międzynarodowego jest w stanie niemal zawsze podejmować skuteczne działania prawne (choć przykłady *failed states* pokazują, iż w wyjątkowych sytuacjach może być inaczej). Państwo nie jest jednak w żadnej mierze wszechwładne. Przede wszystkim ogranicza je zasada *suwerennej równości państw* w przypadku konfliktu jurysdykcyjnego dotyczącego różnej interpretacji tego samego zdarzenia przez dwa lub więcej suwerennych państw.⁷⁸ Największym ograniczeniem jednak są podjęte zobowiązania międzynarodowe, których źródłem są zarówno traktaty handlowe czy inwestycyjne, jak i prawo zwyczajowe, dotyczące między innymi ochrony cudzoziemca (niezależnie od traktatowych zobowiązań z zakresu ochrony praw człowieka). Ponadto, stając się członkiem organizacji regionalnej takiej jak Unia Europejska, której podstawowym celem jest integracja gospodarcza, państwo jest zmuszone dostosować treść zawieranych traktatów handlowych i inwestycyjnych z postanowieniami traktatowymi (TUE i TFUE) dotyczącymi np. swobody przepływu kapitału.⁷⁹ Ograniczeniem stosowania suwerenności terytorialnej przez państwo jest też wyrażenie zgody na jurysdykcję trybunałów międzynarodowych w stosunku do osób i faktów prawnych mających miejsce na jego terytorium.

Państwo jest zobligowane wykonywać funkcje regulacyjne i w związku z ich wykonywaniem może działać bez konieczności uwzględniania interesów korporacji międzynarodowych, o ile jego działania są niedyskryminujące i podejmowane w imię wspólnego dobra.⁸⁰ W związku z uznawaniem coraz szerszych uprawnień państwa do regulowania na własnym terytorium zasad prowadzenia działalności gospodarczej podmiotów z kapitałem zagranicznym oraz z odchodzeniem od obowiązku naprawienia każdej szkody inwestora, kluczowym dla decyzji o odszkodowaniu staje się rozróżnienie, czy państwo w danym przypadku podjęło środki o skutku równoważnym do wywłaszczenia, czy też było jedynie regulatorem. Po przeanalizowaniu orzecznictwa międzynarodowego i treści najnowszych traktatów inwestycyjnych modelowych można wymienić następujące czynniki wpływające na uznanie bądź nieuznanie działania państwa za niepodlegające konieczności wypłaty odszkodowania w związku z wywłaszczeniem: zakres ingerencji w sferę praw

⁷⁸ Por. Orzeczenie w sprawie *S.S. Lotus*, op. cit.

⁷⁹ Por. Orzeczenia w sprawach C-205/06 (Komisja przeciwko Austrii) i C-249/06 (Komisja przeciwko Szwecji), oba wyroki TSUE z 03 marca 2009, par. 45

⁸⁰ Por. Orzeczenie w sprawie *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, op. cit., par. 255

własności, celowość i adekwatność podjętego środka, oraz relację środka do rozsądnych oczekiwań inwestora wobec swojej inwestycji.⁸¹

Państwa korzystające z członkostwa w organizacjach rozwoju regionalnego starają się również na tej płaszczyźnie regulować prowadzenie działalności korporacyjnej. Rozporządzeniem nr 2157/2001 Unia Europejska dała możliwość organizowania się w paneuropejskie spółki kapitałowe. Założenie i działalność spółki europejskiej (*societas europaea*) regulują zatem przepisy bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Prawodawca europejski uznał, że najkorzystniejszą dla europejskich korporacji będzie forma prawna spółki akcyjnej (osobowość prawna; kapitał zakładowy podzielony na akcje; wyłączenie odpowiedzialności akcjonariuszy za zobowiązania spółki; korporacyjna struktura organów) połączona ze specyficznymi cechami prawodawstwa europejskiego (wyznaczony regulacjami UE statut personalny - *lex societatis*; "wielowarstwowy" katalog źródeł prawa; szczególne sposoby tworzenia spółek zakładające uczestnictwo spółek z różnych państw członkowskich lub spółek prowadzących działalność wykraczającą poza granice jednego państwa; wymóg siedziby statutowej spółki na terytorium UE w państwie głównego zarządu; możliwość przeniesienia siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego z zachowaniem jej tożsamości podmiotowej; wyrażony w walucie euro kapitał zakładowy; możliwość prowadzenia rachunkowości w euro; możliwość wyboru modelu organów spółki między systemem dualistycznym a monistycznym; szczególne regulacje odnośnie zaangażowania pracowników w oparciu o dyrektywę 2001/86/WE).⁸²

Od państwa jako regulatora oczekuje się jednak nie tylko dbałości o interesy gospodarcze korporacji międzynarodowych inwestujących na jego terytorium, ale także ochrony swoich obywateli i zapewnienia przestrzegania standardów z dziedziny praw człowieka, praw pracowniczych czy ochrony środowiska, w związku z działaniami tych korporacji. Temu celowi służy m.in. *klauzula nieobniżania standardów*, stosowana zarówno w bilateralnych traktatach międzypaństwowych jak i traktatach negocjowanych i podpisywanych przez Unię Europejską z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi na podstawie art. 207 TFUE w odniesieniu do bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Strony ustalają zwykle, iż nie będą zachęcały do inwestycji na swoim

⁸¹ M. Jeżewski, op. cit., 69

⁸² Andrzej Kidyba (ed), *Prawo Spółek*, (4th Edition) Wolters Kluwer, Warszawa 2014, 1417f

terytorium poprzez zaniżanie obowiązujących tam standardów bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia, praw człowieka etc (zjawisko określane często w literaturze jako *race to the bottom*). Celem klauzuli nieobniżania standardów jest zapewnienie względnej równowagi między obowiązkami państwa i obowiązkami korporacji międzynarodowej prowadzącej inwestycję, a przez to zwiększenie wpływu organów państwa na rzeczywiste utrzymanie tych standardów, choćby poprzez niewydanie określonej decyzji administracyjnej czy też możliwość pociągnięcia inwestora do odpowiedzialności prawnej.⁸³

Aby móc pociągnąć państwo do odpowiedzialności międzynarodowej, należy najpierw przypisać mu zachowanie podmiotu, będącego wykonawcą jego woli, a następnie stwierdzić naruszenie zobowiązania międzynarodowego zaciągniętego przez państwo. Zgodnie ze stosowanymi powszechnie w orzecznictwie arbitrażowym Artykułami Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państwa za czyny zabronione w prawie międzynarodowym⁸⁴ państwo odpowiada za zachowania organów państwa (art.4) i organów *de facto*, tj. podmiotów wykonujących elementy władzy państwowej (art.5) i podmiotów prywatnych działających na podstawie instrukcji bądź pod kontrolą państwa (art.8). Przyjęta przez Komisję (ILC)⁸⁵ definicja organu państwa jest szeroka i obejmuje zarówno funkcje prawodawcze, wykonawcze jak i sędownicze, bez względu na charakter działania organu - czy to z pozycji władczej, czy to z pozycji równoważnej.

Państwo odpowiada więc zarówno za zachowania jednostek terytorialnych jak i sądów powszechnych. We współczesnym ujęciu⁸⁶ odpowiedzialność państwa w sferze sądownictwa nie ogranicza się już tylko do odpowiedzialności za odmowę sprawiedliwości (*denial of justice*), stanowiącą pogwałcenie minimalnego standardu ochrony prawnomiędzynarodowej w stosunku do podmiotów obcych, ale również za materialnoprawne decyzje sądów, i to z

⁸³ Jednym z przykładów obniżania standardów życia obywateli państw przyjmujących w kontekście zjawiska *race to the bottom* utożsamianego z inwestycjami zagranicznymi jest narzucana państwom szkodliwa konkurencja podatkowa (*harmful tax competition*). Szerzej na ten temat: Małgorzata Szafoni, *Międzynarodowa konkurencja podatkowa*, International Journal of Management and Economics, 2011, 110-131

⁸⁴ Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności międzynarodowej państw za naruszenie prawa międzynarodowego - projekt konwencji *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries*, United Nations 2008, legal.un.org

⁸⁵ Komisja Prawa Międzynarodowego (*International Law Commission, ILC*) została powołana do życia rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 174 (II) z 21.11.1947

⁸⁶ Patrz m.in.: decyzja dot. zastrzeżeń państwa pozwanego dotyczących kompetencji i jurysdykcji trybunału, *The Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction, 5 Jan 2001, par. 70

wyłączeniem zasady wyczerpania drogi krajowej, zgodnie z art. 26 Konwencji ICSID⁸⁷. Państwo odpowiada również za zachowania podmiotów prywatnych, działających niejako zamiast jego organów na podstawie instrukcji i pod kontrolą tychże organów. W przeważającej większości podmioty prywatne nie wykonują funkcji publicznych. W ich przypadku ciężar dowodu spoczywa na stronie skarżącej, a kluczowe dla przypisania odpowiedzialności państwu jest ustalenie faktycznych powiązań między państwem a konkretnym zachowaniem podmiotu prywatnego, zgodnie z art. 8 ILC.⁸⁸

2. Przedmiot regulacji

2.1. Inwestycja

Brak powszechnego prawa inwestycyjnego i definicji legalnej bezpośredniej inwestycji zagranicznej był powodem, dla którego podejmowano wiele prób doktrynalnego wypracowaniu definicji możliwej do zaakceptowania zarówno przez państwa tradycyjnie tworzące warunki prawne dla eksportu inwestycji, jak i państwa-importerów. Ze względu na to, iż zasadniczym źródłem prawa pozostają międzynarodowe umowy dwustronne o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, a każda z nich posługuje się uzgodnioną między stronami stosunku definicją własną, można jedynie oprzeć się na poszukiwaniu cech wspólnych i uogólnieniach *de lege artis*. Na tej podstawie przyjmuje się obiektywnie, iż aby móc daną działalność nazwać inwestycją, nie może to być działalność niezarobkowa, ani zwykła transakcja handlowa polegająca na sprzedaży towarów czy świadczenie usług jednorazowych, ani też żadna inna transakcja oparta na wzajemności świadczeń. Przesłankami pozytywnymi są poświęcenie środków, oczekiwanie korzyści w przyszłości oraz transgraniczność inwestowania, rozumiana jako brak tożsamości narodowej podmiotu wykonującego inwestycję z państwem ulokowania inwestycji (państwem przyjmującym).⁸⁹

⁸⁷ Konwencja Waszyngtońska z 18 marca 1965 o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw

⁸⁸ *Draft Articles on Responsibility of States*, op. cit., art. 8

⁸⁹ M. Jeżewski, op. cit, 118ff

Korporacje transnarodowe jako inwestorzy na skalę globalną wykonują swoje inwestycje⁹⁰ w postaci bezpośredniej bądź portfelowej. Bezpośrednie inwestycje zagraniczne, nazywane w skrócie FDI (*foreign direct investments*), wiążą się z bezpośrednim zaangażowaniem środków w rzeczywistą działalność gospodarczą na terytorium państwa przyjmującego inwestycję, podczas gdy w przypadku inwestycji portfelowych (*portfolio investments*) mamy do czynienia jedynie z transferem kapitału, bez udziału środków produkcji i bez czynnika trwałego zaangażowania, a często i bez świadomości właścicieli środków o dokonaniu inwestycji w konkretnym państwie. Ze względu na charakter sporów przed międzynarodowym arbitrażem inwestycyjnym *caput rerum* działalności korporacji transnarodowych stanowią bezpośrednie inwestycje zagraniczne.⁹¹ Z punktu widzenia organizacji procesu inwestycyjnego bezpośrednie zaangażowanie inwestycyjne dokonuje się albo poprzez stworzenie od podstaw majątku produkcyjnego (*greenfield investment*) albo poprzez nabycie istniejących już aktywów (*aquisition*). Głównym dostawcą FDI są korporacje transnarodowe, realizujące globalną strategię inwestowania. Część z tych podmiotów stanowią korporacje zarządzane poziomo (*horizontally integrated*), które wykorzystują inwestycje w różnych państwach przyjmujących do wytwarzania takich samych bądź podobnych produktów. Inny model inwestycji realizują korporacje zarządzane pionowo (*vertically integrated*), w strukturze których komponenty produkowane w jednym kraju podlegają dalszemu przetwarzaniu w innym, tworząc ogniwa łańcucha o coraz większej wartości dodanej. Natomiast korporacje zarządzane w sposób zdywersyfikowany (*diversified integrated*) preferują FDI o charakterze bardziej uniwersalnym, które są włączane do procesu wytwórczego na jego różnych etapach, w zależności od potrzeb.⁹²

Zgodnie z definicją Międzynarodowego Funduszu Walutowego celem *bezpośredniej inwestycji zagranicznej* jest osiągnięcie trwałych korzyści poprzez działalność

⁹⁰ W teorii ekonomii rozróżnia się trzy fazy ekspansji ekonomicznej poza granice państwa siedziby: internacjonalizację, transnacionalizację (umiędzynarodowienie) i globalizację. Faza transnacionalizacji zasadniczo tym różni się od fazy internacjonalizacji, iż następuje w niej nie tylko ciąg transakcji prowadzący do wymiany towarów i usług (typowy dla handlu międzynarodowego), ale przede wszystkim przeniesienie środków produkcji na terytorium innego państwa w postaci inwestycji. Globalizacja działalności gospodarczej podmiotu prywatnego to transnacionalizacja o odpowiednio rozbudowanej strukturze powiązań ekonomiczno-prawnych. Szerzej: Magdalena Rosińska-Bukowska, *Rola korporacji transnarodowych w procesach globalizacji. Kreowanie globalnej przestrzeni biznesowej*, Dom Wydawniczy DUET, Toruń 2009, 40f

⁹¹ M. Jeżewski, op. cit., 118ff

⁹² Amnon Levy-Livernmore, *The Handbook on the Globalization of the World Economy*, Edgar Elgar Publishing Limited 1998, 149

przedsiębiorstw działających poza gospodarką państwa przynależności inwestora, przy czym inwestor zachowuje zdolność do efektywnego zarządzania takimi przedsiębiorstwami. Podmiot zagraniczny bądź grupa powiązanych podmiotów z udziałem podmiotów zagranicznych dokonująca bezpośredniej inwestycji zagranicznej jest określana jako *bezpośredni inwestor zagraniczny*.⁹³ Definicja IWF jest zasadniczo zbieżna z definicjami OECD⁹⁴ i UNCTAD⁹⁵. W definicji ONZ podkreśla się wpływ inwestora na wykonywanie zarządu przez podmiot lokalny, a także fakt, iż inwestycja tego rodzaju obejmuje wszelkie zależności własnościowe między inwestorem, podmiotem lokalnym, a podmiotami grupy kapitałowej inwestora, niezależnie od tego, czy podmioty te przyjęły korporacyjną formę prawną czy nie. FDI mogą być prowadzone zarówno przez osoby prawne jak i przez osoby fizyczne. Przepływy pieniężne tworzące FDI obejmują przy tym zarówno kapitał inwestora zagranicznego (wniesiony bezpośrednio bądź przez podmioty powiązane), jak i kapitał pozyskany od podmiotu lokalnego.⁹⁶

Zasoby kapitałowe umożliwiające bezpośrednie zaangażowanie inwestycyjne zostały stworzone przez kapitał własny (środki zaangażowane przez inwestora na zakup udziałów w podmiocie lokalnym), reinwestowane zyski zatrzymane (proporcjonalny udział w zyskach nie przeznaczonych na dywidendy przez przedsiębiorstwa siostrzane, ani na umorzenia udziałów inwestora) oraz pożyczki wewnątrz grupy kapitałowej (krótko- i długoterminowe zobowiązania i należności finansowe, powstające między inwestorem a podmiotami lokalnymi). Majątkiem FDI jest wartość udziałów kapitału i rezerw (w tym zysków zatrzymanych) podmiotu macierzystego powiększone o zobowiązania netto podmiotów siostrzanych w stosunku do podmiotu macierzystego. Bezpośredni inwestorzy zagraniczni mogą uzyskać efektywny wpływ na zarząd podmiotu lokalnego w państwie przyjmującym również innymi metodami niż nabywanie udziałów w kapitale zakładowym (podzlecenia,

⁹³ International Monetary Fund, *Balance of Payments Manual*, Fifth Edition, BPM5, Washington, D.C., 1993

⁹⁴ OECD, *Detailed Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, third edition, OECD 1996

⁹⁵ http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

⁹⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2014*, Methodological Note, 3ff. Dane UNCTAD są weryfikowane na bieżąco i pochodzą z banków centralnych, urzędów statystycznych i współpracujących z agencją instytucji krajowych; więcej: unctad.org

kontrakty na zarządzanie, umowy kompleksowe, *franchising*, licencjonowanie, *product-sharing*, etc).⁹⁷

W przypadku konieczności rozstrzygania międzynarodowych sporów inwestycyjnych, kluczowe znaczenia ma właściwe wyznaczenia *ratione materiae* dla FDI. Zgodnie z najbardziej rozpowszechnionym poglądem przy ustalaniu zakresu rzeczowego jurysdykcji należy brać pod uwagę podejście obejmujące wszelkie składniki majątkowe spółki (*all-assets approach*). Wyznaczając zakres przedmiotowy sporu trybunał arbitrażowy musi oprzeć się na postanowieniach traktatu bądź kontraktu inwestycyjnego. W przypadku arbitrażu prowadzonego na podstawie konwencji ICSID, trybunał musi dodatkowo uwzględnić obiektywną definicję zawartą w tej konwencji i orzecznictwie na niej opartym.⁹⁸ Wobec wyznaczania zbyt szerokiego zakresu *ratione materiae* przez trybunały arbitrażowe⁹⁹ regionalne traktaty o ochronie i popieraniu inwestycji – jak choćby art. 1139 traktatu NAFTA¹⁰⁰ czy art. 4 traktatu ACIA¹⁰¹ – coraz częściej zawierają jasne postanowienia wyłączające roszczenia pieniężne powstałe w związku z realizacją kontraktów o charakterze handlowym i dotyczących sprzedaży towarów i usług oraz rozszerzeń kredytu handlowego przez podmioty o różnej przynależności państwowej.

Choć przepisy art. 206 i 207 ust. 1 zd. 1 TFUE odnoszą się literalnie do bezpośrednich inwestycji zagranicznych, w prawodawstwie Unii Europejskiej, ani w dalszej części traktatu, ani w ramach *travaux préparatoires*, nie podjęto zagadnienia definicji legalnej i wyznaczenia zakresu uprawnień instytucji europejskich.¹⁰² Kompetencja ogólna UE jest zawarta w części piątej TFUE odnoszącym się w całości i jasno do stosunków zewnętrznych. W konsekwencji, kompetencja UE w zakresie bezpośrednich inwestycji zagranicznych dotyczy wyłącznie

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Christian H. Schreuer, *The ICSID Convention: Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press 2009, 117f

⁹⁹ Jak choćby w wyroku w sprawie *Petrobart Ltd. przeciwko Kirgistanowi – Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005, par. 397-8 – kiedy to przyjmując za podstawę sporu Traktat Karty Energetycznej, trybunał uznał za inwestycję również roszczenia pieniężne związane z eksportową działalnością handlową.

¹⁰⁰ The North American Free Trade Agreement (NAFTA), came into effect on January 1, 1994; <https://www.nafta-sec-alena.org>

¹⁰¹ The 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement signed on 26 February 2009 in Cha-Am, Thailand by the Economic Ministers; <http://cil.nus.edu.sg/2009>

¹⁰² Suggestions for amendment of Article: Part II, Title B, Article 23, dostępne pod: <http://europeanconvention.eu.int/docs/treaty/pdf/866/Art23Hain.pdf>

państw trzecich. A zatem zakres wykonywania bezpośrednich inwestycji zagranicznych to swobodny przepływ kapitału między państwami członkowskimi a państwami trzecimi zgodnie ze środkami stanowionymi przez Parlament Europejski i Radę w zwykłej procedurze prawodawczej w związku z przepływem kapitału do lub z państw trzecich, gdy dotyczą inwestycji bezpośrednich (art. 64 ust. 2 TFUE). Funktor *zagraniczny* dotyczy wyłącznie stosunków zewnętrznych UE.

W załączniku I do Dyrektywy Rady 88/361/EWG z 24 czerwca 1988 w sprawie wykonania art. 67 Traktatu zdefiniowano inwestycje bezpośrednie jako wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa handlowe, przemysłowe bądź finansowe i które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Pojęcie to należy stąd rozumieć w najszerszym sensie. Przedsiębiorstwa wymienione w pkt. I-1 Załącznika (podrozdział: *Nomenklatura*) obejmują prawnie niezależne przedsiębiorstwa, stanowiące w całości własność jednostki zależnej, oraz oddziały. W odniesieniu do przedsiębiorstw, wymienionych w pkt I-2, które posiadają status spółek akcyjnych, inwestycja o charakterze bezpośrednim występuje, gdy pakiet akcji, będący w posiadaniu osoby fizycznej, innego przedsiębiorstwa lub każdego innego akcjonariusza umożliwia jego posiadaczowi, na mocy przepisów prawa krajowego dotyczącego spółek akcyjnych lub z innego tytułu, rzeczywisty udział w zarządzaniu spółką lub sprawowanie nad nią kontroli. Długoterminowe pożyczki o charakterze udziałowym, wymienione w pkt I-3, oznaczają pożyczki udzielane na okres powyżej pięciu lat w celu ustanowienia lub utrzymania trwałych powiązań gospodarczych. Można tu wymienić przede wszystkim pożyczki udzielane przez spółkę na rzecz jej jednostek zależnych lub spółkom, w których posiada ona swoje udziały i których jest wierzycielem z tytułu udziału w zyskach. Pożyczki udzielane przez instytucje finansowe w celu ustanowienia lub utrzymania trwałych więzów gospodarczych należą również do tej kategorii. Dyrektywa Rady nr 88/361/EWG zalicza do inwestycji bezpośrednich: utworzenie i powiększenie oddziałów bądź nowych przedsiębiorstw należących wyłącznie do osoby wnoszącej kapitał oraz nabycie w całości istniejących przedsiębiorstw; udział w nowym bądź istniejącym już przedsiębiorstwie mający na celu ustanowienie bądź utrzymanie trwałych powiązań gospodarczych; pożyczki długoterminowe mające na celu ustanowienie bądź utrzymanie trwałych powiązań gospodarczych; jak również

reinwestowanie zysków mające na celu ustanowienie bądź utrzymanie trwałych powiązań gospodarczych.¹⁰³

Prawo europejskie nie określa zakresu "trwałego i bezpośredniego zaangażowania". Zakładanie i rozwijanie filii bądź innych form przedsiębiorstw należących do inwestora jest bezproblemowe, bowiem tworzy stan faktyczny, w którym inwestor decyduje o inwestycji w związku z własnością aktywów inwestycyjnych, bez konieczności uwzględniania interesów innych udziałowców.¹⁰⁴ W przypadku zaangażowania w nowe bądź już istniejące spółki akcyjne inwestycję bezpośrednią stanowią udziały umożliwiające sprawowanie rzeczywistego zarząd bądź rzeczywistej kontroli nad spółką. Jest to kryterium natury obiektywnej, choć niestety niedoprecyzowane. W Dyrektywach nr 83/349/EWG i 78/660/EWG określono posiadanie 20% akcji z prawem głosu jako minimalny poziom kontroli decyzyjnej przez akcjonariusza. W art. 3 ust. 1 lit. a) Dyrektywy nr 90/435/EWG zdefiniowano *spółkę dominującą*, jako podmiot dysponujący przynajmniej 25%-owym udziałem w kapitale spółki innego państwa członkowskiego. Dyrektywa stopniowo obniża ten poziom, dopóki nie osiągnie on poziomu 10% zaangażowania kapitałowego. Od dnia 1 stycznia 2009 rzeczywistą kontrolę na spółką zagraniczną stanowi 10%-owy udział w jej kapitale akcyjnym. Nie wykluczone jest jednak sprawowanie przez inwestora rzeczywistej kontroli przy niższym zaangażowaniu w kapitał akcyjny obcej spółki. Może on na przykład skutecznie stosować prawo weta.

Należy zauważyć, iż *bezpośrednie inwestycje zagraniczne* zarówno w prawie pierwotnym w art. 64 ust. 2 i art. 207 ust. 1 zd. 1 TFUE, jak i w prawie wtórnym w szczególności w omówionej Dyrektywie Rady 88/361/EWG są traktowane dość wąsko w związku z przepływami kapitałowymi i nie odnoszą się do bezpośredniego zaangażowania środków trwałych w rozumieniu dwustronnych traktatów inwestycyjnych. Jednakże postulowane niekiedy stosowanie w odniesieniu do regulacji europejskich definicji z BIT, bądź definicji układu GATS¹⁰⁵, którego Unia Europejska jest stroną, wydaje się niewłaściwe. W art. XXVIII lit. d) GATS inwestycje zagraniczne są określane jako każdy rodzaj gospodarczej działalności inwestycyjnej w postaci założenia bądź przejęcia podmiotu

¹⁰³ Dyrektywa Rady 88/361/EWG z 24 czerwca 1988 w sprawie wykonania art. 67 Traktatu; Dz.U. nr 178 z 8 lipca 1988, 5

¹⁰⁴ Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, 2009, 70

¹⁰⁵ Patrz: podrozdział omawiający rozwój europejskiego prawa inwestycyjnego

zależnego w innym państwie członkowskim w celu świadczenia usług. Problematyczny jest jednak w tej definicji zarówno brak funktora *zagraniczny*, jak fakt wyraźnego ograniczenia jej zakresu do świadczenia usług. Z kolei w przypadku BIT każdy traktat ustanawia własną definicję, i jest to czynione *inter partes* dla celów konkretnego stosunku prawnego. TSUE skorzystał w wielu orzeczeniach z definicji dyrektywy 88/361/EWG, podkreślając, iż zawarte w niej kryterium obiektywne odnoszące się do aktywnego wpływu inwestora na zarząd bądź kontrolę podmiotu zagranicznego, stanowi właściwy punkt odniesienia.¹⁰⁶

2.2. Lobbying gospodarczy

Unia Europejska i USA są siedzibą 80 spośród 100 największych korporacji transnarodowych świata,¹⁰⁷ stąd też to w tych regionach gospodarczych wykształciły się najsilniejsze grupy interesu, jak też i najbardziej zaawansowane mechanizmy prawnej regulacji zjawiska lobbingu gospodarczego.¹⁰⁸ Według danych Komisji Europejskiej przy instytucjach europejskich aktywnych jest ok. 3 tys. grup interesu (ok. 10 tys. osób), w tym 450 korporacji, 961 innych organizacji biznesowych i 237 specjalistycznych firm doradczych i kancelarii prawnych.¹⁰⁹ Kategoria korporacji obejmuje w zestawieniu KE zarówno duże koncerny europejskie i pozaeuropejskie (w wydatkach na cele lobbingowe zadeklarowanych do *Transparency Register* za 2014 przodują korporacje transnarodowe z branży naftowej *Exxon Mobil* i *Shell*, a dalej *Microsoft*, *Google*, *Deutsche Bank*, amerykański koncern chemiczny *Dow*, *Siemens* i *Huawei Technologies*)¹¹⁰ jak i stowarzyszenia branżowe biznesu,

¹⁰⁶ Por. Orzeczenie TSUE nr C-446/04 z dnia 12.12.2006 w sprawie *Test Claimants in the FII Group Litigation*

¹⁰⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D*, New York and Geneva, UNCTAD 2005, unctad.org

¹⁰⁸ USA są przy tym zdecydowanym liderem, jeśli chodzi o rozmiary zaangażowania prywatnych grup interesu w działania i procesy decyzyjne własnej administracji rządowej. Według danych z raportu amerykańskiego czasopisma *The Nation* w 2014 było przy amerykańskich instytucjach rządowych zarejestrowanych 12.281 lobbystów, przy czym całkowitą liczbę osób stosujących działania tego typu ocenia się na ponad 100.000. Szerzej nt. lobbingu w USA: Ronald J. Hrebenar, Bryson B. Morgan, *Lobbying in America*, ABC-CLIO, 2009

¹⁰⁹ <https://webgate.ec.europa.eu/transparency/regrin/consultation/statistics.do>

¹¹⁰ <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public>

zrzeszające nie krajowe federacje lecz korporacje (m. in. *Associated British Ports* czy *Chemical Business Association*).¹¹¹

Rozróżnia się dwie zasadnicze strategie kontrolowanego oddziaływania grup interesu na sfery rządzące: lobbying wewnętrzny (*inside lobbying*), polegający na bezpośrednich próbach wywierania wpływu na proces legislacyjny i decyzyjny (*advocacy*), oraz lobbying zewnętrzny (*outside lobbying*), którego głównym celem jest mobilizacja obywateli (przy użyciu wyrafinowanych technik z zakresu *public relations* i marketingu medialnego) dla wywierania skutecznej presji na polityków.¹¹² W odróżnieniu od lobbyngu międzynarodowego, skierowanego do państw jako decydentów w stosunkach bilateralnych, lobbying o charakterze transnarodowym charakteryzuje się tym, iż grupy interesu są aktywne na szczeblu ponadnarodowym i w wielu państwach jednocześnie, lecz zwykle nie jest skierowany bezpośrednio do rządów tych państw.¹¹³ W warunkach dominującego w Europie neoinstytucjonalizmu i zarządzania wielopoziomowego zadaniem lobbujących podmiotów jest wywieranie pożądanego przez interesariuszy wpływu na decyzje polityków, przede wszystkim na szczeblu Komisji Europejskiej i Parlamentu Europejskiego. Choć to w KE zapadają strategiczne decyzje kształtujące politykę europejską, to PE był pierwszą europejską instytucją, która w 1989 rozpoczęła prace nad prawnym uregulowaniem lobbyngu, głównie z tego względu, iż parlamentarzyści w dążeniu do skutecznej realizacji polityki oddolnej (*grass-root politics*) i budowania własnego wizerunku byli (wobec braku specjalistycznego doradztwa parlamentarnego) skazani na pozyskiwanie wiedzy eksperckiej w kręgach prywatnych grup interesu.¹¹⁴

W komunikacie pn. Otwarty i zorganizowany dialog między Komisją a specjalnymi grupami interesu (1992) KE zdefiniowała *lobbying* jako "wszelkie działania podejmowane w celu wywarcia wpływu na kształtowanie polityki i procesy decyzyjne instytucji

¹¹¹ Urszula Kurczewska, *Lobbying i Grupy Interesu w Unii Europejskiej. Proces Konsolidacji Systemu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011, 93ff

¹¹² Szerzej: Ken Kollman, *Outside Lobbying: Public Opinion and Interest Group Strategies*, Princeton University Press 2008

¹¹³ Polly J. Diven, *Interest Groups in International and Transnational Politics*, in: Clive S. Thomas, *Research Guide to the U.S. and International Interest Groups*, 341ff

¹¹⁴ Thomas Schaber, *The Regulation at the European Parliament. The Quest for Transparency*, in: P.H.Claeys (et al., ed), *Lobbying, Pluralism and European Integration*, PIE-EIP, Brussels 1998, 211

europejskich".¹¹⁵ W komunikacie pn. Europejska inicjatywa na rzecz przejrzystości (*European Transparency Initiative, ETI*) KE potwierdziła szeroką definicję lobbingu, precyzując, iż do działań objętych definicją zalicza: kontaktowanie się z członkami i pracownikami instytucji UE, opracowywanie, rozpowszechnianie i przekazywanie korespondencji, materiałów informacyjnych, uzasadnień i dokumentów przedstawiających określone stanowisko, organizowanie imprez, spotkań lub działań promocyjnych (w biurach lub innych miejscach) wspierających cele promowane przez daną grupę interesu, a także działania w ramach formalnych konsultacji w sprawie wniosków legislacyjnych oraz innych otwartych konsultacji. Z zakresu przedmiotowego wykluczono aktywności polegające na doradztwie prawnym i specjalistycznym, o ile dotyczyłyby one podstawowego prawa klienta do sprawiedliwego procesu (w tym prawa do obrony w postępowaniu administracyjnym), a także działalność partnerów społecznych w ramach konsultacji społecznych oraz działania w odpowiedzi na bezpośrednie wezwanie Komisji.¹¹⁶

Komisja odniosła się pozytywnie do roli grup interesu w procesie legislacyjnym jako źródła wiedzy i ważnego partnera konsultacji społecznych, wykluczając tym samym konotacje negatywne.¹¹⁷ Czynniki ryzyka, związane z próbami uzyskania nadmiernego wpływu na polityków i pracowników instytucji europejskich, zwłaszcza ryzyko korupcji, zostały również dostrzeżone i uwzględnione nie tylko w kodeksach dobrych praktyk administracyjnych i pracowniczych, ale i w prawie pierwotnym UE. Zgodnie z art. 245 TFUE członkowie Komisji mają obowiązek powstrzymania się od wszelkich czynności niezgodnych z charakterem ich funkcji. Ponadto nie mogą, podczas pełnienia swych funkcji, wykonywać żadnej innej zarobkowej lub niezarobkowej działalności zawodowej, a także są zobowiązani, w trakcie i po zakończeniu pełnienia funkcji, "do uczciwości i roztropności przy obejmowaniu pewnych stanowisk lub przyjmowaniu pewnych korzyści po zakończeniu funkcji".¹¹⁸

¹¹⁵ European Commission Release, *An Open and Structured Dialogue between the Commission and Special Interest Groups*, 93/C63/02

¹¹⁶ Komisja Europejska, Komunikat pn. *Europejska inicjatywa na rzecz przejrzystości. Zasady dotyczące stosunków z przedstawicielami grup interesu (rejestr i kodeks postępowania)*, COM(2008)323, 27.05.2008

¹¹⁷ U. Kurczewska, op. cit., 405

¹¹⁸ TFUE, art. 245 (dawny art. 213 TWE)

Pierwszym etapem formalizacji i kontroli kontaktów Komisji Europejskiej z grupami interesów było stworzenie w 2001 bazy danych interesariuszy CONECCS. Rejestracja podmiotów lobbujących miała charakter dobrowolny i służyła głównie celom informacyjnym na temat najaktywniejszych grup interesów, w tym zwłaszcza lobby korporacyjnego - interesariuszy stosujących najskuteczniejsze formy nacisku. W związku z tym, iż najbardziej wpływowe organizacje lobbujące (jak np. *European Round Table - ERT*, czy *Trans-Atlantic Business Dialogue - TABT*) pozostały poza bazą CONECCS, KE zaproponowała w 2005 wspomnianą wyżej Europejską inicjatywę na rzecz przejrzystości (ETI), zmierzającą do zwiększenia przejrzystości funkcjonowania grup interesu działających w otoczeniu instytucjach europejskich, przy jednoczesnym zwiększeniu dostępności do tych instytucji. ETI składa się z trzech zasadniczych elementów: dostępnego dla opinii publicznej rejestru dla grup interesu, kodeksu postępowania oraz systemu kontroli i sankcji.¹¹⁹

Wpisując się do rejestru lobbysta jest zobowiązany przestrzegać kodeksu postępowania, na który składa się szereg podstawowych obowiązków, w tym w szczególności ujawnianie danych identyfikujących grupę interesu i jej członków, ujawnianie danych o klientach i interesach będących przedmiotem reprezentacji, nie uzyskiwanie informacji ani decyzji w sposób nieuczciwy, nie nakłanianie pracowników instytucji UE do naruszania obowiązujących ich zasad i norm postępowania. Każdy, kto stwierdzi naruszenie kodeksu postępowania przez grupę interesu wpisaną do rejestru, ma prawo złożyć skargę do KE, mogącą skutkować zawieszeniem wpisu bądź wykreśleniem z rejestru w postępowaniu administracyjnym, przy zachowaniu zasady proporcjonalności i zachowaniu prawa do obrony. Stwierdzenie naruszenia obowiązków wynikających z kodeksu postępowania wymaga przeprowadzenia dowodu.¹²⁰

Dla zwiększenia skuteczności i lepszej koordynacji działania grupy interesu łączą się w szersze platformy współpracy, takie jak *Pan-European Stockholm Network* - organizacja skupiająca 120 europejskich zespołów ekspertów (*think tanks*), która stawia sobie za cel deregulację jednolitego rynku. Jeszcze kilkanaście lat temu *think tanks* oferowały usługi analityczne i promocyjne instytucjom publicznym, jednak dziś ich głównymi klientami są

¹¹⁹ U. Kurczewska, op. cit., 421

¹²⁰ Komisja Europejska, Komunikat pn. *Europejska inicjatywa na rzecz przejrzystości. Zasady dotyczące stosunków z przedstawicielami grup interesu (rejestr i kodeks postępowania)*, SEC(2008) 1926, COM(2008)323, 27.5.2008

korporacje, dla których wykonują kompleksowo kampanie lobbingowe. Ze względu na nieprzejrzystość źródeł ich finansowania oraz pozostawanie zwykle poza systemem ETI stały się one poważnym wyzwaniem dla instytucji europejskich. Podmioty lobbujące na rzecz korporacji i stowarzyszeń branżowych zostały zobligowane do ujawniania szacunkowych kosztów lobbingu bezpośredniego prowadzonego przez nie w instytucjach UE, natomiast *think tanks* mają obowiązek wskazać główne źródła finansowania. Dla przykładu, zespół ekspertów *TechCentralStation* jest finansowany ze wspólnego funduszu korporacji *Microsoft*, *Exxon Mobil* i *McDonald's*; uchodzi on przy tym za wyjątkowo uprzywilejowaną grupę interesu, mającą stały dostęp do posłów Parlamentu Europejskiego i do pozostałych głównych ośrodków władzy UE.¹²¹

W USA, państwie tradycyjnie utożsamianym z powstaniem idei lobbingu gospodarczego, regulacje związane z lobbingiem występują na poziomie stanowym i federalnym. Ustawa federalna *Lobbying Disclosure Act* z 1995, definiuje działalność lobbingową jako kontakty (i wysiłki na rzecz takich kontraktów) obejmujące czynności przygotowawcze i planowanie, badania i prace podstawowe podejmowane w momencie ich przeprowadzania, z intencją wykorzystania w kontaktach, oraz ich koordynowanie z działaniami lobbystycznymi innych osób. Uzupełnienie stanowi charakterystyka legalna kontaktu lobbingowego, za jaki należy uznać każde ustne bądź pisemne przekazywanie wiadomości urzędnikowi władzy wykonawczej bądź stawodawczej dokonywane w imieniu klienta w związku ze sformułowaniem, zmianą lub przyjęciem ustawodawstwa federalnego, stanowiska Rządu Stanów Zjednoczonych, z kierowaniem lub wykonaniem programu lub polityki federalnej lub z mianowaniem lub zatwierdzeniem danej osoby na stanowisko wymagające zatwierdzenia przez Senat.¹²²

W świetle prawa polskiego, zgodnie z art. 2 ustawy o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa,¹²³ działalność lobbingową stanowi każde działanie prowadzone metodami prawnie dozwolonymi, którego celem jest wywarcie wpływu na organy władzy publicznej w procesie stanowienia prawa. Ustawodawca wyznaczył zatem szeroki zakres

¹²¹ U. Kurczewska, op. cit., 421

¹²² Ustawa z 1995 r. o ujawnianiu lobbingu, w: Zeszyty Prawnicze Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu 1(5) I-III, 2005, 140f

¹²³ Ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1414

znaczeniowy, a dodatkowo dopuścił otwarty katalog czynności mogących spełniać kryteria definicyjne. Wzorem krajów anglosaskich, za działania lobbingowe uznaje się nie tylko czynności mające w zamierzeniu wpływać na proces stanowienia prawa, ale także na stosowanie prawa w sprawach indywidualnych, takich jak mianowanie na określone stanowisko czy zawarcie umowy. Poza zakresem definicyjnym ustawy znalazły się zatem m.in. czynności związane z przyznawaniem przywilejów z tytułu koncesji, gwarancji czy dotacji państwowych, a także z zawieraniem umów, których stroną byłby Skarb Państwa bądź jednostka samorządu terytorialnego jako organ władzy publicznej.¹²⁴

3. Źródła prawa

3.1. Prawo krajowe

Prawo krajowe jest przede wszystkim prawem właściwym dla wykonywania umów inwestycyjnych i rozstrzygania sporów w związku z zarzutami naruszenia tych umów. Zazwyczaj spółki kontrolowane przez inwestora zagranicznego mają formę prawną przewidzianą w przepisach prawa lokalnego i w oparciu o nie działają. W przypadku sporu korporacji transnarodowej z państwem przyjmującym prawo krajowe może mieć znaczenie zarówno jako punkt odniesienia w rozważaniach trybunału arbitrażowego (jako fakt prawny, czyn zabroniony bądź okoliczność egzoneracyjna) bądź też jako prawo właściwe dla rozstrzygania sporu co do *meritum*. Dodatkowo, państwo wybrane przez strony umowy na siedzibę arbitrażu ma jurysdykcję w odniesieniu do ważności i zakresu klauzuli arbitrażowej, do wyboru procedury arbitrażowej, a także w kwestii uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego, co zbiorczo określa się mianem *lex loci arbitri*.

¹²⁴ Szerzej: Paweł Kuczma, *Definicja lobbingu według ustawy z 7 lipca 2005*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, LXIX, Zeszyt 4, 2007

3.1.1. Regulacyjna rola prawa krajowego na przykładzie prawa konkurencji

Państwo, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju, jest zobowiązane zapewnić wolności oraz prawa człowieka i obywatela, dbając przy tym o ochronę środowiska i spuściznę narodową.¹²⁵ Wobec braku odmiennych wskazówek konstytucyjnych przyjmuje się, iż obowiązek regulacyjny państwa dotyczy zarówno stosunków wewnętrznych, jaki i zewnętrznych. Konstytucyjne gwarancje praw człowieka wyznaczają nieprzekraczalne granice sprawowania przez państwo władzy publicznej.¹²⁶ Dochodząc do przekonania, iż właściwym dla wykonywania władzy publicznej będzie przystąpienie do organizacji międzynarodowej skuteczniej realizującej zadania publiczne, państwo członkowskie jest skłonne przekazać tej organizacji określone kompetencje władcze, a następnie implementować do swego prawodawstwa wskazane regulacji. Zgodnie z art. 3 ust. 3 TUE Unia Europejska tworzy warunki dla społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności,¹²⁷ a państwa członkowskie są zobowiązane działać w poszanowaniu otwartej gospodarki rynkowej, której zasadniczym atrybutem jest wolna konkurencja i efektywna alokacja zasobów (art. 120 TFUE). Dla osiągnięcia tego celu państwa członkowskie koordynują ściśle swoją politykę gospodarczą z UE (art. 119 TFUE). Cel gospodarczy powinien zostać osiągnięty poprzez ustanowienie rynku wewnętrznego (art. 26 ust. 1 TFUE), obejmującego obszar pozbawiony granic wewnętrznych, z gwarancjami swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału (art. 26 ust. 2 TFUE).

Bezpośrednim celem istnienia UE jest ochrona interesów gospodarczych państw członkowskich i zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów, a także ochrony ich interesów gospodarczych, co wynika z art. 169 TFUE. Zasadniczym celem polityki gospodarczej UE jest zatem wolna konkurencja, a dobrobyt konsumenta zależy pośrednio od

¹²⁵ Art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 Nr 78, poz. 483

¹²⁶ Krzysztof Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, 54

¹²⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 3 TUE UE ustanawia rynek wewnętrzny działając na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska; wspiera postęp naukowo-techniczny; zwalcza wykluczenie społeczne i dyskryminację oraz wspiera sprawiedliwość społeczną i ochronę socjalną, równość kobiet i mężczyzn, solidarność między pokoleniami i ochronę praw dziecka.

wolnej konkurencji i swobody konkurowania przedsiębiorców.¹²⁸ Podstawowe zasady europejskiej polityki konkurencji zostały określone w art. 101 i 102 TFUE. Zgodnie z art. 101 ust. 1 zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorcami mogące wpływać na handel między państwami członkowskimi, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. Art. 102 TFUE zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku wewnętrznym w związku ze stwarzaniem „niekorzystnych warunków konkurencji”.¹²⁹ Dodatkowo materię tę regulują przepisy prawa pochodnego, w szczególności rozporządzenie Rady nr 139/2004 z 20.1.2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i rozporządzenie Rady nr 1/2003 z 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu z Maastricht.¹³⁰

Przepisy obowiązujące w państwach członkowskich nie mogą naruszać podstawowych zasad funkcjonowania rynku wewnętrznego, tj. swobody przepływu towarów, swobody świadczenia usług czy swobody przedsiębiorczości. Dla zasad uczciwej konkurencji istotne znaczenie ma zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE), a także niektóre przepisy Karty Praw Podstawowych (art. 6 TUE). Zabronione są również ograniczenia ilościowe i stosowanie środków równoważnych w eksporcie i imporcie między państwami członkowskimi (art. 34-36 TFUE). Trybunał Sprawiedliwości UE interpretuje przepisy w oparciu o własne orzeczenia w sprawach *Dassonville*,¹³¹ *Cassis de Dijon (Rewe-Zentral)*¹³² i *Keck*.¹³³ Ponadto, szczególnie zabronione są praktyki mylące i agresywne,

¹²⁸ Marian Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, tom XV, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013, 12

¹²⁹ Art. 37 TFUE nakazuje dodatkowo taką organizację wewnętrznych monopolii państwowych o charakterze handlowym dostosować do reguł rynku wewnętrznego.

¹³⁰ Szerzej: T. Skoczny A. Jurkowska-Gomułka, *Wspólne reguły konkurencji*, XXIV-9 do XXIV-13

¹³¹ Wyrok ETS nr 8/74 z 11.7.1974 w sprawie *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*. Ze sprawy *Dassonville* wynika, że przepisy dotyczące nieuczciwej konkurencji *sensu largo* mogą być zakwalifikowane jako środki równoważne do ograniczeń ilościowych w handlu towarami między państwami członkowskimi. W sprawie chodziło o wymóg przedstawienia świadectwa pochodzenia whisky przywiezionej przez importera do Belgii z Francji. We Francji takie świadectwo nie było wymagane, toteż belgijski importer nie mógł go przedstawić, co stanowiło faktyczną przeszkodę w imporcie whisky do Belgii.

¹³² Wyrok ETS nr 120/78 z 20.2.1979 w sprawie *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. W orzeczeniu w sprawie *Cassis de Dijon* ETS proklamował zasadę prawa państwa pochodzenia jako przesądzającego o tym, czy towary wytworzone w jednym z państw UE mogą swobodnie krążyć na terytorium innych krajów. W sprawie chodziło o zakaz importu do Niemiec francuskiego likieru *Cassis de Dijon*, który zawierał tylko 15 do 20% alkoholu i z tego względu nie odpowiadał przepisom przewidującym, iż likier musi

zgodnie z art. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE z 11.5.2005 dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Dla ujednolicenia zasad ograniczających praktyki nieuczciwej konkurencji względem konsumentów w całej UE w powyższej dyrektywie zawarto wykaz praktyk zakazanych w każdych okolicznościach. W tym kontekście należy wspomnieć również dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE z 12.12.2006 w sprawie reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, czy też rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1924/2006 z 20.12.2006 dotyczącej zasad znakowania żywności.

W warunkach polskich Konstytucja RP nie odnosi się wprost bezpośrednio do zasady wolności konkurencji ani do zasady ochrony konkurencji rynkowej, jednakże akceptacja dla przestrzegania tych zasad wynika pośrednio z art. 20 KRP, statuującego zasadę społecznej gospodarki rynkowej jako podstawę ustroju gospodarczego państwa. Społeczna gospodarka rynkowa jest systemem gospodarczym, w którym państwo stawia się w roli arbitra interweniującego w reguły wolnego rynku jedynie dla wykonywania zadań społecznych, których instytucje wolnego rynku nie są w stanie ze względu na swą

zawierać minimum 25% alkoholu. Takie postanowienia prawa niemieckiego stosowane do likieru z Francji zostały uznane za naruszające art. 36 TFUE i w konsekwencji towar wytworzony według reguł kraju pochodzenia powinien swobodnie krążyć także we wszystkich krajach UE. Zasada ta była wielokrotnie potwierdzana w orzeczeniach Trybunału, zwłaszcza we wcześniejszym orzeczeniu dotyczącym tzw. nakazu czystości piwa. Jednak proklamując zasadę kraju pochodzenia, Trybunał dopuścił ograniczenia w przepływie towarów niewynikające z art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE), o ile są one konieczne dla realizacji wymogów imperatywnych (mandatory requirements), wynikających m.in. z zasad uczciwości w transakcjach handlowych lub ochrony konsumentów. Ocena, czy chodzi o wymogi konieczne, zostaje zostawiona sądom krajowym, ale niewątpliwie musi być dokonywana w świetle ustawodawstwa UE, nie może wynikać z zamiaru dyskryminowania towarów pochodzących z innych krajów i musi uwzględniać zasadę proporcjonalności.

¹³³ Wyrok TSUE z 24.11.1993 w połączonych sprawach C-267/91 i C-268/91, postępowanie karne przeciwko *Keck i Mithouard*. Orzeczenie w sprawie *Keck* wprowadziło dalsze ograniczenia swobody przepływu towarów niewynikające z art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE). Wyrok ten nawiązuje do wcześniejszych orzeczeń dotyczących dopuszczalności zakazów handlu towarami w niedzielę. W sprawie *Keck* chodziło o dopuszczalność sprzedaży towarów ze stratą w warunkach handlu towarami w przygranicznych miejscowościach Francji i Niemiec. We Francji istniał zakaz sprzedaży poniżej kosztów zakupu, a w Niemczech takiego zakazu nie było, co wpływało niekorzystnie na interesy francuskich sprzedawców. Domagali się oni uznania tych zakazów za sprzeczne z art. 28 i 29 TWE (obecnie art. 34 i 35 TFUE). Trybunał jednak uznał, że takie zakazy mogą być utrzymane, gdy dotyczą zasad sprzedaży (*selling arrangements*) towarów, które to zasady są stosowane do wszystkich handlowców działających na terenie danego kraju bez różnicy, czy chodzi o towary krajowe, czy pochodzące z innych państw członkowskich UE. Od zasad sprzedaży towarów należy natomiast odróżnić wymogi odnoszące się do wytwarzania i prezentowania towarów (*product requirements*), które są objęte przepisami art. 28 i 29 TWE (obecnie art. 34 i 35 TFUE). Odróżnienie od reguł odnoszących się do zasad sprzedaży nie jest łatwe i ciągle przysparza trudności organom krajowym.

merkantylną naturę wykonać. Przestrzegając zasad społecznej gospodarki rynkowej (takich jak w szczególności wolność gospodarcza, własność prywatna, czy solidarność i współpraca partnerów społecznych) państwo nie może się uchylić od wykonywania innych zadań publicznych, które realizuje na drodze ustawowej. Z punktu widzenia przedsiębiorcy wolność gospodarcza oznacza przede wszystkim swobodę zawierania umów oraz prowadzenia (w tym podejmowania i kończenia) działalności gospodarczej w zasadniczo swobodnie wybranej formie prawnej.¹³⁴ Warunkiem koniecznym rzeczywistej wolności gospodarczej jest równość przedsiębiorców w warunkach wolnej konkurencji, której zasady określa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Zasada ochrony własności (art. 21 Konstytucji RP) obejmuje wszystkie formy i typy własności, podkreślając szczególną rolę własności prywatnej.¹³⁵

Obowiązująca w Polsce ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 (OKiKU),¹³⁶ wyznacza obszar ochrony konkurencji przed praktykami ograniczającymi konkurencję i antykonkurencyjnymi koncentracjami, czyniąc to w interesie publicznym (art. 1 ust. 1). Konkurencja, jako dobro ogólne, godne i wymagające ochrony, podlega takiej ochronie zarówno jako proces współzawodnictwa rynkowego samodzielnych podmiotów, jak i jako mechanizm regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców dla maksymalnej efektywności ekonomicznej (alokacyjnej/inwestycyjnej, produkcyjnej, dynamicznej bądź innowacyjnej).¹³⁷ Przesłanka interesu publicznego¹³⁸ odnosi się w dotychczasowym orzecznictwie do naruszenia reguł antymonopolowych. Sąd Najwyższy w wyroku SN III SK 40/07 stwierdził, iż "ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni (...) istnienie mechanizmu konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny." W ocenie doktryny ultymatywnym celem prawa ochrony konkurencji, a jednocześnie

¹³⁴ Wolność gospodarcza jest w Polsce zasadą konstytucyjną (art. 20 KRP), znajdującą odzwierciedlenie w ustawodawstwie zwykłym, w szczególności w art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2 lipca 2004. Normy prawa krajowego nie mogą naruszać odnośnych norm traktatowych, w szczególności art. 49 i 56 TFUE, gwarantujących na obszarze Wspólnoty swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług.

¹³⁵ Szerzej: M. Kępiński (op. cit.) w rozdziale I: *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*

¹³⁶ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.2.2007, Dz. U. nr 50 poz. 331

¹³⁷ Tadeusz Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2014, 45

¹³⁸ *Interesem publicznym* jest zgodnie z orzecznictwem Sądu Antymonopolowego chroniony prawem publicznym interes ogólnospołeczny (interes ogółu), w odróżnieniu od interesu prywatnego (interesu indywidualnego, interesu jednostki) chronionego prawem prywatnym (patrz: wyrok Sądu Antymonopolowego z 24.1.1991, XV Amr 8/90, Wok. 1992 nr 2 s.39).

"materialnoprawnym interesem publicznym" jest zaspokajanie potrzeby dobrobytu konsumentów poprzez przeciwdziałanie takim strategiom działania przedsiębiorców, które nie są oparte na efektywności ekonomicznej.¹³⁹

3.1.2. Właściwość prawa krajowego dla dochodzenia roszczeń

Strony mogą rzecz jasna odwołać się do prawa krajowego jako właściwego dla wiążącego je stosunku prawnego w związku z zawarciem kontraktu inwestycyjnego. Zazwyczaj powołują się wprost na klauzulę prawa właściwego, wskazującą na porządek prawny, zgodnie z którym kontrakt jest wykonywany. Niekiedy kontrakt odsyła do reguł kolizyjnych prawa międzynarodowego prywatnego. Co do zasady strony są swobodne w wyborze reżimu prawnego, który uznają za najkorzystniejszy dla ochrony ich praw i interesów.¹⁴⁰ Doktryna jest zgodna, iż spór między stronami umowy inwestycyjnej może być rozstrzygany w oparciu o przepisy systemu prawnego nie związanego z wykonywaniem tej umowy. Oczywiście, jeśli kontrakt inwestycyjny nie zostanie umiędzynarodowiony, wówczas prawem właściwym dla rozstrzygania sporu pozostaje prawo państwa przyjmującego. Nie wpływa to na skuteczność postanowienia stron umawiających się na łączenie jurysdykcji rzeczowej różnych porządków prawnych w odniesieniu do oceny wykonywania konkretnych zobowiązań, jak to przykładowo miało miejsce w sprawie *Channel Tunnel przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Francji*.¹⁴¹

Zazwyczaj też porządek prawny państwa przyjmującego nie jest jedynym właściwym reżimem dla rozstrzygania sporów inwestycyjnych w oparciu o konwencję waszyngtońską. Zgodnie z art. 42 ust. 1 konwencji ICSID w przypadku braku odnośnego postanowienia

¹³⁹ Alistair Lindsay (*European Community Merger Regulation: Substantive Issues*, 2006) wyszczególnia w kontekście korelacji efektywności ekonomicznej z dobrobytem konsumentów trzy możliwe cele ultymatywne prawa i polityki konkurencji: dobrobyt/interes jednostkowy konsumentów (*consumer welfare*; dobrobyt odzwierciedlony niskimi cenami, wysoką jakością i szerokim asortymentem); dobrobyt/interes ogólny (*total welfare*; wyrażający się dodatkowo zabezpieczeniem interesów producentów); oraz efektywność/wydajność (*efficiency*).

¹⁴⁰ Por. przykładowo orzeczenia arbitrażowe w sprawach *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, czy *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15

¹⁴¹ *The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. the Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain*, Award, 30 January 2007

umownego trybunał arbitrażowy powinien stosować prawo państwa strony kontraktu (wraz z jego regulacjami kolizyjnymi) w połączeniu z prawem międzynarodowym w takim zakresie, w jakim zdaniem trybunału prawo międzynarodowe znajdzie zastosowanie.¹⁴² Trybunały ICSID nie hierarchizują przy tym relacji między prawem krajowym a międzynarodowym. W orzeczeniu w sprawie *Antoine Goetz przeciwko Burundi* powołano zasadę komplementarności, zastosowaną w szeregu innych orzeczeń.¹⁴³ Trybunał doszedł przy tym do wniosku, iż w przypadku konfliktu normatywnego między właściwymi porządkami prawnymi należy kierować się kryterium większej przychylności wobec inwestora.¹⁴⁴

W sytuacji wyboru prawa państwa przyjmującego inwestycję jako jedyne prawa właściwego dla rozstrzygania ewentualnych sporów w związku z realizacją tej inwestycji strona państwowa jeszcze wyraźniej akcentuje swoją prezencję w dwóch rolach: *acta de iure gestionis* (jako wykonawca postanowień prywatnoprawnej umowy z inwestorem zagranicznym) i *acta de iure imperii* (jako wykonawca władzy publicznej, w tym stanowienia prawa i wymiaru sprawiedliwości). W przypadku mniej stabilnych systemów polityczno-prawnych rodzi się pokusa wykorzystywania uprawnień władczych na niekorzyść inwestora. Stąd też pomysł klauzul stabilizacyjnych, uniemożliwiających państwu dokonywanie niekorzystnych dla inwestora zmian we własnym ustawodawstwie. Nie można odmówić zagranicznym korporacjom prawa do zabezpieczania się przed nieuprawnionymi działaniami państwa przyjmującego, jednak obecność tych klauzul w kontraktach w połączeniu z przychylnym korporacjom orzecznictwem sprawia, iż to państwo staje się stroną pokrzywdzoną w związku z istotnym ograniczeniem możliwości wykonywania władzy publicznej.¹⁴⁵ W sprawie *MINE przeciwko Gwinei* trybunał uznał wprowadzić właściwość prawa krajowego, jednak ograniczył ją zastrzeżeniem, iż prawo krajowe nie może być mniej

¹⁴² Article 42 (1) ICSID: "*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*"

¹⁴³ Por. decyzja dot. unieważnienia wyroku w sprawie *Wena Hotels Ltd. v. Arab Rep. of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment Proceeding, 5 February 2002

¹⁴⁴ *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, Award (Embodying the Parties' Settlement Agreement) of February 10, 1999, ICSID Case No. ARB/95/3, par. 96

¹⁴⁵ Szerzej na temat klauzul stabilizacyjnych w: Przemysław Kosiński, *Rola prawa krajowego w międzynarodowych sporach inwestycyjnych*, Studia Iuridica Toruniensia, Tom VIII, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika, 2010

korzystne dla inwestora niż postanowienia kontraktowe, do których zaliczył obowiązek przestrzegania przez państwo klauzuli stabilizacyjnej.¹⁴⁶

Odnosząc się do relacji między prawem krajowym i prawem europejskim a prawem międzynarodowym należy zauważyć, iż większość ustaw zasadniczych państw członkowskich UE zawiera zobowiązanie do przestrzegania prawa międzynarodowego. Państwa członkowskie mogą swobodnie dysponować prawem właściwe, przy czym należy pamiętać, iż wobec konieczności wykonywania umów międzynarodowych wyznaczenie prawa krajowego jako jedynie właściwego nie będzie oznaczać wyłączenia norm międzynarodowych. Dodatkowo korporacje transnarodowe mają prawną możliwość lobbystycznego wpływania na działania organów Unii Europejskiej, która z kolei dysponuje instrumentami oddziaływania na zachowania państw członkowskich w odniesieniu do wykonywania umów inwestycyjnych z tymi korporacjami, choćby w drodze nadzoru nad stosowaniem prawa obowiązującego powszechnie na obszarze UE, poprzez mechanizm harmonizacji prawodawstw w stosunkach wewnętrznych, czy też w związku z zawieraniem nowych traktatów inwestycyjnych, do czego UE ma kompetencję wyłączną w ramach wspólnej polityki handlowej.

Należy dodać, iż nie tylko prawo państwa przyjmującego może być prawem krajowym właściwym dla rozstrzygania sporu inwestycyjnego z udziałem korporacji transnarodowych. Większość regulaminów arbitrażowych powołuje państwo siedziby arbitrażu jako właściwe dla określenia ważności i zakresu klauzuli arbitrażowej bądź kompromisowej, dla wyznaczenia procedury rozjemczej, jak też dla uznania i wykonania orzeczenia. Jurysdykcja państwa arbitrażu (*lex loci arbitri*) nie może jednak kolidować z prawnomiędzynarodową zasadą zewnętrznej suwerenności państwowej, zabraniającą orzekania przez organy sądownicze jednego państwa o prawach i obowiązkach innego państwa (*par in parem non habet iurisdictionem*). Niektóre regulaminy arbitrażowe, jak np. *UNCITRAL Arbitration*

¹⁴⁶ Decyzja w sprawie wniosku o częściowe uchylenie wyroku w sprawie *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea* (Guinea), Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award dated January 6, 1988 in the above matter, Rendered by the Ad Hoc Committee on December 14, 1989, Case ARB/84/4

Rules, przewidują, iż ze względu na korzyści procesowe prawo wewnętrzne państwa arbitrażu ma pierwszeństwo przed regułami prawa międzynarodowego.¹⁴⁷

3.1.2. Prawo krajowe jako przesłanka procesowa

Od czasu wyroku STMS w sprawie pewnych interesów niemieckich na polskim Górnym Śląsku w międzynarodowym orzecznictwie inwestycyjnym traktuje się prawo krajowe jako dowód konkretnego zachowania państwa przyjmującego w stosunku do inwestora zagranicznego, nie jako źródło prawa. Zdaniem ówczesnie rozstrzygającego trybunału "prawa krajowe są niczym więcej niż faktami wyrażającymi wolę państw i stanowiącymi przesłanki ich działań (...)".¹⁴⁸ Ponadto trybunał doszedł do przekonania, iż prawo krajowe powinno być przedmiotem badania nie jako takie, lecz co do jego zgodności z prawem międzynarodowym, tj. w tym przypadku co do zgodności polskiej ustawy wyłączeniowej z Konwencją Genewską.¹⁴⁹ Trybunał stwierdził zatem, iż prawo krajowe należy traktować jako przesłankę procesową, czy to w postaci faktu prawnego, czy to czynu zabronionego w rozumieniu prawa międzynarodowego. Trybunał nie wykluczył przy tym uznania okoliczności egzoneracyjnych w związku z prowadzoną procedurą wyłączenia majątków przedsiębiorców niemieckich przez władze polskie, o ile zostaną spełnione wymogi zawarte rozdziale III Konwencji Genewskiej.¹⁵⁰

Uznanie prawa krajowego za element stanu faktycznego wymaga przeprowadzenia dowodu, którego celem byłoby określenie mocy normatywnej i wpływu określonej regulacji prawnej na status inwestora, i w rezultacie ustalenie znaczenia tego faktu dla rozstrzygnięcia sporu. Trybunały ograniczają się najczęściej do ustalenia, czy przepisy zostały wprowadzone

¹⁴⁷ UNCITRAL Arbitration Rules as adopted 2013, Section I, *Introductory Rules*

¹⁴⁸ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, 1926 PCIJ (ser. A) No. 7, at 19 ("From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.")

¹⁴⁹ *Ibidem*, 19: "The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention."

¹⁵⁰ *Ibidem*, 21

należycie ("*duly entered into*"), jak w sprawie *Koncesji Jerozolimskich Mavromatisa*.¹⁵¹ Jeżeli prawo krajowe zostanie uznane na fakt podlegający ocenie w świetle norm prawa międzynarodowego, może mieć to istotne znaczenie choćby dla akceptacji istnienia u inwestora uzasadnionych oczekiwań i w związku z tym możliwości skutecznego powołania się na traktatową klauzulę *fair and equitable treatment*. Elementem stanu faktycznego jest ustalenie pierwotnego tytułu wyłączonej własności, od czego uzależnia się odpowiedzialność państwa za ewentualne naruszenie prawa traktatowego bądź zwyczajowego.¹⁵²

Możliwość uznania aktu prawa krajowego za czyn zabroniony w rozumieniu art. 12 *Draft Articles* Komisji Prawa Międzynarodowego¹⁵³ już przez sam fakt jego wydania została potwierdzona w wielu orzeczeniach, poczynając od wyroku w sprawie *Texaco Oil* przeciwko Libii.¹⁵⁴ Część traktatów inwestycyjnych dopuszcza stanowanie aktów prawa krajowego, o ile zapewnione zostaną inwestorowi skuteczne środki prawne w zakresie dochodzenia i egzekwowania swoich praw. Przykładem takiego rozwiązania jest art. 10 ust. 12 Traktatu Karty Energetycznej. Zdaniem trybunału orzekającego w sprawie *AMTO przeciwko Ukrainie*, aby nie naruszyć zobowiązania zawartego w tym przepisie, państwo przyjmujące musi działać w oparciu o obowiązujące i zgodne z konstytucją przepisy w odniesieniu do uznawania i korzystania z prawa własności i praw wynikających z kontraktu, zapewniające przy tym efektywny środek dochodzenia i egzekucji roszczeń.¹⁵⁵ Wydaje się przy tym, iż nie ma zasadniczego znaczenia, czy państwo przyjmujące dokonało aktu władczego o skutku

¹⁵¹ Orzeczenie SMTS w sprawie *Mavromatis Jerusalem Concessions*, Judgement of 26 March 1925, 1925 PCIJ (ser. A) No. 5, at 29

¹⁵² M. Jeżewski, op. cit., 30

¹⁵³ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries* - projekt Konwencji o odpowiedzialności państw za czyny zabronione w prawie międzynarodowym, opracowany przez Komisję Prawa Międzynarodowego, United Nations 2008, legal.un.org

¹⁵⁴ Orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, YCA 1979, at 177 et seq., 62 ILR 141

¹⁵⁵ Orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, par. 87

wyłączeniowym wymierzonego w określonego inwestora, czy akt ten miał charakter mniej lub bardziej powszechny.¹⁵⁶

Należy ponadto zwrócić uwagę, iż fakt uznania prawa krajowego za czyn zabroniony bądź nie, ma wpływ na jurysdykcję trybunału. Zgodnie z częścią traktatów i regulaminów arbitrażowych, aby określone zachowanie państwa mogło być badane pod kątem wpływu na prawa i interesy inwestora, powinno dotyczyć bezpośrednio inwestycji. Orzekając w sprawie *Methanex przeciwko USA* w oparciu o art. 1101 ust. 1 traktatu NAFTA trybunał stwierdził, iż zachowanie państwa nie może się ograniczać jedynie do wywołania zwykłego efektu, i konieczne jest ustalenie *prawnie istotnej więzi* ("*legally significant connection*") między zastosowanym środkiem a efektem jego działania.¹⁵⁷ Podobnie interpretowany jest art. 25 ust. (1) konwencji ICSID¹⁵⁸ określający wymóg spełnienia przesłanki *bezpośredniego związku z inwestycją*.¹⁵⁹

W przypadku konfliktu normatywnego i braku porozumienia stron traktatu, prawo międzynarodowe ma prymat w stosunku do prawa krajowego, zgodnie z art. 42 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów. Sytuacja konfliktowa jest z punktu widzenia państwa przyjmującego inwestycję zagraniczną o tyle niepożądana, iż nie może ono powoływać się na żadne regulacje wewnętrzne w celu usprawiedliwienia zachowania, które stanowiłoby naruszenie prawa międzynarodowego - co z kolei wynika z utrwalonego zwyczaju, dodatkowo skodyfikowanego w art. 27 KWPT. Państwo tylko w ściśle określonych warunkach jest w stanie uwolnić się od zarzutu naruszenia zobowiązania międzynarodowego. Podstawę okoliczności egzonerycyjnych może stanowić przepis traktatu, uzależniający objęcie ochroną tego traktatu jedynie inwestycji dokonanych w zgodzie z wymogami prawa krajowego. Tego rodzaju klauzule stanowią typowy standard współczesnych traktatów inwestycyjnych. Jak zauważył trybunał orzekający w sprawie *Inceysa przeciwko*

¹⁵⁶ Por. wyrok częściowy w sprawie *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, par. 338

¹⁵⁷ Wyrok częściowy trybunału UNCITRAL w sprawie *Methanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002, par. 147

¹⁵⁸ "*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment (...)*", art. 25 (1) ICSID, Chapter II Jurisdiction of the Centre

¹⁵⁹ Por. decyzja dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie *CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, par. 33

*Salwadorowi*¹⁶⁰ ich celem jest wyłączenie spod ochrony traktatowej inwestycji wykonywanych w sprzeczności z prawem krajowym. Trybunał zauważył przy tym, iż sprzeczność inwestycji z prawem krajowym jest stanem obiektywnym, niezależnym od uznania ze strony państwa przyjmującego.

W szeregu orzeczeń zwrócono uwagę, że nie każde naruszenie prawa krajowego w związku z inwestycją stanowi o sprzeczności inwestycji z prawem krajowym w rozumieniu traktatu. W szczególności brak precyzyjnych wymogów w ustawodawstwie państwa przyjmującego może prowadzić do naruszenia tej klauzuli przez inwestora, wszelako w dobrej wierze. Trybunał w sprawie *Fraport przeciwko Filipinom*¹⁶¹ określił na potrzeby wydawanego orzeczenia dwa kryteria, które spełnione łącznie powinny uwalniać korporację transnarodową od zarzutu wykonywania bezpośredniej inwestycji zagranicznej w sprzeczności z miejscowym prawem: zaniedbania uprawnionego przedstawiciela państwa oraz brak zasadniczego wpływu naruszenia prawa na wzrost rentowności inwestycji. Ponadto, jak zauważył trybunał w sprawie *Kardassopoulos przeciwko Gruzji*¹⁶², państwo przyjmujące ma możliwości kontrolne w stosunku do inwestycji, co w pewnym stopniu ogranicza możliwość powoływania się na omawianą klauzulę traktatową.

3.2. Prawo Unii Europejskiej

Unia Europejska jest w istocie zupełnie nowym uczestnikiem międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony ani Unia Europejska, ani wcześniej Wspólnoty Europejskie nie prowadziły aktywnej polityki regulującej zaangażowanie inwestycyjne korporacji transnarodowych z krajów trzecich. UE jedynie sporadycznie występowała jako strona tego rodzaju traktatów, czego przykładem są Traktat Karty Energetycznej czy Porozumienie o utworzeniu stowarzyszenia pomiędzy Wspólnotami

¹⁶⁰ Orzeczenie w sprawie *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award, 2 Aug 2006, ICSID Case No. ARB/03/26

¹⁶¹ Orzeczenie w sprawie *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12

¹⁶² Orzeczenie w sprawie *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18

Europejskimi i ich państwami członkowskimi a Republiką Chile z 18 listopada 2002¹⁶³. Powodem, dla którego UE była pasywna w dziedzinie ochrony prawnej inwestycji były ograniczenia kompetencyjne. Dopiero Traktat z Lizbony przyznał UE w art. 207 ust. 1 TFUE po raz pierwszy kompetencję do negocjowania środków ochrony inwestycji zagranicznych w ramach wykonywania wspólnej polityki handlowej. Sporny pozostaje zakres tej kompetencji, lecz samo jej przyznanie umożliwia UE aktywne włączenie się w rozwój międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

3.2.1. Rozwój europejskiego prawa inwestycyjnego

Do czasu ustanowienia Unii Europejskiej *aquis communautaire* nie przyznawało organom wspólnotowym wyrażnej kompetencji w odniesieniu do bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Inwestycje znajdowały się zasadniczo poza zakresem wspólnej polityki handlowej, skoncentrowanej na wymianie towarowej, przy czym wykonywanie wspólnej polityki handlowej stanowiło dorozumianą kompetencję wyłączną.¹⁶⁴ Wraz z postępującą globalizacją procesów gospodarczych pojawiły się nowe zjawiska wymagające regulacji na poziomie europejskim, takie jak transgraniczne świadczenie usług, ochrona własności intelektualnej i w szczególności bezpośrednie inwestycje zagraniczne. Przy okazji przyjmowania układów GATS i TRIPS¹⁶⁵ negocjowanych w ramach Rundy Urugwajskiej WTO powstał spór między państwami członkowskimi UE a Komisją o interpretację art. 113 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej.¹⁶⁶ Komisja stosowała wykładnię dynamiczną, podczas gdy Rada opowiadała się za wąskim rozumieniem tej normy, sprowadzającym się w zasadzie

¹⁶³ Decyzja Rady z dnia 18 listopada 2002 w sprawie podpisania i tymczasowego stosowania niektórych postanowień Układu ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotą Europejską i jej Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Chile, z drugiej strony, 2002/979/WE

¹⁶⁴ TSUE stwierdził w opinii 1/75, iż Wspólnocie przysługuje na podstawie art. 133 Traktatu EWG wyłączna kompetencja w zakresie wspólnej polityki handlowej, Opinia z 11 listopada 1975, ECR 1355 (1975)

¹⁶⁵ Układ ogólny w sprawie handlu usługami (GATS); Porozumienie w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (TRIPS) - szerzej nt. obydwu konwencji w dalszej części rozdziału.

¹⁶⁶ Zgodnie z traktatem z Maastricht wspólna polityka handlowa opiera się na jednolitych zasadach, zwłaszcza w odniesieniu do zmian stawek celnych, zawierania umów celnych i handlowych, ujednolicenia środków liberalizacyjnych, polityki eksportowej i środków obrony handlowej podejmowanych w przypadku dumpingu lub subsydiów.

do przepływu towarów.¹⁶⁷ Trybunał Sprawiedliwości UE w Opinii nr 1/94¹⁶⁸ nie podzielił stanowiska Komisji, wykluczając ze wspólnej polityki handlowej transgraniczną konsumpcję świadczonych usług, przeniesienie działalności gospodarczej i przepływ osób do innego państwa członkowskiego dla celów świadczenia usług. Trybunał dostrzegł wprawdzie, iż czwarty z przewidzianych w GATS sposobów świadczenia usług, w postaci świadczenia usługi transgranicznej, "nie jest niepodobny" do handlu towarami, to jednak nie należy go traktować w sposób tożsamy ze świadczeniem usług w rozumieniu art. 113 ust. 1 TUE.¹⁶⁹ Również w odniesieniu do TRIPS nie przychylił się do zasadniczej tezy argumentacji Komisji, iż Wspólnota wykonuje kompetencję wyłączną ze względu na ścisły związek praw własności intelektualnej z handlem towarami.¹⁷⁰ Brak wystarczająco kompleksowej regulacji tego rodzaju działalności w prawie wspólnotowym stanowił również podstawę do zanegowania możliwości dorozumienia kompetencji.¹⁷¹

Zgodnie z opinią 1/94 TSUE nie można wywodzić wyłącznej kompetencji UE w odniesieniu do ochrony bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Podobnie przepisy traktatowe odnoszące się do swobody przepływu osób i świadczenia usług nie zawierają treści rozszerzających wyrażnie kompetencje UE na stosunki podlegające prawu międzynarodowemu. Jedynym celem tych postanowień jest przyznanie obywatelom państw członkowskich swobody przepływu osób i swobody świadczenia usług, zatem nie odnoszą się one do jakiegokolwiek swobody przepływu osób obywateli państw trzecich, ani też ich dostępu do prowadzenia działalności gospodarczej na obszarze UE.¹⁷² Traktaty GATS i TRIPS należy zatem traktować jako wielostronne umowy mieszane, w których stroną stosunku z podmiotami trzecimi jest zarówno UE jak i państwa członkowskie UE. TSUE wypowiadając się w innej opinii (nr 2/92 w sprawie równoprawnego traktowania podmiotów rodzimych w związku z uznaniem kompetencji Wspólnoty i jej organów do przystąpienia do trzeciego zrewidowanego Protokołu Rady OECD) stwierdził, iż istotna z punktu widzenia ochrony

¹⁶⁷ Szerzej: Juliane Ahner, *Inverstor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, Mohr Siebeck, 2015, 64ff

¹⁶⁸ Opinia TSUE 1/94 z 15 listopada 1994, dot. Kompetencji Wspólnoty do zawierania umów międzynarodowych w dziedzinie usług i ochrony własności intelektualnej – Procedura określona w art. 228 ust. 6 traktatu WE

¹⁶⁹ Ibidem, pkt. 44

¹⁷⁰ Ibidem, pkt. 54

¹⁷¹ Ibidem, pkt. 95

¹⁷² Ibidem, pkt. 81

inwestycji zagranicznych podstawa równoprawnego traktowania podmiotów rodzimych tylko częściowo odnosi się do międzynarodowego handlu z państwami trzecimi, wskutek czego Wspólnota nie jest wyposażona w kompetencję wyłączną na podstawie art. 113 Traktatu z Maastricht.¹⁷³

Na konferencji międzyrządowej w Amsterdamie w grudniu 1996 ustalono konieczność dodania art. 113a TWE, do którego w ustępie 1 włączono kompetencję Unii Europejskiej w zakresie świadczenia usług i ochrony własności intelektualnej, a także wyraźną kompetencję w zakresie bezpośrednich inwestycji zagranicznych.¹⁷⁴ Zdaniem przedstawicieli państw członkowskich UE powinna być również efektywnym uczestnikiem rozpoczynającej się rundy negocjacyjnej WTO. Komisja zaproponowała rozszerzenie wspólnej polityki handlowej na inwestycje. Choć na skutek oporu Francji nie zdecydowano na zawarcie tych propozycji w Traktacie Reformującym, kwestia włączenia inwestycji do wspólnej polityki handlowej stała się pierwszoplanowa.¹⁷⁵ W 2000 Komisja ponowiła propozycję włączenia bezpośrednich inwestycji zagranicznych w ramy wspólnej polityki handlowej UE, co zyskało wreszcie akceptację, choć w ograniczonej formie. Traktat Nicejski przewiduje rozszerzenie wspólnej polityki handlowej na handel usługami oraz na handlowe aspekty własności intelektualnej zgodnie z art. 133 ust. 5. TWE Unia Europejska (Rada) nie może jednak zawrzeć umowy, jeśli zawiera ona postanowienia wykraczające poza wewnętrzne kompetencje Wspólnoty, w szczególności zmierzające do harmonizacji ustawowych i wykonawczych przepisów ustanowionych przez państwa członkowskie w dziedzinie, w której traktat wyklucza harmonizację.¹⁷⁶

Niezależnie od ograniczonej kompetencji UE w sektorze usług, zakres wspólnej polityki handlowej rozszerzono zatem na wszystkie wymienione w traktacie GATS sposoby świadczenia usług, a poprzez uwzględnienie obecności czynnika komercyjnego również na bezpośrednie inwestycje zagraniczne, co było zgodne z oczekiwaniami dużych inwestorów. UE wprawdzie nadal nie była wyposażona w kompetencje przyznane do ochrony inwestycji

¹⁷³ Opinia TSUE 2/92 z 24 marca 1995, Slg. 1995, S. I-521, Rn. 20 ff

¹⁷⁴ CONF 2500/96 z 5 grudnia 1996, 80

¹⁷⁵ Alexander Böhrer, *The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – an Assessment of the Negotiation Process in the OECD*, in: *German Yearbook of International Law*, Duncker & Humblot Verlag, Kiel, 1998, 267

¹⁷⁶ Art. 133 ust. 6. ak. 2 Traktatu z Nicei (podpisanego 26 lutego 2001) zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej, Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską oraz niektóre związane z nimi akty prawne

bezpośrednich w pełnym zakresie, lecz pojawiły pewne postanowienia traktatowe mogące mieć zastosowanie do inwestycji. Art. 48 ust. 1 TWE (obecny art. 54 ust. 1 TFUE) stanowi, iż zarejestrowane wewnątrz Wspólnoty podmioty znajdujące się we władaniu bądź pod kontrolą zagranicznych przedsiębiorców podlegają takiej samej ochronie prawnej jak przedsiębiorcy przynależący do Wspólnoty. Na podstawie art. 56 TWE (obecny art. 63 TFUE) doszło do liberalizacji zarówno przepływu kapitału jak i płatności między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Z kolei art. 57 TWE (obecny art. 64 TFUE) stanowi *explicite*, iż UE (Parlament Europejski i Rada), procedując w trybie zwykłym, przyjmują środki dotyczące przepływu kapitału z państwami trzecimi, o ile dotyczą one inwestycji bezpośrednich.

Ponadto wiele innych rozwiązań traktatowych miało na celu ułatwienia dla wykonywania oraz ochronę inwestycji, w szczególności reguły konkurencji (art. 81ff TWE, obecny art. 101ff TFUE) i pomocy przyznawanej przez państwa (art. 87ff TWE, obecny art. 107ff TFUE). Równie istotny dla rozwoju europejskiego prawa inwestycyjnego jest szereg przepisów prawa wtórnego, zarówno regulujących specyficznie obszar bezpośrednich inwestycji zagranicznych¹⁷⁷, jak i wspólną politykę pieniężną i walutową (art. 4 TWE, obecny art. 119 TFUE). Dodatkowo na podstawie art. 310 TWE (obecny art. 217 TFUE) Unia uzyskała możliwość zawierania w przyszłych traktatach storzyszeniowych treści regulujących inwestycje. Traktat z Nicei z jednej strony nadał UE kompetencje do regulacji pewnych aspektów bezpośrednich inwestycji zagranicznych, z drugiej jednak uważa się, iż w art. 57 ust. 2 odebrał konkurencyjne kompetencje dorozumiane do wydawania wewnętrznych i zewnętrznych przepisów regulujących sferę przepływów kapitałowych między UE a państwami trzecimi. Z woli państw członkowskich nadane Unii kompetencje miały nie tylko mocno ograniczony charakter, ale również niejasny zakres stosowania.

Konwent dla Przyszłości Europy, pracujący w latach 2002-2003 nad Konstytucją dla Europy, zaproponował w art. III-314 i art. III-315 VVE przyjęcie przepisów włączających bezpośrednie inwestycje zagraniczne w obszar wspólnej polityki handlowej, w tym unii celnej. Dostrzeżono też utrudnienia dla handlu i inwestycji wynikające z konieczności zawierania umów mieszanych. Traktat z Lizbony przejął literalnie (art. 188b i 188c, w wersji skonsolidowanej art. 206 i 207) rozwiązania zaproponowane w projekcie Konstytucji dla

¹⁷⁷ Szerzej: Ulrich Wölker, *The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges*, in: ICSID Review 2009, 434

Europy. Wspólna polityka handlowa została oparta na jednolitych zasadach, w szczególności w odniesieniu do zmian stawek celnych, zawierania umów celnych i handlowych dotyczących handlu towarami i usługami oraz do handlowych aspektów własności intelektualnej, bezpośrednich inwestycji zagranicznych, ujednolicenia środków liberalizacyjnych, polityki eksportowej, a także handlowych środków ochronnych, w tym środków podejmowanych w przypadku dumpingu lub subsydiów. Od 1 grudnia 2009 Unia Europejska po raz pierwszy ma kompetencję do stanowienia prawa w odniesieniu do bezpośrednich inwestycji zagranicznych, niezależnie od ich rodzaju. Wyłączność kompetencji do zawierania traktatów inwestycyjnych bądź handlowych z aspektami inwestycyjnymi wynika jasno z art. 3 TFUE, podczas gdy jest ona dorozumiana w związku z wykonywaniem swobody przepływu kapitału w oparciu o doktrynę rozwiniętą wokół orzeczenia TSUE w sprawie A.E.R.T. z 1971.¹⁷⁸

Do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony Unia Europejska mogła zawierać jedynie mieszane umowy inwestycyjne, jak to miało miejsce w przypadku traktatów handlowych z aspektami ochrony inwestycji w ramach WTO. Układ GATS¹⁷⁹ może stanowić podstawę do ochrony prawnej bezpośrednich inwestycji zagranicznych, o ile istnieje związek świadczenia usługi z obecnością komercyjną (art. I ust. 2 lit. c/ GATS). Formą obecności komercyjnej może być przedstawicielstwo, oddział bądź spółka zależna inwestora zagranicznego zarejestrowana i świadcząca usługi na terytorium państwa-członka WTO z zamiarem osiągnięcia zysków (art. XXVIII GATS). Jeśli obecność komercyjna przyjmuje formę osoby prawnej, powinna ona być własnością bądź znajdować się pod kontrolą podmiotu z siedzibą w innym państwie-członku WTO (art. XXVIII lit. m/ ii.). GATS stanowi nie tylko podstawę najwyższego uprzywilejowania (art. II), ale również traktowania narodowego (art. XVII) korporacji transnarodowych w związku z wykonywaniem inwestycji bezpośrednich. TRIPS ma związek z bezpośrednimi inwestycjami zagranicznymi w szczególności poprzez ochronę własności intelektualnej (art. 39 TRIPS), o ile stanowi ona

¹⁷⁸ Orzeczenie w sprawie nr C-22/70 Komisja przeciwko Radzie (AERT/ERTA), E.C.R. 1971, 263, par. 1

¹⁷⁹ Układzie ogólny w sprawie handlu usługami (GATS). Zakres tej umowy obejmuje cztery sposoby świadczenia usług, określone w art. 1 ust. 2 GATS: świadczenie transgraniczne (bez przemieszczania się usługodawcy i usługobiorcy), konsumpcję usług za granicą (przemieszcza się usługobiorca), obecność handlową (zakładanie podmiotów zależnych i oddziałów), oraz przepływ osób fizycznych w celu świadczenia usług. Trzeci z tych sposobów (obecność handlowa) wiąże się istotnie z inwestycjami bezpośrednimi w państwie przyjmującym usługi. Liberalizacja handlu usługami wiąże się tu nie tylko z ograniczeniem wymogów administracyjnych dla ich skutecznego wykonywania (pozwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej, wszelkiego typu obowiązki licencyjne, sprawozdawcze, etc), ale przede wszystkim z dopuszczeniem do ułożonego już lokalnego rynku usług poprzez wszelkiego rodzaju system preferencji (przyznanie uprzywilejowanego statusu).

inwestycję. TRIMS z kolei zakazuje określonych form działalności inwestycyjnej z aspektami handlowymi, m.in. zobowiązań do stosowania wyłącznie produktów lokalnych (nr 1 lit.a. załącznika do TRIMS). UE jest również stroną zawartego w 1998 Traktatu Karty Energetycznej, wraz z państwami członkowskimi UE, który nie tylko zawiera szereg przepisów chroniących wykonywanie umów inwestycyjnych, ale również przewiduje mechanizm polubownego rozstrzygania sporów między państwami przyjmującymi a prywatnymi inwestorami zagranicznymi.

Począwszy od 2000 roku Unia Europejska zaczęła wraz z państwami członkowskimi negocjować i zawierać bilateralne umowy handlowe (m.in. z Chile, Meksykiem, CARIFORUM, Jordanią).¹⁸⁰ Traktaty te regulują w zbliżony sposób materialnoprawne

¹⁸⁰ Trzeba zaznaczyć, iż Unia Europejska, a wcześniej Europejska Wspólnota Gospodarcza, od początku swego istnienia była aktywna w tworzeniu stref wolnego handlu, a nie w zawieraniu umów dwustronnych z pojedynczymi państwami, co wynika z wyposażenia jej w kompetencje do prowadzenia wspólnej polityki handlowej jako kluczowego obszaru unii celnej. Opinia doradcza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1/75 z 11 listopada 1975 potwierdza wprawdzie wyłączność kompetencji EWG/WE do zawierania porozumień handlowych, ujednolicania środków liberalizujących oraz środków ochronnych w przypadku dumpingu bądź subsydiowania, jednakże EWG/WE nie miała kompetencji wyłącznej do zawierania traktatów handlowych, w tym inwestycyjnych, w związku z czym państwa członkowskie samodzielnie zawierały traktaty inwestycyjne (w latach 1959-2013, do czasu wejścia w życie Rozporządzenia 1219/2012 z 12 grudnia 2012 w sprawie przepisów przejściowych dotyczących dwustronnych umów inwestycyjnych między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, państwa członkowskie UE zawarły 1326 umów BIT z państwami trzecimi). Unia Europejska współtworzy obecnie strefy wolnego handlu (FTA) z 41 państwami, strefy wolnego handlu połączone z liberalizacją usług (FTA & EIA, zwane także umowami o integracji gospodarczej) z 31 państwami oraz unie celne (CU) z 3 państwami. Stopień integracji i charakter prawny stref wolnego handlu jest zróżnicowany. Specyficzny przykład formy prawnej stanowi strefa wolnego handlu z krajami i terytoriami zamorskimi, tworzona nie na podstawie odrębnej umowy międzynarodowej, lecz wynikająca wprost z przepisów TFUE w sytuacji, gdy jej stroną nie są suwerenne państwa, lecz terytoria zależne państw członkowskich (np. strefa wolnego handlu z Wyspami Owczymi, terytorium zależnym Królestwa Danii). Z kolei relacje UE ze Szwajcarią i państwami Europejskiego Obszaru Gospodarczego (European Economic Area – EEA, grupujące Islandię, Norwegię i Lichtenstein) istotnie wykraczają poza zwyczajowe obszary współpracy w ramach nie tylko stref wolnego handlu, ale także wielu porozumień o integracji gospodarczej, w szczególności ze względu na udział tych państw w politykach rynku wewnętrznego UE. Poza umowami, z którymi UE ma już obowiązujące porozumienia regionalne (RTA/REIO) oraz oczekującym na ratyfikację państw członkowskich wszechstronnym porozumieniem europejsko-kanadyjskim CETA, toczą się negocjacje w sprawie zawarcia dalszych wszechstronnych porozumień gospodarczych (wykraczających poza obniżki тариф celnych i uzgodnienia typowo handlowe, a obejmujących dodatkowo inwestycje). Pierwsza taka kompleksowa umowa o wolnym handlu została podpisana z Koreą Południową, która to umowa po ratyfikacji przez Parlament Europejski jest tymczasowo stosowana od 1 lipca 2011. Tymczasowo stosowane od 2013 są także wielostronne porozumienia handlowe z Peru i Kolumbią oraz układ o stowarzyszeniu z państwami Ameryki Środkowej. W 2014 zakończyły się negocjacje w sprawie umowy o wolnym handlu z Singapurem, a pod koniec 2015 z Wietnamem. Toczą się podobne negocjacje z USA (TTIP), Japonią, Australią, Nową Zelandią i Tunezją. UE podjęła kroki do rozpoczęcia rozmów z Filipinami i Indonezją, a negocjacje z Malezją, Tajlandią i Indiami zostaną wznowione, gdy tylko zaistnieją ku temu bardziej sprzyjające warunki polityczne. UE rozpoczęła również negocjacje odrębnych dwustronnych umów inwestycyjnych z Chinami i Mianmar (Birma) oraz bada możliwość rozpoczęcia rozmów z Tajwanem i Hongkongiem. W czerwcu 2014 UE podpisała umowy stowarzyszeniowe z państwami partnerstwa wschodniego (Mołdawią, Gruzją i

standardy przepływu kapitału inwestycyjnego, traktowania inwestycji i inwestorów, czy w szczególności dostępu do rynku i wyłączenia. Dodatkowo zawierają (za wyjątkiem umów typu FTA) mechanizmy arbitrażowe ISDS. W 2006 Rada przyjęła tzw. Minimalną Platformę Inwestycyjną dla Porozumień o Wolnym Handlu zawieranych przez UE (MPol), uzupełniającą ofertę wzorców BIT państw członkowskich dla negocjacji z państwami trzecimi. Celem MPol było przede wszystkim uniknięcie uciążliwej procedury uzgodnień stanowisk między Komisją a państwami członkowskimi w związku z każdym kolejnym porozumieniem FTA. Art. 57 ust. 2 TUE umożliwia UE proponowanie inwestorom z państw trzecich wszystkich podstawowych standardów ochrony inwestycji, a MPol stał się platformą, na której rozpoczęto rozmowy zakończone podpisaniem traktatów handlowo-inwestycyjnych z CARIFORM i z Kanadą (CETA), a także prowadzono negocjacje z USA (TTIP). Stopniowe przekazywanie kompetencji na rzecz UE w zakresie ochrony inwestycji, zwieńczone Traktatem z Lizbony, jest motywowane w szczególności poprawą ochrony inwestorów z państw-członkowskich UE, poprawą efektywności wspólnej polityki handlowej, przyszłym wprowadzeniem wspólnego europejskiego standardu ochrony inwestycji, odejściem od BIT wewnątrzeuropejskich, jak też wzmocnieniem pozycji UE w sferze międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

3.2.2. Zdolność UE do zawierania traktatów inwestycyjnych

Na podstawie art. 3 ust. 2 TFUE Unia Europejska ma kompetencję wyłączną do zawierania umów międzynarodowych, o ile ich zawarcie zostało przewidziane w akcie prawodawczym UE lub jest niezbędne do umożliwienia UE wykonywania jej wewnętrznych kompetencji lub w zakresie, w jakim ich zawarcie może wpływać na wspólne zasady lub zmieniać ich zakres. Jak wynika z art. 207 TFUE, UE prowadzi wspólną politykę handlową, zgodną z zasadami i celami działań zewnętrznych i opartą na jednolitych zasadach, w tym w szczególności w odniesieniu do zawierania umów celnych i handlowych oraz bezpośrednich inwestycji zagranicznych. UE ma w tym zakresie kompetencję wyłączną, której granice wyznaczają zasady przyznania, pomocniczości i proporcjonalności, o których mowa w art. 5 TUE. Jak widać przyznana kompetencja dotyczy zarówno stosunków wewnętrznych jak i

Ukrainą), a także z państwami kaukaskimi (Gruzją i Mołdawią; Armenia wycofała się z rozmów), których celem również jest stworzenie pogłębionych stref wolnego handlu. Szerzej: dokumenty Eurostatu i Parlamentu Europejskiego: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>; http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pl/FTU_6.2.1.pdf

zewnętrznych, a zawieranie umów dotyczących bezpośrednich inwestycji zagranicznych stanowi wyszczególniony aspekt wspólnej polityki handlowej.

Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony Unia Europejska nie miała uprawnienia do bezpośredniego kształtowania stosunków związanych umowami inwestycyjnymi. Przy wsparciu rozszerzającego orzecznictwa TSUE mogła jednak żądać od państw członkowskich takiej modyfikacji postanowień umów, które między sobą zawierały, aby były one zgodne z zasadą wspólnego rynku, w szczególności aby nie stosowały jednostronnie środków naruszających swobodę przepływu kapitału bądź swobodę świadczenia usług w związku z wykonywaniem inwestycji.¹⁸¹ Zasadniczo Traktat z Lizbony (w art. 3 ust. 2 TFUE) formułuje zakaz zawierania międzynarodowych umów inwestycyjnych przez państwa członkowskie bez upoważnienia UE udzielonego w trybie art. 2 ust. 1 TFUE, z zastrzeżeniem, iż w okresie przejściowym UE może zgodzić się¹⁸² na negocjacje w celu zawarcia traktatu inwestycyjnego. UE ma zatem wyłączność na zawieranie traktatów inwestycyjnych z państwami trzecimi, a ponadto państwa członkowie UE są zobowiązane do zapewnienia zgodności zawartych przez siebie traktatów z przyszłymi traktatami EU.¹⁸³ Z orzecznictwa TSUE wynika nie tylko potwierdzenie pełnego zakresu *ratione materiae* do zawierania przez UE traktatów handlowych w tym traktatów inwestycyjnych, ale również do zapewnienia inwestorom z państw trzecich swobód gospodarczych nie mniejszych niż w stosunku do inwestorów państw członkowskich.¹⁸⁴

Materią regulowaną prawem traktatów inwestycyjnych są prawa majątkowe, w szczególności własność. UE zajmuje zasadniczo stanowisko zbieżne z treścią typowych klauzul wyłączeniowych w dwustronnych i regionalnych umowach międzynarodowych, dopuszczając legalność wyłączenia pod określonymi warunkami. Zgodnie z art. 345 TFUE traktaty nie przesądzają w niczym zasad regulujących prawo własności w państwach członkowskich, jednak przesłanki warunkujące wyłączenie powinny być jasno określone i

¹⁸¹ Organem UE do wykonywania tej funkcji jest Komisja, która zgodnie z art. 17 ust. 1 TUE nadzoruje stosowanie prawa Unii pod kontrolą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

¹⁸² Art. 2 ust. 1 TFUE daje Unii Europejskiej możliwość udzielenia państwom członkowskim upoważnienia do działania w sferze objętej kompetencjami wyłącznymi UE.

¹⁸³ Communication from the Commission to the Council, European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy, COM(2010)343 final

¹⁸⁴ Por. orzeczenie w sprawie nr C-22/70 Komisja przeciwko Radzie (AERT/ERTA), op. cit., par. 19

nie stać w sprzeczności w szczególności z art. 17 Karty Praw Podstawowych UE stanowiącym, iż nikt nie może być pozbawiony praw majątkowych, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za uczciwym odszkodowaniem wypłaconym we właściwym terminie.¹⁸⁵ Państwo członkowskie może dokonać wyłączenia, o ile akt ten nie jest sprzeczny z podstawowymi normami prawa wspólnotowego, w tym nie jest dyskryminacyjny, jest uzasadniony przez ważne względy leżące w interesie ogólnym, właściwy do realizacji danego celu i proporcjonalny, tj. nie wykracza poza to, co konieczne do realizacji związanego z nim celu.¹⁸⁶

W swej strukturalnej dbałości o nadzorowanie przestrzegania swobód podstawowych w stosunkach wewnętrznych, w tym przede wszystkim funkcjonowania jednolitego rynku, organy UE starają się przeciwdziałać naruszeniom prawa pierwotnego, gwarantującego swobodę przepływu kapitału i środków do produkcji. Zgodnie z art. 6 TFUE, UE nie może jednak rozszerzać swoich kompetencji wyłącznych na klauzule wyłączeniowe. Nie ulega też zasadniczo wątpliwości, iż art. 345 nie pozwala UE być samodzielnie stroną traktatów inwestycyjnych, zawierających klauzulę wyłączeniową. Komisja tymczasem broni stanowiska, iż art. 216 nadaje jej zdolność traktatową do kreowania całości polityki inwestycyjnej, niezbędnej dla osiągnięcia celów traktatowych w ramach prowadzonej wyłącznie wspólnej polityki handlowej. Na podstawie dotychczasowych doświadczeń można spodziewać się konsekwentnego stosowania przez TSUE wykładni rozszerzającej, wspierającej tezę Komisji.¹⁸⁷

Wraz z przekazaniem Unii Europejskiej kompetencji ogólnej i wyłącznej do zawierania międzynarodowych umów handlowych, w tym inwestycyjnych, istotne stają się kwestie zarówno relacji między przyszłymi traktatami zawieranymi przez UE i wcześniej zawartymi z tym samym podmiotem przez państwa członkowskie, jak i zakresu odpowiedzialności państw członkowskich za naruszenie zobowiązań traktatowych przez UE.

¹⁸⁵ 2010/C 83/02, Dz.U.UE C 83/391 z 30.3.2010. Przepis stanowi, iż każdy ma prawo do władania, używania, rozporządzania i przekazania w drodze spadku mienia nabytego zgodnie z prawem. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach określonych w ustawie, za słusznym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie. Korzystanie z mienia może podlegać regulacji ustawowej w zakresie, w jakim jest to konieczne ze względu na interes ogólny.

¹⁸⁶ Orzeczenie w sprawie nr C-452/01 M. Ospelt v. Schössle Weissenberg Familienstiftung, ECRI-9743, 23.9.2003

¹⁸⁷ Marek Jeżewski, *Odpowiedzialność za naruszenie traktatów inwestycyjnych zawartych przez Unię Europejską z podmiotem trzecim po Traktacie Lizbońskim*, w: e-Przegląd Arbitrażowy 4/2011, Warszawa, 9

Do czasu zawarcia przez UE nowego traktatu każde państwo członkowskie ponosiłoby odpowiedzialność za zachowanie naruszające postanowienia dotychczasowego traktatu a przypisywane UE.¹⁸⁸ W związku z art. 351 TFUE, ustanawiającym wobec państw członkowskim obowiązek zastosowania wszelkich właściwych środków w celu wyeliminowania stwierdzonych niezgodności z traktatami, których stroną będzie UE, to państwo członkowskie powinno zapewnić zgodność swoich traktatów dwustronnych z traktatami zawieranymi przez UE, jak też powinno usunąć ze swego prawodawstwa przeszkody dla ich skutecznego wykonywania.

Należy pamiętać, iż zawarta przez Unię Europejską międzynarodowa umowa inwestycyjna obowiązywałaby na terytorium każdego państwa członkowskiego, a skoro UE jako organizacja międzynarodowa jest odrębnym podmiotem prawa międzynarodowego to umowa pozostałaby bez wpływu na obowiązywanie umowy dwustronnej, zawartej w tej samej sprawie z tym samym podmiotem trzecim, o ile oczywiście strony nie postanowiłyby inaczej.¹⁸⁹ W celu uniknięcia ryzyka jednoczesnego stosowania przepisów obu traktatów i ich równoległego naruszenia przez państwo członkowskie UE powinna dążyć do umieszczania w negocjowanych przez siebie traktatach postanowień o poddaniu inwestycji wyłącznie ochronie przewidzianej w traktacie zawieranym z UE, a tym samym rezygnacji z ochrony przyznawanej w dotychczasowych traktatach bilateralnych. Brak akceptacji państwa trzeciego dla takiego rozwiązania powinien skutkować podjęciem rozmów zmierzających do zakończenia obowiązywania "starego" traktatu za porozumieniem stron, bądź jego wypowiedzeniem, niezależnie od konieczności zastosowania klauzuli przedłużonej ochrony (*survival clause*).¹⁹⁰

Odpowiedzialność UE za naruszenie prawa międzynarodowego jest regulowana normami *soft law* wspomnianego wcześniej projektu konwencji Komisji Prawa

¹⁸⁸ Tak w większości przypadków orzekał Europejski Trybunał Praw Człowieka i międzynarodowe trybunały arbitrażowe w związku ze sporami inwestycyjnymi. Por. Naomi Klein, *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, vol. 4

¹⁸⁹ Wobec braku tożsamości podmiotowej nie mają zastosowania przepisy Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, w tym art. 30 dot. stosowania przepisów kolejnych traktatów zawartych z tym samym przedmiotem i art. 59 dot. wygaśnięcia bądź zawieszenia obowiązywania traktatu na skutek zawarcia traktatu późniejszego.

¹⁹⁰ Klauzule przedłużonej ochrony (ang. *survival clause*) oznaczają, że w przypadku rozwiązania umowy jej postanowienia będą obowiązywać jeszcze przez określony czas. Traktat CETA przewiduje objęcie inwestycji 20-letnim okresem takiej ochrony.

Międzynarodowego o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych (*Draft Articles*).¹⁹¹ Zgodnie z art. 4 *Draft Articles* organizacja międzynarodowa ponosi odpowiedzialność prawnomiędzynarodową za swój czyn, o ile można jej przypisać zabronione działanie bądź zaniechanie, i o ile czyn ten stanowi naruszenie zobowiązania międzynarodowego tej organizacji. Organizacji międzynarodowej można przypisać zabronione działanie bądź zaniechanie, jeśli przekracza ona kompetencje do zaciągania zobowiązań przyznane jej przez państwa członkowskie w sposób wyraźny, bądź domniemany statutowo z kompetencji ogólnych.¹⁹² Organizacja ponosi odpowiedzialność nie tylko za zachowania każdego ze swoich organów, ale również agenta (*agent of an international organization*), definiowanego jako osobę fizyczną bądź prawną, poprzez którą organizacja wykonuje swoje funkcje.¹⁹³ Również państwo wypełnia w określonych warunkach definicję agenta organizacji międzynarodowej, o ile działa pod jej kontrolą bądź subsydiarnie, i o ile nie przekracza jej kompetencji. Za formę kontroli Komisja uznaje m.in. decyzje wiążące członków organizacji międzynarodowej w stopniu nie pozostawiającym im swobody działania.¹⁹⁴ Organizacja międzynarodowa nie może zrzucić z siebie odpowiedzialności przyjmując decyzję zobowiązującą państwa członkowskie do zachowania, które stanowiłoby czyn zabroniony w prawie międzynarodowym, gdyby został popełniony przez tę organizację (*circumvention of obligation*).¹⁹⁵ Wreszcie też organizacja międzynarodowa może ponosić odpowiedzialność za udzielenie swojemu członkowi zezwolenia na zachowanie zabronione, o ile istnieje związek pomiędzy popełnieniem czynu a udzielonym zezwoleniem.

Przypisanie odpowiedzialności UE na podstawie art. 15 *Draft Articles* w związku z wydaniem przez UE rozporządzenia wiążącego państwa członkowskie w całości i stosowanego w krajowych reżimach prawnych bezpośrednio nie budzi wątpliwości. Podobnie jak w przypadku decyzji, tj. aktu prawnego o charakterze indywidualnym i konkretnym. Aby

¹⁹¹ Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10), Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two.

¹⁹² Opinia doradcza MTS z 11 kwietnia 1949 w sprawie odszkodowania za szkodę poniesioną w służbie Narodów Zjednoczonych, I.C.J. Reports 1949, 185

¹⁹³ Draft Articles, op. cit., art. 2 lit. (d)

¹⁹⁴ Patrz: Komentarz do art. 6 ust. 1 Draft Articles, op. cit., 17ff

¹⁹⁵ Draft Articles, op. cit., art. 17

jednak przepisy dyrektywy mogły stanowić materialną przesłanką wskazującą na wykonywanie kierownictwa bądź kontroli przez UE, musiałyby mieć charakter efektywny.¹⁹⁶ Z samej natury dyrektywy, wiąże ona państwa członkowskie jedynie w zakresie celów, zatem ocena jej efektywności zależy od analizy konkretnego aktu normatywnego. Podobnie rzecz się ma w przypadku zastosowania art. 17 *Draft Articles* dla przypisania odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej. Określa on wymóg stwierdzenia autoryzacji ze strony UE i związku z zaistnieniem czynu zabronionego.¹⁹⁷

Niezależnie od szeregu prekluzji ograniczających możliwość pozywania państw członkowskich Unii Europejskiej za naruszenie umów inwestycyjnych zawieranych przez UE, można się spodziewać jednoczesnych pozwów inwestorów przeciwko UE i państwu przyjmującemu inwestycje. W tej sytuacji Komisja Europejska stanęła na stanowisku, iż to UE powinna być pozywana samodzielnie, niezależnie od możliwości przypisania naruszenia prawa międzynarodowego państwu członkowskiemu. Przyjęcie odpowiedzialności przez UE kończyłoby spór, a UE ponosiłaby wszelkie koszty związane z postępowaniem arbitrażowym i koszty zasądzzonego odszkodowania, by następnie dochodzić regresem swoich praw przed TSUE w związku z możliwym naruszeniem przez państwo członkowskie art. 216 TFUE.¹⁹⁸ Zgodnie z Propozycją rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zasady odpowiedzialności finansowej w związku z naruszeniem umów inwestycyjnych (orzeczenia w procedurze ISDS) zawieranych przez UE, w stosunkach wewnętrznych naczelną zasadą jest ponoszenie odpowiedzialności finansowej przez podmiot, któremu przypisuje się zabronione zachowanie. Przy tym, jeśli zachowanie państwa członkowskiego wynikało z wymogów prawa europejskiego, odpowiedzialność finansową ponosi UE. Propozycja określa również trzy zasady dodatkowe. Po pierwsze, każda wypłata odszkodowania powinna być neutralna dla europejskiego budżetu, tzn. dokonywana ze środków tej konkretnej instytucji UE, której można przypisać spowodowanie kosztów. Po

¹⁹⁶ Por. wyrok MTS w sprawie o stosowanie konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, 26 lutego 2007, par. 396

¹⁹⁷ Por. Decyzja odnośnie jurysdykcji i orzeczenie w sprawie Cieśniny Bosfor, *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, App. No. 45036/98, Eur. Ct. H. R., Decision of 13 September 2001 and Judgment of 30 June 2005, ECHR Reports, 2005-VI.

Odnośnie definicji pojęcia autoryzacja patrz m.in. przypadek *Opération Turquoise*, Security Council Resolution S/RES/929 (1994). Szerzej nt. art. 17: Komentarz do *Draft Articles*, 40ff

¹⁹⁸ Por. Orzeczenie w sprawie *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, Appellate Body Report, 5 June 1998, WTO doc. WTO/DS62/AB

drugie, przypisanie odpowiedzialności finansowej w ramach UE nie może odbywać się ze szkodą dla interesów inwestora z państwa trzeciego, któremu zostało przyznane odszkodowanie. Po trzecie, mechanizm odszkodowawczy musi uwzględniać fundamentalne zasady wykonywania stosunków zewnętrznych przez UE takie jak jedność reprezentacji UE czy otwarta współpraca członków i instytucji UE.¹⁹⁹

3.2.3. Stosowanie prawa europejskiego do wykonywania umów inwestycyjnych

W prawie europejskim obowiązuje szereg swobód, umożliwiających funkcjonowanie wspólnego rynku, w oparciu o mechanizm harmonizacji funkcjonalnej, odwołującej się do zasady wzajemnego uznania. Państwa członkowskie są zobowiązane przestrzegać w swych regulacjach swobody przepływu osób, towaru, usług i kapitału, a także scharmonizować działania w zakresie ochrony konkurencji.²⁰⁰ Swobody nie mają jednak charakteru bezwzględnego. Ograniczenie którejkolwiek z tych swobód musi być jednak zdaniem TSUE uzasadnione (*justified*) przez okoliczności powołane w przepisach traktatowych²⁰¹ bądź przez nadrzędne wymogi interesu publicznego (*overriding requirements of the general interest*), z zastrzeżeniem niedyskryminacyjnego stosowania środków ograniczających działalność

¹⁹⁹ Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. Brussels, 21.6.2012, COM(2012) 335 final, 2012/0163 (COD)

²⁰⁰ Przykładowo obowiązująca w Polsce ustawa z 15 września 2000 *Kodeks spółek handlowych* (Dz. U. z 2000 nr 94 poz. 1037) zawiera transpozycję ośmiu dyrektyw Rady bądź Parlamentu UE i Rady (pierwszej dyrektywy Rady 68/151/EWG z 9 marca 1968 w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników jak i osób trzecich; drugiej dyrektywy Rady 77/91/EWG z 13 grudnia 1976 w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału; trzeciej dyrektywy Rady 78/855/EWG z 9 października 1978 wydanej na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych; szóstej dyrektywy Rady 82/891/EWG z 17 grudnia 1982 wydanej na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu dotyczącej podziału spółek akcyjnych; jedenastej dyrektywy Rady 89/666/EWG z 21 grudnia 1989 dotyczącej wymogów ujawniania informacji odnośnie do oddziałów utworzonych w Państwie Członkowskim przez niektóre rodzaje spółek podlegających prawu innego państwa; dwunastej dyrektywy Rady 89/667/EWG w sprawie prawa spółek z 21 grudnia 1989 dotyczącej jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością; oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/17/WE z 19 marca 2001 w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń; dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE z 4 kwietnia 2001 w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych).

²⁰¹ Na przykład w art. 65 TSUE przewidziano możliwe ograniczenia dla stosowania swobody przepływu kapitału

gospodarczą w danym państwie członkowskim.²⁰² Uprawnienie państwa do ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego (*public security*) jest dopuszczalnym ograniczeniem wspólnym dla stosowania wszystkich swobód europejskich.²⁰³

Z punktu widzenia interesów korporacji transnarodowych najistotniejsze znaczenie ma obowiązywanie w ich stosunkach prawnych swobody przedsiębiorczości spółek oraz swobody przepływu kapitału i płatności, omówionej szerzej w rozdziale poświęconym traktatowej ochronie transferów kapitałowych pozostających w związku z bezpośrednią inwestycją zagraniczną (ze środkami trwałymi). Prawo europejskie zakazuje ograniczania swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego, w tym stosowania środków stanowiących bezpośrednio bądź pośrednio ograniczania w tworzeniu filii, agencji bądź oddziałów. Zgodnie z art. 49 TFUE swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 54 TFUE na warunkach określonych w prawie państwa przyjmującego, nie gorszych niż dla podmiotów o przynależności państwa przyjmującego. Przez spółki rozumie się nastawione na osiągnięcie zysków spółki prawa cywilnego bądź handlowego.²⁰⁴

Swoboda przedsiębiorczości spółek stanowi zakaz ograniczeń dla podejmowania i prowadzenia działalności mającej charakter zarobkowy, stały, transgraniczny i samodzielny. Zabrania się zarówno ograniczeń bezpośrednich, jak i pośrednich, a ponadto również działań niedyskryminacyjnych, o ile utrudniają one spółkom korzystanie z traktatowej swobody przedsiębiorczości. W orzeczeniu C-55/94 w sprawie *Gebhard*²⁰⁵, Trybunał Sprawiedliwości doszedł do przekonania, iż ograniczenia bezpośrednio dyskryminujące można zastosować jedynie w związku ze względami przewidzianymi wprost w prawie

²⁰² Szerzej: Traktat ustanawiający Unię Europejską. Komentarz pod redakcją Andrzeja Wróbla, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa, 2008, Tom I, 1005ff

²⁰³ Por. Przykładowe orzeczenia TSUE w sprawach Albore (C-423/98), Association Eglise (C-54/99), Trummer (C-222/97), czy Klaus Konle (C-302/97)

²⁰⁴ W definicji spółki mieszczą się również spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego bądź prywatnego, o ile prowadzą działalność nastawioną na osiągnięcie zysków, tj. działalność zarobkową, przy czym nie musi w ich przypadku nastąpić osiągnięcie rzeczywistego zysku (np. spółdzielnia wypracowuje zysk dla swoich członków), patrz. art. 54 ust. 2 TFUE.

²⁰⁵ Orzeczenie TSUE z 30 listopada 1995 C-55/94 w sprawie adwokata Reinharda *Gebharda*

pierwotnym, tj. ochroną porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego. Interesem publicznym natomiast można usprawiedliwić się tylko w przypadku wymogów imperatywnych. Przykładem skutecznego powołania się na ochronę interesu publicznego jest konieczność ochrony nazw handlowych przed ryzykiem pomyłki konsumenckiej.²⁰⁶ Swoboda przedsiębiorczości obejmuje w określonym zakresie swobodę przemieszczania się, oraz w pełnym zakresie ochronę przed dyskryminacją (w tym zakaz ograniczeń w dostępie do rynku) i ochronę przed ograniczaniem spółek w korzystaniu ze swobody rozpoczynania i prowadzenia działalności w innych państwach członkowskich.

Nie jest dopuszczalna dyskryminacja spółek utworzonych zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego i nie posiadających statutowej siedziby, zarządu bądź głównego przedsiębiorstwa na terytorium państwa przyjmującego.²⁰⁷ Dotyczy to zarówno dyskryminacji bezpośredniej, efektywnej ze względu na statutową siedzibę, zarząd bądź zakład główny w innym państwie członkowskim, jak i dyskryminacji pośredniej, polegającej na stosowaniu w systemie prawnym państwa przyjmującego innych kryteriów różnicujących, a prowadzących do osłabienia pozycji rynkowej podmiotu obcego. Szczególnie istotna z punktu widzenia inwestorów zagranicznych jest gwarancja niedyskryminacji podatkowej. TSUE w sprawie *Futura Participation*²⁰⁸ ustalając, czy doszło do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową spółki, skonstatował, iż konieczne jest ustalenie, czy sytuacja prawna spółki krajowej i spółki pochodzącej z innego państwa członkowskiego są porównywalne. Nieporównywalność statusu prawnego uniemożliwia zdaniem Trybunału wskazanie naruszenia swobody przedsiębiorczości w związku z różnicowaniem podmiotów w przepisach państwa przyjmującego.²⁰⁹ Natomiast uzależnianie zwolnień podatkowych od spełnienia wymogu rejestracji spółki w państwie przyjmującym stanowi zabronioną dyskryminację bezpośrednią, jak to ocenił TSUE w sprawie *Royal Bank of Scotland*.²¹⁰ Zabronione jest również stosowanie przepisów uzależniających przyznanie przywilejów podatkowych od spełnienia temu podobnych wymogów. Przykładowo konieczność posiadania siedziby dla

²⁰⁶ Por. Orzeczenie TSUE nr C-255/97 pkt 21 w sprawie *Pfeiffer*

²⁰⁷ Por. Orzeczenia TSUE nr 270/83 pkt 18 w sprawie *Komisja przeciw Francji* i C-330/91 pkt 13 w sprawie *Commerzbank*

²⁰⁸ Orzeczenie TSUE nr C-250/95 z 15.05.1997 w sprawie *Futura Participations et. al.*

²⁰⁹ Ibidem, pkt 22

²¹⁰ Orzeczenie TSUE nr C-311/97 w sprawie C-311/97, TSUE, sprawa *Royal Bank of Scotland*

celów podatkowych (*fiscal residence*) w państwie przyjmującym dyskryminuje spółki z innych państw członkowskich w sposób pośredni, a zatem stanowi naruszenie swobody rozpoczynania i prowadzenia działalności, w rozumieniu art. 49 TFUE.²¹¹

Inwestor z innego państwa członkowskiego nie musi posiadać na obszarze państwa przyjmującego statutowej siedziby, zarządu ani przedsiębiorstwa głównego (pierwotna swoboda przedsiębiorczości spółek)²¹², podobnie jak nie jest zobowiązany przepisami prawa miejscowego do wyboru określonej formy prawnej (wtórna swoboda przedsiębiorczości spółek)²¹³. Państwo przyjmujące nie może też skutecznie odmówić rejestracji podmiotu zależnego bądź oddziału spółki założonej w państwie członkowskim pochodzenia inwestora nawet wówczas, gdy spółka nie prowadzi tam rzeczywistej działalności gospodarczej²¹⁴. Jest to dopuszczalne jedynie w drodze wyjątku, ze względu na ważny interes społeczny wymagający ochrony prawnej (wymóg imperatywny o charakterze ogólnym), np. gdy założenie spółki ma na celu unikanie wykonywania zobowiązań względem publicznych i prywatnych wierzycieli²¹⁵. W orzeczeniu z 2003 w sprawie *SEVIC*²¹⁶ Trybunał Sprawiedliwości potwierdził dopuszczalność ochrony ważnego interesu publicznego przez państwo przyjmujące, takiego jak ochrona wierzycieli bądź udziałowców mniejszościowych, zapewnienie uczciwości transakcji, czy też skuteczności kontroli podatkowej. Jednocześnie uznał za niezgodne z prawem europejskim przepisy krajowe traktujące odmiennie łączenie spółek lokalnych i łączenie spółek, z których przynajmniej jedna jest spółką zagraniczną w rozumieniu prawa krajowego. Podobnie za naruszające swobodę przedsiębiorczości Trybunał uznał przepisy krajowe stanowiące podstawę do odmowy wpisu do krajowego rejestru handlowego połączenia poprzez rozwiązanie spółki bez jej likwidacji i przeniesienie całego majątku na inną spółkę, gdy jedna z nich jest spółką zagraniczną, podczas gdy wobec spółek wyłącznie lokalnych ustawodawca takiej restrykcji nie przewidział.²¹⁷

²¹¹ Por. Orzeczenie TSUE nr C-330/91 pkt 15 w sprawie *Commerzbank*

²¹² Por. C-270/83, op. cit., pkt 22

²¹³ Por. Orzeczenie TSUE nr C-101/94 Komisja Przeciwko Włochom

²¹⁴ Por. Orzeczenie TSUE nr C-212/97 pkt 21-22 w sprawie *Centros*

²¹⁵ Ibidem, pkt 38

²¹⁶ Orzeczenie TSUE nr C-411/03 z 13.12.2005 w sprawie *SEVIC Systems*, pkt 23 i 28

²¹⁷ Szerzej: *Traktat ustanawiający Unię Europejską. Komentarz pod redakcją Andrzeja Wróbla*, op. cit., 917ff

3.2.4. Swoboda przepływu kapitału w prawie europejskim

W odróżnieniu od swobody przedsiębiorczości spółek i swobody świadczenia usług, swoboda przepływu kapitału, która umożliwia inwestycje bezpośrednie, dotyczy nie tylko transferów między państwami członkowskimi, ale również między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. W orzeczeniu w sprawie *Ospelt* Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził naruszenie europejskiej swobody przepływu kapitału w związku ze zbyt restrykcyjną ustawą o nabywaniu nieruchomości przez podmioty zagraniczne w stosunku do fundacji z siedzibą w Liechtensteinie, niebędącym stroną traktatów wspólnotowych.²¹⁸ Przedmiotem swobody przepływu kapitału są inwestycje bezpośrednie wykonywane przez podmioty zagraniczne (nierezydentów) w państwie przyjmującym bądź podmioty krajowe (rezydentów) za granicą. Stosowany w prawie europejskim w związku ze swobodą przepływu kapitału termin inwestycje bezpośrednie (*direct investments*) odnosi się w szczególności do obejmowania i nabywania akcji w spółkach handlowych. W orzecznictwie w związku z inwestycjami bezpośrednimi dominuje problematyka nadmiernych uprawnień państwa w prywatyzowanych spółkach, opodatkowania nabywania akcji i wykonywania praw z akcji, w tym prawa do dywidendy. Ograniczenia w dokonywaniu inwestycji bezpośrednich mogą wynikać z nadmiernych wymogów administracyjnych, np. konieczności uzyskania zgody na inwestycję. W orzeczeniu w sprawie *Association Eglise* Trybunał Sprawiedliwości UE ocenił, iż francuskie przepisy uprawniające właściwego ministra do odmowy zezwolenia na dokonanie inwestycji bądź zakazu wykonywania inwestycji ze względu na zagrożenie dla porządku publicznego stanowią ograniczenie swobody przepływu kapitału.²¹⁹

W pkt. 21 wyroku TSUE z 31.01.1984 w połączonych sprawach G.Luizi i G.Carbone przeciwko włoskiemu Ministerstwu Skarbu TSUE odnosząc się do art. 106 w powiązaniu z art. 67 Traktatu EWG zdefiniował pojęcie transferu kapitału (przepływu kapitału) i różne od niego pojęcie płatności bieżącej, opierając się na załącznikach do dwóch dyrektyw wydanych przez Radę Europejską na podstawie art. 69: "płatności bieżące (*payments*) stanowią transfer waluty obcej, co jest świadczeniem w kontekście leżącej u jego podstaw transakcji, podczas gdy przepływy kapitału (*transfer of capital*) to operacje finansowe, które w swojej istocie

²¹⁸ TSUE nr C-452/01, op. cit.

²¹⁹ TSUE nr C-54/99, op. cit.

dotyczą inwestowania funduszy (...), a nie wynagrodzenia za usługę."²²⁰ Przy okazji Trybunał przypominał też, iż transfery w odniesieniu do tzw. transakcji niewidocznych (*invisible transactions*), tj. nie powiązanych z przepływem towarów, usług, kapitału ani osób, zostały zliberalizowane dyrektywą nr 63/474 z 30 lipca 1963.²²¹ W tym ujęciu transfer kapitału dotyczył inwestycji (bezpośrednich i portfelowych), a przepływy funduszy związanych z transakcjami handlowo-usługowymi stanowiły płatności. Jednakże już z dniem 1 lipca 1990 roku dyrektywą nr 88/361/EWG z 24.06.1988 dokonano pełnej liberalizacji przepływu kapitału, znosząc ograniczenia dla transakcji walutowych i im podobnych dla podmiotów z siedzibą na terytorium EWG, a przy tym zrównując w zasadzie status prawny transferu kapitału i płatności bieżących.

Z punktu widzenia gwarancji traktatowych dla swobodnego przepływu kapitału europejskie definiowanie transferu kapitału, płatności bezpośrednich i transakcji niewidocznych ma o tyle znaczenie, iż zgodnie z art. 63 TFUE zabronione są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału i płatności (w tym również rozliczeń niewidocznych), jako związanych z bieżącym bilansem płatniczym w związku z importem i eksportem usług, głównie w takich branżach jak bankowość, ubezpieczenia, transport czy turystyka²²² między państwami członkowskimi UE, a także między państwami członkowskimi UE a państwami trzecimi. Ze swobody transferu kapitału mogą zatem korzystać zarówno korporacje transnarodowe z siedzibą w jakimkolwiek kraju członkowskim UE, jak i podmioty mające interesy gospodarcze w tych krajach.

²²⁰ Orzeczenie prejudycjalne w połączonych sprawach C-286/82 i C-26/83 (*Luisi and Carbone v. Ministero Del Tesoro*), *European Court Reports* 1984 -00377

²²¹ 63/474/EWG, *Dz.U.* 61 z 19 04 1963, str. 1275/63. Por. też obecny art. 63 ust. 2 i art. 106 ust. 3 TFUE

²²² Zgodnie z Załącznikiem do dyrektywy 63/474/EWG transakcjami niewidocznymi są: marże i opłaty bankowe, koszty reprezentacyjne, uczestnictwo filii i oddziałów w kosztach stałych spółek matek mających siedzibę za granicą i odwrotnie, różnice, zabezpieczenia i depozyty należne z tytułu operacji terminowych dokonywanych na towarach, zgodne z przyjętą praktyką handlową, składki (z wyłączeniem składek stanowiących wynagrodzenie za usługi i składek przekazywanych publicznym lub prywatnym instytucjom ubezpieczeń społecznych), wydatki budżetowe na potrzeby rządu (koszty reprezentacji za granicą, składki z tytułu przynależności do organizacji międzynarodowych), podatki, koszty sądowe, opłaty z tytułu rejestracji patentów i znaków towarowych, odszkodowania i odsetki, odszkodowania, o ile nie mają charakteru kapitału, zwroty w przypadku unieważnienia umów i zwroty z tytułu nieodebranych płatności, kary pieniężne, okresowe rozliczenia związane z publicznymi usługami transportu, poczty, telegrafu i telefonu, wpływy konsularne, świadczenia o charakterze alimentacyjnym wynikające z przepisów prawnych lub z orzeczenia sądowego, jak również pomoc finansowa w trudnej sytuacji, opłaty z tytułu dokumentacji wszelkiego typu dokonywanej przez upoważnione kantory walutowe na własny rachunek, nagrody sportowe i wpływy z wyścigów.

Wielostronne traktaty międzynarodowe, jak TFUE czy GATS, zasadniczo nie definiują pojęcia transferu kapitału. Porozumienie MFW (*IMF Agreement*) przyjęło w art. XXX definicję negatywną, jako "*any payments that are not for the purpose of transferring capital*".²²³ Nie wydaje się jednak, aby zarówno ściśle definiowanie tych pojęć jak i rozróżnianie pomiędzy transferem kapitału a płatnościami bieżącymi miały istotne znaczenie z punktu widzenia traktatowej ochrony przepływu funduszy związanych z działalnością korporacji transnarodowych. Po pierwsze ze względu na postępującą liberalizację przepływów pieniężnych i kapitałowych. A po wtóre ze względu na odrębne postanowienia poszczególnych traktatów inwestycyjnych i handlowych, uwzględniających specyfikę uwarunkowań, w jakich działają podmiotów, powołujące się na ochronę traktatową. Pamiętać bowiem w tym kontekście należy, iż wielostronne traktaty powszechne, ponadregionalne czy regionalne należy traktować jako *lex generalis* wobec traktatów dwustronnych, stanowiących źródło prawa szczególne.²²⁴ Dodatkowo traktaty często traktują pojęcia przepływu kapitału i płatności tożsamo, czy też inaczej mówiąc, przyjmują definicję transferu płatności *sensu largo* i zawierają w niej wszelkie transfery środków finansowych powiązanych z określoną międzynarodową działalnością gospodarczą. Przykładem może tu być amerykańsko-argentyński Traktat o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, który w ust. 1 artykułu V poświęconym gwarancjom dla swobodnego i bezzwłocznego transferu środków związanych z inwestycjami, obok przychodów z kapitału (*returns*) czy odszkodowań za wywłaszczone mienie (*compensation for expropriation*), wymienia też płatności w związku z bieżącą działalnością operacyjną powiązaną bezpośrednio z inwestycją (*payments made under a contract*).²²⁵

Dla korporacji inwestującej swój kapitał poza granicami kraju pochodzenia kluczowe jest ograniczenie ryzyka strat kapitałowych. W tym celu lobbują one na rzecz zawierania w traktatach możliwie szerokich gwarancji chroniących swobodę transferu na wszystkich

²²³ Więcej na ten temat: Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), *WTO - Trade in Services*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Koninklijke Brill NV, Leiden (Netherlands) 2008; Warto przeczytać zwłaszcza rozdział poświęcony Art. XI "*Transfers and Payments*", opracowany przez Benedicta F. Christa i Marion Panizzon, str. 245 do 257.

²²⁴ Przypadek UE jest wyjątkowy, co wiąże się z wyposażeniem tej organizacji przez państwa-strony TFUE w kompetencje wyłączne w zakresie wspólnej polityki handlowej, w tym również do zawierania międzynarodowych traktatów handlowych i inwestycyjnych, zgodnie z art. 3 ust. 2 TFUE.

²²⁵ Treaty between United States of America and The Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Washington, November 14, 1991, 31 I.L.M. 124 (1992)

etapach inwestycji. Niemiecki traktat wzorcowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji kapitałowych proponuje standardowe gwarancje dla: zainwestowanego kapitału (w różnych okresach życia inwestycji), przychodów z kapitału, odsetek od zainwestowanego kapitału, dochodów z likwidacji inwestycji bądź zbycia udziałów w inwestycji, a także odszkodowania z tytułu wywłaszczenia bądź środka o skutku równoważnym.²²⁶ W podobny sposób gwarantuje korporacjom transfer możliwie pełnych należności kapitałowych większość traktatów dwustronnych.

Dla zapewnienia jednak efektywności transferu kapitału, konieczne są dodatkowe postanowienia traktatowe. Przywołany wyżej *Deutscher Mustervertrag 2009* zawiera kilka wymogów uzupełniających. Przede wszystkim transferowanie kapitału powinno móc odbywać się niezwłocznie (*unverzöglich*). Niezwłoczny jest transfer, którego dokonanie nie zabiera więcej czasu, niż jest to konieczne przy standardowych możliwościach przesyłu. Termin realizacji transferu biegnie od daty doręczenia stosownego wniosku bądź zgłoszenia planowanego transferu i nie może w żadnym razie być dłuższy niż dwa miesiące.²²⁷ Ponadto, jeśli nie jest możliwe określenie kursu rynkowego waluty, obowiązywać ma uśredniony kurs komunikowany przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy na dzień realizacji płatności.²²⁸ Przyjmuje się, iż podmiotowi zagranicznemu chcącemu dokonać transferu kapitału przysługuje możliwość dokonania tego w walucie wymiennej (*convertible currency*). Część traktatów uściśla - jak w przypadku art. 11 ust. 2 kanadyjsko-nigeryjskiego traktatu inwestycyjnego z 2013 - iż transfer kapitału będzie następował w walucie, w jakiej dokonano inwestycji bądź w innej walucie wymiennej, uzgodnionej między inwestorem a państwem-stroną traktatu.²²⁹

Większość traktatów bilateralnych zawiera otwartą listę typów transferów objętych ochroną. Przykładem może tu być Traktat brytyjsko-kolumbijski o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji zagranicznych, specyfikujący w art. 5.1. transfery z tytułu kapitału

²²⁶ Deutscher Mustervertrag 2009 über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen; źródło: www.iilcc.uni-koeln.de/fileadmin/institute/iilcc/Dokumente/matrechtinvest

²²⁷ Ibidem, por. art. 5 ust. 2

²²⁸ Ibidem, art. 5 ust. 3. Patrz również art. 12 ust. 2 traktatu kanadyjsko-chińskiego Agreement between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, który wszedł w życie 1 października 2014.

²²⁹ Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria for the Promotion and Protection of Investments; źródło: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux>

zakładowego, przychodów z kapitału, rekompensat w tytułu wywłaszczenia, kar umownych w związku ze sporami inwestycyjnymi, płatności bieżących związanych z realizacją inwestycji, dochodów ze zbycia bądź likwidacji składników majątku inwestycyjnego, jak też środków na dokapitalizowanie inwestycji.²³⁰ Jako przychody z kapitału (*returns on investment*) - co pozostaje zasadniczym celem typowej działalności inwestycyjnej korporacji transnarodowej - definiuje przy tym w sposób powszechnie przyjęty w szczególności: zyski, dywidendy i odsetki, dochody ze zbycia składników majątkowych, dochody z licencji i honoraria autorskie.²³¹

Cytowany traktat brytyjsko-kolumbijski zawiera charakterystyczne postanowienia wyłączające ochronę transferu kapitałowego ze względu na interes państwa: "Nie naruszając postanowień niniejszego artykułu, Strona umowy może obwarować dodatkowymi warunkami bądź uniemożliwić transfer kapitału wykonując przysługujące jej prawo słusznie, niedyskryminująco i w dobrej wierze, w związku z postępowaniem układowym, naprawczym bądź upadłościowym, na podstawie decyzji administracyjnych bądź wyroków sądowych, oraz zgodnie z obowiązującym prawem pracy i prawem podatkowym."²³² Oprócz spełnienia wymogów słuszności, dobrej wiary i niedyskryminującego charakteru podjętego środka ograniczającego transfer kapitału, traktaty powołują też wymóg zachowania proporcjonalnego w stosunku do realizacji wyznaczonego celu publicznego.²³³

Powody, dla których państwa-strony międzynarodowych traktatów inwestycyjnych i handlowych stosują środki władcze ograniczające swobodę przepływu kapitału należącego do zagranicznych podmiotów prywatnych, mogą być różnej natury. Część traktatów przewiduje możliwość ograniczeń dla transferu kapitału w związku z zaistnieniem sytuacji kryzysowych, jak choćby zachwianie równowagi płatniczej państwa (*balance of payment difficulties*), konieczność ochrony praw wierzycieli (*protection of creditors rights*) czy też ochrony rynku

²³⁰ Por. Art.5 "Free Transfer of Investments and Returns" traktatu *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia*; traktat został podpisany w Bogocie w 2010, ratyfikowany przez stronę brytyjską 10 lipca 2014; źródło: <http://www.theguardian.com/global-development/2014>

²³¹ Ibidem, por. Art. 1.3. "Returns"

²³² Ibidem, art. 5.3., tłumaczenie własne

²³³ N. Jansen Calamita, *International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties – Constitutional Considerations*, in: Freya Baetens (ed.), *The Interaction of International Investment Law with other Fields of Public International Law*, Cambridge University Press 2013, 12ff)

papierów wartościowych (*security market transactions*).²³⁴ Przykładem może tu być art. XII Układu Ogólnego w sprawie Handlu Usługami (GATS) stanowiący, iż w przypadku poważnych trudności w zakresie bilansu płatniczego i finansów zagranicznych albo zagrożenia nimi państwo może wprowadzić albo utrzymywać ograniczenia dla płatności lub transferów kapitału transakcyjnego w związku ze szczególnymi zobowiązaniami (*specific commitments*).²³⁵

Niekiedy transfery kapitałowe podlegają ograniczeniom wbrew woli stron umowy. Jest to zwykle spowodowane koniecznością dotrzymania innych zobowiązań traktatowych, jak choćby decyzji podejmowanych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ na podstawie art. 25 Karty Narodów Zjednoczonych w odniesieniu do przypadków, o których mowa w rozdziale VII Karty, tj. zagrożenia pokoju, naruszenia pokoju oraz aktów agresji, mogących wiązać się z nałożeniem sankcji ekonomicznych na określone państwo. Zamrożenie zagranicznych rachunków bankowych korporacji pochodzących z takiego państwa będzie stanowiło istotne ograniczenie swobody przepływu kapitału, lecz nie będzie pogwałceniem prawa międzynarodowego.

Podobny skutek odniesie wykonanie postanowień przepisu art. 75 TFUE, który dla realizacji celów wymienionych w art. 67 w odniesieniu do zapobiegania terroryzmowi i działalności powiązanej przewiduje, iż "Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, określają ramy środków administracyjnych dotyczących przepływu kapitału i płatności, takich jak zamrożenie funduszy, aktywów finansowych lub zysków z działalności gospodarczej, które należą do osób fizycznych lub prawnych, grup lub innych podmiotów innych niż państwa, są w ich posiadaniu lub dyspozycji."²³⁶ Niewykonanie postanowień art. 75 TFUE w postaci braku możliwości zastosowania środków administracyjnych dotyczących przepływu kapitału i

²³⁴ Jonathan S. Hamilton, Omar E. Garcia-Bolivar, Hernando Otero (eds.), *Latin American Investment Protections. Comparative Perspectives on Laws, Treaties and Disputes for Investors, States and Counsel*, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden (Netherlands) 2012, 185ff

²³⁵ Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami, zawarty w ramach Urugwajskiej Rundy Negocjacyjnej Światowej Organizacji Handlu, wszedł w życie 1 stycznia 1995, Dz. U. L336 z 23.12.1994. W dalszej części art. XII GATS uznaje się, że wyjątkowy nacisk na bilans płatniczy państwa znajdującego się w trakcie rozwoju ekonomicznego lub w okresie transformacji gospodarczej może spowodować konieczność zastosowania ograniczeń w celu zapewnienia, między innymi, utrzymania poziomu rezerw finansowych odpowiedniego dla wprowadzania programu rozwoju gospodarczego lub programu transformacji gospodarczej.

²³⁶ Art. 75 TFUE (dawny art. 60 TWE), Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 9 maja 2008, C 115/75

płatności na podstawie dwustronnego traktatu handlowego bądź inwestycyjnego skutkowało w przypadku niektórych państw członkowskich UE (Austrii, Finlandii i Szwecji) uznaniem przez TSUE traktatów za niezgodne z prawem europejskim.²³⁷ W orzeczeniu z 3 marca 2009 TSUE wskazał, iż Austria i Szwecja nie dopełniły obowiązku wynikającego z art. 307 ustęp 2 TWE, ponieważ nigdy nie podjęły właściwych środków dla usunięcia niezgodności z prawem europejskim postanowień dot. przepływu kapitału i płatności, zawartych we wskazanych traktatach dwustronnych o ochronie i wzajemnym popieraniu inwestycji. Postępowanie przeprowadzono w związku z zarzutem Komisji o niezgodności postanowień BIT gwarantujących inwestorom swobodny transfer kapitału i płatności bez zbędnej zwłoki w wymienialnej walucie. Postanowienia mogłyby zdaniem Komisji uniemożliwić zastosowanie przez Radę ograniczeń w przepływie kapitału i płatności, co należało do zakresu kompetencji dzielonych, w wykonywaniu których Rada miała prawo podjąć środki restrykcyjne w oparciu o art. 57, 59 i 60 TWE. Komisja twierdziła, iż nawet gdyby Rada wprowadziła restrykcje, państwa-strony BIT nadal musiałyby wypełniać swoje zobowiązania międzynarodowe, a to skutkowałoby brakiem jednolitości stosowania prawa wspólnotowego.²³⁸

3.3. Prawo międzynarodowe

3.3.1. Rozwój międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Deregulacja światowego handlu i umożliwienie alokacji kapitału w celu dokonywania inwestycji technologiczno-produkcyjnych i infrastrukturalnych jest zasadniczo zjawiskiem pożądanym przez wszystkich uczestników tego rodzaju przedsięwzięć, ale też z punktu widzenia inwestora towarzyszą jej nowe czynniki ryzyka. Nie ulega wątpliwości, iż usuwanie instrumentami prawnymi barier o charakterze protekcyjnym, zwłaszcza celnych i

²³⁷ Orzeczenia w sprawie C-205/06, Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii oraz C-285/06, KE przeciwko Królestwu Szwecji (wyrok TSUE z 3 marca 2009, par. 38), oraz w sprawie C-118/07, KE przeciwko Republice Finlandii (wyrok TSUE z 19 listopada 2009, par. 50)

²³⁸ Por. A. Belohlavek, op. cit., 167ff

podatkowych,²³⁹ podnosi poziom ogólnej swobody gospodarczej²⁴⁰. Liberalizacja postrzegana z perspektywy interesów i praw korporacji transnarodowej jako zbiór działań deregulacyjnych umożliwia bardziej opłacalną działalność inwestycyjną poza granicami państwa pochodzenia. Otwierając swój rynek państwo w przestrzeni prawa wewnętrznego występuje nadal w roli regulatora zachowań prywatnych podmiotów obcych, lecz tym samym wyzbywa się określonych prerogatyw władczych wobec tych podmiotów. Korzystając z liberalizacji rynków i inwestycyjnych zachęt korporacje transnarodowe wzmagają swoją aktywność gospodarczą w różnych częściach świata i tym samym stają się siłą napędową zjawiska globalizacji. Korporacje niosą ze sobą wiedzę technologiczną i zarządczą, ale przede wszystkim kapitał, który oczekują pomnożyć. Starając się zwiększyć na to szanse, ograniczają wszelkie czynniki ryzyka, w szczególności nieprzewidywalne zachowania rządów państw przyjmujących ich kapitał inwestycyjny.²⁴¹ Dla ochrony interesów państwa, w tym dla umożliwienia mu podejmowania suwerennych działań w stosunku do rynku kapitałowego i finansowego z pozycji regulatora, jest powszechną praktyką, iż traktaty handlowe i inwestycyjne przewidują możliwość ograniczenia bądź wyłączenia swobody przepływu kapitału. Ponadto często ograniczają zakres stosowania ogólnej klauzuli swobody przepływu kapitału, poddając ją reżimowi prawnemu państwa przyjmującego inwestycję. Nie oznacza to wprowadzenia nieograniczonego przyzwolenia dla działań władczych państwa w stosunku do inwestora prywatnego, lecz nie jest to dla tego ostatniego sytuacja komfortowa. Niewiele zmieniają w tej kwestii traktatowe zobowiązania państwa do nieograniczania samego prawa do transferu kapitału i płatności. Dla poprawy klimatu inwestycyjnego i zwiększenia poczucia bezpieczeństwa inwestora podejmowanych jest wiele inicjatyw, zwykle w postaci aktów prawa miękkiego.

²³⁹ Konsultacje międzyrządowe dążące do kontrolowanej liberalizacji handlu światowego są prowadzone w sposób permanentny, czego przykładem jest trwająca w Doha Runda Rozwojowa w ramach Światowej Organizacji Handlu. Na IX Konferencji Ministerialnej WTO w grudniu 2013 przyjęto kolejny pakiet deregulacyjny w postaci Porozumienia o Ułatwieniach w Handlu (*Trade Facilitation Agreement*, TFA), przyjęte przez członków WTO na konferencji ministerialnej w lipcu 2015. Traktaty typu FTA negocjowane przez UE (jak CETA i TTIP) są również przykładem liberalizacji międzynarodowego handlu.

²⁴⁰ Joseph E. Stiglitz, *Globalizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, 7

²⁴¹ W standardzie językowym *American English* odpowiednikiem wyrazu *kapitał* jest *capital*, podczas gdy w krajach *Commonwealth* (Wlk. Brytania, Australia, Nowa Zelandia, Kanada, Irlandia, ale też Chiny spoza Wspólnoty Brytyjskiej) posługujących się standardem *British English* jest nim *investment*. Stąd też wyrazy te są często stosowane zamiennie, a *inwestycje* traktowane jako synonim *przepływów kapitałowych (capital flow)*.

Do końca lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku ochrona inwestycji zagranicznych korporacji była gwarantowana głównie prawem międzynarodowym zwyczajowym, w szczególności wymogiem stosowania tzw. minimalnego standardu ochrony cudzoziemca (*minimum standard of treatment*). Standard ten wprowadziły do umów handlowych w XIX wieku USA dla ochrony praw i interesów swoich inwestorów w Ameryce Łacińskiej, a państwa europejskie przejęły zarówno *longa consuetudo* jak i przekonanie o mocy prawnej stosowanej praktyki, bez czego standard ten nie mógłby stać się normą zwyczajową. Problem ze stosowaniem minimalnego standardu ochrony cudzoziemca pojawił się w połowie XX wieku, kiedy to w szczytowej fazie dekolonizacji znacząca część nowopowstałych państw odmówiła uznania *opinio iuris* tego standardu, co wydaje się zrozumiałe biorąc pod uwagę ograniczone możliwości jego praktycznej realizacji w przypadku uznania. Niezależnie od tego, minimalny standard nigdy nie dawał ani pełnej ochrony przed zasadniczymi czynnikami ryzyka (w orzecznictwie klauzule ochrony cudzoziemca nie są zwykle utożsamiane z nakazem niedyskryminacji), ani też możliwości samodzielnego dochodzenia roszczeń w prawie międzynarodowym.²⁴²

W tej sytuacji w drugiej połowie lat pięćdziesiątych wypracowano dodatkowe mechanizmy prawnej ochrony inwestorów i inwestycji zagranicznych. Nastąpiła era klauzul ochronnych zawartych w dwustronnych traktatach o ochronie i wzajemnym popieraniu inwestycji. Od początku formowania się nowego ładu powojennego podejmowano próby stworzenia powszechnego prawa inwestycyjnego, ale nigdy do tego nie doszło. Nie zawarto żadnego traktatu wielostronnego o zasięgu ogólnoświatowym, co nie może dziwić zważywszy na istotę zjawiska transnarodowości inwestycyjnej. Zgodnie z najczęściej chyba przywoływaną w tym miejscu teorią przewag konkurencyjnych Dunninga duża korporacja przechodzi w fazę transnarodowości jedynie wówczas, gdy według przyjętych analiz strategicznych może liczyć na dominację w obcym otoczeniu prawnoekonomicznym. Zatem muszą istnieć rynki (państwa), które staną się przedmiotem dominacji. Państwa słabiej rozwinięte, zwłaszcza w okresie powojennej dekolonizacji, nie akceptowały w szczególności wypłaty odszkodowań w oparciu o formułę Hull'a forsowaną przez państwa będące

²⁴² Szerzej nt. minimalnego standardu ochrony cudzoziemca: Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2013, 13ff

tradycyjnymi "eksporterami" bezpośrednich inwestycji zagranicznych.²⁴³ Skutecznym mechanizmem zastępczym okazały się traktaty dwustronne, z których pierwszy został zawarty w 1959 między Niemcami a Pakistanem. Dziś obowiązuje ich ponad trzy tysiące. Traktaty wielostronne tworzą jednak swoiste archiwum rozwiązań materialnoprawnych o charakterze niewiążącym, które w przypadku sporu mogą stanowić źródło refleksji prawnej, bądź nawet podstawę rozstrzygnięcia, o ile trybunał uzna prawo ogólne za właściwe. Znacznie donioślejszą rolę pełnią traktaty wielostronne w zakresie proceduralnej ochrony inwestycji.

Pierwszą próbą zawarcia wielostronnego traktatu inwestycyjnego była w 1948 Karta Hawańska Międzynarodowej Organizacji Handlu, która regulowała zasadniczo współpracę handlową w rozdziale poświęconym rozwojowi gospodarczemu państw członkowskich. W projektach tzw. Konwencji Abs-Shovcrossa z 1959 i Konwencji OECD o Ochronie Własności Obcokrajowców z 1967 znalazły się zarówno standardy materialnoprawne jak i mechanizm rozstrzygnięcia sporów państwo-inwestor (ISDS). Pod auspicjami Banku Światowego²⁴⁴ zawarto w 1965 Konwencję o rozstrzygnięciu sporów między państwami i obywatelami innych państw (Konwencja Waszyngtońska), na podstawie której utworzono najważniejsze dziś arbitrażowe forum rozjemcze ICSID (Międzynarodowe Centrum Rozstrzygnięcia Sporów Inwestycyjnych), a w 1985 powołano Wielostronną Agencję Gwarancji Inwestycji (MIGA). Konwencja ICSID nie zapewnia jednak inwestorom żadnych praw materialnych, podobnie jak Konwencja MIGA²⁴⁵. Klauzule ochronne o charakterze materialnoprawnym (podobnie jak zapis na arbitraż) pojawiły w traktatach wielostronnych dopiero w latach 90-tych. Przykładem są tu traktaty regionalne NAFTA²⁴⁶ i MERCOSUR²⁴⁷ oraz jedyny jak dotąd traktat o zasięgu panregionalnym, Traktat Karty Energetycznej. Dzięki

²⁴³ Patrz w tym rozdziale: podrozdział poświęcony prawnemu i ekonomicznemu definiowaniu pojęcia *korporacji transnarodowej*

²⁴⁴ Bank Światowy wyemitował również szereg aktów o charakterze niewiążącym, przede wszystkim *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* z 21.9.1992, ILM 1992, 1379.

²⁴⁵ MIGA oferuje swoim członkom ochronę inwestycji od ryzyka politycznego, wywłaszczenia oraz środków o skutku wywłaszczeniowym, istotnych naruszeń umowy, ryzyka wojny, a także utrudnień w konwersji i transferze kapitału ze strony państwa przyjmującego (art. 11 lit. a. Konwencji MIGA).

²⁴⁶ Załącznik 1 do Uchwały Rady i Komisji 98/181/EG, EGKS, Euratom, z 23 września 1997 o zawarciu Traktatu Karty Energetycznej i Protokołu do Karty Energetycznej w sprawie Efektywności Energetycznej i Aspektów Ochrony Środowiska przez Wspólnoty Europejskie, AblEG Nr. L 69, v. 9.3.1998, 1 (26)

²⁴⁷ Treaty establishing a common market between the Argentine Republic, the Federative Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay, v. 26.3.1991, ILM 1991, 1044.

utworzeniu w 1994 Światowej Organizacji Handlu²⁴⁸ (WTO) standardy ochrony inwestycji związanych z handlem międzynarodowym²⁴⁹ znalazły się w traktatach GATS²⁵⁰ (Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami), TRIPS²⁵¹ (Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności) i TRIMS²⁵² (Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Polityki Inwestycyjnej). Należy wspomnieć również Wielostronne Porozumienie Inwestycyjne (MAI)²⁵³ które mimo usilnych starań negocjacyjnych w ramach OECD nie zostało podpisane, ze względu na zastrzeżenia podniesione przez państwa rozwijające się i organizacje pozarządowe, w szczególności w związku z ograniczeniem możliwości regulacyjnych państwa w odniesieniu do inwestora w okresie trwania inwestycji oraz z zastosowaniem doktryny postępującej liberalizacji (*ratchet effect*).²⁵⁴

3.3.2. Formalne źródła międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Korporacja transnarodowa podlega prawu międzynarodowemu, o ile wyraźnie wyraziła wolę umownego związania się normami tego porządku prawnego, i o ile wola ta została zaakceptowana przez państwo będące stroną umowy. Oddziaływanie norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego²⁵⁵ ogranicza się w zasadzie do implementacji praw człowieka do sfery prawa gospodarczego w oparciu o rezolucję ONZ (projekt konwencji z 2002) pn. *Normy o odpowiedzialności korporacji transnarodowych i innych przedsiębiorstw gospodarczych w odniesieniu do praw człowieka*, choć normatywny charakter tej regulacji

²⁴⁸ Porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu, Dz. U. Nr 98 z 1995, poz. 483

²⁴⁹ Patrz literatura: Brewer/Young, JIEL 1998, Gugler/Chaisse, Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, 2009, Wolf, Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen, in: Tietje/Kraft/Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, zeszyt 61, 2006

²⁵⁰ Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami z 15.4.1994, Dz. U. nr 34 z 1998 r. poz. 195

²⁵¹ Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności, Dz. U. z 1996r. nr 32 poz. 143

²⁵² Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Polityki Inwestycji, Dz. U. z 1996 r., nr 55, poz. 246

²⁵³ *Multilateral Agreement on Investment*, traktat negocjowany w ramach OECD w latach 1995-8

²⁵⁴ *Ratchet effect* - zapożyczona z teorii keynsofskiej konstrukcja zobowiązania umownego uniemożliwiająca powrót do rozwiązania ekonomicznie mniej korzystnego dla strony uprawnionej

²⁵⁵ Szerzej na temat charakteru *ius cogens* regulacji prawnomiędzynarodowych w odniesieniu do korporacji, czytaj: Peer Zumbansen, *Transnational Law, Comparative Research in Law and Economy*, Research Paper 09/2008, Vol. 4, No. 2

zasadza się jedynie na instrumencie uroczystego obwieszczenia (*solemn proclamation*), nie na argumentach natury prawno-systemowej: "*every effort [will] be made so that [the Norms] become generally known and respected*".²⁵⁶

Do stosunku umownego między korporacją transnarodową a państwem mają zastosowanie wymienione w art. 38 ust. 1 Statutu MTS formalne źródła prawa międzynarodowego: traktaty, zwyczaj międzynarodowy i zasady ogólne prawa, a dodatkowo, w postaci środka pomocniczego, orzecznictwo i w ograniczonym stopniu doktryna ("opinie najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów") oraz orzekanie *ex aequo et bono* (o ile strony wyrażą na to zgodę). Jak zauważa prof. Christopher Greenwood, wieloletni sędzia MTS, mimo horyzontalnego charakteru obowiązywania źródeł prawa, praktyka orzecznicza wykazuje tendencję do nadawaniu postanowieniom traktatowym rangi wyższej niż pozostałym tradycyjnym źródłom prawa, choć w odróżnieniu od międzynarodowego prawa zwyczajowego traktat wpływa jedynie na sytuację prawną stron.²⁵⁷ Z kolei w porównaniu z umowami i prawem zwyczajowym, ogólne zasady prawa są powoływane w międzynarodowym orzecznictwie dość rzadko, i zwykle wówczas, gdy sąd rozważa aplikację koncepcji prawnych natury systemowej, jak to miało miejsce choćby w sprawie *Barcelona Traction* w odniesieniu do odrębności osobowości prawnej spółki kapitałowej.²⁵⁸ Problemem katalogu źródeł prawa międzynarodowego zawartego w art. 38 Statutu MTS jest dziś jego niekompletność, której zasadniczym przejawem jest brak umieszczenia tam aktów prawa stanowionego przez organy ONZ.²⁵⁹

Wraz z podpisaniem pierwszego dwustronnego traktatu inwestycyjnego i zawarciem w nim klauzuli ramowej pojawiło się zjawisko kontraktów umiędzynarodowionych. Wprowadzenie nie stanowią one źródła prawa powszechnie obowiązującego, lecz niewątpliwie kształtują stosunek prawny między prywatną spółką kapitałową prawa krajowego²⁶⁰ a państwem (innym

²⁵⁶ UN Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12, 2003

²⁵⁷ William H. Boothby, *Conflict Law*, TMS Asser Press, The Hague 2014, 440f

²⁵⁸ Orzeczenie w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment, 5 February 1970, 1970 ICJ Reports 3

²⁵⁹ Christopher Greenwood, *Sources of International Law: An Introduction*, http://legal.un.org/avl/pdf/ls/greenwood_outline.pdf

²⁶⁰ Jedyną spółką kapitałową o charakterze transgranicznym, której działalność opiera się na prawie niekrajowym jest regulowana prawem europejskim spółka europejska (*societas europea*).

niz *home state* spółki) w oparciu o reguły prawa międzynarodowego publicznego. Głównym źródłem praw i obowiązków o charakterze międzynarodowym staje się wtedy dla korporacji transnarodowej bezpośrednio obowiązujący w stosunku do niej traktat inwestycyjny. Jak dotąd nie powiodły się próby uporządkowania międzynarodowego prawa inwestycyjnego w traktacie powszechnym, ustanawiającym zarówno normy materialne *erga omnes*, jak i gwarantującym spójny sposób procedowania, w tym skonsolidowane, dwuinstancyjne sądownictwo.

Wobec braku inwestycyjnego porozumienia wielostronnego, działalność podstawowa korporacji transnarodowych jest w prawie międzynarodowym regulowana dwustronnymi międzyrządowymi umowami w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (*bilateral investment treaties, BIT*)²⁶¹. Państwa członkowskie UE zawarły dotąd ponad 1400 tego rodzaju umów, w tym Polska 61 - w większości z państwami wyżej rozwiniętymi lub o znaczącym potencjale gospodarczym. Częściowo problematykę inwestycji zagranicznych regulują również traktaty o stosunkach handlowych i gospodarczych, w tym zwłaszcza porozumienia o wolnym handlu (*free trade agreements, FTA*), spośród których najbardziej rozbudowaną ochronę inwestycji i inwestora oferuje traktat północnoamerykański NAFTA z 1994 i porozumienia na nim wzorowane (CAFTA, CORUS, czy najnowszy traktat o zasięgu transpacyficznym: TPP²⁶²).

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów (KPWT)²⁶³ definiuje w art. 2 lit. a) traktat międzynarodowy jako porozumienie między państwami, zawarte w formie pisemnej i regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, w jakiej ilości dokumentów jest ono ujęte, i bez względu na jego szczególną nazwę. Trzeba zauważyć, iż jest to definicja powstała wyłącznie na użytek interpretacji postanowień samej Konwencji, której zakres ograniczono do traktatów między państwami.²⁶⁴ Zgodnie z art. 3 KWPT nie stosuje się ani do

²⁶¹ Częściowo problematykę inwestycji zagranicznych regulują również odnośne postanowienia traktatów o stosunkach handlowych i gospodarczych, w tym zwłaszcza porozumienia o wolnym handlu (*free trade agreements*), z traktatem NAFTA na czele.

²⁶² *Trans-Pacific Partnership*, wielostronna umowa regulująca zasady handlu, zawarta 5 października 2015 przez dwanaście krajów z regionu Azji i Pacyfiku, w tym przez USA, Australię, Meksyk, Japonię i Chiny. W 2017 Traktat ten został wypowiedziany przez administrację D.Trumpa.

²⁶³ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969, Dz. U. z dnia 1 sierpnia 1990, nr 74, poz. 439

²⁶⁴ Zgodnie z art. 3 KWPT nie stosuje się ani do porozumień międzynarodowych, zawartych między państwami a innymi podmiotami prawa międzynarodowego lub między takimi innymi podmiotami prawa

porozumień międzynarodowych, zawartych między państwami a innymi podmiotami prawa międzynarodowego lub między takimi innymi podmiotami prawa międzynarodowego, ani do porozumień międzynarodowych zawieranych w formie innej niż pisemna, co jednak nie wpływa na moc prawną takich porozumień. Z punktu widzenia międzynarodowych traktatów inwestycyjnych istotne jednak jest to, iż KWPT normuje kwestie ich zawierania, przestrzegania, stosowania, interpretacji, modyfikacji, nieważności, wygaśnięcia czy zawieszenia działania.

Do zawarcia traktatu każda z jego stron musi być wyposażona w atrybut pełnej zdolności traktatowej (*ius tractatum*), co odróżnia traktat od porozumienia międzynarodowego jako kategorii szerszej. Z punktu widzenia mocy normatywnej każde zobowiązanie zawarte w traktacie jest zobowiązaniem prawnym, gdyż z braku innego porządku regulującego zachowania podmiotów nie ma alternatywy dla prawa międzynarodowego w relacjach międzynarodowych.²⁶⁵ Komisja Prawa Międzynarodowego zauważa, iż istotą umowy międzynarodowej jest kreowanie zobowiązań prawnych, mających przy tym w odróżnieniu od kontraktów wymiar *law making*.²⁶⁶

Międzynarodowy porządek prawny w zakresie ochrony inwestycji i inwestora opiera się w zasadniczej mierze na traktatach dwustronnych. Mimo znacznego podobieństwa struktury i treści (klausul materialnych) traktatów inwestycyjnych, nie tworzą one wspólnego standardu ochrony prawnej. Ich podstawowym zadaniem jest podniesienie poziomu bezpieczeństwa prawnego podmiotów zgodnie z uzgodnionym *ratione personae* dla przyciągnięcia kapitału obcego i dla ochrony rodzimych korporacji przyjmowanych przez stronę drugą. W związku z tym generują one w odniesieniu do podmiotów typu korporacyjnego znacznie więcej praw niż obowiązków. Pośród klauzul ochrony praw i interesów korporacji transnarodowych wymienić trzeba gwarancje swobodnego przepływu kapitału, zakaz wywłaszczania, zakaz dyskryminacji, czy też klauzule zapewniające traktowanie specjalne bądź nie gorsze niż podmiotów konkurencyjnych. Tradycyjnie

międzynarodowego, ani do porozumień międzynarodowych zawieranych w formie innej niż pisemna, co jednak nie wpływa na moc prawną takich porozumień, ani na zastosowanie do nich norm Konwencji, którym podlegałyby one na podstawie prawa międzynarodowego niezależnie od tej konwencji, ani też na zastosowanie konwencji do wzajemnych stosunków między państwami, opartych na porozumieniach międzynarodowych, których stronami są również inne podmioty prawa międzynarodowego.

²⁶⁵ Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, Den Haag 1996, 156ff

²⁶⁶ Jarosław Sozański, *Prawo Traktatów*, PWR Iuris, Warszawa 2009, 69

międzynarodowa działalność handlowa i inwestycyjna była możliwa dzięki przyjętym zwyczajowo i z czasem upowszechnionym standardom ochrony cudzoziemca. Naruszenie tych standardów stanowiło naruszenie prawa międzynarodowego, a państwo przynależności strony poszkodowanej mogło wystąpić z roszczeniem w ramach sprawowania opieki dyplomatycznej. Sytuację zmieniło zawarcie kilku tysięcy traktatów BIT i FTA, regulujących możliwie szeroko (choćby poprzez klauzulę traktowania bezstronnego i słusznego) materię ochrony inwestycji i kapitału. Dopóki jednak nie uda się wynegocjować powszechnego traktatu inwestycyjnego, dopóty zwyczaj międzynarodowy będzie nadal stanowił źródło prawa dla ustalenia treści norm umów, dla których wybrano jurysdykcję prawa międzynarodowego.²⁶⁷

Zdarzają się w orzecznictwie przypadki wykorzystywania zwyczaju międzynarodowego do prób ograniczenia roli państwa jako legislatora. W orzeczeniu w sprawie *CMS GTC przeciwko Argentynie* (podobnie jak w wielu innych orzeczeniach w sporach rozstrzyganych w oparciu o art. 1105 traktatu NAFTA) trybunał arbitrażowy utożsamiał *de facto* obowiązek respektowania traktatowej zasady traktowania bezstronnego i słusznego z *opinio iuris* minimalnego standardu traktowania cudzoziemca, stanowiącego normą zwyczajową.²⁶⁸ Standard ten był przez niemal cały XX wiek orężem w rękach państw rozwiniętych (głównie USA), eksportujących poprzez swoje korporacje kapitał do państw rozwijających się, a jego celem było ograniczenie możliwości regulacyjnych lokalnych rządów wobec tych korporacji. W odpowiedzi państwa przyjmujące chętnie stosowały wywodzącą się z *lex mercatoria* klauzulę traktowania narodowego, gwarantującą zagranicznym inwestorom traktowanie nie lepsze niż podmiotów macierzystych.

Zasadnicze znaczenie dla bezpieczeństwa inwestycyjnego korporacji transnarodowych ma obowiązek wypłaty odszkodowania pieniężnego przez państwo dokonujące wywłaszczenia. Jest to norma prawa zwyczajowego regulująca stosunek zobowiązaniowy co do meritum, nie wynikająca z naruszenia prawa międzynarodowego, a zatem nie traktująca odszkodowania jako formy odpowiedzialności - co zresztą potwierdza tezę o legalności wywłaszczenia prywatnego podmiotu obcego przy założeniu spełnienia określonych

²⁶⁷ Szerzej: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008

²⁶⁸ Orzeczenie w sprawie *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, par. 284

warunków.²⁶⁹ Trzeba dodać, iż prawo zwyczajowe ma w przypadku traktatów inwestycyjnych status równoważny do innych źródeł prawa międzynarodowego ogólnego (zgodnie z art. 31 KWPT), jest jednak traktowane często jako środek pomocniczy w przypadku zaistnienia konieczności zapewnienia luki interpretacyjnej.

Zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane nie konstytuują wprawdzie zwartego porządku prawnego, lecz są w prawie międzynarodowym istotnym uzupełnieniem regulacji pozytywnych. Starając się uniknąć stanu *non liquet* trybunały odwołują się do zasad ogólnych w sytuacji, gdy brak jest innych źródeł prawa prowadzących do słusznych konkluzji. W przypadku, gdy międzynarodowe prawo inwestycyjne, stanowiące główny reżim prawny dla oceny i regulacji zachowań korporacji transnarodowych, nie zapewnia norm traktatowych ani zwyczajowych, rolę tę zwłaszcza w odniesieniu do kwestii proceduralnych jak i prywatnoprawnych pełni szereg zasad obecnych w większości krajowych porządków prawnych, a mających swój rodowód często w antycznym prawie rzymskim. Można tu wymienić choćby obowiązek wysłuchania drugiej strony sporu (*audiatur et altera pars*), zasadę proceduralnej dobrej wiary, zasadę rozstrzygania faktycznych i prawnych wątpliwości na korzyść strony obwinionej (*favor rei*), wymóg powstrzymania się od orzekania we własnej sprawie (*nemo iudex in causa sua*), powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*)²⁷⁰, zasadę *aut dedere aut punire*²⁷¹, czy zasadę *estoppel*, wedle której nie można uchylić się od skutków własnego zachowania, jeśli mogło ono wywołać u drugiej strony przekonanie co do faktów (*venire contra factum proprium nemini licet*)²⁷².

Jedną z kluczowych zasad normujących stosunki między państwami przyjmującymi a inwestorami zagranicznymi jest oparty na dobrej wierze stron stosunku zobowiązaniowego wymóg wykonania zawartej umowy (zgodnie z jej treścią i w określonej formie), należący

²⁶⁹ M. Jeżewski, op. cit., 361

²⁷⁰ Orzekający w sprawie *Pious Fund of California* (USA przeciwko Meksykowi, wyrok z 14 października 1902) Stały Trybunał Arbitrażowy uznał, iż zasada *res iudicata* ma zastosowanie zarówno do sądownictwa wewnętrznego państw, jak i do trybunałów arbitrażowych działających w ramach jurysdykcji przyznanej umową między stronami sporu.

²⁷¹ Por. kwestię jurysdykcji uniwersalnej w sprawie *Adolfa Eichmanna* (ILR 1968 Vol. 36)

²⁷² Por. kwestię braku zastosowania reżimu Konwencji o szelfie kontynentalnym w sprawach dot. Szelfu Morza Północnego (Dania v. RFN i Holandia v. RFN) (ICJ Reports 1969). W zakresie międzynarodowego prawa inwestycyjnego por. częściowe orzeczenie co do meritum sporu w sprawie *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, par. 350

również do katalogu zasad ogólnych prawa międzynarodowego pod postacią *pacta sunt servanda*. Użycie tej klauzuli w traktacie dwustronnym jako tzw. *klauzuli ramowej* (bądź *parasolowej*) umożliwia wyniesienie umownego zobowiązania państwa względem podmiotu prywatnego na poziom międzynarodowy, bowiem w przypadku nie wywiązania się z zobowiązań państwo może ponieść odpowiedzialność o skutku międzynarodowym (klauzula ramowa staje się wówczas standardem ochrony inwestycji i inwestora zagranicznego). Klauzule tego rodzaju rozszerzają *ratione materiae* trybunałów arbitrażowych w odniesieniu do zobowiązań stron umów o FDI w stopniu zależnym od interpretacji postanowień konkretnych traktatów.

Większość krajowych systemów prawnych (w prawie polskim w art. 357¹ KC) przewiduje możliwość ograniczenia sposobu lub zakresu wykonania, bądź nawet wyłączenie klauzuli *pacta sunt servanda* w drodze spełnienia łącznego przesłanek innej zasady ogólnej prawa: klauzuli nadzwyczajnej zmiany okoliczności (*rebus sic stantibus*). Spośród zasad ogólnych prawa o charakterze prywatnoprawnym wymienić należy ponadto zasadę zakazującą przenoszenia praw nieposiadanych (*nemo plus iuris*), zasadę ochrony praw słuszenie nabytych, zasadę respektowania uzasadnionych oczekiwań, zakaz bezpodstawnego wzbogacenia, zasadę *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, zarzut wzajemności (*exceptio non adimpleti contractus*), czy też zasadę odrębności praw spółki od jej udziałowców. Przykładem zastosowania tej ostatniej zasady jest orzeczenie MTS w sprawie *Barcelona Traction*.²⁷³ Naruszenie praw spółki, jako podmiotu wyposażonego w odrębny zbiór praw, nie jest tożsame z naruszeniem bezpośrednich praw udziałowców jako wierzycieli spółki (a jedynie ich interesów), w związku z czym nie mogło w tym przypadku skutkować przyznaniem im opieki dyplomatycznej ze strony państwa przynależności narodowej.

3.3.3. Wybór prawa właściwego dla rozstrzygania sporów inwestycyjnych

Traktaty o ochronie inwestycji podlegają regułom Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, w konsekwencji na tle wspomnianego wyżej art. 26 właściwość prawa międzynarodowego publicznego wynika z samej natury zobowiązań traktatowych, a w związku z tym w klauzulach arbitrażowych większości traktatów są one zwykle wskazywane

²⁷³ Wyrok MTS w sprawie *Barcelona Traction*, cit. 232

na pierwszym miejscu jako prawo właściwe do rozstrzygania sporów. Biorąc jednak pod uwagę dość ogólny charakter postanowień traktatowych, wiele kwestii istotnych z punktu widzenia praw i interesów korporacji pozostaje do rozstrzygnięcia w kontraktach i w orzecznictwie, jak choćby wypłata odszkodowań w związku z nielegalnym wywłaszczeniem. W zależności od treści klauzuli prawa właściwego trybunał może się odwołać do prawa międzynarodowego publicznego bądź do innego systemu normatywnego (w tym także do reguł orzekania *ex aequo et bono*).

Istnieje możliwość powołania prawa krajowego jako prawa właściwego, zwłaszcza w sytuacji braku innych uzgodnień. Art. 42 ust. 1 Konwencji ICSID przewiduje na tę okoliczność stosowanie prawa państwa strony Konwencji, w tym również norm międzynarodowego prawa prywatnego (kolizyjnego), z zastrzeżeniem stosowania tych norm razem z normami prawa międzynarodowego, jako prawa naturalnie powiązanego z charakterem stosunku prawnego. Stosowanie norm kolizyjnych powinno przy tym uwzględniać zasadę poszanowania woli stron stosunku prawnego w zakresie wyboru jurysdykcji. Możliwość powołania norm uzgodnionych prawa międzynarodowego prywatnego (*lex mercatoria*) powstaje zasadniczo w dwóch przypadkach: albo poprzez bezpośrednie odwołanie się do tego reżimu przez strony traktatu bądź kontraktu w ramach określonego mechanizmu rozjemczego, albo poprzez traktatowe bądź kontraktowe odesłania do "zwyczajów handlowych", "transakcji handlowych" czy też do "ogólnie przyjętych zasad w arbitrażu handlowym".

Krajowy porządek prawny państwa strony traktatu bądź kontraktu inwestycyjnego, jako prawo właściwe dla rozstrzygania sporu inwestycyjnego co do *meritum*, pozostaje poza zakresem niniejszej pracy. Tym niemniej należy odnotować możliwość jego powołania na podstawie traktatowej klauzuli jurysdykcyjnej, zgodnej dyspozycji stron kontraktu, bądź art. 42 ust. 1 Konwencji ICSID. Prawo krajowe może również, w zgodzie z regulaminami arbitrażowymi, stanowić jurysdykcję w odniesieniu do ważności i zakresu klauzuli arbitrażowej bądź koncyliacyjnej, do reguł proceduralnych, oraz do uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych. Wybór prawa krajowego jako prawa właściwego w izolacji od norm innych reżimów prawnych jest możliwy jedynie w sytuacji wyraźnego wskazania w traktacie inwestycyjnym jurysdykcji wyłącznej prawa wewnętrznego do występowania przed sądami krajowymi i międzynarodowymi, przy jednoczesnym nieuznaniu

międzynarodowych aspektów klauzul prawa właściwego zawartych w traktatach inwestycyjnych czy też organu stosującego prawo, ustanowionego umową międzynarodową.²⁷⁴

Innym przypadkiem zastosowania prawa krajowego jako prawa właściwego dla rozstrzygania sporu prawnomiędzynarodowego, jest prawo kraju siedziby trybunału arbitrażowego (*lex loci arbitri*). Trzeba jednak mieć na względzie kwestię immunitetu suwerennego państwa nie dopuszczającego możliwości rozstrzygania przez jakiekolwiek gremia zewnętrzne o jego prawach i obowiązkach, zgodnie z zasadą *par in parem non habet jurisdictionem*. Krajowe organy sądownicze zasadniczo respektują też zasadę autonomii arbitrażu międzynarodowego, ponieważ jak stwierdził trybunał arbitrażowy w sprawie ARAMCO "immunitet jurysdykcyjny państw wyklucza możliwość wykonywania przez sądy państwa-siedziby trybunału ich praw nadzorczych i wkraczania w procedurę arbitrażową".²⁷⁵ Generalnie można stwierdzić, iż, o ile strony nie postanowią inaczej, prawo państwa siedziby arbitrażu ma pierwszeństwo przed prawem międzynarodowym, co wydaje się naturalne z punktu widzenia korzyści proceduralnych dla stron postępowania (uznanie i wykonanie orzeczenia, uchylenie orzeczenia, podważenie bezstronności arbitra, czy też w zakresie procedury przeprowadzenia postępowania dowodowego).²⁷⁶

3.3.4. Problem fragmentacji prawa inwestycyjnego

Prawo międzynarodowe publiczne zmaga się z problemem narastającej fragmentacji, postrzeganym jako zagrożenie zarówno dla spójności orzecznictwa jak i dla pewności prawa i ochrony uprawnionych oczekiwań skarżących.²⁷⁷ Fragmentacja przejawia się w wydawaniu przez różne fora międzynarodowe orzeczeń odmiennych od powszechnego prawa międzynarodowego i aspirowaniu do tworzenia podsystemów *sui generis*, opartych na

²⁷⁴ M. Jeżewski, op. cit., 55 i 28ff

²⁷⁵ Wyrok w sprawie Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. ARAMCO, Final Award, ICJ Reports 1958, par. 27

²⁷⁶ Szerzej: Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The Interplay between National and International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2013

²⁷⁷ Fragmentacja prawa międzynarodowego nie jest też obojętna dla jedności prawa krajowego, choćby z tego powodu, iż wyroki sądów międzynarodowych skutkują niekiedy koniecznością zmiany prawa stanowionego przez demokratycznie wybrane organy przedstawicielskie. Wobec faktu uprzedniego umocowania przez państwa organów organizacji międzynarodowych do kontroli swoich systemów prawnych problem legitymizacji wydaje się mniej jaskrawy od problemu zachowania jedności prawa wewnętrznego.

własnych, szczególnych zasadach, o charakterze w pewnym stopniu zamkniętym (*closed legal regimes with specific adjudicatory norms*).²⁷⁸ Dotyczy to m.in. reżimu WTO dla międzynarodowego prawa handlowego czy reżimu ICSID dla międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego. Zjawisku fragmentacji prawa międzynarodowego sprzyja niewątpliwie proliferacja trybunałów arbitrażowych rozstrzygających spory w oparciu o zasady i normy tego porządku prawnego, lecz przy zastosowaniu swoistej metodologii orzekania.

Niekompletność norm prawnomiędzynarodowych w rozumieniu składowych systemu prawa, implikuje potrzebę ich dookreślenia w drodze interpretacji, identyfikacji norm zwyczajowych czy odwołania do zasad ogólnych prawa. W przypadku norm regulujących działalność korporacji transnarodowych (działalność inwestycyjną międzynarodową) muszą być one rozwijane w procesie orzekania o konkretnych faktach prawnych.²⁷⁹ Niedookreśloność materialna (*substantive indeterminacy*) normy prawa międzynarodowego wymusza na sędziach stosowanie reguł wnioskowań prawniczych w sposób kreatywny i intuicyjny.²⁸⁰ Dodatkowo, jeśli normy prawa międzynarodowego niczego nie determinują a jedynie opisują, są one często stosowane przy rozstrzyganiu sporów arbitrażowych w sposób instrumentalny, pozwalający stronie skuteczniejszej osiągnąć zamierzony rezultat.²⁸¹ Taki mechanizm utrudnia zachowanie spójności orzecznictwa (zarówno w powoływaniu się na własne, jak i obce rozstrzygnięcia), a tym samym dynamizuje zjawisko fragmentacji.

Wyrok sądu międzynarodowego nie ma mocy normatywnej, bowiem nie postanawia wiążąco o prawach i obowiązkach osób trzecich. Nie istnieje też w tym porządku prawnym procedura ustanawiania precedensów, choć praktykę powoływania się na własne bądź obce orzeczenia można uznać za jej ułomną formę. Zgodnie z art. 59 Statutu MTS wyrok sądu

²⁷⁸ Klaus Bosselmann, *The Environmental Jurisprudence of International Tribunals. Does Sustainability Make a Difference*, in: Lee Paddock (et al., ed.), *Compliance and Enforcement of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Northampton 2011, 61

²⁷⁹ Prawo międzynarodowe rozwija się nie tylko w procesie rozstrzygania sporów, ale również m.in. dzięki opiniom doradczym (wiązącym *de facto*), wydawanym przez najważniejsze trybunały (zwłaszcza MTS) w toku postępowań niespornych.

²⁸⁰ Zgodnie z liberalną teorią prawa, por.: Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and the Legal Theory*, 94th Yale Law Journal 1, New Haven 1984, 12f. Patrz też: Wyrozumska, *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice*, in: Anna Wyrozumska (ed.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Seria Wydawnicza Katedry Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, 6

²⁸¹ James R. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course on International Law, General Course on Public International Law*, Hague Academy of International Law, 2013, Vol. 365, 114f

wiąże tylko strony będące w sporze i tylko w stosunku do danego sporu, lecz jednocześnie - zgodnie z akceptowaną powszechnie doktryną *jurisprudence constante* - decyzja sądu rodzi uzasadnione oczekiwanie, iż sąd w przyszłości w podobnej sprawie zachowa się podobnie.²⁸² Brak w prawie międzynarodowym obowiązku orzekania w zgodzie z doktryną *stare decisis*, charakterystyczny dla systemów prawa stanowionego (*statute law*), jest motywowany zarówno dbałością o niezawisłość sędziów, jak i konsekwentnie restrykcyjnym podejściem państwa do przyznawania im uprawnień normatywnych. Z drugiej strony, powoływanie się na wyroki już wydane może służyć urzeczywistnianiu zasady pewności prawa, poprzez zapewnienie stronom równości, sprawiedliwości, jednolitości wyrokowania, a także jego przewidywalności i ciągłości.

Nie mogąc otwarcie powołać reguł precedensowych, sędziowie sądów i trybunałów międzynarodowych dokonują zabiegu "dedukcyjnego rozszerzania prawa już istniejącego" (*deductive extensions of pre-existing law*).²⁸³ Podkreślając, iż jego wyroki nie wiążą nikogo innego oprócz stron postępowania (a zatem nie wiążą i jego samego) Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w imię spójności orzecznictwa uznaje doktrynę *jurisprudence constante*. Podobnie *Appellate Body*, organ odwoławczy orzekający w ramach procedury arbitrażowej WTO, widzi konieczność zapewnienia spójności własnych decyzji i deklaruje "nie odstępowanie od wcześniejszych decyzji, o ile nie zaistnieją ku temu przekonujące powody" ("*no departing from earlier decisions, provided there are cogent reasons for doing so*").²⁸⁴ Europejski Trybunał Praw Człowieka idzie o krok dalej, motywując kierowanie się swoją dotychczasową linią orzecniczą nie tylko zasadą pewności prawa, ale również metodycznym rozwojem kultury *case law* w międzynarodowym porządku prawnym.²⁸⁵ Dla ustalenia istnienia i zakresu obowiązującej normy prawnej (najczęściej normy prawa zwyczajowego) sądy i trybunały międzynarodowe powołują się również na orzeczenia innych

²⁸² Wspólna deklaracja do wyroku MTS w sprawie legalności użycia siły, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and El-Araby on Legality of Use of Force, Serbia and Montenegro v. Portugal, Preliminary Objections, Summary of the Judgment of 15 December 2004, ICJ Reports 2004, pt. 3

²⁸³ Tom Ginsburg, *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, Virginia Journal of International Law, Charlottesville 2004-2005 Vol. 45, 636

²⁸⁴ *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, World Trade Organization Appellate Body, WT/DS/344/AB/R, AB-2008-1, Report of the Appellate Body of April 30, 2008, Article 51, P. 23

²⁸⁵ Martins Paparinskis, *Regulatory Expropriation and Sustainable Development*, in: Marie-Claire Cordoniere (et al.) (ed.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International BV, Alphen 2011, 324

sądów i trybunałów. Często efektem, a niekiedy i zamiarem, takiego sposobu tworzenia prawa jest kontestacja istnienia (bądź zarzut niedostatecznego wykształcenia się) normy prawa zwyczajowego, bądź też zdystansowanie się od dotychczasowego orzecznictwa określonego forum rozjemczego.²⁸⁶

3.3.5. Specyfika prawa międzynarodowego, a możliwość regulacji zachowań korporacji transnarodowych

Komisja Europejska określa odpowiedzialność korporacyjną (*corporate responsibility*) jako "odpowiedzialność przedsiębiorstw za zachowania wpływające na społeczność" (*the responsibility of enterprises for their impacts on society*). Konstatację tę można bezspornie odnieść również do międzynarodowej odpowiedzialności korporacyjnej, w szczególności w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność inwestycyjną na skalę globalną. Możliwość przypisania i wyegzekwowania odpowiedzialności korporacyjnej w prawie międzynarodowym w związku z wpływem jej działalności na lokalną społeczność (w szerokim ujęciu obejmującą również ogół podatników, zainteresowanych skutecznym poborem podatku CIT) jest jednak zlimitowana brakiem pozytywnych regulacji o charakterze normatywnym. Z różnych względów państwa pozbawiły się realnego wpływu na znaczną część zachowań korporacji transnarodowych i na kierunki rozwoju międzynarodowego prawa inwestycyjnego, zadowalając się tworzeniem regulacji o charakterze politycznym.

W rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z grudnia 1974 przyjętej pod nazwą *Karta praw i obowiązków gospodarczych państw* w art. 2 ust. 2 b) Karty postanowiono, iż "każde państwo [przyjmujące] ma prawo regulować i nadzorować działalność korporacji transnarodowych w ramach jurysdykcji krajowej i podejmować środki dla zapewnienia zgodności tej działalności z obowiązującym prawem i polityką społeczno-ekonomiczną."²⁸⁷ Potrzeba kontroli i nadzoru nad działalnością korporacji transnarodowych została wprawdzie zauważona, lecz nadal za czyny zabronione prawem międzynarodowym korporacja miałaby odpowiadać jedynie przed sądami krajowymi. W art. 1 *Trójstronnej Deklaracji Zasad*

²⁸⁶ Szerzej: Anna Wyrozumska, *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice*, in: Anna Wyrozumska (ed.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, op. cit., 8ff

²⁸⁷ *Charter of Economic Rights and Duties of States*, GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974), 50

dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej, przyjętej przez Międzynarodową Organizację Pracy (ILO) w 1977, powiązano zagrożenie wykorzystywania przez globalne korporacje silnej pozycji ekonomicznej z brakiem przejrzystości struktury korporacyjnej i odmiennością: "(...) Kroki podejmowane przez przedsiębiorstwa wielonarodowe przy organizowaniu działalności poza strukturami krajowymi mogą prowadzić do nadużywania koncentracji potęgi gospodarczej i konfliktów z celami polityki krajowej oraz z interesami pracowników. Ponadto, złożoność przedsiębiorstw wielonarodowych i trudność jasnego zrozumienia ich różnorodnych struktur, działalności i polityki, wywołują, czasami niepokój w państwie pochodzenia, w państwie przyjmującym, bądź też w obydwu."²⁸⁸

Korporacje transnarodowe dążą w naturalny sposób do budowania jak najsilniejszej pozycji negocjacyjnej w stosunkach nie tylko z państwami przyjmującymi²⁸⁹ i kontrahentami, ale również zatrudnionymi pracownikami²⁹⁰, tym bardziej jeżeli w określonych warunkach (w krajach słabiej rozwiniętych bądź podczas kryzysu ekonomicznego) nie ma rzeczywistej alternatywy zatrudnienia. Zasadniczym problemem, utrudniającym organom regulatora i opinii publicznej ocenę sytuacji dla ewentualnego podjęcia środków zaradczych, jest wspomniany wcześniej brak transparentności, wynikający zarówno z czynników subiektywnych (niechęć podmiotów prywatnych do ujawniania informacji operacyjnych i zbiorczych o charakterze handlowym i finansowym, ale też pozabiznesowym) jak i obiektywnych (zróżnicowanie wymogów w ramach różnych porządków prawnych, problem skali działalności, czy też konieczność dostosowania się do warunków globalnej konkurencji).

²⁸⁸ Art. 1 Trójstronnej Deklaracji Zasad dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej, przyjęta przez Radę Administracyjną Międzynarodowego Biura Pracy Międzynarodowej Organizacji Pracy (*International Labour Organization, ILO*) podczas 204 sesji (Genewa, listopad 1977), poprawiona podczas 279 sesji (Genewa, listopad 2000)

²⁸⁹ Tworzenie miejsc pracy jest jednym z głównych haseł wyborczych partii politycznych w państwach o ugruntowanym ustroju demokratycznym, a to może osłabiać negocjacyjną pozycję państwa w stosunkach z korporacjami transnarodowymi, zwłaszcza w okresie przedwyborczym. Szerzej czytaj: Jürgen Habermas, *Władza i przeciwwładza*,

²⁹⁰ Zgodnie z art. 49 Wytycznych OECD termin *zatrudnieni pracownicy* oznacza osoby "pozostające w stosunku zatrudnienia z przedsiębiorstwem wielonarodowym", w tym również pracownicy pozostający "w ukrytym stosunku zatrudnienia". Patrz również: Zalecenie ILO No. 198 z 2006 pt. 13(a) (b).

W tych warunkach potrzeba regulacji i kontroli zachowań korporacji (zwłaszcza globalnych) na poziomie prawnomiędzynarodowym jest bezsporna.²⁹¹

Niezależnie od podziału na normy koordynacyjne i wymuszające, powszechnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego mają charakter obligatoryjny, choć podstawy ich obowiązywania są inne niż dla wyposażonych sankcje natury prawnej norm prawa wewnętrznego: podstawę obowiązywania norm prawnomiędzynarodowych stanowi powszechne uznanie dobrej wiary w dążności do dotrzymywaniu zobowiązań umownych, natomiast podstawą do zastosowania sankcji jest jedynie umowa wzajemna. Mimo ugruntowanego przekonaniu o konieczności tworzenia i stosowania norm prawnych, specyficzny charakter obligatoryjności norm prawa międzynarodowego sprawia, że nie istnieją póki co środki zapewniające pełne ich stosowanie. Dotyczy to tym bardziej norm *soft law*, których naruszenie jest sankcjonowane co najwyżej społecznym bądź politycznym napiętnowaniem.²⁹² Ze względu na specyfikę prawa międzynarodowego publicznego, jego wyjątkowo negocjacyjny i koncyliacyjny charakter przy jednoczesnym deficycie norm prawa powszechnie obowiązującego, nastąpił szybki i nieuchronny rozwój norm prawa miękkiego.

Normy *soft law* nie są prawnie wiążące, ale mają swoistą doniosłość prawną, tym większą, im poważniejsze gremium je uchwaliło.²⁹³ Nie ma w tym nic dziwnego, że budzą one zastrzeżenia doktrynalne, zarówno odnośnie sposobu ich tworzenia, materialnoprawnego sposobu ujęcia problemu, skutków prawnych ich stosowania, jak i wreszcie samego terminu *soft law*. Jeden z najgorętszych przeciwników tego rodzaju regulacji Jan Klabbers²⁹⁴ stwierdził, iż skoro *soft*-normy nie wiążą się z *soft*-odpowiedzialnością i *soft*-sankcjami, to nie

²⁹¹ Alan J. Hedley, *Transnational Corporations and Their Regulation: Issues and Strategies*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 1999, 215ff

²⁹² Szerzej: Józef Kukułka, *Wstęp do nauki o stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Aspra-JR, Warszawa 2003, 99ff

²⁹³ Daniel Thürer, *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration*, Zürich 1990, 132, in: P. Brzeziński, *Unijny obowiązek zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, 2010, 209. Trzeba tu jednak dodać, iż Komisja Prawa Parlamentu Europejskiego przyjmując *Report of the Committee on Legal Affairs on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments* (2007/2028(INI)), European Parliament A6-0259/2007, 28.06.2007, była odmiennego zdania, konstatując w zdaniu C preambuły Raportu, iż "tak zwane akty *prawa miękkiego*, takie jak zalecenia, zielone i białe księgi czy konkluzje Rady, nie mają doniosłości prawnej ani mocy wiążącej", choć w kolejnym zdaniu (lit. D) przyznała *a contrario*, iż normy *prawa miękkiego* pewien zakres ochrony prawnej zapewniają, skoro "*prawo miękkie* nie zapewnia pełnej ochrony prawnej".

²⁹⁴ Jan Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, Kluwer Law International, 1996, 167–182

mają charakteru *soft*-prawnego, a skoro nie zostały uchwalone w odpowiedni dla norm prawnych sposób (ułomność formalna), to nie mają w ogóle charakteru prawnego lecz moralny, i jako takie nie zaliczają się do katalogu uznanych źródeł prawa międzynarodowego. Tego rodzaju bipolarny sposób rozumowania (*view in binary terms*) redukuje argumentację jedynie do dwóch skrajnych stanów, co nieuchronnie prowadzi do uproszczeń, a zatem nie opisuje stanu faktycznego trafnie²⁹⁵, a ponadto od czasu publikacji artykułu *Redundancy of soft law* minęło już niemal dwadzieścia lat, i prawo międzynarodowe zauważalnie zmieniło oblicze. Jak zauważa Robert Wright, zasadniczo nie warto walczyć z nieuniknionym: globalizacja jako przepływ kapitału na niespotykaną w ostatnich dwóch dziesięcioleciach skalę potrzebuje platformy porozumienia i siłą rzeczy przyczynia się do rozwoju prawa międzynarodowego, a skoro prawo międzynarodowe nie oferuje w wielu obszarach rozwiązań normatywnych, powstaje pole do tworzenia innych, quasi-prawnych rozwiązań - na dłuższą metę nie może być bowiem próżni regulacyjnej.²⁹⁶

Patrząc z tej perspektywy nie postrzega się już dziś norm *soft law* w opozycji do *hard law*, lecz jako fragment prawotwórczego kontinuum (*lawmaking continuum*). W tej koncepcji *soft law* to normy tożsame z *hard law*, tyle że w fazie niejako inkubacyjnej, niedokończonym akcie stanowienia prawa, który prawem (*hard law*) ma szansę stać się dopiero w (odległej zapewne) przyszłości.²⁹⁷ Kontinuum takie występuje, o ile regulacja *soft law* zawiera element zobowiązaniowy, element delegacyjny i jest dostatecznie precyzyjna.²⁹⁸ Do poziomu regulacji prawnej może zostać wówczas wyniesiona w dwóch przypadkach: gdy umowa międzynarodowa będzie zawierała odwołanie do treści zawartych w akcie *soft law*²⁹⁹, bądź gdy treść aktu *soft law* przekształci się w normę prawa zwyczajowego na skutek

²⁹⁵ Andrew T. Guzman and Timothy L. Meyer, *International Soft Law*, Berkeley Law Scholarship Repository, 2 *J. Legal Analysis* 171 (2010), 173f

²⁹⁶ Robert Wright, *Non-Zero. The Logic of Human Destiny*, Pantheon Books, New York, 2001, 310ff

²⁹⁷ Kenneth W. Abbott, Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization*, 2000, 421

²⁹⁸ Ibidem, 422

²⁹⁹ Przykład: Konwencja ONZ w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 23 grudnia 2010 odwołuje się bezpośrednio do odnośnej Deklaracji ONZ w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem przyjętej rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 47/133 w dniu 18 grudnia 1992

długotrwałego dobrowolnego stosowania w sposób powszechny.³⁰⁰ Przekształcenie w normę prawa międzynarodowego powinno w obu tych sytuacjach wiązać się z najwyższym stopniem upowszechnienia i akceptacji określonych systemów wartości i celów - politycznych, ekonomicznych i społecznych. Nie ulega wątpliwości, iż "genezę norm prawnomiędzynarodowych stanowi świadomie przeprowadzana selekcja i kompromis polityczny (...), i tylko część *norm politycznych* przekształca się w normy o charakterze prawnym dzięki zbiorowej woli państw".³⁰¹ W tym miejscu należałoby chyba przyznać rację tym, którzy kontestują stosowanie niefortunnego terminu *soft law*. Mowa tu o normach, które dopiero aspirują do uznania ich za prawo (*law*) - a skoro nie jest to *law* (a zatem również i nie *soft*) to rzetelniej byłoby posługiwać się choćby terminami *normy aspiracyjne*³⁰² czy *normy polityczne*³⁰³, a póki co stosować termin *prawo miękkie* zamiennie z *soft law*.

Zarówno w doktrynie i orzecznictwie trybunałów międzynarodowych, jak też w oficjalnych dokumentach organizacji międzynarodowych podnoszone są uzasadnione wątpliwości co do wpływu regulacji typu *soft law* na jakość stanowionego prawa. Komisja Prawa Parlamentu Europejskiego w kompleksowym *Raporcie w sprawie instytucjonalnych i prawnych skutków stosowania instrumentów tzw. „prawa miękkiego”* zajmuje konserwatywne stanowisko w kwestii miejsca *soft law* w europejskim porządku prawnym.³⁰⁴

³⁰⁰ Przykład: Art. 5 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (przyjętej i proklamowanej rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ w dniu 10 grudnia 1948) zakazujący stosowania tortur, który jest dziś powszechnie uważany za normę *ius cogens* prawa zwyczajowego.

³⁰¹ Józef Kukulka, *op. cit.*, 102

³⁰² W takim kontekście pojęcia *aspiration law* użyto np. w książce *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* pod redakcją Roberta Kolba i Glorii Gaggioli, Edward Elgar Pub, 2013

³⁰³ Prof. Zbigniew Brodecki z Uniwersytetu Gdańskiego argumentuje w szeregu publikacji (m.in. w *Prawie integracji europejskiej*, 2000), iż w odniesieniu do działalności regulacyjnej organizacji międzynarodowych normy *soft law* wyczerpują definicję terminu *policies* (*polityki*).

³⁰⁴ Komisja Prawa Parlamentu Europejskiego w dokumencie *Report of the Committee on Legal Affairs on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments* (2007/2028(INI)), European Parliament A6-0259/2007, 28.06.2007, zajmuje konserwatywne stanowisko w kwestii miejsca *soft law* w europejskim porządku prawnym. Komisja uważa, iż prawo miękkie zbyt często stanowi dwuznaczny i nieskuteczny instrument, który może mieć szkodliwy wpływ na prawodawstwo Wspólnoty i na równowagę instytucjonalną i powinno być ostrożnie stosowane, nawet jeśli jego zastosowanie jest przewidziane w traktacie; przypomina, że tak *soft law* nie może zastępować aktów i instrumentów prawnych, które istnieją dla zapewnienia ciągłości procesu prawodawczego, w szczególności w dziedzinie kultury i edukacji; podkreśla, że każda instytucja UE, łącznie z Radą Europejską, decydując o ewentualnym podjęciu działań i ich rodzaju, musi rozpatrzyć zarówno legislacyjne, jak i nielegislacyjne rozwiązania, a każdy przypadek traktować indywidualnie; uznaje, że metoda otwartej koordynacji jest wątpliwa z punktu widzenia prawa, ponieważ funkcjonuje ona bez wystarczającego zaangażowania Parlamentu i kontroli sądowej; w związku z tym uważa, że należy korzystać z niej tylko w

Zwraca uwagę między innymi na skutki swoistego deficytu demokracji w akcie tworzenia *soft law*, bowiem jedynie poprzez "przyjmowanie aktów prawodawczych w drodze procedur

wyjątkowych przypadkach oraz że wskazane jest zbadanie możliwości włączenia Parlamentu do tej procedury; wyraża ubolewanie z powodu stosowania przez Komisję prawa miękkiego w sytuacjach, w których stanowi ono substytut prawodawstwa wspólnotowego, uzasadnione skądinąd także przy uwzględnieniu zasady pomocniczości i proporcjonalności lub aby dokonać ekstrapolacji orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości na nieznane obszary; wzywa instytucje do działania zgodnego z art. 1-33 traktatu konstytucyjnego, czyli do powstrzymywania się od przyjmowania instrumentów prawa miękkiego podczas rozpatrywania projektu aktu ustawodawczego; również w oparciu o obowiązujące prawo obowiązek ten wynika z zasady praworządności, zgodnie z art. 6 traktatu UE; nalega, by Komisja poczyniła szczególne wysiłki w celu zagwarantowania przejrzystości, widoczności i publicznej odpowiedzialności w procesie przyjmowania niewiążących aktów wspólnotowych, a także aby zwiększyła w procesie podejmowania decyzji wykorzystanie ocen oddziaływania; wzywa Komisję, aby przed zaproponowaniem jakichkolwiek środków obejmujących instrumenty prawa miękkiego poddała pod szczególną rozagę skutki prawa miękkiego dla konsumentów i ich ewentualnych środków odwoławczych; uważa, że z komunikatów (w rodzaju "zielonych i białych ksiąg") nie wynikają bezpośrednie zobowiązania prawne; jest jednak zdania, że przyjęcie dokumentów konsultacyjnych i deklaracji intencji politycznych nie powinno jednak oznaczać prawnego zobowiązania do wydania odpowiednich przepisów; uważa, że komunikaty interpretacyjne Komisji mają uzasadniony z prawnego punktu widzenia cel stworzenia bezpieczeństwa prawnego, ale że ich rola nie powinna wykraczać poza ten cel; uważa, że jeżeli komunikaty interpretacyjne Komisji prowadzą do określenia nowych zobowiązań stanowią one wówczas niedozwolone rozszerzenie zakresu stosowania prawa miękkiego; uważa, że jeżeli komunikat zawiera przepisy szczegółowe niewynikające bezpośrednio z podstawowych wolności ujętych w traktacie, komunikat ten wykracza poza swoje właściwe zastosowanie i w związku z tym jest nieważny; uważa, że komunikaty spełniające powyższe kryteria powinny w związku z tym ograniczać się do przypadków, w których organy prawodawcze, tj. Parlament i Rada, wezwały Komisję do sporządzenia odpowiednich komunikatów interpretacyjnych; uważa, że realizacja traktatu jest zastrzeżona dla prawodawcy, a jego interpretacja dla Trybunału Sprawiedliwości; uważa, że standaryzacja i kodeksy postępowania są ważnymi elementami samoregulacji; uważa jednak, że standaryzacja nie może prowadzić do nadmiaru regulacji i stać się dodatkowym obciążeniem, zwłaszcza dla małych i średnich przedsiębiorstw; w związku z tym uważa, że odpowiednie podstawy prawne powinny zawierać środki zapobiegające nadmiarowi regulacji; zwraca uwagę, że choć Komisja jest uprawniona do korzystania z instrumentów przedlegislacyjnych, to proces poprzedzający złożenie wniosku legislacyjnego nie powinien być nadużywany ani nadmiernie przedłużany; uważa że w obszarach takich jak projekt dotyczący prawa umów, musi nadejść moment, w którym Komisja podejmie decyzję czy skorzystać z przysługującego jej prawa inicjatywy i na jakiej podstawie prawnej; podkreśla, że Parlament – jedyna instytucja Wspólnoty pochodząca z demokratycznych wyborów – nie jest obecnie konsultowany w sprawie zastosowania tak zwanych instrumentów *soft law*, takich jak zalecenia Komisji oparte na art. 211 traktatu WE i komunikatów wyjaśniających oraz innych dokumentów o podobnym charakterze; porozumienia międzyinstytucjonalne mogą mieć skutki prawne tylko w stosunkach między organami UE i w związku z tym nie stanowią one prawa miękkiego zdefiniowanego pod względem powodowania skutków prawnych wobec stron trzecich; wzywa Komisję do opracowania we współpracy z Parlamentem sposobu działania gwarantującego uczestnictwo demokratycznie wybranych organów, w tym, ewentualnie, za pomocą porozumienia międzyinstytucjonalnego, a co za tym idzie bardziej skutecznego monitorowania potrzeby przyjęcia instrumentów prawa miękkiego; wzywa Komisję do konsultacji z Parlamentem w sprawie tego, w jaki sposób Parlament może wyrazić swą opinię, zanim Komisja skorzysta z instrumentów prawa miękkiego, tak aby umożliwić kontrolę zaproponowanych środków prawa miękkiego i uniknąć nadużycia uprawnień ze strony organu wykonawczego; wobec tego Parlament Europejski proponuje podjęcie konsultacji w sprawie osiągnięcia porozumienia międzyinstytucjonalnego w tej dziedzinie; w porozumieniu tym należy w szczególności rozwiązać problem sprzeczności powstałej między przepisami art. 211, art. 249 ust. 5 i art. 230 traktatu WE a orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, kiedy ten ostatni zobowiązuje sądy krajowe do uwzględniania w toczących się sporach prawnych zaleceń, które zgodnie z traktatem nie mają charakteru zobowiązującego; podkreśla, że we wszelkich oficjalnych dokumentach instytucji europejskich należy zawsze unikać wyrażenia „miękkie prawo” (*soft law*), jak również odwołań do tego instrumentu.

instytucjonalnych przewidzianych w traktacie międzynarodowym można zagwarantować pewność prawa, praworządność, kontrolę sądową i wykonalność".³⁰⁵ Komisja przyznaje jednak, iż akty prawa miękkiego można "wykorzystać jako środki pomocnicze wykładni lub prac przygotowawczych w odniesieniu do wiążących aktów prawnych, [choć] nie powinny być ani traktowane jak prawo ani wyposażane w skuteczność normatywną".³⁰⁶ Komisja powołuje też orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-322/88 *Grimaldi*, w którym Trybunał uznał, iż zalecenia są środkami, które nie są wiążące nawet wobec osób, do których są skierowane i nie są źródłem praw, na które obywatele mogą się powołać przed sądem krajowym.³⁰⁷ Jednocześnie Trybunał zauważył jednak, że tego rodzaju prawo miękkie „nie może być postrzegane jako pozbawione skutku prawnego. Sądy krajowe mają obowiązek uwzględnić zalecenia, podejmując decyzje w sprawie rozstrzyganych przez nie sporów, zwłaszcza wtedy, gdy wpływają na wykładnię środków krajowych przyjętych w ramach ich wdrożenia lub gdy stanowią uzupełnienie wiążących przepisów wspólnotowych”.³⁰⁸

Rola regulacji *soft law* została zatem zauważona również w orzecznictwie. Państwa mają dzięki nim możliwość zawierania niewiążących porozumień i negocjowania wspólnych standardów postępowania na czas, kiedy nie ma jeszcze wystarczającej woli politycznej, by podjąć zobowiązania natury prawnej w stosunku do zjawisk wymagających regulacji.³⁰⁹ Regulacje o charakterze niewiążącym mogą przyjmować różną postać, najczęściej pod nazwą rezolucji, zaleceń, wskazówek czy też kodeksów postępowania. Interesującym przykładem jest tu amerykańska inicjatywa *Code for Corporate Citizenship*, kodeks obywatelskiego zachowania korporacyjnego, do którego przyjęcia (w formie zaleceń) władze kilku stanów poczuły się zobowiązane wobec braku regulacji federalnych dotyczących właściwego

³⁰⁵ Ibidem, lit. J

³⁰⁶ Ibidem, lit. M

³⁰⁷ Orzeczenie w sprawie C-322/88 *Salvatore Grimaldi v. Fonds* (1989), Zbiór Orzeczeń ECR 4407, par. 16 i 18

³⁰⁸ Ibidem; Trybunał orzekając co do kompetencji Komisji do wydania zalecenia dla określenia jego możliwych skutków prawnych ocenił, iż nie mają one wprawdzie *skutku bezpośredniego*, jednak nie mogą być one uważane za „nieposiadające skutku prawnego”. Występuje tu *skutek prawny pośredni*, polegający na tym, iż „sądy krajowe są zobowiązane do wzięcia pod uwagę zaleceń w celu rozstrzygnięcia zawisłych sporów, w szczególności gdy rzucają one światło na interpretację środków krajowych przyjętych w celu implementowania ich lub gdy mają na celu uzupełnienie wiążących postanowień Wspólnoty”.

³⁰⁹ Państwa coraz skwapliwiej korzystają z tej metody standaryzacji i harmonizacji prawa, co dobrze ilustruje przykład wydawania przez organy UE aktów *soft law* (w rodzaju kodeksów postępowania - *codes of conduct*, wytycznych - *guidelines*, czy komunikatów - *communications*) w miejsce dyrektyw, stanowiących dotąd podstawowe narzędzie harmonizacji prawa wspólnotowego.

powiernictwa kapitałowego (*fiduciary duties*).³¹⁰ Nie ulega wątpliwości, iż nadzór nad działalnością korporacji transnarodowych nie byłby możliwy, gdyby nie pewien stopień skuteczności aktów *soft law*, w takich dziedzinach jak ochrona praw człowieka, praw pracowniczych, środowiska czy polityka właściwych standardów podatkowych i informacyjnych. Aby zalecenia norm prawa miękkiego mogły wywierać jakikolwiek skutek faktyczny, konieczne jest powiązanie zawartych w nich zobowiązań z powszechną świadomością korporacyjnej odpowiedzialności w jej różnych przejawach (*corporate responsibility*) na płaszczyźnie międzynarodowej.³¹¹

Zgodnie z *Powszechną Deklaracją Praw Człowieka* przyjętą przez ONZ w 1948 korporacje transnarodowe, podobnie jak wszystkie inne podmioty działające w sferze międzynarodowej, są zobligowane realizować w sposób pełny prawa i wolności człowieka. Dziś ponadto przyjmuje się horyzontalny skutek stosowania praw człowieka, tj. konieczność przestrzegania normy konstytucyjnej z tego zakresu przez podmioty prywatne w ich wzajemnych stosunkach, co w przypadku korporacji ma zwiększyć poziom ochrony prawnej przede wszystkim jej pracowników i osób postronnych dotkniętych skutkami działalności tych korporacji. Kontynuując swoją misję ONZ opublikował pod nazwą *Global Compact* zbiór dziesięciu podstawowych zasad właściwego zachowania korporacji transnarodowych, promujący: popieranie i przestrzeganie praw człowieka przyjętych przez społeczność międzynarodową; eliminację wszelkich przypadków łamania praw człowieka przez przedsiębiorcę; poszanowanie wolności stowarzyszania się, eliminację wszelkich form pracy przymusowej; zniesienie pracy dzieci; efektywne przeciwdziałanie dyskryminacji w sferze zatrudnienia, prewencyjne podejście do środowiska naturalnego; postawę odpowiedzialności ekologicznej; stosowanie i rozpowszechnianie przyjaznych środowisku technologii; przeciwdziałanie korupcji we wszystkich formach.³¹² Spośród innych inicjatyw ONZ na uwagę zasługuje również wydanie *Projektu konwencji o odpowiedzialności korporacji*

³¹⁰ Elisa Scalise, *The Code for Corporate Citizenship: States Should Amend Statutes Governing Corporations and Enable Corporations to be Good Citizens*, Seattle University Law Revue, t. 29, nr 275, 2005, 289ff.

³¹¹ *Odpowiedzialność* w znaczeniu pozytywnym - przyjętego na siebie zobowiązania (*responsibility*), nie w rozumieniu negatywnych skutków prawnych w związku z popełnieniem określonego czynu, w tym czynu zabronionego w znaczeniu prawnokarnym (*liability*)

³¹² Wg danych z oficjalnej strony *UN Global Compact* <http://ungc.org.pl/> do inicjatywy tej przystąpiło do dnia 29.01.2015 ponad 12 000 członków ze 145 krajów.

transnarodowych i innych przedsiębiorców w odniesieniu do praw człowieka (2003)³¹³ i przygotowanie Raportu *Protect, Respect and Remedy* nt. ochrony, przestrzegania i egzekwowania praw człowieka w działalności gospodarczej (2008).³¹⁴

Oprócz ONZ, także wiele organizacji międzynarodowych o zasięgu globalnym i regionalnym, a także organizacji pozarządowych realizuje politykę społecznego nacisku na duże korporacje, i część tych inicjatyw aspiruje do oddziaływania powszechnego, jak choćby zaproponowana w tzw. *Zielonej Księdze Komisji Europejskiej* z 2001 koncepcja społecznej odpowiedzialności biznesu (*corporate social responsibility*), zgodnie z którą „przedsiębiorstwa dobrowolnie uwzględniają aspekty społeczne i ekologiczne w działaniach handlowych oraz w kontaktach ze swoimi interesariuszami (*stakeholders*)”.³¹⁵ Z kolei Światowa Rada Biznesu ds. Zrównoważonego Rozwoju (*World Business Council on Sustainable Development*) promuje społeczną odpowiedzialność biznesu jako „ciągłe zobowiązanie biznesu do etycznego zachowania oraz przyczyniania się do rozwoju ekonomicznego, przy równoczesnej poprawie jakości życia pracowników najemnych i ich rodzin, jak również lokalnej społeczności i społeczeństwa jako ogółu”.³¹⁶

Jednakże jedynym jak dotychczas kompleksowym, uzgodnionym powszechnie zbiorem reguł odpowiedzialności o charakterze *soft law*, stanowiących swoisty kodeks działalności korporacji transnarodowych są *Wytyczne OECD dla Przedsiębiorstw Wielonarodowych*³¹⁷. Są to zalecenia rządów kierowane do korporacji działających lub

³¹³ *Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, uchwalone 13.08.2003 przez Podkomisję ds. Promocji i Ochrony Praw Człowieka (*UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*), organ pomocniczy Komisji Praw Człowieka ONZ

³¹⁴ Raport nt. ochrony, przestrzegania i egzekwowania praw człowieka w działalności gospodarczej (Raport: *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*), złożony do Rady Praw Człowieka ONZ 03.06.2008, był wynikiem pracy Specjalnego Przedstawiciela ONZ ds. praw człowieka, korporacji transnarodowych i innych podmiotów gospodarczych (*UN Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises*). Więcej na ten temat: Maciej Bernatt, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009, 75ff

³¹⁵ COM (2001) 366: *Green paper - Promoting a European framework for corporate social responsibility*, 18.07.2001

³¹⁶ Maciej Bernatt, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009, 27

³¹⁷ *Wytyczne Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju dla Przedsiębiorstw Wielonarodowych*, OECD (2011), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>

mających siedzibę na terenie państw, które zobowiązały się do przestrzegania Deklaracji OECD. Wytyczne OECD nie mają mocy wiązania prawem, lecz promują odpowiedzialną postawę przedsiębiorstw globalnych. Są one zgodne z mającymi zastosowanie normami prawa międzynarodowego, stanowiąc jednocześnie przejaw woli państw do harmonizowania zachowań korporacyjnych z regulacjami z zakresu praw człowieka, ochrony środowiska, bezpieczeństwa i higieny pracy, opodatkowania czy rachunkowości, których źródłem są krajowe porządki prawne. Zgodnie z Wytycznymi OECD korporacje transnarodowe powinny w państwach przyjmujących przyczyniać się przede wszystkim do osiągnięcia zrównoważonego rozwoju (poprzez postęp gospodarczy, środowiskowy i społeczny), a także respektować prawa człowieka wobec wszystkich, na których ich specyficzna działalność może mieć wpływ. W komentarzu zaznaczono, iż nie może być sprzeczności między działalnością korporacji jako całości a zrównoważonym rozwojem, w rozumieniu "rozwoju spełniającego obecne potrzeby bez wywierania negatywnego wpływu na zdolność przyszłych pokoleń do spełniania swoich"³¹⁸.

Podatki i transparentność finansowa

W związku z rozpowszechnieniem się wśród korporacji transnarodowych zjawiska agresywnego planowania podatkowego (*aggressive tax planning*), polegającego na niekontrolowanym rozszerzaniu podstawy zwolnienia ze zobowiązań podatkowych (czy to poprzez nieuprawniony transfer zysków do krajów o niskich stopach podatkowych, czy wykorzystywanie długoterminowych zwolnień podatkowych, m.in. w oparciu o międzynarodowe umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania),³¹⁹ państwa zrzeszone w OECD podjęły inicjatywę zahamowania tego procederu. We wrześniu 2014 OECD opublikowała szereg działań określanych jako *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS - działania konieczne dla zwalczania "erozji podstawy opodatkowania oraz transferu zysków"). Pierwsze siedem spośród 15 uzgodnionych działań typu BEPS dotyczy podatkowych wyzwań w związku z cyfryzacją gospodarczą, wykorzystywania różnic w systemach prawnych państw w celu osiągnięcia korzyści podatkowych, przeciwdziałania szkodliwym praktykom

³¹⁸ Definicja przyjęta w 1987 przez Światową Komisję ds. Środowiska i Rozwoju ONZ (tzw. Komisja Brundtland), *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>

³¹⁹ Por. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* 2011, Chapter XI pt. 1

podatkowym, nadużywania umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, dokumentacji cen transferowych oraz sprawozdawczości międzynarodowej w odniesieniu do cen transferowych, aspektów własności intelektualnej w kontekście cen transferowych, możliwości wypracowania narzędzi do wdrażania BEPS oraz modyfikacji istniejących umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.³²⁰

Spośród problemów związanych z opodatkowaniem korporacji transnarodowych dużą rolę przywiązuje się do właściwej identyfikacji cen transferowych w obrocie transgranicznym w oparciu o wartość rynkową, zgodnie z postanowieniami Modelowej Konwencji OECD w sprawie podatków i Modelowej Konwencji ONZ w sprawie podwójnego opodatkowania w krajach rozwiniętych i rozwijających się. Skuteczne działania muszą mieć charakter skoordynowany i kompleksowy obejmując przede wszystkim ujednolicone podejście do wyceny wartości niematerialnych i prawnych, wyceny transakcji finansowych, ograniczenie tzw. transakcji pozornych, w tym sprecyzowanie okoliczności, w jakich możliwe jest zmiana kwalifikacji transakcji (za podstawę należy brać sensu ekonomiczny transakcji a nie stosunek formalno-prawny). Dodatkowo należałoby uwzględnić sprawniejszą komunikację między organami podatkowymi poszczególnych państw, większe wymogi dotyczące raportowania i tworzenia dokumentacji podatkowej (zarówno na poziomie lokalnym jak i globalnym), wypracowanie narzędzi dla zapobiegania nadużyciom na podstawie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, a także wzmocnienie zasad dotyczących tzw. kontrolowanych spółek zagranicznych (*controlled foreign corporations, CFC*).³²¹

W przypadku procederu CFC państwa stopniowo przeszły od zaleceń o charakterze *soft law* na poziomie organizacji międzynarodowych do regulacji tego zjawiska w prawie wewnętrznym, przewidujących opodatkowanie dochodów CFC.³²² Wprowadzono obowiązek

³²⁰ BEPS 1 - *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*; BEPS 2 - *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*; BEPS 5 - *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*; BEPS 6 - *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*; BEPS 6 - *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*; BEPS 8 - *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*; BEPS 15 - *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*; źródło: <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>

³²¹ *OECD Model Tax Convention on Income and Capital* released on 29 April 2011, updated lately upon approval by the OECD Council on 15 July 2014; *United Nations Double Taxation Convention between Developed Countries and Developing Countries* 2011, <http://www.un.org/en/development/desa/publications/double-taxation-convention.html>

³²² Wg stanu na koniec 2014 wewnętrzne regulacje prawne CFC wprowadziły takie kraje jak: Niemcy, Francja, Wielka Brytania, Szwecja, Dania, Finlandia, Hiszpania, Włochy, USA, Kanada, Japonia, Nowa Zelandia, Indonezja,

uwzględniania w podstawie opodatkowania rezydenta krajowego dochodów kontrolowanych podmiotów zagranicznych mających siedzibę lub zarząd w państwie o poziomie opodatkowania niższym od obowiązującego w państwie rezydencji podmiotu dominującego. Regulacje typu CFC stosuje się wówczas, gdy transfer zysków poza granicę państwa rezydencji podmiotu jest uzasadniony jedynie względami podatkowymi.³²³ Kompromisowe rozwiązanie problemu CFC polega zwykle na realizacji warunku sprawowania kontroli przez rezydenta nad CFC i jest zgodne z rozwiązaniami mającymi zastosowanie do grup podmiotów powiązanych. Polski projekt nowelizacji ustaw podatkowych pod kątem CFC przewiduje przykładowo, iż warunkiem sprawowania kontroli jest nieprzerwane posiadanie udziałów przez okres nie krótszy niż 30 dni, bezpośrednio lub pośrednio, co najmniej 25% udziałów w kapitale lub 25% praw głosu w organach kontrolnych lub stanowiących lub 25% udziałów związanych z prawem do uczestnictwa w zyskach zagranicznej spółki; tak określony warunek zapewnia, że przepisy dotyczą wyłącznie polskiego rezydenta występującego jako wspólnik, a zatem mającego istotny wpływ na decyzje ekonomiczne podmiotu zagranicznego, w tym również na zakres i rozmiar prowadzonej działalności.³²⁴

Standaryzacja³²⁵ rachunkowości i sprawozdawczości finansowej umożliwia porównywanie działalności korporacji działających na podstawie różnych regulacji prawnych w państwach przyjmujących. Z punktu widzenia nadzoru międzynarodowego zaletą

Meksyk, RPA, Południowa Korea, Argentyna, Brazylia, Izrael, Turcja, Chiny. Przepisy dotyczące CFC przewidziały też Komisja Europejska w projekcie dyrektywy w sprawie wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania przedsiębiorstw, a Rada UEU wydała rezolucję z 8.6.2010 w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej (2010/C 156/01).

³²³ Szerzej na ten temat: Michael Lang et. al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Wien 2004

³²⁴ Polska planuje wprowadzić zmiany do przepisów ustaw o podatkach dochodowych PIT i CIT, przewidujące opodatkowanie dochodów kontrolowanych spółek zagranicznych CFC w 2015. Proponowane zmiany można znaleźć w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, który 15 kwietnia 2014 został wniesiony do Sejmu. Nowe regulacje mają przy tym dotyczyć zarówno dużych jak i małych korporacji transnarodowych, a także transakcji wewnątrzkrajowych.

³²⁵ Przyjmuje się, iż proces standaryzacji rachunkowości zapoczątkowały stworzone w USA tzw. Ogólnie Akceptowane Zasady Rachunkowości (US GAAP - Generally Accepted Accounting). Powszechnie stosowane są dziś Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej (IFRS - *International Financial Reporting Standards*) zatwierdzone przez Radę Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IASB - *International Accounting Standards Board*).¹ Aktualnie obowiązujące standardy rachunkowości na obszarze UE są zawarte w Rozporządzeniu Komisji nr 1126/2008 z 3.11.2008 (wraz z późniejszymi zmianami), przyjmujące międzynarodowe standardy rachunkowości i sprawozdawczości finansowej zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady.

standaryzacji jest większa przejrzystość uzyskiwanych informacji. Korporacje są zobowiązane do rzetelnego podawania istotnych informacji na temat całej swojej działalności, w szczególności struktury kapitałowej i organizacyjnej (w tym stanu zatrudnienia), sytuacji finansowej, wyników ekonomicznych, stanu majątkowego i skuteczności działania nadzoru właścicielskiego. W komentarzu do Wytycznych OECD za *istotną informację* uznano taką, której "pominięcie lub zakłamanie może mieć wpływ na decyzje gospodarcze podejmowane przez jej odbiorców"³²⁶. Normy wewnętrzne i polityki dotyczące gromadzenia i publikowania danych powinny być również upubliczniane. Zaleca się też przeprowadzanie corocznych niezależnych i kompetentnych audytów, z jednej strony dla dostarczenia zarządowi obiektywnej informacji odzwierciedlającej rzeczywistą sytuację finansową i wyniki firmy, z drugiej dla zwiększenia możliwości nadzoru zewnętrznego.

Dla ułatwienia korporacjom wywiązywania się ze zobowiązania *transparentności* (w tym również w odniesieniu do danych pozafinansowych) wobec akcjonariuszy, pracowników i opinii publicznej, organizacje pozarządowe stworzyły społeczne standardy sprawozdawczości. Najbardziej rozpowszechnioną niezależną instytucją (i jednocześnie standardem) na rzecz rozwijania i promowania wytycznych zrównoważonego rozwoju (*sustainability reporting guidelines*) jest holenderska Global Reporting Initiative (GRI). Ze standardu GRI mogą korzystać wszystkie podmioty, które chcą składać kompleksowe sprawozdania z prowadzonej działalności gospodarczej, środowiskowej i społecznej. Zarysowuje się tendencja implementowania idei społecznego standardu raportowania danych finansowych i pozafinansowych do krajowych i regionalnych porządków prawnych.

Upublicznianie danych pozafinansowych przez firmy jest już obowiązkowe w takich krajach europejskich jak Francja, Dania, Hiszpania, Szwecja, Wielka Brytania. Wymogi prawne w zakresie raportowania społecznego stopniowo rosną, co wiąże się z decyzją Komisji Europejskiej, która w kwietniu 2013 wystąpiła z wnioskiem o wprowadzenie zmian w przepisach regulujących sprawozdawczość finansową i pozafinansową przedsiębiorstw. Zmiany te mają zwiększyć przejrzystość informacji dotyczących społecznych i środowiskowych aspektów działalności firm, zwłaszcza dużych korporacji transnarodowych,

³²⁶ Komentarz do rozdziału III "Ujawnianie informacji" pkt. 30; OECD (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>

których struktury organizacyjne są na tyle rozbudowane, że skutecznie utrudniają bądź uniemożliwiają realizację postulatu transparentności.³²⁷

Prawa człowieka i pracownika

Do ochrony praw człowieka zobowiązane jest państwo (ujęcie wertykalne), które następnie z pozycji regulatora zarówno w krajowych porządkach prawnych jak i poprzez organizacje międzynarodowe³²⁸ tworzy ramy prawne dla podmiotów prywatnych w tym zakresie. Najważniejszymi inicjatywami w prawie międzynarodowym są tu paryska rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 217/III A z 10 grudnia 1948 pn. *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka* oraz *Europejska Konwencja Praw Człowieka* z 4 listopada 1950 (na uwagę zasługuje zwłaszcza rozbudowane orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka) zawarta przez państwa członkowskie Rady Europy. Oba te akty, mające początkowo jedynie charakter prawa miękkiego, należy dziś zaliczyć do kanonu międzynarodowego prawa zwyczajowego, które jako takie generują prawnomiędzynarodowe obowiązki korporacji na poziomie *lex generalis*.³²⁹

Korporacje transnarodowe nie są wyjątkiem od ogólnej zasady poszanowania praw człowieka w rozumieniu braku naruszania praw innych ludzi i odpowiedniego reagowania na negatywne skutki swoich zachowań.³³⁰ Najważniejszym dokumentem *soft law* jest w tym zakresie przedmiotowym przyjęty w czerwcu 2011 przez Radę Praw Człowieka ONZ *Dokument Ramowy "Chroń, szanuj, naprawiaj"*, zgodnie z którym obowiązek przestrzegania praw człowieka przez korporacje transnarodowe istnieje bezwarunkowo niezależnie od skali przedsiębiorstwa, sektora działalności, kontekstu operacyjnego, struktury własnościowej i

³²⁷ Szerzej patrz: *Financial Transparency System* wprowadzony przez Komisję Europejską, http://ec.europa.eu/budget/fts/index_en.htm

³²⁸ Najważniejszymi inicjatywami w prawie międzynarodowym są tu paryska rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 217/III A z 10.12.1948 pn. *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka* oraz *Europejska Konwencja Praw Człowieka* z 4.11.1950 (na uwagę zasługuje przy tym rozbudowane orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu) zawarta przez państwa członkowskie Rady Europy

³²⁹ Państwa członkowskie tych organizacji transponowały powszechnie postanowienia tych dokumentów do swoich porządków prawnych, a niekiedy stosowane są one bezpośrednio (np. w Austrii).

³³⁰ Por. art. 1 Rozdziału IV pn. *Prawa człowieka* Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011

organizacyjnej oraz miejsca aktywności.³³¹ Sytuacja, kiedy państwo nie jest w stanie skutecznie egzekwować stosowania prawa wewnętrznego lub wdrożyć norm międzynarodowych w dziedzinie praw człowieka, bądź też gdy działa w sposób niezgodny z prawem wewnętrznym lub zobowiązaniami międzynarodowymi nie deroguje obowiązku korporacji do przestrzegania praw człowieka, a korporacje działające w państwach, gdzie prawo wewnętrzne jest sprzeczne bądź w niezadowalającym stopniu szarmonizowane z prawami człowieka, powinny dokładać wszelkich starań, aby przestrzegać tych praw w najszerszym zakresie, bez naruszania przepisów prawa wewnętrznego.³³²

Najważniejszą organizacją międzynarodową zajmującą się ochroną praw pracowniczych w stosunkach z korporacjami transnarodowymi jest Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO). Jej rolą jest w szczególności promowanie rozwiązań podnoszących standardy bezpieczeństwa socjalnego pracobiorców i ich warunków pracy, zgodnie z *Deklaracją dotyczącą podstawowych zasad i praw w pracy* z 1998 i zawartymi w niej Konwencjami³³³ o pracy przymusowej lub obowiązkowej, wolności związkowej i ochrony praw związkowych, stosowania zasad prawa do organizowania się i do rokowań zbiorowych, jednakowym wynagrodzeniu dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, zniesieniu pracy przymusowej, dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, najniższym wieku dopuszczenia do zatrudnienia, zakazie i natychmiastowych działaniach na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci. Wytyczne OECD akumulują treść postanowień Deklaracji ILO z 1998 i cytowanej wcześniej

³³¹ UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework 2011, HR/PUB/11/04, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessH>

³³² Ibidem; patrz również: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011*, pkt 38, Komentarz do Rozdziału IV

³³³ Konwencje MOP objęte Deklaracją z 1998 to: Konwencja Nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Konwencja nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, Konwencja nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, Konwencja nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, Konwencja nr 105 o zniesieniu pracy przymusowej, Konwencja nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, Konwencja nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia, Konwencja Nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci.

Trójsstronnej Deklaracji ILO z 1977 w sprawie przedsiębiorstw międzynarodowych i polityki społecznej³³⁴.

Zalecenia w sprawie eliminacji zjawiska wykorzystywania dzieci do świadczenia pracy (zwykle też najniżej płatnej) na rzecz dużych korporacji zostały ujęte m.in. we wspomnianej Deklaracji ILO z 1998 i w Konwencji ILO 182 o najgorszych formach pracy dzieci, a także w dokumentach promujących dolną granicę wieku zatrudnienia, jak choćby Konwencja ILO 138 i Zalecenie ILO 146. Ponadto zachęca się korporacje do eliminacji wszelkich form pracy przymusowej i wymuszonej (ponadnormatywnej). Konwencja ILO No. 105 z 1957 wzywa do "zniesienia pracy przymusowej lub obowiązkowej i nie korzystania z niej pod jakąkolwiek postacią".³³⁵ Jest to powielenie apelu Konwencji ILO 29 z 1930, z tym że jego adresatem były wówczas rządy goszczące korporacje transnarodowe.³³⁶ Temu podobne regulacje aspiracyjne mają na celu również wymuszenie na korporacjach ustalanie godziwych stawek wynagrodzenia czy też niestosowanie praktyk dyskryminacyjnych. Zgodnie z listą zabronionych podstaw dyskryminacji zaczerpniętą z Konwencji ILO 111 z 1958, Konwencji ILO 183 z 2000 o ochronie macierzyństwa, Konwencji ILO 159 z 1983 o rehabilitacji zawodowej i zatrudnienia osób niepełnostrawnych, Zalecenia ILO 162 z 1980 dotyczącej pracowników w wieku starszym oraz Zalecenia ILO 200 z 2010 dotyczącego HIV i AIDS wśród pracowników, wszelkie wyłączenia, ograniczenia i preferencje stanowią naruszenie konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy.³³⁷

³³⁴ Trójsstronna Deklaracja Zasad dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej przyjęta w Genewie w 1977 obejmuje (z uwzględnieniem poprawek wniesionych do Deklaracji w 2000) następujące kwestie: popieranie zatrudnienia, równość szans i traktowania pracowników, minimalny wiek zatrudnienia, bezpieczeństwo socjalne, płace, świadczenia (w tym urlopy), szkolenia, warunki pracy, bezpieczeństwo i higiena pracy, stosunki zawodowe (w tym swobody związkowe i rozpatrywanie sporów zbiorowych).

³³⁵ Art. 1 Konwencji nr 105 o zniesieniu pracy przymusowej, przyjętej w Genewie dnia 25 czerwca 1957 przez Konferencję Ogólną Międzynarodowej Organizacji Pracy, Dz. U. z dnia 14 lipca 1959, Dz.U.59.39.240

³³⁶ "Każdy Członek Międzynarodowej Organizacji Pracy, który ratyfikuje niniejszą konwencję, zobowiązuje się do zniesienia stosowania pracy przymusowej lub obowiązkowej we wszelkich jej postaciach, w możliwie najszybszym czasie." - art. 1 Konwencji Nr 29 dotyczącej pracy przymusowej lub obowiązkowej przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1930, Dz. U. z dnia 23 marca 1959, Dz.U.59.20.122

³³⁷ Bliźniaczo podobne są wskazania dla praktyk korporacyjnych w omawianych dziedzinach wyrażane przez OECD, patrz: Komentarz do rozdziału *Zatrudnienie i stosunki pracownicze* Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011, pkt. 47ff.

Zgodnie z Wytycznymi ONZ w sprawie ochrony konsumentów z 1985³³⁸ i Wytycznymi OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011, a także rekomendacjami innych organizacji międzynarodowych³³⁹, korporacje powinny przede wszystkim zapewnić zgodność oferowanych towarów i świadczonych usług z wymogami prawa bądź odrębnymi uzgodnieniami w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa konsumenta. Są one również zobowiązane dostarczać rzetelnych, łatwych do zweryfikowania i jasnych informacji (a przy tym także porównywanych rynkowo), które umożliwią konsumentom podejmowanie w pełni świadomych decyzji, w tym dostarczać informacji o cenach, składzie produktów, ich bezpiecznym i ekologicznym użytkowaniu, konserwacji, przechowywania, sposobu utylizacji, a także możliwości rezygnacji z zakupu towarów i usług. Korporacje transnarodowe powinny w każdych warunkach powstrzymać się od stosowania zwodniczych praktyk marketingowych.³⁴⁰

W ramach rozstrzygania sporów z konsumentami korporacje są zobligowane prawnie właściwie stosować procedurę reklamacyjną. Dodatkowo rekomendacje organizacji międzynarodowych mają na celu wymuszenie na korporacjach stosowanie odpowiedniego standardu traktowania konsumenta poprzez oferowanie sprawiedliwych (w odczuciu konsumenta), prostych, terminowych i efektywnych rozwiązań, bez angażowania organów państwa. Korporacje powinny uruchamiać środki odszkodowawcze bez niepotrzebnych kosztów i innych obciążeń konsumenta.³⁴¹ Wzywa się również korporacje do poszanowania prywatności konsumenta i zagwarantowania bezpieczeństwa danych osobowych gromadzonych, przechowywanych, przetwarzanych i rozpowszechnianych przez podległe sobie jednostki organizacyjne.³⁴²

³³⁸ Rezolucja przyjęta na 39. Sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w dniu 9 kwietnia 1985, uzupełniona w 1999

³³⁹ Jak choćby Międzynarodowej Organizacji Normalizacyjnej ISO w zakresie zarządzanie jakością produktów (standardy z serii 9000) czy Międzynarodowej Izby Handlowej ICC w zakresie przejrzystości transakcji bankowych

³⁴⁰ Por. pkt. 2 i pkt. 7 Rozdziału VIII pn. *Interesy konsumenta* Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011

³⁴¹ Por. Zalecenia Rady OECD w sprawie rozwiązywania sporów i odszkodowań dla konsumentów z 2007

³⁴² Por. Wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011, Rozdział VIII pkt. 6 i akapit 90 Komentarza

Korporacje transnarodowe, jako organizacje zorientowane na maksymalizację zysku poprzez ekspansję gospodarczą o charakterze globalnym, dążą w naturalny niejako sposób do zajmowania rynkowej pozycji monopolistycznej, nie wyłączając również stosowania mechanizmów kartelowych.³⁴³ Zgodnie z Zaleceniami Rady OECD w sprawie skutecznego przeciwdziałania kartelom z 1998³⁴⁴ uznaje się, iż szkodliwe kartele powstają w drodze niezgodnych z zasadami konkurencji porozumień w zakresie ustalania cen, składania sztucznych ofert przetargowych, ustalania ograniczeń kwot produkcji bądź łączenia i dzielenia rynku (klientów, dostawców, terytoriów lub przedmiotu działalności). Obok wymienionych działań, szkodliwe porozumienia kartelowe mogą powstawać na skutek różnic w przepisach państw członkowskich, włączając w to różnice dotyczące udzielania zwolnień z przestrzegania określonych wymogów oraz postanowienia zezwalające na uznanie wyjątku lub zezwolenie na działalność, która w innym przypadku mogłaby być zabroniona. Zalecenia OECD nie negują prawa korporacji transnarodowych do korzystania z wszelkich zwolnień i zezwoleń indywidualnych i grupowych, o ile są zgodne z powszechnie obowiązującym prawem wewnętrznym.³⁴⁵

Celem krajowych i regionalnych przepisów prawnych oraz rekomendacji *soft law* z zakresu ochrony konkurencji jest zagwarantowanie wydajnego działania rynków. Regulacje te obejmują przede wszystkim zakaz zawierania porozumień niezgodnych z prawem konkurencji, nadużywania pozycji na rynku lub dominacji, uzyskiwania pozycji na rynku lub dominacji w sposób inny niż poprzez wydajne działanie ekonomiczne, czy też znacznego obniżenia konkurencji lub działań wbrew konkurencji poprzez fuzje i przejęcia.³⁴⁶ Ten ostatni

³⁴³ Dążenie do monopolizacji w rozumieniu wyłącznego lub preferencyjnego dostępu do rynków zbytu produktów dotyczy zresztą zarówno rynków lokalnych, regionalnych, jak i globalnych w wybranych branżach. Zgodnie z teorią przewagi monopolistycznej Ch. Kindlebergera i S. Hymera korporacja podejmuje decyzję o internacjonalizacji działalności wówczas, gdy zauważa szansę wykorzystania poza granicami kraju pochodzenia osiągniętej na rynku krajowym przewagi monopolistycznej, tj. zdyskontowania swoich atutów marketingowych (*specific advantages*) w postaci np. niższych kosztów produkcji w innym państwie. Więcej na temat w: Ewa Kosińska (red.), *Marketing międzynarodowy. Zarys problematyki*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2008, 21ff

³⁴⁴ Zalecenie Rady OECD nr C (98) 35/FINAL

³⁴⁵ Por. pkt. 96 Komentarza do Rozdziału X pn. *Konkurencja* Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011

³⁴⁶ Ibidem, pkt. 95

przypadek jest przedmiotem rekomendacji zawartych m.in. w Zaleceniu Rady OECD w sprawie weryfikacji fuzji z 2005.³⁴⁷

Ochrona środowiska

Zgodnie z Wytycznymi OECD korporacje transnarodowe powinny "przekazywać społeczeństwu i pracownikom stosowne, wymierne, weryfikowalne i aktualne informacje dotyczące potencjalnego wpływu [ich] działalności na środowisko [naturalne], zdrowie i bezpieczeństwo", a także angażować się w konsultacje z lokalnymi społecznościami w tym zakresie. Ujęcie OECD jest wyraźnie zbieżne z treścią podstawowych aktów akcesoryjnych międzynarodowego prawa ochrony środowiska, do których zaliczyć należy Deklarację Sztokholmską z 1972,³⁴⁸ Deklarację z Rio de Janeiro z 1992,³⁴⁹ Agendę 21 z 1992,³⁵⁰ Konwencję z Aarhus z 1998,³⁵¹ jak też standard jakości ISO 14001:2004 dla systemów zarządzania środowiskowego.³⁵² W dokumentach tych zwraca się uwagę m.in. na potrzebę włączania społeczności lokalnych, znajdujących się w obszarze oddziaływania inwestycji przemysłowej (*environmental impact area*), do procesów decyzyjnych zarezerwowanych dotąd dla państwa i korporacji-inwestora.

Dla przykładu, art. 4 Konwencji z Aarhus promuje dostęp do informacji z zakresu ochrony środowiska, choć przewiduje szereg ograniczeń w stosunku do spraw będących przedmiotem postępowania sądowego czy objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zasada 15 Deklaracji z Rio de Janeiro wprowadza z kolei pojęcie "ostrożnego pojęcia" przy podejmowaniu działań gospodarczych ingerujących w środowisko (*precautionary approach*). Wytyczne OECD z 2011 w Komentarzu do Rozdziału VI *Środowisko* w pkt. 69 akcentują czynną obligację korporacji transnarodowych do niezwłocznych działań w celu uniknięcia "poważnych i nieodwracalnych szkód środowiskowych wynikających z ich działalności".

³⁴⁷ Zalecenie Rady OECD nr C (2005) 34

³⁴⁸ Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska przyjęta w Sztokholmie dnia 16 czerwca 1972

³⁴⁹ Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska i rozwoju przyjęta w Rio de Janeiro dnia 14 czerwca 1992

³⁵⁰ Globalny Program Działań Narodów Zjednoczonych przyjęty w czerwcu 1992 zwany Agendą 21

³⁵¹ Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach ochrony środowiska przyjęta w Aarhus dnia 25 czerwca 1998

³⁵² ISO 14001 Environmental Management Systems z roku 2004

Dodatkowo w pkt 63 proponuje się zwiększenie kontroli bezpośredniego i pośredniego oddziaływania prowadzonych przez korporacje inwestycji na środowisko, w tym kontrolę zanieczyszczeń i zarządzania zasobami. Elementem nadzoru społecznego nad działalnością korporacji w tym zakresie jest również postulat objęcia ochrony środowiska (zwłaszcza "rzadkich i zagrożonych aktywów środowiskowych") obowiązkowym raportowaniem.³⁵³

Przeciwdziałanie praktykom korupcyjnym

ONZ-wska *Konwencja przeciw korupcji UNCAC* z 2005 zaleca państwom zakazanie urzędnikom państwowym przyjmowania łapówek, a korporacjom transnarodowym wszelkich form przekupstwa zarówno wobec urzędników państwowych w kraju pochodzenia i krajach przyjmujących, jak i urzędników organizacji międzynarodowych, a także rozważenie stosowania tego zakazu w kręgach prywatnych.³⁵⁴ Dokument ten, kluczowy w dziedzinie walki z korupcją i zjawiskami podobnymi³⁵⁵, zawiera szereg zaleceń dotyczących prania brudnych pieniędzy, przekupstwa krajowych i zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, handlu wpływami czy nielegalnego ujawniania informacji gospodarczych (w tym objętych

³⁵³ Fakultatywna sprawozdawczość dot. danych z zakresu *environmental impact* jest już stosowana na znaczną skalę choćby w ramach standardu Global Reporting Initiative.

³⁵⁴ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciw korupcji (*UNCAC*) weszła w życie z dniem 14 grudnia 2005

³⁵⁵ Rozgraniczenie definicyjne pojęcia *korupcji* można znaleźć np. w Raporcie Roboczym *Komisja Specjalna Parlamentu Europejskiego ds. Przestępczości Zorganizowanej, Korupcji i Prania Pieniędzy z 3.12.2012, Rozdział III: Korupcja w sektorze publicznym, str. 5/17, DT\919585PL.doc*: "Tradycyjnie korupcja w sektorze publicznym podlega różnym klasyfikacjom i dzieli się na różne rodzaje występujących zjawisk przestępczych. Istnieje więc korupcja czynna i bierna (w zależności od tego, czy określa ona działania osoby korumpującej czy korumpowanej, czyli, odpowiednio, osoby obiecującej, oferującej lub udzielającej czy też osoby domagającej się, przyjmującej, akceptującej lub przyjmującej nienależną korzyść w zamian za wykonanie żądanej czynności); istnieje również korupcja właściwa oraz niewłaściwa (w zależności od tego, czy korupcja ma na celu wywołanie działania niezgodnego lub zgodnego z obowiązkami służbowymi); istnieje wreszcie korupcja poprzedzająca lub późniejsza (w zależności od tego, czy układ korupcyjny jest zawarty przed wykonaniem danej czynności czy też po nim). Jeśli zatem klasyczna forma korupcji jest czynna, właściwa i poprzedzająca - jako że zazwyczaj osoba korumpująca oferuje pieniądze lub inne korzyści w zamian za późniejsze wykonanie przez osobę korumpowaną czynności niezgodnej z obowiązkami służbowymi tej ostatniej; (...) treść porozumień zawieranych między osobą korumpującą i osobą korumpowaną przybiera często bardziej wyrafinowane formy."

Definicję pojęcia *łapówki* znajdziemy w *Konwencji antykorupcyjnej OECD* z 1997 (patrz przypis niżej): "„...proponowanie, obiecywanie lub dawanie przez jakąkolwiek osobę jakiegokolwiek nienależnej korzyści majątkowej lub innej korzyści zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu, zarówno bezpośrednio, jak i poprzez pośredników, dla takiego funkcjonariusza lub dla osoby trzeciej, w celu skłonienia tego funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej." W akapicie 9 Komentarza do Konwencji wyjaśniono, iż „drobne wkłady pieniężne” nie są tożsame z płatnościami.

tajemnicą bankową) o dużym znaczeniu. Z kolei Konwencja OECD w sprawie zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 1997³⁵⁶ oraz trzy powiązane z nią Zalecenia Rady OECD z lat 2006-2009³⁵⁷ są podstawowymi aktami aspiracyjnymi przyjętymi przez OECD. Ich celem jest zwiększenie nacisku na państwa członkowskie tej organizacji w celu ograniczenia zjawiska korumpowania zagranicznych urzędników państwowych i zapewnienia uczciwych warunków konkurencji wszystkim uczestnikom międzynarodowego obrotu gospodarczego, przy czym to państwo ponosi odpowiedzialność za działanie korporacji mających siedzibę w obrębie jego jurysdykcji terytorialnej.

W Wytycznych OECD dla korporacji z 2011 zwrócono uwagę, iż podmioty typu korporacyjnego nie powinny - w sposób bezpośredni bądź pośredni - obiecywać, wręczać, przyjmować, ani wymuszać łapówek lub innych nienależnych korzyści w celu uzyskania bądź utrzymania nieuczciwej przewagi handlowej, ani też innych nieuczciwych korzyści, w szczególności w relacjach z urzędnikami państwowymi bądź pracownikami partnerów handlowych. Korporacje nie powinny również wykorzystywać stron trzecich - takich jak agenci czy inni pośrednicy, konsultanci, przedstawiciele, dystrybutorzy, konsorcja, wykonawcy i dostawcy oraz partnerzy *joint venture* - do przekazywania korzyści pieniężnych i niepieniężnych urzędnikom państwowym bądź pracownikom partnerów handlowych, ich krewnym bądź wspólnikom. W Wytycznych podkreślono, iż dla zapobiegania zjawisku korupcji, której skala w związku ze specyfiką działalnością korporacji transnarodowych może odpowiednio znaczna, istotną rolę mają do spełnienia praktyki dobrego nadzoru.³⁵⁸

³⁵⁶ Konwencja OECD w sprawie zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych, otwarta do podpisu w Paryżu 17.12.1997, weszła w życie z dniem 15.12.1999

³⁵⁷ Zalecenie Rady OECD w sprawie dalszego zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 14.12.2006, Zalecenie Rady OECD w sprawie środków podatkowych dla dalszego zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 25.5.2009, a także Zalecenie Rady w sprawie korupcji i oficjalnie wspieranych kredytów eksportowych z 26.11.2009

³⁵⁸ Patrz: Introdukcja i art. 1 Rozdziału VII pn. *Zwalczanie korupcji, namawiania do korupcji i wymuszenia* oraz pkt. 80 Komentarza do Rozdziału VII w (dot. *dobrych praktyk nadzoru*) Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych z 2011

3.3.6. Problem zrównoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowej

Zwolennicy upodmiotowienia korporacji transnarodowych domagają się skutecznego związania osób prawnych, prowadzących zwłaszcza globalną działalność gospodarczą, obowiązkami o charakterze prawnomiędzynarodowym, argumentując, iż korporacje korzystają z dorobku prawa międzynarodowego jako podmioty prywatne w sprzeczności z zasadą *zrównoważenia praw i obowiązków stron umowy cywilnoprawnej*.³⁵⁹ Korporacje transnarodowe wstępują w prywatnoprawne stosunki umowne z działającymi wyjątkowo w tej sferze państwami i dopóki ich umowa jest regulowana prawem wewnętrznym, kwestia zrównoważenia praw i obowiązków nie stanowi przedmiotu kontrowersji.³⁶⁰ Źródłem praw i obowiązków korporacji w prawie międzynarodowym jest w szczególności międzynarodowe prawo inwestycyjne oraz międzynarodowe prawo praw człowieka. Inwestor zagraniczny korzysta z szeregu uprawnień wynikających przede wszystkim z traktatów handlowych i inwestycyjnych³⁶¹, międzynarodowego prawa zwyczajowego i umów między inwestorem a państwem przyjmującym, o ile znajdują się tam postanowienia skutecznie nadające tym umowom charakter prawnomiędzynarodowy.

Kluczowy dla ochrony inwestycji i decyzji korporacji o zaangażowaniu kapitałowym na terytorium państwa przyjmującego jest zakaz wywłaszczania (bądź stosowania środków pośrednich o równoważnym skutku) bez odszkodowania, uznawany za standard międzynarodowego prawa zwyczajowego. Kwestią sporną między państwami rozwiniętymi a rozwijającymi się pozostaje zakres stosowania tego standardu, przy czym korporacje transnarodowe skarżące państwo optują zazwyczaj za *formułą Hull*, gwarantującą wypłatę odszkodowania niezwłocznie, w odpowiedniej wysokości i skutecznie rekompensującego szkody.³⁶² Szereg innych klauzul traktatowych ma za zadanie zapewnienie określonego poziomu ochrony inwestycji i inwestora zagranicznego przed ewentualnymi przejawami

³⁵⁹ P. Malanczuk, op. cit., 100

³⁶⁰ Odrębny problem stanowi zjawisko *race to the bottom*, polegające na podnoszeniu atrakcyjności inwestycyjnej państw rozwijających się poprzez ustawowe obniżanie standardów ochrony praw pracowniczych, ochrony środowiska, etc.

³⁶¹ Wg raportu UNCTAD pn. *Recent Trends in International Investment Agreements and International Investment Policy Making* z lutego 2015 ECT i NAFTA są najczęściej powoływanymi traktatami w sporach inwestycyjnych.

³⁶² Rudolf Dolzer, *Wirtschaft und Kultur*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (ed), *Völkerrecht*, 4th Edition, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2007, 519

dyskryminacji, braku sprawiedliwości czy nie zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa ze strony państwa przyjmującego. Należy tu zwłaszcza wymienić omawiane w rozdziale drugim klauzule najwyższego uprzywilejowania, traktowania narodowego, traktowania bezstronnego i słusznego, pełnej ochrony i bezpieczeństwa, zakazu traktowania dyskryminacyjnego i arbitralnego, a także omawianą odrębnie klauzulę swobody transferów kapitałowych i klauzulę ramową w związku z zasadą *pacta sunt servanda*. Najbardziej innowacyjnym standardem ochrony inwestycji jest klauzula arbitrażowa, dzięki której inwestor może skierować skargę do rozpatrzenia w procedurze polubownej z pominięciem sądownictwa państwa przyjmującego.³⁶³

Korporacje korzystają również z reżimu praw człowieka, powołując się najczęściej na przychylne im orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na podstawie art. 34 *Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* (ECHR).³⁶⁴ Trybunał traktuje korporacje jako rodzaj *organizacji pozarządowych*, co umożliwia im wnoszenie skarg w sytuacji, gdy we własnym mniemaniu stały się ofiarą naruszenia przez państwo-stronę Konwencji praw gwarantowanych w Konwencji bądź w jej protokołach. Korporacje często powołują się na prawa nie zakładające bezwarunkowego związania z osobą fizyczną (*not necessarily presupposing an individual nexus*)³⁶⁵, zwłaszcza na prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ECHR), zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7), prawo do skutecznego środka odwoławczego (art. 13), czy prawo do pokojowego korzystania z własności (art. 1 Protokołu Dodatkowego do ECHR). Wyroki w sprawach *Dombo Beheer B.V. przeciwko Holandii*³⁶⁶ czy *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis przeciwko Grecji*³⁶⁷ potwierdzają objęcie osób prawnych zasadą równości broni oskarżenia i obrony.

³⁶³ Nicolas Hachez (et al.), *International Investment Dispute Settlement in the Twenty-First Century: Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model?*, in: Freya Baetens (ed), *Investment Law within International Law*, Cambridge University Press 2013, 417

³⁶⁴ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11, który wszedł w życie 1 listopada 1998, Council of Europe, H/INF(97) 6 (rev.) z uwzględnieniem tekstu Konwencji opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1993 r., Nr 61, poz. 284 oraz tekstu Protokołu nr 11 opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1998 r. nr 147, poz. 962

³⁶⁵ Marius Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press 2006, 125 ff

³⁶⁶ Orzeczenie w sprawie *Dombo Beheer B.V. v The Netherlands* (1993) Series A no 274

³⁶⁷ Orzeczenie w sprawie *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v Greece* (1994) Series A no 301-B

Odnosząc się do licznych skarg korporacji transnarodowych w związku ze sporami z państwem przyjmującym Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał przede wszystkim ich uprawnienia proceduralne, ale doszedł także do przekonania, iż mogą mieć zastosowanie niektóre prawa tradycyjnie wiązane z osobami fizycznymi, jak prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji (art. 8 ECHR), wolność wyrażania opinii (art. 10), czy słuszne zadośćuczynienie za straty moralne (art. 41). Orzekając w 2002 w sprawie *Société Colas Est SA (i inni)* przeciwko Francji Trybunał stwierdził, iż przeszukanie przez organy ścigania państwa pomieszczeń biurowych podmiotu prywatnego, dokonane bez nakazu rewizji, narusza art. 8 ECHR. Trybunał nie zważał przy tym ani na kontekst teleologiczny i historyczny, ani na dotychczasowe orzecznictwo, ani też na wąskie znaczenie pojęcia *domicile* (mieszkanie) zarówno w języku francuskim, jak i angielskim (języki autentyczne, zgodnie z art. 59 Konwencji). Trybunał podniósł, iż Konwencja jako żywe narzędzie stosowania prawa (*a living instrument*) wymaga interpretacji dynamicznej, a biorąc pod uwagę, iż korporacje korzystają już z szeregu praw chronionych tą Konwencją, przyszedł czas by objąć ochroną z art. 8 również pomieszczenia siedziby głównej i inne pomieszczenia związane z działalnością statutową korporacji.³⁶⁸

W sprawie *Comingersoll SA* przeciwko Portugalii z 2001 strona pozywająca skutecznie argumentowała, iż przedłużająca się procedura postępowania cywilnego przez sądem portugalskim stanowi naruszenie prawa do rzetelnego procesu (art. 6 ust. 1 ECHR), a rozróżnienie między osobą fizyczną i prawną jest w tym przypadku bezpodstawne, i wnioskując o zadośćuczynienie w związku z wywołaniem reakcji natury psychicznej. Wprawdzie strona rządowa podnosiła, iż reakcje psychiczne są charakterystyczne jedynie dla osób fizycznych, jednak Trybunał uznał, iż należy uznać reakcje korporacji, w postaci zmiany zachowania w obliczu utraty reputacji, braku możliwości realizacji zaplanowanych działań zarządczych i niepewności co do spodziewanych efektów ekonomicznych, za nieomal ludzkie (*nearly anthropomorphic*). W rezultacie zarówno członkowie władz spółki, jak i jej akcjonariusze zostali uznani za ofiary niezgodnych z prawem międzynarodowym działań państwa.³⁶⁹ Dla pełnego obrazu trzeba jednak zauważyć, iż w większości rozstrzyganych spraw Trybunał przyznaje państwu przyjmującemu inwestycję znaczną swobodę regulowania

³⁶⁸ Orzeczenie w sprawie *Société Colas Est and Others v France*, ECHR 2002-III 105, par. 41

³⁶⁹ Orzeczenie w sprawie *Comingersoll S.A. v Portugal*, ECHR 2000-IV 339, par. 28

działalności korporacji, o ile działania państwa są w dostatecznym stopniu uzasadnione dobrem publicznym i proporcjonalne.³⁷⁰

Interpretując konwencje, których stroną są państwa pochodzenia korporacji, w sposób dla tych korporacji korzystny, orzecznictwo trybunałów międzynarodowych sukcesywnie wydłuża listę uprawnień. Tymczasem prawnomiędzynarodowe obowiązki prywatnych osób prawnych mają w większości charakter prawnie niewiążący. Jak *explicite* stwierdził Komitet ONZ Prawa Człowieka nadzorujący implementację *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, konwencja ta nie tworzy warunków dla zaistnienia bezpośredniego skutku horyzontalnego, zatem to państwo ma przestrzegać praw człowieka i zapewnić ochronę w związku ich z naruszeniami przez inne podmioty prawa wewnętrznego oraz przez inne państwa. W art. 1 ECHR zapisano z kolei, iż to państwa-strony Konwencji zapewniają każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji określone dalej prawa i wolności. Wprawdzie *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka* (UDHR) stanowi, iż "każda organizacja będąca częścią społeczności (*every organ of society* - można domniemywać, że również i realizująca inwestycję korporacja transnarodowa) powinna dokładać wszelkich starań edukacyjnych dla promowania tych praw i wolności", to jednak inny organ ONZ, Komitet Praw Ekonomicznych Społecznych i Kulturalnych, utworzony *Międzynarodowym Paktem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych*, uznał, iż "prywatne przedsiębiorstwa nie [są] związane Konwencją".³⁷¹

Zjawisko braku zrównoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowych (*governance gap*) stanowi zasadnicze źródło zastrzeżeń organizacji pozarządowych obserwujących wpływ globalizacji na sytuację ekonomiczną państw rozwijających się i przestrzeganie praw człowieka. Korporacje transnarodowe prowadzące działalność o zasięgu globalnym mają możliwość wykorzystywania różnic regulacyjnych między różnymi reżimami prawnymi i słabości systemów polityczno-prawnych państw przyjmujących.³⁷² Zbyt duża swoboda transferu kapitału i kosztów (*transfer pricing*) prowadzi do efektywnej redukcji obciążeń podatkowych (zjawisko określane w dokumentach OECD jako *base erosion profit*

³⁷⁰ Szerzej: Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *Multinational Corporations in International Law*, Social Science Research Network, KU Leuven Working Paper No. 129, 2013, 4, available at ssrn.com

³⁷¹ Uchwalony w 1966 przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Pakt konkretyzuje katalog praw zawartych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w części dotyczącej praw społecznych. Pakt wszedł w życie w 1976, wiążąc do czerwca 2015 (Polska ratyfikowała go w 1977) 164 państwa.

³⁷² Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007, 6

shifting - BEPS).³⁷³ Na skutek uzyskanej tego typu metodami przewagi konkurencyjnej nad lokalnymi przedsiębiorcami korporacje transnarodowe często stają się podmiotami dominującymi lokalne stosunki gospodarcze i społeczne. Państwa rozwijające się, zmuszone do wzięcia udziału w swoistym wyścigu po kapitał tworzący miejsca pracy, zwykle udzielają też korporacjom dodatkowych zachęt inwestycyjnych, w rodzaju wieloletnich ulg podatkowych, rządowych gwarancji finansowych, czy traktatowych klauzul specjalnego traktowania.

Jest wiele przykładów bezpośredniego naruszania przez korporacje transnarodowe praw człowieka w krajach przyjmujących inwestycje, w tym zatrudniania dzieci do pracy najemnej, dyskryminujących praktyk zatrudniania, prowadzenia działalności na terytorium ludów tubylczych bez ich zgody, czy negatywnego wpływu inwestycji na środowisko, pogarszającego warunki życia lokalnej społeczności w stopniu zagrażającym życiu i zdrowiu.³⁷⁴ Od lat siedemdziesiątych XX państwa podjęły wiele inicjatyw zmierzających do objęcia korporacji globalnych prawem wymuszającym w zakresie stosowania praw człowieka, lecz nie udało się przyjąć żadnej konwencji o odpowiedzialności korporacji za czyny zabronione w prawie międzynarodowych, a rezultatem tych wysiłków są regulacje *soft law*, takie jak *Projekt Konwencji o Odpowiedzialności Korporacji Transnarodowych i Innych Przedsiębiorców w Odniesieniu Do Praw Człowieka* (UN 2003)³⁷⁵, *Zasady Przewodnie Działalności Gospodarczej w Odniesieniu do Praw Człowieka* (UN 2011)³⁷⁶, *Wytoczne Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju dla Przedsiębiorstw Wielonarodowych* (OECD 2000, ze zmianami 2011)³⁷⁷, *Trójstronna Deklaracja Zasad dotyczących*

³⁷³ Szerzej: OECD (2014), *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD, www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement.pdf

³⁷⁴ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *Multinational Corporations in International Law*, Social Science Research Network, KU Leuven Working Paper No. 129, 2013, 9ff

³⁷⁵ *Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2003/12 (2003)

³⁷⁶ *Guiding Principles on Business and Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*", UN Resolution 17/4 of 16 June 2011, Human Rights Council (A/HRC/17/31)

³⁷⁷ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing (2011), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>

Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej (ILO 1977)³⁷⁸, czy *Inicjatywa na rzecz Społecznej Odpowiedzialności Biznesu i Wspierania Zrównoważonego Rozwoju "Global Compact"* (UN 2000, Strategia Global Compact 2014-2016)³⁷⁹.

Coraz głośniej artykułowany jest pogląd o potrzebie objęcia korporacji transnarodowych jurysdykcją ekstraterytorialną państwa macierzystego w związku z naruszeniem praw człowieka. Zgodnie z art. 8 Projektu Konwencji Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ o odpowiedzialności państw za czyny zabronione w prawie międzynarodowym z 2001 (*Draft Articles*)³⁸⁰ państwo ponosi odpowiedzialność na podstawie prawa międzynarodowego za zachowanie osoby bądź grupy osób (w tym osób typu korporacyjnego) w sytuacji, jeżeli osoby te działały zgodnie z instrukcjami państwa bądź pod jego kierunkiem lub kontrolą. Dodatkowo, w myśl art. 16 *Draft Articles* wszelkie doradztwo bądź pomoc innemu państwu jak też podmiotowi przynależnemu do tego państwa przy popełnieniu czynu zabronionego prawem międzynarodowym stanowi współdział i również prowadzi do odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa. Możliwość przypisania państwu macierzystemu czynów zabronionych w prawie międzynarodowym a popełnionych przez korporacje transnarodowe nie jest ograniczona terytorialnie.³⁸¹ Państwo powinno zatem dochować należytej staranności w zakresie kontroli ekstraterytorialnych zachowań macierzystych korporacji (między innymi poprzez rewizję podpisanych traktatów BIT) i sprawować jurysdykcję odpowiednio.

³⁷⁸ *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) as amended at its 279th (November 2000) and 295th Session (March 2006), http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm

³⁷⁹ The United Nations Global Compact, https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/global_compact_strategy.html

³⁸⁰ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries*, United Nations 2008, legal.un.org

³⁸¹ McCorquodale R., Simmons P., *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, The Modern Law Review Ltd., Blackwell Publishing, Oxford 2007, 624

Wykonywanie kontraktu państwowego wymaga zwykle od inwestora zagranicznego utworzenia podmiotu zależnego w formie spółki prawa handlowego i prowadzenia bieżącej działalności w oparciu o porządek prawny państwa przyjmującego.³⁸² W przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej ramy prawne dla podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej w związku z wykonywaniem *state contracts* stanowią przedmiot konwergencji legislacyjnej. W związku z faktem, iż z chwilą wejścia w spór z państwem przyjmującym zobowiązania kontraktowe mogą stać się przedmiotem oceny w świetle zgodności z normami prawa międzynarodowego, należy pamiętać, iż podleganie normom traktatowym BIT przez osoby prawne z państw trzecich inwestujące na obszarze UE wyklucza niezgodność z prawem europejskim.³⁸³

Dzięki rozszerzeniu w Traktacie z Lizbony kompetencji Unii Europejskiej do prowadzenia wspólnej polityki handlowej,³⁸⁴ staje się ona jednym z kluczowych podmiotów

³⁸² W warunkach polskich podstawowym aktem prawnym mającym za zadanie kompleksowe uregulowanie kwestii działalności gospodarczej jest Ustawa z 2004 o swobodzie działalności gospodarczej. Ustawa ta stanowi emanację doktryny prowadzenia działalności gospodarczej w sposób wolny od ograniczeń i na równych prawach z innymi podmiotami. W rzeczywistości już art. 1 wprowadza ograniczenia swobody gospodarowania i różnicuje sytuację prawną podmiotów, a przy tym ustawa reguluje zasadniczo jedynie podejmowanie i wykonywanie takiej działalności, pomijając problematykę jej zakończenia. Ustawa z jednej strony określa zasób i zakres powinności przedsiębiorców, z drugiej ogólny zakres kompetencji organów administracji i wykonywania władzy państwowej w gospodarce (szczegółowy zakres kompetencji administracji gospodarczej został określony ustawami dla poszczególnych sektorów gospodarki). Andrzej Powałowski w Komentarzu do Ustawy zwraca uwagę na fakt, iż zawiera ona szereg luk z punktu widzenia inwestycji wykonywanych przez podmioty zależne. Brak w niej m.in. wskazania na relacje łączące przedsiębiorcę z jego przedsiębiorstwem utożsamianym wedle przepisów prawa cywilnego z działalnością gospodarczą, czy też na kwestię identyfikacji przedsiębiorcy poprzez określenie firmy i miejsca wykonywania działalności. Jest to o tyle istotne, iż o statusie przedsiębiorcy (rozumianego zgodnie z art. 4 ust. 1 jako kogoś wykonującego działalność gospodarczą we własnym imieniu) decyduje przedmiotowo-funkcjonalna definicja działalności gospodarczej. Por. A. Powałowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009

³⁸³ W komunikacie COM(2010)343 Unia potwierdziła, iż nie planuje przyjęcia jednego, modelowego BIT i z każdym państwem będzie negocjowała odrębne porozumienie inwestycyjne. Rozporządzeniem 1219/2012 z 12 grudnia 2012 UE utrzymała w mocy dotychczasowe BIT, ustanawiając przepisy przejściowe dla BIT między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, a także pozwalając państwom członkowskim na zawieranie kolejnych BIT i modyfikację dotychczasowych. Zgodnie z postanowieniami rozdziału III tego rozporządzenia przepisy BIT regulujące inwestycje zagraniczne w państwie członkowskim nie mogą jednak naruszać prawa wspólnotowego.

³⁸⁴ Należy zauważyć, że już Europejska Wspólnota Gospodarcza była wyposażona w szerokie kompetencje do prowadzenia wspólnej polityki handlowej. Opinia doradcza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1/75 z 11

międzynarodowego prawa inwestycyjnego.³⁸⁵ Jako, że w treści dwustronnych i regionalnych traktatów inwestycyjnych postanawia się w szczególności o ochronie praw majątkowych, UE musiała zająć stanowisko co do zakresu stosowania standardowych klauzul wyłączeniowych, dopuszczając legalność wyłączenia pod określonymi wszakże warunkami. Traktaty (zgodnie z art. 345 TFUE) nie przesądzają o tym, w jaki sposób prawo własności ma być chronione w państwach członkowskich, jednak warunki dopuszczające wyłączenie powinny być jasno określone i respektować zasadę nieruszalności praw majątkowych (art. 17 Karty Praw Podstawowych UE).³⁸⁶ Państwo członkowskie może dokonać wyłączenia tylko wówczas, gdy nie stoi to w sprzeczności z podstawowymi normami prawa wspólnotowego, w tym nie nosi znamion dyskryminacji, jest uzasadnione przez ważne względy interesu ogólnego i nie wykracza poza działania konieczne do realizacji celu (zgodnie z zasadą proporcjonalności środka).

Patrząc na zakres swobód gwarantowany prawem europejskim i międzynarodowymi traktatami o współpracy handlowej i inwestycyjnej z punktu widzenia interesów korporacji transnarodowych zasadnicze znaczenie ma swoboda przepływu kapitału. Podmioty prywatne niechętnie godzą się na stosowanie przez państwa środków ograniczających tę swobodę. Ograniczenia w międzynarodowym prawie handlowym są zasadniczo dopuszczalne w związku z zaistnieniem sytuacji kryzysowych i zachwianiem równowagi płatniczej państwa bądź koniecznością ochrony praw wierzycieli albo ochrony rynku papierów wartościowych (por. art. XII GATS).³⁸⁷ Prawo Unii Europejskiej dopuszcza również zamrożenie transferów kapitałowych w odniesieniu do zapobiegania terroryzmowi i działalności powiązanej oraz

listopada 1975 potwierdza wprowadzić wyłączność kompetencji EWG/WE do zawierania porozumień handlowych, ujednolicania środków liberalizujących oraz środków ochronnych w przypadku dumpingu bądź subsydiowania.

³⁸⁵ Przepis art. 3 TFUE wprowadzić przyznaje UE kompetencję wyłączną do zawierania umów handlowych, ale umowy o charakterze kompleksowym, takie jak CETA czy TTIP, zawierają szereg obszarów należących nadal do kompetencji państw członkowskich, bądź kompetencji współdzielonych. Zawieranie umów FTA ma w tych warunkach charakter hybrydowy.

³⁸⁶ Zgodnie z tym przepisem nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach określonych w ustawie, za słusznym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie. (Dz.U.UE C 83/391 z 30 marca 2010)

³⁸⁷ Art. XII GATS, możliwy do zastosowania w związku z poważnymi trudnościami bilansu płatniczego i finansów zagranicznych państwa.

zwalczania tych zjawisk (art. 75 TFUE).³⁸⁸ Zasadniczo jednak transfery kapitałowe nie powinny podlegać ograniczeniom wbrew woli stron umowy, o ile nie zaistnieje konieczność dotrzymania kolizyjnych zobowiązań traktatowych.³⁸⁹

Podjmując kwestię konieczności zrównoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowych należy przypomnieć, iż prywatne osoby prawne, wykonujące we własnym imieniu *ius standi*, korzystają z możliwości pozywania państw przyjmujących nie tylko przed prywatnymi trybunałami arbitrażowymi, ale i przed trybunałem strasburskim. W związku z doktrynalną koncepcją braku konieczności bezwarunkowego związania praw człowieka z osobą fizyczną, korporacje transnarodowe mogą powoływać się skutecznie na prawo do rzetelnego procesu sądowego, zakaz karania bez podstawy prawnej, prawo do skutecznego środka odwoławczego, czy prawo do pokojowego korzystania z własności. Problemem nie jest zasadniczo fakt umożliwienia prywatnym osobom prawnym korzystania z dorobku praw człowieka, lecz brak związania tych osób obowiązkami z zakresu ochrony praw człowieka, gwarantowanych praw pracowniczych, ochrony środowiska, przeciwdziałania praktykom korupcyjnym, transparentności finansowej czy ochrony konkurencji i konsumenta.

³⁸⁸ Art. 75 w związku z wykonaniem art. 67 TFUE wprowadza ograniczenia przepływu kapitału i płatności, takie jak zamrożenie funduszy, aktywów finansowych lub zysków z działalności gospodarczej, które należą do osób fizycznych lub prawnych, grup lub innych podmiotów innych niż państwa, są w ich posiadaniu lub dyspozycji.

³⁸⁹ Por. art. 25 KNZ m.in. w związku z przypadkami nazwanymi w Rozdziale VII (zagrożenie pokoju, naruszenie pokoju czy też akty agresji skutkujące nałożeniem sankcji ekonomicznych na państwo)

ROZDZIAŁ II.

UMIĘDZYNARODOWIENIE KONTRAKTU INWESTYCYJNEGO

Wprowadzenie

Podstawą koncepcji transnarodowości korporacyjnej jest upodmiotowienie prywatnej osoby prawnej w zakresie funkcji i celów danego stosunku zobowiązaniowego w związku z wykonywaniem inwestycji zagranicznej. Mechanizmem prawnym umożliwiającym taką transformację jest wyniesienie na poziom międzynarodowy kontraktów inwestycyjnych zawieranych przez zagraniczne podmioty prywatne z państwami przyjmującymi (*state contracts*), możliwe dzięki skutecznemu powołaniu się na traktatową klauzulę ramową w związku z wykonywaniem zasady *pacta sunt servanda*, czy też na nakaz traktowania bezstronnego i słusznego ze strony państwa.

Pierwszy i drugi podrozdział poświęcono specyfice kontraktu inwestycyjnego, a także omówieniu warunków, w jakich prywatna umowa inwestycyjna może stać się źródłem prawa międzynarodowego, nadrzędnym wobec norm powszechnych stanowionych przez państwa dla stosunków wewnętrznych. Istotne znaczenie ma w tym kontekście zakres traktatowej ochrony zobowiązań kontraktowych. W podrozdziale drugim dokonano przeglądu najważniejszych traktatowych klauzul ochrony inwestycji, których celem jest uniknięcie przez inwestora skutków dyskryminacji, ograniczeń w wykonywaniu własności, czy braku odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i sprawiedliwości proceduralnej ze strony państwa przyjmującego, ale także poprawa jego pozycji w stosunku do innych uczestników rynku. Podrozdział trzeci omawia doktrynalne i jurysdykcyjne przesłanki podmiotowości korporacji transnarodowej i wpływ koncepcji *interationalized contracts* na rozwój prawa międzynarodowego publicznego.

1. Kontrakt inwestycyjny

1.1. Specyfika kontraktu inwestycyjnego

Dla zabezpieczenia swoich praw i interesów w związku z istotnym zaangażowaniem kapitałowym korporacje transnarodowe zawierają kontrakty inwestycyjne z państwami przyjmującymi, w tym z organami państwa, a także z tzw. organami *de facto*, tj. innymi niż organy państwa podmiotami publicznymi wykonującymi funkcje organów państwa (jako *stationes fisci*), oraz z podmiotami prywatnymi znajdującymi się pod kontrolą bądź działającymi na podstawie instrukcji organów państwa. Ochronę prawną w związku z wykonywaniem takich kontraktów zapewnia korporacjom prawo krajowe prywatne, zatem, o ile nie dojdzie do umiędzynarodowienia kontraktu, w przypadku wejścia w spór z państwem stroną kontraktu inwestor nie może w żadnym razie powoływać się na zasadę *pacta sunt servanda* ani na żadną inną regulację prawa publicznego. Może liczyć jedynie na korzystne rozstrzygnięcie właściwego sądu w kraju przyjmującym, a po wyczerpaniu drogi sądowej na opiekę dyplomatyczną kraju przynależności państwowej. Wprawdzie status prawny podmiotu jest funkcją regulacji prawa powszechnego, i treść stosunku materialno-prawnego wiążącego inwestora z państwem pozostaje poza zakresem badawczym niniejszej pracy, jednakże szereg klauzul kontraktowych o charakterze formalnym ma bezpośredni związek z możliwością poddania stosunku zobowiązaniowego prawu publicznemu (międzynarodowemu) oraz może mieć pośredni wpływ na stanowienie i stosowanie prawa powszechnego (wewnętrznego). Charakterystycznymi, zestandaryzowanymi elementami kontraktów umiędzynarodowionych są w tym kontekście klauzule stabilizacyjne, jurysdykcyjne i arbitrażowe.

Klauzule stabilizacyjne włącza się do umów w celu zapewnienia niezmienności prawa krajowego w zakresie dotyczącym korzystania z praw zagwarantowanych umową. Strony kontraktu są związane stanem prawnym obowiązującym w dacie zawarcia kontraktu. Niemożność dokonywania niekorzystnych dla korporacji zmian legislacyjnych jest bardzo korzystna dla strony inwestującej, zapewniając jej długoterminową przewidywalność własnej sytuacji prawnej i gwarantując nie pogorszenie warunków gospodarczych względem podmiotów konkurencyjnych. W większości porządków prawnych, zwłaszcza w kulturze prawa kontynentalnego, klauzule stabilizacyjne spotykają się jednak z zarzutami niezgodności

z zakazem pomocy publicznej oraz z ograniczaniem możliwości państwa do wykonywania konstytucyjnych obowiązków.³⁹⁰

Treść klauzul jurysdykcyjnych jest przedmiotem dyspozycji określających porządek prawny, któremu podlega dana umowa, a także źródłem prawa na wypadek sporu. Wybór prawa właściwego pociąga za sobą daleko idące konsekwencje, jak chodzi o poczucie bezpieczeństwa inwestora. Strony kontraktu mogą zdecydować się na wybór jurysdykcji państwa przyjmującej inwestycję, na wybór prawa międzynarodowego prywatnego jako właściwego, bądź też na umiędzynarodowienie kontraktu. Pierwsza z tych opcji powoduje, iż korporacja-inwestor jest zdana całkowicie na bezstronność orzeczeń sądów kraju strony kontraktu, co nie jest dla niej pozycją komfortową. Opcja poddania umowy handlowo-prawnym regułom *lex mercatoria* faworyzuje z kolei korporację. Trzecie rozwiązanie w postaci umiędzynarodowienia kontraktu wydaje się być najbardziej neutralne, w największym stopniu respektujące zasadę równości stron stosunku umownego. Ponownie jednak można podnieść zarzut, iż skoro państwo cieszy się suwerennością to i podmiot prywatny jako strona równorzędna jest suwerenny. Dodatkowo komercyjne motywy rozstrzygnięć wobec braku precyzji najczęściej wybieranego tu źródła prawa, tj. norm prawa zwyczajowego, jest korzystne w zasadzie jedynie dla korporacji.³⁹¹

Klauzule arbitrażowe z kolei gwarantują rozwiązywanie ewentualnych sporów przed niezależnymi sądami arbitrażowymi z siedzibą w państwach neutralnych w stosunku do stron kontraktu. Nawet jeśli jednak w kontrakcie nie zawarto by klauzuli arbitrażowej, korporacja mogłaby skorzystać z prawa do niezależnego arbitrażu, o ile tego typu możliwość przewidywał traktat bilateralny między państwem przyjmującym inwestycję a państwem siedziby inwestora, i o ile konkretne postanowienie traktatowe zobowiązywałoby do tego. W takim przypadku pierwszeństwo miałyby norma peremptoryjna, a niezależny sąd arbitrażowy musiałby uznać swoją kompetencję do rozstrzygania sporu, przez co nastąpiłoby niejako umiędzynarodowienie kontraktu nawet w sytuacji, gdy nie przewiduje tego prawo właściwe, w tym kontrakcie zapisane.³⁹² Tak czy inaczej zastosowanie klauzuli arbitrażowej oznacza wyłączenie kwestii rozstrzygania sporów między korporacją jako inwestorem zagranicznym a

³⁹⁰ M. Jeżewski, op. cit., 116

³⁹¹ Ibidem, 118

³⁹² Ibidem, 117

państwem przyjmującym spod jurysdykcji sądów powszechnych, co jest pożądane z punktu widzenia korporacji, bowiem daje jej jako podmiotowi prywatnemu możliwość dochodzenia swoich praw na neutralnym gruncie i bezpośrednio, bez konieczności zwracania się do państwa swojej siedziby o opiekę dyplomatyczną. Taką sytuację można by określić jako *prywatyzację prawa międzynarodowego*.³⁹³

Praktyka orzecznicza³⁹⁴ i źródła doktrynalne³⁹⁵ są dość zgodne, iż kontrakty inwestycyjne międzynarodowe tworzą zamknięty reżim prawny (*self-contained legal regime*), a prawa rządzące zawiązanym stosunkiem prawnym wynikają wprost z treści kontraktu lub też z reguł prawa międzynarodowego prywatnego. Kontrakt międzynarodowy, którego stronami są państwo i podmiot prywatny z siedzibą w innym państwie tworzy normy konkretne i obowiązuje *inter partes*, w związku z czym nie może być źródłem prawa międzynarodowego dla zobowiązań państwa wynikających z tego kontraktu.³⁹⁶ Aby nim się stać musiałby zostać umiędzynarodowiony. Do kategorii *internationalized contracts* nie zalicza się umów zawartych przez państwo z korporacjami transnarodowymi mającymi siedzibę w tym państwie, ani kontraktów poddanych prawu krajowemu, ani wreszcie kontraktów poddanych obcej jurysdykcji. Umiędzynarodowienie następuje albo na podstawie zgodnej woli stron kontraktu, albo poprzez odwołanie się do klauzuli traktatowej (nakazującej wywiązywanie się ze zobowiązań międzynarodowych bądź traktowanie bezstronne i słuszne), albo też na skutek poddania kontraktu właściwości sądów międzynarodowych.³⁹⁷

Jedynym zatem sposobem na uzyskanie ochrony prawa międzynarodowego publicznego jest dla korporacji doprowadzenie do poddania kontraktu zawartego z państwem reżimowi tego prawa. Dzieje się tak poprzez włączenie do treści kontraktu klauzuli ramowej czy też klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego, mocą której państwo w traktacie handlowym wiążącym go z innym państwem deklaruje wolę wykonywania zobowiązań kontraktowych wobec pochodzących z tego państwa inwestorów zgodnie z zasadą

³⁹³ Ibidem, 424

³⁹⁴ Por. orzeczenia STSM w sprawie *Pożyczek Serbskich* (1929), czy też w sprawie *Anglo-Irańskiej Spółki Naftowej* (1952)

³⁹⁵ Arnold A. Pronto, Michael M. Wood: *The International Law Commission 1999-2009, Vol. VI, Treaties, Final Draft Articles and Other Materials*, Oxford University Press, 2010, 684f; czytaj również: Jeżewski 2011:297ff

³⁹⁶ Wynika to wprost z art. 38 statutu MTS (klauzuli prawa właściwego dla MTS, uznanej następnie powszechnie za katalog źródeł prawa międzynarodowego) wyliczającego międzynarodowe źródła zobowiązań państwa

³⁹⁷ M. Jeżewski, op. cit, 113f

bezwzględne przestrzegania umów w międzynarodowym porządku prawnym. *A contrario*, brak jasnego postanowienia materialnego przyjmującego zwykle formę *umbrella clause* bądź *free and equitable treatment clause* wyłącza ochronę prawną na podstawie przepisów prawa międzynarodowego publicznego.³⁹⁸

Do czasu orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Texaco* przeciwko Libii³⁹⁹ jedynie kontrakty między państwami działającymi jako podmioty prawa międzynarodowego nie musiały być oparte na prawie krajowym.⁴⁰⁰ W sprawie *Texaco* Trybunał postanowił jednak uznać wyższość zasady swobodnego kształtowania stosunków umownych i uszanować wolę stron kontraktu, jeśli te zdecydowały się na wybór reżimu prawa międzynarodowego publicznego. Skoro korporacja może w tej sytuacji zaciągać zobowiązania natury prawnomiędzynarodowej, to powinna być traktowana analogicznie jak państwo przyjmujące na siebie zobowiązania traktatowe.⁴⁰¹ Skoro państwo jest podmiotem prawa międzynarodowego, to przynajmniej w zakresie koniecznym do realizacji funkcji i celów tego stosunku zobowiązaniowego korporacja staje się podmiotem prawa międzynarodowego, bowiem strony kontraktu są sobie równe, a stosunek prawny ma charakter wzajemny.⁴⁰²

Umiedzynarodowienie kontraktu przez klauzulę ramową następuje w drodze nałożenia na państwo w traktacie inwestycyjnym obowiązku przestrzegania postanowień kontraktów, których stroną jest korporacja zarejestrowana w państwie będącym drugą stroną traktatu. Aby podmiot prywatny mógł skorzystać (i to jedynie jako beneficjent, a nie jako równoprawny podmiot prawa międzynarodowego) z możliwości podniesienia roszczenia prawnomiędzynarodowego, państwa strony traktatu muszą zawrzeć w nim klauzulę arbitrażową. Jeżeli klauzula ramowa zostanie uznana za zobowiązanie materialno-prawne, wówczas mamy do czynienia z umiedzynarodowieniem zobowiązania, a korporacja będzie występowała w sporze jako funkcjonalny podmiot prawa międzynarodowego. Natomiast uznanie

³⁹⁸ Anna Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2007, 632f

³⁹⁹ Orzeczenie w części merytorycznej w sprawie *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya* (Merits), ILM 1978, vol. 17, 36

⁴⁰⁰ Por. orzeczenie w sprawie *Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes*, Judgment, PCIJ Series A no 20, ICGJ 260 PCIJ, 1929, 39

⁴⁰¹ A. Wyrozumska, op.cit., 34

⁴⁰² M. Jeżewski, op. cit., 113f

obowiązywania klauzuli ramowej *pacta sunt servanda* wbrew postanowieniom traktatowej klauzuli jurysdykcyjnej nie stanowi umiędzynarodowienia kontraktu w rozumieniu tworzenia norm *erga omnes*.⁴⁰³

Do umiędzynarodowienia kontraktu poprzez zastosowanie klauzuli jurysdykcyjnej może dojść w sytuacji, gdy strony kontraktu uzgodniły, iż dla tego kontraktu właściwym jest prawo krajowe, ale w przypadku wystąpienia sporu strony zwrócą się o jego rozstrzygnięcie do międzynarodowego trybunału arbitrażowego. Orzecznictwo respektuje ten podział, ale możliwe są również takie rozstrzygnięcia, jak w przypadku korporacji RSM przeciwko Granadzie, gdy na skutek zastosowania analogii dla „wygody i neutralności” metod wykładni z art. 31-33 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów trybunał interpretował kontrakt na gruncie prawa międzynarodowego publicznego, i to wobec związania klauzulą jurysdykcyjną zawartą w kontrakcie, zgodnie z art. 42 Konwencji ICSID.⁴⁰⁴ Wyodrębnienie kategorii umów *internationalized contracts* spod jurysdykcji krajowej stworzyło swego rodzaju reżim międzynarodowego prawa inwestycyjnego, w pewnym zakresie odrębny nawet od ogólnego prawa międzynarodowego a oparty na regulaminach arbitrażowych.

1.2. Przesłanki uznania kontraktu inwestycyjnego za źródło prawa powszechnego

W prawie kontynentalnym kontrakt jest źródłem prawa prywatnego *per se*, a związane nim strony dzielą między siebie ograniczoną zdolność do tworzenia norm *inter partes* w granicach sankcjonowanych przez państwo. Kontrakt nie stanowi zatem zbioru określonego rodzaju praw chronionych przez prawo, jak to ma miejsce w kulturze *common law*, lecz jest samodzielnym źródłem prawa.⁴⁰⁵ O ile traktat inwestycyjny konstytuuje pierwotne źródło prawa (*plenary legal source*), o tyle kontrakt zawarty między obcym inwestorem a państwem, a następnie na podstawie traktatu umiędzynarodowiony, należy uznać za pochodne źródło prawa (*derivative legal source*), korzystające z mocy normatywnej postanowień traktatowych. Istnieją zarówno formalne, jak i materialne przesłanki dla uzasadnienia takiego

⁴⁰³ Ibidem, 114

⁴⁰⁴ Wyrok trybunału ICSID w sprawie RSM Production Corporation v Grenada, Award, ICSID Case No ARB/05/14, IIC 363 (2009), 11th March 2009, despatched 13th March 2009, par. 379

⁴⁰⁵ Hans Kelsen, *Czysta teoria prawa (Reine Rechtslehre)*, Lexis Nexis, Warszawa 2014, 257

twierdzenia.⁴⁰⁶ Kontrakty korzystają z pierwotnej kompetencji normotwórczej traktatu, podobnie jak agencje rządowe czy organy prawa międzynarodowego utworzone przez organizacje międzynarodowe korzystają z kompetencji organów ustanawiających. Typowym przykładem uzasadnienia formalnego jest tu Rada Bezpieczeństwa ONZ, która, jak się powszechnie uważa, czerpie swoją zdolność normotwórczą z postanowień rozdziału siódmego Karty Narodów Zjednoczonych.⁴⁰⁷

Znacznie trudniejsza do wyizolowania i teoretycznego uzasadnienia jest materialna przesłanka potwierdzająca tezę o zdolności korporacji t/n do tworzenia norm obowiązujących *erga omnes*. Widowym skutkiem przestrzegania przez państwo kontraktu z zagranicznym inwestorem jest niekiedy istotne ograniczenie zdolności państwa przyjmującego do regulowania prawa wewnętrznego. Wraz z umiędzynarodowieniem kontraktu traktat inwestycyjny obejmuje szeroką ochroną materialno-prawną postanowienia kontraktu uprawniające inwestora do szeregu przywilejów i gwarancji, takich jak zakaz stosowania środków wyłączeniowych czy nakaz traktowania bezstronnego i słusznego. W sytuacji konfliktu normatywnego wykonywanie tych praw ma pierwszeństwo nie tylko przed stosowaniem decyzji administracyjnych, ale i aktów stanowienia prawa powszechnego. Wiąże się z obowiązującą w większości państw zasadą nadrzędności normy prawa międzynarodowego wobec normy prawa krajowego, i może mieć daleko idące konsekwencje dla państwa przyjmującego inwestycję. Skutkiem naruszenia któregokolwiek ze standardów będzie naruszenie zobowiązania międzynarodowego i uznanie zachowania państwa za czyn zabroniony w prawie międzynarodowym. Stanie się tak nie tylko w konsekwencji wypowiedzenia bądź unieważnienia całego kontraktu, ale również wówczas, gdy istotne naruszenia standardów materialnych będą miały charakter incydentalny i przejściowy, bądź też gdy wartość kontraktu istotnie się zmniejszy. Obawa państwa przed takimi skutkami może prowadzić do zmiany polityki tworzenia i stosowania prawa wobec inwestorów, ze szkodą dla innych podmiotów pozostających w obrębie jurysdykcji tego państwa. Jak to określił Stephan Schill, "teoria prawa administracyjnego powinna dziś uwzględniać fakt, iż wielu istotnych

⁴⁰⁶ Julian Arato, *Corporations as Lawmakers*, Harvard International Law Journal, Cambridge U.S., Vol. 56, No. 2, 2015, 242

⁴⁰⁷ Eric Rosand, *The Security Council as "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative?*, 28 Fordham Int'l L.J. 2004, 542

obszarów działalności państwo nie reguluje już jednostronnie w sposób nakazowo-nadzorczy, lecz coraz bardziej w drodze kooperacji."⁴⁰⁸

Naruszenie zobowiązania zawartego w umiędzynarodowionym kontrakcie inwestycyjnym może zatem mieć dla państwa strony kontraktu skutki podobne do naruszenia zobowiązania traktatowego, a co za tym idzie kontrakt prywatnego inwestora z państwem przyjmującym staje się źródłem prawa międzynarodowego dla danego stosunku prawnego. Rozpowszechnienie w najnowszym orzecznictwie arbitrażu międzynarodowego praktyki domniemania ochrony traktatowej niezależnie od woli stron wyrażonej w kontrakcie implikuje szerokie rozpowszechnienie kontraktu inwestycyjnego jako źródła prawa międzynarodowego. To z kolei legitymizuje pytanie: czy wobec powszechnego charakteru traktatowej ochrony klauzul zabezpieczających prawa majątkowe i interesy korporacji transnarodowych w mocno zestandaryzowanej formie i w najszerszym możliwym zakresie materialnym nie należałoby tego zjawiska traktować już jako quasi *erga omnes*? Inwestorzy mogą się bowiem teraz spodziewać określonego zachowania trybunałów, niezależnie od faktu, iż każdy kontrakt tworzy stosunek prawny regulowany z osobna.

Egzekwowalność umiędzynarodowionych kontraktów inwestycyjnych jest przy tym znacznie wyższa, niż w przypadku tradycyjnych źródeł prawa międzynarodowego. Dzieje się tak, z dwóch zasadniczych powodów. Przede wszystkim, zarówno traktaty inwestycyjne dwustronne jak i porozumienia regionalne o wolnym handlu wyposażone w mechanizm ochrony inwestycji, stanowiące w określonych warunkach prawnych o międzynarodowym statusie kontraktów inwestycyjnych, umożliwiają podmiotom prywatnym bezpośrednie dochodzenie swoich praw i zaskarżanie państw przed trybunałami arbitrażowymi. Ale co równie ważne, traktaty te odsyłają do bardzo skutecznych konwencji wielostronnych (przede wszystkim do Konwencji Waszyngtońskiej o rozstrzyganiu sporów arbitrażowych i do Konwencji Nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń.⁴⁰⁹ Tak skonstruowany, wyspecjalizowany mechanizm nie tylko umożliwia korporacjom transnarodowym wykorzystywanie kontraktów inwestycyjnych jako formalnego i materialnego źródła prawa

⁴⁰⁸ Stephan Schill, *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*, Jean Monnet Working Paper No. 05/2013, 30

⁴⁰⁹ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, Dz. U. Nr 9 z 16 lutego 1962, poz. 41

dla celów międzynarodowej ochrony inwestycji, ale również zapewnia im dużą efektywność zaspokajania roszczeń.⁴¹⁰

Doprowadzenie do sytuacji, w której zgodnie z interesem korporacji transnarodowych postanowienia prywatno-prawnego kontraktu inwestycyjnego z państwem przyjmującym stają się normami prawa międzynarodowego publicznego, świadczy o zdolności do tworzenia przez te korporacje norm prawa międzynarodowego. Zamysłem zabiegu umiędzynarodowienia postanowień umowy prawa prywatnego jest zrównanie ich w skutkach z postanowieniami traktatowymi, a przez to wyniesienie do pozycji nadrzędnej wobec przepisów prawa państwa przyjmującego w rozumieniu art. 27 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów. Prawo międzynarodowe ulega w tym zakresie swego rodzaju "prywatyzacji". Wyniesienie norm kontraktowych do poziomu źródeł prawa międzynarodowego publicznego sprawia ponadto, iż państwo nie może już jednostronnie naruszyć ani osłabić działania tych norm nie naruszając przy tym zobowiązania międzynarodowego. Naruszenie zobowiązania międzynarodowego jest o tyle istotne z punktu widzenia skutków prawnych dla państwa, iż normy prawa międzynarodowego są obiektywnie nadrzędne w stosunku do norm stanowionych i stosowanych przez to państwo w stosunkach wewnętrznych.

1.3. Nadrzędność norm prawa międzynarodowego w stosunku do norm prawa krajowego i europejskiego w związku z kontraktem inwestycyjnym

Status norm prawa krajowego kolidujących z normą prawa międzynarodowego zależy od otwartości konstytucyjnego porządku prawnego państwa przyjmującego na regulacje obce. Relacja między tymi dwoma porządkami prawnymi zależy od tradycji konstytucyjnej i sposobu introdukcji norm obcych (w oparciu o teorię dualistyczną bądź monistyczną). W przypadku prawa polskiego bezpośrednie obowiązywanie umowy międzynarodowej nie jest uzależnione od przyjmowania przez nią formy klasycznego źródła prawa krajowego, a zgodnie z art. 87 Konstytucji RP umowa ratyfikowana w trybie art. 89 ust. 1 KRP ma pierwszeństwo przed ustawą, jeśli nie można jej z ustawą pogodzić. Na gruncie prawa międzynarodowego publicznego (zgodnie z art. 27 KWPT) normy prawa międzynarodowego

⁴¹⁰ J. Arato, op. cit., 244

są nadrzędne wobec norm krajowych, bowiem strona traktatu międzynarodowego nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania zobowiązania traktatowego.

Nadrzędność norm prawa międzynarodowego wobec norm prawa krajowego, pozostającego w harmonii z regulacjami pozostałych 27 państw Unii Europejskiej, nie oznacza w przypadku zobowiązań traktatowych automatycznej derogacji norm krajowych w przypadku ich kolizji z postanowieniami umiędzynarodowionego kontraktu inwestycyjnego. Oznacza jednak, iż żadna norma prawa krajowego nie może być w takiej sytuacji skutecznie powołana, jeśli stanowiłaby naruszenie postanowień umownych. Normy zawarte w umiędzynarodowionym kontrakcie inwestycyjnym pozostają w takiej samej relacji do norm prawa krajowego jak normy traktatowe, a zatem ich skuteczność jest taka sama. Państwo przyjmujące, które po dacie zawarcia kontraktu inwestycyjnego stworzy i zastosuje przepisy prawa wewnętrznego pozostające w sprzeczności z postanowieniami kontraktu, narazi się na zarzut naruszenia zobowiązania międzynarodowego i konieczność zapłaty odszkodowania.

O ile zasada nadrzędności norm prawa międzynarodowego nad krajowym w odniesieniu do stosunków opartych na prawie międzynarodowym publicznym ma swoje źródło w woli suwerennych państw, o tyle przedmiotowy zakres jej stosowania w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym, wyznaczony przez trybunały arbitrażowe, jest niezwykle szeroki. Nie ma właściwie żadnego argumentu natury prawnej mogącego podważyć zasadę nadrzędności normy kontraktowej (w przypadku jej umiędzynarodowienia) nad normą krajową i umożliwić państwu argumentującemu uniknięcie zapłaty odszkodowania. Każde działanie państwa ograniczające ekonomiczną skuteczność kontraktu inwestycyjnego dla inwestora jest traktowane jako naruszenie zobowiązania międzynarodowego, niezależnie od tego, iż często jest ono motywowane wykonywaniem obowiązków władzy publicznej w sytuacji wyjątkowej, czy to w związku z kryzysem ekonomicznym, czy dla ochrony zdrowia publicznego, ochrony środowiska, czy też w związku z zagrożeniem bezpieczeństwa państwa.⁴¹¹

Analiza okoliczności powoływanych przez państwa w sporach arbitrażowych i raportów organizacji pozarządowych prowadzi do wniosku, iż zbyt szerokie rozumienie zasady nadrzędności norm prawa międzynarodowego nad krajowym, musi odbywać się

⁴¹¹ Ibidem, 233

kosztem ograniczenia zdolności państwa do wykonywania obowiązków publicznych, a w konsekwencji kosztem obniżenia poziomu życia obywateli państwa przyjmującego inwestycję. Przy tym stopień ograniczenia autonomii regulacyjnej państwa może być znaczący.⁴¹² Skoro państwa godzą się na taki stan rzeczy, należy uznać, iż pozycja negocjacyjna korporacji transnarodowych jest na tyle silna, by umożliwić im wpływ na zachowania legislacyjne państw, a to jest przejawem zdolności normotwórczej korporacji. O tym, kto *de facto* jest dysponentem prawa, świadczy zresztą nie tylko moc postanowień kontraktowych, ale też wysoki stopień ich egzekwowalności, bowiem w istocie powiązanie klauzul ochrony inwestycji w najnowszych kontraktach inwestycyjnych z mechanizmem międzynarodowego dochodzenia roszczeń jest skuteczniejsze niż klasyczne oparcie traktatowe.⁴¹³

2. Zakres traktatowej ochrony zobowiązań kontraktowych

2.1. Standardy prawne ochrony inwestycji

Formalna zasada traktatowej ochrony zobowiązań wynikających z kontraktów zawieranych przez państwa z inwestorami zagranicznymi została wprowadzona do międzynarodowego porządku prawnego orzeczeniem MTS w sprawie *Texaco* przeciwko Libii. Zastrzegając, iż nie należy utożsamiać podmiotu prywatnego z państwem, ani też kontraktu z traktatem, orzekający jednoosobowo sędzia Rene-Jean Dupuy uznał "dla celów interpretacji i wykonania kontraktu" ograniczoną zdolność korporacji do czynności prawnomiędzynarodowych ("*specific international capacities*"). Następnie uznał, iż wybór prawa właściwego powinien być dokonany w zgodzie z zasadami porządku prawnego Libii, a nie z obowiązującymi w nim aktualnie regułami prawnymi, i że zasady te "nie wyłączają regulacji prawa międzynarodowego, lecz wprost przeciwnie: zawierają wymóg uwzględnienia dorobku obu tych systemów dla ustalenia zgodności prawa krajowego z międzynarodowym". Z jednej strony stosując własne prawo wewnętrzne Libia powinna przestrzegać zasady

⁴¹² Ibidem, 231

⁴¹³ Ibidem, 232

związania umową, z drugiej zaś państwo nie może uchylić się od ogólnej zasady prawa międzynarodowego *pacta sunt servanda*, stanowiącej jeden z fundamentów tego porządku prawnego. W tym punkcie trybunał uznał zgodność zasad prawa krajowego z międzynarodowym i związane państwa kontraktem, nie kwestionując prawa państwa do nacjonalizacji majątku prywatnego, wynikającego wprost z międzynarodowego prawa zwyczajowego.⁴¹⁴

Koncepcja prawna kontraktów umiędzynarodowionych odrzuca klasyczną zasadę traktowania kontraktów między państwem a podmiotem prywatnym jako instrumentów zabezpieczających prawa i interesy stron wyłącznie w oparciu o prawo krajowe. Zasada ta została sformułowana przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w orzeczeniu w sprawie pożyczek serbskich.⁴¹⁵ Trybunał uznał, iż "kontrakt, który nie jest kontraktem między państwami występującymi jako podmioty prawa międzynarodowego, jest zawsze oparty o prawo wewnętrzne jakiegoś państwa". Na gruncie prawa międzynarodowego ogólnej zasada ta obowiązuje do dzisiaj. Zarówno w doktrynie prawa kontynentalnego⁴¹⁶, jak i anglo-saskiego dominuje pogląd, iż "jest wątpliwe, by naruszenie zobowiązania kontraktowego przez państwo skutkowało automatycznie naruszeniem prawa międzynarodowego".⁴¹⁷ Panuje względna akceptacja tezy, iż prawem właściwym dla rozstrzygania sporów dla takich kontraktów jest prawo, zgodnie z którym są one wykonywane - i jest to w olbrzymiej większości przypadków prawo wewnętrzne.

Coraz częściej spotyka się jednak głosy, iż określony typ kontraktów może być systemowo związany z prawem międzynarodowym, niezależnie od reżimu prawa właściwego dla ich wykonywania.⁴¹⁸ W orzeczeniu w sprawie *Texaco* przeciwko Libii trybunał powołał przeciw zasadę swobody zawierania umów, dającą jego zdaniem podstawę do respektowania woli stron w odniesieniu do wyboru miejsca arbitrażu i prawa właściwego dla rozstrzygania

⁴¹⁴ Fragmenty orzeczenia *ad hoc* z 17 stycznia 1977 w sprawie *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, YCA 1979, at 177 et seq. (also published in: ILM, 1978, at 1 et seq.; Int'l L. Rep. 1979, at 389 et seq.; Clunet 1977, at 350 et seq.), dostępne: <http://www.trans-lex.org/261700>

⁴¹⁵ *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, France v Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes, Judgment, PCIJ Series A no 20, ICJ 260 PCIJ, 1929

⁴¹⁶ R. Dolzer, Ch. Schreuer, 2012, op. cit., 168

⁴¹⁷ Robert Jennings, Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1996, 927

⁴¹⁸ Jason Webb Yackee, *Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality*, Fordham International Law Journal, Cornell, 2009

sporów. Zgodnie z tą koncepcją strony mogłyby w zapisie na arbitraż zgodnie dysponować w części bądź w całości prawo międzynarodowe publiczne, zamieniając tym samym prywatny kontrakt inwestycyjny w instrument o szczególnie szerokim zakresie ochrony prawnej.⁴¹⁹ Przez kilka dziesięcioleci koncepcja ta nie rozwinęła się jednak doktrynalnie, w znacznej mierze ze względu na brak powszechnego prawa kontraktów międzynarodowych. Sytuacja zmieniła się zasadniczo, od kiedy w drodze interpretacji dwustronnych traktatów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji oraz porozumień o wolnym handlu w orzecznictwie arbitrażowym pojawiły się w ostatnich latach rozstrzygnięcia traktujące ochronę traktatową dla kontraktów inwestycyjnych jako rzecz w pewnych warunkach domniemaną. Julian Arato⁴²⁰ wymienia trzy zasadnicze powody takiego zwrotu w podejściu judykatury i akceptacji kontrowersyjnych koncepcji doktrynalnych:

- (1) traktatowe gwarancje *explicite* dla określonego typu kontraktów, w tym zwłaszcza umowy i porozumienia inwestycyjne dotyczące zaangażowania kapitałowego na wielką skalę (*large-scale investments*);
- (2) szerszy zakres materialny klauzul ochrony inwestora przed skutkami naruszenia umów i porozumień inwestycyjnych zawieranych z państwem przyjmujących (klauzule parasolowe);
- (3) ogólne gwarancje ochrony, traktowane jako instrumenty prawne wystarczające dla skutecznego umiędzynarodowienia zobowiązań kontraktowych, w szczególności gwarancja ochrony przed wywłaszczeniem bezpośrednim i pośrednim oraz klauzula traktowania właściwego i słusznego.

Warunkiem wstępnym dla kwalifikacji kontraktu jako przedmiotu ochrony traktatowej jest wypełnienie treści definicji inwestycji zawartej w odnośnym traktacie.⁴²¹ Standardowe kontrakty inwestycyjne dotyczą przedsięwzięć infrastrukturalnych (drogi, elektrownie, wodociągi) i produkcyjno-montażowych. Zdarzają się również inwestycje koncernów zagranicznych, polegające na wypełnianiu zadań zazwyczaj przypisywanych państwu, takie jak kontrola obciążeń celnych w eksporcie i imporcie towarów i usług,⁴²² czy też

⁴¹⁹ Alfred Verdross, *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Leiden, 1960, 355

⁴²⁰ J. Arato, op. cit., 249f

⁴²¹ R. Dolzer, Ch. Schreuer, op. cit., 79f

⁴²² Por. okoliczności w sprawie *Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13

uczestnictwo w procedurach imigracyjnych.⁴²³ Inwestycje są związane z długotrwałym zaangażowaniem środków i współmiernym ryzykiem, co wiąże się z koniecznością uzyskania gwarancji odpowiedniej ochrony od państwa przyjmującego, która w traktatach inwestycyjnych przyjmuje formę szeregu zestandaryzowanych klauzul. Standardy te mają zapewnić korporacjom transnarodowym określony poziom ochrony przed ewentualnymi przejawami dyskryminacji, braku sprawiedliwości, braku bezpieczeństwa, czy też ograniczania prawa własności ze strony państwa przyjmującego. Do najważniejszych traktatowych standardów o ochronie inwestycji i inwestora należy zaliczyć klauzulę najwyższego uprzywilejowania, klauzulę traktowania narodowego, klauzulę zakazującą traktowania dyskryminacyjnego i arbitralnego, klauzulę traktowania bezstronnego i słusznego, klauzulę pełnej ochrony i bezpieczeństwa, a także klauzulę swobodnego transferu kapitału, klauzulę zakazującą wywłaszczania i stosowania środków o skutku równoważnym oraz klauzulę bezwzględnego dotrzymywania umów.

Część standardów prawnych reprezentowanych przez klauzule ochrony inwestycji ma charakter obiektywny, niezależny od zamiarów państwa i od sposobu traktowania innych podmiotów, jak zakaz traktowania dyskryminacyjnego i arbitralnego, nakaz traktowania bezstronnego i słusznego, czy gwarancja pełnej ochrony i bezpieczeństwa. Natomiast klauzula najwyższego uprzywilejowania i klauzula traktowania narodowego są relatywne, tj. zależne od traktowania przyznanego przez państwo przyjmujące w decyzji. W przypadku standardów relatywnych ogólny poziom ochrony korporacji zagranicznych zależy od polityki prowadzonej przez państwo przyjmujące, a zatem może być obiektywnie niski, co z kolei skłania państwa pochodzenia korporacji do łączenia w traktatach klauzul relatywnych z obiektywnymi (przede wszystkim z nakazem traktowania bezstronnego i słusznego), tak aby ochronę prawną utrzymać na zadowalającym poziomie. Jeśli jednak standard obiektywny jest dla obcej korporacji mniej korzystny, wówczas obowiązuje standard relatywny.⁴²⁴ Umieszczane w traktatach klauzule ochrony inwestycji i inwestora są często traktowane uzupełniająco, i w przypadku sporów strony powołują je łącznie. Przykładem może tu być

⁴²³ Por. wyrok w sprawie Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007

⁴²⁴ Por. orzeczenie dot. zastrzeżeń wstępnych w sprawie *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, par. 110; szerzej: M. Jeżewski, op. cit., 178

zakaz traktowania dyskryminacyjnego, który jest wiązany z klauzulą najwyższego uprzywilejowania i klauzulą narodową.⁴²⁵

O autonomicznym charakterze standardu mowa jest wówczas, gdy można go interpretować zgodnie z regułami Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, jak to ma miejsce w przypadku klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego. Standard ten należy zresztą odróżnić od minimalnego standardu międzynarodowego (minimalnego standardu ochrony cudzoziemca), regulującego traktowanie podmiotów obcych w zakresie podobnym do traktowania bezstronnego i słusznego, lecz będącego normą prawa międzynarodowego zwyczajowego, w rozumieniu art. 38 ust. 1 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Postanowienia zawierane w traktatach międzynarodowych, a więc w pełni zależne od woli politycznej państw, mogą znacząco różnić się od unormowań zwyczajowych w danej kwestii. Ponadto ich interpretacja następuje autonomicznie, w oparciu o reguły wykładni artykułu 31 KWPT.

Standardy prawne są pochodną ogólnych zasad prawa międzynarodowego, takich jak zasada równości, zasada niedyskryminacji, zasada dotrzymywania umów, czy zasada dobrej wiary. Zasady prawne są obszerne pojęciowo, wskutek czego oparte na nich standardy traktowania inwestycji i inwestora zawierają w sobie szereg pomniejszych standardów. Dla przykładu zakaz odmowy sprawiedliwości jest składową klauzuli traktowania bezspornego i słusznego, będąc jednocześnie samoistnym standardem prawa zwyczajowego. Niewątpliwym elementem standardu traktowania bezstronnego i słusznego jest też domniemanie dobrej wiary, które jest także powiązane z klauzulą pełnej ochrony i sprawiedliwości.

Standardem mającym gwarantować porównywalny status prawny korporacji transnarodowych jest klauzula najwyższego uprzywilejowania (*most-favoured nation clause*). Pierwotnym jej celem było zapewnienie przynajmniej równej pozycji konkurencyjnej w handlu na obcych rynkach, lecz z czasem zakres przedmiotowy tego standardu stał się bardzo szeroki, obejmując nawet klauzule jurysdykcyjne. Klauzula najwyższego uprzywilejowania nie odnosi się już wyłącznie do handlu międzynarodowego, ale stanowi także kluczową gwarancję niedyskryminacji inwestora w dwustronnych traktatach inwestycyjnych, stając się

⁴²⁵ Patrz decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 20 Jun 2006, par. 198

przy tym nowoczesnym narzędziem do multilateralizacji standardów ochrony inwestycji.⁴²⁶ Porównując jednak postanowienia nowszych traktatów BIT i modeli traktatowych BIT z tymi sprzed kilkunastu i kilkudziesięciu rysuje się tendencja do uszczegóławiania i ograniczania zakresu przedmiotowego klauzuli najwyższego uprzywilejowania - zwykle albo poprzez enumeratywne ujęcie możliwych do wywiedzenia uprawnień albo poprzez wyłączenie pewnych obszarów regulacyjnych (*carves-out*) spod działania klauzuli ogólnej, co dotyczy zwłaszcza kwestii podatkowych, przenoszonych do bilateralnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.⁴²⁷

Od czasu podpisania *Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu* (GATT)⁴²⁸ klauzula najwyższego uprzywilejowania jest filarem handlu międzynarodowego. Art. I gwarantuje korporacjom państw sygnatariuszy Układu, iż „wszelkie korzyści, ułatwienia, przywileje oraz zwolnienia, jakie jedna ze stron umowy zapewnia produktowi pochodzącemu z jakiegokolwiek innego państwa lub przeznaczonemu dla jakiegokolwiek innego państwa, rozciągają się natychmiast i bezwarunkowo na każdy produkt tego samego rodzaju, który pochodzi z terytorium jakiegokolwiek innej strony umowy lub też jest dla niej przeznaczony. ”. Klauzula ta ma zatem charakter bezwarunkowy i powszechny.⁴²⁹ Jest ona emanacją zasady równości państw w stosunkach międzynarodowych i wynikającej z niej zasady niedyskryminacji. Mimo bezspornego posiadania atrybutu powszechności klauzuli najwyższego uprzywilejowania nie jest normą prawa międzynarodowego zwyczajowego, co wynika w głównej mierze z konkretnego charakteru zobowiązań podjętych w poszczególnych traktatach. Jest ona jako klauzula ogólna zobowiązaniem państwa do przyznania innemu umawiającemu się państwu *traktowania* nie mniej korzystnego, niż przyznane przez to

⁴²⁶ Jak widać na przykładzie protokołu końcowego MAI czy Traktatu Karty Energetycznej. Patrz: Andrea K. Bjorklund, August Reinisch, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham (UK)/Northampton (USA), 2012, 267

⁴²⁷ Ibidem, 268f

⁴²⁸ *General Agreement on Tariffs and Trade*, Układ podpisany 30 października 1947 w Genewie [Dz.U. 1994 nr 138 poz. 730], którego sukcesorem jest zastąpiony 15 kwietnia 1994 ratyfikowanym przez Polskę *Porozumieniem ustanawiającym Światową Organizację Handlu (WTO)* [Dz.U. 1994 nr 98 poz. 483]

⁴²⁹ Wchodząc w życie 1 stycznia 1948 GATT wiązał 21 państw; obecnie (wg danych ze strony wto.org na dzień 17 listopada 2014) liczba państw członkowskich WTO, sukcesora GATT, wynosi 160.

państwo jakimkolwiek państwu trzeciemu. Zakres traktowania wyznacza *ratione materiae* klauzuli, choć nie należy rozumieć go w sposób zwykły.⁴³⁰

Niezasadne jest jakiekolwiek uogólnianie, ponieważ zakres klauzuli jest wyznaczany konkretnymi postanowieniami określonego traktatu, a także postanowieniami traktatu powoływanego przez stronę skarżącą jako traktatu porównawczego, spełniającego kryterium tożsamości *eiusdem generis*.⁴³¹ Zgodnie z regułą wykładni *eiusdem generis* klauzula najwyższego uprzywilejowania będzie miała zastosowanie wówczas, gdy z porównania treści umów wynika, iż przedmiot klauzuli i przedmiot uprawnień są tożsame - zarówno co do kategorii przedmiotu, jak i co do istoty zobowiązania. Dla przykładu, nie można uznać za porównywalne traktatu handlowego i traktatu inwestycyjnego, ani też ochrony *pre-establishment* i ochrony *post-establishment* w traktatach inwestycyjnych, ponieważ ich przedmiotem jest uregulowanie rodzajów działalności różnych co do celu.⁴³² Podobnie, nie można na podstawie klauzuli najwyższego uprzywilejowania przyznać inwestorowi zupełnie nowego uprawnienia, którego nie ma w traktacie zawierającym tę klauzulę, ani też znieść uprawnienia przyznanego w tym traktacie.⁴³³

W odniesieniu do uprawnień proceduralnych nie jest przesądzone, czy rozpostarcie parasola ochronnego klauzuli najwyższego uprzywilejowania nad nimi jest zależne od traktatowej zgody *expressis verbis*,⁴³⁴ czy też trybunały arbitrażowe mogą dokonywać odpowiednio szerokiej interpretacji klauzuli ogólnej⁴³⁵, choć nie ma już wątpliwości, iż klauzula najwyższego uprzywilejowania nie musi dotyczyć jedynie kwestii materialnoprawnych. W często przytaczanym orzeczeniu rozstrzyganej przez ICSID sprawy *Maffezini* przeciwko Królestwu Hiszpanii⁴³⁶ wymieniono zasadnicze ograniczenia dla

⁴³⁰ Patrz: Decyzja w sprawie jurysdykcji *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on jurisdiction, 8 Feb. 2005, par. 189

⁴³¹ M. Jeżewski, op. cit., 156f

⁴³² Patrz: orzeczenie w sprawie zastrzeżeń wstępnych, *GBI 9000 SICAV S.A. v. Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, par. 90

⁴³³ Patrz: wyrok w sprawie *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, op. cit., par. 377

⁴³⁴ Patrz: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* 1985 w wersji zmienionej, przyjętej na trzydziestej dziewiątej sesji Komisji w 2006, art. 7

⁴³⁵ Patrz: Wyrok końcowy w sprawie *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 9 Oct 2009, par. 130f

⁴³⁶ Decyzja dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 Jan 2000, par. 62

wykorzystywania klauzuli do ochrony beneficjenta w zakresie formalnoprawnym: nakaz wyczerpania krajowej drogi sądowej, zakaz odwoływania się do innego forum rozjemczego (reguła *fork in the road*), jak również zakaz obchodzenia zinstytucjonalizowanych procedur rozjemczych, zawartych w traktacie. Celem tych ograniczeń jest uniemożliwienie wykorzystywania klauzuli najwyższego uprzywilejowania do dowolnego korzystania z procedur z różnych traktatów ze szkodą dla drugiej strony.⁴³⁷ Kolejne wyroki trybunałów arbitrażowych co do zasady respektowały zakaz zapożyczania z innych traktatów mniej restrykcyjnych postanowień proceduralnych,⁴³⁸ choć dla przykładu w sprawie Renta przeciwko Federacji Rosyjskiej⁴³⁹ trybunał arbitrażowy przyznał sobie prawo do orzekania wbrew klauzuli jurysdykcyjnej zawartej w hiszpańsko-rosyjskim traktacie o ochronie inwestycji, uznając, iż wypełnia wolę stron traktatu wyrażoną w klauzuli najwyższego uprzywilejowania i ma obowiązek zastosować procedurę jurysdykcyjną dla skarżącej korporacji korzystniejszą, z traktatu BIT duńsko-rosyjskiego.

Klauzuli najwyższego uprzywilejowania nie interpretuje się rozszerzająco w odniesieniu do uprawnień, które ze względu na liberalizację handlu międzynarodowego zostały w inny sposób zagwarantowane, zgodnie z art. XXIV GATT. Zazwyczaj są to klauzule Regionalnych Organizacji Integracji Gospodarczej - REIO (*Regional Economic Integration Organisation*), włączane do traktatów handlowych i inwestycyjnych w związku z przekazaniem takim organizacjom przez państwa kompetencji do podejmowania wiążących je decyzji w tym zakresie.⁴⁴⁰ Ogólne klauzule wyłączające (*disconnection clauses*) i klauzule REIO odnoszą się często do przywilejów podatkowych, które jako istotny składnik polityki gospodarczej państwa w celu przyciągania korporacji transnarodowych z ich kapitałem i technologiami nie podlegają ocenie pod kątem zgodności z zasadą niedyskryminacji. Wszelkie tego typu wyjątki muszą być interpretowane zgodnie z regułą *expressio unius*, wedle której zaliczenie do traktatowej klauzuli wyłączającej wybranych elementów z

⁴³⁷ Patrz: M. Jeżewski, op. cit., 165ff. Trybunał uznał jednak w tym konkretnym przypadku, po analizie wskazanego przez skarżącego do porównania traktatu hiszpańsko-chilijskiego, iż należy zinterpretować klauzulę najwyższego uprzywilejowania rozszerzająco (umożliwiając tym samym pominięcie ograniczeń co do jurysdykcji trybunału) ze względu na brak określonych postanowień w porównywalnym traktacie.

⁴³⁸ Patrz: decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 Feb. 2005, par. 189ff

⁴³⁹ Orzeczenie dot. zastrzeżeń wstępnych w sprawie Renta 4, SCC No. 24/2007, 20 March 2009, op. cit.

⁴⁴⁰ Patrz: Art. 1 (3) Traktatu Karty Energetycznej, op. cit.

katalogu zamkniętego wyłącza tym samym z zakresu normy pozostałe elementy tego katalogu, tzn. kwestie nie wskazane w traktacie *expressis verbis* podlegają w całości klauzuli najwyższego uprzywilejowania.⁴⁴¹ Z kolei stosowanie ogólnych klauzul wyłączających, stosownie np. do art. XX GATT⁴⁴², nie może być dokonywane przez państwo w sposób dyskryminujący, ale też klauzule te nie są traktowane jako wyjątki od ochrony na podstawie klauzuli najwyższego uprzywilejowania. Klauzule wyłączające tego typu dotyczą zwykle ochrony takich wartości jak porządek publiczny, zdrowie i życie ludzkie, środowisko naturalne czy dziedzictwo kulturowe.⁴⁴³

Państwa, stosując praktyki protekcyjnistyczne, wykorzystują nie tylko taryfy celne, ale również także środki bardziej dyskretne i trudniejsze w interpretacji.⁴⁴⁴ Stąd też kolejną obok klauzuli najwyższego uprzywilejowania gwarancją ochrony handlu i inwestycji transnarodowych przed mniej korzystnym traktowaniem w stosunku do konkurencji jest klauzula traktowania narodowego (*national treatment*). Nie ma jednej, uniwersalnej formuły tej klauzuli, a stosowanie standardu opartego na niedyskryminacji podmiotu ze względu na jego przynależność państwową jest zawsze zależne od stanu faktycznego. Aby ustalić, czy można skutecznie korzystać z uprawnień wynikających ze standardu traktowania narodowego, należy w oparciu o prawo traktatów dokonać analizy konkretnej klauzuli.⁴⁴⁵ Punktem wyjścia jest zakaz dyskryminacji, w rozumieniu różnego traktowania podobnych podmiotów i sytuacji. Pod rozważę trzeba zatem wziąć przynajmniej trzy czynniki: podobieństwo, sposób traktowania i zamiar dyskryminacji.⁴⁴⁶

Art. III ust. 4 GATT opiera zakaz traktowania mniej korzystnego na podobieństwie wyrobów (*like products*) pochodzenia zagranicznego i krajowego i rozciąga go na wszelkie

⁴⁴¹ Agnieszka Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, 74ff

⁴⁴² GATT, Art. XX *General Exceptions*, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

⁴⁴³ M. Jeżewski, op. cit., 176f

⁴⁴⁴ Petros C. Mavroidis, *The General Agreement on Tariffs and Trade. A commentary*, Oxford University Press, 2005, 127

⁴⁴⁵ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 179

⁴⁴⁶ Tego rodzaju test jest zwyczajowo przeprowadzany przez orzekające trybunały, jak np. wydając decyzję dot. odpowiedzialności w oparciu o traktat NAFTA w sprawie *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008, par. 117f; Szerzej nt. testu niedyskryminacji: M. Jeżewski, 185ff

regulacje wewnętrzne w odniesieniu do zbywania, nabywania, transportu, dystrybucji i użytkowania.⁴⁴⁷ Członkowie WTO dostrzegli przy tym konieczność umożliwienia państwu skutecznej polityki bezpieczeństwa narodowego w powiązaniu z gospodarką narodową, zezwalając w Art. III ust. 8 (a) na preferencyjne traktowanie korporacji krajowych przy zamówieniach publicznych (*government procurement*).⁴⁴⁸ Brak podobieństwa okoliczności (*like circumstances*) był z kolei powodem, iż największa izba handlowa świata, The Chamber of Commerce of the USA, w wydanej w oparciu o traktaty NAFTA i UNCITRAL decyzji arbitrażowej w sprawie różnego traktowania podmiotu amerykańskiego i lokalnych, konkurencyjnych podmiotów kanadyjskich nie uznała argumentu traktowania dyskryminacyjnego w związku z opłatami celnymi na świadczone przez podmiot zagraniczny usługi.⁴⁴⁹

Porównywalność i traktowanie nie mniej korzystne (*no less favourable treatment*) są współzależne, stąd też obiektywnie niekorzystny sposób traktowania sam w sobie nie jest podstawą do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia klauzuli traktowania narodowego.⁴⁵⁰ Klauzula ta jest standardem o charakterze relatywnym, zależnym od poziomu bezpieczeństwa prawnego w konkretnym państwie przyjmującym korporację transnarodową. Dziś pełni on rolę nie tylko kolejnej gwarancji niedyskryminacji dla obcych podmiotów prywatnych, ale także pewien rodzaj zabezpieczenia dla państwa przyjmującego inwestorów, dyskontując niejako trwający kilka dziesięcioleci okres, w którym kraje rozwinięte (głównie USA) narzucały krajom przyjmującym ich korporacje *minimalny standard międzynarodowy*.⁴⁵¹ Traktowanie w sprzeczności z klauzulą traktowania narodowego musi mieć nie tylko dyskryminujący charakter, ale też dyskryminacja ma polegać na różnicowaniu w związku z

⁴⁴⁷ GATT, Art. III *National Treatment on Internal Taxation and Regulation*, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

⁴⁴⁸ Ibidem

⁴⁴⁹ UPS of America Inc. v. Rząd Kanady, orzeczenie arbitrażowe Chamber of Commerce of the USA z 11.6.2007 w sprawie o jurysdykcję w oparciu o postanowienia rozdziału XI NAFTA

⁴⁵⁰ Patrz: wyrok w sprawie Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, par. 171. W uzasadnieniu stwierdzono, iż standard traktowania był w stosunku do skarżącej spółki zagranicznej zaniżony, jednak decydujące jest to, iż znajdowała się w podobnych okolicznościach (*like circumstances*) co inne, konkurujące z nią na tym samym rynku podmioty.

⁴⁵¹ Szerzej: Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, 319

przynależnością państwową.⁴⁵² Dodatkowo trzeba wykazać, iż zachowania dyskryminujące w związku z pochodzeniem narodowym stanowiły "demonstracyjne i istotne przejawy stronniczości i uprzedzeń".⁴⁵³

Zakaz dyskryminacji jest częścią klauzuli najwyższego uprzywilejowania (ochrona przed dyskryminacją względem konkurencyjnych korporacji transnarodowych) i klauzuli traktowania narodowego (ochrona przed korporacjami kraju przyjmującego), ale też może mieć charakter autonomiczny, stanowiąc ogólnie, iż zgodnie z prawem międzynarodowym państwo powinno powstrzymać się od dyskryminacji cudzoziemców i własności cudzoziemskiej.⁴⁵⁴ Dyskryminacja, pojmowana jako efekt negatywnego stosowania prawnomiędzynarodowej zasady równości podmiotów, jest w takim ujęciu zabroniona wobec wszystkich podmiotów - obojętne czy lokalnych czy obcych - i jest często łączona w jednej klauzuli z pojęciem arbitralności. Trybunał arbitrażowy orzekający przeciwko Argentynie z powództwa korporacji amerykańskiej Sempra Energy International zdefiniował łącznik pojęciowy dyskryminacji i arbitralności jako "kapryśne, irracjonalne lub absurdalne zróżnicowanie traktowania przyznanego skarżącej stronie w porównaniu z innymi podmiotami lub branżami."⁴⁵⁵

Arbitralność jest pojęciem dość szerokim i klauzula zakazująca działań o charakterze arbitralnym mieści w sobie zakaz stosowania środków *nierozsądnych*, jak też *nieuzasadnionych*.⁴⁵⁶ Spośród działań wyczerpujących znamiona arbitralności wymienić należy: środki szkodzące inwestorowi, a nie służące w sposób oczywisty żadnemu celowi; środki dyskrecjonalne stosowane w związku z uprzedzeniami i prywatnym interesem; środki zatajone, niezgodne z oficjalnym uzasadnieniem decyzji; środki ewidentnie sprzeczne z

⁴⁵² Patrz: orzeczenie w sprawie Consortium *RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Arbitration Award, 22 December 2003, par. 75

⁴⁵³ Por. uzasadnienie wyroku w sprawie *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. USA*, Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, par. 139: "nationality-based discrimination (...) proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis of nationality, of a nature and consequence likely to have affected the outcome of the trial."

⁴⁵⁴ Patrz: Wyrok trybunału ICSID w sprawie *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, par. 368

⁴⁵⁵ Wyrok w sprawie *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, par. 319

⁴⁵⁶ M. Jeżewski, op. cit., 216

zasadami sprawiedliwości proceduralnej.⁴⁵⁷ Arbitralność staje się czynnikiem dyskryminującym w sytuacji oczywistego braku poszanowania prawa ze strony państwa. Dla odpowiedzialności państwa z tytułu naruszenia klauzuli zakazu traktowania dyskryminacyjnego i arbitralnego decydujące znaczenie mają dwie kwestie: konkretny przejaw zachowania państwa i skutki negatywnego wpływu tego zachowania na inwestycję korporacji zagranicznej.⁴⁵⁸

Nierozsądne zachowanie państwa w związku z korporacją transnarodową można dziś zaskazać na podstawie art. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka⁴⁵⁹, uprawniającego do korzystania z wszelkich praw i wolności, bez jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na rasę, płeć, język, wyznanie religijne, przekonania polityczne, pochodzenie narodowe, status społeczny i majątkowy, jak też wszelkie inne czynniki mogące różnicować ludzi. W związku z brakiem oczywistego uzasadnienia dla dyskryminacji, klauzulę zakazującą wszelkich działań dyskryminujących i negatywnie arbitralnych łączy się w wielu orzeczeniach arbitrażowych z klauzulą traktowania bezstronnego i słusznego, jako że przyczyny tego rodzaju zachowań państwa także nie mieszczą się w zakresie pojęciowym *zdrowego rozsądku*. W orzeczeniu trybunału arbitrażowego w sprawie CMS przeciwko Argentynie stwierdza się, iż "każdy środek, który może pociągnąć za sobą arbitralność lub dyskryminację jest jako taki sprzeczny z traktowaniem bezstronnym i słusznym."⁴⁶⁰

Cytowany wcześniej i często powoływany w orzecznictwie w sprawach dot. bezpośrednich inwestycji zagranicznych artykuł 1105 ustęp 1 traktatu NAFTA wiąże spełnianie przez organy państwa minimalnego standardu traktowania podmiotów zagranicznych zarówno z bezstronnością i słuszością jak i z pełną ochroną i bezpieczeństwem. Ocena, czy państwo wywiązuje się z obowiązków nałożonych klauzulą pełnej ochrony i bezpieczeństwa, zależy od stanu faktycznego konkretnej sprawy, w tym od charakteru działań podmiotów naruszających ten standard i od rozsądnego doboru powziętych środków. Zgodnie z interpretacją art. 1105 przez Komisję Wolnego Handlu NAFTA z 2001 zakresu pełnej ochrony i bezpieczeństwa nie należy rozciągać poza wymogi zwyczajowego

⁴⁵⁷ Rozważania trybunału dot. arbitralności, patrz wyrok w sprawie Siemens A.G. v. The Argentine Republic, op. cit., par. 318

⁴⁵⁸ Ibidem, par. 321

⁴⁵⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 217/III A z dnia 10 grudnia 1948

⁴⁶⁰ Orzeczenie w sprawie *CMS Gas*, op. cit., par. 290

prawa międzynarodowego.⁴⁶¹ Jednocześnie, zapewnienie *pełnej* ochrony i bezpieczeństwa prawnego wymaga zachowania rzeczywistej dostępności do wymiaru sprawiedliwości, a także gwarancji, iż spory będą we właściwy sposób rozstrzygane w oparciu o normy prawa krajowego i międzynarodowego.⁴⁶²

Pierwotnie standard pełnej ochrony i bezpieczeństwa miał chronić w sytuacjach nadzwyczajnych, zwłaszcza niepokoju wewnętrznego i zmiany rządów w państwach absorbujących kapitał korporacji transgranicznych, stąd też standard ten był i jest utożsamiany raczej z ochroną przed szkodą fizyczną, podczas gdy stabilność warunków ekonomicznych i bezpieczeństwo prawne należałoby kojarzyć w większym stopniu ze standardem traktowania bezstronnego i słusznego.⁴⁶³ Państwo z pewnością odpowiada za szkody fizyczne wyrządzone przez jego funkcjonariuszy. Ponadto nie może zasłaniać się własnym ustawodawstwem, stojącym w sprzeczności z przyjętą klauzulą traktatową, i ma obowiązek zapobieżenia ewentualnej szkodzie, podejmując konieczne środki zapobiegawcze, adekwatne do okoliczności, tak aby umożliwić podmiotowi zagranicznemu korzystanie z pełnej ochrony i bezpieczeństwa.⁴⁶⁴ Trzeba jednak dodać, iż oparta na tym standardzie gwarancja ochrony ze strony państwa nie ma charakteru absolutnego (tj. powiązanego nierozdzielnie ze skutkiem) i jest ograniczona do zachowania należytej staranności we wszelkich działaniach podejmowanych przez państwo.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ M. Jeżewski, po. cit., 269

⁴⁶² Orzeczenie w sprawie Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001, par. 314

⁴⁶³ Decyzja dot. odpowiedzialności w sprawie Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic), Decision on Liability, 30 July 2010, par. 173

⁴⁶⁴ Orzeczenie arbitrażowe w sprawie American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997

⁴⁶⁵ Zgodnie z definicją zaproponowaną przez profesora A.V. Freemana, wieloletniego wykładowcę The Hague Academy of International Law, *due diligence* to "*reasonable measures of prevention which a well-administered government could be expected to exercise under similar circumstances*", in: Krista Navakavukaren Schefer, *International Investment Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2013, 321ff

2.2. Klauzula ramowa i zasada *pacta sunt servanda*

W klasycznym ujęciu umiędzynarodowienie kontraktu przez klauzulę ramową (nazywaną obrazowo również klauzulą parasolową - *umbrella clause*) następuje poprzez nałożenie na państwo w traktacie inwestycyjnym prawno-międzynarodowego obowiązku bezwzględnego przestrzegania umów, których stroną jest korporacja zarejestrowana w państwie będącym drugą stroną traktatu. Aby podmiot prywatny mógł skorzystać (i to jedynie jako beneficjent, nie jako równoprawny podmiot prawa międzynarodowego) z możliwości podniesienia roszczenia o takim charakterze, państwa strony traktatu muszą zawrzeć w nim odnośną klauzulę arbitrażową. Jeżeli klauzula ramowa zostanie uznana za zobowiązanie materialno-prawne, wówczas mamy do czynienia z umiędzynarodowieniem zobowiązania, a korporacja będzie występowała w sporze jako funkcjonalny podmiot prawa międzynarodowego.

Uznanie natomiast klauzuli ramowej wbrew postanowieniom traktatowej klauzuli jurysdykcyjnej nie stanowi w ujęciu klasycznym umiędzynarodowienia kontraktu z braku zdolności do tworzenia norm *erga omnes*.⁴⁶⁶ Do umiędzynarodowienia kontraktu poprzez zastosowanie klauzuli jurysdykcyjnej może dojść w sytuacji, gdy strony kontraktu uzgodniły, iż dla tego kontraktu właściwym jest prawo krajowe, ale w przypadku wystąpienia sporu strony zwrócą się o jego rozstrzygnięcie do międzynarodowego trybunału arbitrażowego. Orzecznictwo jednak stopniowo przestaje respektować ten podział. Możliwe są choćby takie rozstrzygnięcia, jak w przypadku korporacji RSM vs. Granada, gdy na skutek zastosowania analogii dla „wygody i neutralności” metod wykładni z art. 31-33 KWPT trybunał interpretował kontrakt na gruncie prawa międzynarodowego publicznego, i to wobec związania klauzulą jurysdykcyjną zawartą w kontrakcie, zgodnie z art. 42 Konwencji ICSID.⁴⁶⁷

Zastosowanie zasady *pacta sunt servanda* w postaci klauzuli ramowej jest w niektórych traktatach określone wyraźnie jako zapewnienie ochrony *każdemu* kontraktowi inwestycyjnemu. Kontraktem inwestycyjnym jest przy tym każda umowa prywatno-prawna ustanawiająca w rzeczywisty sposób inwestycję, taka jak umowa koncesyjna bądź umowa

⁴⁶⁶ Ibidem, 114

⁴⁶⁷ Wyrok w sprawie RSM Production Corporation v Grenada, Award, ICSID Case No ARB/05/14, IIC 363 (2009), 11th March 2009, despatched 13th March 2009, par. 379

licencyjna.⁴⁶⁸ Klauzula ramowa stanowi, iż każde naruszenie umowy głównej i umów dodatkowych między inwestorem a państwem przyjmującym, którego to państwo się dopuści, należy traktować jako naruszenie postanowienia traktatowego. Trybunały zazwyczaj uznają, iż "włączając klauzulę parasolową do dwustronnego traktatu inwestycyjnego strony dążą do zrównania zobowiązań kontraktowych podlegających reżimowi prawa krajowego ze zobowiązaniami ustanowionymi w BIT."⁴⁶⁹ Naruszenie kontraktu przez państwo przyjmujące wobec faktu istnienia traktatowej klauzuli parasolowej jest utożsamiane z naruszeniem umowy międzynarodowej, co w konsekwencji daje możliwość podmiotowi prywatnemu do bezpośredniego złożenia skargi przed trybunałem międzynarodowym.⁴⁷⁰

Orzecznictwo mierzące się z problemem wytyczenia granic stosowania zasady *pacta sunt servanda* dla zobowiązań kontraktowych jest bogate lecz niejednoznaczne. Zastanawiając się nad zakresem ochrony oferowanej klauzulami parasolowymi, trybunały musiały ustalić do jakiego stopnia prawo międzynarodowe zastępuje prawo kontraktów, do jakiego stopnia ingerencja regulacyjna państwa przyjmującego staje się nieskuteczna, a także czy skarżący musi być związany bezpośrednim stosunkiem umownym z państwem przyjmującym, by móc powołać się na zasadę *pacta sunt servanda*. Stopień transformacji umowy prawa prywatnego, dla której wykonywania właściwym jest prawo krajowe, w skuteczny instrument prawa międzynarodowego publicznego jest w wyrokach arbitrażowych interpretowany w sposób skrajnie różny, co można prześledzić choćby na przykładzie trzech spraw z powództwa szwajcarskiej korporacji Societe General de Surveillance (SGS), specjalizującej się w portowej obsłudze kontroli towarów importowanych, w tym również w pobieraniu celi przywozowych.⁴⁷¹

Państwa w umowach z SGS w istotnym zakresie wyzbywały się na rzecz podmiotu prywatnego kompetencji do nakładania obowiązków podatkowych. W każdym przypadku właściwym dla wykonania kontraktu było prawo kraju przyjmującego, a sądy lokalne miały

⁴⁶⁸ Patrz: Trade Promotion Agreement U.S.–Panama, entered into force on October 31, 2012, art.10-23

⁴⁶⁹ Wyrok w sprawie, Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, par. 61

⁴⁷⁰ R. Dolzer, Ch. Schreuer, op. cit., 168

⁴⁷¹ Orzeczenia trybunałów ICSID w sprawach: Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003; Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004; Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 10 February 2012

wyłączną jurysdykcję do rozsądzania sporów w związku z wykonywaniem kontraktu. W każdej z tych spraw przedmiotem sporu był zarzut nie wywiązania się państwa z zapłaty istotnych, gwarantowanych kontraktem kwot za usługi SGS, a pozywająca państwo korporacja ignorując klauzulę wyłącznej jurysdykcji sądu krajowego zwracała się o rozjemstwo ICSID powołując się na postanowienia dwustronnych traktatów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji zawieranych przez państwo jej przynależności narodowej (Szwajcarię). We wszystkich trzech przypadkach trybunały uznały kontrakty za inwestycje, różniąc się jednak diametralnie w ocenie zakresu stosowania zasady *pacta sunt servanda*.

W sprawie SGS przeciwko Pakistanowi trybunał nie uznał swojej właściwości do rozstrzygania "czysto krajowego kontraktu" (*purely domestic state contract*) i nie uznał klauzuli parasolowej za podstawę do wyniesienia zobowiązania kontraktowego na poziom międzynarodowy. Trybunał podkreślił lakoniczność klauzuli parasolowej w brzmieniu: "Każda ze stron zagwarantuje stałe przestrzeganie zobowiązań podjętych wobec inwestycji inwestorów drugiej strony."⁴⁷² Zdaniem trybunału tego rodzaju nieprecyzyjne sformułowania nie mogą stanowić podstawy do "monumentalnej konwersji" (*instant transsubstantion*) kontraktów regulowanych wyłącznie prawem krajowym w traktaty międzynarodowe *de facto*.⁴⁷³ Trzyosobowy skład orzekający uznał, iż jedynie jasne sformułowanie pozwalające może być interpretowane na tyle szeroko, by umiędzynarodowić kontrakt, zgodnie z regułą *in dubio mitius*. Tak restrykcyjne podejście, charakterystyczne dla tradycyjnego stosowania ogólnego prawa międzynarodowego, powoli marginalizuje się, oddając pole bardziej złożonym analizom w oparciu o połączenie różnych wykładni.

Orzekając w sprawie SGS przeciwko Filipinom trybunał arbitrażowy doszedł do przekonania, iż celem zawarcia klauzuli parasolowej w traktacie szwajcarsko-filipińskim było "jasne przesłanie dla stron kontraktów inwestycyjnych, aby przestrzegały one wszelkich zobowiązań prawnych, jakie podjęły bądź podejmą w przyszłości w związku z konkretnymi inwestycjami, podlegającymi ochronie BIT."⁴⁷⁴ Następnie trybunał uznał, iż inwestycja, której dotyczy kontrakt wiążący SGS z państwem przyjmującym, podlega ochronie odnośnej

⁴⁷² Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 11 July 1995, article 11, OUP reference: IC-BT 730 (1995)

⁴⁷³ Orzeczenie dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie SGS (Société Générale de Surveillance) S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit., par. 172

⁴⁷⁴ Orzeczenie dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit., par. 115

klauzuli parasolowej, a zatem kontrakt stał się źródłem międzynarodowego zobowiązania prawnego, którego treścią jest nakaz powstrzymania się przez Filipiny do podejmowania działań stanowiących naruszenie kontraktu. Porównując brzmienie klauzuli parasolowej z tą zawartą w BIT między Szwajcarią a Pakistanem, sędziowie stwierdzili, iż jest ona znacznie bardziej precyzyjna, przyjmując formę: "Każda ze stron kontraktu będzie przestrzegała wszelkich zobowiązań podjętych w związku z konkretną inwestycją inwestora drugiej strony na swoim terytorium".⁴⁷⁵ Zakwestionowali oni również przydatność reguły *in dubio mitius*, a także trafność większości argumentów w związku z zastosowaniem wykładni literalnej.⁴⁷⁶

Trybunał nie znalazł jednak przesłanek dla "pełnego umiędzynarodowienia kontraktu" (*full-scale internationalization of domestic contract*).⁴⁷⁷ A przede wszystkim uznał, iż klauzula parasolowa nakłada jedynie międzynarodowe zobowiązanie do wykonywania umowy i przekształca skutki niewykonania w zobowiązanie międzynarodowe drugiego stopnia. "Artykuł X. ust. 2 nie odnosi się do zakresu zobowiązań podjętych w związku z konkretnymi inwestycjami, lecz do wykonywania tych zobowiązań, gdy one zostaną ustalone."⁴⁷⁸ Trybunał uznał zatem naruszenie zobowiązań kontraktowych przez państwo przyjmujące, o ile mają one związek z konkretnymi inwestycjami, za równoważne naruszeniu postanowienia traktatowego zasadę *pacta sunt servanda*, lecz nie uznał objęcia prawem międzynarodowym ani zakresu, ani samej materii zobowiązania. Wobec istnienia klauzuli wyłączności prawa właściwego, zakres i treść zobowiązania powinny być badane w świetle postanowień kontraktu oraz zgodnie z zasadami i regułami prawa cywilnego kraju przyjmującego.⁴⁷⁹ Zgodnie z tym tokiem rozumowania pojawiłby się problem braku jurysdykcji, do czasu rozpatrzenia skargi podmiotu prywatnego przez lokalne sądy i wydania orzeczenia określającego istnienie naruszenia zobowiązania i zakres szkody poniesionej przez

⁴⁷⁵ Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 11 July 1995, article 10, OUP reference: IC-BT 730 (1995)

⁴⁷⁶ SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit., par. 121–25

⁴⁷⁷ SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit., par. 126

⁴⁷⁸ SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit., par. 126

⁴⁷⁹ SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit., par. 128

skarżącego. Dopiero wówczas zachowanie państwa mogłoby stać się przedmiotem badania trybunału międzynarodowego.⁴⁸⁰

W trzecim z omawianych orzeczeń, w sprawie SGS przeciwko Paragwajowi, międzynarodowy trybunał arbitrażowy uznał najszerszy możliwy zakres obowiązywania klauzuli parasolowej, w pełni wynoszącej kontrakt inwestycyjny na poziom międzynarodowy. Po odrzuceniu argumentacji co do wykładni zastosowanej na potrzeby orzeczenia w sprawie SGS przeciwko Pakistanowi i co do odmowy objęcia prawem międzynarodowym zakresu i treści zobowiązania przez sąd rozjemczy wyrokujący w sprawie SGS przeciwko Filipinom, trybunał ustalił, iż klauzula parasolowa ma dla tego konkretnego przypadku zastosowanie. Następnie stwierdził, że przedmiotowy kontrakt tworzy prawa i obowiązki chronione zarówno prawem krajowym, jak i międzynarodowym. Zauważając brak własnej jurysdykcji do orzekania na podstawie prawa wewnętrznego kraju przyjmującego inwestycję, uznał jednocześnie pełną jurysdykcję w stosunku do zobowiązań prawno-międzynarodowych, w przeciwieństwie do trybunału rozstrzygającego w sprawie SGS przeciwko Filipinom. Wedle argumentacji trybunału klauzula parasolowa wymaga ustalenia dyspozycji norm uprawniających ze skutkiem prawno-międzynarodowym, których źródłem jest kontrakt inwestycyjny, niezależnie od dyspozycji tychże norm w warunkach podlegania prawu krajowemu, zgodnie z klauzulą wyboru prawa właściwego. Zatem zawarcie w kontrakcie klauzuli wyboru sądu lokalnego jako wyłącznego forum rozjemczego (często jako *lex fori*) skutkuje jedynie wobec praw i obowiązków stworzonych kontraktem, a odnoszących się do stosunków krajowych, nie wpływając w żadnym stopniu na uznanie jurysdykcji międzynarodowego trybunału arbitrażowego do rozstrzygania wszelkich skarg o stwierdzenie naruszenia traktatu.

Klauzula parasolowa stanowi z całą pewnością skuteczny mechanizm wynoszenia zobowiązań kontraktowych na poziom międzynarodowy i stosowania wobec nich zastrzeżonej dotąd dla państw publiczno-prawnej zasady *pacta sunt servanda*. Jednocześnie na przykładzie powyższych trzech orzeczeń w podobnych sprawach nie sposób nie zauważyć, iż zakres stosowania klauzuli parasolowej może być wyznaczany w sposób skrajnie różny. Akceptując najszerszy możliwy zakres, trybunał orzekający w sprawie SGS przeciwko

⁴⁸⁰ Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration, Law and Practice*, Juris Net LLC, USA, Third Edition, 2014, 1552ff

Paragwajowi zrównał *de facto* umowę inwestycyjną zawartą między prywatną korporacją a występującym *de iure gestionis* państwem ze źródłami prawa międzynarodowego. Naruszenie kontraktu i jego skutki muszą być w tej sytuacji badane w oparciu o regulacje prawa międzynarodowego publicznego, w szczególności regulacje dotyczące odpowiedzialności państwa za czyny zabronione w prawie międzynarodowym. Inną konsekwencją tak liberalnego podejścia do stosowania klauzul parasolowych jest uznanie umiędzynarodowionych kontraktów inwestycyjnych za *corpora iuridica* podobne traktatom zawierany przez suwerenne państwa. Umowy międzynarodowe są usytuowane na tyle wysoko w hierarchii krajowych aktów prawnych, iż należy dostrzec siłę pozycji zajętych przez zagraniczne korporacje-inwestorów w stosunku do państw przyjmujących, abstrahując od możliwości skutecznego odstraszania państw od podejmowania niekorzystnych z punktu widzenia korporacji inicjatyw legislacyjnych w związku z realną groźbą naruszenia zobowiązań międzynarodowych.

Klauzula ramowa nie tylko stwarza warunki dla umiędzynarodowienia kontraktu inwestycyjnego, ale także otwiera możliwość pozywania państwa przez podmiot nie pozostający z tym państwem w bezpośrednim stosunku kontraktowym. Korporacje transnarodowe wykonują działalność inwestycyjną zazwyczaj poprzez spółki zależne, utworzone i funkcjonujące w reżimie prawnym państwa przyjmującego, podczas gdy stroną kontraktu inwestycyjnego są zagraniczne podmioty dominujące w strukturze decyzyjnej tych korporacji. Część traktatów dopuszcza *explicite* inwestorów pośrednich do korzystania ze środków prawnych przeciwko państwu przyjmującemu, w szczególności do powoływania się na klauzulę parasolową, czego przykładem jest Traktat Karty Energetycznej chroniący "każde zobowiązanie podjęte wobec inwestora bądź inwestycji inwestora", gdzie pojęcie *inwestycja* oznacza spółkę zależną inwestora. Jednak większość traktatów nie zawiera tego rodzaju jasnych postanowień, co powoduje, iż trybunały orzekają w konkretnych przypadkach w sposób istotnie różny. Orzekając w sprawie *Continental Casualty* przeciwko Argentynie trybunał uznał bez jakichkolwiek wątpliwości, iż klauzula parasolowa chroni kontrakty zawarte między spółkami zależnymi *Continental Casualty* a państwem w równym stopniu co kontrakt główny podpisany przez tę korporację.⁴⁸¹ Odmienne w sprawie *Azurix* również przeciwko Argentynie sąd arbitrażowy uznał, iż ani amerykańska korporacja *Azurix* ani

⁴⁸¹ Wyrok w sprawie *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, par. 297

Państwo Argentyńskie nie są związane stosunkiem kontraktowym, bowiem kontrakt inwestycyjny został zawarty pomiędzy argentyńską spółką zależną *Azurix* a władzami prowincji Buenos Aires.⁴⁸²

Element związania stron stosunkiem kontraktowym wydaje się istotny z punktu widzenia rozwoju transnarodowości jako zjawiska o charakterze prawnym. Gdyby bowiem stosunek kontraktowy był warunkiem koniecznym dla umiędzynarodowienia kontraktu, zdolność korporacji do wyboru najkorzystniejszej ochrony traktatowej w postaci *treaty shopping* zostałaby wyraźnie ograniczona. W przytoczonym orzeczeniu w sprawie *Continental Casualty* przeciwko Argentynie zwrócono uwagę, iż traktat amerykańsko-argentyński w art. II (2) (c) nie zawiera wymogu istnienia kontraktowego stosunku zobowiązaniowego w ogóle, lecz "długotrwałych zobowiązań, które mogą zostać zaciągnięte w związku z inwestycjami przez osoby fizyczne i prawne inne niż inwestorzy zagraniczni, co zasadniczo nie wyklucza również stosunków zobowiązaniowych między państwem przyjmującym a podmiotem zależnym [inwestora zagranicznego]." ⁴⁸³ Podobnie w sprawie *Noble Ventures* przeciwko Rumunii trybunał uznał, iż kontrakt zawarty między obcą korporacją a przedsiębiorstwem państwa przyjmującego należy przypisać państwu wskutek zastosowania klauzuli parasolowej.⁴⁸⁴

Kwestią sporną pozostaje pytanie, w jakim zakresie klauzula ramowa wpływa na umiędzynarodowienie kontraktu inwestycyjnego państwa (w tym również podmiotów nie będących organami lecz przypisywanych państwu) a prywatnymi podmiotami objętymi rzeczywistym zarządem zagranicznej korporacji transnarodowej. Nie jest jasne również, jakie warunki powinny zostać przez tę korporację spełnione, aby móc skutecznie powołać się na klauzulę ramową, w szczególności odnośnie istnienia bądź nie stosunku kontraktowego. Wyrokując w sprawie *SGS* przeciwko Filipinom skład sędziowski doszedł do przekonania, iż powinien istnieć trwały związek z prawem krajowym, właściwym dla wykonywania kontraktu ("*continued relevance of the domestic law of the contract*"). W sprawie *Azurix*

⁴⁸² Wyrok w sprawie *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, par. 52

⁴⁸³ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 297

⁴⁸⁴ Por. uzasadnienie wyroku w sprawie *Noble Ventures* przeciwko Rumunii: "(...) where the acts of a governmental agency are to be attributed to the State for the purposes of applying an umbrella clause . . . breaches of a contract into which the State has entered are capable of constituting a breach of international law by virtue of the breach of the umbrella clause.", *Noble Ventures v. Romania*, op. cit., par. 85

przeciwko Argentynie sędziowie uznali kwalifikację istnienia między skarżącym a pozwanym stosunku prawnego, którego źródłem byłyby zobowiązania kontraktowe. Z kolei rozstrzygając pozew *Salini Impregilo* wniesiony przeciwko Pakistanowi trybunał stwierdził brak zdatności klauzuli parasolowej w sytuacji, gdy kontraktu nie zawierało we własnym imieniu samo pozwane państwo.⁴⁸⁵

W sprawie *Burlington Resources* przeciwko Ekwadorowi, kiedy trybunał stwierdził jasno, że inwestor nie może wnosić pozwu powołując się na zasadę *pacta sunt servanda* w odniesieniu do kontraktów, których stroną jest podmiot zależny, utworzony i działający na podstawie prawa krajowego. Zdanie odrębne formułuje jednak zupełnie inny sposób rozumowania, podzielany przez znaczącą część judykatury. Zgłaszający je sędzia Orrego Vicuna utrzymywał, iż państwo nie może uniknąć skutków zastosowania klauzuli ramowej tylko dlatego, że zmusiło inwestora zagranicznego do działania, w szczególności do zawarcia kontraktu inwestycyjnego, za pośrednictwem podmiotów zależnych ("*kinds of joint-ventures and other forms of investment that are channeled through investment vehicles to the benefit of the host State*").⁴⁸⁶ Podobnie w orzeczeniach *SGS* przeciwko Paragwajowi⁴⁸⁷ i *Continental Casualty* przeciwko Argentynie⁴⁸⁸ trybunały orzekły pełną zdatność klauzuli ramowej do wyniesienia kontraktu zawartego w oparciu o przepisy prawa wewnętrznego na poziom prawa międzynarodowego. W orzeczeniach nie analizowano, kto jest stroną stosunku kontraktowego, czy organ państwa (jego *statio fisci* bądź inna osoba instruowana przez państwo), czy z drugiej strony może podmiot pośredniczący, utworzony w ramach struktury prawno-organizacyjnej korporacji wyłącznie w celu zapewnienia możliwie najkorzystniejszej ochrony traktatowej.

⁴⁸⁵ Decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, par. 223

⁴⁸⁶ Opinia odrębna sędziego Orrego Vicuna w sprawie *Burlington Resources v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Dissenting Opinion of Arbitrator Orrego Vicuna, 8. November 2012, p. 10

⁴⁸⁷ *SGS S.A. v. Republic of Paraguay*, op. cit., par. 182–84, 188

⁴⁸⁸ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 297

2.3. Klauzula traktowania bezstronnego i słusznego

Typowym elementem traktatów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji oraz części inwestycyjnej porozumień o wolnym handlu jest postanowienie zobowiązujące państwo do bezstronnego i słusznego traktowania podmiotów zagranicznych i ich majątku (*fair and equitable treatment, FET*). W odróżnieniu od utożsamianego z klauzulą FET *minimalnego standardu ochrony cudzoziemca* nie ma ona statusu normy międzynarodowego prawa zwyczajowego - mimo licznych orzeczeń arbitrażowych kontestujących taki stan rzeczy, wydawanych zwłaszcza w oparciu o art. 1105 ust. 1 traktatu NAFTA.⁴⁸⁹ Istotne jest, aby decyzje organów państwa nie naruszały poczucia słuszności w sposób rażący, nie jest bowiem rolą omawianej klauzuli ochrona przed decyzjami kontrowersyjnymi bądź błędnymi, nie wynikającymi ze złej woli państwa. Jak słusznie zauważył trybunał arbitrażowy orzekający w sprawie *Myers* przeciwko Rządowi Kanady, "przy interpretacji i stosowaniu *minimalnego standardu* trybunał nie ma nieograniczonego mandatu do podważania decyzji rządowych. Rządy muszą podejmować wiele potencjalnie kontrowersyjnych wyborów, [w związku z czym] istnieje możliwość popełniania błędów, niewłaściwej oceny faktów, działania na podstawie nieprawidłowych teorii gospodarczo-społecznych, nadmiernego faworyzowania pewnych wartości społecznych w stosunku do innych, co może okazać się nieefektywne bądź destrukcyjne. Zwykłym środkiem, o ile taki w ogóle istnieje, do eliminacji błędów rządu w nowoczesnym zarządzaniu państwem są wewnętrzne procedury polityczno-prawne, w tym wyroby powszechne".⁴⁹⁰

Wymóg traktowania bezstronnego i słusznego jest na tyle nieprecyzyjny, iż interpretowanie go inaczej niż w bezpośrednim związku z okolicznościami konkretnej sprawy może prowadzić do naruszenia zasady bezpieczeństwa prawnego.⁴⁹¹ O ile słuszność (*equity*)

⁴⁸⁹ Art. 1105 traktatu NAFTA: "Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security."

⁴⁹⁰ Wyrok częściowy w sprawie *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, par. 261: "When interpreting and applying the 'minimum standard', a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections."

⁴⁹¹ Peter Muchliński, in: M. Jeżewski, op. cit., 231

jest zasadą ogólną prawa, o tyle bezstronność (*fairness*) jest pojęciem niedokreślonym, którego interpretacja powinna być dokonywana dla każdego kontekstu faktycznego i prawnego indywidualnie.⁴⁹² Za traktowanie bezstronne uważa się w przeważającej części orzeczeń traktowanie zgodne z zasadami sprawiedliwości i dobra (*consistent with principles of justice and right*) oraz rozsądne (*reasonable*).⁴⁹³ Brak rozsądnej równowagi w działaniach państwa, prowadzący w skrajnym przypadku do dekonstrukcji ram prawnych stworzonych dla przyciągnięcia inwestorów zagranicznych, jest podstawą dla skutecznych roszczeń ze strony inwestujących korporacji, niezależnie od czynników obiektywnych, takich jak recesja gospodarcza i wynikająca z niej konieczność ingerencji państwa jako regulatora.⁴⁹⁴

Dla wyznaczenia granic odpowiedzialności państwa w oparciu o klauzulę traktowania bezstronnego i słusznego podstawowe znaczenie ma zasada dobrej wiary, a ponadto niestosowanie wyłącznie literalnej wykładni językowej (*literal meaning*), lecz uwzględnienie kontekstu traktatowego (*adjacent context*) w świetle przedmiotu i celu (*object and purpose*).⁴⁹⁵ Jednym z głównych przejawów dobrej wiary jest zasada uzasadnionych oczekiwań (*legitimate expectations*). Oczekiwanie są uzasadnione obietnicami złożonymi w dowolnej formie przez państwo bezpośrednio inwestorowi. Obietnice te muszą mieć charakter istotnie rozsądny i zasadny (*reasonable and legitimate*), a także stanowić czynnik niezbędny dla podjęcia decyzji o rozpoczęciu inwestycji w państwie przyjmującym.⁴⁹⁶ Skoro forma

⁴⁹² Patrz: M. Jeżewski, op. cit., 247f

⁴⁹³ Roland Kläger, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, 41

⁴⁹⁴ Patrz: LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, par. 139

⁴⁹⁵ Patrz: wyrok trybunału ICSID w sprawie Vivendi przeciwko Argentynie, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. The Argentine Republic*), Award, 20 August 2007, par. 7.4.3.

⁴⁹⁶ Patrz: wyrok trybunału ICSID w sprawie Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, par. 602. Dodatkowo trybunał wymienił i zdefiniował szczególne składowe standardu (*specific components of the standard*): (1) *Protection of legitimate expectations*: the purpose of the fair and equitable treatment standard is to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment, as long as these expectations are reasonable and legitimate and have been relied upon by the investor to make the investment"; (2) *Good faith*: the standard includes the general principle recognised in international law that the contracting parties must act in good faith, although bad faith on the part of the State is not required for its violation; (3) *Transparency, consistency, non-discrimination*: the standard also implies that the conduct of the State must be transparent, consistent and non-discriminatory, that is, not based on unjustifiable distinctions or arbitrary."

złożenia obietnicy przez państwo jest zgodnie z rozdziałem II Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego⁴⁹⁷ bez znaczenia, to w konsekwencji zarówno decyzja indywidualna w odniesieniu do określonego podmiotu zagranicznego, jak i przepisy prawa powszechnie obowiązującego, stanowią zobowiązanie ze strony państwa.

Powołując się na klauzulę traktowania bezstronnego i słusznego zagraniczny podmiot prywatny może dowodzić, iż państwo nie dopełniło mieszczącego się w niej obowiązku zapewnienia stabilnych, przewidywalnych i spójnych ram prawnych (*requirement of stability, predictability and consistency of the legal framework*).⁴⁹⁸ Podobnie, brak rzetelności procesowej (*due process*), objawiający się w skrajnym przypadku odmową sprawiedliwości (*denial of justice*), rodzą negatywne skutki prawne dla państwa.⁴⁹⁹ Trybunały arbitrażowe wiążą brak sprawiedliwości proceduralnej z arbitralnością i brakiem dobrej wiary.⁵⁰⁰ Rzetelność procesowa to przede wszystkim podstawowe gwarancje procesowe, jak prawo do obrony czy prawo do informacji, a odmowa sprawiedliwości odnosi się zarówno do uchybień w postępowaniach w sprawach cywilnych i karnych, jak i administracyjnych. Aby powołać się na naruszenie klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego w związku z uchybieniami proceduralnymi nie trzeba wyczerpywać drogi krajowej, co pozbawiłoby korporację możliwości skarżenia w oparciu o postanowienia traktatowe.⁵⁰¹

Gdyby klauzula ramowa była jedynym mechanizmem wynoszenia zobowiązań kontraktowych na poziom prawa międzynarodowego, nie można byłoby z całą pewnością twierdzić, iż reżim międzynarodowego prawa inwestycyjnego wytworzył nowe źródło prawa międzynarodowego w postaci kontraktów inwestycyjnych, a zdolność korporacji transnarodowych do aktywnego wpływu na rozwój prawa w tej sferze byłaby dyskusyjna. Przegląd orzecznictwa dowodzi, jak choćby w przypadku omówionych wyżej orzeczeń w

⁴⁹⁷ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Chapter 2: Attribution of Conduct to a State*, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Articles 4 to 11

⁴⁹⁸ Stephan W. Shill, *General Principles of Law and International Investment Law*, in: Tarcisio Gazzini, op. cit., 165ff. Patrz również: wyrok w sprawie CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Award, op. cit., par. 274; wyrok końcowy w sprawie OEPC v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 01.07.2004

⁴⁹⁹ Patrz: Andrew Paul Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investments Treaties*, Kluwer Law International B.V., 2009, 277ff

⁵⁰⁰ Patrz: orzeczenie w sprawie Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16

⁵⁰¹ M. Jeżewski, op. cit., 262

sprawach z udziałem koncernu *Societe Generale Surveillance (SGS)*, iż rozstrzygnięcia mogą być skrajnie odmienne, co istotnie utrudnia trybunałom wnioskowanie w oparciu o regułę *stare decisis*.⁵⁰² Znacząco pewniejszy skutek odnosi jednak powoływanie się na inny standard prawny, którego moc uzewnętrznia się przede wszystkim w stabilności orzecznictwa w ostatnich dwóch dekadach, gwarantującej rzeczywistą ochronę inwestycji. Mowa o standardzie traktowania bezstronnego i słusznego, z którego wywodzić należy wymóg bestronności, ochronę uzasadnionych oczekiwań, zapewnienie stabilnych i przewidywalnych ram prawnych, prawo do rzetelnego procesu, nakaz przejrzystości zachowań państwa, czy w końcu zakaz działań o charakterze arbitralnym i dyskryminującym.

Pomijając szerokie jak widać spektrum zakazanych bądź nakazanych państwu zachowań i ich genetyczną niedokreśloność, należy przede wszystkim zauważyć, iż właściwie żaden z warunków mających wpływ na stosowanie klauzuli ramowej nie ogranicza skutków prawnych obowiązywania klauzuli FET, o ile trybunał arbitrażowy zdecyduje, iż państwo naruszyło ten standard w sposób istotny.⁵⁰³ W odróżnieniu od klauzuli ramowej istnienie bądź nie istnienie stosunku prawnego między skarżącą korporacją a pozwanym państwem nie wydaje się być dla trybunałów arbitrażowych istotne na tyle, by nie orzekać o naruszeniu zobowiązań prywatnoprawnych przez państwo. W sprawie *Azurix* przeciwko Argentynie sąd polubowny najpierw odmówił uznania swojej jurysdykcji w odniesieniu do klauzuli ramowej ze względu na rozpoznanie braku stosunku kontraktowego, by następnie uznać się właściwym do rozstrzygania na podstawie klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego o prawach i obowiązkach wynikających z tego samego kontraktu.⁵⁰⁴

Podobnie nie ma wątpliwości tego rodzaju, jak zawarte w orzeczeniu trybunału w sprawie *SGS* przeciwko Filipinom⁵⁰⁵, gdy trybunał podniósł kwestię braku możliwości wyłączenia jurysdykcji krajowej wobec praw i obowiązków stworzonych kontraktem w odniesieniu do stosunków krajowych, niezależnie od uznania właściwości arbitrażu

⁵⁰² J. Arato, op. c it., 258

⁵⁰³ Por. wyrok trybunału orzekającego w oparciu o traktat NAFTA w sprawie *Mondev International Ltd. v. United States of America*, NAFTA Award, 11 October 2002, par. 134: "A governmental prerogative to violate investment contracts would appear to be inconsistent with the principles embodied in Article 1105 and with contemporary standards of national and international law concerning governmental liability for contractual performance (...)."

⁵⁰⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 377

⁵⁰⁵ *SGS S.A. v. Republic of the Philippines*, op. cit., par. 128

międzynarodowego w sytuacji podejrzenia naruszenia odnośnego traktatu o ochronie inwestycji. Gdyby strona pozywająca powołała się nie na klauzulę ramową, lecz na klauzulę FET, wówczas sąd dla ustalenia prawa właściwego najpewniej przyjąłby pozytywne założenie apriorycznie i w ogóle nie prowadziłby czynności zmierzających do ustalenia dyspozycji norm zawartych w kontrakcie, a mogących wywołać skutki prawom międzynarodowe. Trybunały zasadniczo w sposób konsekwentny zrównują naruszenie klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego z naruszeniem zasady *pacta sunt servanda* wykonywanej w związku z klauzulą ramową.⁵⁰⁶

Szerszy zakres ochrony inwestycji, jaką oferuje standard FET w porównaniu z klauzulą ramową, wynika niewątpliwie też z istotnie dłuższej listy zachowań państwa mogących prowadzić do jego naruszenia. Dość jedomyślnie trybunały arbitrażowe zgadzają się na wyjątkowo surową ocenę bezstronności i słuszności w postępowaniu państwa w związku z ochroną własności inwestora. Sędziowie nie dokonują najczęściej literalnej wykładni zobowiązania, lecz definiują jego naruszenie rozszerzająco, przyznając rację stronie pozywającej w związku z nawet niewielkim i trudnym do oszacowania zmniejszeniem wartości kontraktu, którego powodem może być zarówno przejaw dyskryminacji urzędniczej, jak i obiektywny brak możliwości wykonania uzasadnionych oczekiwań przez inwestora.⁵⁰⁷ Taki sposób interpretacji standardu prawnego stanowi nie tylko skuteczną ochronę przed nieuzasadnionym wywłaszczeniem bądź obniżeniem wartości majątku inwestora, ale i tworzy swego rodzaju tarczę przed skutkami zachowań państwa innych niż działania handlowe w rodzaju braku płatności za dostarczone towary i usługi.⁵⁰⁸

Jak wynika z powyższych rozważań, granicę zdatności klauzuli FET dla ochrony własności prywatnej wyznacza wzorzec zachowań *acta de iure gestionis*, chroniący z kolei państwo przed nieuzasadnionymi roszczeniami ze strony korporacji-inwestora (*“unless it be proved that the state or its emanation has gone beyond its role as a mere party to the*

⁵⁰⁶ Por. wyrok w sprawie Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/09, Award, 27 August 2009, par. 377

⁵⁰⁷ R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, op. cit., 174

⁵⁰⁸ Por. wyrok w sprawie Consortium FRCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case. No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 December 2003, par. 65; i decyzję dot. jurysdykcji w sprawie Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit., par. 260

contract, and has exercised the specific functions of a sovereign").⁵⁰⁹ Wydaje się, iż jest to jedyny przypadek, gdy klauzula ramowa ma szerszy zakres obowiązywania niż klauzula *fair and equitable treatment*. Podsumowując należy podkreślić, iż standard FET stanowi najskuteczniejszą ochronę inwestycji zarówno jeśli chodzi o statystyki rozstrzygnięć sporów, jak i szeroki zakres zastosowania w odniesieniu do konkretnych zachowań państwa. Nic zatem dziwnego, iż standard ten stał się w krótkim czasie sercem reżimu międzynarodowego prawa inwestycyjnego.⁵¹⁰

3. Doktrynalne i jurysdykcyjne przesłanki podmiotowości korporacji transnarodowej

Z punktu widzenia międzynarodowego prawa inwestycyjnego korporacja transnarodowa zostaje upodmiotowiona w sytuacji objęcia jej jurysdykcją *ratione personae* sądów międzynarodowych, co sprowadza się głównie do trybunałów arbitrażowych bądź trybunałów orzekających w oparciu o międzynarodowe prawo praw człowieka. Upodmiotowienie w sferze jakiegokolwiek porządku prawnego oznacza, zgodnie z teorią zdolności prawnej, wyposażenie w możliwość korzystania z uprawnień i zaciągania zobowiązań w ramach stosunków prawnych nawiązywanych w oparciu o obowiązujące prawo powszechne. Reguła przyznania redukuje podmiotowość pełną do podmiotowości częściowej, koniecznej dla realizacji wyznaczonych funkcji i celów.⁵¹¹ Podmiotowość nie musi stanowić przedmiotu pożądanego kogoś, kto już i tak korzysta z zasobu praw gwarantowanych. Korporacje transnarodowe choćby ze względu na wybraną formę prawną, nie mają zasadniczo powodu dążyć do uzyskania pełnej podmiotowości prawa międzynarodowego. W większości systemów krajowych korzystają z zasady autonomii osoby

⁵⁰⁹ Por. rozważania trybunału w sprawie *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 53

⁵¹⁰ J. Arato, op. cit., 260

⁵¹¹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Folke hrabiego Bernadotte* z 11 kwietnia 1949, MTS 11.4.1949, ICJ Reports 1949. Trybunał zauważył, iż „w żadnym systemie prawnym podmioty prawa nie muszą być identyczne co do swej natury, która w dużej mierze zależy od potrzeb danej społeczności. W toku swej ewolucji prawo międzynarodowe odpowiadało potrzebom życia międzynarodowego, a rosnąca aktywność państw w zakresie działań podejmowanych zbiorowo już doprowadziła do wykształcenia pewnych jednostek, które nie są państwami. Ukoronowaniem tego procesu jest ustanowienie w czerwcu 1945 roku organizacji międzynarodowej, której cele i zasady zostały zapisane w Karcie Narodów Zjednoczonych. A dla osiągnięcia tych celów przyznanie osobowości prawnomiędzynarodowej jest niezbędne.”

prawnej (*separate legal entity*), przyznającej ochronę prawną interesowi spółki kapitałowej i nakładającej na spółkę wyłączną odpowiedzialność za podjęte przez nią zobowiązania, przy jednoczesnym wyłączeniu odpowiedzialności jej udziałowców (*corporate veil*).

Problem pojawia w sytuacji naruszenia zasad porządku prawnego w związku z nadużywaniem formy spółki w celu pozbawienia możliwości dochodzenia roszczeń przez wierzycieli bezpośrednio od udziałowców spółki. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaltung; piercing the corporate veil*) zakłada, iż w sytuacji, gdy spółka została zawiązana jedynie bądź głównie w celu wykorzystania zasady autonomii formy prawnej dla uchylecia się przez wspólników od ryzyka i odpowiedzialności, uznaje się spółkę za nieistniejącą, a podjęte przez nią zobowiązanie za zobowiązanie wspólnika. Krajowe systemy prawne w różny sposób odnoszą się do instytucji odpowiedzialności przebijającej, najczęściej stosując ją w sposób bardzo ograniczony. Dla przykładu, prawo polskie stosuje instytucję odpowiedzialności przebijającej *de facto* w niewielkim zakresie. Art. 299 Kodeksu spółek handlowych stanowi, iż w ściśle określonych okolicznościach członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (nie stosuje się to do spółki akcyjnej) mogą odpowiadać za jej zobowiązania. Art. 415 i następne Kodeksu cywilnego umożliwia osiągnięcie podobnego skutku w oparciu o ogólne zasady prawa deliktowego (również w związku z art. 5 KC zabraniającym nadużywania praw podmiotowych), przy czym wspólnik spółki kapitałowej odpowiadałby nie za zobowiązania spółki, lecz za szkodę wyrządzoną wierzycielowi wskutek nadużycia formy spółki.⁵¹²

Korporacje transnarodowe korzystają z takiego stanu rzeczy, powołując się na ogólną zasadę prawa spółek handlowych wyłączającą odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki, nawet wtedy, gdy stopień samodzielności zarządu spółki zależnej w podejmowaniu zasadniczych decyzji jest istotnie niski. Międzynarodowe trybunały arbitrażowe uznają odpowiedzialność przebijającą jedynie "w sytuacjach, gdy beneficjent działalności gospodarczej wykorzystał formę korporacyjną do ukrycia swojej prawdziwej tożsamości, bądź uniknięcia odpowiedzialności."⁵¹³ Bez wątpienia to właśnie dzięki ograniczeniu odpowiedzialności podmiotu dominującego korporacje transnarodowe stały się na przestrzeni

⁵¹² Szerzej: Jacek Bieniak, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa, 2011

⁵¹³ Wyrok w sprawie *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, par. 205. Por. też: decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *Tokios Tokelés*, op. cit.

ostatnich dekad najbardziej efektywnym narzędziem akumulacji kapitału (*the most effective structure of capital accumulation*).⁵¹⁴

Korporacyjne osoby prawne nie są, co do zasady, podmiotami prawa międzynarodowego. Podmiotowość prawa międzynarodowego jako uprawnienie do czynnego uczestnictwa w prawie międzynarodowym przysługuje w sposób naturalny i pełny jedynie państwu. Tradycyjnym wyznacznikiem podmiotowości pozostaje suwerenność państwowa powiązana z oparciem terytorialnym i uznaniem przez inne państwa, a dodatkowo pewien zakres zdolności do działania w ramach stosunków prawnych opartych na prawie międzynarodowym, czemu dano wyraz w art. 1 Konwencji z Montevideo⁵¹⁵. W nadal dominującym ujęciu pozytywistycznym⁵¹⁶ państwa mogą co najwyżej "awansować" (*abgrade*)⁵¹⁷ podmiot prawa krajowego bądź organizację prawa międzynarodowego do roli podmiotu prawa międzynarodowego poprzez nadanie jej określonych praw i obowiązków. W takiej sytuacji prywatne osoby prawne mogą korzystać niejako z atrybutów osobowości prawnomiędzynarodowej państw.⁵¹⁸

Dotychczas tylko raz doszło do uznania za podmiot prawa międzynarodowego niepaństwowej osoby prawnej. Decydujący wymóg suwerenności jako warunku *sine qua non* prawnomiędzynarodowej podmiotowości został skutecznie zakwestionowany w opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 1949 w sprawie Folke hrabiego Bernadotte dotyczącej kompetencji ONZ do występowania z roszczeniami odszkodowawczymi przeciw państwom i innym podmiotom.⁵¹⁹ Dziś uznaje się *pełną* podmiotowość ONZ nie tylko ze względu na wyjątkową rolę tej organizacji, ale też w szczególności wobec ugruntowanego przekonania, iż każdy podmiot ma inną naturę, inne

⁵¹⁴ Muzaffer Eroglu, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2008, 87

⁵¹⁵ Konwencja o prawach i obowiązkach państwa, podpisana przez USA oraz państwa Ameryki Środkowej i Południowej (za wyjątkiem Boliwii) w Montevideo w dniu 26.12.1933 (weszła w życie 26.12.1934)

⁵¹⁶ Coraz głośniejsz jednak wyrażany jest pogląd, iż prawo międzynarodowe publiczne jest tworzone wolą nie społeczności państw narodowych, lecz raczej "społeczności jednostek zebranych w rodzinę ludzką" ("*community of individuals in the human family brought together*"), jako podmiotów *umawiających się na państwo narodowe*. Szerzej: Errol Mendes & Ozay Mehmet, *Global Governance, Economy & Law: Waiting for Justice*, Routledge Studies in International Law, London 2003

⁵¹⁷ Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Clarendon 1986, 103

⁵¹⁸ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Edition, Routledge 1997, 104

⁵¹⁹ International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of United States*, Advisory Opinion of April 11th, 1949, ICJ Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 1949

funkcje i cele, a zatem zrównanie podmiotów w związku z koniecznością legitymowania się jednolitym kryterium suwerenności stałoby w sprzeczności z istotą porządku prawa międzynarodowego. Na znaczeniu zyskały inne kryteria podmiotowości, przede wszystkim wyodrębnienie praw i obowiązków w sferze prawa międzynarodowego, czynne uczestnictwo w stosunkach prawnych (zakładające autonomię woli i zdolność do czynności prawnie wiążących) oraz zdolność do tworzenia norm powszechnych tego reżimu prawa.

Zdolność do tworzenia norm prawa międzynarodowego przez osoby prawne inne niż państwa jest zależna od uprawnień przyznanych przez państwa, a źródłem tych uprawnień mogą być zarówno postanowienia zawarte w umowach międzynarodowych, jak i deklaracje jednostronne państw, a w przypadku braku aktów prawa pozytywnego - zwyczaj międzynarodowy. Z woli zawierających traktaty państw⁵²⁰ w uprawnienia normotwórcze są wyposażane organizacje międzynarodowe - jak w przypadku Unii Europejskiej - zgodnie z zasadą *enumeratywnego upoważnienia jednostkowego* i w związku z wykonywaniem wyznaczonych funkcji i celów. Ich podmiotowość ma zatem charakter *względny*, tj. zasadniczo skuteczny jedynie wobec członków danej organizacji.

Prawo międzynarodowe publiczne ewoluuje wprawdzie w kierunku nakładania coraz większej ilości zobowiązań na coraz większą liczbę uczestników stosunków prawnych,⁵²¹ jednak tradycyjne kryteria podmiotowości w prawie międzynarodowym mają ograniczone zastosowanie w stosunku do korporacji transnarodowych.⁵²² W literaturze nie odosobniony jest pogląd, iż korporacje należy traktować jako podmioty *de facto*, na co wskazuje ich stałe,

⁵²⁰ A w praktyce europejskiej również z woli trybunału międzynarodowego interpretującego traktaty (TSUE), bowiem na gruncie traktatów ustanawiających Wspólnoty rozwinął się supranarodowy porządek prawny.

⁵²¹ Dobrym przykładem jest tu skierowany do osoby fizycznej poprzez analogię z norm krajowych obowiązek powstrzymania się od piractwa, w myśl art. 101 Konwencji o prawie morza Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza (tzw. Konwencja z Montego Bay, sporządzona 10 grudnia 1982, Dz.U. 2002 nr 59 poz. 543).

⁵²² Zakres odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej za działania wykonywane we własnym imieniu (kryterium biernej zdolności procesowej) zależy od konkretnych okoliczności i rodzaju rozstrzyganej sprawy. Zdolność procesowa wynika przy tym ze zdolności prawnej, bowiem aby zostać pociągniętym do odpowiedzialności, trzeba najpierw móc zostać zobowiązanym do wykonania norm określonego porządku prawnego. Czynna zdolność procesowa w sprawach rozstrzyganych przed trybunałami międzynarodowymi jest wykonywana za pośrednictwem organów państwa siedziby, a sądy uznają zdolność tylko wybranych niepaństwowych podmiotów prawa międzynarodowego do wnoszenia skarg, i to pod rygorem. Odrębną kwestią jest rozwój niezależnego arbitrażu międzynarodowego dla rozstrzygania sporów handlowych i inwestycyjnych między państwami a korporacjami międzynarodowymi, gdzie strony są równouprawnione, a i ich wzajemny stosunek ma charakter prywatnoprawny.

rozległe i skuteczne zaangażowanie w działania organizacji międzyrządowych.⁵²³ Coraz częściej spotykane jest stanowisko, zgodnie z którym wobec dużej dynamiki przemieszczania się centrów decyzyjnych we współczesnych stosunkach międzynarodowych⁵²⁴ należy skoncentrować się na zdolności do absorpcji praw i podejmowania zobowiązań, co w przypadku globalnej skali działalności korporacji transnarodowych musi prowadzić do wniosku, iż są one wyposażone w prawa i obowiązki *per se*.⁵²⁵ Stąd już blisko do uzasadnienia tezy, iż prawnomiędzynarodowa podmiotowość korporacji jest domniemana, dopóki państwa w prawnie wiążącej formie nie oświadczą inaczej.⁵²⁶

Nie ulega wątpliwości, iż obok obstrukcji lobby korporacyjnego głównym czynnikiem blokującym starania organizacji pozarządowych o *ograniczone* upodmiotowienie osób prawnych - tak by mogły one wzorem osób fizycznych podlegać jurysdykcji międzynarodowego prawa karnego i odpowiadać za łamanie praw człowieka - jest niechęć i brak porozumienia samych państw. Przyznanie podmiotowości korporacjom to przywołanie na bezpośrednie zaciągania zobowiązań prawnomiędzynarodowych oraz na podleganie nadzorowi i sankcjonowaniu ze strony organów międzynarodowych, a to oznaczałoby wyzbycie się przez państwa części ich władztwa.⁵²⁷ Gdy w 1998 negocjowano Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego delegacja francuska zaproponowała rozciągnięcie jurysdykcji rzeczowej ICC na osoby prawne - bez powodzenia. Argumentowano, iż wielu krajowym systemom prawnym odpowiedzialność karna osób fizycznych jest nieznana, co utrudniłoby stosowanie zasady komplementarności. W prawie kontynentalnym nadal żywa jest zasada *societas delinquere non potest* (stowarzyszenia nie popełniają przestępstw), podczas gdy większość państw kultury prawnej *common law* instytucję odpowiedzialności

⁵²³ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *Multinational Corporations in International Law*, Social Science Research Network, KU Leuven Working Paper No. 129, 2013, 4, available at ssrn.com

⁵²⁴ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press 1994, 49

⁵²⁵ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press 2006, 77

⁵²⁶ Karsten Nowrot, *Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities*, in: John Fleurs (ed), *International Legal Personality*, Ashgate 2010, 369ff

⁵²⁷ Carlos M. Vasquez, *Direct v. Indirect Obligations of Corporations under International Law*, University of Columbia Journal of Transnational Law 43, 2004-2005, 959

karnej osób prawnych stosuje od dawna.⁵²⁸ Zapewne jednak państwa nie chciały też narazić się na zarzut hipokryzji, bowiem akceptując postulat francuski już tylko one pozostałyby poza jurysdykcją trybunału haskiego, w odróżnieniu od osób fizycznych i prawnych.⁵²⁹

Kwestia uznania ograniczonej podmiotowości osób prawnych w celu związania ich bezpośrednią odpowiedzialnością karną jest nadal przedmiotem uzgodnień międzyrządowych.⁵³⁰ Póki co szereg instrumentów prawa międzynarodowego nakłada już na państwa obowiązek wprowadzenia w prawie krajowym odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione w międzynarodowym prawie karnym, jak *Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko Korupcji*⁵³¹, *Konwencja Narodów Zjednoczonych o Zwalczaniu Finansowania Terroryzmu*⁵³², czy *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/99/WE w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne*⁵³³. Należy dodać, iż powyższa Dyrektywa jednoznacznie formułuje zobowiązanie do wprowadzenia odpowiedzialności za przestępstwa popełniane przez podmioty zbiorowe, nie wykluczając przy tym dodatkowo postępowania karnego przeciwko biorącym udział w przestępstwie osobom fizycznym (zarówno sprawstwo, podżeganie, jak i pomocnictwo). Przy tym, zawsze pozostaje jednak pewna swoboda transpozycji prawa UE i możliwość stosowania sankcji o charakterze administracyjnym bądź cywilnym w miejsce sankcji karnych.⁵³⁴

⁵²⁸ Szereg państw wprowadziło do swoich porządków prawnych instytucję odpowiedzialności karnej osób prawnych, m.in. USA, Wlk. Brytania, Australia, Japonia, Kanada, RPA, Indie, ale również Francja, Belgia, Holandia czy Norwegia.

⁵²⁹ Albin Eser, *Individual Criminal Responsibility*, in: Antonio Cassese (et al., ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press 2002, 767ff

⁵³⁰ Szerzej: Harmen Van der Wilt, *Corporate Criminal Responsibility for International Crimes - Exploring the Responsibilities*, 2013, 12 *Chines Journal of International Law*, 43ff

⁵³¹ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko Korupcji, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 31 października 2003, Dz.U. nr 84, poz. 563

⁵³² Konwencja Narodów Zjednoczonych o Zwalczaniu Finansowania Terroryzmu, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1999, Dz.U. 2004 nr 263 poz. 2620

⁵³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/99/WE z 19 listopada 2008 w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne

⁵³⁴ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, op. cit., 19

Wnioski

Korporacje globalne są zainteresowane podmiotowością prawa międzynarodowego zasadniczo jedynie po to, by móc wykonywać *ius standi*, samodzielnie pozywając państwa przyjmujące. Pełna podmiotowość wiązałaby się z koniecznością przyjęcia na siebie obowiązków tego porządku prawnego w celu zrównoważenia nabytych uprawnień. Zmieniłby się tym samym status inwestora (osoby prawnej) choćby w zakresie odpowiedzialności za czyny zabronione w prawie międzynarodowym, czego organy właścicielskie i akcjonariusze chcą rzecz jasna uniknąć. Umieźdzynarodowione kontrakty inwestycyjne stanowią w tej sytuacji właściwe narzędzie dla realizacji strategii podlegania normom prawnomiędzynarodowym w zakresie optymalnym z punktu widzenia interesów korporacyjnych, bowiem podmiotowość prywatnych osób prawnych ogranicza się wyłącznie do funkcji i celów konkretnego stosunku zobowiązaniowego.

Z perspektywy interesów państw przyjmujących umieźdzynarodowione kontrakty inwestycyjne stanowią istotne zagrożenie dla szeroko pojętego ładu prawnego przynajmniej w dwóch aspektach. Po pierwsze, uznanie przez trybunał arbitrażowy naruszenia przez państwo normy prawa międzynarodowego w związku z wykonywaniem umowy z zagranicznym inwestorem skutkuje koniecznością wypłaty niekiedy znaczących kwot odszkodowań. Po drugie, istnienie takiego mechanizmu odszkodowawczego może wywierać określony wpływ na legislacyjne i administracyjne zachowania państwa, mającego podstawy obawiać się zarzutu naruszenia zobowiązania międzynarodowego. Zawarte w traktatach dwustronnych klauzule parasolowe i klauzule FED stanowią niedookreślone (i pozostawiające zbyt szerokie pole do interpretacji) źródło prawa, aspirujące do statusu norm międzynarodowego prawa zwyczajowego, a nawet ogólnego.

Aby mieć zdolność do tworzenia norm prawa międzynarodowego należy być wyposażonym w określony zakres autonomii, objawiającej się wyodrębnieniem struktury i posiadaniem woli niezależnej od woli założycieli. Zdolność do tworzenia norm przez uczestników stosunków prawa międzynarodowego jest póki co formalnie zastrzeżona dla państw i organizacji międzynarodowych wyposażonych przez państwa członkowskie w ściśle określone kompetencje normotwórcze (nawet Unia Europejska nie jest tu zasadniczo wyjątkiem, choć wykształciła samodzielny system prawny, a Trybunał Sprawiedliwości

swobodnie stosuje wykładnię rozszerzającą). W tych warunkach, w związku z postępującą globalizacją stosunków gospodarczych pojawiło się zjawisko *internatinalized contracts* - mechanizm prawny pozwalający na wynoszenie umów prywatnych między zagranicznymi inwestorami a państwami przyjmującymi na poziom prawa międzynarodowego publicznego, a tym samym na uznanie ograniczonej zdolności podmiotów prywatnych do wykonywania *ius contrahendi* i tworzenia norm szczególnych. Skutkiem tego rodzaju "prywatyzacji" prawa międzynarodowego jest między innymi brak konieczności korzystania z pośrednictwa państwa w wykonywaniu *ius standi* oraz wykształcenie się niezależnego międzynarodowego systemu rozstrzygania sporów.⁵³⁵

⁵³⁵ Alexandra Gatto, *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU Law and International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar 2011, 4

ROZDZIAŁ III.

TRANSNARODOWE ASPEKTY OCHRONY WŁASNOŚCI INWESTORSKIEJ

Wprowadzenie

Podstawowym celem umiędzynarodowienia kontraktu z państwem przyjmującym jest skuteczniejsza ochrona majątku korporacji transnarodowej przed działaniami państwa, które obniżałyby wartość tego majątku w sposób nieuzasadniony. Tak wyznaczony cel wydaje się racjonalny, natomiast sporny jest zakres ochrony praw majątkowych, nie mający oparcia w prawie cywilnym jakiegokolwiek akceptowanego systemu prawa krajowego, ani też w teorii prawa umów. Zwiększenie skuteczności ochrony prawnej nie powinno bowiem odbywać się w sposób naruszający prawa innych uczestników odnośnych stosunków prawnych.

Pierwsze dwa podrozdziały przybliżają problematykę ochrony prawnej i możliwości wyłączenia w świetle prawa wewnętrznego (krajowego i europejskiego) oraz prawa międzynarodowego. Trzeci rozdział poświęcono koncepcji ochrony własności transnarodowej poprzez zrównanie *de facto* kontraktów umiędzynarodowionych z własnością w rozumieniu prawa rzeczowego. *Propertyzacja* prawa inwestycyjnego jest radykalną formą ochrony własności transnarodowej, stosowaną w orzecznictwie na podstawie klauzul arbitrażowych i praw człowieka w związku z kontraktami państwowymi w oparciu głównie o standard prawny *fair and equitable treatment* i klauzulę wyłączeniową.

1. Źródła i zakres ochrony własności prywatnej

1.1. Ochrona własności prywatnej w porządku prawnym państwa przyjmującego

Krajowe porządki prawne traktują prawo własności zwykle jako najszersze prawo rzeczowe, prawo o charakterze bezwzględnym i bezterminowym. Nie jest to jednak prawo nieograniczone.⁵³⁶ Państwo jest zasadniczo uprawnione do pozbawienia właściciela jego prawa własności (jak też i innych praw rzeczowych), w określonym celu i na określonych warunkach. Szczególną formą pozbawienia prawa własności jest wywłaszczenie, które może być skutkiem wydania orzeczenia przez sąd powszechny w sprawie karnej⁵³⁷ bądź też decyzji administracyjnej o wywłaszczeniu.⁵³⁸ W tym drugim przypadku wywłaszczenie jest dopuszczalne zazwyczaj jedynie na cele publiczne⁵³⁹, a za wywłaszczone mienie państwo jest zobowiązane wypłacić dotychczasowemu właścicielowi odszkodowanie, uzależnione od wysokości poniesionych w związku z wywłaszczeniem strat.⁵⁴⁰ Ochrona prawa własności (i prawa dziedziczenia) jest często gwarantowana konstytucyjnie⁵⁴¹, bez różnicowania podmiotów na krajowe i zagraniczne. Uprawnienie do żądania ochrony prawa własności jest bezpośrednim skutkiem realizacji uprawnień o charakterze cywilnoprawnym⁵⁴² i przysługuje

⁵³⁶ Art. 64 ust. 3 Konstytucji RP dopuszcza takie ograniczenie w drodze ustawy, zastrzegając, iż nie może ono naruszyć istoty prawa własności. Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z 2.2.2006 granice prawa własności, o których mowa w Konstytucji i w art. 140 KC, są wyznaczone obowiązującym zbiorem przepisów cywilno- i administracyjnoprawnych, w szczególności Kodeksem cywilnym w zakresie prawa sąsiedzkiego, ochrony środowiska naturalnego, zabytków, planowania przestrzennego, polityki rolnej, prawa wodnego, budowlanego, telekomunikacyjnego, itp. [wyrok NSA w Warszawie z 2.2.2006, II OSK 490/05, niepubl.]. Dodatkowym ograniczeniem jest realizacja prawa własności w zgodzie z zasadami współżycia społecznego, bowiem art.5 KC zabrania nadużywania praw podmiotowych.* [*W art. 5 KC jest również mowa o drugiej klauzuli generalnej ograniczającej prawo własności, którą jest społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa, lecz postanowienie to jako niezgodne z zasadami Konstytucji RP z 1997 utraciło moc normatywną].

⁵³⁷ Utrata prawa podmiotowego do rzeczy pochodzącej z przestępstwa, bądź służącej albo mogącej posłużyć do dokonania przestępstwa, w prawie polskim zgodnie z art. 44 KK

⁵³⁸ W prawie polskim na podst. art. 112 i nast. Ustawy o gospodarce nieruchomościami z 1997

⁵³⁹ W polskim porządku prawnym dodatkowym warunkiem jest, iż by prawo do nieruchomości nie zostało nabyte w drodze umowy, art. 112 ust. 3 w związku z art. 6 ustawy o gosp. nieruch.] Za wywłaszczone mienie państwo jest zobowiązane wypłacić dotychczasowemu właścicielowi odszkodowanie, uzależnione od wysokości poniesionych w związku z wywłaszczeniem strat. (.)

⁵⁴⁰ W przypadku prawa polskiego, na podst. art.128 ust.4 Ustawy o gospodarce nieruchomościami

⁵⁴¹ W Konstytucji Polskiej - art. 21

⁵⁴² W Polsce z tytułu prawa własności z art. 140 Kodeksu Cywilnego

właścicielowi, który może z powództwa cywilnego⁵⁴³ dochodzić sądownie o wydanie rzeczy i o przywrócenie stanu zgodnego z prawem i zaniechanie naruszeń.⁵⁴⁴

Państwo podejmuje działania wobec majątku podmiotów zagranicznych wykonując swoje funkcje o charakterze głównie publicznym, czy to na poziomie ogólnokrajowym (regulując na przykład sposób i zakres wydobycia kopalin) czy to na poziomie samorządowym (udostępniając na określonych zasadach lokalną infrastrukturę pod inwestycje budowę zakładów produkcyjnych etc). Zawarcie przez korporację transnarodową kontraktu inwestycyjnego z państwem nie oznacza więc, iż przedmiot takiej umowy nie ma charakteru publicznoprawnego, choć niewątpliwie jest to umowa cywilnoprawna. Państwo postępuje tu równocześnie *de iure imperii* i *de iure gestionis*, a rozgraniczenie tych dwóch postaw jest kluczowe dla rozstrzygania ewentualnych sporów. Ustalając wówczas prawo właściwe należy wziąć pod uwagę zarówno normy prawa wewnętrznego kraju przyjmującego jak i normy kolizyjne prawa międzynarodowego prywatnego, zgodnie z intencją art. 42 ust. 2 Konwencji ICSID w sprawie rozstrzygania sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw, przytaczanego często w niemal niezmienionym brzmieniu w traktatach dwustronnych, który zgodnie z zasadą *non liquet quot* zabrania sądom odmowy orzekania z uwagi na "niedostateczną jasność uregulowań prawnych"⁵⁴⁵.

W przypadku wątpliwości co do zakresu i treści praw i obowiązków podmiotu zagranicznego wykonującego określoną umowę z państwem prawo międzynarodowe prywatne stanowi, iż własność i inne prawa rzeczowe podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich przedmiot (*lex situs*).⁵⁴⁶ Nabycie i utrata własności, jak również nabycie i utrata oraz zmiana treści lub pierwszeństwa innych praw rzeczowych, podlegają prawu państwa, w którym przedmiot tych praw znajdował się w chwili, gdy nastąpiło zdarzenie pociągające za sobą wymienione skutki prawne. W przypadku prawa własności intelektualnej jego powstanie, treść i ustanie podlegają prawu państwa, w którym ma miejsce korzystanie z

⁵⁴³ W przypadku prawa polskiego na podst. art. 222 i nast. Kodeksu Cywilnego

⁵⁴⁴ Roszczenia te mają w porządkach prawnych podobnych do polskiego charakter obiektywny, niezależny od świadomości bądź jej braku względem bezprawności działania podmiotu naruszającego prawo własności. W odniesieniu do prawa własności na nieruchomościach roszczenia windykacyjne i negatoryjne nie przedawniają się, a upływ terminu przedawnienia w innych przypadkach nie powoduje wygaśnięcia prawa własności.

⁵⁴⁵ Christian H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, 632.

⁵⁴⁶ W polskim porządku prawnym - art. 41 Ustawy prawo prywatne międzynarodowe [ustawa z 4.2.2011, Dz. U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432]

tego prawa. Do ochrony praw własności intelektualnej stosuje się prawo państwa, na podstawie którego dochodzi się ochrony.⁵⁴⁷ Odwołanie się do reguł kolizyjnych jest zasadne, gdy nie można ustalić, jaka była wola strony, bądź gdy zachowanie drugiej strony nie było zgodne z wolą strony pierwszej, stanowiąc naruszenie traktatu inwestycyjnego w związku z realizacją kontraktu. Trzeba nadmienić, iż ze względu zwłaszcza na zabezpieczenie praw majątkowych sukcesywnie podejmowane są próby ujednolicenia prawa międzynarodowego prywatnego, przynajmniej na poziomie regionalnym.⁵⁴⁸

Choć stopień związania państw międzynarodowymi traktatami regionalnymi, szczególnie państw członkowskich Unii Europejskiej, jest znaczny, to w przypadku ochrony prawa własności cudzoziemskiej zakres tego związania jest ograniczony. Dokumentem bezpośrednio odnoszącym się do ochrony prawa własności jest Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W art. II.77 postanowiono, iż każda osoba ma prawo do władania, używania, rozporządzania i przekazania w drodze spadku mienia (w tym również własności intelektualnej) nabytego zgodnie z prawem, i że nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za uczciwym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie. Korzystanie z mienia może podlegać regulacji ustawowej, w zakresie w jakim jest to konieczne ze względu na interes ogólny. KPPUE nie stanowi wprowadzie źródła prawa, ale jest wskazówką interpretacyjną zarówno dla TSUE jak i dla sądów krajów członkowskich UE.⁵⁴⁹ Prawo własności jest też wspomniane w art. 295 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (TWE). Przepis ten stanowi, iż prawo wspólnotowe w niczym nie ogranicza systemu własności w państwach członkowskich. Trybunał Sprawiedliwości nie zdefiniował jeszcze zakresu ochrony prawa własności, choć niewątpliwie porządek prawny UE chroni

⁵⁴⁷ Warto pamiętać, iż podstawową regułą kolizyjną, mającą istotne znaczenie pośrednie dla ochrony prawnej własności podmiotów zagranicznych, jest swoboda wyboru prawa właściwego przez strony stosunku prawnego – prymat woli stron. Więcej na ten temat: Maksymilian Pazdan, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Lexis Nexis, Warszawa, 2012, 126ff.

⁵⁴⁸ Znaczącym krokiem w kierunku ujednolicenia reguł kolizyjnych są przyjęte przez Polskę rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 w sprawie prawa właściwego do zobowiązań umownych (Rzym I) i nr 864/2007 z 11 lutego 2007 w sprawie prawa właściwego do zobowiązań pozaukładowych (Rzym II).

⁵⁴⁹ KPPUE została proklamowana przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej w grudniu 2000, a już w styczniu 2001 Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec uchylił wyrok wydany przez Federalny Sąd Administracyjny jako sąd najwyższej instancji, powołując się na ochronę praw podstawowych obywateli UE zawartych w KPPUE.

istnienie prawa własności i korzystanie z niego.⁵⁵⁰ Ochrona własności nie rozciąga się jednak na ochronę interesów (efektów) związanych z działalnością gospodarczą, a zwłaszcza z ochroną przed ryzykiem.

1.2. Ochrona własności prywatnej w prawie międzynarodowym publicznym

Kwestie własności i wywłaszczenia są w prawie międzynarodowym regulowane zarówno prawem pozytywnym (w praktyce prawem traktatowym), jak i prawem zwyczajowym – tam, gdzie prawo traktatowe nie jest dostatecznie precyzyjne. Ustalając zakres i sposób ochrony prawa własności, należy uwzględnić trzy podstawowe obszary międzynarodowego porządku prawnego: suwerenność terytorialną państwa w tym jego prawodawstwo wewnętrzne, jurysdykcję i władztwo w stosunku do rzeczy pozostających na jego terytorium, regulacje dotyczące praw człowieka i podstawowych swobód, oraz prawo inwestycji zagranicznych. Jak zatem widać, właściwa ochrona własności podmiotów zagranicznych wymaga uwzględnienia jednocześnie interesów państw, osób fizycznych (akcjonariuszy) i osób prawnych (korporacji transnarodowych).⁵⁵¹

Choć państwo, zarządzające majątkiem publicznym, stoi w powszechnej świadomości nadal w opozycji do własności prywatnej, i w konsekwencji działania państwa są traktowane jako zagrożenie dla skutecznego wykonywania prawa własności, to jednak zarówno doktryna jak i orzecznictwo prawnomiędzynarodowe konsekwentnie opowiadają się za bezspornym uznaniem suwerenności państwa także do określania warunków działalności gospodarczej podmiotów prywatnych w obrębie jego jurysdykcji terytorialnej. Regulacja przez państwo kwestii dysponowania majątkiem prywatnym – w związku bądź bez związku z jego gospodarczą funkcją – nie może nie uwzględniać możliwości wywłaszczenia, o ile zostanie ono przeprowadzone zgodnie z uznanymi w prawie międzynarodowym warunkami legalności. Celem wywłaszczenia może być jedynie dobro publiczne, a procedura

⁵⁵⁰ Por. orzeczenie w sprawie 44/79 Hauer – ECR 1979, 3272. ETS w sprawie 44/79 Hauer uznał, że „prawo własności jest gwarantowane w systemie prawnym WE zgodnie z ideami wspólnymi dla konstytucji państw członkowskich, które znajdują też odzwierciedlenie w I protokole dodatkowym do Europejskiej konwencji praw człowieka” [par.17], cytując następnie brzmienie art. 1 tego protokołu. Z prawa tego należy korzystać w sposób zgodny z jego przeznaczeniem oraz nieszkodzący innym (czyli nienaruszający innych dóbr chronionych). Jednocześnie niedopuszczalne są regulacje mające na celu ograniczenie prawa lub pozbawienie (w dowolnej formie) beneficjenta możliwości korzystania z tego prawa.

⁵⁵¹ M. Jeżewski, op. cit., 321f

pozbawienia własności ma spełniać kryterium rzetelności. Ponadto wywłaszczenie powinno mieć charakter niedyskryminacyjny i być powiązane ze spełniającym określone standardy środkiem odszkodowawczym.⁵⁵²

Standardy ochrony inwestycji mimo licznych prób nie są w prawie międzynarodowym ujednolicone, stąd różnorodność klauzul ograniczających bądź zakazujących wywłaszczenia obcych podmiotów prywatnych przez państwo. Zasadniczo opierają się one albo na przyzwoleniu na wywłaszczenie przy zachowaniu jedynie jego niedyskryminacyjnego charakteru⁵⁵³ albo wystąpienia określonych warunków koniecznych dla pozbawienia własności przy jednoczesnym wypłaceniu odszkodowania odpowiedniego, bezzwłocznego i skutecznego⁵⁵⁴. W pierwszym z obu tych granicznych ujęć problemu (*doktrynie Calvo*) poziom ochrony własności cudzoziemskiej i związane z tym odszkodowanie ma zatem charakter subiektywny, zależny od zakresu ochrony prawa własności przyznanego swoim obywatelom przez państwo, w drugim natomiast (*formule Hulla*) obiektywny, uzależniony od spełnienia określonych kryteriów co do celu wywłaszczenia i od wypłacenia odpowiedniego odszkodowania.

Większość międzynarodowych umów inwestycyjnych zawiera zakaz wywłaszczania jako zasadę ogólną, dopuszczając jednocześnie możliwość wywłaszczenia w drodze wyjątku i po spełnieniu wyżej wymienionych czterech warunków legalności, w oparciu o *formułę Hulla*. Jedyna ponadregionalna umowa inwestycyjna, Traktat Karty Energetycznej, stanowi iż inwestycje (majątek) podmiotów zagranicznych nie będą nacjonalizowane, wywłaszczane bezpośrednio ani poddawane działaniom mającym skutek równoznaczny z wywłaszczeniem, o ile wywłaszcza się w celu zgodnym z interesem publicznym, bez dyskryminacji w stosunku do innych podmiotów, po przeprowadzeniu rzetelnej procedury prawnej oraz towarzyszy mu wypłata bezzwłocznego, adekwatnego i skutecznego odszkodowania. Odszkodowanie ma być wypłacone po określeniu godziwej wartości rynkowej wywłaszczonego majątku wraz z

⁵⁵² Ibidem, 348ff

⁵⁵³ „(...) Cudzoziemcy, którzy zatrzymają się w danym państwie, mają takie samo prawo do ochrony, co obywatele, lecz nie powinni rościć sobie prawa do ochrony szerszej”. Cyt. za R. Shea, *The Calvo Clause*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1955, 17 i in.; in: ibidem, 361

⁵⁵⁴ List Sekretarza Stanu C. Hulla do Ambasadora Meksyku z 3.4.1940, cyt. za: A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008, 480; in: ibidem, 362

komercyjnymi odsetkami. Podmiot dotknięty wywłaszczeniem ma prawo do natychmiastowej rewizji swojej sprawy przez niezawisły sąd.⁵⁵⁵

Postanowienia traktatów zawieranych dla ochrony praw człowieka zabraniają państwu podejmowanie działań zmierzających do ograniczenia bądź pozbawienia prawa własności osób fizycznych i prawnych. Podobnie jednak jak w przypadku traktatów o ochronie majątku inwestycyjnego, uznaje się w nich suwerenność państwa w realizacji jego obowiązków wobec obywateli, co w przypadku kolizji z interesem publicznym pozwala państwu na niearbitralne ograniczenie wykonywania prawa własności bądź wywłaszczenie. Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Zgodnie z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nikt nie może być pozbawiony swojej własności (mienia), chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Państwo pozostaje suwerenem w stosowaniu takiego prawa, jakie uzna za konieczne do uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celach podatkowych.⁵⁵⁶ Prawa akcjonariuszy korporacji transnarodowych są zatem chronione tą konwencją, dzięki czemu można powoływać się na nią dochodząc przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu roszczeń z tytułu niezasadnego wywłaszczenia, z tym że standard ochrony jest niższy niż w przypadku traktatów inwestycyjnych, stosujących *formułę Hull*.⁵⁵⁷

Własność prywatna w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podlega ochronie pod pojęciem mienia. Pojęcie to jest szerokie i obejmuje oprócz prawa własności rzeczy materialnych także inne prawa lub interesy, na podstawie których w prawodawstwie krajowym ustanawiane są aktywa.⁵⁵⁸ Może to być zatem jakikolwiek chroniony prawnie interes majątkowy, w tym na przykład uzasadnione oczekiwania⁵⁵⁹ bądź

⁵⁵⁵ Art. 13, Traktatu Karty Energetycznej podpisanego 17 grudnia 1994 w Lizbonie, [Dz. U. z 17 czerwca 2003, Dz.U.03.105.985]

⁵⁵⁶ Art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanego 20 marca 1952 w Paryżu

⁵⁵⁷ Wyrok ETPC w sprawie James and others v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, Judgement of 21 February 1986

⁵⁵⁸ Zob. par. 54 uzasadnienia wyroku ETPC z dnia 25 marca 1999 w sprawie Iatridis przeciwko Grecji - skarga nr 31107/96; zob. też wyrok ETPC z dnia 23 lutego 1995 w sprawie Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH przeciwko Holandii - skarga nr 15375/89

⁵⁵⁹ Zob. decyzja ETPC z dnia 6 kwietnia 2000 w sprawie Potocka i in. przeciwko Polsce - skarga nr 33776/96; zob. też decyzja ETPC z dnia 12 grudnia 2000 w sprawie Futro przeciwko Polsce - skarga nr 51832/99

wyrok potwierdzający bądź zasądający wierzytelność⁵⁶⁰. Zasadą jest jednak według ETPCz kompleksowa ocena okoliczności sprawy dotyczących interesu, którego ochrony domaga się skarżący.⁵⁶¹ W kwestii wysokości odszkodowania ETPC co do zasady opowiada się za standardem niższym niż odszkodowanie pełne.⁵⁶²

W pozostałych dwóch regionalnych konwencjach o ochronie praw człowieka, kwestia odszkodowania w związku z wyłączeniem została uregulowana odmiennie. Amerykańska konwencja o ochronie praw człowieka stanowiąc, iż „nikt nie będzie pozbawiony własności, chyba że za sprawiedliwym odszkodowaniem, dla celów użyteczności publicznej i jedynie zgodnie z formami przewidzianymi przez prawo”⁵⁶³, jest bliska *formule Hulla*, przy czym posługuje się niezdefiniowanym legalnie pojęciem *sprawiedliwego odszkodowania*, co zmusza orzekające sądy do stosowania prawa międzynarodowego zwyczajowego. Z kolei Afrykańska karta praw człowieka i ludów zawiera deklarację, iż „prawa [własności] można pozbawić jedynie w interesie publicznym lub w ogólnym interesie wspólnoty i zgodnie z postanowieniami odpowiedniego ustawodawstwa”⁵⁶⁴, pozostawiając tym samym *implicite* kwestię odszkodowania prawu krajowemu. Takie stanowisko umawiających się stron, bliskie *doktrynie Calvo*, nie powinno dziwić, bowiem większość z nich to państwa postkolonialne, próbujące zabezpieczyć swoje zasoby surowcowe, ludzkie i kapitałowe przed dalszą niekontrolowaną eksploatacją ze strony korporacji transnarodowych.

1.3. Klauzule zakazu wyłączenia w traktatach inwestycyjnych

Wprowadzając do traktatów inwestycyjnych klauzule zakazujące wyłączenia, państwa w trosce o zarejestrowane w nich, aktywne transnarodowo korporacje starają się zabezpieczyć je zarówno przed skutkami działań o charakterze wyłączeniowym, jak i

⁵⁶⁰ Zob. wyrok ETPC z dnia 23 lipca 2003 r. w sprawie Ryabikh przeciwko Rosji - skarga nr 52854/99; zob. też wyrok ETPC z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis przeciwko Grecji – skarga 13427/87.

⁵⁶¹ Zob. par. 100 uzasadnienia wyroku Beyeler przeciwko Włochom z dnia 5 stycznia 2000 r. - skarga nr 33202/96; zob. też. par. 54 uzasadnienia wyroku ETPC z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie Iatridis przeciwko Grecji – skarga nr 31107/96. Szerzej czytaj w: Daniela Szańca, O koncepcji reprivatyzacji w kontekście orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w: Transformacje Prawa Prywatnego, Kraków, 1/2006

⁵⁶² Por. Wyrok ETPC w sprawie James et al. v. United Kingdom, op. cit.; Szerzej: M. Jeżewski, op. cit., 328

⁵⁶³ Art. 21 Amerykańskiej konwencji o ochronie praw człowieka z 1969

⁵⁶⁴ Art 14, Afrykańska karta praw człowieka i ludów z 1981

określić warunki legalności wywłaszczenia oraz wymogi odszkodowawcze. Art. 1110 ust. 1 traktatu NAFTA stanowi, iż "żadna ze Stron nie może bezpośrednio ani pośrednio znacjonalizować ani wywłaszczyć inwestycji ani inwestora drugiej Strony na swoim terytorium, ani podjąć działań o charakterze równoważnym z nacjonalizacją bądź wywłaszczeniem takiej inwestycji, chyba że na cele publiczne, niedyskryminująco, zgodnie z procedurami prawnymi i art. 1105 ust. 1 [minimalnym standardem traktowania cudzoziemca], a także za wypłatą odszkodowania zgodnie z art. 1110 ust. 2 do 6." Powołany art. 1110 ust. 2 do 6 i art. 1109 ust. 2 określają między innymi, iż wysokość odszkodowania musi odpowiadać uczciwej wartości rynkowej (*fair market value*) sprzed daty wywłaszczenia inwestycji, wypłata ma być bezzwłoczna (*without delay*) i w pełni wykonalna (*fully realizable*), a transfer wypłaty dokonany swobodnie (*freely transferable*) w walucie wymienialnej (*freely usable currency*).

Traktat NAFTA zawiera więc klasyczną formułę odszkodowawczą *Hulla*. Podobnie jak Wszechstronne Porozumienia Inwestycyjne Stowarzyszenia Państw Azji Południowo-Wschodniej (ASEAN) z 2012, gdzie w art. 14 ust. 1 nakazuje się wypłacanie odszkodowań w sposób niezwłoczny, odpowiedni i skuteczny (*prompt, adequate and effective compensation*)⁵⁶⁵, a w ust. 2 postanowiono, iż wypłata odszkodowania musi nastąpić w oparciu o uczciwą wartość rynkową, bezzwłocznie przed datą publicznego ogłoszenia decyzji o wywłaszczeniu bądź jej fizycznego przeprowadzenia. Ponadto wypłata nie może odzwierciedlać jakiegokolwiek zmiany wartości w związku z wcześniejszym ujawnieniem decyzji o planowanym wywłaszczeniu, a także musi być ona w pełni wykonalna przy zachowaniu swobody transferu.⁵⁶⁶

W projektach traktatów powszechnych dotyczących ochrony własności podmiotów obcych, które ostatecznie nigdy nie weszły w życie, takich jak Konwencja Abs-Shawcrossa w sprawie inwestycji zagranicznych, Wielostronne porozumienie w sprawie inwestycji (MAI), Konwencja w sprawie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną cudzoziemcom, czy też Konwencja OECD w sprawie ochrony własności zagranicznej, również zasadniczo opierano

⁵⁶⁵ Art. 14 ust. 1, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, podpisano w Dżakarcie, data wejścia w życie 29 marca 2012

⁵⁶⁶ "Payment must be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before or at the time when the expropriation was publicly announced or occurred; must not reflect any change in value because the intended expropriation had become known earlier; and is fully realisable and freely transferable between ASEAN Member States." Art. 14 ust. 2, *ibidem*

się na *doktrynie Hulla*. Dodatkowo zwracano uwagę na konieczność zapewnienia podmiotowi zagranicznemu rzetelnego procesu w przypadku sporu wywłaszczeniowego, w tym skutecznego środka prawnego, umożliwiającego mu dochodzenie praw na każdym etapie procedury wywłaszczenia. Jedyny powszechnie obowiązujący traktat tego typu, Traktat Karty Energetycznej, dopuszcza zasadne wywłaszczenie korporacji zagranicznej, w tym również wywłaszczenie udziałów w spółce będącej inwestorem zagranicznym, wiążąc je wszakże z wyjątkowością sytuacji oraz ze spełnieniem wymogów legalności zgodnie z *doktryną Hulla*.⁵⁶⁷

Na rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ, takich jak *Deklaracja w sprawie stworzenia Nowego Międzynarodowego Ładu Gospodarczego*⁵⁶⁸, i projektach traktatów powszechnych i wytycznych organizacji międzynarodowych, takich jak *Wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych* czy *Wytyczne Banku Światowego w sprawie traktowania zagranicznych inwestycji bezpośrednich*, bazują często traktaty dwustronne i traktaty modelowe o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji. Standardowo dopuszcza się możliwość wywłaszczenia - przykładem może tu być model amerykański dwustronnego traktatu inwestycyjnego (2012 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*) - o ile jest ona uzasadniona realizacją istotnych celów dobra publicznego (*legitimate public welfare objections*) i nie ma charakteru dyskryminacyjnego. Z drugiej jednak strony powszechnie uznaje się, iż nawet uzasadniona i niedyskryminacyjna ingerencja państwa w prawo własności podmiotu obcego powinna mieć charakter proporcjonalny, bowiem w przeciwnym razie naraża inwestycję na szkodliwe skutki (*detrimental effect of the measure*), a to już może być podstawą do pociągnięcia tego państwa do odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej w związku z naruszeniem normy traktatowej.⁵⁶⁹

1.4. Opieka dyplomatyczna nad inwestorem

Komisji Prawa Międzynarodowego definiuje opiekę dyplomatyczną - tradycyjną instytucję praw międzynarodowego zwyczajowego - jako "pociągnięcie przez jedno państwo

⁵⁶⁷ M. Jeżewski, op. cit., 323ff

⁵⁶⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr A/RES/S-6/3201 z 1.5.1974

⁵⁶⁹ Suzy H. Nikiema, *Best Practices Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, Winnipeg (Kanada), marzec 2012, dostępne na www.iisd.org, 3ff

drugiego państwa do odpowiedzialności, w drodze działań dyplomatycznych lub innych środków pokojowego rozstrzygania sporów, z tytułu szkody wyrządzonej czynem tego państwa, zabronionym przez prawo międzynarodowe, osobie fizycznej bądź osobie prawnej mającej narodowość pierwszego państwa, w celu implementacji tej odpowiedzialności”.⁵⁷⁰ Instytucja ta miała od swego średniowiecznego zarania zapewniać kupcom, udającym się do innych krajów w celach handlowych, pewien poziom opieki ze strony władz krajów pochodzenia. Wymagało to nawiązania stosunków dyplomatycznych i stworzenia sieci placówek konsularnych. Zgodnie z art. 3 b) *Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych* z 1961 i art. 5 *Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych* z 1963 ochrona w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego i jego obywateli, zarówno osób fizycznych jak i prawnych, jest ograniczona prawem międzynarodowym. Oznacza to konieczność ustalenia zakresu terytorialnego opieki, jej zakresu podmiotowego (przynależność państwowa), a także przedmiotowego (dopuszczalność działań w świetle prawa międzynarodowego).

O ile warunki zaistnienia przynależności państwowej, w tym nabywania i przyznawania obywatelstwa, są wyłączną kompetencją suwerennego państwa, o tyle wykonywanie przez dane państwo opieki dyplomatycznej nad swoimi obywatelami wymaga przejścia na płaszczyznę prawa międzynarodowego. Jak zauważył MTS w sprawie *Nottebohm*, to normy międzynarodowe uprawniają państwo do wykonywania opieki dyplomatycznej i wystąpienia w związku z nią z roszczeniem wobec innego państwa. Jurysdykcja krajowa nie wiąże automatycznie innego państwa na płaszczyźnie międzynarodowej, a jest uwarunkowana na przykład orzeczeniem wydanym przez sąd właściwy jednego państwa, które ma być powołane przed sądem innego państwa.⁵⁷¹ Zgodnie z orzeczeniem SMTS w sprawie *Koncesji Jerozolimskich Mavromatisa* jest jednak "elementarną zasadą prawa międzynarodowego zasada, która upoważnia państwo do ochrony obywateli dotkniętych naruszeniami prawa międzynarodowego, a popełnionymi przez inne

⁵⁷⁰ International Law Commission, *Report on the Work of its Fifty Eighth Session. Official Records of the General Assembly, Sixty First Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, art.1

⁵⁷¹ Wyrok MTS w sprawie *Nottebohm, Liechtenstein v. Gwatemala*, ICJ Reports 1955, par. 4; General List, No. 18, Award, 6 April 1955

państwo w sytuacji, gdy nie uzyskują oni sprawiedliwości, sięgając po zwykłe środki prawne (...)." ⁵⁷²

Państwo pochodzenia korporacji sprawuje nad nią opiekę dyplomatyczną wówczas, gdy postanowienia kontraktowe nie dają możliwości bezpośredniego powołania się na traktat międzypaństwowy o ochronie inwestycji przed międzynarodowym trybunałem. Jest to podstawowa forma międzynarodowej ochrony własności inwestora zagranicznego. Wykonując tę ochronę "państwo w istocie zabezpiecza swoje prawa - swoje prawo do zabezpieczenia na rzecz osoby będącej jej obywatelem." ⁵⁷³ Kwestia bezprawności zachowania państwa przyjmującego inwestycję wobec inwestora, leżąca u podstaw sporu, nie ma zatem znaczenia dla dopuszczalności zastosowania opieki dyplomatycznej. ⁵⁷⁴ Istotne z tego punktu widzenia są jedynie dwie następujące przesłanki: państwo skarżone naruszyło zobowiązanie wobec państwa, którego obywateli zobowiązanie to dotyczyło, i skargę w związku z tym naruszeniem może wnieść wyłącznie państwo, na rzecz którego naruszone zobowiązanie zostało podjęte. W sprawie *Barcelona Traction MTS* stwierdził, iż "otwierając swoje terytorium dla obcych inwestycji lub obcych podmiotów, zarówno osób fizycznych jak i osób prawnych, państwo powinno objąć je ochroną prawną; przyjmuje ono także na siebie zobowiązania określające powszechny sposób ich traktowania", ⁵⁷⁵ zaznaczając jednak, że charakter tych zobowiązań nie jest ani absolutny ani nieograniczony.

Nie ma ogólnych norm prawnomiędzynarodowych odnoszących się do opieki dyplomatycznej nad podmiotami zbiorowymi w rodzaju spółek kapitałowych, zatem to krajowe systemy prawne narzucają swoje rozwiązania, jak na przykład w kwestii wzajemnych relacji między prawami spółki a prawami jej udziałowców. Jak wykazał MTS udziałowiec nie powinien być identyfikowany ze spółką, bowiem zarówno sama idea, jak i struktura spółki są implikowane chęcią rozróżnienia tych dwóch podmiotów, z których każdy jest wyposażony w odrębny zbiór uprawnień. W przypadku doprowadzenia do strat spółki pokrzywdzeni zwykle są też jej udziałowcy, niemniej o ile spółce przysługuje tytuł do dochodzenia odszkodowania

⁵⁷² Orzeczenie SMTS w sprawie koncesji jerozolimskich *Mavromatisa, Grecja v. Zjednoczone Królestwo*, PCIJ Serie A 1925 No. 5, Judgment of 26 March 1925 (including the text of the declaration of M. Altamira), Law, Sec. III, 45ff

⁵⁷³ Ibidem

⁵⁷⁴ Ibidem

⁵⁷⁵ Wyrok MTS w sprawie *Barcelona Traction*, op. cit.

od osoby winnej jej strat, o tyle udziałowcom trybunał takiego prawa odmówił. Naruszenie dotyczyło bowiem interesów wierzycielskich, a nie praw. MTS zauważył jednak przy tym, iż w pewnych okolicznościach akt skierowany przeciw spółce może skutkować naruszeniem praw udziałowców, przysługujących im bezpośrednio, w tym m.in. prawa do udziału i głosu w zgromadzeniu wspólników.⁵⁷⁶

Trybunał orzekający w sprawie *Barcelona Traction*⁵⁷⁷ uznał również, iż nie ma obowiązującej normy prawa międzynarodowego pozwalającej państwu na sprawowanie opieki dyplomatycznej jedynie w oparciu o przesłankę obywatelstwa udziałowców spółki, choć nie wykluczył takiej możliwości w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdyby w związku z prowadzonymi przez obywateli tego państwa inwestycjami zagranicznymi doszło do złamania postanowień traktatu międzynarodowego bądź porozumienia (kontraktu) inwestora z państwem przyjmującym. W drugim przypadku musiałoby dojść do pominięcia przez sąd odrębności osobowości prawnej od fizycznej (*lifting the corporate veil*) w związku z nadużywaniem tej odrębności do dokonywania oszustw bądź do obchodzenia prawa (w przypadku korporacji transnarodowych przejawem takiego sposobu działania jest zjawisko *agresywnej optymalizacji podatkowej*).

1.5. Indywidualne uprawnienia inwestora do międzynarodowych środków ochrony własności

Jak ocenił trybunał arbitrażowy w sprawie *Loewen* przeciwko USA, "poprzez traktaty kompetencję państw wynikającą z prawa do podejmowania międzynarodowych środków w celu zadośćuczynienia naruszeniom uczynionym ich obywatelom zastąpiono w stosunku do niektórych naruszeń definicjami *ad hoc*, w połączeniu ze szczególnymi środkami kompensacyjnymi. (...) Skarżącym pozwolono dla ich wygody na egzekwowanie praw należących ze względu na pochodzenie do państw-stron."⁵⁷⁸ Akceptując takie ujęcie, akceptuje się zatem fakt, iż państwa dokonały na rzecz jednostek delegacji kompetencji do samodzielnego korzystania ze środków ochrony prawa własności, przysługujących im na

⁵⁷⁶ Piotr Daranowski et al. (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Wyd. C.H. Beck, Łódź 2011, 126f

⁵⁷⁷ Wyrok MTS w sprawie *Barcelona Traction*, op. cit.

⁵⁷⁸ *The Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. USA*, Award, op. cit., par. 488

gruncie prawa międzynarodowego publicznego. Tradycyjna ochrona dyplomatyczna ze strony państwa pochodzenia korporacji-inwestora zostałaby zatem uzupełniona przez możliwość indywidualnego dochodzenia roszczeń na podstawie postanowień traktatowych, korzystając z uprawnień o charakterze pochodnym (*derivative theory*).⁵⁷⁹

Państwa bronią się przed taką interpretacją uprawnień inwestorów, umieszczając w traktatach o ochronie inwestycji klauzule o odmowie korzyści (*denial of benefits clauses*), których zasadniczą funkcją jest zapobieżenie wykorzystywaniu przez korporacje transnarodowe statusu podmiotu państwa trzeciego ze względu na zawierane przez to państwo traktaty. Podstawę argumentacji stanowi naruszenie reguły autentyczności powiązania aktywności gospodarczej z formalną siedzibą zarządu (*principle of genuine link*).⁵⁸⁰ Wszelkie uprawnienia inwestora zakwalifikowane jako korzyści, w tym uznanie *ius standi* do występowania przed trybunałami międzynarodowymi, są wówczas ściśle określone i zależne od zakresu przyznania bądź delegacji.⁵⁸¹

Jeszcze dalej idącą koncepcją jest przyznanie jednostce uprawnienia do bezpośredniego skarżenia państwa przyjmującego na podstawie traktatu inwestycyjnego. Możliwość kierowania przez jednostki skargi indywidualnej do organu międzynarodowego została uznana zarówno w orzecznictwie MTS dotyczącym interpretacji art. 36 *Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych* z 1961⁵⁸² i ETS⁵⁸³, jak też trybunałów rozstrzygających w oparciu o traktaty z zakresu praw człowieka.⁵⁸⁴ Wydaje się jednak, iż

⁵⁷⁹ A. Diehl, *The core standard of international investment protection - fair and equitable treatment*, Wolters Kluwer 2012, 303ff

⁵⁸⁰ Stephan W. Shill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, 223

⁵⁸¹ Łukasz Kułaga, *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, Forum Prawnicze, Nr. 1, 2014, 45

⁵⁸² por. sprawa La Grande, ICJ Rep. 2001, op. cit., par. 42 i par. 77

⁵⁸³ por. sprawa Van Gend en Loos, No. 26/62, orzeczenie z 5 lutego 1963

⁵⁸⁴ Amerykańska deklaracja praw i obowiązków człowieka z kwietnia 1948; Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 (zmieniona protokołami nr 3, 5, 8 i 14); Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 16 grudnia 1966; Amerykańska konwencja praw człowieka z 22 listopada 1969; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984; Protokół do Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów z 9 czerwca 1998; Protokół fakultatywny do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 6 października 1999; Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw

traktowanie prawa inwestora do skargi indywidualnej w sposób analogiczny do praw człowieka jest nie w pełni uzasadnione, z uwagi przede wszystkim na użyteczny charakter uprawnienia mającego w założeniu zachęcać do prowadzenia możliwie korzystnej dla obu stron działalności gospodarczej w państwie przyjmującym. Podobnie niedostatecznie umotywowane i zaakceptowane doktrynalnie jest korzystanie z analogii na gruncie art. 31 KWPT dla uznania prawa do wnoszenia przez jednostki roszczeń do trybunałów międzynarodowych. Według tej koncepcji inwestor nie będący wprawdzie stroną określonego traktatu o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji zagranicznych staje się beneficjentem niektórych jego postanowień.⁵⁸⁵

Zgodnie z panującym przekonaniem, korporacja-inwestor nie może skutecznie zrzec się prawa do indywidualnego dochodzenia roszczeń przed organami międzynarodowymi. Jest to sytuacja analogiczna do uprawnień jednostki w międzynarodowym reżimie ochrony praw człowieka. Nawet zawarcie w kontrakcie inwestycyjnym klauzuli jurysdykcyjnej wyłączającej możliwość skorzystania z międzynarodowego arbitrażu poprzez poddanie się prawu państwa przyjmującego nie powoduje utraty tego uprawnienia, co wynika pośrednio ze stosowania *doktryny Calvo*. Są w tej kwestii i głosy odmienne, jak choćby orzeczenia części trybunałów azjatyckich w oparciu o traktat ASEAN, niemniej ewentualne samodzielne wyzbycie się prawa do arbitrażu międzynarodowego przez inwestora musi skutkować interwencją państwa pochodzenia w związku z koniecznością ochrony praw nadanych w traktacie inwestycyjnym.⁵⁸⁶

1.6. Ochrona własności inwestora zagranicznego w oparciu o prawa człowieka

Nie jest pewne, czy powoływanie się na postanowienia traktatów inwestycyjnych zwiększy czy też może zmniejszy zakres ochrony praw człowieka. Wiąże się to ze specyfiką arbitrażu inwestycyjnego, ewidentnie ukierunkowanego na doraźne rozstrzyganie konkretnych sporów o podłożu majątkowym.⁵⁸⁷ Normy materialne zawarte w dwustronnych,

gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 10 grudnia 2008; Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury skargowej z 19 grudnia 2011. Więcej: Ł. Kułaga, op. cit.

⁵⁸⁵ Ł. Kułaga, op. cit., 44

⁵⁸⁶ Charles Leben, *The Advancement of International Law*, Hart Publishing Ltd., Oxford, 2010, 76f

⁵⁸⁷ Ł. Kułaga, op. cit., 42

a sporadycznie wielostronnych traktatach inwestycyjnych nie mają charakteru powszechnego, a normy proceduralne nie przewidują standardowo wymogu wyczerpania przez stronę skarżącą drogi krajowej. Cechą wspólną traktatów inwestycyjnych i traktatów o ochronie praw człowieka jest za to koncentrowanie się na ochronie praw jednostki w stosunkach z działającym *de iure imperii* państwem, uprawnienie jednostki do bezpośredniego dochodzenia roszczeń wobec państwa przed trybunałami międzynarodowymi, czy też ograniczone możliwości wyzbywania się traktatowo przyznanych praw i przyjętych zobowiązań. W tej ostatniej kwestii Komitet Praw Człowieka w komentarzu nr 26, datowanym na 8 grudnia 1997, do *Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych* ustosunkował się negatywnie do możliwości wypowiedzania traktatów o ochronie praw człowieka, które nie zawierają klauzul wypowiedzenia umowy.⁵⁸⁸ Podobnie, traktaty inwestycyjne zazwyczaj przewidują ochronę praw majątkowych inwestora jeszcze przez wiele lat po zakończeniu inwestycji.⁵⁸⁹

Niewątpliwie korzystną okolicznością z punktu widzenia powoływania się na normy o ochronie praw człowieka w przypadku sporów inwestycyjnych jest ogólny charakter klauzul gwarantujących określony poziom ochrony prawnej i pozaprawnej inwestycji. Klauzule tego rodzaju są często pochodną bądź korelatem międzynarodowych norm o ochronie praw człowieka. Zakaz wyłączenia i stosowania środków o skutku równoważnym do wyłączenia są powiązane z prawem człowieka do ochrony mienia. Podobnie zasada niedyskryminacji, wynikająca z zasady równości, znajduje odzwierciedlenie w klauzuli najwyższego uprzywilejowania, jak też w klauzuli traktowania narodowego. Prawu człowieka do ochrony integralności fizycznej odpowiada w pewnym zakresie standard pełnej ochrony i bezpieczeństwa. Z kolei zakaz odmowy sprawiedliwości, będący jednocześnie prawem człowieka i samoistnym standardem prawa zwyczajowego, jest także według orzecznictwa arbitrażowego częścią klauzuli traktowania bezspornego i słusznego. Za składową tego standardu ochrony inwestycji można uważać także prawo do uzasadnionych oczekiwań - w przypadku korporacji inwestującej w obcym otoczeniu ekonomicznym i prawnym swój

⁵⁸⁸ Ibidem, 42

⁵⁸⁹ Przykładowo w art. 11 traktatu polsko-austriackiego (Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Austrii w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Wiedniu dnia 24 listopada 1988, Dz.U. 1989 nr 54 poz. 321) zapisano ochronę 10-letnią. Europejsko-kanadyjskie porozumienie o wolnym handlu CETA przewiduje nawet ochronę 20-letnią.

kapitał byłoby to uzasadnione oczekiwanie zysku.⁵⁹⁰ Jest jednak regułą, iż strony sporu inwestycyjnego w międzynarodowym postępowaniu arbitrażowym nie powołują wprost norm o ochronie praw człowieka.⁵⁹¹

Traktaty o ochronie inwestycji zawierają często klauzule jurysdykcyjne ograniczające trybunały arbitrażowe co do orzekania *ratione materiae*. Jurysdykcja ma się sprowadzać do rozstrzygania sporów w zakresie interpretacji traktatów inwestycyjnych. Istnienie tego rodzaju postanowień jurysdykcyjnych nie przesądza jednak definitywnie, iż nie mogą być brane pod rozwagę normy prawa międzynarodowego o ochronie praw człowieka. Trybunał powinien bowiem dokonywać oceny ewentualnego naruszenia zobowiązań umownych w oparciu o prawo właściwe, którym najczęściej jest zarówno prawo państwa przyjmującego korporację-inwestora, jak i prawo międzynarodowe publiczne.⁵⁹² Większym problemem wydaje się być to, iż trybunały arbitrażowe same dochodzą do wniosku, iż nie posiadają jurysdykcji do oceny materii wykraczającej poza ramy *stricte* inwestycyjne.⁵⁹³

Rozgraniczenie między wąskim a szerokim rozumieniem treści klauzuli jurysdykcyjnej uprawniającej trybunał arbitrażowy do rozsądzania wyłącznie kwestii spornych związanych z interpretacją i stosowaniem traktatów inwestycyjnych jest kluczowe dla możliwości zastosowania innych norm prawa międzynarodowego, w tym norm o ochronie praw człowieka. Za formułą *sensu largo* opowiedział się trybunał orzekający w sprawie *AAPL* przeciwko rządowi Sri Lanki w wyroku z 1990. Sędziowie uznali, iż "Traktat o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji nie jest samowystarczalnym, zamkniętym systemem prawnym (*self-contained regime*) ograniczonym do zapewnienia reguł materialnych dających się bezpośrednio zastosować, lecz został on przewidziany w szerszym prawnym kontekście, w którym normy z innych źródeł są integrowane poprzez dorozumianą metodę inkorporowania bądź też poprzez bezpośrednie odniesienie do niektórych

⁵⁹⁰ Patrz: wyrok w sprawie *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award, Separate Opinion by Thomas Wälde, 26 January 2006, par. 27

⁵⁹¹ Ł. Kułaga, op. cit. 46

⁵⁹² Przykładowo w sprawie *Biloune* przeciwko Republice Ghany trybunał uznał wolę stron umowy, które wyznaczyły prawo państwa przyjmującego jako właściwe do rozstrzygania sporów. Ponadto trybunał uznał, iż nie zauważa, aby prawo Ghany różniło się zasadniczo od reguł prawa międzynarodowego zwyczajowego ("*no indication of divergence*"), w związku z czym postanowił opierać się w równym stopniu o oba te porządki prawne. (*Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award, 27 October 1989, ILR 1990 Vol. 95, 207)

⁵⁹³ Ibidem, 184-231

uzupełniających reguł krajowych lub międzynarodowych."⁵⁹⁴ Przyjmuje się, iż dopuszczalne jest stosowanie nie tylko elementów wykładni ścisłej w tym wykładni systemowej, ale też analogii i analizy komparatystycznej.⁵⁹⁵

2. Wywłaszczenie i środki równoważne w skutkach

2.1. Środki wywłaszczeniowe państwa przyjmującego

Pojęcie wywłaszczenie jest zwykle stosowane jako hiperonim dla nacjonalizacji i innych form ograniczenia prawa własności, choć traktatowe klauzule wywłaszczeniowe ujmują też pojęcie wywłaszczenia wąsko, jako indywidualną decyzję wywłaszczeniową (tj. wywłaszczenie bezpośrednie).⁵⁹⁶ Istotą wywłaszczenia jest ingerencja państwa przyjmującego w przedmiot prawa własności, obejmujący należące do podmiotu prywatnego dobra materialne i niematerialne, a akt wywłaszczenia może przyjąć formę pozbawienia tytułu własności tj. wywłaszczenia bezpośredniego, bądź środka o skutku równoważnym do wywłaszczenia wskutek uniemożliwienia *de facto* wykonywania prawa własności bez pozbawiania tytułu własności, tj. wywłaszczenia pośredniego.⁵⁹⁷ Skrajną formą wywłaszczenia bezpośredniego jest nacjonalizacja.

Nacjonalizacją jest uspołecznienie majątku prywatnego poprzez masowe pozbawienie jednostek prawa własności. Odbywa się to aktem normatywnym prawa powszechnego albo w odniesieniu do całej gospodarki (często w wyniku rewolucyjnych zmian ustrojowych), albo w stosunku do wybranych sektorów gospodarki. Nacjonalizacja sektorowa jest najczęściej skutkiem wdrażania daleko idących reform systemowych, bądź to w obliczu kryzysu

⁵⁹⁴ Wyrok końcowy w sprawie Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, par. 21

⁵⁹⁵ Patrz: decyzja dot. zastrzeżeń wstępnych w sprawie Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006; por. Stephan W. Schill, *The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration*, publ. 22.1.2014, www.ejiltalk.org/author/sschill

⁵⁹⁶ Tak jest przykładowo w Umowie między Polską (PRL) a Niemcami (RFN) w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z 1989, por. art. 4 ust. 2: "Inwestycje inwestorów jednej Umawiającej się Strony mogą na terytorium drugiej Umawiającej się Strony ulec wywłaszczeniu, nacjonalizacji lub mogą być poddane innym środkom równoznacznym w skutkach z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją tylko w interesie publicznym i za odszkodowaniem."

⁵⁹⁷ M. Jeżewski, op. cit., 334f

gospodarczego bądź zmiany filozofii zarządzania zasobami państwowymi. Ilustracją tego ostatniego przypadku może być spór inwestycyjny w sprawie *Anglo-Iranian Oil Company* powstały w związku z wydaniem w 1951 przez rząd irański uchwały o mocy dekretu nacjonalizującej branżę naftową.⁵⁹⁸ W przypadku nacjonalizacji nie ma zasadniczo mowy o dyskryminacji jakiegoś podmiotu względem podmiotów konkurencyjnych - szkody ponoszą zazwyczaj wszyscy. Nacjonalizacja dokonywana pod hasłem radykalnej zmiany ustroju gospodarczego rzadko wiązała się w przeszłości z wypłatą odszkodowań. Niekiedy państwo uciekające się do wyłączenia w drodze nacjonalizacji wypłacało państwu pochodzenia poszkodowanych korporacji odszkodowania o charakterze zryczałtowanym, których podstawą były odrębne umowy o odszkodowaniach w związku z nacjonalizacją (*lump-sum agreements*).⁵⁹⁹

Odebranie podmiotowi prywatnemu własności następujące w wyniku wydania indywidualnej decyzji administracyjnej w konkretnej sprawie bądź na mocy ustawy dotyczącej konkretnych podmiotów jest określane mianem wyłączenia bezpośredniego.⁶⁰⁰ Beneficjentem wyłączenia bezpośredniego jest zasadniczo państwo wyłączające, ale może nim być też inny podmiot przez to państwo wskazany. Działające przeważnie w dobrej wierze państwo ma świadomość konieczności poddania się obowiązkowi odszkodowawczemu względem podmiotów wyłączonych, a skuteczną wypłatę odszkodowań czy to w oparciu o formułę *Hulla* czy doktrynę *Calvo* można przyjąć za powszechnie stosowaną praktykę. Cel takiej ingerencji państwa w prawo własności prywatnej nie ma wpływu przy tym na nieuchronność zaistnienia obowiązku odszkodowawczego. Aby zachowanie państwa można było potraktować jako wyłączenie bezpośrednie, utrata własności musi być widoczna i ostateczna.⁶⁰¹ Państwo dokonuje zazwyczaj wyłączenia

⁵⁹⁸ Patrz: decyzja dot. zastrzeżeń wstępnych w sprawie *Anglo-Iranian Oil Co, United Kingdom v. Iran*, Decision on Jurisdiction, 22 July 1952, ICGJ 188, ICJ Reports 1952, 93

⁵⁹⁹ M. Sornarajah, op. cit., 417

⁶⁰⁰ Patrz: wyrok w sprawie *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, par. 9

⁶⁰¹ Patrz: rozważania trybunału ICSID dot. art. 1110 traktatu NAFTA zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AB)/97/1, Award, 30 August 2000, par. 103

bezpośredniego w ramach wykonywania swoich zadań publicznych, takich jak budowa infrastruktury drogowej.⁶⁰²

Najczęstszą formą ingerencji państwa w prawo własności prywatnego podmiotu obcego jest pozostawienie przy nim tytułu prawnego, przy jednoczesnym istotnym pozbawieniu go możliwości korzystania z własności.⁶⁰³ Tego typu ograniczenie wykonywania prawa własności jest określane w klauzulach wywłaszczeniowych stosowaniem *środków o skutku równoważnym z wywłaszczeniem (measures tantamount to expropriation)*; w orzecznictwie⁶⁰⁴ i doktrynie nazywa się je także wywłaszczeniem pośrednim⁶⁰⁵, wywłaszczeniem *de facto* bądź wywłaszczeniem kroczącym.⁶⁰⁶ Zachowania państwa oficjalnie nie mają na celu pozbawienie podmiotu prywatnego jego praw lub aktywów, lecz w rzeczywistości do tego prowadzą.⁶⁰⁷ Nie jest przy tym istotny zamiar państwa, które może działać po prostu w sposób nieudolny. O uznaniu zastosowanego środka za równoważny z wywłaszczeniem decyduje jedynie skutek środka dla inwestora.⁶⁰⁸ W tej sytuacji największym wyzwaniem dla sądów rozstrzygających w sprawach o stosowanie wywłaszczenia pośredniego jest ustalenie, czy podmiot uprawniony jest w stanie korzystać z własności poprzez jej używanie, najem i sprzedaż - jak to sprecyzowano w orzeczeniu arbitrażowym w sprawie *Lauder przeciwko Republice Czeskiej*⁶⁰⁹ - czy też ograniczenie w wykonywaniu prawa własności ma charakter *istotnego braku* takich możliwości (*substantial deprivation*).⁶¹⁰

⁶⁰² A. P. Newcombe, L. Paradell, op. cit., 322ff

⁶⁰³ M. Jeżewski, op. cit., 339

⁶⁰⁴ Szeroki wybór orzecznictwa w związku z problematyką wywłaszczenia pośredniego można znaleźć w materiale OECD pn. "*Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>

⁶⁰⁵ Por. art. 1110 ust. 1 traktatu NAFTA

⁶⁰⁶ Por. par. 114 orzeczenia arbitrażowego w sprawie *Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, op. cit.

⁶⁰⁷ Ibidem

⁶⁰⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 7.5.20

⁶⁰⁹ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, op. cit., par. 200

⁶¹⁰ Jorge E. Vinuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012, 308

Aby stwierdzić, czy państwo przyjmujące dopuściło się względem korporacji transnarodowej wywłaszczenia pośredniego, trybunały arbitrażowe biorą pod uwagę przede wszystkim trzy kryteria: wystąpienie szkodliwego skutku (*detrimental effect*); proporcjonalność podjętego środka (*measure's proportionality*); oraz uzasadniony cel (interes) publiczny (*legitimate public purpose or interest*). W sprawie *Tippets* przeciwko rządowi Iranu trybunał uznał, iż "zamiary rządu są mniej ważne, niż skutki zastosowanych środków dla majątku właściciela (...), a forma środków kontroli bądź ingerencji jest mniej ważna, niż ich rzeczywiste oddziaływanie (*impact*)".⁶¹¹ Często, jak w sprawach *Biloune* przeciwko Ghanie czy *Metaclad* przeciwko Meksykowi, trybunały stosują tzw. *sole effect doctrine*, ograniczając się jedynie do oceny, czy środki podjęte przez państwo mają dla majątku inwestora szkodliwy skutek, i nie widzą zasadności dla stosowania w analizie stanu faktycznego innych kryteriów. Dodatkowo w sprawie *Metaclad* arbiter zaznaczył, iż jego zdaniem wywłaszczenie pośrednie zachodzi "nawet wówczas, gdy państwo przyjmujące nie koniecznie odnosi z niego oczywistą korzyść (*obvious benefit*)". Wiele orzeczeń potwierdza to stanowisko i koncentruje się jedynie na ustaleniu, czy środek wywłaszczeniowy przyniósł inwestycji poważną i nieodwracalną szkodę (*serious and irreversible damage*).⁶¹²

Zastosowanie przez państwo środków utrudniających lecz nie uniemożliwiających korzystania z prawa własności nie jest przez trybunały traktowane jako szkoda poważna i nieodwracalna, zatem w konsekwencji środki takie nie powodują wywłaszczenia. Zdarzają się jednak orzeczenia odmienne. W sprawie *Tippets* przeciwko Iranowi trybunał zwraca uwagę, iż dla uznania wywłaszczenia pośredniego skutki szkody nie mogą być ulotne (*not merely ephemeral*), a brak możliwości korzystania z własności powinien mieć charakter trwały (*enduring deprivation*). Ważne jest zatem uwzględnienie czynnika braku tymczasowości w istotnym pozbawieniu możliwości korzystania z własności - w tym konkretnym przypadku około 10-miesięcznego zawłaszczenie zarówno nieruchomości, jak i związanych z nią pożytków.⁶¹³ W znacznej części orzeczeń przyjmuje się wprowadzić, iż dla zakwalifikowania podjętych przez państwo środków jako wywłaszczeniowe powinny mieć one charakter pełny i

⁶¹¹ Orzeczenie w sprawie *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran and others*, Award, 29 June 1984, Iran-U.S. CTR 6, 1986, pp. 225-226

⁶¹² Orzeczenie w sprawie *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. v. Iran, Bank Oman, Bank Mellat, Bank Markazi*, Award, 19 December 1983, p. 154

⁶¹³ *Tippets et al.*, op. cit., pp. 219-225

trwały (*full and permanent*)⁶¹⁴, jednakże decydujące znaczenie ma ocena materiału dowodowego w konkretnej sprawie. Dla przykładu, trybunał rozstrzygający spór na podstawie art. 1110 ust. 1 traktatu NAFTA w sprawie *Myers* przeciwko rządowi Kanady⁶¹⁵ uznał, iż "biorąc pod uwagę określony kontekst i okoliczności właściwym jest zrównać brak możliwości [korzystania z własności] z wywłaszczeniem nawet wówczas, gdy ma on charakter częściowy i tymczasowy (*partial and temporary*)".⁶¹⁶

Proporcjonalność w odniesieniu do działań państwa wobec inwestora zagranicznego to wyważenie dwóch często sprzecznych interesów: publicznego i prywatnego. W orzeczeniu trybunału w sprawie *Tecmed* przeciwko Meksykowi zaznaczono, iż dla stwierdzenia, jakie podjęte przez państwo środki mają skutek wywłaszczeniowy, trzeba ocenić, czy są one "proporcjonalne dla ochrony domniemanego interesu publicznego i w konsekwencji dla zgodnie z prawem podjętego [zobowiązania] ochrony inwestycji".⁶¹⁷ Test proporcjonalności ma charakter komplementarny i można go stosować jedynie wówczas, gdy spełnione jest kryterium poważnej szkody. Nie ulega także wątpliwości, iż trybunał powinien przedtem pozwolić stronom zająć stanowisko w kwestii istnienia celu (interesu) publicznego, i dokonać własnej oceny zgromadzonego materiału, by na tym tle wyrokować o proporcjonalności środka wywłaszczeniowego. Jak przy tym zauważył skład orzekający w sprawie *Tecmed*, środek wykorzystany przez państwo do ochrony interesu publicznego musi być dla skuteczności realizacji tej ochrony nieodzowny (*necessary*) bądź najmniej szkodliwy (*the least detrimental*) spośród środków możliwych do wykorzystania.⁶¹⁸

⁶¹⁴ *Tecmed*, S. A. v. The United Mexican States, op. cit., par. 119

⁶¹⁵ Art. 1110: *Expropriation and Compensation*, NAFTA, op. cit.

⁶¹⁶ Por. wyrok częściowy w sprawie *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, op. cit., par. 232: "In some contexts and circumstances it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation even if it were partial and temporary." W orzeczeniu nie podjęto jednak próby zdefiniowania frazy: "some contexts and circumstances".

⁶¹⁷ *Tecmed*, S. A. v. The United Mexican States, op. cit., par. 122

⁶¹⁸ Suzy H. Nikiema, *Best Practices Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, Winnipeg (Kanada), marzec 2012, dostępne na www.iisd.org, 16

2.2. Podstawa legalności wywłaszczenia

Nie ulega wątpliwości, iż państwo może w pewnych sytuacjach i przy spełnieniu określonych wymogów legalnie pozbawić własności podmioty prywatne, w tym również obce korporacje transnarodowe. Wprawdzie w doktrynie i międzynarodowym orzecznictwie arbitrażowym dominuje tradycyjny pogląd, iż własność jest instytucją prawną stanowiącą istotę wzajemnych relacji państwa i podmiotu prywatnego, to jednak coraz głośniej artykułuje się uznanie suwerenności państwa w jego decyzjach określających warunki prowadzenia działalności gospodarczej na swoim terytorium.⁶¹⁹ W traktatach inwestycyjnych dwustronnych zawieranych między państwami uprzemysłowionymi a państwami stającymi się przyciągać inwestorów standardowo umieszcza się klauzulę zabraniającą wywłaszczenia, zaznaczając jednak przy tym, iż działanie takie jest ze strony państwa przyjmującego w drodze wyjątku dopuszczalne, o ile zostaną spełnione określone wymogi.⁶²⁰ Z kolei w traktatach zawieranych między państwami o podobnym potencjale inwestycyjnym częściej można spotkać formuły dopuszczające wywłaszczenie bezpośrednie i pośrednie jako zasadę, z określeniem warunków jego legalności.⁶²¹

Traktaty powszechne można w związku omawianą tu problematyką podzielić na dwie grupy. Traktaty przyjmowane pod auspicjami organizacji, w których państwa rozwinięte dysponują przewagą głosów, zaproponowały bardziej restrykcyjne wobec państw przyjmujących inwestorów zagranicznych warunki legalności wywłaszczenia i wypłaty odszkodowań w oparciu o *formułę Hulla*. Z kolei rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ, w którym państwa rozwijające się mają większość, proponują znaczną swobodę decyzyjną państw. Przyjęta rezolucją z maja 1974 *Deklaracja o ustanowieniu nowego międzynarodowego ładu gospodarczego* zakłada w art. 4 ust. e) uznanie pełnej, ciągłej suwerenności państwa (*full permanent sovereignty*) w związku z funkcją regulatora pozyskiwania zasobów naturalnych i wszelkiej działalności gospodarczej w obrębie jego jurysdykcji terytorialnej. "Państwo jest [w tym zakresie] uprawnione do skutecznego wykonywania władztwa (...) w tym do nacjonalizacji bądź przenoszenia tytułu własności na

⁶¹⁹ M. Jeżewski, op. cit., 348f

⁶²⁰ Por. niemal identyczne postanowienia w części *Expropriation* modeli BIT amerykańskiego (2001) i kanadyjskiego (2001)

⁶²¹ Por. art. 14 BIT między Maritiusem a Wyspami Comodo (2001)

podmioty rodzime. (...) Nie można wobec państwa stosować przymusu ekonomicznego, politycznego, ani żadnego innego, który uniemożliwiłby swobodne i pełne wykonywanie tego niezbywalnego prawa."⁶²²

Kwestie warunków legalności wywłaszczenia i zasad odszkodowania nie zostały określone ani w Deklaracji, ani w *Karcie praw i obowiązków gospodarczych państw ONZ* z grudnia 1974⁶²³, do której projektu poprzez jeden z dokumentów towarzyszących Deklaracja się odwołuje. W Karcie dopuszcza się wszelkie formy wywłaszczenia własności cudzoziemskiej i wiąże je z odpowiednim (*appropriate*) odszkodowaniem ze strony państwa wywłaszczającego, "biorąc pod uwagę obowiązujące prawo [wewnętrzne] i wszelkie okoliczności, które państwo to uzna za mające związek ze sprawą (*pertinent*). W przypadku wszelkich sporów o odszkodowanie, powinny być one rozstrzygane w oparciu o prawo krajowe i przed sądami państwa dokonującego nacjonalizacji, chyba że zainteresowane państwa-strony dobrowolnie uzgodniły możliwość korzystania z innych środków pokojowego rozstrzygnięcia w zgodzie z zasadami suwerennej równości państw i swobody wyboru środków prawnych."⁶²⁴ Jak widać, rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie gwarantują korporacjom wiele wyższego poziomu bezpieczeństwa aktywów lokowanych w państwach przyjmujących, niż kontrakty inwestycyjne zawierane z tymi państwami.

Klauzule wywłaszczeniowe w traktatach inwestycyjnych zawierają zwykle kilka kryteriów uznania wywłaszczenia za legalne. Uzasadnienie wywłaszczenia celem bądź interesem publicznym, niedyskryminacyjny charakter środka wywłaszczeniowego oraz obowiązek wypłaty odszkodowania są najczęściej powoływanymi z warunków legalności. Wywodzą się one przy tym z prawa międzynarodowego zwyczajowego, co oznacza, iż charakter ich obowiązywania jest powszechny. Nieuwzględnienie w traktacie bądź zbyt ogólne ujęcie postanowień o treści zobowiązania wtórnego, powstającego w związku z wywłaszczeniem prywatnego podmiotu zagranicznego przez państwo skutkuje zresztą koniecznością ustalania tej treści w oparciu o prawo międzynarodowe zwyczajowe. Powszechnie uznawane jest bowiem, iż pozbawienie cudzoziemca własności rodzi obowiązek

⁶²² *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr A/RES/S-6/3201 z 1.5.1974

⁶²³ *Charter of Economic Rights and Duties of States*, GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974) 50

⁶²⁴ *Ibidem*, art. 2 ust. 2 (c)

odszkodowawczy, natomiast ze zwyczajowego *minimalnego standardu ochrony cudzoziemca* wywodzony jest zakaz podejmowania środków dyskryminujących względem niego. Obok trzech wymienionych wyżej kryteriów art. 1110 traktatu NAFTA uwzględnia również warunek rzetelnego procedowania (*due process of law*).

Pojęcie celu publicznego (*public purpose*) nie jest ściśle zdefiniowane, mimo iż jest obecne w zachodniej kulturze ekonomiczno-prawnej od czasów antycznej demokracji ateńskiej i mimo współczesnej potrzeby pozytywnego ujęcia procesów globalizacji.⁶²⁵ W traktacie NAFTA jest ono utożsamiane z takimi pojęciami jak porządek publiczny (*public order*), moralność publiczna (*public morals*) i dobro społeczne (*social welfare*), a w wielu traktatach dwustronnych i orzeczeniach arbitrażowych cel publiczny jest zastępowany pojęciem interesu publicznego.⁶²⁶ Zwykle cel publiczny jest związany z zadaniami państwa w zakresie bilansowania finansów publicznych, prowadzenia inwestycji infrastrukturalnych, czy też wywiązywania się z obowiązku dbałości o środowisko naturalne. Przy tym źródłem zobowiązania państwa do wykonania określonych działań dla celów publicznych może, ale nie musi być prawo wewnętrzne.⁶²⁷

Państwo jest stroną, na której spoczywa ciężar wykazania, iż jego działania były motywowane celem publicznym. Zakłada się przy tym dobrą wiarę w działaniach państwa, a dla potwierdzenia istnienia celu publicznego wystarczy podanie ich przyczyn w samym akcie wyłączeniowym. Domniemanie dobrej wiary można podważyć, jednak wymaga to przeprowadzenia dowodu przeciwnego. Podmiot skarżący powinien wykazać, jakie były nie tylko skutki, ale rzeczywiste intencje działań państwa.⁶²⁸ Rozstrzygający sprawę trybunał, może wówczas oprzeć się na ocenie intencji, takich jak istnienie spójnej polityki państwa w obszarze aktywności, w którym efektywnie doszło do wyłączenia. Jest to o tyle istotne, iż wobec złożoności sprawy trybunały zwykle uznają brak kompetencji własnej do podważania

⁶²⁵ Szerzej: Pedro J. Martinez-Fraga, C. Ryan Reetz, *Public Purpose in International Law. Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*, Cambridge University Press, New York, 2015

⁶²⁶ Por: wyrok trybunału ICSID w sprawie ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 2 October 2006, par. 432

⁶²⁷ Szereg zobowiązań międzynarodowych w związku z celem publicznym zawiera na przykład międzynarodowe prawo środowiska, jak art. 4 ust. 6 Konwencji bazylejskiej z 1989 o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów, czy art. 2 Konwencji genewskiej z 1979 w sprawie transgranicznego zanieczyszczania powietrza na duże odległości

⁶²⁸ Por. uzasadnienie wyroku w sprawie Siemens A.G. v. The Argentine Republic, op. cit., par. 273

intencji państwa, ograniczając się do oceny skutków działań wywłaszczeniowych.⁶²⁹ W orzecznictwie zwraca się przy tym uwagę na to, iż cel publiczny mający legitymizować wywłaszczenie powinien być prawdziwy (*genuine*)⁶³⁰, a zastosowany przez państwo środek - proporcjonalny (*proportional*)⁶³¹.

Wywłaszczenie nie musi być nielegalne, jeżeli zostało dokonane w imię realizacji celu publicznego bez naruszania zasady niedyskryminacji. Jeżeli jednak działania państwa miały charakter dyskryminujący, jest to sprzeczne z prawem zwyczajowym i z odnośnym traktatem o ochronie inwestycji zagranicznych, o ile zawarto w nim klauzulę zakazu niedyskryminacji. Ocena, czy doszło do dyskryminacji opiera się na analizie intencji państwa. Jeżeli intencją państwa była realizacja określonej polityki gospodarczej, której elementem były środki wywłaszczeniowe wobec podmiotów prywatnych, ale środki te nie były wymierzone wobec konkretnych podmiotów bądź konkretnej kategorii podmiotów (np. tylko wobec podmiotów zagranicznych), a ponadto wywłaszczony majątek zostanie w sposób transparentny przejęty przez państwo lub podmioty wskazane, nie ma podstaw do uznania naruszenia zakazu niedyskryminacji.⁶³² Trzeba jednak pamiętać, iż strona wywłaszczana powinna mieć możliwość podważenia decyzji wywłaszczeniowej (niezależnie od źródła prawa), a także otrzymać odszkodowanie w oparciu o słusznie ustaloną wartość wywłaszczonego majątku. Wymóg rzetelności proceduralnej, niezależnie od swego zwyczajowego charakteru, jest zwykle zawarty w traktatowej klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego. Podmiot wywłaszczany powinien być właściwie poinformowany o środku wywłaszczeniowym i uczciwie wysłuchany, a postępowanie winno być prowadzone przed bezstronnym, niezależnym i stosującym prawo sądem.⁶³³

W kwestii obowiązku odszkodowawczego klauzule traktatowe i orzecznictwo trybunałów międzynarodowych określają warunki odszkodowania mieszczące się zakresie wyznaczonym biegunowo różnymi doktrynami *Calvo* i *Hulla*. Doktryna *Calvo* była

⁶²⁹ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, 320; in: M. Jeżewski, op. cit., 352

⁶³⁰ Por. *ADC Affiliate et al. v. The Republic of Hungary*, op. cit., par. 432

⁶³¹ Por. wyrok ETPC w sprawie *James et al. v. The United Kingdom*, op. cit., par. 50

⁶³² Por. wyrok w sprawie *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986

⁶³³ Por. *ADC Affiliate et al. v. The Republic of Hungary*, op. cit., par. 435

odpowiedzą krajów Ameryki Łacińskiej na narzucany w traktatach i projektach konwencji o ochronie inwestycji *minimalny standard ochrony cudzoziemca* i zbyt szeroki zakres opieki dyplomatycznej stosowanej w połowie dziewiętnastego wieku przez USA. Doktrynę *Calvo* charakteryzują trzy elementy: podmioty zagraniczne nie mogą spodziewać się traktowania lepszego niż podmioty lokalne; prawa podmiotów zagranicznych są regulowane prawem państwa przyjmującego; sądy państwa przyjmującego mają wyłączną jurysdykcję do rozstrzygania sporów, których stroną są podmioty zagraniczne.⁶³⁴ Państwa rozwinięte, chroniąc swoje korporacje inwestujące za granicą, proponowały natomiast rozwiązanie oparte na formule *Hulla*, zgodnie z którą wyłączenie zawsze wiąże się ze skutkiem odszkodowawczym, a odszkodowanie powinno być niezwłoczne, odpowiednie i skuteczne (*prompt, adequate and effective*).⁶³⁵ W licznych orzeczeniach arbitrażowych na użytek konkretnego rozstrzygnięcia trybunały uzupełniały, iż niezwłoczność dotyczy terminu płatności; odpowiedniość oznacza wycenę w oparciu o rzeczywistą wartość rynkową (*actual market value*) wyłączonego majątku bezpośrednio sprzed podania informacji o wyłączeniu do opinii publicznej; a skuteczność to odzwierciedlenie realnego skutku dla pozycji ekonomicznej podmiotu wyłączonego.⁶³⁶ Dominująca przez wiele dziesięcioleci formuła *Hulla* jest w zakresie realizacji obowiązku odszkodowawczego państwa odmawiającego korporacjom obcym wykonywania prawa własności z punktu widzenia tych korporacji rozwiązaniem najkorzystniejszym.

3. Koncepcja transnarodowej ochrony własności w doktrynie i orzecznictwie

Choć dyspozycje traktatowych klauzul ochrony własności podmiotów obcych nie różnią się zasadniczo od odnośnych dyspozycji norm krajowych, to inwestycyjne trybunały arbitrażowe w drodze interpretacji regularnie poszerzają zakres takiej ochrony.⁶³⁷ Praktyka

⁶³⁴ A. P. Newcombe, L. Paradell, op. cit., 13f

⁶³⁵ Ryan Suda, *The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights*, in: Olivier de Schutter (ed.), *Transnational Corporation and Human Rights*, Hart Publishing, 2006, s. 81f

⁶³⁶ Por. wyrok w sprawie *Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, City Court of Stockholm, Award, 7 July 1998, Art. 3.1.4; por. Jeżewski, 363

⁶³⁷ Szerzej: Hanoch Dagan, *Property: Values and Institutions*, Oxford University Press, 2011

orzecznicza zapewniła w szczególności wyizolowanie dopuszczalnych działań państw stron kontraktów w związku z majątkiem ich kontrahentów, zarówno na poziomie stanowienia, jak i stosowania prawa przez urzędy i sądy na każdym szczeblu decyzyjnym i w związku z każdym możliwym przedmiotem regulacji, od prawa podatkowego po ochronę zdrowia publicznego. Własność transnarodowa korzysta nie tylko ze środków ochrony prawnej niedostępnych własności krajowej, ale i w zakresie najszerszym z teoretycznie możliwych. Trybunały arbitrażowe, stojąc na straży zasady niepomniejszenia wartości majątku inwestora, kwalifikują jako nielegalne wywłaszczenie także działania państwa o pośrednim skutku wywłaszczeniowym, w tym ograniczenie spodziewanego zysku.⁶³⁸ W sprawie *CMS Gas* przeciwko Argentynie, w związku z wprowadzeniem *emergency law* na czas kryzysu gospodarczego, trybunał arbitrażowy uznał za słuszne roszczenia inwestora oczekującego określonego zwrotu na kapitale (*guaranteed profitability of business*), niezależnie od sytuacji makroekonomicznej.⁶³⁹

Najważniejsze dwa standardy międzynarodowej ochrony własności to klauzula traktowania sprawiedliwego i równego oraz klauzula zabraniająca wywłaszczenia bez słusznego odszkodowania. Obydwa standardy wymagają od państwa przyjmującego zagwarantowania określonego poziomu ochrony, niezależnego od poziomu ochrony w stosunku do podmiotów krajowych i traktowanego jako wymóg prawa międzynarodowego. Nie istotny zatem z punktu widzenia ochrony własności korporacji transnarodowych stał się dorobek prawa krajowego (i europejskiego w przypadku państw członkowskich UE) w zakresie prawa rzeczowego, czy też szerzej cywilnego. Biorąc pod uwagę fakt, iż inwestor prowadzi zwykłą działalność gospodarczą w oparciu o przepisy prawa krajowego, nagminne stosowanie rozszerzającej wykładni rozstrzygnięć sądów arbitrażowych powinno budzić zastrzeżenia konstytucyjnych organów państwa przyjmującego, niezależnie od związania prawem międzynarodowym. Powiązanie skutków ochrony obu tych standardów jest określane mianem *propertyzacji* prawa, w rozumieniu traktowania przez sądy ochrony własności prywatnej ponad innymi uprawnieniami cywilnoprawnymi, tj. jako zasada absolutnej

⁶³⁸ J. Arato, op. cit., 261

⁶³⁹ Orzeczenie w sprawie *CMS Gas*, op. cit., par. 281

nienaruszalności własności stawiana na szczycie hierarchii zasad regulujących stosunek zobowiązaniowy powstały w związku z inwestycjami podmiotów zagranicznych.⁶⁴⁰

Klauzula FET jest instrumentem niezwykle skutecznym. Przed nastaniem ery globalizacji wywołanej ekspansją korporacji transnarodowych standard ten był wykorzystywany w sytuacji, gdy działania państwa, mimo swej uciążliwości, nie skutkowały całkowitym wywłaszczeniem. Stanowiła niejako tarczę przed przejawami traktowania niesprawiedliwego czy odmowy dostępu do sądu, które nie uniemożliwały wprowadzić kontynuacji inwestycji, lecz ograniczały jej rentowność. Współcześnie, korzystając ze zwężłości sformułowania ograniczającego się często do formuły *"each party shall accord to fair and equitable treatment of investment"*⁶⁴¹, trybunały interpretują FET w sposób szeroki, niemal zrównując go w skutkach z wywłaszczeniem.⁶⁴² Przy tym klauzula traktowania sprawiedliwego i równego jest łatwiejsza do zastosowania, bowiem przewidziane w niej przesłanki naruszenia zobowiązania zachodzą częściej. W orzeczeniu w sprawie *Bayindir* przeciwko Pakistanowi określono zasadnicze składowe definicyjne: przejrzystość zachowań państwa i gwarancje sprawiedliwego procesu (*"obligation to act transparently and grant due process"*), powstrzymanie się od działań arbitralnych i dyskryminujących (*"to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures"*), powstrzymanie się od działań przymuszających (*"[to refrain] from exercising coercion"*) i powstrzymanie się od działań prawnych utrudniających inwestycję, naruszających uzasadnione oczekiwania inwestora (*"[to refrain] from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework affecting the investment"*). Mimo wielu wyjątków, orzecznictwo zasadniczo

⁶⁴⁰ Badania różnych porządków krajowych pokazują, iż nawet najbardziej przyjazne własności przepisy w znacznie mniejszym stopniu chronią inwestycje przed ryzykami prawnymi. Been i Beauvais omawiają przykład korzystnego dla zainwestowanego kapitału prawodawstwa amerykańskiego, w zestawieniu z jeszcze korzystniejszym dla inwestorów traktatem NAFTA i skrajnie korzystnym orzecznictwem międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego. Vicki Been & Joel C. Beauvais w rozprawie *The Global Fifth Amendment, NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International* opublikowanej w pracy zbiorowej *"Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U. L. Rev. 30, 37, 2003, podsumowują: *NAFTA tribunal decisions and dicta significantly exceed U.S. takings protections, already among the most protective in the world, but the international arbitration goes further.*

⁶⁴¹ Por. art. 1105 ust. 1 traktatu NAFTA, op. cit.

⁶⁴² Oczywiście zdarzają się orzeczenia oparte o samoograniczenie trybunału w interpretacji klauzuli FET, jak w przypadku wyroku w sprawie *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 193–95

stosuje taką wykładnię standardu, zapewniając niezwykle wysoki poziom ochrony własności cudzoziemskiej.⁶⁴³

W odróżnieniu od klauzuli wyłączeniowej powołanie klauzuli traktowania sprawiedliwego i równego nie jest zależne od wystąpienia skutku wyłączeniowego. Każde pomniejszenie wartości majątku korporacji transnarodowej, które da się powiązać z zachowaniem państwa, może wywołać skutek odszkodowawczy. Zwykle w przypadku, gdy trybunał oceni szkodę jako znaczącą ("*sufficiently high damage*"), nakazuje wypłatę odszkodowania w oparciu o wycenę *fair market value*. Zatem, mimo iż nie zachodzi przesłanka braku możliwości kontynuacji inwestycji, państwo przyjmujące może zostać zobowiązane do nabycia od inwestora zagranicznego jego pozostałych aktywów inwestycyjnych, niezależnie od wypłaty pełnego odszkodowania.⁶⁴⁴ Taka interpretacja klauzuli traktatowej wykracza poza najbardziej przyjazne inwestorom rozwiązania krajowych porządków prawnych. Łącząc ochronę gwarantowaną standardem FET z gwarancjami klauzuli wyłączeniowej korporacja transnarodowa uzyskuje ochronę swojej własności przed każdym zachowaniem państwa, niezależnie od jego celu i wagi, za wyjątkiem zachowania w złej wierze. Nawet częściowe naruszenie prawa własności wiąże się z koniecznością wypłaty odszkodowania, przy czym bez związku pozostaje fakt, czy trybunał arbitrażowy orzeka w oparciu o przesłanki rzeczywistego zerwania umowy (*conceptual severance*) czy naruszenia uzasadnionych oczekiwań inwestora (*breach of legitimate expectations*).⁶⁴⁵

Wyłączenie oparte na dorobku prawa wewnętrznego, niezależnie od podstawy zastosowanej przez państwo przyjmujące, jest instytucją słabszą w skutkach niż oba wymienione wyżej standardy. Międzynarodowe prawo inwestycyjne zasadniczo nie zakazuje wyłączenia inwestorów, umożliwiając państwu przyjmującemu zgodne z prawem wyłączenie na cele publiczne, pod warunkiem wypłaty odszkodowania niezwłocznego, odpowiedniego i skutecznego, zazwyczaj zgodnie z wyceną rynkową (*fair market value of the investment*). Istotne znaczenie ma jednak prawnomiędzynarodowe przekonanie, iż państwu

⁶⁴³ Por. przykładowo wyrok w sprawie *SGS S.A. v. Republic of the Philippines*, op. cit., par. 126

⁶⁴⁴ Por. orzeczenie w sprawie *CMS Gas*, op. cit.

⁶⁴⁵ Por. wyrok w sprawie *Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, op. cit. Zasadniczo dla orzeczeń międzynarodowych trybunałów arbitrażowych nie jest przy tym istotne, czym są uzasadnione oczekiwania w rozumieniu lokalnego ustawodawcy, ani jakie zachowania państwa należałoby zakwalifikować jako naruszające uzasadnione oczekiwania inwestora.

nie wolno dokonać wywłaszczenia bez wypłaty odszkodowania, czy to w związku z wywłaszczeniem bezpośrednim, czy to za działania pośrednie o skutkach tożsamy z wywłaszczeniem bezpośrednim.⁶⁴⁶ Zasadniczym pytaniem jest zatem, na jakiej podstawie dokonać rozróżnienia między wywłaszczeniem skutkującym wypłatą odszkodowania, a wywłaszczeniem bez skutku odszkodowawczego. I czy mają w związku z tym znaczenie cele wywłaszczeniowe państwa, czy jedynie skutek osiągnięty kwestionowanym przez stronę prywatną działaniem wywłaszczeniowym. Większość traktatów dwustronnych i traktatów o wolnym handlu nie odnosi się w żaden sposób do celów państwa w zakresie działań legislacyjnych skutkujących wywłaszczeniem pośrednim, a w konsekwencji trybunały zazwyczaj zakładają ochronę własności inwestorskiej przed regulacyjnymi inicjatywami państwa bez uwzględniania motywów tych inicjatyw.

Wiele orzeczeń opiera się na zastosowaniu testu *sole effects*, mierzącego jedynie negatywne skutki obciążeń legislacyjnych dla inwestycji.⁶⁴⁷ Takie podejście zakłada, iż nawet działając w dobrej wierze i w interesie publicznym, państwo dokonujące wywłaszczenia jest zobowiązane do wypłaty odszkodowania, a uchylenie się od tego obowiązku oznacza naruszenie zobowiązania międzynarodowego, którego źródło stanowi traktat o ochronie inwestycji.⁶⁴⁸ Jedyną kwalifikacją jest pozbawienie możliwości wykonywania prawa własności w stopniu wystarczająco istotnym. Trybunały arbitrażowe często w takiej sytuacji uznają działanie państwa za częściowe wywłaszczenie zagrażające inwestycji jako całości, w związku z czym odszkodowanie powinno w tej koncepcji odzwierciedlać brak możliwości kontynuacji inwestycji.⁶⁴⁹

Trend orzeczniczy, nie uwzględniający słusznych racji państwa w tworzeniu prawa modyfikującego w sposób zamierzony bądź nie zamierzony otoczenie prawne inwestycji,

⁶⁴⁶ R. Dolzer, Ch. Schreuer, op. cit., 2008, 99f

⁶⁴⁷ Por. przykładowo stanowisko trybunału w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*, op. cit., par. 463

⁶⁴⁸ W wyroku kończącym spór *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, trybunał orzekł: "While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid."

⁶⁴⁹ Por. wyrok trybunału ICSID w sprawie *Middle East Cement v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, par. 138, 144,

wpłynął na treść traktatów modelowych ostatnich lat. Państwa zawierają w nich ogólną zasadę regulacyjną, zgodnie z którą trybunały byłyby zobowiązane do wważenia skutków działań wyłączeniowych i adekwatności środków wyłączeniowych w związku z koniecznością realizacji celów publicznych. Na podstawie amerykańskiego traktatu modelowego z 2012 oczekiwania inwestora powinny być sprecyzowane, uzasadnione i powiązane kauzalnie z inwestycją (*distinct, reasonable and investment-backed expectations*). Natomiast działania państwa sporadyczne i niedyskryminujące (*non-discriminatory regulatory actions in rare circumstances*) podejmowane w związku z zasadnymi celami porządku publicznego (*legitimate public welfare objectives*) nie stanowiłyby wyłączenia pośredniego. Do takich celów zaliczono zdrowie publiczne, bezpieczeństwo publiczne i ochronę środowiska.⁶⁵⁰

Problemem pozostaje jednak nadal zarówno szerokie spektrum możliwych zachowań państwa, jak i plastyczność interpretacyjna traktatowych klauzul ochrony własności w związku z ich ogólnym charakterem. Trybunały w większości przypadków powołują się na doktrynalne koncepcje proporcjonalności (*proportionality test*) i ograniczonej swobody oceny zachowań państwa (*margin of appreciation*), jednak ich rozstrzygnięcia mogą się w podobnych przypadkach zasadniczo różnić.⁶⁵¹ Rozsądnym rozwiązaniem wydaje się proponowane często w literaturze utworzenie scentralizowanego trybunału inwestycyjnego, który byłby w określonym stopniu związany wspomnianymi doktrynami różnicowania dopuszczalnych zachowań państwa (*doctrines of deference*) i wokół nich rozwijałby linie orzecznicze.⁶⁵² Aktualnie w orzecznictwie arbitrażowym dominuje podejście wprost przeciwne, zasadzające się w mniejszym lub większym stopniu na argumentacji trybunału rozstrzygającego spór między podmiotem zależnym (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.*) amerykańskiej korporacji transnarodowej *Tecmed* a Meksykiem zawartym w wyroku z 2003. Trybunał uznał na wstępie, iż podstawą orzekania jest klauzula traktowania sprawiedliwego i równego, do której naruszenia nie trzeba nawet złej wiary w zachowaniu państwa. Państwo musi powstrzymać się od wszelkich zachowań naruszających uzasadnione

⁶⁵⁰ U.S. Model Bilateral Investment, Treaty (2012), Annex B, par. 4(a)

⁶⁵¹ Por. przykładowo orzeczenia w sprawach *Methanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005; i *Continental Casualty Co. v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 193–95

⁶⁵² J. Arato, op. cit., 264f

oczekiwania inwestora zagranicznego ("*basic expectations*").⁶⁵³ Uzasadnione oczekiwania determinują stabilność ("*consistent manner of acting*") zachowań państwa wobec inwestora, na którą w opinii trybunału składa się jednoznaczność i całkowita przejrzystość relacji ("*free from ambiguity and totally transparently*"). Każde wyłączenie, niezależnie od sposobu i celu, powinno dokonywać się w oparciu o obowiązujące prawo ("*using legal instruments*"; "[*in accordance*] to the goals underlying such regulations") i bezwzględnie pociągać za sobą skutek odszkodowawczy ("*[no] deprivation without the required compensation*").⁶⁵⁴

Zasadnicze pytanie, które zapewne nurtuje zwolenników jurysprudencji ogólnej, brzmi: dlaczego ochrona własności korporacji transnarodowych ma mieć szerszy zakres od ochrony oferowanej podmiotom lokalnym zarówno przez krajowy dorobek prawny, jak i *aquis communautaire*? Wyjaśnienie ekspansywnej teorii własności obcej językiem pozytywizmu prawnego nie jest możliwe, ze względu na ułomność doktrynalną, wiążącą każde zaistniałe *corpus iuridicum* z definicją wykazującą minimum walorów prawnych. Tymczasem ochrona własności transnarodowej, powiązana immanentnie z globalizacją (i ogromnymi przepływami kapitału) pozostaje w sferze prawa międzynarodowego, z jego wszelkimi normatywnymi ułomnościami. Taki stan świadomości prawnej jest błogosławieństwem dla korporacji transnarodowych. Trybunał arbitrażowy orzekający w istotnej dla transnarodowego porządku prawnego sprawie *Tecmed* wywiódł konieczność podwyższonej ochrony własności podmiotów zagranicznych z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. ECHR wyrokując w sprawie *James et al.* przeciwko Wlk. Brytanii doszedł do przełomowego przekonania, iż podmioty o obcej przynależności państwowej są bardziej narażone na negatywne skutki lokalnej legislacji ("*more vulnerable to domestic legislation*") niż podmioty lokalne. Ponadto, zdaniem trybunału, podmioty lokalne powinny, z różnych względów, ponosić większe obciążenia na cele publiczne niż podmioty zagraniczne ze względu choćby na możliwość uczestnictwa w życiu politycznym i pośredniego wpływu na ustawodawstwo.⁶⁵⁵

⁶⁵³ W orzeczeniu *Tecmed* trybunał posługuje się terminem *basic expectations*. W innych orzeczeniach opartych na tej argumentacji stosowane są również zamiennie terminy *reasonable expectations* i *legitimate expectations*.

⁶⁵⁴ *Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, op. cit.

⁶⁵⁵ *James et al. v. United Kingdom*, op. cit., par. 63

Orzecznictwo rozwinięte w oparciu o tezy rozumowania zaprezentowane w sprawie *James* tworzy dziś system transnarodowej ochrony własności. Jak skonstatował trybunał w sprawie *Thunderbird* przeciwko Meksykowi, "międzynarodowe prawo inwestycyjne powinno promować bezpośrednie inwestycje zagraniczne zapewniając efektywną ochronę inwestora wystawionego na ryzyka polityczne i prawne w przypadku pogorszenia klimatu inwestycyjnego w państwie przyjmującym."⁶⁵⁶ Zastanawiając się nad *rato iuris* rozumowania przyjętego w tezie orzeczenia *James* przeciwko Meksykowi należy stwierdzić, iż opiera się ono w zasadzie wyłącznie o przesłanki natury formalnej. Niewątpliwie nie uwzględnia wpływu globalnych inwestorów na lokalnych polityków. Nie ulega wątpliwości, iż podmioty zagraniczne powinny mieć zagwarantowane standardy prawne na poziomie międzynarodowym, ale nie ma żadnych poważnych powodów, dla których miałyby one być lepiej traktowane od podmiotów lokalnych. Ponadto, ani z reżimu praw człowieka, ani z prawa międzynarodowego zwyczajowego nie wynika konieczność lepszego traktowania podmiotów obcych w związku z wykonywaniem przez państwo funkcji publicznych, takich jak zapewnienie bezpieczeństwa publicznego czy ochrona środowiska.⁶⁵⁷

Koncepcja *własności transnarodowej* nie jest próbą oceny sytuacji zastanej, lecz zrealizowanym ponad pół wieku temu zamysłem prawnym, który legł u podstaw systemu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Należy zauważyć, iż negocjatorzy traktatów typu BIT i FTA wprowadzili pojęcie *inwestycji* (*investment*), mające zastąpić pojęcie *własności* (*property*), znane doktrynie już od czasów starożytnych i ugruntowane w systemach prawnych państw demokratycznych, lecz z tych właśnie względów nie znajdujące zastosowania w traktatach mających chronić majątek dużych korporacji. W zasadzie od początku istnienia traktatów inwestycyjnych pojęcie *inwestycji* utożsamiano z wszelkimi aktywami podmiotu cudzoziemskiego ("*all kind of assets*"), a zatem w najszerszy możliwy sposób, czego nie obejmowało pojęcie własności.⁶⁵⁸ W związku z tym kontrakty państwowe

⁶⁵⁶ *Thunderbird v. Mexico*, NAFTA (UNCITRAL), 2006, par. 4, zdanie odrębne Thomas Wälde, w związku z orzeczeniem w sprawie *James et al. v. United Kingdom*, op. cit., par. 63

⁶⁵⁷ Szerzej: J. Arato, op. cit., 270

⁶⁵⁸ Już w pierwszym BIT zawartym w 1959 między Niemcami a Pakistanem *inwestycję* zdefiniowano szeroko jako "*capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge*" (art. 8(1)(a)), uzupełniając, iż "*any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as "investment"*" (art. 8(1)(b)). [Pakistan and Federal Republic of Germany Treaty for

niemal zawsze spełniały wymogi tak szerokiej definicji praw majątkowych. Uznanie kontraktu za inwestycję w rozumieniu prawa międzynarodowego jest najczęściej dla trybunału indykacją konieczności zastosowania przyjaznej korporacjom wykładni w oparciu o agresywne teorie własności (*agressive property theories*) w szczególności w związku z wykonaniem klauzuli traktowania sprawiedliwego i równego oraz klauzuli wyłączeniowej.⁶⁵⁹

Wnioski

Umieждународawianie kontraktów jest już na tyle powszechnym narzędziem ochrony bezpośredniej inwestycji zagranicznej, iż w zasadzie stało się jej nieodzowną częścią. W literaturze dominuje pogląd, iż podstawowe problemy, jakie z tego faktu wynikają, to konieczność traktowania naruszenia praw podmiotu prywatnego jako naruszenia zobowiązań międzynarodowych państwa, pewien stopień utraty kontroli państwa nad wymiarem sprawiedliwości w związku z rozwojem międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, tudzież wysokie ryzyko konieczności zapłaty znaczących odszkodowań (problem budżetowy państwa) w związku z niejasnym interpretacyjnie zakresem ochrony klauzul traktatowych (problem jurysprudencji ogólnej z punktu widzenia międzynarodowego porządku prawnego).

Tymczasem koncepcję *interationalized contracts* należy po pierwsze rozumieć całościowo, jako kompletny, spójny i wewnętrznie niesprzeczny system ochrony własności, a po drugie, jako doktrynalne wyniesienie ochrony własności zagranicznego inwestora ponad wszelkie inne zasady prawa międzynarodowego i krajowego. Dodatkowo, beneficjentem doktryny są wyłącznie korporacje transnarodowe, a jej zakres przedmiotowy sprowadza się do ochrony majątku inwestorskiego pod każdą możliwą postacią (jak choćby w formie *uzasadnionych oczekiwań* - kryterium opartego bądź co bądź na projekcji zdarzeń przyszłych i niepewnych). W odróżnieniu od klasycznej ochrony własności prywatnej, koncepcja

the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes). Signed at Bonn, on 25 November 1959]

⁶⁵⁹ Szerzej: J. Arato, op. cit., 272

ochrony własności transnarodowej zrównuje *de facto* kontrakty umiędzynarodowione z własnością w rozumieniu prawa rzeczowego. Przy tym, w świetle zarzutów strony prywatnej wykonanie ochrony przysługującej inwestorowi w związku ze skutecznym powołaniem się na klauzulę traktowania sprawiedliwego i słusznego bądź klauzulę wyłączeniową nie pozostawia trybunałom pola do oceny szczegółów kontraktu, pieczołowicie wynegocjowanego przecież przez stronę państwową, przekonaną o doniosłości poszczególnych postanowień.

Największy bowiem problem stosowania koncepcja własności transnarodowej stanowi sztywny i niezwykle szeroki zakres ochrony traktatowej w odniesieniu do majątku obcej korporacji. Zakłada się, iż formalne i materialne postanowienia traktatowe zastępują postanowienia kontraktowe, budujące podstawę sporu. Nie ważne zatem, jakie ustalenia zostały poczynione przez strony kontraktu, lecz jaka doktryna ochrony prawnej obowiązuje zdaniem trybunału w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Pomijając istotną asymetrię zakresu ochrony na korzyść strony prywatnej, należy zauważyć, iż kontraktu nie można traktować na równi z traktatem, w oderwaniu od zasad prawa cywilnego. Kontrakt pozostaje przecież nadal umową, zgodnym oświadczeniem woli stron. Zawiera zwykle cały szereg szczegółowych ustaleń, które składają się na jego naturę prawną i na kontekst, świadczący o zamiarach kontrahentów.⁶⁶⁰ Z punktu widzenia możliwości wpływania przez korporacje transnarodowe na własny status prawny, mamy w rezultacie do czynienia z paradoksalną sytuacją, w której podmioty te doprowadzając do wyniesienia sporu na poziom prawa międzynarodowego tracą właściwie możliwość argumentowania przed trybunałem w oparciu o treść konkretnych postanowień kontraktowych, ale jednocześnie zwiększają swoje szanse na uzyskanieżądanego odszkodowania.

⁶⁶⁰ Szerzej: Hanoch Dagan, op. cit., 34f

ROZDZIAŁ IV.

TRANSNARODOWY CHARAKTER DOCHODZENIA ROSZCZEŃ INWESTYCYJNYCH

Wprowadzenie

Dzięki umiędzynarodowieniu kontraktów państwowych korporacje transnarodowe są w stanie bezpośrednio dochodzić praw przed trybunałami międzynarodowymi w procedurze arbitrażu inwestycyjnego bądź w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Globalni inwestorzy potrafią również doprowadzić do wyboru określonego trybunału rozjemczego wbrew intencjom pozwanego państwa (*forum shopping*) i do umiędzynarodowienia kontraktu w oparciu o najkorzystniejszy dla ich interesów traktat inwestycyjny (*treaty shopping*). Biorąc dodatkowo pod uwagę wyjątkowo sprzyjające interesom korporacji orzecznictwo arbitrażowe oparte o sporne koncepcje doktrynalne *host states* bywają skłonne nadmiernie sprzyjać inwestorom zagranicznym z możliwą szkodą dla rodzimych przedsiębiorców, a poprzez samoograniczanie w wykonywaniu zadań publicznych (choćby w zakresie ściągłości podatków) z możliwym naruszeniem słuszych praw ogółu obywateli.

Zasadniczym elementem narracji o międzynarodowej odpowiedzialności państw w związku ze zobowiązaniami wobec zagranicznych inwestorów korporacyjnych pozostaje Projekt Konwencji Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ o odpowiedzialności państw za czyny zabronione w prawie międzynarodowym, 2001 (dalej: *ILC Draft Articles*).⁶⁶¹ Projekt ten został w 2001 przyjęty rezolucją nr 56/83 Zgromadzenia Ogólnego ONZ, jednak do dziś nie przyjęto na jego podstawie konwencji o odpowiedzialności państw, wskutek czego

⁶⁶¹ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries*, United Nations 2008, legal.un.org.

pozostaje dokumentem *prawa miękkiego* o charakterze rozwojowym. Stanowi wszakże jedyną kompleksową próbę kodyfikacji odpowiedzialności państw za czyny naruszające normy prawa międzynarodowego, a ranga organizacji, pod której auspicjami powstał, powoduje, iż na postanowieniach *ILC Draft Articles* opierał się wielokrotnie w swoich orzeczeniach nie tylko Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, ale również znacząca część międzynarodowych trybunałów arbitrażowych w sporach inwestycyjnych.⁶⁶²

W pierwszej części rozdziału omówiono podstawę odpowiedzialności państwa w związku z naruszeniem prawa międzynarodowego i okoliczności wyłączające odpowiedzialność, a także formy odpowiedzialności w związku ze zobowiązaniami drugiego stopnia. Ponieważ korporacje w zdecydowanej większości przypadków skarżą państwa powołując odpowiedzialność za czyny zabronione, skoncentrowano się w tym rozdziale na odpowiedzialności w rozumieniu *responsibility*, a nie *liability*, pojęcia definiującego odpowiedzialność za szkody powstałe w następstwie czynów prawnie dozwolonych.⁶⁶³ Dodatkowo umówiono podstawy przejęcia odpowiedzialności przez Unię Europejską za naruszenie norm prawa międzynarodowego przez państwo członkowskie w związku z wykonywaniem umowy handlowej w zakresie kompetencji wyłącznych UE. W podrozdziale drugim, dotyczącym implementacji odpowiedzialności, opisano podstawę i procedury pociągnięcia państwa do odpowiedzialności przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi. Podrozdział trzeci omawia koncepcję transnarodowego dochodzenia roszczeń, objawiającego się w szczególności dążnością do wyłączenia sporu spod jurysdykcji państwa przyjmującego. Omówiono związane z tym zjawisko zamykania się reżimów międzynarodowego prawa arbitrażowego (na przykładzie regulaminu ICSID) i wykonywanie przez korporacje transnarodowe kontrowersyjnego uprawnienia *treaty shopping*.

⁶⁶² Inną kwestię stanowią obiekcje co do zakresu stosowania Projektu Konwencji, por. rozważania wstępne trybunałów w sprawach *BG Group v. The Argentine Republic* (UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007) czy *Wintershall A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008)

⁶⁶³ Zagadnienia odpowiedzialności międzynarodowej państw za szkodliwe następstwa działań niezakazanych przez prawo międzynarodowe (*international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law*), związana ze szczególnie dużym ryzykiem wystąpienia szkody, jest też przez Komisję Prawa Międzynarodowego ONZ regulowana odrębnie, m.in. w rezolucji z 2006 pn. *International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities*.

1. Odpowiedzialność państwa za czyny zabronione w prawie międzynarodowym

1.1. Podstawa odpowiedzialności

Odpowiedzialność państwa na podstawie prawa międzynarodowego opiera się na generalnej zasadzie, iż każdy czyn państwa zabroniony w prawie międzynarodowym (*internationally wrongful act*) pociąga za sobą odpowiedzialność tego państwa.⁶⁶⁴ Ze względu na specyfikę prawa międzynarodowego, którego fundamentalną zasadą, obok suwerenności i nieingerencji, jest równość podmiotów (państw), czynem zabronionym jest naruszenie konkretnej (nie abstrakcyjnej) normy prawnej. W wyniku takiego naruszenia powstaje nowy stosunek prawny, którego treść stanowią obowiązki wiążące się z dokonaniem czynu zabronionego.⁶⁶⁵ Podstawę dla uznania czynu państwa za czyn zabroniony stanowią normy prawa międzynarodowego⁶⁶⁶, a odpowiedzialność państwa w związku z popełnieniem takiego czynu ma charakter prawnomiędzynarodowy, niezależnie od tego, czy nastąpiło naruszenie normy ogólnej prawa międzynarodowego czy normy *lex specialis* (w reżimie międzynarodowego prawa handlowego bądź inwestycyjnego).

Art. 2 *ILC Draft Articles* stanowi, iż czyn zabroniony prawem międzynarodowym w postaci działania bądź zaniechania ma miejsce wówczas, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki: istnieje możliwość przypisania tego czynu państwu na podstawie prawa międzynarodowego, a przy tym narusza on zobowiązanie międzynarodowe tego państwa.⁶⁶⁷ W kwestii możliwości przypisania czynu należy stwierdzić, iż państwo odpowiada zarówno za zachowania swoich organów⁶⁶⁸, jak i za zachowania podmiotów nie będących organami lecz wykonującymi ich władcze kompetencje w ramach konkretnie wyznaczonej funkcji⁶⁶⁹, a

⁶⁶⁴ Art. 1, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries*, United Nations 2008, legal.un.org

⁶⁶⁵ W wyniku naruszenia prawnomiędzynarodowych norm pierwszego stopnia (*primary rules*) powstają zobowiązania drugiego stopnia (*second degree requirements*). Por. komentarz prelegenta KPM Roberto Ago do *Draft Articles*, *op. cit.*, p. 31

⁶⁶⁶ *Draft Articles*, *op. cit.*, art. 3

⁶⁶⁷ *Ibidem*, art. 2

⁶⁶⁸ *Ibidem*, art. 4

⁶⁶⁹ *Ibidem*, art. 5

także podmiotów działających na podstawie wytycznych państwa⁶⁷⁰, oraz podmiotów prywatnych, nad którymi państwo sprawuje efektywną kontrolę⁶⁷¹. Efektywne zaangażowanie państwa w działanie podmiotów niepaństwowych może objawiać się na przykład realnym wpływem państwa na osoby będące w ich władzach⁶⁷².

Należy zauważyć, iż w warunkach europejskich istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności przez Unię Europejską za naruszenie zobowiązania międzynarodowego przez państwo członkowskie w związku z wykonywaniem umowy handlowej bądź inwestycyjnej zawartej z inwestorem zagranicznym strony trzeciej. W oświadczeniu złożonym w fazie ustnej postępowania przed panelem WTO w sprawie *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* Wspólnota Europejska zgodziła się na przypisanie jej odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej za wszelkie środki podejmowane przez jej państwa członkowskie w zakresie polityki celnej.⁶⁷³ Komisja Europejska argumentowała, iż w zakresie kompetencji wyłącznych WE samodzielność państw członkowskich jest ograniczona bądź wyłączona, w związku z czym pełna odpowiedzialność za naruszenie normy prawa międzynarodowego powinna zostać przypisana Wspólnocie, niezależnie od tego, czy rzeczywistym sprawcą naruszenia była WE czy państwo członkowskie.⁶⁷⁴

Można wskazać przynajmniej dwie podstawy prawne przypisania odpowiedzialności Unii Europejskiej za czyny zabronione w prawie międzynarodowym a dokonane przez państwo członkowskie. Przede wszystkim uznanie i przyjęcie za własne zachowania państwa przez organizację międzynarodową, zgodnie z art. 9 Projektu Konwencji Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych (*conduct acknowledged and adopted by an international organization as its own*).⁶⁷⁵ Przypisanie

⁶⁷⁰ Ibidem, art. 7

⁶⁷¹ Ibidem, art. 8

⁶⁷² Komentarz do *Draft Articles*, op. cit., p. 47

⁶⁷³ WT/DS62/R *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (USA v. WE), http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds62_e.htm, oświadczenie niepublikowane

⁶⁷⁴ Komentarz do art. 9 *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations 2011* (patrz: przepis niżej), ILC Report 63rd session (2011) art. 9 p. 3

⁶⁷⁵ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations 2011*, adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the

odpowiedzialności na tej podstawie zależy od wyraźnie wyrażonej woli organizacji międzynarodowej, która decyduje o tym, czy uzna zachowanie określonej zbiorowości osób *ex post* za własne - co skutkowałoby powstaniem zobowiązania prawnomiędzynarodowego drugiego stopnia, o ile doszłoby do naruszenia normy zobowiązaniowej. Zobowiązanie mogłoby zostać uznane i przyjęte za własne w całości bądź w części, zgodnie z wolą podmiotu uznającego. Podstawą przejęcia odpowiedzialności państwa przez UE mogłaby być również zgoda państwa na oddanie swojego organu do dyspozycji organizacji międzynarodowej.⁶⁷⁶

Naruszenie zobowiązania, w rozumieniu działania bądź zaniechania pozostającego w sprzeczności z treścią zobowiązania, jest przesłanką niezależną od jego źródła i charakteru⁶⁷⁷. Źródło zobowiązania nie musi mieć charakteru prawnomiędzynarodowego - może nim być również umowa zawarta między państwem a podmiotem prywatnym, o ile skutek zawartej tam klauzuli ramowej umowa taka zostanie skutecznie umiędzynarodowiona. Należy zauważyć, iż ten sam czyn niedozwolony może naruszać treść kilku zobowiązań zawartych w różnych źródłach prawa, i skutkować odpowiedzialnością państwa zarówno na podstawie kontraktu, jak i traktatu. Korporacja może wówczas podnosić roszczenia w oparciu o prawo właściwe, ale także w oparciu o traktat międzynarodowy w związku z naruszeniem treści choćby klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego, a niekiedy również klauzuli zakazu wyłączenia.⁶⁷⁸

Nie można mówić o odpowiedzialności państwa w związku z popełnieniem czynu przed datą wejścia w życie traktatu, zawierającego wiążące zobowiązanie. Zgodnie z zasadą nieretroakcji czyn taki nie narusza zobowiązania międzynarodowego państwa.⁶⁷⁹ Momentem powstania zobowiązania w przypadku czynów ciągłych (*continuing wrongful acts*) jest zgodnie z art. 14 *ILC Draft Articles* moment dokonania czynu, nawet jeżeli jego skutki nie

Commission's report covering the work of that session (A/66/10, para. 87). Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two, art. 9

⁶⁷⁶ Anna Czaplińska, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, 272ff

⁶⁷⁷ Ibidem, 54ff

⁶⁷⁸ M. Jeżewski, op. cit., 376

⁶⁷⁹ *Draft Articles*, op. cit., art. 13

ustały⁶⁸⁰. Skutki czynu niedozwolonego rozciągnięte w czasie stanowią pewien kontekst (*general context of attributable conduct*), przez co mogą mieć wpływ zarówno na wyłączenie odpowiedzialności państwa, jak i na wysokość odszkodowania, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, zwłaszcza w sprawach dotyczących wyłączenia pośredniego⁶⁸¹. W tego typu sprawach istotne znaczenie ma również potraktowanie szeregu działań bądź zaniechań państwa jako jednego łącznego działania o skutku wyłączeniowym, w rozumieniu art. 15 *ILC Draft Articles*. Aby wywołać odpowiedzialność państwa, czyn złożony (*composite act*) musi stanowić kumulację zachowań państwa wystarczającą do uznania go za jeden czyn łączny, a jednocześnie w momencie popełnienia decydującego czynu musi istnieć zobowiązanie państwa.⁶⁸²

Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ nie wymienia innych niż czyn zabroniony przesłanek odpowiedzialności, takich jak szkoda, ryzyko czy słuszność, które są uznawane w krajowych porządkach prawnych. Jednakże w części poświęconej implementacji odpowiedzialności międzynarodowej państw (art. 42-48) pojawia się pojęcie państwa poszkodowanego (*injured state*).⁶⁸³ W orzecznictwie z zakresu skarg inwestycyjnych można spotkać zarówno rozstrzygnięcia opierające się jedynie na przypisaniu czynu zabronionego państwu i ocenie naruszenia zobowiązania⁶⁸⁴, jak i orzeczenia, w których jednoznacznie uznano wystąpienie szkody za wymóg konieczny dla uznania odpowiedzialności państwa. Zgodnie z jak się wydaje trafną opinią zawartą w orzeczeniu w sporze *Merrill & Ring* przeciwko rządowi Kanady z 2010 nieuwzględnienie w zdecydowanej większości majątkowego charakteru roszczeń w sprawach inwestycyjnych byłoby trudne do wyjaśnienia i sprzeczne ze specyfiką międzynarodowego prawa inwestycyjnego.⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ Ibidem, art. 14

⁶⁸¹ Patrz: wyrok w sprawie *Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, op. cit., par. 68

⁶⁸² *Draft Articles*, op. cit., art. 15

⁶⁸³ Komentarz do *Draft Articles*, op. cit., Part Three *The Implementation of International Responsibility of a State* Chapter I, 116ff

⁶⁸⁴ Patrz: decyzja trybunału ICSID dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie *Total S.A. v. The Argentine Republic*, op. cit., ann. 51

⁶⁸⁵ Patrz: wyrok w sprawie *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Administered Case, Award, 31 March 2010, par. 245

1.2. Okoliczności egzoneracyjne

Do okoliczności wyłączających odpowiedzialność państwa za czyn niedozwolony w prawie międzynarodowym (*circumstances precluding wrongfulness*) zaliczyć należy ważną zgodę, samoobronę, środki odwetowe, siłę wyższą, zagrożenie życia i stan wyższej konieczności. Zgodnie z art. 20. *ILC Draft Articles* okolicznością mogącą skutecznie wyłączyć odpowiedzialność państwa jest zgoda inwestora, pod warunkiem, iż została ona wyrażona w sposób zgodny z prawem, a zachowanie państwa mieści się w zakresie tak wyrażonej zgody.⁶⁸⁶ W przypadku międzynarodowego prawa inwestycyjnego, stroną traktatu jest wprawdzie państwo, lecz stroną kontraktu, który powołuje się na ochronę traktatową, jest korporacja transnarodowa występująca jako inwestor. Państwo pochodzenia inwestora nie może wbrew jego woli wyrazić zgody na naruszenie jakichkolwiek zobowiązań, podjętych wobec niego przez państwo przyjmujące, co wynika z zasady, iż to bezpośrednio inwestorowi przysługują uprawnienia wynikające z traktatowych standardów traktowania. Inwestor zachowuje autonomię woli, zatem zgoda staje okolicznością egzoneracyjną jedynie wówczas, gdy została zachowana tożsamość podmiotowa strony zobowiązania i podmiotu wyrażającego zgodę. Inwestor może dobrowolnie zgodzić się na wyłączenie w imię interesu publicznego, rezygnując z odszkodowania, jak również może przystać na zachowanie państwa przyjmującego niezgodne z treścią zobowiązań umownych, wyłączając odpowiedzialność kontrahenta zarówno na podstawie postanowień kontraktowych jak i traktatowych klauzul traktowania inwestora i inwestycji, których jest dysponentem. Zgoda powinna być wyrażona przez uprawniony organ spółki.⁶⁸⁷

W art. 21 *ILC Draft Articles* kolejną przesłanką egzoneracyjną dla bezprawności czynu jest samoobrona (*self-defence*), o ile taki środek prawny został zastosowany zgodnie z postanowieniami Karty Narodów Zjednoczonych.⁶⁸⁸ Art. 51 Karty NZ⁶⁸⁹ stanowi, iż dozwolone jest użycie siły dla odparcia napaści zbrojnej ze strony innego podmiotu. W przypadku zachowań inwestora na terytorium państwa przyjmującego można wyobrazić sobie

⁶⁸⁶ *Draft Articles*, op. cit., art. 20

⁶⁸⁷ M. Jeżewski, op. cit., 386f

⁶⁸⁸ *Draft Articles*, op. cit., art. 21

⁶⁸⁹ Karta Narodów Zjednoczonych ONZ, podpisana w San Francisco w dniu 26 czerwca 1945, art. 51

policyjne działania następne bądź prewencyjne⁶⁹⁰ organów państwa przyjmującego w sytuacji możliwego zaangażowania pracowników bądź majątku inwestora w działalność o charakterze terrorystycznym bądź zbrojnym, skierowaną przeciwko państwu przyjmującemu. Inną nietypową przesłanką wyłączającą odpowiedzialność państwa jest działanie przedstawiciela państwa, który znalazł się w stanie zagrożenia życia (*distress*) i w danych okolicznościach nie mógł podjąć działania równie skutecznie neutralizującego ten stan, niż poprzez dokonanie czynu bezprawnego w rozumieniu prawa międzynarodowego.⁶⁹¹

Prawo międzynarodowe dopuszcza stosowanie środków odwetowych (*countermeasures*). W art. 22 *ILC Draft Articles* stwierdza się, iż czyn państwa w postaci środka odwetowego zgodnie z warunkami legalności zawartymi w dalszej części *ILC Draft Articles* (art. 49-54) wyłącza odpowiedzialność państwa za czyn zabroniony.⁶⁹² Dopuszczalność stosowania środka odwetowego, przy zachowaniu proporcjonalności tego środka, jest motywowana brakiem innej możliwości wymuszenia wywiązania się z zobowiązania. Jednocześnie wyklucza się możliwość zastosowania odwetu w stosunku do podmiotu niebędącego winnym naruszenia zobowiązania prawnomiędzynarodowego. Z punktu widzenia korporacji transnarodowej istotne jest, iż podjęte przez państwo przyjmujące legalne środki odwetowe dotyczące tę korporację nadal muszą spełniać warunek reakcji na wcześniejszy czyn zabroniony jej państwa pochodzenia i być skierowane wyłącznie przeciwko temu państwu. Trzeba zauważyć, iż w orzecznictwie arbitrażowym dotyczącym inwestycji zagranicznych wykrystalizował się pogląd, zgodnie z którym korporacja-inwestor posiada uprawnienia materialnoprawne przyznane traktatowo, i że środki odwetowe nie mogą tych uprawnień naruszać. Intencję uznania odrębności praw inwestora przypisuje traktatowi NAFTA m.in. trybunał rozstrzygający w sprawie *Corgill Inc.* przeciwko Meksykowi, dodając, iż inwestor jest w zakresie obrony swoich praw stroną równouprawnioną (*the named party in all respects*).⁶⁹³

⁶⁹⁰ Zgodnie ze współczesnym, szerokim rozumieniem pojęć *napaści zbrojnej* i *samoobrony* dozwolone są również działania prewencyjne, choćby dla wyprzedzenia uprawdopodobnionego aktu terroru.

⁶⁹¹ *Draft Articles*, op. cit., art. 21

⁶⁹² Ibidem, art. 22

⁶⁹³ *Corgill Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award dated September 18, 2009, par. 426

Traktaty zwykle nie wymieniają siły wyższej (*force majeure*) jako przesłanki egzoneracyjnej. W takiej sytuacji w orzecznictwie można spotkać zarówno interpretacje w oparciu o prawo zwyczajowe, jak i - wobec zbieżnego ujęcia tego zagadnienia przez prawo międzynarodowe i przez krajowe porządki prawne - w oparciu o zasady ogólne prawa międzynarodowego. O ile strony kontraktu inwestycyjnego nie uzgodniły w określonym zakresie odpowiedzialności absolutnej, siła wyższa jest czynnikiem wyłączającym skutecznie ich odpowiedzialność zarówno na gruncie kontraktu, jak i traktatu. Siłę wyższą w rozumieniu art. 23 ust. 1 *ILC Draft Articles* stanowi wystąpienie nieodpartej siły lub nieprzewidywalnego zdarzenia, pozostającego poza kontrolą państwa, uniemożliwiającego w sposób istotny wypełnienie zobowiązania. W ust. 2 dodano, iż dla uznania siły wyższej nie może ona wynikać z zachowania państwa, ani też państwo nie uwzględniało ryzyka wystąpienia takiej sytuacji.⁶⁹⁴ Zarówno wystąpienie niepokojów militarnych⁶⁹⁵, jak i poważnego kryzysu gospodarczego⁶⁹⁶ w kraju przyjmującym można uznać za wystąpienie siły wyższej, jednakże każdy taki przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie w oparciu o skonkretyzowane przesłanki.

Swoje działania w kontekście kryzysu gospodarczego państwa zdecydowanie częściej niż siłą wyższą motywują stanem wyższej konieczności (*necessity*). Dobrze ilustruje to szereg postępowań arbitrażowych w sprawach prowadzonych przeciwko Republice Argentyny na podstawie rozdziału XI traktatu NAFTA w związku z krokami, jakie Argentyna podjęła w obliczu głębokiego kryzysu gospodarczego na przełomie XX i XXI wieku, co zresztą nie uchroniło jej przed koniecznością ogłoszenia upadłości.⁶⁹⁷ Analizując przesłanki negatywne wymienione w art. 25 *ILC Draft Articles* za stan wyższej konieczności wyłączający odpowiedzialność państwa uważać należy sytuację spełniającą łącznie cztery warunki. Przede wszystkim państwo naruszające zobowiązanie traktatowe nie może mieć innej możliwości zabezpieczenia swoich zasadniczych interesów (*essential interest*) w obliczu doniosłego i nieuchronnego zagrożenia (*grave and imminent peril*). Działanie to nie może naruszać

⁶⁹⁴ *Draft Articles*, op. cit., art. 24

⁶⁹⁵ Patrz: wyrok w sprawie *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008

⁶⁹⁶ Patrz: wyrok w sprawie *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007

⁶⁹⁷ Por. orzeczenia w sprawach *CMS Gas przeciwko Argentynie z 2005 op. cit.*, *LG&E przeciwko Argentynie z 2006 op. cit.*, *Enron przeciwko Argentynie z 2007 op. cit.* czy *Sempra przeciwko Argentynie z 2010 op. cit.*

istotnych interesów państw na rzecz których zobowiązanie powstało, ani społeczności międzynarodowej jako całości. Ponadto zobowiązanie nie może przewidywać wyłączenia możliwości powołania się na stan wyższej konieczności. I w końcu, państwo dokonujące czynu bezprawnego nie może w żaden sposób przyczynić się uprzednio do zaistnienia stanu wyższej konieczności.⁶⁹⁸

Konieczność podjęcia radykalnych działań w obliczu zagrożenia doniosłego i nieuchronnego, jakim było globalne załamanie gospodarcze skutkujące dla Argentyny poważnym kryzysem, została uznana przez trybunał arbitrażowy w sprawie z powództwa *CMS GT Company* za okoliczność egzoneracyjną, niezależnie od rozstrzygnięcia w tej sprawie.⁶⁹⁹ Podobnie w sporze *LG&E Energy* przeciwko Argentynie sąd wyraził opinię, zgodnie z którą poważny kryzys gospodarczy nie może nie stanowić zasadniczego interesu bezpieczeństwa państwa (*essential security interest*), w rozumieniu art. 2102 traktatu NAFTA, bowiem tego rodzaju rozumowanie oznaczałoby "obniżenie rangi wpływu gospodarki na życie całej ludności i możliwości przywódcze rządu. Kiedy podstawy gospodarcze są zagrożone, powaga problemu może być równoważna z inwazją wojskową".⁷⁰⁰ Biorąc jednak pod uwagę zakres ochrony, jaki w kontekście drastycznych działań antykryzysowych państwa przyjmującego dają korporacji transnarodowej klauzule traktatowe, w tym przede wszystkim klauzula pełnej ochrony i bezpieczeństwa, możliwość skutecznego powołania się przez państwo na stan wyższej konieczności jako okoliczność egzoneracyjną wydaje się być bardziej ograniczona. Nawet jeśli konsekwencje kryzysu są daleko idące, a działalność gospodarcza nie może być prowadzona w normalny sposób, w zestawieniu z określonymi zachowaniami państwa nie musi to stanowić okoliczności wyłączającej odpowiedzialność państwa za naruszenie zobowiązania międzynarodowego, choć niewątpliwie może wpływać na wysokość odszkodowania.

⁶⁹⁸ *Draft Articles*, op. cit., art. 25

⁶⁹⁹ Wyrok w sprawie, *CMS Gas*, op. cit. par. 319

⁷⁰⁰ Wyrok w sprawie *LG&E Energy Corp. et al. v. The Argentine Republic*, op. cit., par. 238

1.3. Formy odpowiedzialności

Odpowiedzialność państwa, która powstała w związku z popełnieniem przez nie czynu zabronionego w prawie międzynarodowym, pociąga za sobą zgodnie z art. 28 *ILC Draft Articles* konsekwencje prawne nie tylko w stosunku do państw, ale również wobec podmiotów prywatnych.⁷⁰¹ Konsekwencje prawne nie mogą przy tym mieć wpływu na wykonywanie pierwotnego, naruszonego przez państwo zobowiązania.⁷⁰² Komisja Prawa Międzynarodowego do takich konsekwencji zalicza obowiązek zaprzestania naruszeń zobowiązania i gwarancje dalszego nienaruszania oraz reparacje, w tym obowiązek przywrócenia do stanu sprzed naruszenia zobowiązania (restytucja), odszkodowanie pieniężne i satysfakcję.⁷⁰³ Państwo, na rzecz którego zasądzono reparacje, nie konieczne musi być ostatecznym beneficjentem (*ultimate beneficiary*) tego obowiązku. Zgodnie z art. 33 ust. 2 *ILC Draft Articles* podmiotem bezpośrednio uprawnionym, mimo iż nie będącym stroną traktatu, może być podmiot inny niż państwo, w tym również korporacja transnarodowa i jej akcjonariusze. W sprawie *LaGrand*⁷⁰⁴ Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości rozpatrując sprawę naruszenia praw człowieka (w tym konkretnym przypadku poprzez ograniczenie wolności) powołał art. 36 *Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych*⁷⁰⁵, stwierdzając, iż tworzy on indywidualne uprawnienia, i podmioty prywatne mogą się na te uprawnienia powoływać bezpośrednio, z pominięciem opieki dyplomatycznej państwa pochodzenia.⁷⁰⁶

Pierwszym wymogiem usunięcia skutków działania nielegalnego jest zaprzestanie naruszania (*cessation in breach*) zobowiązania międzynarodowego, zaś celem tego wymogu jest zaprzestanie łamania prawa międzynarodowego jako takiego oraz zapewnienie ciągłości obowiązywania i efektywności zobowiązania pierwotnego.⁷⁰⁷ Zaprzestanie naruszania zobowiązania jest wymagane, o ile państwo naruszające nie zaprzestało tego działania, a

⁷⁰¹ Komentarz do *Draft Articles*, op. cit., p. 87

⁷⁰² *Draft Articles*, op. cit., art. 29

⁷⁰³ Ibidem, art. 34

⁷⁰⁴ Wyrok MTS w sprawie *LaGrand*, op. cit., par. 78

⁷⁰⁵ Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963, Dz.U. 82.13.98 z 17 maja 1982

⁷⁰⁶ Komentarz do *Draft Articles*, op. cit., p. 95

⁷⁰⁷ Komisja Prawa Międzynarodowego wymienia najpierw aspekt systemowy, a dopiero w drugiej kolejności skutki dla danego stosunku prawnego. Por. Komentarz do *Draft Articles*, op. cit., p. 89

naruszone zobowiązanie wiąże to państwo w chwili orzekania o odpowiedzialności.⁷⁰⁸ Zaprzestanie naruszania jest powiązane z zapewnieniem nie dokonywania naruszeń powtórnych (*guarantees of non-repetition*) ze strony państwa skarżonego, o ile okoliczności na to pozwalają.⁷⁰⁹

Standard obowiązku reparacyjnego jest ogólną zasadą prawa międzynarodowego przynajmniej od czasu orzeczenia SMTS w sprawie *Fabryki Chorzowskiej*, kiedy to trybunał stwierdził, iż "każde naruszenie zobowiązań [prawa międzynarodowego] pociąga za sobą obowiązek reparacji. (...) Reparacja jest nieodłącznym następstwem uchybienia stosowania konwencji i nie ma potrzeby, aby o obowiązku tym stanowiła sama konwencja. Istnienie zasady ustanawiającej zobowiązanie do dokonania reparacji jest niekwestionowanym elementem pozytywnego prawa międzynarodowego."⁷¹⁰ Jeśli chodzi o skutki odpowiedzialności, to przyjmuje się, iż powstałą szkodę należy naprawić w całości, bowiem "reparacja musi, na ile to możliwe, wymazać wszystkie następstwa niedozwolonego działania i przywrócić stan, który prawdopodobnie by istniał, gdyby odnośne działanie nie zostało dokonane."⁷¹¹ KPM w art. 34 *ILC Draft Articles* dopuszcza zarówno rozdzielne, jak i łączne stosowanie reparacyjnych form odpowiedzialności.⁷¹²

Trybunały traktujące treści odpowiedzialności hierarchicznie dochodziły do wniosku, iż restytucja, polegająca na przywróceniu do stanu sprzed naruszenia zobowiązania, powinna mieć pierwszeństwo przed odszkodowaniem pieniężnym.⁷¹³ Jednakże w praktyce najbardziej pożądaną przez korporacje formą wykonania przez państwo obowiązku naprawienia szkody jest odszkodowanie pieniężne, a STSM w sprawie *Fabryki Chorzowskiej* dodał, iż "dopuszczalność takiego wyboru nie powinna być kwestionowana".⁷¹⁴ Przywrócenie do stanu poprzedniego jest często zresztą niemożliwe, a niekiedy jedynym sposobem doprowadzenia do stanu ponownej legalności jest dokonanie przez państwo szeregu działań zmieniających

⁷⁰⁸ *Draft Articles*, op. cit., art. 30

⁷⁰⁹ *Ibidem*

⁷¹⁰ Wyrok STSM w sprawie fabryki chorzowskiej: *Factory at Chorzów (Merits)*, Germany v. Poland, Judgement of 13 Sep 1928, PCIJ Serie A, 1928, Nr 17

⁷¹¹ *Ibidem*, 29

⁷¹² *Draft Articles*, op. cit., art. 34

⁷¹³ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, op. cit., par. 494f

⁷¹⁴ Wyrok STSM w sprawie fabryki chorzowskiej, op. cit.

sytuację pierwotną na znacząco inną (*duty to perform*). Restytucja w sprawie CMS przeciwko Argentynie⁷¹⁵ polegała nie na zaprzestaniu działań antykryzysowych przez rząd, lecz na przystąpieniu do negocjacji dla zrównania praw i obowiązków podmiotów aktywnych na tym samym rynku. Podobnie, gdy w grę wchodzi roszczenia niemajątkowe, jak to miało miejsce w przypadku zarzutu uniemożliwienia odwołania się do trybunału arbitrażowego wbrew postanowieniom kontraktowym w sprawie ATA przeciwko Jordanii⁷¹⁶, wówczas obowiązek restytucyjny może przyjąć *de facto* formę zaprzestania naruszania zobowiązania, jako że niewywiązywanie się z umowy stanowi czyn ciągły.⁷¹⁷

Przyjmuje się, iż tam gdzie nie jest możliwa restytucja, należy dla realizacji zobowiązania drugiego stopnia dokonać na rzecz podmiotu poszkodowanego wypłaty odszkodowania pieniężnego. Odszkodowanie powinno odpowiadać wartości restytucji, ponieważ jego cel i zakres są tożsame z przywróceniem stanu sprzed naruszenia zobowiązania pierwotnego. Choć pewna część orzeczeń arbitrażowych opiera się na formule odszkodowania właściwego (*appropriate compensation*),⁷¹⁸ to jednak należy przyjąć, iż standardem odszkodowawczym dominującym w orzecznictwie inwestycyjnym jest pełna rekompensata szkód w oparciu o *formułę Hulla*, akcentującym wypłatę niezwłoczną, odpowiednią (skorelowaną z wartością rynkową) i skuteczną (efektywnie rekompensującą szkody).⁷¹⁹ Przy tym, ustalenie wysokości odszkodowania w odniesieniu do szkody powinno uwzględniać zarówno rzeczywiście powstały uszczerbek majątkowy (*damnum emergens*), jak i, tam gdzie to ma zastosowanie, utratę przyszłych korzyści (*lucrum cessans*) w oparciu o uczciwą wartość rynkową (*fair market value*).⁷²⁰ Takie podejście ma miejsce zwłaszcza w przypadkach zasądzenia obowiązku wypłaty odszkodowania w następstwie wykazania wyłączenia bezpośredniego.

⁷¹⁵ Orzeczenie w sprawie CMS Gas, op. cit., par. 406ff

⁷¹⁶ Wyrok w sprawie ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, par. 131

⁷¹⁷ M. Jeżewski, op. cit., 410

⁷¹⁸ Por. wyrok końcowy w sprawie Shahin Shane Ebrahimi et al. v. Islamic Republic of Iran, Iran - U.S. Claims Tribunal, Final Award, 12 October 1994, p. 38f

⁷¹⁹ Por. wyrok w sprawie Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, City Court of Stockholm, Arbitration Award, 7 July 1998, art. 3.1.4

⁷²⁰ *Draft Articles*, op. cit., art. 36 ust. 2

Metod ustalenia wartości rynkowej w związku ze sporami inwestycyjnymi jest wiele. Najbardziej powszechnie stosowaną metodą jest wycena w oparciu o zdyskontowane przepływy pieniężne (*discounted cash flow method*), polegająca na wycenie osiągniętych rzeczywiście przychodów z wykorzystaniem mnożnika dyskontującego wartość składników majątkowych o możliwe przychody przyszłe. Drugą metodą jest wycena księgowa (*book value method*), oparta na wartości netto inwestycji ujawnionej w bilansie spółki-inwestora. Metoda księgowa jest wykorzystywana zwłaszcza w przypadku wyłączenia bezpośredniego, i wówczas nie uwzględnia niezrealizowanych korzyści przyszłych, co może prowadzić do różnic w wycenie majątku spółki w stosunku do wartości rynkowej. Pozostałe dwie zasadnicze metody wyceny majątkowej, tj. metoda odtworzeniowa i metoda likwidacyjna, są w międzynarodowych sporach inwestycyjnych stosowane jedynie sporadycznie.⁷²¹ Zadośćuczynienie za straty moralne (*redress for moral damages*) jest formą odszkodowania orzekaną incydentalnie i jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach, np. gdy inwestor zagraniczny jest fizycznie zagrożony, osadzony w areszcie, bądź potraktowany w podobny sposób⁷²², a przy tym zachowanie państwa nie tylko narusza normy prawne uznawane powszechnie przez państwa cywilizowane, ale dodatkowo naruszenie takie ma charakter rażący.⁷²³

Inną rzadko spotykaną formą reparacji jest satysfakcja, która zgodnie z art. 37 *ILC Draft Articles* uzewnętrznia się uznaniem faktu naruszenia, wyrażeniem żalu, przeprosinami, bądź innym tego rodzaju działaniem ze strony państwa skarżonego.⁷²⁴ Na orzeczeniu tej formy odpowiedzialności może zależeć zwłaszcza inwestorom, dla których wizerunek ma kluczowe znaczenie gospodarcze, np. dla globalnych firm franchisingowych. Trybunały

⁷²¹ Więcej na ten temat: Mark Kantor, *Valuation for Arbitration. Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Kluwer Law International BV The Netherlands, 2008

⁷²² Patrz: wyrok w sprawie Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, par. 333. Trybunał na potrzeby procedowanej sprawy wyznaczył granice *strat moralnych*: "As a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State, but that moral damages can be awarded in exceptional cases, provided that: (1) the State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act; (2) the State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and (3) both cause and effect are grave or substantial."

⁷²³ Szerzej: Jarrod Wong, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Koninklijke Brill NV Leiden, The Netherlands, 2013, 67ff

⁷²⁴ *Draft Articles*, op. cit., art. 37

zwykle jednak pomijają tę formę przywrócenia stanu wyjściowego, wychodząc z założenia, jak to miało miejsce w sprawie *ADC przeciwko Węgrom*, iż dla korporacji transnarodowych, inwestujących poważne środki kapitałowe i oczekujących określonej stopy zwrotu na kapitale, naturalnym środkiem reparatornym powinno być odszkodowanie pieniężne.⁷²⁵

2. Bezpośrednie dochodzenie roszczeń w postępowaniu arbitrażowym

2.1. Rozstrzyganie sporu w oparciu o traktat międzynarodowy

W obronie swoich inwestycji korporacje transnarodowe dokonały czegoś, co jeszcze kilkadziesiąt lat temu wydawało się niemożliwe, i co nadal jest niedostępne w przypadku międzynarodowych sporów handlowych: doprowadziły do uznania ich prawa do bezpośredniego dochodzenia roszczeń na gruncie prawa międzynarodowego. Zasadniczo wymaga to spełnienia określonych warunków. Jeszcze kilkanaście lat temu konieczna była wyraźna zgoda państwa, lecz postępująca "prywatyzacja" prawa narodów doprowadziła do kontestacji zasady konsensusu. Przy tym międzynarodowy arbitraż inwestycyjny w sporach państwa z podmiotem prywatnym jest już dziś nie tylko powszechnie dostępny, ale dostęp do arbitrażu jest postrzegany jako jeden ze standardów ochrony inwestycji i inwestora w kontekście traktowania bezstronnego i słusznego.⁷²⁶ Inwestor staje się na czas sporu podmiotem praw i obowiązków międzynarodowych, bowiem sprawiedliwość proceduralna wymaga, aby strony postępowania przed trybunałem arbitrażowym (tj. państwo i prywatna osoba prawna) były wobec siebie równe, co znalazło odzwierciedlenie w pkt. 5 preambuły *Wzorcowych Reguł Procedury Arbitrażowej Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ (UN Model Rules on Arbitral Procedure)*.⁷²⁷

⁷²⁵ Orzeczenie w sprawie jurysdykcji, przedmiotu sporu i ustalenia szkody *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, op. cit., par. 502

⁷²⁶ Por. orzeczenie dot. zarzutów wstępnych w sprawie *Renta 4 S.V.S.A., et al. v. The Russian Federation SCC Case No. Arbitration v (024/2007)*, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, par. 23; Patrz też w odniesieniu do MERCOSUR i NAFTA: Christopher R. Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011

⁷²⁷ *Model Rules on Arbitral Procedure*, dokument przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych na 10. sesji i przedłożony (wraz z komentarzem) Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ w

Nie ulega wątpliwości, że posiadać *ius standi* w prawie międzynarodowym to mieć (ograniczoną do funkcji i celów) podmiotowość tego reżimu prawnego. Dodatkowo, w odróżnieniu od prawa międzynarodowego powszechnego, w międzynarodowym prawie inwestycyjnym dla uznania dopuszczalności roszczenia nie ma obowiązku uprzedniego wyczerpania środków odwoławczych dostępnych w prawie krajowym, o ile w traktacie inwestycyjnym nie postanowiono inaczej. Nawet jeżeli jednak traktat regulowałby tę kwestię odmiennie, podmiot prywatny nie ma obowiązku wyczerpania środków prawnych przed sądami krajowymi, w sytuacji gdy są one niedostępne w rozsądny sposób bądź gdy są nieefektywne (*reasonable possibility of an effective remedy*),⁷²⁸ podobnie jak ma to miejsce w procedurze opieki dyplomatycznej.

W sporach, w których skarżący powołuje postanowienia traktatowe, istnieje powszechny obowiązek podjęcia próby rozstrzygnięcia ich w sposób koncyliacyjny na szczeblu międzyrządowym. Realizacja tego obowiązku może przybrać formę konsultacji międzyrządowych, bądź też wspólnej deklaracji o charakterze interpretacyjnym w rozumieniu art. 31 ust. 3 (a) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. W sytuacji gdyby taki środek zawiódł, pozostaje poddanie sporu pod arbitraż, przy czym nic nie stoi na przeszkodzie, aby w czasie trwania procedury arbitrażu państwo przyjmujące i państwo pochodzenia inwestora prowadziły konsultacje bądź negocjacje zmierzające do uniknięcia wydania orzeczenia arbitrażowego. Państwo pochodzenia inwestora może tu działać zarówno w interesie inwestora (sprawując opiekę dyplomatyczną), jak i w interesie własnym. W tym drugim przypadku nie ma konieczności wskazywania na szkodę podmiotu prywatnego.⁷²⁹

W prawie międzynarodowym nie ma żadnego obowiązkowego forum rozsądzania sporów, ani też jednolitej procedury arbitrażowej. Trybunały arbitrażowe są zazwyczaj powoływane *ad hoc*, choć standardowo działają w ramach jednej z uznanych i wyspecjalizowanych instytucji, takich jak ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* - Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych) z siedzibą w Waszyngtonie, UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade*

ramach raportu z sesji (por. art. 22). *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, legal.un.org, United Nations 2005.

⁷²⁸ *Yearbook of the International Law Commission 2002, Documents on the fifty-fourth session*, Vol.II, 56: *Diplomatic protection*, art. 14 a) (iii).

⁷²⁹ M. Jeżewski, op. cit., 416

Law - Komisja ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego), czy orzekający głównie w oparciu o Traktat Karty Energetycznej Instytut Arbitrażowy Izby Handlowej w Sztokholmie (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). Wobec przekroczenia terminu na ukonstytuowanie się składu orzekającego może on na wniosek stron zostać ustalony bądź uzupełniony przez podmiot niezależny, którym często jest przewodniczący Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z art. 3 ust. 2 *UN Model Rules on Arbitral Procedure* (Wzorcowe Reguły Procedury Arbitrażowej ONZ).⁷³⁰

Trybunał arbitrażowy działa na podstawie kompetencji przyznanej mu zgodnie przez strony poddające się jego werdyktowi. Trybunał ma przede wszystkim kompetencję do interpretowania przedłożonego stanowiska stron i do oceny zakresu własnej kompetencji, w tym także do dorozumienia (*implied powers*).⁷³¹ Podstawę orzekania stanowi, zgodnie z art. 10 *UN Model Rules* powołany traktat, a ponadto zwyczaj międzynarodowy, ogólne zasady prawa międzynarodowego, orzecznictwo i doktryna. Aby zapobiec sytuacji *non liquet quot* dopuszczalne jest również orzekanie *ex aequo et bono*, o ile strony wyrażą na to zgodę.⁷³² Źródłem kompetencji trybunału arbitrażowego jest zatem zgoda obu stron na poddanie się procedurze arbitrażu. Zgoda ta powinna być wyrażona *explicite*, do czego wystarczy niekiedy sama notyfikacja sporu, bowiem zazwyczaj wynika z niej jasno i jednoznacznie zamiar strony.⁷³³ O ile podmiot prywatny wyraża zgodę na arbitraż w odniesieniu do konkretnego stosunku prawnego, o tyle państwo może to uczynić *erga omnes* przy spełnieniu określonych warunków. Państwo może zatem wyrazić zgodę nie tylko w kontrakcie, ale również w traktacie o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji czy w traktacie o stosunkach handlowych i gospodarczych, a dodatkowo w ustawie bądź w ustawie zasadniczej, a zatem w akcie stanowienia prawa wewnętrznego.

Zakres przedmiotowy zgody, wyrażonej w klauzuli arbitrażowej czy w innej postaci, zależy od treści oświadczenia woli strony. Zazwyczaj zakres zgody jest ograniczony, zarówno wymogami formalnymi jak i materialnymi. Formalną regułą jest sześciomiesięczny *cooling-*

⁷³⁰ *Model Rules on Arbitral Procedure*, op. cit.

⁷³¹ Ibidem, art. 9

⁷³² Ibidem, art. 10 i 11. Nie opisano wprowadzie takiej zgody przymiotnikami *dobrze przemyślana* i *wyraźna*, jak to ma miejsce w polskim prawie cywilnym, a MTS (ani wcześniej SMTS) nie orzekały dotąd w oparciu o własne przekonania z wyłączeniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

⁷³³ Procedury poszczególnych międzynarodowych forów arbitrażowych różnie tę kwestię regulują, np. w przypadku UNCITRAL za zgodę uważa się przesłanie drugiej stronie wezwania na arbitraż.

off period, okres między notyfikacją sporu a rozpoczęciem procedowania przez trybunał arbitrażowy, który strony powinny spożytkować na przystąpienie do negocjacji w celu koncyliacyjnego rozstrzygnięcia spornej sprawy. Jeżeli jednak trybunał uzna, iż strona obwiniana pozoruje negocjacje a jej rzeczywistym celem jest opóźnianie rozstrzygnięcia sporu, wówczas trybunał może wszcząć postępowanie arbitrażowe przed upływem okresu wyznaczonego na koncyliację, traktując *cooling-off period* jako jeden z elementów procedury arbitrażowej.

Państwo może również postawić warunek wyczerpania krajowej drogi odwoławczej, co jest najczęściej motywowane istnieniem zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego odnoszącej się do każdego stosunku prawnego zawiązanego między państwem a podmiotem prywatnym,⁷³⁴ a także możliwością naprawienia naruszenia zobowiązania w oparciu o podległy państwu wymiar sprawiedliwości.⁷³⁵ Wyczerpanie drogi krajowej w sporach inwestycyjnych nie jest konieczne, o ile strony konkretnego stosunku zobowiązaniowego opartego na umowie zawierającej klauzulę arbitrażową wyraźnie nie postanowią inaczej. Zgody na wyczerpanie krajowych środków odwoławczych nie można domniemywać. Przeciwnie, zgoda na arbitraż w oparciu na przykład o konwencję ICSID jest uważana za wyrażoną, o ile strony nie postanowią inaczej, a przy tym wyrażona *implicite* zgoda obejmuje rezygnację z jakiegokolwiek innego środka.⁷³⁶

Z wymogu zaniechania wyboru innego środka prawnego wynika zakaz wyboru innego forum rozsądzającego. Jest to kolejny warunek formalny chroniący interesy państwa przyjmującego, wkomponowany zazwyczaj w traktat inwestycyjny w postaci klauzuli *fork in the road*. Inwestor może mieć do dyspozycji sąd powszechny w kraju wykonywania inwestycji, trybunał arbitrażowy wyznaczony klauzulą arbitrażową w kontrakcie z państwem przyjmującym, a w przypadku skutecznego zastosowania klauzuli ramowej również trybunał arbitrażowy wyznaczony w traktacie inwestycyjnym. Aby nie być wielokrotnie pozywanym w związku z tym samym roszczeniem, państwo stosuje regułę *fork in the road*, dającą możliwość rozłącznego potraktowania dostępnych środków wymiaru sprawiedliwości, o ile

⁷³⁴ Por. orzeczenie w sprawie Elettronica Sicula S.p.A. (United States v. Italy), ICJ Reports 1989, Rep. 15, Judgement of 20 July 1989, p. 42

⁷³⁵ Por. decyzja dot. zastrzeżeń państwa pozwanego dotyczących kompetencji i jurysdykcji trybunału w sprawie The Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction, 5 Jan 2001, par. 71

⁷³⁶ Art. 26 Konwencji ICSID, cit. 13

spełnione zostały łącznie przesłanki tożsamości podmiotów i przedmiotu sporu oraz tożsamości roszczenia.⁷³⁷

2.2. Postępowanie arbitrażowe

Procedura regulująca postępowanie arbitrażowe zależy od wyboru organizacji arbitrażowej, pod protektorem której powołany został trybunał. Bez wątpienia najważniejszym forum dla rozstrzygania międzynarodowych sporów inwestycyjnych jest powołane konwencją waszyngtońską w 1966 ICSID, jedna z pięciu agencji tworzących instytucję Banku Światowego.⁷³⁸ Dodatkowym czynnikiem różnicującym jest pewien poziom władzy dyskrecjonalnej trybunału w odniesieniu do formalnej organizacji procedowania, a także w znacznym zakresie wola zmiany reguł postępowania w konkretnej sprawie, wyrażona zgodnie przez strony sporu. Procedurę postępowania arbitrażowego uważa się za wszczętą z chwilą doręczenia wezwania na arbitraż. W sprawach objętych procedurą ICSID wezwanie wnosi się do Sekretarza Generalnego,⁷³⁹ choć nie jest to regułą powszechną - przykładowo w sporach rozstrzyganych w oparciu o regulamin UNCITRAL wezwanie przesyła się bezpośrednio stronie pozwanej.⁷⁴⁰ W procedurze ICSID Sekretarz Generalny dokonuje wstępnej analizy wezwania (*screening*), oceniając czy przedmiot sporu w sposób oczywisty nie wykracza poza jurysdykcję ICSID, co skutkowałoby odmową rejestracji sporu.

W ramach zastrzeżeń wstępnych strona pozwana często podnosi zarzut niedopuszczalności skargi bądź braku jurysdykcji trybunału do jej rozstrzygania. Zgodnie z procedurą ICSID można się w ten sposób bronić na każdym etapie postępowania, o ile

⁷³⁷ Szerzej na ten temat: Guiguo Wang, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Routledge, New York 2014, 235ff

⁷³⁸ Spośród ogólnej liczby około 740 odnotowanych w ostatnich pięćdziesięciu latach międzynarodowych sporów inwestycyjnych z udziałem korporacji transnarodowych ICSID uczestniczyło w ponad 600 rozstrzgnięciach arbitrażowych. <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/about/>

⁷³⁹ *The International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention), formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank) and submitted by the Executive Directors on March 18, 1965, along with an accompanying Report, to member governments of the World Bank for their consideration of the Convention with a view to its signature and ratification; entered into force on October 14, 1966, when ratified by 20 countries (as of December 15, 2002, 136 countries have ratified the Convention to become Contracting State); cit. 13

⁷⁴⁰ *UNCITRAL Arbitration Rules* adopted December 15, 1976, revised 2010, with new article 1 paragraph 4 as adopted in 2013, art. 3 ust. 3

trybunał o powzięciu istotnych informacji na ten temat zostanie powiadomiony niezwłocznie. Trybunał jest władny rozstrzygać samodzielnie o swojej jurysdykcji i robi to często w odrębnym od kwestii merytorycznych orzeczeniu (*jurisdiction award*). Względy głównie natury organizacyjnej i ekonomicznej decydują o tym, iż nie wyodrębnia się wcale fazy postępowania poświęconej wyłącznie zarzutom wstępnym, choć te same względy przemawiają niekiedy o rozstrzygnięciu o właściwości sądowej przed przystąpieniem do rozsądzania sporu co do jego meritum. W doktrynie i orzecznictwie panuje pogląd, iż niedopuszczalność skargi pozbawia niejako automatycznie trybunał jego jurysdykcji do rozstrzygania na temat tej konkretnej skargi.

W większości procedur arbitrażowych pozwany dokonuje pisemnej odpowiedzi na wezwanie, zawierającej sporadycznie roszczenie wzajemne. Brak takiej odpowiedzi nie wstrzymuje postępowania. W procedurze ICSID po wystosowaniu wezwania na arbitraż kolejnym krokiem proceduralnym jest już przedstawienie stanowisk pisemnych stron (*briefs*). Ich celem jest ustalenie przedmiotu sporu i jego zakresu, w związku z czym strony są zobowiązane przedstawić swoje stanowisko co do stanu faktycznego, stanu prawnego i roszczeń.⁷⁴¹ Stanowiska pisemne, pełniące rolę pozwu i odpowiedzi na pozew, mogą być uzupełniane dodatkowymi wyjaśnieniami pisemnymi i innymi dokumentami przedkładanymi w celu wpłynięcia na decyzję arbitrów. Zarówno strony jak i trybunał mogą, w ramach oceny dowodów, skorzystać z ekspertyz zewnętrznych, w tym również z opinii *amici curiae*. Powoływanie ekspertów jest kompetencją dorozumianą trybunału, szeroko stosowaną w arbitrażu inwestycyjnym.

Postępowanie arbitrażowe może, lecz nie musi, obejmować części ustnej (*hearings*). W procedurze ICSID zarządzenie rozprawy pozostaje do swobodnego uznania przez trybunał. Jest ona niezbędna w sytuacji, gdyby stanowiska i dodatkowe wyjaśnienia pisemne nie dawały składowi orzekającemu wystarczającej podstawy merytorycznej do wydania orzeczenia.⁷⁴² We władzy dyskrecjonalnej trybunału pozostaje również kwestia powoływania uczestników postępowania ustnego. W sytuacji, gdyby w toku tego postępowania pojawiły się oświadczenia bądź fakty prawne istotne dla sprawy (zwłaszcza dla wysokości roszczeń) jest regułą, iż strony dostają możliwość złożenia uzupełnionych stanowisk pisemnych (*post-*

⁷⁴¹ Konwencja ICSID, cit. 13, art. 38 ust. 3

⁷⁴² Konwencja ICSID, cit. 13, reguła 32

hearings breifs). Trybunał może też na każdym etapie postępowania arbitrażowego zażądać od stron wyjaśnień pisemnych.

Dla zabezpieczenia uprawnień strony sporu bądź dla zabezpieczenia materiału dowodowego w okolicznościach, które trybunał uzna za konieczne (*requiring circumstances*), może on nakazać bądź zakazać powzięcia środków tymczasowych (*provisional measures which should be taken*). Jak wykazał trybunał arbitrażowy w sprawie *Perenco Ecuador Ltd.*, wymóg konieczności jest wiązany z wymogiem ustalenia, czy niezastosowanie środka tymczasowego nie spowoduje stanu nienaprawialnej szkody (*irreparable loss*) na prawach strony skarżącej, co z kolei prowadziłoby do uznania pilności środka (*urgency*).⁷⁴³ Szczególne emocje wzbudzają postanowienia zakazujące stronie złożenia środka prawnego do innego sądu (*anti-suit injunctions*), których celem jest uniemożliwienie korzystania z procedur sądowych przez jedną ze stron postępowania arbitrażowego w sposób mogący negatywnie wpłynąć na to postępowanie.⁷⁴⁴ Trybunały zalecają też często zapłatę sumy zabezpieczającej roszczenie.⁷⁴⁵

2.3. Orzeczenie arbitrażowe, jego zaskarżalność i wykonalność

W związku z koniecznością przestrzegania zasady *non liquet quot*, postępowanie arbitrażowe, dla którego trybunał uznał swoją jurysdykcję, kończy się wydaniem orzeczenia co do meritum sporu. Ma ono dwie zasadnicze cechy: jest wiążące dla stron postępowania i jest ostateczne. Moc wiążąca wynika zarówno z uprzedniego zobowiązania stron do respektowania wyroku arbitrów, jak i prawnomiędzynarodowego charakteru procedury. Wątpliwości wzbudza natomiast kwestia ostateczności rozstrzygnięcia arbitrażowego. Z jednej strony za jednoinstancyjnością procedury przemawiać może powaga rzeczy osądzonej, a także względy praktyczne, w tym przede wszystkim oszczędność czasu i kosztów

⁷⁴³ Por. decyzja dot. środków tymczasowych w sprawie *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, 8 May 2009, par. 43

⁷⁴⁴ Andrzej Szumański (red.), *System Prawa Handlowego, Tom 8, Arbitraż handlowy*, C. H. Beck, Warszawa 2010, 483f

⁷⁴⁵ Por. decyzja dot. środków tymczasowych w sprawie *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010

procesowych. Z drugiej jednak strony niewątpliwe ograniczenie bezpieczeństwa prawnego podmiotu pozwanego przemawia przeciw takiemu rozwiązaniu, tym bardziej, iż trybunały arbitrażowe dysponują znacznym zakresem władzy dyskrecjonalnej, co wobec deficytu norm peremptoryjnych w tej dziedzinie prawa i deficytu transparentności postępowania (z punktu widzenia głównie podatnika państwa pozwanego) wątpliwości te pogłębia.

Strona, która czuje się poszkodowana wydanym orzeczeniem w sporze inwestycyjnym, nie ma możliwości odwołania się, choćby argumentacja na rzecz rozstrzygnięcia rażąco odbiegającego od obserwowanego orzecznictwa (zgodnie z zasadą *stare decisis*) była niejasna bądź nieprzekonująca. W sporach handlowych w oparciu o procedurę WHO istnieje od 1995 możliwość złożenia apelacji do Instancji Odwoławczej (*Appellate Body*) Organu Rozstrzygania Sporów (*Dispute Settlement Body*) WHO co do meritum orzeczenia. Możliwość apelowania nie tylko w znaczący sposób podwyższa poziom bezpieczeństwa prawnego, ale także przyczynia się do spójności orzecznictwa i rozwoju tej dziedziny prawa międzynarodowego. Jednym z podstawowych postulatów w odniesieniu do międzynarodowego prawa inwestycyjnego jest stworzenie podobnego mechanizmu, który mógłby mieć zarówno formę permanentną, jak i tymczasową.⁷⁴⁶ Na marginesie trzeba dodać, iż strony sporów inwestycyjnych rozstrzyganych w oparciu o postanowienia *Porozumienia o Handlowych Aspektach Inwestycji* (TRIPS) mają możliwość korzystania z organu odwoławczego.

Orzeczenie arbitrażowe w sporach inwestycyjnych może być uchylone w ramach danej procedury arbitrażowej jedynie w sytuacji zaistnienia określonych przesłanek o charakterze formalnym. Jediną międzynarodową procedurą arbitrażową przewidującą wprost możliwość uchylenia orzeczenia jest procedura ICSID, która ponadto przewiduje odwołanie do drugiej instancji, jaką jest Komitet *ad hoc*.⁷⁴⁷ Do przesłanek uchylających Konwencja ICSID zalicza przede wszystkim naruszenie zasad ustanawiania składu orzekającego, odmowę rozstrzygania sporu będącego w jurysdykcji trybunału, przekroczenie kompetencji trybunału, istotne naruszenie zasadniczych reguł procedowania, udowodnioną korupcję członka składu orzekającego, niezamieszczenie uzasadnienia w treści orzeczenia

⁷⁴⁶ W procedurze WHO organ odwoławczy *Appellate Body* ma formę trybunału stałego: składa się z siedmiu niezależnych ekspertów, wybieranych na czteroletnią kadencję.

⁷⁴⁷ Konwencja ICSID, cit. 13, art. 52 ust. 3

arbitrażowego.⁷⁴⁸ Przekroczenie kompetencji trybunału - najbardziej prawdopodobna spośród wyżej wymienionych przyczyn uchylenia orzeczenia - odnosi się do częściowego bądź całkowitego braku jurysdykcji trybunału, a brak ten musi być oczywisty.⁷⁴⁹ Komitet *ad hoc* może mocą władzy dyskrecyjnej pozostawić spełnione przesłanki poza zasięgiem *ratio decidendi* i utrzymać orzeczenie w całości. Może też uchylić orzeczenie w części bądź w całości, a przy tym wstrzymać jego wykonywanie do czasu rozpatrzenia apelacji. Wobec braku możliwości skutecznego zaskarżenia orzeczenia na forum międzynarodowym rolę drugiej instancji pełnią sądy krajowe, w oparciu o prawo obowiązujące w danym państwie.

O ile sąd nie zadecydował o wstrzymaniu wykonania orzeczenia arbitrażowego w sporze inwestycyjnym, orzeczenie takie powinno być według Konwencji ICSID wykonane zgodnie z jego brzmieniem.⁷⁵⁰ Wykonanie orzeczenia w międzynarodowym arbitrażu handlowym jest regulowane *Konwencją nowojorską o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych*.⁷⁵¹ Państwo-strona konwencji jest zobowiązane ponieść wszelkie skutki prawne wiążącego orzeczenia arbitrażowego, o ile przedmiot orzeczenia jest dopuszczalny przez prawo krajowe do poddania go procedurze arbitrażowej, a także o ile nie przemawiają przeciwko temu względy porządku publicznego. Skutki prawne nie mogą być też bardziej dolegliwe niż przewidziane przez prawo krajowe.⁷⁵² Trzeba podkreślić, iż państwo nie może zasłaniać się immunitetem jurysdykcyjnym i powoływać na odmienne uregulowanie przedmiotu sporu we własnym ustawodawstwie w celu uchylenia się od wykonania zobowiązania międzynarodowego. Państwo jest związane ogólną zasadą prawa międzynarodowego, potwierdzoną w art. 27 *Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów* (z zastrzeżeniem art. 46 dot. oczywistego pogwałcenia normy prawa wewnętrznego o zasadniczym znaczeniu).

Wykonanie międzynarodowego orzeczenia arbitrażowego następuje zgodnie z prawem państwa, w obrębie jurysdykcji terytorialnej którego zgłoszono żądanie egzekucyjne.

⁷⁴⁸ Ibidem, art. 51 ust. 1

⁷⁴⁹ Por. decyzja komitetu *ad hoc* o unieważnieniu wyroku arbitrażowego w sprawie Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, *Ad hoc* Committee Decision on Annulment, 3 May 1985

⁷⁵⁰ Por. Konwencja ICSID, cit. 13, art. 53 ust. 1

⁷⁵¹ *Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych*, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, Dz.U. 1962 nr 9 poz. 42

⁷⁵² M. Jeżewski, op. cit., 483f

Zazwyczaj są to państwa o tradycyjnie stabilnych porządkach prawnych, dysponujących w razie potrzeby możliwościami zajęcia majątku państwa skazanego na wypłatę reparacji, co stanowi jakąś gwarancję skuteczności wykonania orzeczenia. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego pewną przeszkodą jest immunitet egzekucyjny państwa, wynikający ze zwyczajowej zasady równości państw jako pełnoprawnych podmiotów tego porządku prawnego. Konwencja ICSID nie pozwala na dokonanie wyłączenia prawa wewnętrznego regulującego kwestię immunitetu egzekucyjnego państwa.⁷⁵³ W związku z tym podstawą ograniczenia immunitetu państwa może być jedynie jego zgoda, wyrażona czy to we własnym ustawodawstwie wewnętrznym, czy to w dwustronnym traktacie inwestycyjnym, czy też wystarczająco wyraźnie w inny sposób.⁷⁵⁴

2.4. Kontrola sądów powszechnych nad orzeczeniami arbitrażowymi

Co do zasady, sądowe organy państwa są właściwe do sprawowania funkcji kontrolnych nad orzeczeniami sądów polubownych. Dotyczy to zarówno arbitrażu krajowego, jak i międzynarodowego w zakresie postępowania o uchylenie wyroku, uznanie wyroku bądź jego wykonanie w państwach trzecich. Wyjątek stanowi tu procedura ICSID, wyłączająca postępowanie arbitrażowe prowadzone w ramach reżimu konwencji waszyngtońskiej spod kontroli sądów państwowych, poprzez zawarty w art. 26 zakaz zaskarżania orzeczeń do sądu powszechnego w drodze skargi o uchylenie wyroku i korzystanie z innych środków prawnych *lex loci arbitri*. Jedynym dostępnym środkiem zaskarżenia orzeczenia trybunału arbitrażowego jest w tych warunkach prawnych wnioski do Komitetu *ad hoc* o uchylenie orzeczenia w części bądź w całości, bez kognicji do rozstrzygania co do meritum, zgodnie z art. 52 ust. 4 ICSID.⁷⁵⁵

O ile jednak sądowa kontrola wyroków arbitrażowych w sporach handlowych nie jest doktrynalnie kwestionowana, o tyle w sporach inwestycyjnych jej zasadność jest poddawana w wątpliwość. Przede wszystkim z racji istotnej różnicy między rozstrzygnięciami

⁷⁵³ Konwencja ICSID, cit. 13, art. 55

⁷⁵⁴ Szerzej: Marcin Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny i egzekucyjny państwa, Komentarz do Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich mienia oraz Europejskiej konwencji o immunitacie państwa*, Oficyna Wydawnicza SGH, 2013

⁷⁵⁵ Po raz zastosowano ten środek zaskarżenia w sprawie Vivendi przeciwko Argentynie w 2002, ICSID Case No. ARB/97/3.

arbitrażowymi w sprawach handlowych i inwestycyjnych: w arbitrażu handlowym forum rozjemcze dokonuje zwykle rozstrzygnięcia w przedmiocie sporu gospodarczego w oparciu o prawo materialne danego państwa, podczas gdy w arbitrażu inwestycyjnym sąd musi najpierw dokonać wykładni pojęć traktatowych i kontraktowych, kluczowych dla dalszego procedowania, bowiem nie istnieje ujednolicone międzynarodowe prawo inwestycyjne materialne. W tej sytuacji to orzecznictwo międzynarodowych trybunałów arbitrażowych buduje niejako gmach norm materialnych, do którego wrót nie pasują klucze strażników jakimi miałyby być krajowe porządki prawne. Budowniczymi tego gmachu są arbitrzy prowadzący postępowanie i członkowie składów orzekających - z reguły wysokiej klasy specjaliści prawa międzynarodowego publicznego i międzynarodowego arbitrażu handlowego, często profesorowie prawa i emerytowani sędziowie sądów najwyższych. Wprawdzie można oczekiwać, iż zadbają oni o odpowiednią jakość stosowania prawa, jednakże nadal nie spełniony pozostaje wymóg kontroli i zatwierdzenia orzeczenia wydanego przez sąd prywatny (jakim jest trybunał arbitrażowy) przez organ państwa sprawujący z jego nadania funkcje sądownicze. Wymóg ten wynika choćby z konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego i prawa do sądu.⁷⁵⁶

Z drugiej strony, najczęściej podnoszonym argumentem za utrzymaniem *status quo* w kwestii kontroli międzynarodowych orzeczeń arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych wykonywanej przez sądy powszechne jest możliwy brak rzetelności, wynikającej bądź to z braku obiektywizmu, bądź z braku kwalifikacji. Obawa o brak rzetelności w związku z brakiem kwalifikacji nie wydaje się zupełnie bezzasadna, bowiem przedmiot sporu stanowi najczęściej odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie zobowiązań międzynarodowych (praw inwestora gwarantowanych traktatowo) w związku z działaniami władczymi państwa. Zakres przedmiotowy rozstrzygnięć trybunałów arbitrażowych nie pokrywa się często z właściwością rzeczową sądów państwowych sprawujących kontrolę nad sądami polubownymi, bowiem te nie zajmują się takimi kwestiami, jak okoliczności egzoneracyjne odpowiedzialności państwa za czyny zabronione w prawie międzynarodowym,⁷⁵⁷ czy też możliwości przypisania państwu odpowiedzialności za

⁷⁵⁶ Sadowski Wojciech, *Sądowa kontrola wyroków arbitrażowych w sporach inwestycyjnych*, Kwartalnik ADR, Nr 2(6)/2009, 39f

⁷⁵⁷ Por. orzeczenie merytoryczne w sprawie Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, 6 June 2008

działania podmiotów nie będących jego organami.⁷⁵⁸ Na tym tle uzasadnione wydaje się więc poddawanie w wątpliwość zgodności sądowej kontroli sprawowanej przez państwo z zasadą rzetelności proceduralnej.

W praktyce sądy powszechne państw stron Konwencji waszyngtońskiej z 1965 (o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw) i Konwencji nowojorskiej z 1958 (o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych) prowadzą niekiedy postępowania o uchylenie wyroków międzynarodowych trybunałów arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych, jednakże orzeczenia uchylające w części bądź w całości wyroki tych trybunałów stanowią przypadki incydentalne.⁷⁵⁹ Częściej tego typu orzeczenia zapadają w procedurze odwoławczej przed komitetem *ad hoc* ICSID.⁷⁶⁰ Należy dodać, iż wyroki trybunałów arbitrażowych podlegają też obowiązkowej rejestracji, o ile zgodnie z prymatem *legi fori* w państwie siedziby trybunału istnieje taki wymóg, a także podlegają procedurze uznania bądź stwierdzenia wykonalności.

3. Transnarodowy charakter rozwiązań prawnych w procedurze ISDS

3.1. Korporacyjny *self-contained regime* na przykładzie regulaminu ICSID

Bezspornie reżimem międzynarodowym określającym prawa i obowiązki zasadniczej sfery działalności korporacji transnarodowych (*core activity*) jest międzynarodowe prawo inwestycyjne. Na reżim ten składają się normy regulujące stosunki prawne między państwami a inwestorami zagranicznymi, zawarte w szczególności w dwustronnych traktatach o popieraniu i ochronie inwestycji oraz w wielostronnych traktatach gospodarczych o zasięgu

⁷⁵⁸ Por. decyzja dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych w sprawie *Maffezini Emilio Agustín v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000

⁷⁵⁹ Por. uchylenie wyroku trybunału arbitrażowego ICSID wydanego w sprawie *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AB)/97/1, Award, 8 August 2000; *Challenge to the Arbitral Award*, 2 May 2001

⁷⁶⁰ Por. decyzja komitetu *ad hoc* dot. wniosku o uchylenie wyroku w sprawie *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8; Decision of the *Ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 Sep 2007

regionalnym (NAFTA, MERCOSUR, ASEAN czy UE po Traktacie z Lizbony), a także w ponadregionalnym Traktacie Karty Energetycznej. Źródłem materialnym praw i obowiązków korporacji transnarodowych są natomiast głównie traktatowe klauzule traktowania inwestycji i inwestora, standardy proceduralne (w tym zwłaszcza klauzula prawa właściwego i klauzula arbitrażowa) oraz reguły międzynarodowego prawa zwyczajowego składające się w tradycyjnym ujęciu na *minimalny standard ochrony cudzoziemca*.

Nie sposób nie odnieść wrażenia, iż w tak wytyczonych granicach międzynarodowego prawa inwestycyjnego reżim *Konwencji Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych* (ICSID) - najważniejszego obok UNCITRAL forum arbitrażowego⁷⁶¹ - wykazuje wolę ekspansji jurysdykcyjnej *ratione personae* i *ratione materiae*, dążąc przy tym do zamknięcia się zarówno na ogólne prawo międzynarodowe, jak i na reżimy krajowe. Objawia się to zarówno zobowiązaniem stron do uznawania orzeczeń i implementacji ich treści (zgodnie z art. 54 Konwencji), jak i na przykład wyłączeniem właściwości rzeczowej sądów państwa siedziby arbitrażu (*lex loci arbitri*) w odniesieniu do oceny treści klauzuli arbitrażowej, reguł proceduralnych i wniosków o uchylenie orzeczenia.⁷⁶²

Art. 26 Konwencji ICSID stanowi, iż wyrażenie przez stronę zgody na arbitraż w oparciu o przepisy ICSID jest tożsame z wyrażeniem zgody na wyłączenie wszelkich innych środków prawnych (*remedies exclusion*), przy czym strona kontraktu może zawrzeć warunek wyczerpania krajowej drogi odwoławczej w postępowaniu administracyjnym i sądowym. Art. 27 Konwencji stanowi z kolei zobowiązanie stron do wyłączenia mechanizmu opieki dyplomatycznej, a także do niewnoszenia sporu do rozstrzygnięcia przed inne trybunały międzynarodowe, co oznacza zgodę na wyłączność jurysdykcyjną ICSID w zakresie dochodzenia roszczeń w oparciu o uprawnienie zawarte w konkretnej klauzuli arbitrażowej.⁷⁶³ Tym samym prawo arbitrażowe ICSID przynajmniej w odniesieniu do konkretnego stosunku

⁷⁶¹ Szerzej na temat roli trybunałów ICSID i UNCITRAL, kierunków rozwoju orzecznictwa i diskutowanych propozycji zmian traktatowych patrz: Symposium co-organised by ICSID, OECD i UNCTAD. Making the most of International Investment Agreements. A Common Agenda of 12 December 2005 in Paris: *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement. An Overview*. dostępne: <https://www.oecd.org/daf/inv>

⁷⁶² M. Jeżewski, op. cit., 46

⁷⁶³ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes submitted to Governments by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development, submitted: March 18, 1965, Washington, entered into force: October 14, 1966, available at: <http://www.jus.uio.no/im/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/plain.txt>; cit. 13

prawnego tworzy szczególny porządek prawny (*lex specialis*), a nawet reżim zamknięty (*self-contained regime*), derogując normy zwyczajowe i zasady ogólne prawa wszędzie tam, gdzie klauzula arbitrażowa dopuszcza to w myśl art. 26 i 27 Konwencji ICSID, a postanowienia traktatowe regulują daną materię (w myśl kolizyjnej reguły wnioskowania *lex specialis derogat lex generalis*).

W praktyce ma to m.in. wpływ na ustalanie zgodności z prawem międzynarodowym wyłączenia inwestora zagranicznego dokonanego przez państwo przyjmujące⁷⁶⁴ czy też traktatowych standardów ochrony inwestora i inwestycji przed czynnikami ryzyka niehandlowego.⁷⁶⁵ W odniesieniu do pierwszego z tych przykładów Komisja Prawa Międzynarodowego wyłącza stosowanie ogólnych zasad odpowiedzialności państw za czyny zabronione w prawie międzynarodowym w zakresie, w jakim warunki zaistnienia czynu zabronionego, a także formy i wykonanie odpowiedzialności międzynarodowej są regulowane normami szczególnymi prawa międzynarodowego.⁷⁶⁶ Trzeba przy tym zauważyć, iż aby formy odpowiedzialności międzynarodowej o charakterze *lex generalis* nie odnosiły się do konkretnego stosunku prawnego, muszą najpierw zostać *inter partes* wyłączone. Nawet jednak wówczas, gdy treść normy *lex specialis* pokrywa się z treścią normy ogólnej prawa międzynarodowego bądź zwyczaju międzynarodowego, albo też norma ogólna została powołana w dyspozycji normy szczególnej⁷⁶⁷, forum właściwym dla rozstrzygania sporu jest trybunał ICSID.

Orzeczenia arbitrażowe wydawane w oparciu o reguły ICSID nie podlegają zaskarżeniu do sądów powszechnych, w odróżnieniu od wyroków trybunałów arbitrażowych w sprawach cywilnych. Niedostępne są w związku z tym żadne środki prawne w oparciu o *lex loci arbitri*, w tym skarga o uchylenie wyroku. Wyjątkiem od tej reguły jest przewidziany w art. 52 ust. 4 Konwencji wniosek o uchylenie orzeczenia kierowany do Komitetu *ad hoc*,

⁷⁶⁴ Por. *UN Draft Articles*, op. cit.

⁷⁶⁵ Por. wyrok końcowy trybunału ICSID w sprawie: *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, op. cit.

⁷⁶⁶ Art. 55 '*Lex Specialis*', *UN Draft Articles*, op. cit.

⁷⁶⁷ Por. art. 1105 pt. (1) (*minimum standard of treatment*) traktatu NAFTA w odniesieniu do standardu traktowania bezstronnego i słusznego: "*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*"

stanowiącego rodzaj organu kasacyjnego. Nie wyposażony w kompetencje do merytorycznego orzekania Komitet *ad hoc* jest władny jedynie wyrok uchylić, kierując się enumeratywnie określonymi kryteriami natury formalnej. Inne postępowania arbitrażowe, w oparciu o Instrument Dodatkowy ICSID i o regulaminy stałych trybunałów arbitrażowych, podlegają już kontroli sądów powszechnych, a wydane przez nie orzeczenia można uchylić w drodze procedury skargowej.⁷⁶⁸

O specyfice międzynarodowego prawa inwestycyjnego świadczy także treść art. 33 ust. 2 Projektu Konwencji o Odpowiedzialności Państwa za Czyny Zabronione w Prawie Międzynarodowym dotyczącego bezpośredniego uprawnienia podmiotów innych niż państwo do pobierania korzyści w związku z międzynarodową odpowiedzialnością państw. Korporacja mogą być ostatecznym beneficjentem (*ultimate beneficiary*) i w tym rozumieniu podmiotem uprawnionym w związku z naruszeniem przez państwo zobowiązania traktatowego na przykład dotyczącego praw człowieka. Jednostka (także inwestor) nabywa zatem uprawnienie poza reżimem międzynarodowych praw człowieka, i robi to we własnym imieniu - nie jest jedynie pośrednim beneficjentem uprawnienia państwa macierzystego będącego stroną traktatu inwestycyjnego, który stanowi źródło uprawnienia pierwotnego. W orzeczeniu w sprawie *LaGrand* (o naruszenie praw człowieka)⁷⁶⁹ MTS stwierdził, iż art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych tworzy prawa jednostki, na które państwo jej przynależności narodowej może się przed sądem powołać.⁷⁷⁰

Również w zakresie egzekucji odpowiedzialności międzynarodowej za czyny w tym porządku prawnym zabronione można śmiało stwierdzić, iż Konwencja nowojorska ONZ o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych⁷⁷¹ stanowi, wraz odpowiednimi przepisami prawa wewnętrznego państw-stron Konwencji i wybranymi regulacjami Konwencji ICSID (art. 53 w związku z art. 54 oraz art. 27) oraz postanowieniami *inter partes* zawartymi w traktatach, reżim szczególny prawa międzynarodowego. Tak

⁷⁶⁸ Wojciech Sadowski, *Sądowa Kontrola Wyroków Arbitrażowych w Sporach Inwestycyjnych*, Kwartalnik ADR Nr. 2 (6)/2009, 37

⁷⁶⁹ Orzeczenie w sprawie *LaGrand*, Germany v. United States of America, Judgment of June 27, 2001, ICJ Rep 466, par. 77

⁷⁷⁰ Komentarz do *Draft Articles*, *op. cit.*, p. 94

⁷⁷¹ *Konwencja o Uznawaniu i Wykonywaniu Zagranicznych Orzeczeń Arbitrażowych (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)* sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, podpisana przez Polskę dnia 19 lipca 1961, Dz.U. 1962 nr 9 poz. 41

skonstruowany mechanizm egzekucji odpowiedzialności (art. 27 ICSID, w sytuacji niewykonywania orzeczenia arbitrażowego przez państwo wyjątkowo uprawnia korporację-inwestora do zwrócenia się o opiekę dyplomatyczną do państwa swojej przynależności narodowej) umożliwia przy tym dochodzenie uznanych roszczeń na terytorium swobodnie wybranego państwa strony Konwencji nowojorskiej (z zastrzeżeniami dotyczącymi wykonywania immunitetu suwerennego państwa). Na podstawie kilkudziesięcioletniej już praktyki można stwierdzić, iż mechanizm ten jest skuteczny *de facto*.⁷⁷²

Uogólniając, reżim międzynarodowy, którego obowiązywaniu poddane są korporacje transnarodowe to ogólne prawo międzynarodowe, przy czym w przypadku uregulowania danej materii w sposób szczególny i wystąpienia kolizji norm, pełni ono funkcję *lex generalis*. Zgodnie z celowościowym przesłaniem artykułu 26 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów związanie stron traktatem i obowiązek wykonywania go w dobrej wierze służą zapewnieniu bezkonfliktowego stosowania norm prawnomiędzynarodowych, których źródła i moc wiążąca są istotnie różne. W celu zapewnienia spójności systemu prawa międzynarodowego oraz równowagi między prawami a obowiązkami stron traktatów (i chronionych nimi kontraktów inwestycyjnych) trybunały międzynarodowe są zobowiązane stosować reżim ogólny prawa międzynarodowego jako element wykładni systemowej. Art. 31 Konwencji Wiedeńskiej stanowi, iż interpretacja traktatu powinna być dokonywana "w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle przedmiotu i celu."⁷⁷³ Niewątpliwie celem narzucenia reguł wykładni systemowej jest zapobieżenie fragmentacji i wyodrębniania się reżimów szczególnych prawa międzynarodowego, poprzez argumentacyjne powiązanie (*linking*) z innymi gałęziami prawa (jak choćby z reżimem praw człowieka) i zasadami o charakterze uniwersalnym (*universal principles*).⁷⁷⁴

⁷⁷² M. Jeżewski, op. cit., 12

⁷⁷³ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów, 1969

⁷⁷⁴ Szerzej: Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006; w tym konkretnym kontekście patrz: 237ff

3.2. Swoboda wyboru traktatu inwestycyjnego i forum rozjemczego

Korporacje transnarodowe wykazują zdolność do takiego kształtowania struktury kapitałowo-organizacyjnej swoich podmiotów zależnych, by umożliwić im korzystanie z jak najszerzej ochrony traktatowej przed wyłączeniem i działaniami tożsamymi w skutkach. Wpływ podmiotu prywatnego na wybór traktatu inwestycyjnego, którego ochronie zaplanowano poddanie ewentualnego sporu z państwem przyjmującym, stanowi - obok w szczególności poddawania takiego sporu zamkniętemu reżimowi arbitrażowego ICSID - objaw dążności korporacji do transnarodowego dochodzenia roszczeń z umów inwestycyjnych. Podmiot prywatny ma możliwość pozwania państwa przyjmującego, będącego stroną traktatu inwestycyjnego zawartego z państwem przynależności tego podmiotu. Doktryna akceptuje zasadniczo praktykę zmiany narodowości inwestora poprzez restrukturyzację organizacyjną w obrębie tworzonej przez niego grupy kapitałowej, a zatem i ochronę traktatami inwestycyjnymi zawartymi przez różne *home states*. Podobnie orzecznictwo, które w ostatniej dekadzie przyjęło praktykę niebadania skomplikowanej struktury własnościowej korporacji transnarodowych dla ustalenia czy podmiot skarżący ma przynależność państwową strony powołanego traktatu, o ile nie zachodziły ewidentne przesłanki naruszenia prawa międzynarodowego.⁷⁷⁵

Orzekając w 2013 w sprawie *ConocoPhillips Petrozuata* przeciwko Wenezueli trybunał ICSID uznał podmiot prywatny za inwestora umawiającej się strony traktatu i swoją właściwość do orzekania, mimo iż "*the only business purpose of the restructuring was to be able to have access to ICSID proceedings*".⁷⁷⁶ Takie zjawisko określa się mianem *treaty shopping*. W efekcie korporacja transnarodowa może w zasadzie bez przeszkód jednostronnie wynieść kontrakt państwowy na poziom prawa międzynarodowego jedynie dzięki swej kreatywności restrukturyzacyjnej, i to bez zgody a nawet wiedzy państwa strony kontraktu.⁷⁷⁷ Odpowiadając w sprawie *Mobil Corp. Venezuela Holdings B.V.* na podnoszony przez obronę argument, iż restrukturyzacja kapitałowa inwestora stanowiła świadome naruszenie prawa ("*abuse of right*"), trybunał uznał rację strony prywatnej, określając swoje działanie jako

⁷⁷⁵ J. Arato, op. cit., 275ff

⁷⁷⁶ Por. decyzja dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych i merytorycznych w sprawie *ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 September 2013, par. 267, 268, 273, 279

⁷⁷⁷ J. Arato, op. cit., 275

uprawnione planowanie korporacyjne ("*legitimate corporate planning*").⁷⁷⁸ Tym sposobem prywatne osoby prawne prowadzące transnarodową działalność korporacyjną uzyskują realny wpływ na wybór służących ich interesom abstrakcyjnych i ogólnych norm prawnych, co należałoby uznać za formę zdolności normotwórczej.

Dodatkowo, możliwa dzięki powstawaniu *corporations of convenience*, zmiana traktatu jako podstawy ochrony prawnej jest dopuszczalna już nie tylko przed zawarciem umowy inwestycyjnej, ale i *post contractu*. Charakterystyczne orzeczenie wydał w tej kwestii trybunał ICSID rozsądając spór między Boliwią a *Aguas del Tunari*, lokalną spółką zależną amerykańskiej korporacji transnarodowej *Bechtel Corporation*. W związku z wypowiedzeniem przez stronę państwową długoterminowej koncesji (na dostawy wody pitnej i odbiór ścieków w mieście Cochabamba) podmiot prywatny uznał się za pokrzywdzonego w swoich prawach inwestora i złożył wniosek o arbitraż na podstawie BIT między Holandią a Boliwią. Trybunał uznał większością głosów, iż prowadząca międzynarodową działalność inwestycyjną korporacja ma zdolność do uzyskiwania ochrony traktatowej w drodze nabywania bądź zakładania spółek zależnych w różnych krajach, a koncesja nie zabrania tego typu działań nawet bez zgody drugiej strony umowy ("*allowing for some change in the organizational chart depicting upstream ownership without the consent*").⁷⁷⁹ Trybunał uznał przy tym za legalne wykonywanie *treaty shopping* już po wejściu w życie umowy koncesyjnej, odmawiając państwu przyjmującemu również uprawnienia do bycia notyfikowanym.⁷⁸⁰ Idąc tym tokiem rozumowania, obca korporacja mogłaby traktować prawo lokalne jedynie jako opcjonalne, mając w razie potrzeby możliwość wyboru jurysdykcji. Trzeba zaznaczyć, iż składający zdanie odrębne sędzia J.L.Alberro-Semerena stanowczo sprzeciwił się wydaniu orzeczenia, które przede wszystkim podważało zasadę wzajemności, leżącą u podstaw traktatów BIT i FTA, poprzez akceptację zabiegów restrukturyzacji kapitałowo-organizacyjnej *pre i post contractu* jedynie dla uzyskania skuteczniejszej ochrony traktatowej.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ Decyzja dot. jurysdykcji w sprawie Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, par. 191ff

⁷⁷⁹ Decyzja dot. zastrzeżeń jurysdykcyjnych pozwanego w sprawie Aguas del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, par. 165

⁷⁸⁰ Ibidem, par. 156

⁷⁸¹ Ibidem, par. 16

W orzeczeniu *Tokios Tokeles* przeciwko Ukrainie trybunał, opierając się niemal w całości na wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Barcelona Traction*, poszedł w swym rozumowaniu o krok dalej, nie tylko uznając prawo inwestora do wykonywania *treaty shopping* w dowolnym momencie obowiązywania umowy inwestycyjnej,⁷⁸² ale i wyposażając go w czynną zdolność procesową w stosunku do państwa jego pochodzenia (*home state*). Umotywował to faktem, iż w świetle konieczności ochrony osób trzecich takich jak wierzyciele czy klienci nie doszło do nadużycia formy osoby prawnej (*the misuse of the privileges of legal personality*), w szczególności w celu oszustwa bądź nadużycia władzy (*to perpetrate fraud or engage in malfeasance*), ani też w celu nakładania nadmiernych wymogów bądź zobowiązań prawnych (*evasion of legal requirements or of obligations*).⁷⁸³ Ukraina protestowała, iż zarejestrowana na Litwie spółka jest w 99% własnością dwóch ukraińskich osób fizycznych (które przy tym nigdy wcześniej nie były na Litwie), w związku z czym uznanie skargi skutkowałoby umiędzynarodowieniem stosunku prawnego podmiotów ukraińskiego prawa krajowego. Trybunał nie przychylił się do takiej argumentacji stwierdzając, że jedynym istotnym względem, jaki należy rozważać jest to, czy skarżąca osoba prawna została utworzona w oparciu o prawo litewskie. Pozytywna odpowiedź na to pytanie skutkuje zdaniem trybunału odmową badania struktury kapitałowo-organizacyjnej takiej osoby prawnej w związku z oczywistą niemożnością podważenia jego przynależności państwowej oraz uznaniem własnej jurysdykcji do orzekania merytorycznego.⁷⁸⁴

Analizując orzeczenia ostatnich kilkunastu lat można podsumować, iż państwo nie jest w stanie skutecznie bronić się przed wykonywaniem przez korporacje transnarodowe *treaty shopping*. Okoliczności faktyczne mogą bowiem nie podlegać w ogóle badaniu, mimo iż część traktatów BIT i FTA odmawia korporacjom dostępu do traktatów innych, niż obowiązujące w dacie wejścia w życie kontraktu inwestycyjnego (*denial of the treaty access*).⁷⁸⁵ Dodatkowe zabezpieczenie mają stanowić klauzule odmowy korzyści (*denial of*

⁷⁸² Trybunał uznał za bezcelowe badanie struktury kapitałowo-organizacyjnej w sytuacji, gdy skarżący nie krył swojej przynależności państwowej., *Tokios Tokeles v. Ukraine*, op. cit., par. 56

⁷⁸³ Por. decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *Tokios Tokeles v. Ukraine*, op. cit., par. 54-55

⁷⁸⁴ Ibidem, par. 37

⁷⁸⁵ Szerzej na ten temat, z perspektywy nadużyć podatkowych: Daniel W. Blum, Markus Seiler (Eds.), *Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Wien, 2016

benefits).⁷⁸⁶ Część trybunałów neguje jednak skuteczność obowiązywania takich klauzul (nie stosowanych zresztą nadmiernie często), stojąc na stanowisku, iż mają one charakter zbyt ogólny, a państwo powinno potwierdzać ich obowiązywanie przed wystąpieniem sporu, jak to miało miejsce w sprawie *Plama Consortium* przeciwko Bułgarii.⁷⁸⁷ Korporacje wykorzystują również fakt, iż państwo przyjmujące jest stroną innych traktatów inwestycyjnych, korzystniejszych z ich punktu widzenia, choćby z powodu braku w nich klauzuli *denial of benefits*. Przewagą korporacji transnarodowych nad państwami jako ich kontrahentami zawsze pozostanie zdolność adaptacyjna do nowych warunków prawnych, co bez wątpienia stanowi przejaw możliwości wpływu na własny status w prawie międzynarodowym, a w rezultacie i w prawie krajowym państwa w zakresie wykonywania umów inwestycyjnych typu *state contracts*. W tym kontekście brak powszechnego międzynarodowego prawa inwestycyjnego oraz istnienie i dorobek orzeczniczy (przy braku linii orzeczniczych) trybunałów arbitrażowych stanowią przyjazne korporacjom *facultas agendi*.

W raporcie *International Investment Perspectives* OECD zauważyło problem *forum shopping*, definiowany jako dążenie strony do poddania sporu takiemu forum rozjemczemu, które byłoby najlepsze dla interesów tej strony. Kryteria wyboru *the most favourable forum* obejmują najczęściej prawdopodobieństwo uznania jurysdykcji rzeczowej, prawdopodobieństwo zasądzenia odszkodowania, transparentność proceduralną, jak też prawo właściwe dla rozstrzygania materii sporu. Inwestor zagraniczny, który postanowił wytoczyć powództwo państwu przyjmującemu, jest zwykle kierowany postanowieniami traktatu inwestycyjnego przed lokalny sąd, trybunał ICSID bądź przed trybunał *ad hoc*. Inwestor może jednak oprzeć wybór forum rozjemczego nie tylko na zapisie na arbitraż określonego traktatu, ale również podjąć skuteczną próbę *treaty shopping*, poddając w efekcie spór klauzuli arbitrażowej zawartej w innym BIT. Może też w określonych warunkach wytoczyć równoległe bądź wielokrotne powództwo (*parallel or multiple proceedings*).

Często przytaczanym przykładem takiego zjawiska są sprawy *CME* i *Lauder* przeciwko Republice Czeskiej. Rząd czeski podjął działania władcze wobec miejscowej spółki posiadającej licencję na nadawanie sygnału telewizyjnego, które zostały zaskarżone niemal jednocześnie przez amerykańskiego udziałowca *Lauder* na podstawie BIT między

⁷⁸⁶ Por. traktat NAFTA, traktat ECT, czy traktat wzorcowy Niemiec z 2009

⁷⁸⁷ Decyzja dot. jurysdykcji w sprawie *Plama Consortium v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, par. 161–162

USA a Czechami, oraz na podstawie holendersko-czeskiego BIT w związku z roszczeniem spółki holenderskiej kontrolującej *CME Czech Republic*, podniesionym przed trybunałem w Sztokholmie. Trybunał uznał racje Republiki Czeskiej w sporze z amerykańskim inwestorem Lauder. Orzekający konsekwentnie w sprawie *CME* trybunał nakazał rządowi Czech zapłacić wysokie odszkodowanie na rzecz inwestora z Holandii. Zdaniem trybunału, możliwe jest rozstrzyganie tej samej kwestii przez dwa niezależne fora arbitrażowe, przy czym drugi z trybunałów może lecz nie musi brać pod uwagę pierwszego rozstrzygnięcia. Rząd czeski nie zgodził się na konsolidację pozwów, w związku z czym uznał możliwość różnych rozstrzygnięć w niemal tej samej kwestii.

Zjawiska *forum shopping* i *multiple proceedings* można doskonale prześledzić na przykładzie kryzysu argentyńskiego i skokowej dewaluacji miejscowej waluty. W pierwszej dekadzie XXI wieku przeciwko Republice Argentyny trybunały arbitrażowe prowadziły 59 postępowań w procedurze ICSID, bowiem Argentyna zawarła w latach 90-ych szereg traktatów inwestycyjnych z państwami z grupy G-7.⁷⁸⁸ W pierwszym z orzeczeń w sprawie *CMS* przeciw Argentynie trybunał odrzucił roszczenie w związku z domniemanym wyłączeniem, uznając jednocześnie naruszenie klauzuli traktowania sprawiedliwego i słusznego na podstawie art. II (2) traktatu i przyznając odszkodowanie pieniężne. Rozstrzygający w sprawie *CMS* trybunał uznał przy tym po raz pierwszy, iż mniejszościowy udziałowiec, nie posiadający kontroli nad spółką wykonującą inwestycję spełnia kryteria *inwestycji* na potrzeby jurysdykcji ICSID. Niewątpliwie zwiększa to ryzyko wielokrotnych pozwów w tej samej sprawie. Podobnie w sprawie *Lanco* przeciwko Argentynie 18,3% udziałów w lokalnej spółce okazało się wystarczające do uznania za inwestycję. Trybunał orzekł, iż w traktatowej definicji nic nie stoi na przeszkodzie zarówno w zakresie wysokości udziałów, jak i możliwości wykonywania rzeczywistej kontroli nad spółką, by uznać określone zaangażowanie kapitałowe za inwestycję w rozumieniu traktatu. Spółka *Lanco* działała bowiem, zdaniem trybunału, we własnym imieniu i na własny rachunek, wykorzystując zdolność jaką dawały jej udziały w kapitale spółki inwestycyjnej ("*to the extent of its equity share*").

Z kolei w sprawie *Azurix* przeciwko Argentynie trybunał doszedł do wniosku, że "szeroka interpretacja definicji inwestycji [z traktatu amerykańsko-argentyńskiego]

⁷⁸⁸ Rodrigo Polanco Lazo, *Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention*, in: *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, January 2014, www.transnational-dispute-management.com

umożliwia ochronę pozwów pośrednich". Zdaniem trybunału, "jurysdykcja może być ustanowiona przepisem traktatu BIT. To, czy chroniony inwestor jest jednocześnie stroną umowy koncesyjnej bądź licencyjnej z państwem przyjmującym jest bez znaczenia z punktu widzenia jurysdykcji ustanowionej traktatem BIT, ponieważ przysługuje mu bezpośrednie prawo do ochrony w związku z faktem bycia udziałowcem." W sprawie *Sempra* przeciwko Argentynie trybunał w oparciu o definicję z traktatu dwustronnego między USA a Argentyną zgodził się, iż "intencją wyznaczenia tak szerokiej definicji inwestora była ochrona kompleksowa" ("*there is no question that this is a broad definition, as its intent is to extend comprehensive protection to investors*"). Następnie odniósł się do wcześniejszych orzeczeń trybunałów ICSID i UNCITRAL (w sprawach *Antoine Goetz, Enron, CMS i Enron w sprawie dodatkowego roszczenia*), uznając, iż w świetle definicji inwestycję stanowi nie tylko udział większościowy, ale i mniejszościowy, niezależnie od poziomu kontroli własnościowej. W konkluzji trybunał stwierdził, iż "skoro cel traktatu i postanowienia o warunkach jego wykonywania zostały wynegocjowane i zaakceptowane przez strony (...), to nie mogą być ignorowane przez trybunał, bowiem w przeciwnym wypadku całkowicie pozbawiłoby to traktat przymiotu zdatności" ("*that would devoid the Treaty of all usefull effect*"). W sprawie *Gas Natural SDG S.A.* przeciwko Argentynie trybunał uzupełnił, iż pośredni udziałowiec spółki nie może spełniać wymogów inwestora zgodnie z traktatem dwustronnym.

3.3. Mechanizm rozjemczy ISDS na przykładzie traktatów CETA⁷⁸⁹ i TTIP⁷⁹⁰

Procedura rozjemcza ISDS stanowi instrument międzynarodowego prawa publicznego, przyznający korporacji transnarodowej (na mocy postanowień traktatu inwestycyjnego) prawo do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania arbitrażowego w celu rozstrzygnięcia sporu z rządem państwa przyjmującego.⁷⁹¹ Traktaty inwestycyjne

⁷⁸⁹ Kompleksowe Porozumienie Gospodarczo-Handlowe (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_pl.htm

⁷⁹⁰ Transatlantyckie Partnerstwo Handlowo-Inwestycyjne (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1253&langid=pl>

⁷⁹¹ 93 % dwustronnych umów inwestycyjnych zawiera postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (2). ISDS pojawia się również w niektórych międzynarodowych porozumieniach handlowych, takich jak NAFTA, oraz międzynarodowych umowach inwestycyjnych, takich jak TKE. W 2014 r. TKE wyprzedził NAFTA jako umowa, na którą najczęściej się powoływano (3). Od lat pięćdziesiątych XX w. państwa członkowskie UE zawarły ponad 1 400 dwustronnych umów inwestycyjnych, co odpowiada około

określają podstawowe obowiązki stron w związku z wykonywaniem inwestycji zagranicznych, w tym w odniesieniu do strony państwowej obowiązek powstrzymania się od dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zapewnienia sprawiedliwego i równego traktowania, zakaz bezpośredniego bądź pośredniego wyłączenia bez niezwłocznego, odpowiedniego i pełnego odszkodowania, a także ochronę transferu kapitału w związku z inwestycją wykonywaną w oparciu o chroniony kontrakt inwestycyjny. W przypadku domniemanego naruszenia tych obowiązków przez państwo inwestorzy objęci ochroną traktatową mogą dochodzić roszczeń w międzynarodowym arbitrażu za pośrednictwem mechanizmu ISDS. Wnioskodawcy muszą wykazać, że zakwestionowane środki podjęte przez państwo spowodowały poważne szkody na ich majątku. Jeżeli skarga zostanie uznana, państwo przyjmujące ma obowiązek wypłaty odszkodowania. Trzeba zaznaczyć, że inaczej niż w przypadku procedury rozstrzygania sporów w ramach WTO, państwo przegrywające sprawę inwestycyjną nie jest zobowiązane do zmiany przepisów uznanych za wyłączone. ISDS opiera co do zasady na założeniu zapewnienia rozwiązywania sporów między inwestorami zagranicznymi a państwami przyjmującymi bez nacisków politycznych ze strony tychże państw. Ma umożliwić korporacjom pozywanie państw przed międzynarodowymi trybunałami, przy czym korzystanie z mechanizmu ISDS jest dostępne wyłącznie dla inwestorów zagranicznych, działających zazwyczaj za pośrednictwem lokalnej spółki zależnej, co bez wątpienia dyskryminuje podmioty lokalne.

połowie wszystkich takich umów na świecie (4). Wszystkie takie umowy zawierają w dużej mierze podobne postanowienia dotyczące ochrony inwestorów i ISDS. Z dostępnych danych wynika, że inwestorzy z UE są największą na świecie grupą korzystającą z systemu ISDS (50 % wszystkich spraw). Jedynie dziewięć państw członkowskich UE ma dwustronne umowy inwestycyjne z USA (Bułgaria, Chorwacja, Estonia, Łotwa, Litwa, Polska, Republika Czeska, Rumunia i Słowacja), siedem państw członkowskich zawarło takie umowy z Kanadą, a żadne państwo nie zawarło takiej umowy z Japonią. Wszystkie te umowy pochodzą z okresu poprzedzającego przystąpienie do UE. Liczba spraw w ramach ISDS gwałtownie wzrosła w latach 2002–2014 (58 spraw w 2013 r. i 42 w 2014 r.) (6), a pod koniec 2014 r. przedmiotem arbitrażu na podstawie międzynarodowych umów inwestycyjnych było łącznie 610 sporów. Jednakże ponieważ większość trybunałów arbitrażowych nie prowadzi publicznego rejestru spraw, szacuje się, że całkowita liczba spraw może być wyższa. Spośród 356 znanych spraw, które już rozstrzygnięto, 25 % rozpatrzono na korzyść inwestora i 37 % na rzecz państwa. Konkretny wynik 28 % spraw pozostaje niejawny. Średni koszt postępowania arbitrażowego to 4 mln USD dla każdej strony, z czego około 82 % to koszty usług prawnych (7). Wysokie koszty doprowadziły do nasilenia zjawiska finansowania powództw przez strony trzecie. Poprzez zmniejszenie ryzyka finansowego dla przedsiębiorstw przyczynia się to do zwiększenia liczby niepoważnych roszczeń, w przypadku których państwa nadal ponoszą pełne koszty prawne. Pojawiło się również zjawisko inwestycji spekulacyjnych, dokonywanych przez fundusze hedgingowe, w zamian za udział w przyznawanym odszkodowaniu (8). Jednakże nadal można przyjąć, iż ISDS to narzędzie traktowane jako ostatnia deska ratunku, i że mechanizm ten jest wykorzystywany jedynie w ekstremalnych przypadkach, gdy zawiodą wszystkie inne możliwości. Choć wartość BIZ na całym świecie przekracza 25 bilionów dolarów, od 1987 r. odnotowano jedynie ok. 500 spraw. 78% spraw wniosły duże korporacje.(12). Szerzej: raporty EKES.

Dodatkowo, jeżeli strony sporu wyrażą zgodnie taką wolę, ISDS może pozostać całkowicie niejawne, nawet jeżeli spór dotyczy zachowań państwa motywowanych interesem publicznym i może nieść ze sobą negatywne skutki budżetowe. Decyzje trybunałów arbitrażowych zapadają bez formalnej możliwości wniesienia odwołania.

27 spośród 28 państw członkowskich UE (poza Irlandią) włączyły ISDS do zawieranych dwustronnych umów inwestycyjnych. Trzeba pamiętać, iż między państwami członkowskimi UE obowiązuje 190 tego rodzaju traktatów, stanowiących podstawę 16 % wszystkich postępowań ISDS, jakie dotąd odnotowano na świecie. Mandat negocjacyjny KE został zatwierdzony w 2012 przez państwa członkowskie w celu wykorzystania ISDS jako *"ważnego narzędzia ochrony inwestycji i, co za tym idzie, wspierania i zapewniania wzrostu gospodarczego w UE, skutecznego sposobu egzekwowania przestrzegania zobowiązań, które nasi partnerzy handlowi uzgodnili z naszymi inwestorami w chwili podpisywania umowy."*⁷⁹² W związku z przesądzonym włączeniem ISDS do negocjowanego traktatu TTIP, organy wykonawcze i doradcze UE deklarowały zgodnie konieczność dbałości o to, by przepisy TTIP w szczególności dotyczące ISDS w niczym nie ograniczały zdolności państw członkowskich UE do stanowienia prawa w interesie własnych obywateli.⁷⁹³ Ostatecznie USA po objęciu prezydentury amerykańskiej przez Donalda Trumpa wycofały się z kolejnych rund negocjacji traktatu TTIP, zamykając drogę do jego podpisania. Bliźniaczy mechanizm rozjemczy ISDS jest jednak częścią europejsko-kanadyjskiej umowy CETA (artykuł X rozdział 6).

Wszechstronne porozumienie gospodarczo-handlowe CETA oraz odrębny rozdział dotyczący inwestycji dodany do porozumienia o wolnym handlu między UE a Singapurem⁷⁹⁴, to pierwsze przypadki zawarcia przez UE w umowach handlowych typu FTA rozdziałów dotyczących ochrony inwestycji. Prowadzone od 2010 negocjacje w związku z CETA

⁷⁹² Informacja Komisji Europejskiej z 3.10.2013, *Factsheet on ISDS*, akapit 2

⁷⁹³ Patrz: Wspólna deklaracja obrad okrągłego stołu w sprawie TTIP z udziałem organów UE i przedstawicieli podmiotów prywatnych zorganizowana przez Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, 16.12.2014

⁷⁹⁴ Patrz: komunikat KE z 29 stycznia 2015 (*"The European Commission tables proposals to improve transparency in Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) based on existing investment treaties"*) o wdrożeniu przyjętych przez UNCITRAL *Transparency Rules* (weszły w życie 1 kwietnia 2014) do umów z Singapurem i Kanadą

zakończono w sierpniu 2014, a 5 lipca 2016 Komisja Europejska przedstawiła Radzie UE przyjęty przez siebie tekst końcowy, rekomendując zawarcie umowy. Komisja zaproponowała skorzystanie z procedury *tymczasowego wprowadzenia* po uzyskaniu zgody decyzją Rady dla wejścia w życie tej umowy, a przed jej ratyfikacją przez parlamenty państw członkowskich jako umowy mieszanej. Zarówno kwestia uznania międzynarodowej umowy o wolnym handlu za umowę mieszaną, jak i możliwość oraz zakres zastosowania instrumentu *tymczasowego wprowadzenia* są przedmiotem sporu. Reguły inwestycyjne zostaną zapewne wyłączone z tymczasowego wprowadzenia i będą wymagały ratyfikacji. KE przychyliła się zasadniczo do stanowiska większości państw członkowskich i organizacji pozarządowych, iż obowiązywanie traktatów FTA wymaga zgody najwyższych organów przedstawicielskich państw członkowskich UE, jednak wątpliwości budzi kwestia uprzedniości zgody w stosunku do całości umowy. Część postanowień traktatowych zawiera się w kompetencji wyłącznej Unii do wykonywania wspólnej polityki handlowej (art. 3 ust. 1 e/ TFUE).

Wątpliwości podnoszone zarówno przez negocjatorów państw członkowskich, jak i Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny i najważniejsze organizacje NGO, dotyczą szeregu kwestii związanych w szczególności z ISDS. Traktaty BIT i FTA tworzą ich zdaniem rzeczywistość prawną, w której podmiot prywatny może pozwać państwo bądź organizację międzynarodową do trybunału arbitrażowego na podstawie przepisów prawa międzynarodowego. UE może zostać pozwana również w oparciu o międzynarodowy reżim praw człowieka, przyznający osobom fizycznym i osobom prawnym prawo do międzynarodowego sądu po wyczerpaniu drogi krajowej. CETA nie nakłada obowiązku wyczerpania dostępnych inwestorowi w państwie przyjmującym środków odwoławczych, a jedynie obowiązek konsultacji. Jednocześnie CETA nie przewiduje procedury odwoławczej. W sytuacji konieczności rozstrzygnięcia sporu inwestycyjnego decyzja trybunału jest ostateczna i jej rewizja bądź unieważnienie są możliwe tylko w szczególnych przypadkach.⁷⁹⁵ Pozycja pozwanego państwa (i jego obywateli) jest pod tym względem pogorszona w porównaniu do środków prawnych jakie zapewnia porządek prawny każdego z państw członkowskich.

W kontekście wykonywania w przyszłości umów podobnych do CETA należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 205 i 207 TFUE w polityce handlowej Unia Europejska jest

⁷⁹⁵ Por. Konwencja ICSID, art. 52

zobowiązana przestrzegać w szczególności zasad określonych w art. 3 TUE i Karcie Praw Podstawowych. W przypadku umowy handlowej, zgodnie z którą spory inwestycyjne są rozstrzygane przez nie związane prawem europejskim międzynarodowe trybunały arbitrażowe istnieje zagrożenie, iż podejmowane decyzje będą niezgodne z prawem europejskim.⁷⁹⁶ TSUE uzależnił możliwość ustanowienia międzynarodowej jurysdykcji od braku naruszenia zasady poszanowania autonomii systemu prawnego UE oraz podziału kompetencji ustalonego w traktatach,⁷⁹⁷ w przeciwnym razie UE naraziłaby się na zarzut istotnego przekroczenia kompetencji. Należy w tym kontekście pamiętać także o monopolu jurysdykcyjnym TSUE, wynikającym z opartej na art. 263 TFUE w związku z art. 19 TUE zasadzie wyłącznej właściwości Trybunału dla orzekania o zgodności prawa stanowionego i stosowanego w obrębie UE z prawem europejskim. Dowodzą tego Opinia TSUE z 2013 w sprawie przystąpienia UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁷⁹⁸ oraz zachowanie Komisji, która apelowała o nadrzędność prawa UE w sprawie Micula przeciwko Republice Rumunii.⁷⁹⁹ Równocześnie nie należy zapominać o groźbie naruszenia zasady pomocniczości w związku z wykluczeniem sądów krajowych. W art. 14.16 CETA wyłącza się bezpośrednie stosowanie traktatu i stawia wymóg inkorporowania jego postanowień do *aquis l'union* bądź do porządków prawnych państw członkowskich UE, tak aby inwestorzy mogli znaleźć tam ochronę prawną.

Negocjując traktat CETA dostrzeżono, że definicja wyłączenia pośredniego może okazać się w praktyce zbyt szeroka, w związku z czym w załączniku X.11 pkt. 3 wskazano cele ochrony porządku publicznego takie jak zdrowie publiczne, bezpieczeństwo publiczne czy ochrona środowiska, w przypadku których nie można podnosić zarzutu pośredniego wyłączenia. Uznanie wyczerpującego charakteru definicji wyłączenia pośredniego może jednak skutkować wyłączeniem z jej zakresu takich dziedzin interesu publicznego, jak dyscyplina budżetowa czy renacjonalizacja istotnych dla sprawności działania państwa sektorów usługowych. Również definicja traktowania sprawiedliwego i słusznego wydaje się

⁷⁹⁶ Por. Orzeczenie trybunału ICSID w sprawie Micula przeciwko Rumunii (Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award 11 December 2013, pkt 7.3)

⁷⁹⁷ Por. Opinia TSUE 1/91 z 14.12.1991 dot. EOG 1; Opinia TSUE 1/00 z 18.4.2002 dot. Wspólnego europejskiego obszaru lotniczego; Opinia TSUE 1/09 z 8.3.2011 dot. Sądu Patentowego

⁷⁹⁸ Opinia TSUE 2/13 z 18.12.2013

⁷⁹⁹ Patrz: przyp. 127

zbyt szeroka, pozostawiając trybunałom nadmierną swobodę interpretacyjną. W tej sytuacji już sama groźba wniesienia przez inwestora pozwu w ramach procedury ISDS może działać paralizująco i zniechęcać rządy do stanowienia i stosowania prawa w interesie publicznym z obawy przed wysokimi roszczeniami odszkodowawczymi.⁸⁰⁰

W przypadku traktatów CETA i TTIP nie można wiarygodnie twierdzić, że inwestorzy mają powody do obaw wynikających ze stronniczości krajowych systemów prawnych, bowiem UE, Kanada i USA to podmioty prawa międzynarodowego o dojrzałych systemach polityczno-prawnych. Ten sam argument można przytoczyć w odniesieniu do Japonii, w związku z negocjowaną przez UE kompleksową umową handlową z tym krajem. Nie ma oczywistych powodów, dla których praw związanych z FDI nie można byłoby odpowiednio chronić przez wprowadzenie prostej zasady niedyskryminacyjnej ochrony prawnej i równego dostępu do sądów powszechnych. W przypadku gdyby wymuszenie wykonania zobowiązań międzynarodowych w drodze krajowej procedury sądowej (a wcześniej negocjacji i mediacji) okazało się niezadowalające dla podmiotu prywatnego, nadal istnieje droga rozwiązywania sporów między umawiającymi się w traktacie państwami (opieka dyplomatyczna). W tym kontekście KE powinna rozważyć, w jaki sposób potraktować ISDS w obowiązujących dwustronnych umowach inwestycyjnych między państwami członkowskimi UE oraz między państwami członkowskimi UE a rozwiniętymi państwami trzecimi. Większość z tych umów zawarowano klauzulami przedłużonej ochrony, co dodatkowo komplikuje proces przywrócenia jurysdykcji krajowej. W przypadku CETA *survival clause* gwarantuje inwestorowi zagranicznemu, iż w odniesieniu do poczynionych przez niego inwestycji przed wypowiedzeniem umowy, jej postanowienia będą obowiązywać jeszcze przez okres dwudziestu lat.

⁸⁰⁰ Przykładem wymuszonej ostrożności legislacyjnej może być tu niedawne wstrzymanie przez rząd Nowej Zelandii projektu ustawy dotyczącej oznakowań na opakowaniach papierosów, w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie w sprawie *Philip Morris* przeciwko Australii, w związku z podobnie szerokim zakresem materialnym klauzuli *fair and equitable treatment* w traktacie dwustronnym z USA. Choć KE zobowiązała się do zagwarantowania, że w ramach przyszłych umów handlowych i inwestycyjnych UE, iż państwa członkowskie nie będą musiały uchylać podjętych środków, to nie uwzględnia się tu potencjalnego zagrożenia koniecznością zapłaty ogromnej kary w wypadku wniesienia sprawy o odszkodowanie.

Wnioski

W powszechnym mniemaniu transnarodowe dochodzenie roszczeń objawia się zasadniczo wyprowadzaniem sporu spod jurysdykcji rzeczowej państwa przyjmującego i poddaniem go prawu międzynarodowemu. Tymczasem nie należy zapominać, iż celem prywatnych inwestorów pozostaje zawsze dążenie do jak najskuteczniejszego zabezpieczenia aktywów. Korporacje transnarodowe jako osoby prawne zarządzane przez statutowe organy odrębne od właścicieli majątku (traktowanego przecież z perspektywy spółki jako majątek obcy) nadal prowadzą tę strategię, podobnie jak w warunkach zrównoważonego rynku prowadzą strategię maksymalizacji zysku. Skoro tak, to dlaczego prawo międzynarodowe miałoby być desygnowane jako właściwe do rozstrzygania sporów z państwem przyjmującym? Odpowiedź brzmi: to nie prawo międzynarodowe, lecz najbardziej skuteczny z reparacyjnego punktu widzenia reżim prawny jest celem transnarodowego dochodzenia roszczeń inwestycyjnych. Jeżeli jest nim prawo międzynarodowe publiczne, to dzieje się tak w zasadzie jedynie przez przypadek, bowiem prawo międzynarodowe jest niewątpliwie bardziej niezależne od aktywności państwa jako regulatora stosunków prawnych niż jakikolwiek wewnętrzny porządek prawny. Celem inwestora globalnego pozostaje poddanie sporu ocenie niezależnego trybunału w oparciu o reguły prawa, które w stopniu jak najbardziej zbliżonym do stu procent umożliwi efektywne dochodzenie roszczeń prywatnych. Zgodnie z tą logiką powinien to być zatem reżim prawny zamknięty, chroniący w maksymalnym stopniu prawa korporacji transnarodowych, a w minimalnym prawa państw stron kontraktów inwestycyjnych.

Najbliżej tak rozumianego ideału procedury rozjemczej w sporach inwestycyjnych jest dla korporacji globalnych regulamin Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych ICSID. W sytuacji, gdy Polska nie należy póki co do grona eksporterów netto bezpośrednich inwestycji zagranicznych, przystąpienie do Konwencji Waszyngtońskiej powinno być rozważane z najwyższą ostrożnością. Analizie powinny zostać poddane korzyści i zagrożenia dla interesów państwa, w szczególności skuteczność wykonywania władzy publicznej poprzez organy publiczne i możliwość zaspokojenia potrzeb obywateli. Państwo bez wątpienia nie może świadomie dążyć do zawierania aktów prawnych ograniczających jego zdolność do wykonywania władzy publicznej, o ile inne korzyści nie przeważają, jak to ma

miejsce choćby w przypadku europejskiej integracji gospodarczej w kontekście transferu kompetencji wykonawczych do organizacji supranarodowej.

Bez wątpienia FDI mogą przyczyniać się istotnie do wzrostu gospodarczego państwa przyjmującego, a inwestorzy zagraniczni powinni być chronieni przed bezpośrednim wywłaszczeniem i przejawami dyskryminacji ze strony państwa. Należy jednak pamiętać, iż publiczny charakter podmiotowości państwa w prawie międzynarodowym jest zgoła odmienny od prywatnego charakteru podmiotowości korporacji transnarodowej. Podmiotowość inwestora prywatnego jest z natury rzeczy incydentalna i może zaistnieć jedynie w związku ze skutecznym pozwaniem państwa strony kontraktu inwestycyjnego przed międzynarodowym trybunałem, przy czym cel pozwu jest wyłącznie ekonomiczny. Prawo państwa do wykonywania władzy w interesie publicznym w odniesieniu do istotnych sfer życia społecznego ma tymczasem zasadnicze znaczenie dla milionów jego obywateli i postanowienia międzynarodowych umów inwestycyjnych nie mogą go naruszać. Procedura rozjemcza ISDS nie powinna w związku z powyższym skutkować wynoszeniem statusu transnarodowego kapitału do poziomu równego statusowi suwerennego państwa.

Wątpliwości prawne co do możliwości wykorzystywania mechanizmu ISDS mają charakter systemowy. Podstawowe zarzuty dotyczą braku spójności zasad rozstrzygania sporów przed trybunałami arbitrażowymi z prawem międzynarodowym ogólnym, braku przejrzystości na każdym etapie stosowania procedury arbitrażowej, braku prawa strony do środka odwoławczego, dyskryminacji inwestorów krajowych (nie mają w ogóle dostępu do ISDS), przyznawania ochrony prawnej inwestycjom pozornym, tj. nie skutkującym tworzeniem miejsc pracy w państwie przyjmującym, lecz zorientowanych na dochodzenie odszkodowań przy pomocy wyspecjalizowanych kancelarii prawnych. W związku z negatywnym postrzeganiem ISDS⁸⁰¹, a także z licznymi przypadkami wydawania przez prywatne trybunały arbitrażowe orzeczeń stojących w sprzeczności z prawem pierwotnym

⁸⁰¹ W Opinii 2015/C 332/06 Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi, stwierdzono m.in., iż *"pierwotne idee przyświecające ISDS już dawno popadły w zapomnienie. Obecnie ISDS stało się bardzo dochodowym zajęciem dla niewielkiej liczby wyspecjalizowanych firm prawnych zajmujących się sprawami inwestycji, które to firmy zdominowały ten rynek. Niektóre wyspecjalizowane firmy prawne promują obecnie ISDS jako ważne narzędzie pozwalające z góry ograniczyć ryzyko przy dokonywaniu inwestycji. W kilku głośnych sprawach ISDS stał się narzędziem lobbystycznym – samo zagrożenie procesem działa paraliżująco i zniechęca ustawodawców do realizacji w różnych obszarach uzasadnionej polityki związanej z interesem publicznym. Zaniepokojenie wywołuje też fakt, że ISDS przyciągnęło spekulacyjne inwestycje np. funduszy hedgingowych."*

Unii Europejskiej i Kartą Praw Podstawowych, Komisja Europejska wzięła pod rozwagę wykorzystanie w traktatach CETA i TTIP alternatywnej procedury rozjemczej.

Wydaje się, iż najbardziej realistycznym rozwiązaniem byłoby skorzystanie z propozycji UNCTAD i przystąpienie do utworzenia stałego międzynarodowego trybunału inwestycyjnego. Regulamin takiego trybunału zawierałby normy proceduralne o charakterze prawa powszechnego, spójne z zasadami ogólnymi i międzynarodowym prawem zwyczajowym. Przyjęte ostatnio na forum ONZ akty prawne poprawiające przejrzystość ISDS nie odniosą zapewne trwałego skutku, choć mogą przyczynić się do doraźnej poprawy transparentności arbitrażu inwestycyjnego.⁸⁰² Dopóki jednak uzgodnione działania międzynarodowe będą jedynie kolejnymi próbami ratowania dotychczasowego sposobu rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym inwestycyjnym, dopóty postrzeganie ISDS w związku z brakiem przejrzystości procedowania i spójności orzekania nie może być pozytywne.

⁸⁰² UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*) przyjęła dokument pod nazwą *Transparency Rules* (wszedł w życie 1.4.2014), umożliwiający możliwie szeroki dostęp opinii publicznej do dokumentów i posiedzeń trybunału rozstrzygającego w procedurze ISDS, a także wnoszenie wniosków przez stronę trzecią. Rozwiązania wzorowane na *UNCITRAL Transparency Rules* zostały wykorzystane przez KE w negocjowanych traktatach z Singapurem i Kanadą. *UNCTAD* określiła pięć wariantów reformy ISDS: dostosowanie istniejących systemów poprzez międzynarodowe umowy inwestycyjne, ograniczanie dostępu inwestorów do ISDS, promowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów z udziałem państwa (ASR), wprowadzenie mechanizmu odwoławczego oraz utworzenie stałego międzynarodowego trybunału inwestycyjnego. KE pracowała nad pierwszymi czterema wariantami podczas określania nowego podejścia do ochrony inwestycji i ISDS negocjując CETA i umowę o wolnym handlu UE – Singapur. *Zasady UNCITRAL* nie mogą jednak znaleźć zastosowania do sporów chronionych traktatami zawartymi przed 1 kwietnia 2014. Komisja doprowadziła zatem do zawarcia wielostronnej Konwencji ONZ o Przejrzystości Arbitrażu (*UN Convention on Transparency*) przyjętej 10 grudnia 2014 przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. Dzięki tej konwencji zarówno organizacje międzynarodowe, jak i państwa członkowskie tych organizacji, mogą stosować *UNCITRAL Transparency Rules* do już zawartych traktatów inwestycyjnych. Dotyczy to w przypadku państw członkowskich UE ok. 1400 traktatów bilateralnych, a w przypadku UE Traktatu Karty Energetycznej, którego UE jest stroną od 1998.

ZAKOŃCZENIE

W kontekście opisywania zjawiska globalnych inwestorów pozostających w stosunku umownym z państwami przyjmującymi pojęcia *transnarodowości* i *statusu prawnego* jawią się niemal tautologicznie. Korporacje transnarodowe z godną podziwu konsekwencją od dziesięcioleci starają się wymóc na państwie stronie umowy inwestycyjnej traktowanie lepsze niż podmiotów konkurencyjnych, w szczególności lokalnych. A kiedy uznają się za poszkodowane w związku z domniemanym naruszeniem przez państwo zobowiązań umownych, dążą zwykle do wyłączenia jurysdykcji krajowej. Celem jest więc podleganie normom prawa krajowego na zasadach szczególnych bądź nie podleganie im wcale. Transnarodowość ujawnia się z chwilą umiędzynarodowienia naruszonego przez państwo przyjmujące zobowiązania wynikającego z prywatnego kontraktu handlowego o charakterystyce inwestycyjnej. Jak przy tym dowodzi Anthea Roberts, nic nie stoi zasadniczo na przeszkodzie, aby zaakceptować w końcu fakt, iż dwustronne traktaty o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji to umowy *de facto* trójstronne (*triangular treaties*), w związku z korelacją korzyści przyznawanych postanowieniami traktatowymi prywatnym osobom prawnym z możliwością bezpośredniego dochodzenia roszczeń.⁸⁰³

Co leży u podstaw szczególnej pozycji przedsiębiorcy globalnego w prawie w ogóle? Jak wynika z przedstawionych w podjętych na potrzeby niniejszej pracy badań, zasadniczo można wyróżnić dwa kluczowe aspekty transnarodowości korporacyjnej: wyjątkowy zakres ochrony własności inwestora zagranicznego, oraz dochodzenie roszczeń w procedurze ISDS, zwłaszcza w oparciu o konwencję waszyngtońską. W jednym i drugim przypadku podmioty prywatne uzyskały szczególny status, wyraźnie wbrew interesom i woli państw. Stało się to możliwe przede wszystkim na skutek działań orzeczniczych MTS i trybunałów prywatnych, a także przy istotnym wsparciu doktrynalnym. Co więcej, rozwój międzynarodowego prawa

⁸⁰³ Anthea Roberts, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, Harvard International Law Journal, Vol. 56, No. 2, 2015, 353ff

inwestycyjnego sprzyja faktycznemu upodmiotowieniu prywatnych inwestorów. W zbudowanej na podstawie wyroku w sprawie *Texaco przeciwko Libii* pierwotnej koncepcji kontraktu umiędzynarodowionego do poddania prywatnej umowy inwestycyjnej właściwości ogólnej prawa międzynarodowego konieczne było wyrażenie zgody zarówno przez inwestora zagranicznego, jak i przez państwo przyjmujące. Państwo mogło być zainteresowane w wypełnieniu luk prawnych w związku z wykonywaniem takiego kontraktu, korzystając z postanowień odnośnego traktatu i norm prawa międzynarodowego publicznego. Strony wybierały świadomie reżim międzynarodowy jako subsydiarne prawo właściwe do wykonywania zawartej między sobą umowy. Realizowana od kilku lat w międzynarodowym orzecznictwie inwestycyjnym nowa koncepcja kontraktu umiędzynarodowionego zakłada, iż zgoda państwa przyjmującego na stosowanie ogólnego i szczególnego prawa międzynarodowego jest domniemana przez sam fakt zawarcia traktatu dwustronnego bądź porozumienia o wolnym handlu. Stanowi to wyłączenie obowiązywania prawa uzgodnionego między stronami, w odniesieniu do wypełniania luk prawnych w związku z wykonywaniem kontraktu. O ile większość trybunałów odrzuca taką interpretację w oparciu o klauzulę ramową, o tyle dopuszcza się ją na podstawie klauzuli traktowania sprawiedliwego i słusznego. Nie sposób twierdzić, iż państwo godzi się na wyłączenie własnego prawa powszechnego, po to by poddać się wyrokowaniu w oparciu o standard prawny tak niedookreślony i trudny do zdefiniowania jak FET. Świadczy to pośrednio lecz niezbicie o możliwościach wpływania korporacji transnarodowych na zakres podlegania normom prawa międzynarodowego publicznego.

Na problem należy jednak spojrzeć szerzej, nie ograniczając się na przykład do opisywania fragmentacji prawa międzynarodowego w oderwaniu od orzecznictwa arbitrażowego, czy omawiania procedury ISDS bez zauważania skutków transnarodowej ochrony własności. Korporacjom transnarodowym udało się pośrednio doprowadzić do powstania sprawnie funkcjonującego mechanizmu, który promuje faktyczną podmiotowość inwestora w sferze międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Na mechanizm ten składa się cały szereg zjawisk prawnych, ujawnionych się w toku badań, a w szczególności:

- utrzymywanie się stanu fragmentacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego i brak krótko- i średnioterminowych perspektyw dla stworzenia prawa powszechnego regulującego wykonywanie inwestycji i rozstrzyganie sporów w związku z inwestycjami;

- umiędzynarodowienie kontraktów zawieranych między bezpośrednim inwestorem zagranicznym a państwem przyjmującym inwestycję;
- obszerny katalog naruszeń postanowień kontraktowych i łatwość przypisania państwom odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej;
- klauzula parasolowa i klauzula FET - standardy prawne stosowane w powiązaniu z doktryną nienaruszalności zobowiązań zawartych w dwustronnych traktatach inwestycyjnych i w porozumieniach o wolnym handlu;
- wyłączność skutku odszkodowawczego w związku z naruszeniem zobowiązania międzynarodowego przez państwo;
- absolutystyczny charakter ochrony własności prywatnej w prawie międzynarodowym, stawianej przez doktrynę i trybunały arbitrażowe na szczycie hierarchii zasad regulujących stosunek zobowiązaniowy powstały w związku z inwestycjami zagranicznymi;
- transnarodowa koncepcja arbitrażu międzynarodowego: dążność do ominięcia porządku prawnego państwa przyjmującego, a nawet prawa międzynarodowego ogólnego, i poddania sporu właściwości regulaminów arbitrażowych, reżimów szczególnych, niekiedy niemal zamkniętych na wpływy systemowe (ICSID);
- brak powszechnej definicji inwestycji (jednocześnie zwykle zbyt szeroka, wymagająca dookreślenia definicja uzgadniana na potrzeby BIT) i w konsekwencji konieczność interpretacji postanowień traktatowych dla każdego stosunku z osobna;
- zbyt niejasny charakter i zakres materialny klauzuli zakazu wywłaszczania pośredniego i klauzuli uzasadnionych oczekiwań;
- doktrynalna i orzecznicza akceptacja zjawiska zmiany przynależności państwowej inwestora zagranicznego po przystąpieniu do realizacji inwestycji (*treaty shopping*), zmiany źródła ochrony prawnej dokonywanej jedynie w celu skuteczniejszego dochodzenia roszczeń kontraktowych;
- traktowanie w doktrynie i orzecznictwie bardzo zbliżonych postanowień w ponad trzech tysiącach traktatów BIT, FTA i w traktatach modelowych silnych gospodarczo państw (a zatem i największych eksporterów inwestycji) jako *quasi* norm prawa zwyczajowego;

- gospodarcze, polityczne, instytucjonalne i nieformalne rzecznictwo interesu korporacji transnarodowych.

Korporacja transnarodowa jako inwestor zagraniczny wpływa na swój status prawny nie tylko poprzez lobbing gospodarczy i pokrewne formy rzecznictwa interesu promujące arbitraż inwestycyjny, ale także poprzez działania wewnętrzne, skierowane na takie dopasowanie własnej struktury kapitałowo-organizacyjnej, by mieć zdolność podlegania najbardziej korzystnemu z jej perspektywy traktatowi inwestycyjnemu i móc prezentować swoje racje przed wybranym forum rozjemczym. Niewątpliwie bardzo przyjazne polityce korporacyjnej międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe stanowi istotne wyzwanie dla jurysprudencji ogólnej prawa międzynarodowego publicznego, choćby dlatego że wyraźnie wyrażona zgoda państwa jest przecież jednym z fundamentów tego porządku prawnego. Na płaszczyźnie prawa krajowego państwo wykonujące władzę publiczną musi brać pod uwagę możliwość zaskarżenia takich jego działań, które można by zakwalifikować jako negatywną zmianę warunków umowy inwestycyjnej i naruszenie zobowiązania traktatowego.⁸⁰⁴ Jeżeli państwo podejmuje inne działania, niż podjęłoby bez takiego zagrożenia, należy stwierdzić, iż państwo jest ograniczone w wykonywaniu władzy publicznej, jak choćby w odniesieniu do konieczności przeprowadzenia systemowych przekształceń gospodarczych,⁸⁰⁵ ochrony zdrowia publicznego,⁸⁰⁶ ochrony praw człowieka,⁸⁰⁷ ochrony środowiska naturalnego,⁸⁰⁸ czy utrzymania bezpieczeństwa publicznego.⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ W Opinii 2015/C 332/06 Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi przytoczono szereg przykładów z ostatnich lat. Firma Philip Morris pozwała Australię w związku ze zmianą prawa regulującego kwestię opakowań papierosów, twierdząc, iż nowe wymogi oznaczają obniżenie wartości inwestycji opartej w dużej mierze na znakach towarowych. Traktat Karty Energetycznej stanowi dla koncernu Vattenfall podstawę roszczenia odszkodowawczego skierowanego do rządu Niemiec o wartości ponad 3,7 mld USD w związku z decyzją tego kraju o stopniowym odchodzeniu od produkcji energii jądrowej. Lone Pine pozwał Kanadę na kwotę 250 mln CAD po tym, jak prowincja Quebec wprowadziła moratorium na intensywne szczelinowanie hydrauliczne, uzasadniając je względami ochrony środowiska. Francuski koncern energetyczny Veolia pozwał Egipt w związku z decyzją o podwyższeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę, twierdząc, iż narusza to standard uzasadnionych oczekiwań. Rumunia została pozwana przez prywatnych inwestorów Micula w związku z inwestycjami dokonanymi przez kontrolowane przez nich spółki przed przystąpieniem tego kraju do UE i zniesieniem systemu zachęt ekonomicznych dla inwestorów.⁸⁰⁴

⁸⁰⁵ Por. wyrok częściowy w sprawie Eureko B.V. v. Poland, Ad Hoc Arbitration Court Brussels, Partial Award, 19 August 2005

⁸⁰⁶ Por. orzeczenia w sprawach Azurix Corp. v. Argentine Republic, op. cit., Compania de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentine Republic, op. cit.

⁸⁰⁷ Por. orzeczenia w sprawach Biwater Gauff v. Tanzania, op. cit.; Aguas del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 Oct. 2005

Genezą takiego stanu rzeczy jest uczynienie kontraktu inwestycyjnego wtórnym źródłem prawa międzynarodowego, co zasadniczo nie jest niczym zdrożnym, o ile stanowi wykonanie woli stron. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż duże projekty inwestycyjne wymagają specjalnych zabezpieczeń umownych w związku z wieloletnim zaangażowaniem międzynarodowego kapitału. Problemem jest jednak trudne do wyjaśnienia językiem prawa zespolenie koncepcji *własności* i *kontraktu*, oraz wzmocnienie tej relacji doktrynalnym uznaniem *treaty shopping*. Używając określenia zespolenie (*fusion*) opisujący to zjawisko prof. Julian Arato z Uniwersytetu Brooklińskiego zwraca uwagę, iż nawet akceptując rozpowszechnione w literaturze stanowisko co do intencji państw wyrażających jakoby zgodę na umiędzynarodowienie każdej umowy typu *state contract* przez samo zawarcie BIT bądź FTA, nie można bezkrytycznie przyjąć rygorystycznego charakteru klauzul ochrony własności. Taki charakter ma prawo rzeczowe w większości krajowych systemów prawnych, zakorzenionych w kulturze prawa rzymskiego cywilnego. Wywodzące się z tego samego źródła prawo zobowiązań, stanowiące o formie i naturze kontraktu, pozostaje jednak domeną autonomii woli stron. Umożliwia ona stronom elastyczne reagowanie na zmiany okoliczności w czasie, choć nie wyklucza zobowiązania się do niedokonywania żadnych zmian. Bez wątpienia państwo zawierając traktat inwestycyjny wyraża wolę objęcia jego ochroną umów inwestycyjnych, jakie zawrze z inwestorami zagranicznymi, z tym że tak oświadczona wola państwa ma swoje granice i nie można twierdzić, iż zobowiązane do skutecznego wykonywania władzy publicznej państwo świadomie ogranicza sobie możliwości wprowadzania w przyszłości zmian do umowy bądź regulowania stanu prawnego w dziedzinach mogących mieć związek z wykonywaniem umowy. Mamy tu zatem do czynienia z doktrynalną nieciągłością (*category mistake*).⁸¹⁰

Międzynarodowe prawo inwestycyjne traktuje kontrakty z państwem jak formę prawa rzeczowego w zasadzie równoważną z własnością. Wobec braku klauzul *opt-out*, braku możliwości dokonania zmian w umowie i wobec automatycznego objęcia ochroną traktatową postanowień kontraktowych gwarantujących utrzymanie *status quo* inwestycji, w literaturze

⁸⁰⁸ Por. orzeczenie w sprawie *Chevron v. Ecuador*, UNITRAL, PCA Case No. 2009-23, First Partial Award on Track I, 17 September 2013

⁸⁰⁹ Por. orzeczenia w sprawach *CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic*, Award, op. cit., par. 281; *Sempra v. The Argentine Republic*, op. cit.; *Enron v. The Argentine Republic*, op. cit.

⁸¹⁰ J. Arato, op. cit., 286

przyjęło się pojęcie *propertyzacji* kontraktów poprzez traktaty. Szereg klauzul traktatowych, w tym zwłaszcza zakaz dyskryminacji pośredniej, klauzula *pacta sunt servada* i nakaz traktowania sprawiedliwego i słusznego (w praktyce bardzo skuteczny standard szczególnej ochrony kapitału), dopełniają obraz rygorystycznej ochrony własności inwestorskiej. Swoiście agresywne rozumienie własności prywatnej ("*peculiarly aggressive vision of property*") umożliwia shierarchizowanie powyżej każdego prawa podmiotowego, ale także powyżej pozostałych kategorii praw przysługujących słuszenie obywatelom państw przyjmujących.⁸¹¹

Zostawiając na boku problem zgody państwa dominująca w prawie inwestycyjnym teoria umiędzynarodawiania kontraktów generuje kolejne sporne kwestie. Klauzule takie jak FET zabezpieczają prawa i interesy inwestora na wyjątkowo wysokim poziomie przede wszystkim poprzez połączenie kontraktu rozumianego jako własność z ochroną uzasadnionych oczekiwań inwestora. Na przykładzie spraw *Tecmed* przeciwko Meksykowi⁸¹² czy *Azurix* przeciwko Argentynie⁸¹³ można stwierdzić, iż tego rodzaju postanowienia obciążają w oczywisty sposób tylko jedną stronę umowy, i w związku z tym są niesprawiedliwe, bowiem państwa nie tylko biorą na siebie w zasadzie całe ryzyko niehandlowe, ale również w momencie podpisywania umowy nie mogą mieć świadomości skutków naruszenia zobowiązania, któremu dodatkowo przypisano walor peremptoryjności. Na dłuższą metę nie da się zapewne utrzymać takiego stanu rzeczy. Zawierając nowe traktaty i renegocjując w miarę możliwości stare państwa z pewnością będą podchodziły coraz ostrożniej do doktryny uzasadnionych oczekiwań w związku z wykonywaniem klauzuli traktowania sprawiedliwego i słusznego, której stosowanie najdobitniej świadczy o specyficznym statusie prawnym, jaki korporacje transnarodowe zdołały osiągnąć. Wycena uzasadnionych oczekiwań nie powinna być oparta jedynie na skutkach, jakie zastosowany przez państwo środek mógł wyrzucić na wyniki finansowe inwestora, nawet jeśli postanowienia traktatowe nie są jasne w odniesieniu do trafności faktycznie realizowanych celów publicznych.

⁸¹¹ Ibidem, 287

⁸¹² *Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, op. cit.

⁸¹³ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, op. cit.

Rozsądnym wydaje się postulat zawarty w orzeczeniu trybunału w sprawie SGS przeciwko Filipinom w związku ze stosowaniem klauzuli ramowej. Państwa i trybunały arbitrażowe powinny zakwestionować doktrynę *de facto* nierozzerwanej więzi kontraktu państwowego z ochroną własności inwestorskiej opartą o sztywne i rygorystyczne standardy prawne. W pewnym zakresie kontrakty mogą i być może powinny podlegać międzynarodowej ochronie prawnej wywodzonej z określonych klauzul traktatowych. Nie oznacza to jednak konieczności obejmowania ochroną wszystkich postanowień kontraktowych, ani umiędzynarodawiania całych kontraktów w związku z objęciem ochroną poszczególnych postanowień. Tym bardziej nie można mówić o automatyzmie umiędzynarodawiania *state contracts* jako kategorii umów. Trybunał w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym nie powinien mieć podstawy doktrynalnej do wyłączenia prawa właściwego dla wykonywania kontraktu, w celu ustalenia, czy naruszono zobowiązanie międzynarodowe, jaką metodę obliczenia odszkodowania zastosować, albo też dla ustalenia właściwości danego trybunału do orzekania. Kontrakty inwestycyjne powinny być traktowane jako negocjowane umowy i stanowić dla trybunału podstawę do stwierdzenia bądź nie stwierdzenia naruszenia prawa właściwego dla wykonywania kontraktu, czyli prawa krajowego i prawa europejskiego powszechnego. Natomiast w prawie międzynarodowym publicznym należałoby szukać skutków prawnych dla naruszenia zobowiązania kontraktowego. Trybunał orzekający w sprawie SGS przeciwko Filipinom określił przy takim podejściu kontrakty inwestycyjne jako hybrydowe źródło prawa międzynarodowego (*hybrid source of international law*). Zakres i znaczenie postanowień kontraktowych powinny być wywodzone z przepisów prawa właściwego dla wykonywania kontraktu.⁸¹⁴ Należałoby zastanowić się oczywiście też nad tym, czy by nie objąć tą doktryną również klauzuli traktowania sprawiedliwego i słusznego oraz klauzuli zakazu stosowania przez państwo środków tożsamyh z wyłączeniem bezpośrednim.

Rozważając rolę trybunałach arbitrażowych, można by się pokusić o określenie ich mianem narzędzia wykorzystywanego w sposób mniej lub bardziej nieświadomiony do kreowania statusu korporacji transnarodowych, bowiem to trybunały w ostatecznym rozrachunku decydują o zakresie podlegania normom właściwego reżimu prawa. Należy postulować, aby trybunały nie traktowały dwustronnych traktatów o ochronie inwestycji jako

⁸¹⁴ SGS S.A. v. Republic of the Philippines, op. cit.

zbioru sztywnych i rygorystycznych reguł nie podlegających zasadzie swobody strony do kształtowania swojej pozycji prawnej, a kontraktów inwestycyjnych jako swego rodzaju prawa rzeczowego. Trybunał powinien być zobowiązany do respektowania woli stron decydujących się na zawarcie umowy typu *state contract*. Strona, której prawa i korzyści są w sposób ewidentny umownie słabiej chronione (w tej chwili odnosi się to do państwa przyjmującego), powinna w trybunale znajdować oparcie w swoich staraniach przywrócenia równowagi praw i obowiązków stron. Akceptacja dla doktryn w rodzaju *forum shopping* czy *treaty shopping* powinna być przez trybunały udzielana z większą powściągliwością, niezależnie od różnic w uregulowaniu tych kwestii w traktatach bilateralnych.

Możliwość umiędzynarodawiania kontraktów państwowych na podstawie BIT bądź FTA w powiązaniu z doktrynalną i w konsekwencji orzecniczą akceptacją zjawiska *treaty shopping*, a nawet *treaty shopping post contractu*, należy traktować jako nadużycie formy prawnej spółki. Trybunały badają złożoną zazwyczaj strukturę własnościową i organizacyjną korporacji transnarodowej jedynie powziawszy podejrzenie o wyjątkowym naruszeniu korporacyjnej formy prawnej (*extreme abuse of the corporate form*), co wymaga rewizji z doktrynalnego punktu widzenia. Wydaje się, iż trybunały powinny raczej brać pod uwagę argumenty stron i zależnie od własnej oceny decydować o zakresie badania struktury korporacyjnej. Nie do zaakceptowania z jurysprudenckiego punktu widzenia jest tu wyłączenie prawa właściwego dla wykonywania umowy. W ostatnim czasie daje się zauważyć tendencja orzecnicza uwzględniająca także uzasadnione oczekiwania państwa przyjmującego w odniesieniu do stosunku prawnego z inwestorem.⁸¹⁵

Wymóg wiążący ze stosunku prawnego wydaje się przesadzony w odniesieniu do stosowania standardu *pacta sunt servanda*, jednak standard FET wydaje się pozostawać poza zasięgiem tego wymogu. Z jednej strony należałoby zabezpieczyć interesy państwa przed wykorzystywaniem spółek pozornych (*corporate shells*) tworzonych jedynie na potrzeby wyboru najbardziej efektywnej ochrony traktatowej, z drugiej zaś strony należy zauważyć, iż formalny wymóg wiążący wynikający ze stosunku prawnego prowadzić do nadużyć ze strony państwa przyjmującego. Państwo może próbować uniknąć odpowiedzialności

⁸¹⁵ Por. *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, op. cit., par. 132; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Decision of the Ad hoc Committee, op. cit., par. 94–95; *Siemens v. Argentine Republic*, Award, op. cit. Z drugiej strony jednak por. *Continental Casualty Co. v. The Argentine Republic*, op. cit.; *Burlington v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Dissenting Opinion of Arbitrator Orrego Vicuna (Nov. 8, 2012)

międzynarodowej poprzez wymóg inkorporacji podmiotu wykonującego inwestycję zgodnie z prawem krajowym, przy jednoczesnym braku postanowienia traktatowego o możliwości pozwania państwa przez podmiot zależny.

Dostrzeżenie określonych nieciągłości w funkcjonowaniu mechanizmu ISDS nie oznacza automatycznego wprowadzenia w życie środków zaradczych. Podstawową przyczyną uniemożliwiającą naprawę prawa inwestycyjnego jest deficyt norm powszechnych i związany z tym brak instytucji prawnych. Utrzymujący się stan fragmentacji tego reżimu prawa sprawia, iż nie istnieje żaden akt prawny, który mógłby być w miarę potrzeb *erga omnes* nowelizowany. Prawo inwestycyjne to ponad trzy tysiące traktatów dwustronnych i traktatów wielostronnych o wolnym handlu, to setki trybunałów arbitrażowych pozbawionych linii orzeczniczych, za to stosujących się do upowszechnionych koncepcji doktrynalnych i powołujących wybiórczo wcześniejsze orzeczenia w oparciu o regułę *stare decisis*. W takich warunkach systemowa zmiana obowiązującego porządku, oczekiwana zwłaszcza przez państwa tradycyjnie goszczące inwestorów, jest praktycznie niemożliwa do przeprowadzenia. Tymczasem korporacje transnarodowe mogą niemal w dowolnym momencie (póki co nie jest to jeszcze możliwe po dacie rejestracji sporu) dokonywać zabiegów *treaty shopping*, zmieniając zakres podlegania prawu międzynarodowemu, a więc doraźnie wpływać na własny status prawny - bezpośrednio w prawie międzynarodowym publicznym, a pośrednio w prawie krajowym i europejskim. Państwo natomiast, aby móc zasadniczo poprawić swoją pozycję prawną, musiałoby renegocjować wszystkie obowiązujące dwustronne traktaty inwestycyjne. Konieczność zgody drugiej strony zasadniczo ogranicza skuteczność tej metody. Państwa członkowskie Unii Europejskiej stworzyły sobie zatem drogę prawną do zastąpienia dotychczasowych traktatów BIT i FTA kompleksowymi porozumieniami gospodarczymi, zawieranymi z najważniejszymi partnerami ekonomicznymi (takimi jak USA, Chiny, Japonia czy Kanada). Z punktu widzenia prawa wewnętrznego są to umowy mieszane, których stroną jest zarówno UE, jak i państwo członkowskie, w zależności od podziału kompetencji w danej dziedzinie gospodarki.

Konkludując, powszechne międzynarodowe prawo inwestycyjne byłoby remedium na trzy zasadnicze grupy zagadnień problemowych: problem równoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowej, problem spójności prawa oraz problem skuteczniejszego zabezpieczenia praw i interesów państwa. Od początku ery korporacji transnarodowych podnoszony jest zarzut, iż globalni inwestorzy zagraniczni będący prywatnymi osobami

prawnymi korzystają z dorobku prawa międzynarodowego w sprzeczności z respektowaną w większości demokratycznych porządków prawnych zasadą zrównoważenia praw i obowiązków stron stosunku cywilnoprawnego. Korzystanie *per analogiam* z reguł prawa krajowego do oceny zachowań prawnych w sferze prawa międzynarodowego nie jest niezasadane, i to zarówno ze względu na dopuszczalność stosowania w określonych okolicznościach dyrektyw wykładni systemowej, jak i w szczególności ze względu na ogólne poczucie sprawiedliwości i słuszności (elementy wykładni funkcjonalnej), z którego wyrosła przecież w oparciu o art. 38 ust. 2 Statutu MTS międzynarodowa doktryna orzecznicza *ex equo et bono*. Nie ma dziś możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej inwestora korporacyjnego za naruszenie prawa międzynarodowego, podczas gdy w związku ze skutecznym umiędzynarodowieniem kontraktu państwowego korzysta on z szeregu uprawnień wynikających przede wszystkim z traktatów handlowych i inwestycyjnych, z międzynarodowego prawa zwyczajowego i z reżimu praw człowieka.

Szczególne kontrowersje wzbudza przyznawanie korporacjom uprawnień, które wcześniej wiązane były wyłącznie z jednostkami ludzkimi. Bardzo przychylne korporacyjnym osobom prawnym jest zwłaszcza orzecznictwo ETPC oparte na art. 34 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Trybunał traktuje korporacje podobnie jak NGO, umożliwiając im wnoszenie skarg w związku z naruszeniem praw gwarantowanych, a nawet doszukuje się w nich cech i reakcji ludzkich.⁸¹⁶ Korporacje powołują się skutecznie na prawo do rzetelnego procesu sądowego, zakaz karania bez podstawy prawnej, prawo do skutecznego środka odwoławczego, prawo do pokojowego korzystania z własności, zasadę równości środków oskarżenia i obrony, a nawet prawo do poszanowania miru domowego, wolności wyrażania opinii, czy do słusznego zadośćuczynienia za straty moralne.

Jednocześnie organizacje pozarządowe powołują szereg przykładów naruszenia praw człowieka,⁸¹⁷ w tym zatrudniania nieletnich do pracy najemnej, dyskryminujących praktyk zatrudniania, prowadzenia działalności na terytorium ludów tubylczych bez ich zgody, czy też negatywnego wpływu inwestycji na środowisko, pogarszającego warunki życia lokalnej społeczności w stopniu zagrażającym życiu i zdrowiu. Dotąd nie udało się przyjąć żadnej

⁸¹⁶ Por. orzeczenie w sprawie *Comingersoll S.A. v Portugal*, ECHR 2000-IV 339, par. 28

⁸¹⁷ Szerzej: Corporate Watch Reports, <https://corporatewatch.org/content/overview-corporate-watch-reports>

konwencji o odpowiedzialności korporacji za czyny zabronione w prawie międzynarodowym, a akty prawa miękkiego w rodzaju *Strategii Global Compact 2014-16* (inicjatywa ONZ na rzecz społecznej odpowiedzialności biznesu i wspierania zrównoważonego rozwoju) to rozwiązania pozbawione sankcji karnych. Patrząc z tej perspektywy, rozszerzenie zakresu podmiotowości prawa międzynarodowego bez konieczności uznawania przez społeczność państw pełnej podmiotowości korporacji transnarodowej (inwestora) byłoby rozwiązaniem pozwalającym sankcjonować naruszenie prawa międzynarodowego przez organy prywatnych podmiotów prawa gospodarczego.

Pilna potrzeba uregulowania prawa inwestycyjnego konwencją powszechną, definiującą w szczególności podmioty i instytucje, jest postulatem o znaczeniu kluczowym dla spójności międzynarodowego prawa publicznego. Dotychczasowy stan fragmentacji przejawia się w wydawaniu przez różne fora międzynarodowe orzeczeń odmiennych od powszechnego prawa międzynarodowego w oparciu o własne, szczególne zasady orzekania. Ze względu na specyfikę prawa międzynarodowego niekompletność norm skutkuje dookreślaniem w drodze interpretacji, identyfikacji norm zwyczajowych bądź odwołania do zasad ogólnych prawa. Z kolei niedookreśloność materialna norm istniejących wymusza na sędziach stosowanie reguł wnioskowań w sposób kreatywny i intuicyjny, a skoro normy prawa międzynarodowego niczego nie determinują a jedynie opisują, to są one często traktowane w sposób instrumentalny, w interesie podmiotów skutecznie lobbujących za własnymi interesami. Tak funkcjonujący mechanizm utrudnia zachowanie spójności orzecznictwa w powoływaniu się na własne i obce rozstrzygnięcia.

Być może należałoby pomyśleć o utworzeniu stałego trybunału inwestycyjnego (powołanego konwencją wielostronną) jako głównego forum rozjemczego i umożliwić mu powoływanie się na własne wyroki. Służyłoby to bez wątpienia urzeczywistnieniu zasady pewności prawa poprzez zapewnienie stronom równości, sprawiedliwości, jednolitości wyrokowania, a także jego przewidywalności i ciągłości. W szczególności pozwoliłoby to ograniczyć bądź wyeliminować zjawiska propertyzacji prawa publicznego czy zmiany podstaw prawnych ochrony inwestora w drodze *treaty shopping*. Wydaje się, iż zwłaszcza propertyzacja prawa - rozumiana jako powiązanie skutków ochrony klauzuli ramowej i FET dla potraktowania ochrony prywatnej własności inwestorskiej jako zasady absolutnej i nadrzędnej wobec wszystkich innych zasad regulujących stosunki zobowiązaniowe - stanowi istotne zagrożenie dla spójności prawa międzynarodowego, bowiem koncepcja ta nie zasadza

się ani na dorobku międzynarodowego prawa zwyczajowego, ani nie znajduje odzwierciedlenia w dorobku krajowych porządków prawnych.

Biorąc pod uwagę fakt, iż inwestor prowadzi zwykłą działalność gospodarczą w oparciu o przepisy prawa krajowego, w zgodzie z prawem europejskim i prawem międzynarodowym ratyfikowanym, konwencja powszechna zahamowałaby postępujące rozszerzanie przez trybunały arbitrażowe zakresu ochrony traktatowej inwestora zagranicznego kosztem interesów państwa (stosowanie wykładni rozszerzającej). Należy też pamiętać, iż z tego punktu widzenia sama idea międzynarodowego trybunału arbitrażowego jest kontrowersyjna, w szczególności, gdy stronami traktatu inwestycyjnego są państwa o wysokich standardach prawnych. Akceptując jednak potrzebę zapewnienia korporacjom inwestującym znaczące środki poza granicami państwa przynależności prawa do sądu (prawa dostępu do sądu rozumianego jako prawa do uruchomienia procedury przed sądem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym; prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności; jak i prawa do wyroku sądowego w postaci wiążącego rozstrzygnięcia sprawy) i zgadzając się na mechanizm ISDS, należy bez wątpienia dążyć do reformy stanu obecnego. UNCTAD zaproponowała pięć rozwiązań, składających się na kompleksową reformę ISDS: dostosowanie istniejących systemów poprzez międzynarodowe umowy inwestycyjne; ograniczanie dostępu inwestorów do ISDS; promowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów z udziałem państwa (ASR); wprowadzenie mechanizmu odwoławczego; oraz utworzenie stałego międzynarodowego trybunału inwestycyjnego.

Czy istnieje jednak w ogóle możliwość stworzenia powszechnego prawa inwestycyjnego. Być może rozwój orzecznictwa w oparciu choćby o Traktat Karty Energetycznej i przystąpienie nowych państw do tej umowy doprowadziłyby ewolucyjnie do ogólnego uznania postanowionych tam reguł. Drugą możliwość daje zawsze zgoda większości państw na zawarcie traktatu powszechnego, co jednak wydaje się mniej prawdopodobne ze względu na ciągle znaczną rozbieżność interesów pomiędzy - obrazowo mówiąc - zwolennikami doktryn *Hulla* i *Calvo*.⁸¹⁸ Traktat wielostronny legitymizowałby

⁸¹⁸ Z doniesień prasowych wynika, iż Chiny dążą do zawarcia takiego traktatu wielostronnego. Por. też rozważania w sprawie *Ping An Life Insurance Company of China v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015

poczynania sądownictwa, i zapewne wyznaczyłby stałe forum rozjemcze, jak to przezornie zaproponowano na potrzeby wykonywania traktatu CETA.

Utrzymujący się w międzynarodowym prawie inwestycyjnym deficyt legitymizacji, pozwala zakładać, iż w dłuższej perspektywie dojdzie do istotnej zmiany systemowej. Supranarodowe prawo Unii Europejskiej jest tworzone wprowadzie przez traktatowo uprawnione do tego organy, jednakże zakres demokratycznej kontroli jest ograniczony strukturalną inercją tej organizacji. Społeczeństwa obywatelskie w krajach członkowskich najbardziej rozwiniętych gospodarczo i politycznie domagają się transparentności i kontroli nad procesem orzekania ISDS w związku z permanentną groźbą wypłaty prywatnym inwestorom odszkodowań z pieniędzy publicznych. Koniecznością jest ustanowienie instancji odwoławczej na kształt *Appellate Body* w procedurze arbitrażowej WTO. Multilateralizacja i instytucjonalizacja arbitrażu inwestycyjnego, w związku z dostrzeżeniem faktycznego upodmiotowienia korporacji transnarodowych w sferze dochodzenia (z dobrym skutkiem) swoich praw przed trybunałami międzynarodowymi, wydaje się kierunkiem ze wszech miar właściwym. Upodmiotowienie korporacji w prawie międzynarodowym byłoby przy tym pożądane zarówno ze względu na konieczność zrównoważenia praw i obowiązków w sferze prywatnej, jak i w związku z dochodzeniem naruszeń praw człowieka przez korporacyjne osoby prawne. Wydaje się, iż traktaty typu BIT i FTA (takie jak CETA i TTIP) nie mogą dłużej tworzyć "żelaznej klatki" (*stahlhartes Gehäuse*), chroniącej korporacje transnarodowe w sposób pełny i skuteczny, kosztem społeczeństw państw przyjmujących.⁸¹⁹

⁸¹⁹ Max Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, E-Artnow, 2014, 123

BIBLIOGRAFIA

I. PUBLIKACJE

Abbott Kenneth W., Snidal Duncan, *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization 54 (3), 2000

Ahner Juliane, *Inverstor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015

Anderson Rachel J., *Toward Global Corporate Citizenship: Reframing Foreign Direct Investment Law*, Michigan State Journal of International Law, Vol. 18, p.1, 2009

Arato Julian, *Corporations as Lawmakers*, Harvard International Law Journal, Cambridge U.S., Vol. 56, No. 2, 2015

Barcz Jan, *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Tom II, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, 2003

Been Vicki, Beauvais Joel C., *The Global Fifth Amendment, NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International*, in: *"Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N.Y.U. L. Rev. 30, 37, 2003

Belohlavek Alexander J., *Ochrona inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Wokół Nas, Gliwice 2010

Bernatt Maciej, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009

Bertoli Paolo, Reghizzi Zeno Crespi, *Regulatory Measures, Standards of Reatment and the Law Applicable to Investments Disputes*, in: Treves Tullio (ed), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge Research in International Economic Law, Abingdon/New York 2014

Bielska-Brodziak Agnieszka, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Wolters Kluwert, Warszawa 2009

Bieniak Jacek, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011

Bjorklund Andrea K., Reinisch August, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham (UK)/Northampton (USA), 2012

Blum Daniel W., Seiler Markus (Eds.), *Preventing Treaty Abuse*, Linde Verlag, Wiedeń 2016

Böhmer Alexander, The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – an Assessment of the Negotiation Process in the OECD, in: German Yearbook of International Law, Duncker & Humblot Verlag, Kiel 1998

Boothby William H., *Conflict Law*, TMS Asser Press, The Hague 2014

Bosselmann Klaus, *The Environmental Jurisprudence of International Tribunals. Does Sustainability Make a Difference?*, in: Lee Paddock (et al., ed.), *Compliance and Enforcement of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Northampton 2011

Brach Jarosław, *Przedsiębiorstwa w sferze biznesu międzynarodowego ze szczególnym uwzględnieniem korporacji transnarodowych – problemy definicyjne, podejście teoretyczne i praktyczne*, w: *Biznes międzynarodowy w gospodarce globalnej*, Instytut Gospodarki Międzynarodowej, Uniwersytet Gdański, 2014, nr 33

Broches Aron, *Selected Essays. World Bank, ICSID and other Subjects of Private and Public Investment Law*, Wolter Kluwer, 1995

Brodecki Zdzisław (red.), *Europa przedsiębiorców*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2010

Brodecki Zdzisław (et al.), *Komparatystyka kultur prawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010

Brzeziński Piotr, *Unijny obowiązek zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010

Calliess Galf-Peter, *Transnational Corporations Revised*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Bloomington 2011

Cassese Antonio, *International Law in a Divided World*, Clarendon 1986

Castells Manuel, *Spółeczeństwo sieci*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011

Cieśliński Aleksander, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013, Część Druga: *Wpływ swobód na systemy krajowe*.

Clapham Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006

Cooter Robert, Ulen Thomas, *Ekonomiczna analiza prawa*, Ed. II, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011

Crawford James R., *Chance, Order, Change: The Course on International Law, General Course on Public International Law*, Hague Academy of International Law, 2013, Vol. 365

Dagan Hanoch, *Property: Values and Institutions*, Oxford University Press, 2011

Czaplińska Anna, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014

Daranowski Piotr, Joanna Połatyńska (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Wydawnictwo C. H. Beck, Łódź 2011

De Schutter Olivier, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Business & Human Rights Resource Centre, December 2006

Diehl Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection - Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2012

Diven Polly J., *Interest Groups in International and Transnational Politics*, in: Clive S. Thomas, *Research Guide to the U.S. and International Interest Groups*, Westport CT, 2004

Dolzer Rudolf, *Wirtschaft und Kultur*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (ed), *Völkerrecht*, 4th Edition, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2007

Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University, 2012

Dugan Christopher R., et al. *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011

Dunning John H., Gugler Philippe, *Foreign direct investment*, in: Jonathan Jones, Colin Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005

Dunning John H., Lundan Sarianna M., *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2nd Edition, Edward Elgar Publishing Inc., 2012

Emberland Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, 2006

Eroglu Muzaffer, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Northampton 2008

Eser Albin, *Individual Criminal Responsibility*, in: Antonio Cassese (et al., ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, 2002

Etel Maciej, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012

Fauchald Ole Kristian, *The Legal Reasoning of ICSID, Tribunals – An Empirical Analysis*, The European Journal of International Law, Vol. 19 No. 2, 2008

Gatto Alexandra, *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU Law and International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Northampton 2011

Ginsburg Tom, *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, Virginia Journal of International Law, Charlottesville 2004-2005, Vol. 45

Greenwood Christopher, *Sources of International Law: An Introduction*, legal.un.org, 2008

Guzman Andrew T. and Meyer Timothy L., *Internaitonal Soft Law*, Berkeley Law Scholarship Repository, 2 J. Legal Analysis 171, 2010

Habermas Jürgen, *Władza i przeciwwładza*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011

Hachez Nicolas (et al.), *International Investment Dispute Settlement in the Twenty-First Century: Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model?*, in: Freya Baetens (ed), *Investment Law within International Law*, Cambridge University Press, 2013

Hamilton Jonathan S., Garcia-Bolivar Omar E., Otero Hernando (eds.), *Latin American Investment Protections. Comparative Perspectives on Laws, Treaties and Disputes for Investors, States and Counsel*, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden (The Netherlands) 2012

Hedley Alan J., *Transnational Corporations and Their Regulation: Issues and Strategies*, Koninklijke Brill NV, Leiden 1999

Higgins Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994

Hindelang Steffen, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, 2009

Hrebenar Ronald J., Bryson B. Morgan, *Lobbying in America*, Wyd. ABC-CLIO, 2009

ICSID, OECD i UNCTAD. Making the most of International Investment Agreements. A Common Agenda of 12 December 2005 in Paris: *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement. An Overview*. dostępne: <https://www.oecd.org/daf/inv>

International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 2002, Documents on the Fifty-Fourth Session*, Vol.II: *Diplomatic Protection*

International Monetary Fund, *Balance of Payments Manual*, Fifth Edition, BPM5, Washington, D.C., 1993

Jansen Calamita N., *International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties – Constitutional Considerations*, w: Freya Baetens (ed.), *The Interaction of International Investment Law with other Fields of Public International Law*, Cambridge University Press, 2013

Jennings Robert, Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1996

Jeżewski Marek, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011

Jeżewski Marek, *Odpowiedzialność za naruszenie traktatów inwestycyjnych zawartych przez Unię Europejską z podmiotem trzecim po Traktacie Lizbońskim*, w: e-Przegląd Arbitrażowy 4/2011

Jones Jonathan, Wren Colin, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005

Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2013

Kantor Mark, *Valuation for Arbitration. Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Kluwer Law International BV The Netherlands, 2008

Katner Wojciech J., Promińska Urszula, *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010

Kelsen Hans, *Czysta teoria prawa (Reine Rechtslehre)*, Lexis Nexis, Warszawa 2014

Kępiński Marian (ed.), *Prawo konkurencji. System prawa prywatnego*, tom XV, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013

Kidyba Andrzej (ed), *Prawo spółek*, (4th Edition) Wolters Kluwer, Warszawa 2014

Kjos Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The Interplay between National and International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2013

Klabbers Jan, *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, Den Haag 1996

Klabbers Jan, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, Kluwer Law International, 1996

Kläger Roland, *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011

Klein Naomi, *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right*, Goettingen Journal of International Law, 2012

Kolb Robert, Gaggioli Gloria (red.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, 2013

Kollman Ken, *Outside Lobbying: Public Opinion and Interest Group Strategies*, Princeton University Press, 2008

Kosiński Przemysław, *Rola prawa krajowego w międzynarodowych sporach inwestycyjnych*, Studia Iuridica Toruniensia, Tom VIII, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika, Toruń 2010

Koskeniemi Martti, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006

Królikowska-Olczak Maria, *Ochrona konsumenta w prawie polskim i Unii Europejskiej*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2014

Królikowska-Olczak Maria, *The Application of Article 81(1) EC Treaty in the Light of Polish Legal Solution*, in: *Human rights, Spiritual Values and Global Economy*, edited by Bronisław Sitek (et al.), USA 2011

Kuczma Paweł, *Definicja lobbingu według ustawy z 7 lipca 2005*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, LXIX, Zeszyt 4, 2007

Kułaga Łukasz, *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, Forum Prawnicze, Nr. 1 / 2014

Kukułka Józef, *Wstęp do nauki o stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Aspra-JR, Warszawa 2003

Kurczewska Urszula, *Lobbing i grupy interesu w unii europejskiej. Proces konsolidacji systemu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011

Kuś Artur, *Kompetencje wyłączne Unii Europejskiej w zakresie Wspólnej Polityki Handlowej i Unii Celnej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2012

Lang Michael et. al., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Wiedeń 2004

Leben Charles, *The Advancement of International Law*, Hart Publishing Ltd., Oxford University Press, 2010

Levy-Livermore Amnon, *The Handbook on the Globalization of the World Economy*, Edgar Elgar Publishing Limited, 1998

Lindsay Alistair, *European Community Merger Regulation: Substantive Issues*, Second Edition, Sweet and Maxwell, London 2006

Lipsey Robert E., *Foreign Direct Investment and the Operations of Multinational Firms: Concepts, History and Data*, NBER Working Paper No. 8665 December 2001, JEL No. F21, F23

Lowenfeld Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008

McCorquodale Robert, Simmons Penelope, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, The Modern Law Review Ltd., Blackwell Publishing, Oxford 2007

Malanczuk Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Edition, Routledge, 1997

Martinez-Fraga Pedro J., Reetz C. Ryan, *Public Purpose in International Law. Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era*, Cambridge University Press, New York 2015

Mavroidis Petros, *The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary*, Oxford University Press, 2005

Mc Grew Anthony G., *Conceptualizing Global Politics*, in: Mc Grew Anthony G., Levis Paul G. (ed), *Global Politics. Globalization and the National States*, Policy Press Cambridge 1992

Mendes Errol, Ozay Mehmet, *Global Governance, Economy & Law: Waiting for Justice*, Routledge Studies in International Law, London 2003

Menkes Marcin, *Immunitet jurysdykcyjny i egzekucyjny państwa, Komentarz do Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich mienia oraz Europejskiej konwencji o immunitacie państwa*, Oficyna Wydawnicza SGH, 2013

Mik Cezary (red. nauk.), *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2014

Moosa Imad A., *Foreign Direct Investment Theory, Evidence and Practice*, Basingstoke, Hampshire Houndmills, 2002

Morss Elliott, *The New Global Players: How They Compete and Collaborate*, World Development Journal by Elsevier (The Netherlands), Vol. 19, No. 1, 1991

Muchlinski Peter T., *Corporations in International Law*, in: Rüdiger Wolfrum (ed). Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2010

Muchlinski Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2007

Newcombe Andrew Paul, Paradell Lluís, *Law and Practice of Investments Treaties*, Kluwer Law International B.V., 2009

Nikiema Suzy H., *Best Practices Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, Winnipeg (Kanada), marzec 2012, dostępne na www.iisd.org

Norgaard Carl Aage, *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Kopenhaga 1962

Nowrot Karsten, *Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities*, in: John Fleurs (ed), *International Legal Personality*, Ashgate 2010

OECD, *'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing, <http://dx.doi.org>

OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publications, Paris 2008, www.oecd.org

OECD, *Study on the Investments into the Developing Countries*, Paris 1978, www.oecd.org

Oshionebo Evaristus, *Regulating Transnational Corporations in Domestic and International Regimes, An African Case Study*, University of Toronto Press Inc., 2009

Pakulska Teresa, Poniatowska Małgorzata, *Korporacje transnarodowe a globalne pozyskiwanie zasobów*, Oficyna Wydawnicza Szkoły Głównej Handlowej, Warszawa 2009

Paparinskis Martins, *Regulatory Expropriation and Sustainable Development*, in: Marie-Claire Cordoniere (et al.) (ed.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International BV, Alphen 2011

Pazdan Maksymilian, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Lexis Nexis, Warszawa 2012

Perisic Vladan S., *Foreign Direct Investment and Non-Commercial Risks*, Annals of the University of Oradea, August 2014

Polanco Lazo Rodrigo, *Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention*, in: *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, January 2014, www.transnational-dispute-management.com

Powałowski Andrzej (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009

Pronto Arnold, Wood Michael: *The International Law Commission 1999-2009*, Vol. VI, *Treaties, Final Draft Articles and Other Materials*, Oxford University Press, 2010

- Reinisch August (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008
- Roberts Anthea, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, Harvard International Law Journal, Vol. 56, No. 2, 2015
- Rosand Eric, *The Security Council as "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative?*, 28 Fordham Int'l L.J., 2004
- Rosińska-Bukowska Magdalena, *Rola korporacji transnarodowych w procesach globalizacji. Kreowanie globalnej przestrzeni biznesowej*, Dom Wydawniczy DUET, Toruń 2009
- Rubino-Sammartano Mauro, *International Arbitration, Law and Practice*, Juris Net LLC, USA, Third Edition, 2014
- Ruszkowski Janusz, *Ponadnarodowość w systemie politycznym Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010
- Sadowski Wojciech, *Sądowa kontrola wyroków arbitrażowych w sporach inwestycyjnych*, Kwartalnik ADR Nr. 2 (6)/2009
- Salacuse Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Sec. Edition, Oxford University Press, 2015
- Sarre Janis (ed), *Corporate Governance in Global Capital Markets*, The University of British Columbia Press, Vancouver 2003
- Scalise Elisa, *The Code for Corporate Citizenship: States Should Amend Statutes Governing Corporations and Enable Corporations to be Good Citizens*, Seattle University Law Revue, t. 29, nr 275, 2005
- Schaber Thomas, *The Regulation at the European Parliament. The Quest for Transparency*, in: P.H.Claeys (et al., ed), *Lobbying, Pluralism and European Integration*, PIE-EIP, Brussels 1998
- Schefer Krista Navakavukaren, *International Investment Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2013
- Schill Stephan W., *General Principles of Law and International Investment Law*, in: Tarcisio Gazzini, Eric de Brabandere (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, 2010
- Schill Stephan, *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*, Jean Monnet Working Paper No. 05/2013
- Schill Stephan, *The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration*, publ. 22.1.2014, www.ejiltalk.org/author/sschill

Schill Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009

Schreuer Christoph H., *The ICSID Convention: Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, 2009

Shea Donald R., *The Calvo Clause*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1955

Singer Joseph William, *The Player and the Cards: Nihilism and the Legal Theory*, 94th Yale Law Journal 1, New Haven 1984

Skoczny Tadeusz (red. nauk.), *Internetowy kwartalnik antymonopolowy i regulacyjny*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2012-16

Skoczny Tadeusz (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2014

Słok-Wódkowska Magdalena, Śledziwska Katarzyna, *Umowy inwestycyjne Unii Europejskiej i państw członkowskich - porównanie BIT i RTA*, in: *Biznes międzynarodowy w globalnej gospodarce 2014*, nr 33, Uniwersytet Gdański, Gdańsk 2014

Sornarajah Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010

Sozański Jarosław, *Prawo traktatów*, PWR Iuris, Warszawa 2009

Stiglitz Joseph E., *Globalizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004

Stone Julius, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford University Press, California, 1966

Strzyczkowski Kazimierz, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011

Suda Ryan, *The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights*, in: Olivier de Schutter (ed.), *Transnational Corporation and Human Rights*, Hart Publishing, 2006

Szaferon Małgorzata, *Międzynarodowa konkurencja podatkowa*, International Journal of Management and Economics, 2011

Szajkowski Andrzej, Tarska Monika, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2004

Szumański Andrzej (red.), *System prawa handlowego, Tom 8, Arbitraż handlowy*, C.H. Beck, Warszawa 2010

Świątkowski Marek, *Naruszenie przez państwo umowy z inwestorem zagranicznym w świetle traktatów inwestycyjnych*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009

Thomas Clive S., *Research Guide to the U.S. and International Interest Groups*, Westport CT, 2004

Thürer Daniel, *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration*, Schulthess, Zürich 1990

Tugendhat Christopher, *The Multinationals*, Middlesex Penguin Books, 1981, in: Jonathan Jones, Colin Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Routledge, 2005

UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011, <http://unctad.org>

UNCTAD, *Recent Trends in International Investment Agreements and International Investment Policy Making*, luty 2015

UNCTAD, *The Division on Investment and Enterprise*, <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-Corporations-Statistics.aspx>, dostęp: 15.4.2015

UNCTAD, *World Investment Report 2014, Methodological Note*, www.unctad.org, dostęp: 7.5.2015

UNESCO, *Encyclopaedia of Life Support Systems, Section 1 Institutional and Infrastructure Resource Issues*, www.unesco.org

Van der Wilt Harmen, *Corporate Criminal Responsibility for International Crimes - Exploring the Responsibilities*, 12 Chinese Journal of International Law, 2013

Vasquez Carlos M., *Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law*, University of Columbia Journal of Transnational Law 43, 2004-2005

Verdross Alfred, *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Leiden, 1960

Vinuales Jorge E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012

Wang Guiguo, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Routledge, New York 2014

Weber Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, E-Actnow, 2014

Włodyka Stanisław (red.), *Prawo umów handlowych. System prawa handlowego*, Tom 5, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2014

Włodyka Tadeusz, Smaga Marcin (red. nauk.), *Instytucje gospodarki rynkowej*, 2 wyd., Wolters Kluwer, Warszawa 2015

Włodyka Tadeusz, *Polityka gospodarcza*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007

Wojtyczek Krzysztof, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007

Wolfrum Rüdiger, Stoll Peter-Tobias, Feinäugle Clemens (eds), *WTO - Trade in Services*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Koninklijke Brill NV, Leiden (Netherlands) 2008

Wölker Ulrich, *The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges*, in: ICSID Review 2009

Wong Jarrod, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Koninklijke Brill NV Leiden The Netherlands, 2013

Wright Robert, *Non Zero. The Logic of Human Destiny*, Pantheon Books, New York 2001

Wróbel Andrzej (red. nauk.) et al., *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, Seria LEX, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Tom I-III, Warszawa 2012

Wróbel Andrzej (red. nauk.) et al., *Traktat ustanawiający Unię Europejską. Komentarz*, Seria LEX, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Tom I-III, Warszawa 2008-10

Wouters Jan, Chané Anna-Luise, *Multinational Corporations in International Law*, Social Science Research Network, KU Leuven Working Paper No. 129, 2013

Wright Robert, *Non-Zero. The Logic of Human Destiny*, Random House Inc., New York 2001

Wyrozumska Anna, *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice*, in: Wyrozumska Anna (ed.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Seria Wydawnicza Katedry Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014

Wyrozumska Anna, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Prawo i praktyka gospodarcza, Warszawa 2007

Yackee Jason Webb, *Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality*, Fordham International Law Journal, Cornell 2009

Zdyb Marian, *Wspólnotowe i polskie publiczne prawo gospodarcze*, Tom I: *Wolność i reglamentacja działalności gospodarczej. Handel zagraniczny*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2008

Zumbansen Peer, *Transnational Law*, Comparative Research in Law and Economy, Research Paper 09/2008, Vol. 4, No. 2

II. ŹRÓDŁA PRAWA POWSZECHNEGO

A. PRAWO KRAJOWE

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997, Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483

Ustawa z 15 września 2000 Kodeks spółek handlowych, Dz. U. 2000 nr 94 poz. 1037

Ustawa z 7 lipca 2005 o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa, Dz.U. 2005 nr 169

Ustawa z 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331

Ustawa z 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. 2004 nr 173 poz. 1807

B. PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ

CETA, Kompleksowa Umowa Gospodarczo Handlowa (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_pl.htm (dokument podpisany przez Radę i skierowany do ratyfikacji przez kraje członkowskie na początku listopada 2016)

Communication from the Commission to the Council, European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment poli-cy, COM(2010)343 final

Decyzja Rady z dnia 18 listopada 2002 w sprawie podpisania i tymczasowego stosowania niektórych postanowień Układu ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotą Europejską i jej Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Chile, z drugiej strony, 2002/979/WE

Decyzja Rady i Komisji Europejskiej 98/181/WE z 23.09.1997 w sprawie zawarcia przez Wspólnoty Europejskie Traktatu w sprawie Karty Energetycznej i Protokołu do Karty Energetycznej, w sprawie efektywności energetycznej i związanych z nią aspektów środowiskowych, Dz.U. L 69 z 09.03.1998

Dyrektywa 63/474/EWG, publ.19.4.1963

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/99/WE z 19 listopada 2008 w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne

Dyrektywa Rady 88/361/EWG z 24 czerwca 1988 w sprawie wykonania art. 67 Traktatu; Dz.U. nr 178 z 8 lipca 1988

European Commission Release, *An Open and Structured Dialogue between the Commission and Special Interest Groups*, 93/C63/02

General Outline for a Draft Revision of the Treaties, Document CONF 2500/96, Brussels, 5 Dec. 1996

Komisja Europejska: COM (2001) 366: *Green paper - Promoting a European framework for corporate social responsibility*, 18.07.2001

Komisja Europejska, Komunikat pn. *Europejska inicjatywa na rzecz przejrzystości. Zasady dotyczące stosunków z przedstawicielami grup interesu (rejestr i kodeks postępowania)*, COM(2008)323, 27.05.2008

Komunikat KE z 29 stycznia 2015 pn. *"The European Commission tables proposals to improve transparency in Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) based on existing investment treaties"*

Opinia TSUE z 11.11.1975, ECR 1355 (1975)

Opinia TSUE 1/91 z 14.12.1991 dot. EOG 1

Opinia TSUE 2/92 z 24.3.1995, Slg. 1995, S. I-521

Opinia TSUE 1/94 z 15.11.1994, w sprawie Kompetencji Wspólnoty do zawierania umów międzynarodowych w dziedzinie usług i ochrony własności intelektualnej

Opinia TSUE 1/00 z 18.4.2002 w sprawie Wspólnego europejskiego obszaru lotniczego

Opinia TSUE 1/09 z 8.3.2011 w sprawie Sądu Patentowego

Opinia TSUE 2/13 z 18.12.2013 w sprawie przystąpienia UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Opinia 2015/C 332/06 Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi

Raport Roboczy Komisji Specjalnej Parlamentu Europejskiego ds. Przestępczości Zorganizowanej, Korupcji i Prania Pieniędzy z 3.12.2012, DT\919585PL.doc

Rezolucja Rady Unii Europejskiej z 8.6.2010 w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej (2010/C 156/01)

Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 1126/2008 z 3.11.2008 (wraz z późniejszymi zmianami), przyjmujące międzynarodowe standardy rachunkowości i sprawozdawczości finansowej zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 w sprawie prawa właściwego do zobowiązań umownych (Rzym I)

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 864/2007 z 11 lutego 2007 w sprawie prawa właściwego do zobowiązań pozaumownych (Rzym II)

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1219/2012 z 12 grudnia 2012 w sprawie jurysdykcji dot. BIT

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej przyjęty 13 grudnia 2007, wszedł w życie 1 grudnia 2009, Dz. U. UE C115 z 9 maja 2008

Traktat z Nicei, podpisany 26 lutego 2001, zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską oraz niektóre związane z nimi akty prawne

TTIP, Transatlantyczne Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1253&langid=pl> (dokument w fazie negocjacji między KE a rządem USA)

C. PRAWO MIĘDZYNARODOWE

The 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement, signed on 26 February 2009 in Cha-Am, Thailand by the Economic Ministers; <http://cil.nus.edu.sg/2009>

GATS, Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami, zawarty w ramach Urugwajskiej Rundy Negocjacyjnej Światowej Organizacji Handlu, wszedł w życie 1 stycznia 1995, Dz. U. L336 z 23.12.1994

GATT, *General Agreement on Tariffs and Trade*, Układ podpisany 30.10.1947 w Genewie, Dz.U. 1994 nr 138 poz. 730

Guiding Principles on Business and Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", UN Resolution 17/4 of 16 June 2011, Human Rights Council (A/HRC/17/31)

ICSID, Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Vol. II, (1968), <https://icsid.worldbank.org>

ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 4th Edition, 2006, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, dostęp: 15.04.2015

IMF Balance of Payments Manual, fifth edition, IMF 1993

Karta Gospodarczych Praw i Obowiązków Państw (*Charter of Economic Rights and Duties of States*), GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974)

Karta Narodów Zjednoczonych ONZ (*United Nations Charta*), podpisana w San Francisco 26 czerwca 1945

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, proklamowana przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej w grudniu 2000

Konwencja Bazylejska z 1989 o Kontroli Transgranicznego Przemieszczania i Usuwania Odpadów (*Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*), Basel, 22 March 1989

Konwencja Genewska z 1979 w sprawie Transgranicznego Zanieczyszczania Powietrza na Duże Odległości (*The 1979 Geneva Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*)

Konwencja Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza (*United Nations Convention on the Law of the Sea*), sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982, Dz.U. 2002 nr 59

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko Korupcji (*United Nations Convention against Corruption*), przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 31 października 2003, Dz.U. nr 84, poz. 563

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11, który wszedł w życie 1 listopada 1998, Council of Europe, H/INF(97) 6 (rev.) z uwzględnieniem tekstu Konwencji opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1993 r., Nr 61, poz. 284 oraz tekstu Protokołu nr 11 opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1998 r. nr 147, poz. 962

Konwencja OECD w sprawie zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych, otwarta do podpisu w Paryżu 17.12.1997, weszła w życie z dniem 15.12.1999

Konwencja ONZ w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 23 grudnia 2010

Konwencja o Prawach i Obowiązках Państwa (*Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*) podpisana przez USA oraz państwa Ameryki Środkowej i Południowej (za wyjątkiem Boliwii) w Montevideo w dniu 26.12.1933, weszła w życie 26.12.1934

Konwencja o Uznawaniu i Wykonywaniu Zagranicznych Orzeczeń Arbitrażowych (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, podpisana przez Polskę dnia 19 lipca 1961, Dz.U. 1962 nr 9 poz. 41

Konwencja o Rozstrzyganiu Sporów Inwestycyjnych między Państwami a Obywatelami Innych Państw (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*), provided by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) submitted to Governments by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development, submitted: March 18, 1965, Washington, entered into force: October 14, 1966, available at: <http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/plain.txt>

Konwencja o ustanowieniu Wielostronnej Agencji Gwarancji Inwestycyjnych (*Multilateral Investments Guarantee Agency, MIGA*) sporządzona w Seulu dnia 11 października 1985, Dz. U. 2003, Nr 43

Konwencja z 18.3.1965 r. o załatwianiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw, 575 U.N.T.S. 159 (1965 *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*)

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) uchwalona 22 maja 1969, weszła w życie 27 stycznia 1980, przyjęta przez Polskę 1 sierpnia 1990, Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439

Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych (*Vienna Convention on Consular Relations*) uchwalona 24 kwietnia 1963, weszła w życie 19 marca 1969, Dz.U.82.13.98 z 17 maja 1982

Konwencje o prawach człowieka wzmiankowane w rozdziale 5.1.5.: Amerykańska deklaracja praw i obowiązków człowieka z kwietnia 1948; Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 (zmieniona protokołami nr 3, 5, 8 i 14); Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 16 grudnia 1966; Amerykańska konwencja praw człowieka z 22 listopada 1969; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984; Protokół do Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów z 9 czerwca 1998; Protokół fakultatywny do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 6 października 1999; Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 10 grudnia

2008; Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury skargowej z 19 grudnia 2011

Konwencje o ochronie środowiska wzmiankowane w rozdziale 7.2.5.: Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska przyjęta w Sztokholmie dnia 16 czerwca 1972; Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska i rozwoju przyjęta w Rio de Janeiro dnia 14 czerwca 1992; Globalny Program Działań Narodów Zjednoczonych przyjęty w czerwcu 1992 zwany Agendą 21; Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach ochrony środowiska przyjęta w Aarhus dnia 25 czerwca 1998

Konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy objęte Deklaracją w sprawie podstawowych zasad i praw w pracy z 1998, wzmiankowane w rozdziale 7.2.3.: Konwencja Nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Konwencja nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, Konwencja nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, Konwencja nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, Konwencja nr 105 o zniesieniu pracy przymusowej, Konwencja nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, Konwencja nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia, Konwencja Nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci

International Law Commission. Report on the Work of its Fifty Eighth Session. Official Records of the General Assembly, Sixty First Session, Supplement No. 10 (A/61/10)

Międzynarodowa Konwencja o Zwalczeniu Finansowania Terroryzmu (*International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*), przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1999, Dz.U. 2004 nr 263 poz. 2620

Międzynarodowa Konwencja w sprawie Ochrony Wszystkich Osób przed Wymuszonym Zaginięciem (*The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*), przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 23 grudnia 2010

Modelowe Przepisy Procedury Arbitrażowej ONZ (*Model Rules on Arbitral Procedure*), dokument przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych na 10. sesji i przedłożony (wraz z komentarzem) Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ w ramach raportu z sesji (por. art. 22). *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, legal.un.org, United Nations 2005

Modelowy Dwustronny Traktat Inwestycyjny USA (*2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty between the Government of the United States Of America and the Government of [Other Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*)

Modelowy Dwustronny Traktat Inwestycyjny Kanady (*Canada 2004 Bilateral Investment Treaty*)

Modelowy Dwustronny Traktat Inwestycyjny Republiki Federalnej Niemiec (*Deutscher Mustervertrag 2009*, Deutscher Mustervertrag 2009 über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen; źródło: www.iilcc.uni-koeln.de)

Wielostronne Porozumienie Inwestycyjne (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*), traktat negocjowany w ramach OECD w latach 1995-8, nie przyjęty, traktowany jako źródło poznania prawa

OECD *Benchmark Definition of Foreign Investment (Draft)* – 4th Edition, DAF/INV/STAT(2006)2/REV. 3, 2007

OECD *Codes of Liberalisation - New Governance Arrangements*, July 2012, www.oecd.org/daf/investment/codes

OECD (2014), *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement.pdf

OECD *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf, dostęp: 15.04.2015

OECD *Model Tax Convention on Income and Capital released on 29 April 2011, updated lately upon approval by the OECD Council on 15 July 2014; United Nations Double Taxation Convention between Developed Countries and Developing Countries 2011*, <http://www.un.org/en/development/desa/publications/double-taxation-convention.html>

Porozumienie o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji pomiędzy Konfederacją Szwajcarską a Islamską Republiką Pakistanu, (*Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*), zawarte 11 lipca 1995; article 11, OUP reference: IC-BT 730 (1995)

Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności, zawarte 12 lutego 1996, Dz. U. z 1996r. nr 32

Północno-Amerykańskie Porozumienie o Wolnym Handlu (*The North American Free Trade Agreement - NAFTA*), weszło w życie 1 stycznia 1994

Projekt Konwencji o Odpowiedzialności Korporacji Transnarodowych i Innych Przedsiębiorstw w odniesieniu do Praw Człowieka (*Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*), E/CN.4/Sub.2/2003/12 (2003)

Projekt Konwencji o Odpowiedzialności Organizacji Międzynarodowych, *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations 2011*, adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10, para. 87). Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two

Projekt Konwencji o Odpowiedzialności Państw za Czyny Zabronione Prawem Międzynarodowym (*UN Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), przygotowany przez Komisję Prawa Międzynarodowego (The International Law Commission), przyjęty na pięćdziesiątej trzeciej sesji Komisji w 2013, zaaprobowany przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją nr 56/83 z 12 grudnia 2001, legal.un.org (z komentarzem Roberto Ago)

Protokół z Colonia do Sacramento do traktatu MERCOSUR (*Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur within Member Countries*), sporządzony 17 stycznia 1994

Raport Komisja Prawnej Parlamentu Europejskiego pn. *Report of the Committee on Legal Affairs on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments* (2007/2028(INI)), European Parliament A6-0259/2007, 28.06.2007

Raport Komisji Brundtland - Światowa Komisja ds. Środowiska i Rozwoju ONZ, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>

Raport ONZ nt. ochrony, przestrzegania i egzekwowania praw człowieka w działalności gospodarczej (*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*), złożony do Rady Praw Człowieka ONZ 03.06.2008

Raport Specjalnego Przedstawiciela ONZ ds. praw człowieka, korporacji transnarodowych i innych podmiotów gospodarczych (*UN Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises*), <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych o ochronie praw konsumenta przyjęta na 39. Sesji w dniu 9 kwietnia 1985, uzupełniona w 1999

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 174 (II) przyjęta 21.11.1947 o powołaniu do życia Komisji Prawa Międzynarodowego (International Law Commission)

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 217/III A przyjęta 10 grudnia 1948

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ o Stworzeniu Nowego Międzynarodowego Ładu Gospodarczego (*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*) nr A/RES/S-6/3201, przyjęta 1 maja 1974

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr A/RES/S-6/3201 przyjęta 1 maja 1974

Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 2006 pn. *International Liability in Case of Loss from Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities*, (2006) GAOR 61st Session Supp 10

Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 26 czerwca 1945

The United Nations *Global Compact*, https://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/global_compact_strategy.html

Trade Promotion Agreement U.S.–Panama, entered into force on October 31, 2012

Traktat Karty Energetycznej (Energy Charter Treaty) oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, przyjęty w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994, Dz.U. z 2003 Nr 105, poz. 985

Traktat modelowy dwustronny o inwestycjach z 2012 (*2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*); www.state.gov/documents/organization/188371.pdf

Traktat BIT pomiędzy Kanadą a Chinami (*Agreement between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*), 2014

Traktat BIT pomiędzy Kanadą a Nigerią (*Agreement between the Government of Canada and the Federal Republic of Nigeria for the Promotion and Protection of Investments*), 2014

Traktat BIT pomiędzy Maritiusem a Wyspami Comodo, 2001

Traktat BIT pomiędzy USA a Argentyną (*Treaty between United States of America and The Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*), 1992

Traktat BIT pomiędzy Wlk. Brytanią a Kolumbią (*Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia*), 2010

Traktat BIT pomiędzy USA i Republiką Argentyny (*Treaty between United States of America and The Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*), Washington, November 14, 1991, 31 I.L.M. 124 (1992)

Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, z dnia 21 marca 1990, Dz.U. z 1994 nr 97 poz. 467

Trójstronna Deklaracja Zasad dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej (*Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*), przyjęta przez Radę Administracyjną Międzynarodowego Biura Pracy Międzynarodowej Organizacji Pracy (*International Labour Organization, ILO*) podczas 204 sesji (Genewa, listopad 1977), poprawiona podczas 279 sesji (Genewa, listopad 2000), http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm

Umowa między Polską Rzeczypospolitą Ludową a Republiką Federalną Austrii w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Wiedniu dnia 24 listopada 1988, Dz.U. 1989 nr 54 poz. 321

Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 10 listopada 1989, Dz.U. 1991 nr 27 poz. 116

Umowy między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z dnia 14 lutego 1989, Dz. U. nr 38 poz. 220

Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji sporządzona w Warszawie 7 września 1992, Dz. U. 1994 nr 57 poz. 235

UN Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10), Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two

UN Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session (2001) with Commentaries, United Nations 2008

UN Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12, 2003

UN Global Compact, <http://ungc.org.pl/>

UN Report of the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations (1974) UN Doc E/5500/Rev.1, ST/ESA/6, 25

UNCITRAL Arbitration Rules adopted December 15, 1976, revised 2010, with new article 1 paragraph 4 as adopted in 2013

UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985* w wersji zmienionej, przyjętej na trzydziestej dziewiątej sesji Komisji w 2006

UNCITRAL *Transparency Rules*, dokument wszedł w życie 1 kwietnia 2014

WTO, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)*, WT/DSB/RC/1 (96-5267), 11 December 1996; www.wto.org

Wielostronne Porozumienie Inwestycyjne (*The Multilateral Agreement on Investment*), The MAI Negotiating Text as of 24 April 1998, OECD Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs

World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment z 21.9.1992, ILM 1992

Wszelchstronne Porozumienie Inwestycyjne ASEAN (The 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement), podpisane 26 lutego 2009 w Tajlandii przez ministrów gospodarki państw regionu Południowo-Wschodniej Azji

Zalecenie Rady OECD o ochronie konkurencji (*Recommendation on Competition Assessment*), no. C (98) 35/FINAL

Zalecenie Rady OECD nr C (2005) 34

Zalecenie Rady OECD w sprawie rozwiązywania sporów i odszkodowań dla konsumentów z 2007 (*Consumer Dispute Resolution and Redress*), C (2007)74

Zalecenia OECD odnośnie polityki antykorupcyjnej, wzmiankowane w rozdziale 7.2.7.: Zalecenie Rady OECD w sprawie dalszego zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 14.12.2006, Zalecenie Rady OECD w sprawie środków podatkowych dla dalszego zwalczania korupcji zagranicznych urzędników państwowych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 25.5.2009, oraz Zalecenie Rady w spr. korupcji i oficjalnie wspieranych kredytów eksportowych z 26.11.2009

ORZECZNICTWO

A. TRYBUNAŁY KRAJOWE

Wyrok Sądu Antymonopolowego z 24.1.1991, XV Amr 8/90, Wok. 1992 nr 2

Wyrok Sądu Najwyższego z 5.6.2008, SN III SK 40/07

B. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

C-22/70, TSUE, Komisja przeciwko Radzie, sprawa AERT/ERTA, E.C.R. 1971

C-8/74, TSUE, wyrok z 11.7.1974 w sprawie Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville

C-44/79, TSUE, wyrok w sprawie Hauer, ECR 1979, 3272

C-120/78, TSUE, wyrok z 20.2.1979 w sprawie Rewe-Zentral A.G. przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

C-286/82 i C-26/83, TSUE, orzeczenie prejudycjalne w połączonych sprawach, European Court Reports 1984 -00377

270/83, TSUE, 28.1.1986, Komisja przeciwko Francji

C-322/88, TSUE, wyrok w sprawie Salvatore Grimaldi v. Fonds (1989), zbiór orzeczeń ECR 4407

C-330/91, TSUE, wyrok w sprawie Commerzbank

C-267/91 i C-268/91, TSUE, wyrok z 24.11.1993 w połączonych sprawach Keck i Mithouard

C-55/94, 30.11.1995, TSUE, wyrok w sprawie Reinhard Gebhard

C-101/94, TSUE, Komisja przeciwko Włochom

C-250/95, TSUE, 15.5.1997, wyrok w sprawie Futura Participations

C-212/97, TSUE, wyrok w sprawie Centros

C-222/97, TSUE, wyrok w sprawie Trummer

C-255/97 TSUE, wyrok w sprawie Pfeiffer

C-302/97, TSUE, wyrok w sprawie Klaus Konle

C-311/97, TSUE, wyrok w sprawie Royal Bank of Scotland

C-423/98, TSUE, wyrok w sprawie Albore

C-54/99, TSUE, wyrok w sprawie Association Eglise

C-452/01, TSUE, wyrok w sprawie M. Ospelt v. Schössle Weissenberg Familienstiftung, ECRI-9743, 23.9.2003

C-411/03, TSUE, wyrok z 13.12.2005, sprawa SEVIC Systems

C-446/04, TSUE, wyrok z 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation

C-205/06, TSUE, wyrok z 3 marca 2009, Komisja przeciwko Austrii

C-249/06, TSUE, wyrok z 3 marca 2009, Komisja przeciwko Szwecji

C-118/07, TSUE, wyrok z 19 listopada 2009, Komisja przeciwko Finlandii

C. TRYBUNAŁY MIĘDZYNARODOWE

AAPL - Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 2 October 2006

Aguas del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections of 24 May 2007, ICJ Reports 2007

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 November 1984

Limited Liability Company AMTO v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997

Anglo-Iranian Oil Co, United Kingdom v. Iran, Decision on Jurisdiction, 22 July 1952, ICGJ 188, ICJ Reports 1952

ARAMCO - Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. ARAMCO, Final Award, ICJ Reports 1958

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010

Austrian Airline A.G. v. Slovak Republic, UNCITRAL Final Award Oct 9, 2009

Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006

Baltoil - Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001

Barcelona Traction Light and Power Company Ltd Case (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, Award of Feb 5, 1970

Bayindar Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/09, Award, 27 August 2009

Beyeler v Italy. Rosalind English. Beyeler v Italy, Application No 33202/96, ECtHR Judgment 28 May 2002

BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre (GIC) v. the Government of Ghana, Award on Jurisdiction and Liability of October 27, 1989, ILR 1990 Vol. 95

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008

Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, App. No. 45036/98, Eur. Ct. H. R., Decision of 13 September 2001 and Judgment of 30 June 2005, ECHR Reports, 2005-VI

Burlington Resources v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Dissenting Opinion of Arbitrator Orrego Vicuna, 8. November 2012

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), 1926 PCIJ (ser. A) No. 7

The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. the Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain, Award, 30 January 2007

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, First Partial Award on Track I, 27 September 2013

CLS – Commission on the Limits of the Continental Shelf, ICJ, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969

CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8; Decision of the *Ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 Sep 2007

Comingersoll S.A. v Portugal, ECHR 2000-IV 339

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and VIVENDI Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award Aug 20, 2007

Compañía del Desarrollo de SANTA ELENA S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, Arbitration Award, 22 December 2003

Corgill Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award dated September 18, 2009

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008

Customs Classification of Certain Computer Equipment, Appellate Body Report, 5 June 1998, WTO doc. WTO/DS62/AB

Dombo Beheer B.V. v The Netherlands (1993) Series A no 274

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008

Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007

Eichmann Adolf, Decision on Jurisdiction, June 10th 2010, ILR 1968 Vol. 36

Elettronica Sicola S.p.A. (United States v. Italy), ICJ Reports 1989, Rep. 15, Judgement, 20 July 1989

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007

Eureko B.V. v. Poland, Ad Hoc Arbitration Court Brussels, Partial Award, 19 August 2005

European Commission v. Austria, ECJ, C-205/06, Award March 3, 2009

European Commission v. Finland, ECJ, C-118/07, Award of Nov 19, 2009

European Commission v. Sweden, ECJ, C-249/06, Award March 3, 2009

Feldman Marvin Roy Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002

Factory at Chorzów (Merits), Germany v. Poland, Judgement of 13 Sep 1928, PCIJ Serie A, 1928, Nr 17

FRCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case. No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 December 2003

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/11/12

Futro v. Poland, Application no. 51832/99, ECtHR Judgement, 3 June 2003

Gasus Dosier - und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands (43/1993/438/517), ECtHR Judgment Feb 23, 1995

GBI 9000 SICAV S.A. v. Russian Federation, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009

Goetz Antoine et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award (Embodying the Parties' Settlement Agreement), 10 February 1999

Hauer Case 44/79 – ECR 1979, 3272

Iatridis v. Greece, App. No. 31107/96, ECtHR 1999

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005

International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, Award, 26 January 2006

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18

Island of Palmas (Miangas), United States v Netherlands, Award, (1928) II RIAA 829, ICGJ 392 (PCA 1928), 4th April 1928

James and others v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, App. No. 8793/79, Judgement of 21 February 1986

Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and El-Araby on Legality of Use of Force, Serbia and Montenegro v. Portugal, Preliminary Objections, Summary of the Judgment of 15 December 2004, ICJ Reports 2004 - wspólna deklaracja do wyroku MTS w sprawie legalności użycia siły

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, *Ad hoc* Committee Decision on Annulment, 3 May 1985

LaGrand, Germany vs. United States of America, Judgment of June 27, 2001, ICJ Rep 466

Lauder Ronald S. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011

Legality of Use of Force, Serbia and Montenegro vs. Portugal, Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, oświadczenie do wyroku MTS, Preliminary Objections, ICJ Reports 2004

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986

The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Case No.ARB(AF)/98/3, Decision on Competence and Jurisdiction, 5 January 2001

The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Case No.ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003

Maffezini Emilio Agustín v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000

Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd vs. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10

Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea (Guinea), Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award dated January 6, 1988 in the above matter, Rendered by the Ad Hoc Committee on December 14, 1989, Case ARB/84/4

Mavromatis Jerusalem Concessions Case (Greece v. United Kingdom), Judgement of March 26, 1925, PCIJ Ser. A 1925 No.5

Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case, Award, 31 March 2010

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AB)/97/1, Award, 30 August 2000

Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, 6 June 2008

Methanex Corp. v. United States of America, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002

Methanex Corp. v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005

Middle East Cement v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002

Mitchell Patrick v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010

Mondev International Ltd. v. United States of America, NAFTA Award, 11 October 2002

S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000

National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 20 June 2006

National Grid Plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Award of 11 November 2008

Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005

North Sea Continental Shelf, ICJ Reps, 1969

Nottebohm, Liechtenstein v. Gwatemala, ICJ Reports 1955, General List, No. 18, Award, 6 April 1955

OEPC v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467, Final Award of July 1, 2004

Odszkodowania za szkody poniesione w służbie Narodów Zjednoczonych, opinia doradcza MTS z 11 kwietnia 1949, I.C.J. Reports 1949

Opération Turquoise, Security Council Resolution S/RES/929 (1994)

Palmas (Miangas), United States of America v. The Netherlands, Award, 4 April 1928, PCIJ RIAA II

Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes, Judgment, PCIJ Series A no 20, ICGJ 260 PCIJ, 1929

Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, 8 May 2009

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5 , Award of April 15, 2009

Ping An Life Insurance Company of China v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015

The Pious Fund of Californias, United States v Mexico, Award, 14 Oct 1902, IX RIAA 1, ICGJ 409, PCA 1902

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on jurisdiction, 8 Feb. 2005

Potocka and others v. Poland, Application no. 33776/96, ECtHR Judgment 4 October 2001

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010

Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of April 11th, 1949, ICJ Reports 1949

RSM Production Corporation v Grenada, Award, ICSID Case No ARB/05/14, IIC 363 (2009), 11th March 2009, despatched 13th March 2009

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. vs. Republic of Kazakhstan, Award of Juli 29, 2008, ICSID Case No. ARB/05/16

Ryabykh v. Russia, Application no. 52854/99, ECtHR Judgment 24 July 2003

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Permanent Court of Arbitration, Partial Award, IIC 210, 17th March 2006

Saudi Arabia vs. Arabian American Oil Co. ARAMCO, Final Award, ICJ Reports 1958

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Partial Award of Nov 13, 2000

Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, City Court of Stockholm, Award, 7 July 1998

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007

Serbian Loans Case (France v. Serb-Croat-Slovene State), PCIJ 1929 Ser. A, No. 20

Shahin Shane Ebrahimi et al. v. Islamic Republic of Iran, Iran - U.S. Claims Tribunal, Final Award, 12 October 1994

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007

Société Colas Est and Others v France, ECHR 2002-III 105

Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003

Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004

Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 10 February 2012

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3

Stosowanie konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, wyrok MTS z 26 lutego 2007, par. 396

S.S. Wimbledon, Britain et al. v. Germany, Judgement of the Permanent Court of Justice, 17 August 1923, PCIJ Series A No. 1

S.S. Lotus, France v Turkey, Award, 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10

Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. v. Iran, Bank Oman, Bank Mellat, Bank Markazi, US Claims Tribunal, Award Dec. 19, 1983

Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v Greece, Application no. 13427/87, ECHR Judgement 9 December 1994, Series A no 301-B

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic), Decision on Liability, 30 July 2010

Técnicas Medioambientales TECMED, S. A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003

Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (Merits), YCA 1979, at 177 et seq., 62 ILR 141

Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Arbitral Award, Separate Opinion by Thomas Wälde, 26 January 2006

Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran and others, Award, 29 June 1984, Iran-U.S. CTR 6, 1986

Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18, 29 April 2004

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2008

United Parcel Service (UPS) of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Award on Jurisdiction of Nov 22, 2002

United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, World Trade Organization Appellate Body, WT/DS/344/AB/R, AB-2008-1, Report of the Appellate Body of April 30, 2008, Article 51

UPS of America Inc. v. Rząd Kanady, orzeczenie arbitrażowe Chamber of Commerce of the USA z 11.6.2007 w sprawie o jurysdykcję w oparciu o postanowienia rozdziału XI NAFTA

Van Gend en Loos Case (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration), No. 26/62, Judgment of the European Court of Justice of 5 February 1963

Vivendi v. The Argentine Republic, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. The Argentine Republic), Decision on Annulment, 3 July 2002

Vivendi v. The Argentine Republic, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. The Argentine Republic), Award, 20 August 2007

Wena Hotels Ltd. v. Arab Rep. of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment Proceeding, 5 February 2002

Wintershall A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award of 8 December 2008

WT/DS62/R European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (USA v. WE), http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds62_e.htm, oświadczenie niepublikowane

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009