

Rozdział I. Podstawy prawne działalności korporacji transnarodowych

§ 1. Uwagi wstępne

Dla wyznaczenia ram prawnych, w jakich działa korporacja transnarodowa, wyodrębniono podmiot i przedmiot regulacji prawnych, a także źródła prawa powszechnego. Źródła prawa podzielono zarówno ze względu na kryterium odrębności jurysdykcyjnej (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 swojej luce regulacyjnej powstałej w związku z ograniczeniem możliwości równoważenia praw i obowiązków korporacji transnarodowej w stosunkach prawnych powstałych dla wykonania kontraktów inwestycyjnych. 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 wyznaczające zdolność Unii Europejskiej do zawierania traktatów handlowych z uwzględnieniem ograniczeń w odniesieniu do ochrony inwestycji.

§ 2. Podmiot regulacji

I. Inwestor

W międzynarodowym prawie inwestycyjnym nie ma powszechnie określonego zbioru warunków, jakie podmiot prywatny musi spełnić, aby zostać uznany za inwestora w związku z wykonywaniem bezpośredniej inwestycji zagranicznej. Nie ulega jednak wątpliwości, że podmiotem regulacji jest zagraniczny inwestor prywatny, co wynika zarówno z dwustronnych traktatów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (*bilateral investment treaties* – BIT), jak i z praktyki prawa międzynarodowego¹. W traktacie polsko-francuskim pojęciem inwestora nazwano 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 terytorium². 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 przez podmiot zależny, utworzony zgodnie z miejscowym prawem. W określonych warunkach podmiot prywatny może następnie stać się stroną stosunku prawnomiędzynarodowego. Skuteczne poddanie sporu jakimkolwiek reżimowi prawa międzynarodowego spowoduje, że 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 sądowniczego przeciwko państwu przyjmującemu. Należy przyjąć, że inwestor występuje na stopie równej z państwem, co czyni go na czas sporu i w zakresie objętym skargą podmiotem prawa międzynarodowego³.

Z definicji inwestora zawartych w większości BIT wynika, że zasadnicze znaczenie dla uznania za inwestora ma w przypadku osób prawnych powołanie do życia na podstawie przepisów określonego porządku prawnego. Przy-

¹ R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, s. 46 i n.

² Art. 1 ust. 2 Umowy między Rządem Polskiej Republiki Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z 14.2.1989 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 38, poz. 220), wypowiedzianej przez RP w dniu 19.7.2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 791).

³ A. Broches, *The Convention on the Settlements of Investment Disputes. Some Observations on Jurisdiction*, [w:] A. Broches, *Selected Essays*. World Bank, ICSID and other Subjects of Private and Public Investment Law, Wolter Kluwer 1995, s. 166.

kładowo w traktacie polsko-amerykańskim inwestor (spółka strony) to „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 osiągania zysku i czy są własnością prywatną czy rządową”⁴. 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, duże korporacje tworzą bowiem złożone struktury kapitałowe i ustalenie rzeczywistej więzi między podmiotem kontrolującym a państwem przyjmującym wymagałoby badania. W takiej sytuacji trybunał niezwiązany 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-stronie głównej siedziby spółki (*siège social*)⁵.

Z praktyki orzeczniczej trybunałów arbitrażowych wynika, że 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 gospodarczej⁶. Zwykle traktaty definiują inwestora w najszerszy możliwy sposób i ustanawiają jedynie wymóg inkorporacji. Tylko w przypadku uzasadnionych podejrzeń, że celem stworzenia przez dany podmiot określonej struktury kapitałowej może być dokonanie oszustwa bądź innego nadużycia, trybunały odmawiają uznania takiego podmiotu za inwestora w rozumieniu prawa międzynarodowego. Trzeba jednak

⁴ Por. Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21.3.1990 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 97 poz. 467).

⁵ OECD Survey: International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD 2008, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreement-s/40471468.pdf> (dostęp: 6.7.2022 r.), s. 17 i n.

⁶ Por. orzeczenie częściowe z 17.3.2006 r. w sprawie Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL Permanent Court of Arbitration, IIC 210, pkt 228.

zaznaczyć, że 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 co do zasady nie dążą do odkrycia źródeł pochodzenia kapitału⁷.

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 stron⁸. W sprawie *Saluka v. Republika Czeska*, dotyczącej zarzutów wywłaszczenia (*deprivation of investment*) i naruszenia klauzuli traktowania bezstronnego i słusznego, międzynarodowy trybunał arbitrażowy odmówił uznania ewidentnego przypadku *treaty shopping* za działanie na szkodę strony państwowej, motywując to brakiem wymogów ustanowionych traktatem i poszanowaniem woli stron. Skład orzekający uznał, że spółka niderlandzka (kontrolowana przez spółkę japońską) wypełnia traktatową definicję inwestora, traktat inwestycyjny formułuje bowiem jedynie wymóg inkorporacji w państwie-stronie, a nie ma podstaw do skutecznego powoływania wymogów pozatraktatowych. Trybunał skupił się na ocenie literalnego znaczenia przepisów traktatowych, z których wynikało, że inwestorem są „osoby prawne utworzone w oparciu o prawo jednej z umawiających się stron”. Mimo że trybunał dostrzegł wady testu formalistycznego, zwłaszcza „znaczącego prawdopodobieństwa” wystąpienia zjawiska *treaty shopping*, to odrzucił argumentację czeską, motywując taką decyzję respektowaniem swobodnego wyboru definicji inwestora przez strony traktatu. Tym samym uznał zdolność podmiotu utworzonego jedynie w celu uzyskania ochrony traktatowej i nieprowadzącego rzeczywistej działalności w państwie inkorporacji (zjawisko *shell company*) do wniesienia skargi arbitrażowej⁹.

⁷ Por. przykładowe orzeczenia: z 21.10.2005 r. w sprawie *Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, pkt 55, 156, 165; z 10.6.2010 r. w sprawie *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, pkt 190; z 3.8.2013 r. w sprawie *ConocoPhillips Petrozuata B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, pkt 267, 268, 273, 279.

⁸ Por. orzeczenie z 29.4.2004 r. w sprawie *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18.

⁹ Orzeczenie częściowe w sprawie *Saluka v. The Czech Republic*, pkt 230.

W przypadku gdy stronami traktatu dwustronnego są strony Konwencji ICSID, dla ustalenia, czy zostały spełnione wymogi art. 25 ust. 2 lit. b, trybunały badają definicje przynależności państwowej zawarte w prawodawstwie krajowym bądź w traktatach przewidujących jurysdykcję Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (trybunał ICSID). Zgodnie z utrwaloną doktryną każde rozsądne ustalenie narodowości osób prawnych w oparciu o te źródła powinno – zdaniem doktryny – być akceptowane przez trybunały¹⁰. Konwencja ICSID i traktat wiążący strony kontraktu są interpretowane zgodnie z Konwencją wiedeńską o prawie traktatów z 23.5.1969 r.¹¹, 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, nieprowadzący tam działalności i kontrolowany przez podmioty ukraińskie, jest inwestorem¹². 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 faktycznie ukraiński chroniony wszakże litewsko-ukraińskim traktatem inwestycyjnym uzyskał przewagę konkurencyjną nad podmiotami ukraińskimi zarejestrowanymi na Ukrainie w związku z możliwymi korzyściami, jakie oferuje traktat. Nie można racjonalnie zakładać, że 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*)¹³. Przykładowo w wielostronnym Traktacie

¹⁰ Ch.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, s. 286.

¹¹ Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

¹² Orzeczenie w sprawie Tokios Tokelés v. Ukraine, pkt 27 i n.

¹³ Szerzej odnośnie do definicji i genezy zob. United Nations Conference on Trade and Development, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York–Geneva 2011, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (dostęp: 6.7.2022 r.), s. 92 i n.

Karty Energetycznej¹⁴ postanowiono, że 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 bądź 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 inwestycjom¹⁵.

Traktaty jednak dość rzadko ustanawiają kryteria wychodzące poza pen-sum czysto formalne, 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 niebędącego stroną tego traktatu. Warto na marginesie zauważyć, że sprawowanie kontroli jest wedle definicji Konferencji Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju¹⁶ (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) zasadniczą cechą odróżniającą inwestora będącego korporacją transnarodową od korporacji międzynarodowej czy wielonarodowej¹⁷.

¹⁴ Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzony w Lizbonie dnia 17.12.1994 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 105, poz. 985).

¹⁵ Art. 17 TKE.

¹⁶ Organ pomocniczy ONZ utworzony w 1964 r. w Genewie w celu wspierania handlu międzynarodowego i globalnych inwestycji.

¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development, Scope and Definition.

Podsumowując, należy stwierdzić, że 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, wykreowały doktrynę efektywnej kontroli korporacyjnej jako kryterium ustalenia przynależności państwowej. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju 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”¹⁸. Trybunał ustalający swoją jurysdykcję w oparciu o Północnoamerykański Układ o Wolnym Handlu (North American Free Trade Agreement – NAFTA¹⁹) w sprawie *Thunderbird v. Meksyk* dokonał walidacji kryterium kontroli, rozszerzając jej definicję na szereg nieuwzględnianych dotąd obszarów aktywności inwestycyjnej korporacji. Według trybunału efektywną kontrolę można sprawować nie tylko przez 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 usług²⁰.

Kiedy spór inwestycyjny trafia do rozstrzygnięcia na forum ICSID, wówczas prawem właściwym jest zarówno traktat inwestycyjny, jak i konwencja, co oznacza, że każda ze stron powinna być stroną Konwencji ICSID albo mieć przynależność 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 bez-

¹⁸ OECD Benchmark Definition of Foreign Investment (Draft) – 4th Edition, DAF/INV/STAT(2006)2/REV2, 7.3.2007, http://doc.ukdataservice.ac.uk/doc/6664/mrdoc/pdf/6664_afdi_oecd_definitions.pdf (dostęp: 3.10.2022 r.): „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 (...).”

¹⁹ Wszedł w życie 1.1.1994 r. W dniu 1.7.2020 r. został zastąpiony nową umową zawartą między USA, Meksykiem i Kanadą (the United States–Mexico–Canada Agreement – USMCA).

²⁰ Wyrok z 26.1.2006 r. w sprawie *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, pkt 180.

pośrednim związku z inwestycją²¹. Artykuł 25 ust. 2 lit. b Konwencji ICSID umożliwia inwestorowi zagranicznemu (osobie prawnej) i państwu przyjmującemu uzgodnienie, że 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. Tak wąskie rozumienie przesłanek zawartych w art. 25 ust. 2 lit. b pozwala na odstępnie 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, że pozwala na rozsądzanie sporu na płaszczyźnie międzynarodowej, nawet jeśli stroną sporu jest korporacja utworzona na prawie państwa-strony sporu. Trzeba zauważyć, że 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 lit. b Konwencji ICSID, 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”²². Oddanie sporu przed arbitraż ICSID oznacza, że 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 zagranicznej²³.

²¹ ICSID, History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, vol. II-1, Washington 1968, s. 557, 579–582.

²² Por. decyzja dotycząca jurysdykcji w sprawie Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, pkt 156.

²³ Szerzej OECD International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. A Companion Volume to International Investment Perspectives, OECD Publications, Paris 2008, s. 33 i n.

II. Definiowanie korporacji transnarodowej

W odróżnieniu od pojęcia inwestora pojęcie korporacji transnarodowej nie ma charakteru normatywnego, a jedynie deskryptywny, zaliczenie jakiegось podmiotu do grona korporacji transnarodowych nie wywołuje bowiem 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 krajowego²⁴. Niewątpliwie jednak, aby zostać

²⁴ Ponadto w prawie krajowym państw należących do kultury *ius civile* samo pojęcie korporacji 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 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) wynika, że jednostka organizacyjna stanowi konstrukcję prawną wiążącą normę prawną nie z osobą fizyczną, lecz z grupą osób fizycznych wyodrębnioną dla realizacji aprobowanych przez prawo celów. 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 jednostką 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. Odnosnie zaś do celu gospodarczego, to na gruncie prawa polskiego ustrojową regulację stanowi tu ustawa z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 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 26.4.2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, Nr 12, poz. 149).

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, że zjawisko korporacyjności transnarodowej jest utożsamiane wyłącznie z dużymi podmiotami prywatnymi, utworzonymi na podstawie przepisów wybranego prawa krajowego, dokonującymi bezpośrednich inwestycji zagranicznych na skalę globalną. Do czasu nadania korporacjom transnarodowym bezpośrednich uprawnień o charakterze międzynarodowym (czy to przez materialnoprawne klauzule ochrony inwestycji i inwestora, czy to w drodze formalnoprawnych zapisów na arbitraż) nie istniała zasadniczo potrzeba rozróżniania pojęć inwestora zagranicznego (jako osoby prawnej) i korporacji ponadnarodowej²⁵, nie istniało bowiem 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 60. XX w., 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*)²⁶. Duże prywatne organizacje gospodarcze wykonujące FDI (*foreign direct investments*) zaczęto w latach 70. nazywać przedsiębiorstwami wielonarodowymi (*multinational corporations/enterprises*), bezskutecznie starając się uzgodnić szerzej akceptowaną definicję prawną²⁷. 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 organiza-

²⁵ Funktor *transnational* zawiera przedrostek pochodzenia łacińskiego *trans-*, oznaczający „przez, poprzez, poza, za, z drugiej strony” (<http://sjp.pwn.pl/slowniki/trans.html>, dostęp: 6.7.2022 r.). 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”.

²⁶ J.H. Dunning, S.M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Northampton 2008, s. 82 i n.

²⁷ J. Jones, C. Wren, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, London–New York 2016, s. 9 i n.

cji i organów międzynarodowych²⁸. Przedsiębiorstwem międzynarodowym – zgodnie z tym sposobem definiowania – jest 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 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 dominującego²⁹.

W celu wyodrębnienia pojęciowego zjawiska „przedsiębiorstw władających bądź kontrolujących infrastrukturę produkcyjną bądź usługową poza państwem siedziby” w dokumentach ONZ wprowadzono pierwotnie pojęcie korporacji wielonarodowych (*multinational corporations*)³⁰. 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 ośrodkach³¹. W oficjalnych dokumentach agend ONZ zaprzestano w ostatnich latach różnicowania znaczeniowego określeń „korporacja transnarodowa” i „korporacja wielonarodowa”, stosując już jednolicie termin „korporacja transnarodowa”. Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju 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 obowiązków³².

²⁸ I.A. Moosa, *Foreign Direct Investment: Theory, Evidence and Practice*, New York 2002, s. 6 i n.

²⁹ J. Jones, C. Wren, *Foreign Direct Investment*, s. 14 i n.

³⁰ 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, s. 25.

³¹ P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007, s. 6.

³² The Division on Investment and Enterprise of UNCTAD, <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Transnational-Corporations-Statistics.aspx> (dostęp: 15.4.2015 r.).

Z kolei OECD, podmiot skupiający wyłącznie państwa wysoko rozwinięte i realizujący politykę kontroli i regulacji zachowań korporacji globalnych za pomocą norm prawa miękkiego, posługuje się niezmiennie terminem „przedsiębiorstwa wielonarodowe” (*multinational enterprises*). Przez to pojęcie OECD rozumie „przedsiębiorstwa działające we wszystkich sektorach gospodarki, w których skład wchodzi zazwyczaj spółki i inne podmioty utworzone w więcej niż jednym 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”³³. Definicja OECD jest jednak dla naszych rozważań mało przydatna, tak szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy definicji utrudnia bowiem 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 wyraźnej woli państwa.

Podobnie definiuje pojęcie *multinational enterprises* Międzynarodowa Organizacja Pracy (International Labour Organization – ILO), zwracając głównie uwagę na scentralizowaną strukturę decyzyjną z różnym poziomem autonomii podmiotów tworzących przedsiębiorstwo wielonarodowe i na brak ujednoliconej formy prawnej tych podmiotów³⁴. Według Instytutu Prawa Międzynarodowego (Institute of International Law – IIL) przedsiębiorstwo wielonarodowe nie musi mieć też osobowości prawnej³⁵. W „Wytocznych ONZ o odpowiedzialności korporacji transnarodowych i innych prywatnych przedsięwzięć gospodarczych w odniesieniu do praw człowieka” zaznaczono dodatkowo, że przy definiowaniu pojęcia korporacji transnarodowych kluczową rolę pełni transgraniczny charakter aktywności, abstrahując od tego, czy jest ona podejmowana przez podmioty indywidualne czy przez zgrupowanie podmiotów³⁶.

³³ OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf (dostęp: 15.4.2015 r.).

³⁴ ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 2006, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (dostęp: 15.4.2015 r.).

³⁵ http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_02_en.pdf (dostęp: 15.4.2015 r.).

³⁶ The United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-fifth session, Norms on the responsibilities of transnational corporations and

Przez wzgląd na rangę ONZ, jako organizację międzynarodową reprezentującą wolę ogółu państw, a także z uwagi na właściwe kryteria przyjęte do opisanego pojęcia korporacji transnarodowej językiem prawa, definicję UNCTAD należy uznać za najpełniej oddającą istotę zjawiska³⁷: „Transnational 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)”³⁸.

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, że za podmiot dominujący należy uważać przedsiębiorstwo kontrolujące aktywa innych podmiotów w krajach innych niż jego kraj pochodzenia, zwykle przez 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 trwałe zaangażowanie w zarządzanie tym przedsiębiorstwem (tj. 10-procentowy udział w kapitale podstawowym osoby prawnej bądź jego równowartość w przedsiębiorstwie pozbawionym

other business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 of 26 August 2003, <http://www.unhcr.org/refugees/1256d63002c55e8?OpenDocument> (dostęp: 15.4.2015 r.).

³⁷ J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford 2015, s. 42.

³⁸ United Nations Conference on Trade and Development, *Scope and Definition*.

osobowości prawnej)³⁹. Udział o wartości akcji z prawem głosu poniżej 10-procentowego progu zarządu korporacyjnego nie stanowi bezpośredniej inwestycji zagranicznej i jest traktowany jako inwestycja portfolio⁴⁰.

Przedsiębiorstwa afiliowane korporacji transnarodowej (*foreign affiliates*) składają się z przedsiębiorstwa dominującego (*parent entity*) i zwykle z licznych przedsiębiorstw zależnych (*subsidiaries*), przedsiębiorstw stowarzyszonych (*associates*) i oddziałów (*branches*). Struktura organizacyjna i kapitałowa podmiotu transnarodowego jest w związku z tym na tyle złożona, że dojście do prawdziwych źródeł kapitału nie jest skuteczne w oparciu o możliwości organizacyjne i budżetowe trybunałów arbitrażowych *ad hoc*, co – jak wcześniej wspomniałem – skłania trybunały do rezygnacji z jej badania⁴¹. Występujący w roli inwestora zagranicznego podmiot dominujący dysponuje co najmniej 50-procentową siłą głosu z posiadanych udziałów w przedsiębiorstwach zależnych i uprawnieniem do powoływania i odwoływania członków ich władz. Spółka stowarzyszona (siostrzana) jest osobą prawną 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 (niebędące własnością rządową) oraz majątek nieruchomy w bezpośrednim posiadaniu inwestora, jak też majątek ruchomy (statki, samoloty, platformy wiertnicze itd.) wykorzystywany przez inwestora przez przynajmniej rok w państwie innym niż jego państwo pochodzenia⁴².

Formę prawną przedsiębiorców zgromadzonych w nawet najbardziej złożonych strukturach korporacyjnych o zasięgu globalnym reguluje wyłącznie prawo wewnętrzne jednego wybranego państwa. Korporacja międzynarodowa, w rozumieniu dużego podmiotu aktywnego w ramach różnych porządków prawnych, może mieć strukturę koncernową bądź holdingową,

³⁹ United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness, New York–Geneva 2002, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2002_en.pdf, s. 291.

⁴⁰ J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2015, s. 39.

⁴¹ W typowym dla tego zagadnienia orzeczeniu w sprawie *Yukos v. Federacja Rosyjska* trybunał uznał swoją jurysdykcję *ratione materiae* jedynie na podstawie ustalenia, że spółka spełniła krajowe wymogi w zakresie rejestracji. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, 30.11.2009, pkt 411.

⁴² UNCTAD, World Investment Report 2014, Methodological Note, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014chMethodNote_en.pdf (dostęp: 3.10.2022 r.), s. 3 i n.

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 osobowość prawną (zwykle od chwili rejestracji), wskutek 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 udziałowych⁴³. Podmiotem dominującym grupy jest zatem wyłącznie spółka kapitałowa⁴⁴, 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 różnić⁴⁵.

O ile pojęcia korporacji transnarodowej i przedsiębiorstwa wielonarodowego, opisujące w gruncie rzeczy prywatną osobę prawną wykonującą globalną strategię o charakterze ponadnarodowym, są w literaturze prawniczej często jeszcze 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 prawa⁴⁶.

⁴³ A. Szajkowski, M. Tarska, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 300–301.

⁴⁴ W przypadku korporacji globalnych są to wyłącznie spółki akcyjne notowane na najważniejszych światowych giełdach papierów wartościowych. Szerzej J. Sarre (ed.), *Corporate Governance in Global Capital Markets*, Vancouver 2003.

⁴⁵ G.-P. Calliess, *Transnational Corporations Revised*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2011, vol. 18, iss. 2, s. 601 i n.

⁴⁶ O.K. Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID, Tribunals – An Empirical Analysis*, *The European Journal of International Law* 2008, vol. 19, No. 2, s. 301.

Podając się zbadania statusu prawnego korporacji prowadzącej działalność transnarodową, należy ustalić specyfikę *ius operandi* przez definicyjne rozgraniczenie pojęcia korporacji transnarodowej od innych typów międzynarodowej działalności gospodarczej, uwzględniając 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 przez 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 zawiązanego 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”⁴⁷.

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 dodanej⁴⁸. Model OIL (*ownership – internalization – location*) Johna H. Dunninga wyjaśnia, że korporacje wdrażają strategię ponadnarodową jedynie wtedy, gdy zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki: dysponują przewagami konkurencyjnymi (technologie, patenty, moce badawczo-rozwojowe, zdolności zarządcze, przewagi dotyczące

⁴⁷ „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” – Social and Economic Development, vol. III, Encyclopaedia of Life Support Systems, Eolss Publ./UNESCO, Singapore, s. 43.

⁴⁸ J.H. Dunning, S.M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Cheltenham–Northampton 2012, s. 123 i n.