

Agnieszka Różalska \*

## KRYZYS EKONOMICZNY JAKO PRZESŁANKA WYŁĄCZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE INWESTYCYJNYM

### 1. Wstęp

Istotą międzynarodowego prawa inwestycyjnego jest zapewnienie inwestującym zagranicznym podmiotom prywatnym uprawnień względem państwa przyjmującego, które wynikają bezpośrednio z prawa międzynarodowego, czyli w głównej mierze z dwustronnego traktatu inwestycyjnego (BIT). Zdarzają się jednak sytuacje, kiedy państwo przyjmujące nie może wykonać ciężących na nim zobowiązań zarówno przez działanie sprzeczne z zobowiązaniem, jak i zaniechanie jego wykonania. Czasem dzieje się to także wskutek przyczyn nie zawsze od niego zależnych, jak walki z rebeliantami<sup>1</sup>, zmiany w środowisku naturalnym<sup>2</sup> lub zmiany granic<sup>3</sup>. Problemem, któ-

---

\* Mgr Agnieszka Różalska – uczestniczka seminarium doktorskiego w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; pracownik Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan.

<sup>1</sup> ICSID, *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, sygn. ARB/87/3.

<sup>2</sup> *Gabèikovo – Nagymaros Project*, ICJ Reports 1997.

<sup>3</sup> Report of the Commission on Enquiry into the Incidents on the Frontier between Bulgaria and Greece, League of Nations, Official Journal, 7th Year, No 2, February 1926, annex 815, pkt. 124–125.

ry w znacznej liczbie przypadków skutkuje naruszeniem zobowiązań państwa względem inwestora, jest kryzys ekonomiczny. W przeciwieństwie bowiem do kryzysu finansowego, mającego swe źródło przede wszystkim w sektorze bankowym, a implikującego spadek cen aktywów, bankructwo instytucji finansowych oraz dyskredytację, kryzys ekonomiczny obejmuje gospodarkę w ujęciu całościowym i skutkuje załamaniem produkcji, spadkiem poziomu zatrudnienia, obniżeniem PKB, jak również wzrastającym zadłużeniem publicznym i wstrzymaniem inwestycji<sup>4</sup>. Jego rezultatem jest zazwyczaj albo znaczne zwiększenie zobowiązań inwestora (jak należności podatkowych) albo ograniczenie jego uprawnień (jak zamrożenie aktywów lub wyłączenie). Państwo może jednak uniknąć odpowiedzialności za naruszenie traktatu inwestycyjnego przez podniesienie, iż działania podjęte w czasie kryzysu miały na celu ratowanie gospodarki, przez co stanowiły stan wyższej konieczności, albo, że były one dozwolone na mocy klauzuli traktatu dotyczącej ochrony istotnego interesu państwa. W ten sposób kryzys ekonomiczny, sam w sobie niebędący okolicznością wyłączającą odpowiedzialność, staje się materialną przesłanką zastosowania okoliczności wyłączających odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państwa.

Problem ten był przedmiotem wielu spraw rozpoznawanych przez trybunały ICSID z udziałem Argentyny, w których państwo to zostało pozwane przez inwestorów o naruszenie przepisów traktatu o ochronie inwestycji. Wśród tych spraw, dwie oparte na traktacie zawartym między Argentyną a Stanami Zjednoczonymi z 1991 r.<sup>5</sup> zasługują na szczególną uwagę. Orzeczenia arbitrażowe w nich zapadłe wyznaczyły kierunki dla pozostałych rozstrzygnięć. Były to sprawy *CMS Gas Transmission v. Republika Argentyny*<sup>6</sup> oraz *LG&E v. Republika Argentyny*<sup>7</sup>.

Każda z nich, mimo niemal identycznych stanów faktycznych, została rozstrzygnięta w odmienny sposób – w jednej z nich Argentyna została zwolniona od odpowiedzialności, w drugiej nie. Przyczyną odmiennego rozstrzygnięcia było oparcie oceny działań podjętych w czasie kryzysu ekonomicznego

---

<sup>4</sup> <http://biznes.pwn.pl/>.

<sup>5</sup> Agreement between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, art. IV (3), 14.11.1991, dostępny na: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/10%20US-Arg%20BIT.pdf>.

<sup>6</sup> ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, sygn. ARB/01/8, 44 ILM 1205 (2005).

<sup>7</sup> ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, sygn. ARB/02/1, Decision on Liability of 3.10.2006, 21 ICSID Rev.—FILJ 203 (2006).

na różnych podstawach prawnych. W sprawie *CMS* był to stan wyższej konieczności zdefiniowany w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności za czyny sprzeczne z prawem międzynarodowym (Artykuły KMP)<sup>8</sup>, podczas gdy w sprawie *LG&E* podstawą był art. XI BIT zawartego między Argentyną a USA. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę środków niezakazanych (klauzulę NPM – *non-precluded measures*), które państwo może podjąć celem ochrony swojego ważnego interesu. Jednakże przez żaden z trybunałów różnica ta nie została zaznaczona w sposób satysfakcjonujący. Trybunał orzekający w sprawie *CMS* potraktował te dwie podstawy jako *de facto* identyczne i przeprowadził analizę jedynie względem stanu wyższej konieczności z Artykułów KMP, podczas gdy w orzeczeniu w sprawie *LG&E*, rozróżnienie zostało wprowadzone, ale bez dostatecznego uzasadnienia, gdyż w nim podstawą interpretacji był art. XI i analogiczne zastosowanie go do Artykułów KMP.

Artykuł ten w pierwszej części przedstawi analizę stosowania stanu wyższej konieczności w rozumieniu Artykułów KMP w orzeczeniu *CMS*, natomiast w drugiej – odpowiedniej klauzuli traktatowej w orzeczeniu *LG&E*. W ostatniej części dokonane zostanie porównanie tych dwóch podstaw wyłączenia odpowiedzialności ze względu na ich mechanizm, zasady stosowania oraz skutki.

## 2. Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność państwa w orzeczeniu *CMS*

Stan wyższej konieczności (*necessity, état de nécessité*) został po raz pierwszy zdefiniowany przez Hugo Grotiusa, który opisał go jako usprawiedliwienie zachowania, które w innych okolicznościach byłoby poza prawem<sup>9</sup>. Dotyczy sytuacji, w której ze względu na ochronę nagle zagrożonego podstawowego interesu, państwo nie może wykonać ciężącego na nim zobowiązania wynikającego z prawa międzynarodowego, będącego zobowiązaniem mniejszej wagi lub mniej pilnym<sup>10</sup>. Jest to na tyle istotny i podstawowy me-

---

<sup>8</sup> Articles on States Responsibility for Internationally Wrongful Acts, 2001, International Law Commission, A/56/10.

<sup>9</sup> A. K. Bjorklund, *Emergency exceptions: State of Necessity and Force Majeure* [w:] *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (red. P. Muchlinski, F. Ortino, Ch. Schreuer), Oxford 2008, s. 463-464.

<sup>10</sup> J. E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, „Law and Business Review of the Americas” 2008, vol. 14, s. 82; J. Crawford, *The Interna-*

chanizm, iż – jak stwierdził sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) Robert Ago – „wyprowadzony przez drzwi, wszedłby oknem”<sup>11</sup>. Ze względu na swe sformułowanie, podobnie jak w porządkach krajowych, okoliczność ta może znaleźć zastosowanie w wielu sytuacjach. Przykładowo prawo międzynarodowe uznaje powoływanie się przez państwa na konieczność ekologiczną, militarną lub finansową – szczególnie istotną z punktu widzenia międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

Stan wyższej konieczności był okolicznością podniesioną przez Argentynę w sprawie przeciwko spółce CMS. Sprawa ta była jedną z wielu, jakie wpłynęły do centrum ICSID w wyniku kryzysu ekonomicznego w Argentynie, który swoje apogeum osiągnął na przełomie lat 2001–2002. Inwestorzy zarzucali temu państwu naruszenie postanowień BIT przez środki wprowadzane przez państwo podczas walki z kryzysem. By jednak móc zrozumieć argumentację stron oraz decyzję Trybunału, warto przytoczyć stan faktyczny.

Inwestycja wzięła swój początek z prywatyzacji sektora energetycznego. Rząd wydał licencje dla spółek transportujących gaz, które stanowiły między innymi, iż ceny będą szacowane w dolarach, a przewalutowanie na pesos nastąpi w czasie obciążenia kosztami odbiorców oraz iż ceny będą aktualizowane co sześć miesięcy względem indeksów cenowych producentów USA (tzw. wskaźniki PPI). Okres ten skutkował nagłym wzrostem gospodarczym, podczas którego Argentyna zawarła ponad 50 traktatów inwestycyjnych. Nie trwały to jednak długi i ze względu na skumulowanie się różnych czynników sytuacja zaczęła się pogarszać. Rząd argentyński renegecował zawarte wcześniej kontrakty ze spółkami energetycznymi. Jedną z nich była spółka CMS, właściciel Transportadora del Gas del Norte S.A. (TGN). Jej stawki przez krótki czas nieco różniły się od wskaźników PPI, jednakże stwierdziła, iż będzie w stanie wyrównać różnice oraz pokryć straty. 17.7.2000 r. argentyński urząd regulacji energetyki oraz TGN zawarły umowę określającą termin, do którego TGN miało ustalić nowy taryfikator cen oraz pokryć straty, której ważność została jednak zakwestionowana przez argentyńskiego Ombudsmana.

---

*tional Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press 2005, s. 178; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo Międzynarodowe Publiczne. Zagadnienia Systemowe*, Warszawa 2004, s. 601–602; *The Report of The Commission to the General Assembly on the work of its Thirty-Second Session*, „Yearbook of the International Law Commission” 1980, t. II, cz. II, New York 1981 [w:] *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, (red. S. Rosenne), cz. 1, 1991, s. 351.

<sup>11</sup> S. F. Hill, *The „Necessity Defense” and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty*, „Law and Business Review of the Americas” 2007, vol. 13, s. 551.

Kryzys gospodarczy zaczął się jednak powiększać i w związku z istniejącym stanem wyjątkowym wprowadzono na przełomie lat 2001 i 2002 dekrety reformujące systemy przewalutowań. Nowe prawo zniosło zależność kursu peso od dolara amerykańskiego, wprowadziło dewaluację peso oraz nowe i różne kursy przewalutowań dla poszczególnych transakcji. Zamrażano depozyty złożone w dolarach amerykańskich, co spowodowało nagły spadek wartości akcji lub udziałów w spółkach zagranicznych. Ponadto, rząd argentyński unieważnił korzystanie ze wskaźników PPI w ramach wydanych licencji do działań w sektorze użyteczności publicznej oraz zażądał, by ceny były szacowane wyłącznie w pesos, a nie jak poprzednio w dolarach. Następnie rząd zadeklarował renegeację licencji, na mocy których działali operatorzy publiczni.

CMS podniosło, iż poczyniło już inwestycje w wysokości blisko 175 milionów dolarów w oparciu o gwarancje rządowe oraz warunki uzyskane wcześniej, w szczególności te dotyczące przewalutowań w stosunku do dolarów, a także jego spółka – córka zainwestowała już przeszło 1 miliard dolarów. CMS na tej podstawie podniosło, iż działania rządu argentyńskiego stanowiły bezprawne wywłaszczenie inwestycji CMS oraz że Argentyna nie zapewniła inwestycji standardu sprawiedliwego traktowania (*fair and equitable treatment*) ustanowionego przez traktat inwestycyjny, przede wszystkim przez stosowanie środków będących arbitralnymi i dyskryminującymi (*arbitrary and discriminatory measures*).

Argentyna odpowiedziała, iż nie naruszyła żadnych postanowień traktatu inwestycyjnego zawartego ze Stanami Zjednoczonymi. Alternatywnie, gdyby do takiego naruszenia doszło, jej działania mogą być usprawiedliwione stanem wyższej konieczności lub stanem wyjątkowym, który zagrażał istnieniu państwa argentyńskiego, poczynając od wydarzeń w roku 2000. Argentyna podniosła przy tym dwie okoliczności, które miałyby wyłączyć jej odpowiedzialność – stan wyższej konieczności rozumiany według Artykułów KPM oraz stan wyjątkowy zdefiniowany w art. XI BIT-u, czyli klauzulę NPM. Niestety, nie zaznaczyła zbyt wyraźnie ich rozłącznego stosowania, co miało wpływ na orzeczenie Trybunału<sup>12</sup>.

Trybunał rozpoczął swe orzeczenie od art. 25 Artykułów KPM, stwierdzając, iż przepis ten jest odzwierciedleniem ujęcia stanu wyższej konieczności w międzynarodowym prawie zwyczajowym<sup>13</sup>. W przeciwieństwie jednak

---

<sup>12</sup> CMS Annulment Proceeding, pkt. 123.

<sup>13</sup> Orzeczenie w sprawie CMS, pkt. 315.

do samych Artykułów, które podkreślają, że stanowią raczej wytyczne niż ściśle przepisy, Trybunał wręcz literalnie dokonał jego interpretacji<sup>14</sup>. Zastosował go również przy ocenie spełnienia przesłanek z art. XI ze względu na brak jasnych wyznaczników w samej klauzuli traktatowej i konieczność jej interpretacji w świetle prawa zwyczajowego.

Stan wyższej konieczności został zdefiniowany w art. 25 Artykułów KMP:

- „1. Stan wyższej konieczności nie może być powołany przez Państwo jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu niezgodnego z zobowiązaniem międzynarodowym tego Państwa, chyba że:
  - a) jest jedynym sposobem dla państwa zabezpieczenia jego istotnych interesów przeciwko poważnemu i nagłemu niebezpieczeństwu; oraz
  - b) nie wpływa w poważnym stopniu na interes Państwa lub Państw względem których obowiązek istnieje lub na całą społeczność międzynarodową.
2. W żadnym wypadku stan wyższej konieczności nie może być powołany przez Państwo jako okoliczność wyłączająca bezprawność jeśli:
  - a) przedmiotowe zobowiązanie międzynarodowe wyłącza możliwość powołania się na stan wyższej konieczności, lub
  - b) Państwo przyczyniło się do zaistnienia stanu wyższej konieczności”.

Okoliczność ta, ponieważ jest wyjątkowym instrumentem wyłączającym odpowiedzialność państwa za naruszenie prawa międzynarodowego, nie może być skonstruowana w sposób, który umożliwiłby jej skuteczne podniesienie w każdej sytuacji. Dlatego też, po pierwsze, przepis ten jest sformułowany od strony negatywnej, a po drugie, by podniesienie stanu wyższej konieczności było skuteczne, konieczne jest spełnienie wszystkich przesłanek pozytywnych, tj. występujących w ust. 1 oraz brak którejkolwiek z przesłanek negatywnych, zaprezentowanych w ust. 2. Ponadto, jak podkreślił Trybunał, powinna być względem niego zastosowana restrykcyjna interpretacja<sup>15</sup>.

Rozważając skuteczność tej okoliczności, Trybunał musiał więc rozważyć najpierw, czy dany interes był istotnym interesem państwa i czy został zagrożony (2.1.), następnie, czy czyn był jedynym środkiem ochrony (2.2.), i wreszcie, by czyn ten nie miał negatywnego wpływu na interes innego państwa lub społeczności międzynarodowej (2.3.). Na szczególną uwagę zasługują – najważniejsze dla stron sporu – skutki podniesienia okoliczności (2.4.).

---

<sup>14</sup> S. F. Hill, op.cit. 11, s. 549.

<sup>15</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 317.

## 2.1. Zagrożenie istotnego interesu państwa

Trybunał musiał przede wszystkim zadecydować, czy rzeczywiście istotny interes państwa został zagrożony. Na przesłankę tę składają się dwa elementy – czy dana wartość jest istotnym interesem oraz czy został on zagrożony.

Wprawdzie przyznał, iż kryzys ekonomiczny w pewnych wypadkach, w szczególności gdy jego rozmiar miałby skutkować załamaniem systemu socjalnego oraz politycznego, może być traktowany jako istotny interes państwa, to jednak obecna sytuacja nie spełniała tych kryteriów. Mimo, iż rząd argentyński oraz jego ekonomiści tak twierdzili, to jednak opinie innych ekspertów wykazywały, iż kryzys ten nie miał aż tak poważnych skutków. Trybunał stwierdził, że kryzys był istotnie poważny, aczkolwiek bezprawność czynów nie mogła być wyłączona z powodu zaistniałych warunków<sup>16</sup>. Inny mi słowy, iż nie został wykazany istotny interes państwa.

Jest to dość restrykcyjna interpretacja, tym bardziej, iż państwo argentyńskie przedsięwzięło dane działania celem ratowania gospodarki, co miało ochronić państwo przed bankructwem, a jego obywatele przed życiem w nędzy. Jak się podnosi, obowiązek państwa do zapewnienia bytu swoim obywatelom należy do norm bezwzględnie obowiązujących (*ius cogens*)<sup>17</sup>. Powoduje to, iż norma ta jest hierarchicznie wyższa od innych norm traktatowych. Konsekwentnie, celem jej ochrony nie trzeba nawet podnosić stanu wyższej konieczności. Jest to jednak pogląd dyskusyjny.

Mimo braku kwalifikacji kryzysu jako istotnego interesu, Trybunał przystąpił do dalszej oceny dotyczącej poważnego i nagłego zagrożenia. Nastąpiło to przede wszystkim z powodu nierozłączności tych dwóch elementów, jak również ich wzajemnej zależności, gdyż istotny interes państwa jedynie w konkretnych warunkach mógł nie tylko ukazać swoją wagę, ale i stan zagrożenia. Tym bardziej, iż – co do zasady – Trybunał potraktował kryzys ekonomiczny jako istotny interes państwa, jedynie nie przyznał mu wagi zagrożenia. Jest to dość niejasne podejście, gdyż kryzys trudno określić jako interes państwa, a raczej już jako zagrożenie, co nie zostało rozgraniczone w orzeczeniu.

Trybunał stwierdził, iż sytuacja w Argentynie była wystarczająco trudna, aby usprawiedliwić działania rządu podjęte w celu zapobieżenia jej pogorsze-

<sup>16</sup> Ibidem, pkt. 320, 354, 355.

<sup>17</sup> J. E. Viñuales, op.cit., s. 88, 97.

niu oraz całkowitemu załamaniu się finansów państwa. Jednak zdecydował, że skutek kryzysu nie pozwala na traktowanie go jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność państwa<sup>18</sup>. Stał bowiem na stanowisku, że w Argentynie nie miało miejsca zupełne załamanie gospodarcze i bankructwo państwa<sup>19</sup>. W związku z powyższym trudno jest określić, jakiego typu zagrożenie ekonomiczne może być uznane za wystarczające do spełnienia przesłanek z art. 25. Tym bardziej iż, podnosi się, że to właśnie przedsięwzięte przez Argentynę środki zapobiegły dalszemu kryzysowi, co może być dość paradoksalne, aczkolwiek wykazuje, iż Argentyna stała się ofiarą sukcesu własnej polityki przeciwkryzysowej, nie doprowadzając do całkowitego załamania się systemu<sup>20</sup>.

## 2.2. Brak alternatywnych środków ochronnych

Kolejnym warunkiem powołania się na stan wyższej konieczności jest to, aby państwo nie posiadało innych alternatywnych środków ochrony jego istotnego interesu niż naruszenie zobowiązania międzynarodowego. Ponadto podjęte środki nie mogą w choćby najmniejszym stopniu wykraczać poza to, co jest konieczne do ochrony interesu.

Trybunał mający różne ekspertyzy stron, wielu ekonomistów i znawców przedmiotu, przede wszystkim uznał problem jedyne­go możliwego środka ochrony interesu państwa za dyskusyjny. Podkreślił, iż nie należy do niego osądzać czy jakiegokolwiek inne działania, które mogły być podjęte przez rząd były lepsze od tych już podjętych, ale czy w ogóle istniały jakiegokolwiek inne możliwości zwalczania problemu. Finalnie Trybunał stwierdził, iż istotnie istniały potencjalnie inne rozwiązania, które mogły być podjęte przez rząd argentyński, choć niestety nie zidentyfikował żadnego z nich<sup>21</sup>.

Wydaje się jednak, iż jest to decyzja zbyt surowa. Stwierdzenie *in abstracto*, iż istniały inne możliwe środki lub działania – niezależnie od ich kosztów lub skuteczności – jest praktycznie zawsze możliwe. Nigdy więc podniesienie stanu wyższej konieczności nie byłoby możliwe<sup>22</sup>. Podnosi się jedynie, iż sy-

---

<sup>18</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 323.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pkt. 320–322.

<sup>20</sup> J. E. Viñuales, *op.cit.*, s. 86; A. K. Bjorklund, *Is there a need for the necessity defense for Investment Law?* [w:] *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (red. G. Weiler), Nowy Jork 2008, vol. 1, s. 201.

<sup>21</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 323–324.

<sup>22</sup> A. K. Bjorklund, *op.cit.*, s. 485.



tuacja gospodarcza nie jest porównywalna przykładowo do posiadania rezerw paliwowych czy innej konkretnej sytuacji wymagającej takich, a nie innych działań<sup>23</sup>. Doktryna proponuje więc przy ocenie kryzysów ekonomicznych odwoływanie się również do przesłanek adekwatności oraz proporcjonalności, co mogłoby zracjonalizować powoływanie się na stan wyższej konieczności, jednocześnie nie negując możliwości podnoszenia tejże okoliczności w zbyt wielu przypadkach<sup>24</sup>.

### 2.3. Brak naruszenia interesu innego państwa lub społeczności międzynarodowej

Powołanie się na stan wyższej konieczności nie może w znacznym stopniu wpłynąć na interesy innych państw, względem których obowiązek istnieje lub względem całej społeczności międzynarodowej. Trybunał stwierdził, iż działania rządu argentyńskiego nie wpływały na interes społeczności międzynarodowej jako takiej, natomiast dalej skupiał się na interesie państwa względem którego interes istniał, tj. Stanów Zjednoczonych. Doszedł do wniosku, iż interesem, który podlegał ochronie był interes inwestorów, natomiast trudno było stwierdzić, czy rzeczywiście był on istotny, tym bardziej iż jego rozmiar był zmienny. Wreszcie Trybunał zdecydował, iż inwestorzy na mocy traktatu inwestycyjnego byli w istocie jego beneficjentami, a ich interes w związku z tym można określać jako istotny. Porzucone zostały jednak jakiegokolwiek rozważania w stosunku do USA jako całości<sup>25</sup>.

Jest to słuszne rozwiązanie, gdyż skupienie się na relacjach państwo – państwo znacznie osłabiłoby pozycję inwestora, ponieważ interes państwa byłby zazwyczaj nieproporcjonalny do interesu podmiotu prywatnego. Innymi słowy, w sytuacjach, w których ważny interes inwestora byłby naruszony bez żadnych wątpliwości, wątpliwości takie mogłyby się pojawić, gdyby brać pod uwagę interes państwa jako całości. W związku z tym prawie nigdy nie można by spotkać sytuacji, w której interes państwa zostałby poważnie naruszony.

Z drugiej jednak strony interes inwestora zazwyczaj będzie miał wymiar ekonomiczny. Jeżeli więc mielibyśmy do czynienia z ważeniem intere-

---

<sup>23</sup> R. A. Luzzi, *Is there a need for the necessity defense for Investment Law?* [w:] *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (red. G. Weiler), Nowy Jork 2008, vol. 1, s. 191.

<sup>24</sup> A. K. Bjorklund, *op.cit.*, s. 485.

<sup>25</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 358.

sów, interes ekonomiczny inwestora nigdy nie będzie mógł się zrównać z interesem finansowym państwa. Wprawdzie zdarzają się sytuacje, gdzie inwestor ma porównywalny czy nawet większy budżet od budżetu państwa, to jednak nadal nie należą one do przeważających. Złotym środkiem wydaje się więc być hybrydalna ocena interesu inwestora oraz jego państwa<sup>26</sup>, za czym również przemawia cel każdego traktatu inwestycyjnego.

Problemem jest fakt, iż art. 25 nie odnosi się wprost do relacji państwo – inwestor, mimo iż jego stosowanie nie jest w tym zakresie zabronione. Problem naturalnie nie istniałby, gdyby Projekt Komisji jasno uwzględniał inne podmioty niż państwa, ze względu na fakt, iż jednostki mają obecnie większą rolę w prawie międzynarodowym publicznym, niż było to w przeszłości. Projekt nie zabrania tego jednak, stanowiąc iż nie narusza on żadnego prawa wywodzonego z odpowiedzialności państwa, które może być przypisane innej osobie lub jednostce niż państwo<sup>27</sup>. Zależy to jednak od możliwości pociągnięcia państwa indywidualnie przez dany podmiot do odpowiedzialności na mocy na przykład traktatu inwestycyjnego.

#### 2.4. Bezwzględne przesłanki negatywne

Mimo spełnienia wszystkich powyższych warunków, stan wyższej konieczności nie będzie mógł wyłączyć odpowiedzialności państwa sytuacjach określanych jako warunki negatywne. Art. 25 stanowi, iż po pierwsze, samo zobowiązanie nie może zabraniać powoływania się na stan wyższej konieczności, a ponadto że państwo nie przyczyniło się do jego powstania<sup>28</sup>.

Pierwsza okoliczność przytoczona przez art. 25 dotyczy zakazu, który może być zarówno ustanowiony wprost jak i w sposób dorozumiany<sup>29</sup>. Wprost zazwyczaj jest on uwzględniony w różnych umowach międzynarodowych dotyczących prawa humanitarnego. Jednakże większość traktatów inwestycyjnych, w tym BIT zawarty między USA a Argentyną nie reguluje powoły-

---

<sup>26</sup> A. K. Bjorklund, op.cit., s. 487.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Kolejną przesłankę negatywną przedstawia art. 26 Artykułów Komisji stanowiąc, że żadna z okoliczności „nie wyłącza bezprawności czynu państwa, który nie jest zgodny z zobowiązaniem wynikającym z norm peremptoryjnych międzynarodowego prawa publicznego”. Punkt ten nie był jednak przedmiotem dyskusji żadnego z trybunałów orzekających w sprawach Argentyny.

<sup>29</sup> A. K. Bjorklund, op.cit., s. 488; R. A. Luzi, *BITs & Economic crises: Do States have carte blanche?* [w:] *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (red. G. Weiler), vol. 1, Nowy Jork 2008, s. 179.

wania się na okoliczności wyłączające odpowiedzialność państwa. Pojawiają się w tym miejscu dwa pytania. Po pierwsze, czy strony traktatu inwestycyjnego miały zamiar utrzymać możliwość powoływania się na stan wyższej konieczności w sytuacji niewykonania swoich zobowiązań względem kontrahenta? I po drugie, czy specyficzne postanowienia traktatowe, jak przykładowo art. XI BIT Argentyna – USA nie zawierają odwołania do stanu wyższej konieczności<sup>30</sup>?

Trybunał zaczął od badania przedmiotu oraz celu traktatu, by mógł stwierdzić, czy powoływanie się na stan wyższej konieczności jest dopuszczalne. Wprawdzie uznał, iż celem traktatu było zabezpieczenie inwestycji w trudnej sytuacji ekonomicznej, to jednak on sam nie wyłącza możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności, jeśli sytuacja ekonomiczna nagle stała się wyjątkowo poważna. Trybunał zasugerował jednak, iż w braku wyjątkowych okoliczności, jak całkowite załamanie się systemu ekonomicznego lub politycznego, postanowienia traktatu mają przewagę nad prawem zwyczajowym. Sytuacja w Argentynie nie została oceniona jako na tyle poważna, by mogła zagrozić bytowi państwa, a przez to usprawiedliwiłaby derogację zobowiązań międzynarodowych.

Jako drugi warunek o charakterze negatywnym art. 25 przewiduje sytuację, iż państwo nie będzie mogło powołać się na stan wyższej konieczności, jeżeli samo przyczyniło się do jego powstania. Trybunał uznał, iż państwo przyczyniło się do powstania stanu wyższej konieczności. Zauważył, iż tego typu kryzys ekonomiczny ma nie tylko podłoże międzynarodowe, ale przede wszystkim krajowe. Ponadto stwierdził, że przyczynienie się państwa argentyńskiego było nie tylko symboliczne, ale wystarczająco istotne do uniemożliwienia podniesienia przez Argentynę stanu wyższej konieczności, biorąc pod uwagę politykę rządu oraz jego zachowanie w kwestiach ekonomicznych przed wystąpieniem kryzysu. Natomiast jakiegokolwiek inne, dodatkowe przyczyny nie mogą wyłączyć państwa od odpowiedzialności<sup>31</sup>.

## 2.5. Skutki

Istotna jest także kwestia skutków podniesienia stanu wyższej konieczności. Stan wyższej konieczności wyłącza bezprawność czynu. Jak podkreślił Trybunał, skuteczne podniesienie stanu wyższej konieczności po-

---

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 329.

zwala uniknąć konsekwencji prawnych naruszenia przepisu traktatu<sup>32</sup>. Zawieszanie wobec tego konieczność wypełniania zobowiązań traktatowych na czas trwania okoliczności. Po jej ustaniu, również obowiązki traktatowe na nowo zaczynają być skuteczne.

Dyskusyjne jest jednak, czy to samo dotyczy obowiązków kontraktowych, przykładowo kolejnego renegegowania kontraktu zmienionego na czas stanu wyjątkowego do postaci sprzed stanu wyjątkowego. Przyjmuje się, iż do swego poprzedniego kształtu powracają *ex lege* jedynie zobowiązania traktatowe<sup>33</sup>.

Ponadto, istotna jest także kwestia kompensaty. Mimo iż okoliczność ta wyłącza bezprawność czynu i mogłoby się wydawać, że państwo nie musi wypłacać żadnego odszkodowania, w istocie obowiązek ten pozostaje. Kwestię tę reguluje art. 27 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego:

„Powołanie się na okoliczność wyłączającą bezprawność czynu [...] pozostaje bez uszczerbku dla: [...] (b) kompensaty za jakąkolwiek szkodę materialną powstałą wskutek danego czynu.”

Właściwy trybunał decydując w tej kwestii powinien jednak wziąć pod uwagę zarówno okres trwania danej okoliczności, jak również to, czy i na jakich warunkach państwo jest zobowiązane wypłacić odszkodowanie należne z innych podstaw.

Biorąc pod uwagę pierwszą przesłankę, jest ona istotą okoliczności wyłączających odpowiedzialność państwa. Mianowicie każdy kryzys czy kataklizm trwa określony czas, po czym bardziej lub mniej sprawnie sytuacja zaczyna się normalizować. Dlatego też skuteczne podniesienie okoliczności jedynie zawieszanie stosowania danych przepisów, a nie eliminuje. Naturalnie obieranie jakichkolwiek ścisłych dat w sytuacji kryzysu ekonomicznego jest dość trudne i dyskusyjne, jednak na potrzeby prawne – niezbędne. W idealnej sytuacji państwo mające tego typu trudności powinno jak najszybciej notyfikować ich powstanie oraz koniec innym mogącym je odczuwać państwom oraz inwestorom, co jednak rzadko kiedy następuje. Kolejny problem dotyczy możliwości różnego odczuwania kryzysu ekonomicznego przez różne sektory gospodarcze, a nawet części państw. Określenie tego okresu ma więc znaczący wpływ na ewentualne odszkodowania.

---

<sup>32</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 318.

<sup>33</sup> G. Bottini, *op.cit.*, s. 203.

Ten aspekt jest jeszcze trudniejszy do prawidłowego ocenienia, gdyż trybunały międzynarodowe różnie przedstawiają konieczność wypłaty odszkodowania przy skutecznym podniesieniu stanu wyższej konieczności. Trybunał orzekający w sprawie *CMS* uznał, iż niezależnie od podniesienia okoliczności, poszkodowanemu będzie przysługiwać odszkodowanie. Przede wszystkim dlatego, że sam czyn nie jest zgodny z prawem, a jest jedynie przez daną okoliczność usprawiedliwiony. Podkreślił jednak iż wysokość ewentualnej kompensaty powinna być oceniona po uwzględnieniu skutków kryzysu gospodarczego, ewentualnym już pokryciu części należnej kwoty przez wcześniejsze działania stron, rozłożeniu spłat na dość długi okres, kiedy państwo będzie w stanie pokryć należności, najlepiej w wyniku negocjacji między stronami sporu<sup>34</sup>.

Mimo wszystko specyfika tej konkretnej okoliczności powoduje, że kwestia wypłacalności odszkodowania oraz jego wysokość jest dyskusyjna. Z jednej strony wydaje się, iż gwoździu konsekwentnego podejścia do okoliczności wyłączających odpowiedzialność państwa oraz zawieszeniu jego zobowiązań, winno to dotyczyć wszystkich zobowiązań, w tym odszkodowawczych, które są najgorszą konsekwencją dla państwa. Jaki bowiem byłby dla państwa sens w skutecznym podnoszeniu okoliczności wyłączających odpowiedzialność, skoro i tak konieczne jest zapłacenie wielomilionowych odszkodowań? Jednak z drugiej strony, jak podkreślił Trybunał, okoliczność ta jedynie usprawiedliwia czyn. Działa więc następczo w stosunku do stwierdzenia, iż działanie państwa naruszyło zobowiązanie międzynarodowe. Ponadto, biorąc też pod uwagę aspekt polityczny, wypłata chociażby częściowych i miarkowanych odszkodowań opiewających na straty rzeczywiste, sprzyja wiarygodności państwa. W szczególności w obecnych czasach, kiedy proinwestycyjne interpretacje biorą górę nad czysto ekonomicznym interesem państw.

### 3. Klauzula NPM w orzeczeniu *LG&E*

Inną możliwością wyłączenia odpowiedzialności państwa za czyny dokonane w czasie kryzysu ekonomicznego jest podniesienie tzw. klauzuli środków niezakazanych. Wiele traktatów inwestycyjnych, jak choćby przytoczony BIT zawarty między Argentyną a Stanami Zjednoczonymi, zawierają takie klauzule. Określone są one w różny sposób – od dość ogólnych klauzul

---

<sup>34</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 388–390.

„niezbędnej ochrony” (*essential security*) do bardziej precyzyjnych klauzul „porządku publicznego” (*public order*). Włączając ją do traktatu państwa jasno rezerwują sobie prawo do zastosowania w odpowiednim momencie środków mających na celu ochronę jego interesów, choćby w innej sytuacji byłyby one niezgodne z przyjętym przez siebie zobowiązaniem<sup>35</sup>. Po raz pierwszy klauzulę tego typu umieściły Stany Zjednoczone w traktatach o przyjaźni, handlu i żegludze (*Friendship, Commerce and Navigation, FCN*), chcąc umożliwić sobie zawieszenie postanowień traktatu na okres pojawiających się stanów wyjątkowych<sup>36</sup>. Obecnie ponad 200 traktatów inwestycyjnych będących w mocy zawiera klauzulę typu NPM i liczba ta cały czas rośnie<sup>37</sup>.

Klauzule te powołują się na istnienie stanu wyjątkowego, usprawiedliwiającego podjęcie koniecznych działań. Są one więc dość podobne do stanu wyższej konieczności, gdyż również dotyczą ochrony istotnego interesu państwa kosztem dobra innych podmiotów. Zdarza się jednak, iż są one porównywane do siły wyższej lub klauzuli *rebus sic stantibus*<sup>38</sup>. Jednakże ze względu na swą specyfikę, są one całkowicie odrębne.

Należy więc interpretować tę klauzulę odpowiednio do intencji stron zawierających dany BIT, a także jego cel<sup>39</sup>. Pojawia się jednak pytanie, czy klauzule te, które tradycyjnie kojarzone są z sytuacjami zamieszek społecznych czy bezpieczeństwem państwa, mogą obejmować również kryzys ekonomiczny? Jeśli tak, kolejne pytanie brzmi, czy implementują one do traktatu stan wyższej konieczności oparty na międzynarodowym prawie zwyczajowym, czy stanowią odrębną i niezależną podstawę traktatową stanu wyjątkowego<sup>40</sup>?

Te i wiele innych pytań były przedmiotem orzeczenia w sprawie spółki zajmującej się transportem energii, LG&E. Stan faktyczny był niemal identyczny, jak w sprawie *CMS*, gdyż inwestor również pozwał Republikę Argentyny o naruszenie wielu przepisów argentyńsko-amerykańskiego BIT w wyniku działań podejmowanych przez rząd w czasie kryzysu ekonomicznego.

---

<sup>35</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests in the BIT Era* [w:] *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (red. G. Weiler), Nowy Jork 2008, vol. 1, s. 146.

<sup>36</sup> R. A. Luzi, *BITs & Economic crises: Do States...*, s. 183.

<sup>37</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, „Virginia Journal of International Law” 2008, nr. 2, s. 313; G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 146.

<sup>38</sup> O. J. Marzorati, *Arbitration under the 1965 Washington Treaty, Thoughts on the Scope of Protection under the Treaties with Argentina*, „Business Law International” 2005, nr 2, s. 220.

<sup>39</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 148.

<sup>40</sup> A. K. Bjorklund, *op.cit.*, s. 493.

Podobnie, jak w innych sprawach, Argentyna podniosła na swe usprawiedliwienie dwie alternatywne podstawy – stan wyższej konieczności zdefiniowany w art. 25 Artykułów KPM oraz klauzulę NPM z art. XI BIT.

Trybunał wyłączył odpowiedzialność Argentyny na podstawie klauzuli. Podkreślił on jednocześnie, iż art. XI będący przepisem traktatowym, powinien być rozpoznany w pierwszej kolejności, a następnie w zakresie, w jakim będzie to konieczne, międzynarodowe prawo zwyczajowe, czyli stan wyższej konieczności oparty na art. 25 Artykułów KPM<sup>41</sup>.

Art. XI traktatu inwestycyjnego zawartego między Argentyną a Stanami Zjednoczonymi uznawany za typową klauzulę NPM, podobną do klauzul umieszczanych w traktatach inwestycyjnych przez Republikę Federalną Niemiec, Unię Belgijsko-Luksemburską, Kanadę, czy Indie<sup>42</sup>, stanowi:

„Traktat ten nie wyłącza zastosowania przez żadną ze stron środków koniecznych do utrzymania porządku publicznego, wypełnienia jego obowiązku zachowania lub przywrócenia pokoju międzynarodowego lub zachowania jego istotnej ochrony”<sup>43</sup>.

Celem skutecznego podniesienia tejże klauzuli należy wykazać spełnienie wszystkich elementów koniecznych, tj. istnienia istotnego interesu, jak utrzymanie porządku publicznego, wypełnienia obowiązku zachowania lub przywrócenia pokoju międzynarodowego lub zachowania istotnej ochrony państwa (3.1.) oraz że środek był konieczny (3.2.). Trybunał jednak w swoim rozumowaniu odnosił się cały czas do odpowiednich przesłanek w brzmieniu z art. 25 z Artykułów KPM. Istotna jest także kwestia, kto dokonuje oceny spełnienia tychże przesłanek (3.3.) oraz skutków uznania danych środków za zgodne z klauzulą (3.4.).

### 3.1. Istotny interes państwa

Mimo podnoszenia argumentów przez strony powodowe w wielu sprawach przeciwko Argentynie, m.in. w *LG&E*, iż klauzule NPM mają znacznie węższy zakres przedmiotowy niż zwyczajowy stan wyższej konieczności i do-

---

<sup>41</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 206.

<sup>42</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 146.

<sup>43</sup> Agreement between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, art. XI, 14.11.1991, dostępny na: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/10%20US-Arg%20BIT.pdf>.

tyczą jedynie bezpieczeństwa państwa w rozumieniu obronnym lub militarnym, składy orzekające były innego zdania. Wytyczną w tej kwestii był bowiem wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms*<sup>44</sup>, który rozważał pod tym kątem art. XX Traktatu FCN z 1955 r. zawartego między Iranem a Stanami Zjednoczonymi i nie zrównał normy tam zawartej ze zwyczajowym stanem wyższej konieczności.

Trybunał stanowczo odrzucił twierdzenie strony powodowej, jako że „istotna ochrona” państwa dotyczy jedynie sytuacji związanych z aspektem militarnym czy obronnym. Taki pogląd jest często podnoszony ze względu na regułę *ejusdem generis*, według której strony traktatu nie miały zamiaru, aby klauzula ta była stosowana w innych sytuacjach niż zagrożenie o charakterze militarnym<sup>45</sup>. Konsekwentnie, nagle i nieprzewidywalne rozszerzenie zakresu jej stosowania, pozbawia ochrony inwestorów w momentach, kiedy mieli prawo jej oczekiwać i unicestwiania cel traktatu.

Trybunały orzekające w sprawach Argentyny podkreśliły, iż skoro klauzula nie wskazuje typów zagrożeń czy chronionych interesów, nic nie stoi na przeszkodzie zaliczenia do nich kryzysu ekonomicznego, dając więc prymat celowi traktatu oraz prawu zwyczajowemu niż interpretacji literalnej przepisu<sup>46</sup>.

Jednakże Trybunał uznał art. XI BIT za podstawę prawną wyłączenia odpowiedzialności, gdyż stwierdził on, iż sytuacja mająca miejsce w Argentynie, była istotnie kryzysem usprawiedliwiającym podjęcie środków mających na celu zapewnienie porządku publicznego i koniecznej ochrony<sup>47</sup>. Trybunał wziął pod uwagę obecny i przyszły stan gospodarki argentyńskiej, określony jako katastrofalny, oraz informacje dotyczące znacznego spadku produktu krajowego brutto, spadki cen na giełdzie, wartości aktywów, odpływ kapitału z systemu bankowego, sięgające 25% bezrobocie oraz poziom ubóstwa, całkowity brak opieki socjalnej, niepokoje narastające wśród społeczeństwa, zamieszki, w wyniku których byli zabici i ranni, wreszcie rezygnację głowy państwa ze stanowiska na przełomie lat 2001 i 2002. Konkludując podkreślił, iż w obecnych realiach sytuacja ekonomiczna państwa jest nie mniej ważna dla jego sprawnego funkcjonowania i również kryzys ekonomiczny może mieć

---

<sup>44</sup> Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Judgment of 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003, s. 161.

<sup>45</sup> P. Di Rosa, *The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues*, „Inter-American Law Review” 2004, nr 1, s. 68.

<sup>46</sup> Orzeczenie w sprawie *CMS*, pkt. 359; orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 237–238.

<sup>47</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 226.



podobny wpływ na paraliż działania państwa oraz bezpieczeństwo mieszkańców, co zamieszki wojskowe<sup>48</sup>.

Uznał, iż stan wyjątkowy trwał od 1.12.2001 r., kiedy to faktycznie gospodarka zaczęła w zawrotnym tempie upadać, do 26.4.2003 r., kiedy to nastąpił wybór prezydenta Kirchnera obiecującego odzyskanie równowagi ekonomicznej. W okresie tym państwo było uprawnione od ochrony swego istotnego interesu, czyli do podejmowania szybkich działań, mających na celu przywrócenie równowagi społecznej, gospodarczej i politycznej<sup>49</sup>. Konsekwentnie, działania podejmowane w tym czasie, były objęte klauzulą środków niezakazanych z art. XI. Jednakże za wszelkie szkody wyrządzone przed i po tym okresie, jako nieobjęte okolicznością wyłączającą odpowiedzialność, Argentyna miała wypłacić stosowne odszkodowanie<sup>50</sup>.

### 3.2. Konieczność zastosowania środka

Trybunał analizując, czy dane działania rządu argentyńskiego były konieczne, skupił się na naturze i charakterystyce kryzysu, a nie na konkretnych środkach, które mogły być podjęte. Stwierdził, iż stan wyjątkowy dotyczy takiej sytuacji, w której państwo musi po prostu działać. Doszedł do wniosku, iż konsekwentne, racjonalne i sprawne działania podjęte w ramach spójnej strategii ekonomicznej skierowanej przeciwko kryzysowi, są jedyną możliwością jego zwalczenia. Nie rozważył przy tym możliwości stosowania innych środków. Według niego sama możliwość stworzenia strategii w alternatywny sposób nie neguje faktu, iż podjęte działania były konieczne<sup>51</sup>.

Ponadto Trybunał odrzucił argument strony powodowej twierdzącej, iż działania te nie były jedynymi możliwymi do podjęcia. Uznał on, iż wyłączny warunek, jaki musi być spełniony to, czy dany środek był konieczny i usprawiedliwiony, co w przypadku Argentyny działającej w sytuacji nagłej i pod presją czasu, miało miejsce<sup>52</sup>. Dalej podkreślono, iż to strona powodowa powinna wykazać nieefektywność podjętych działań, a więc brak usprawiedliwienia dla ich zastosowania. Jako że nie przedstawiła ona wystarczająco przekonujących argumentów, uznano, że działania podjęte przez Argentynę były odpowiednie<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibidem, pkt. 238.

<sup>49</sup> Ibidem, pkt. 238.

<sup>50</sup> Ibidem, pkt. 267.

<sup>51</sup> A. K. Bjorklund, op.cit., s. 484; R. A. Luzi, *BITs & Economic crises: Do States...*, s. 178.

<sup>52</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 239–240.

<sup>53</sup> Ibidem, pkt. 242.

Jednakże rozumowanie to jest dość kontrowersyjne z dwóch powodów. Po pierwsze, przerzucenie ciężaru dowodu na stronę powodową wydaje się niezrozumiałe. Nie wynika ono bowiem z brzmienia przepisu. Dowód ten byłby też dość trudny do wykazania przez inwestora, nieposiadającego wielu istotnych informacji, często będących tajnymi. Po drugie, Trybunał nie dał jasnych wskazówek co do konieczności środka, gdyż poziom ogólności w jakim operował, pozwoliłby z kolei na podniesienie klauzuli *de facto* w każdym przypadku, chyba że środki byłyby zupełnie nieadekwatne do przedmiotowego celu.

### 3.3. Dyskrecjonalność w klauzuli NPM (problem *self-judging*)

Kontrowersyjną kwestią jest, do kogo należy ocena, czy dane działanie dotyczy istotnego interesu państwa – do państwa działającego w oparciu o tę klauzulę, czy do niezależnego podmiotu, jak forum rozstrzygania sporów. W pierwszym przypadku w literaturze anglojęzycznej określa się tę klauzulę jako *self-judging*. Instytucja ta jest podobna do klauzul swobodnego uznania znanych z prawa administracyjnego, gdyż wiążą się ze swobodą decyzyjną podmiotu, jego uprawnieniami dyskrecjonalnymi. Ewentualna kontrola jest później również dość ograniczona. Dlatego też, mając na uwadze specyfikę tej klauzuli wynikającą z innej dziedziny prawnej, można klauzulę tę określać jako klauzulę swobodnego uznania lub klauzulę dyskrecjonalną. Czy jednak klauzule NPM, ze względu na swoje brzmienie, mogą być istotnie uznane za klauzule swobodnego uznania? Był to punkt wyjścia analizy Trybunału w kwestii art. XI BIT, gdyż musiał on zdecydować, czy może orzec w przedmiocie spełnienia przesłanek klauzuli, czy ocena ta należy jedynie do państwa.

Według jednego z poglądów, ocena możliwości zastosowania klauzuli będzie spoczywać na państwie wprowadzającym dany środek<sup>54</sup>. Każdy rząd musi sam zdecydować, czy dany interes, który ma być chroniony, jest istotnym interesem państwa oraz czy działania są konieczne dla ochrony interesu publicznego i istnienia państwa. Innymi słowy, jest to pogląd określający klauzule typu NPM jako swobodnego uznania, czyli iż państwo jest jedynym sędzią decydującym, czy dany stan faktyczny może być przedmiotem klauzuli. Odpowiedni trybunał w ramach weryfikacji może jedynie ocenić, czy państwo podniosło tę klauzulę w dobrej wierze<sup>55</sup>. Był to jeden z głównych argumentów Argentyny, która opierała się na wywodzie przedstawionym przez

<sup>54</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 161.

<sup>55</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, *op.cit.* 37, s. 377.

Stany Zjednoczone w sprawie Nikaragui<sup>56</sup>. USA chcąc wyłączyć jurysdykcję Trybunału Sprawiedliwości podniosły, iż operowały w ramach klauzuli NPM (bardzo podobnej do brzmienia art. XI BIT), a interes państwa, który chciały chronić może być określony jedynie przez państwo, ponieważ żaden trybunał nie będzie w stanie określić tak subiektywnej kwestii. Trybunał porównał jednak tę klauzulę do podobnej zawartej w umowie GATT<sup>57</sup>, która jednak stanowiła, iż państwo może podjąć działania, które „ono uzna za konieczne dla ochrony jego interesów”. Według Trybunału ta ostatnia wyraźnie uprawniała jedynie państwo do oceny sytuacji, podczas gdy klauzula NPM nie.

Do takiego samego wniosku doszedł Trybunał w sprawie *LG&E*. Podkreślił on, iż z intencji stron podczas negocjacji nie wynikało nadanie swobodnego uznania, co pierwszy raz pojawiło się po stronie Stanów Zjednoczonych dopiero podczas zawierania traktatu z Rosją w 1992 r., czyli rok po podpisaniu traktatu z Argentyną<sup>58</sup>.

W związku z powyższym klauzula ta może być następnie przedmiotem oceny sądu w razie zaistnienia sporu w zakresie, w jakim może on oceniać legalność działań podjętych przez państwo na swoim terytorium. I tak, jeśli okaże się, iż podniesienie klauzuli jest całkowicie bezpodstawne, organ orzekający będzie miał prawo do dalszego badania okoliczności warunkujących jej podniesienie<sup>59</sup>. Wiele państw jednak, jak przede wszystkim Stany Zjednoczone, stoją wciąż na stanowisku, iż o ile nie zaistnieją wyjątkowe okoliczności, klauzule te są dyskrecyjnymi i państwo posiada pełną swobodę w decydowaniu co do określenia danej sytuacji jako istotny interes państwa<sup>60</sup>. Pogląd ten jest jednak negowany także przez doktrynę, która podkreśla, iż niweczyłoby to cel traktatu w momencie, kiedy inwestorzy by go najbardziej potrzebowali<sup>61</sup>.

### 3.4. Skutki podniesienia klauzuli NPM

Odrębne od opartych na zwyczajowym stanie wyższej konieczności są skutki podniesienia klauzuli NPM. Należy tutaj wyróżnić zarówno aspekt odpowiedzialności, jak i odszkodowania.

---

<sup>56</sup> Military and Paramilitary Activities in Nicaragua (Nicaragua v. USA) 1984, I.C.J. Rep. 392, pkt. 65–66.

<sup>57</sup> Art. XXI (b) of The General Agreement on Tariffs and Trade 1947.

<sup>58</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 213.

<sup>59</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 162.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> R. A. Luzi, *BITs & Economic crises: Do States...*, s. 185, 186.

Jak wspomniano powyżej, Trybunał wyłączył odpowiedzialność Argentyny na mocy klauzuli NPM. Podkreślił przy tym – co jest punktem wyjścia dla dalszych konsekwencji – iż skutecznie podniesiona klauzula traktatowa wyłącza naruszenie innych postanowień traktatu. W związku z czym, BIT w ogóle nie został naruszony przez Argentynę w okresie trwania stanu wyjątkowego, tj. od 1.12.2001 r. do 26.4.2003 r.<sup>62</sup> Konsekwentnie, w sytuacji braku naruszenia jakiegokolwiek zobowiązania, wszelkie wyniki z obrotu gospodarczego straty pokrywa podmiot, który je poniósł czyli inwestor<sup>63</sup>. Zastanawiające jest jednak rozumowanie Trybunału, który stwierdził, iż ponieważ ani art. 27 Artykułów KPM ani art. XI BIT, nie precyzują czy i jakie odszkodowanie jest należne, należy to do jego decyzji. Jednakże za szkody powstałe wskutek działań państwa po 26.4.2003 r., Argentyna jest odpowiedzialna i powinna zapłacić należne odszkodowanie, gdyż nie miał już wtedy miejsca stan wyjątkowy<sup>64</sup>. Niestety, dokładniejsza analiza tego problemu nie została przeprowadzona.

W związku z tym, za jakiegokolwiek szkody wyrządzone przez państwo inwestorowi w okresie stanu wyjątkowego, objętego klauzulą traktatową, państwo nie ponosi odpowiedzialności oraz unika jej najpoważniejszych skutków, gdyż nie musi wypłacać żadnych odszkodowań.

#### 4. Wzajemna relacja dwóch podstaw wyłączenia odpowiedzialności

Te dwie podstawy wyłączenia odpowiedzialności państwa, tj. art. 25 z Artykułów KPM oraz klauzula traktatowa NPM według wyżej przedstawionego rozumowania trybunałów, mogą być zastosowane w identycznych sytuacjach. Dotyczą bowiem ochrony tych samych istotnych wartości w momencie ich zagrożenia, kosztem naruszenia praw innych podmiotów. Każdy z trybunałów zastosował inną podstawę prawną w tych samych okolicznościach faktycznych, dochodząc do innych wniosków w przedmiocie spełnienia przesłanek koniecznych oraz w przedmiocie konieczności wypłaty odszkodowań. Dlaczego? Należy najpierw rozważyć mechanizm działania każdej z tych okoliczności (4.1.), następnie ich stosowanie (3.2.), aż wreszcie różnicę w skutkach ich podniesienia (4.3.).

---

<sup>62</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 263, 266.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pkt. 264.

<sup>64</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 265.

#### 4.1. Mechanizm działania stanu wyższej konieczności opartego na prawie zwyczajowym a klauzuli NPM

Stan wyższej konieczności oparty na prawie zwyczajowym oraz klauzula NPM, mimo podobnego zakresu przedmiotowego, mają zupełnie inny mechanizm działania. Różnica polega na tym, że w pierwszym przypadku jest on następczy względem czynu, podczas gdy w drugim jest uprzedni.

Stan wyższej konieczności w rozumieniu zwyczajowym, zdefiniowany w art. 25 Artykułów KPM, wyłącza bezprawność czynu. Punktem wyjścia jest jednak stwierdzenie, iż miał miejsce czyn sprzeczny z prawem międzynarodowym. Przesłanki konieczne zawiera art. 2 Artykułów KPM, stanowiąc, że „akt jest sprzeczny z prawem międzynarodowym, jeśli zachowanie będące działaniem lub zaniechaniem: (a) może być na podstawie prawa międzynarodowego przypisane Państwu oraz (b) jest naruszeniem zobowiązań międzynarodowych ciążących na Państwie”<sup>65</sup>.

Czyn więc wciąż jest sprzeczny z prawem międzynarodowym, gdyż akt może być przypisany państwu i jest naruszeniem jego zobowiązań, a jedynie przez istnienie danej okoliczności został on usprawiedliwiony<sup>66</sup>. Usprawiedliwienie to następuje wprawdzie przez wyłączenie bezprawności danego czynu, ale ona sama nie jest przesłanką, a wnioskiem. Innymi słowy, po stwierdzeniu naruszenia zobowiązania państwa i przypisaniu go państwu, uznaje się, iż dany czyn jest bezprawny. W przypadku skutecznego podniesienia stanu wyższej konieczności opartego na międzynarodowym prawie zwyczajowym to bezprawność jest wyłączona. Dlatego też okoliczność ta działa jak następcze usprawiedliwienie. A art. 25 ma zastosowanie, jeśli zostanie stwierdzone już istniejące naruszenie jednego z materialnych postanowień traktatu<sup>67</sup>.

Natomiast w odniesieniu do klauzuli traktatowej, Argentyna w sprawie *CMS* twierdziła, iż art. XI będący przepisem traktatu, który usprawiedliwia naruszenie innych postanowień tego samego traktatu, nie działał jako wyłączający bezprawność czynu, ale jako uprzednie uniemożliwienie stwierdzenia naruszenia prawa<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> „There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State”.

<sup>66</sup> S. F. Hill, *op.cit.*, s. 563.

<sup>67</sup> *CMS Annulment Proceeding*, pkt. 129.

<sup>68</sup> A. K. Bjorklund, *op.cit.*, s. 494; G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 148.

W pełni zgodził się z tym Komitet Anulujący orzekający w sprawie *CMS*. Wykazał przy tym popełnienie błędu co do prawa przez Trybunał, który nie interpretował klauzuli NPM oddzielnie, a według przesłanek z art. 25 Artykułów<sup>69</sup>. Jak podkreślił, stan wyższej konieczności zawarty w postanowieniach traktatu różni się od jego zwyczajowego rozumienia. Każda klauzula NPM, jak i będący przedmiotem sporu przepis traktatu, działają na podstawie tego samego aktu, są równorzędne. Skutecznie podniesiona klauzula wyłącza stosowanie materialnych postanowień traktatu, co powoduje, iż BIT w ogóle nie został naruszony. Prawo zwyczajowe z kolei, jako drugorzędne daje możliwość usprawiedliwienia niestosowania i naruszenia normy traktatowej o charakterze pierwszorzędnym<sup>70</sup>. W związku z czym klauzula nie operuje jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu, gdyż uprzedza ona naruszenie jakiegokolwiek przepisu.

Klauzula ta jest takim samym materialnym przepisem regulującym obowiązki stron, jak każdy inny<sup>71</sup>. W związku z powyższym reguluje on też pozostałe postanowienia traktatu inwestycyjnego, jak sprawiedliwego traktowania (*fair and equitable treatment*), całkowitej ochrony i bezpieczeństwa (*full protection and security*) czy zakazu stosowania arbitralnych i dyskryminujących środków (*arbitrary and discriminatory measures*)<sup>72</sup>. Nie działa ona jak usprawiedliwienie. Porównując to do krajowych karnych systemów prawnych, klauzula ta działa jak wyłączenie winy, gdyż bez stwierdzenia winy, nie można stwierdzić popełnienia czynu sprzecznego z prawem<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Komitet Anulujący stwierdził, iż Trybunał popełnił kilka błędów w swej analizie. Po pierwsze Trybunał nie powinien był rozpatrywać spełnienia przesłanek z art. XI w świetle art. 25. Mimo że Argentyna bazując na opinii prof. J. E. Alvareza nie przedstawiła jasnego rozróżnienia, to jednak Trybunał powinien był oddzielnie rozpatrzyć te dwie różne podstawy prawne. Mają one bowiem różną treść, przesłanki, skutki podniesienia, a także wywodzą się z innego źródła prawa. Ponadto, analiza spełnienia przesłanek z art. 25 powinna nastąpić dopiero po analizie art. XI i to jedynie pomocniczo, a nie odwrotnie jak postąpił Trybunał. Błędy te były na tyle poważne, iż ich uniknięcie skutkowałoby prawdopodobnie innym orzeczeniem. Komitet podkreślił, że gdyby był sądem apelacyjnym, musiałby zmienić orzeczenie. Jednakże działając w ramach procedury art. 52 Konwencji ICSID, mógłby on uchylić orzeczenie jedynie w przypadku tzw. przekroczenia uprawnień. A ponieważ, mimo błędów, Trybunał zastosował art. XI, nie można stwierdzić przekroczenia uprawnień i orzeczenie zostanie utrzymane w tym przedmiocie w mocy. [CMS Annulment Proceeding, pkt. 119–136].

<sup>70</sup> CMS Annulment Proceeding, pkt. 129; G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 148; W. W. Burke-White, A. von Staden, op.cit., s. 312, 321.

<sup>71</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 150.

<sup>72</sup> *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, Partial Award of 17 March 2006, pkt. 304–307.

<sup>73</sup> S. F. Hill, op.cit., s. 563.

Świadczy o tym brzmienie samej klauzuli, która zawiera frazę „traktat ten nie wyłącza zastosowania [...] środków” lub podobną. Powoduje to, iż w przypadku kwalifikacji danego działania jako podpadającego pod tę klauzulę, pozostałe postanowienia zostają „zawieszane” i nie są stosowane. Dotyczy to albo wszystkich postanowień traktatu, albo jedynie specyficznych, jeśli stanowi tak sama klauzula<sup>74</sup>. Ponieważ więc działania te nie są zabronione przez traktat, on tym samym nie jest naruszony przez ich podjęcie.

Jeśli więc uznano by za spełnione przesłanki z art. XI, Argentyna nie naruszyłaby żadnego postanowienia Traktatu. To rozróżnienie na okoliczność działającą następczo i uprzednio skutkuje dalszymi konsekwencjami.

#### 4.2. Zasady stosowania stanu wyższej konieczności i klauzuli NPM

Ze względu na różny mechanizm działania oraz różną podstawę prawną, okoliczności te nie są pojęciami tożsamymi. Przede wszystkim, mają one inne podłoże teoretyczne<sup>75</sup>. Stan wyższej konieczności stanowi, iż ogólnie istnieje pewien mechanizm obronny dóbr ważniejszych względem mniej ważnych, podczas gdy klauzule NPM odnoszą się do celów działania państwa.

Różnica ta implikuje kolejną, mianowicie treść obydwu okoliczności i tym samym przesłanki, które muszą być spełnione, by skutecznie je podnieść. Jak można wywnioskować z orzeczeń dwóch trybunałów, łatwiejsze do spełnienia są przesłanki z klauzuli traktatowej, niż z art. 25. Artykuł 25, jak zostało to podkreślone, nie tylko jest sformułowany od strony negatywnej, ale też zawiera specyficznie opisane przesłanki pozytywne oraz dwie negatywne.

Znacznym problemem przysparza już pierwszy warunek, traktujący o istotnym interesie, który musi być zagrożony „poważnym i nagłym” niebezpieczeństwem. W przypadku klauzuli istnieje jedynie stwierdzenie o potrzebie ochrony istotnego interesu państwa, bez określania skali zagrożenia.

Ponadto art. 25 stanowi, iż przedmiotowy czyn musi być „jedynym sposobem”, by dany interes ochronić. W przypadku klauzul zazwyczaj mowa jest o tym, że środek musi być „konieczny”. Termin ten nie powinien być interpretowany jako „nieodzowny”, „niezbędny” a raczej pozostawiający państwu pewien margines oceny (*marge d'appréciation*). Pogląd ten został przede wszystkim zastosowany odnośnie praw człowieka<sup>76</sup>, jednakże coraz częściej

<sup>74</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, op.cit., s. 387.

<sup>75</sup> Ibidem, s. 321.

<sup>76</sup> ETPC, sprawa *Handyside v. United Kingdom*, ECtHR, ser. A, 1976, pkt 48; ETPC, sprawa *John and Others v. Germany*, ECtHR, wyrok z 30.6.2005, pkt 91.

uznaje się, iż nic nie stoi na przeszkodzie dopuszczenia takiej wykładni również w prawie inwestycyjnym, jako równie chroniącym interesy i prawa swoich beneficjentów<sup>77</sup>.

Poza tym, klauzule NPM nie zawierają ograniczeń, iż środek nie może wpływać negatywnie na interes innego państwa lub społeczności międzynarodowej, lub o przyczynieniu się państwa powołującego się na tę okoliczność. Nie można tych ograniczeń również implementować przez interpretację klauzuli na podstawie stanu wyższej konieczności z art. 25<sup>78</sup>. Dlatego też klauzule traktatowe rządzą się łagodniejszymi kryteriami niż stan wyższej konieczności oparty na prawie zwyczajowym<sup>79</sup>. Konsekwentnie, z punktu widzenia państwa, o wiele korzystniejsze jest podnoszenie klauzuli traktatowej niż zwyczajowego stanu wyższej konieczności. Nawet, jeżeli klauzula nie jest dyskrecjonalną, to jest to pewniejsza linia obrony.

Skoro więc są to dwie okoliczności, także w odniesieniu możliwości spełnienia warunków koniecznych, narzuca się pytanie, w jakiej kolejności należy je rozpatrywać i jak interpretować?

Komitet Anulujący w sprawie *CMS* stwierdził, iż traktując klauzulę NPM jako okoliczność oddzielną, a przez to jako *lex specialis* w stosunku do ogólnego stanu wyższej konieczności opartego na międzynarodowym prawie zwyczajowym, powinna ona być rozpatrzona jako pierwsza. Jeśli byłoby możliwe jej podniesienie, uczyniłoby to zbędnym rozważanie kwestii podnoszenia stanu wyższej konieczności opartego na prawie zwyczajowym, gdyż przepis traktatu sam wyłączyłby odpowiedzialność państwa<sup>80</sup>. Było to wcześniej potwierdzone przez Komisję Prawa Międzynarodowego stawiającą prawo zwyczajowe jako drugie w kolejności wynikających zobowiązań<sup>81</sup>. Innymi słowy, stosowanie prawa zwyczajowego, jako tradycyjnie drugiego w kolejności, powinno mieć miejsce dopiero po nieskutecznym powoływaniu się na przepisy traktatu<sup>82</sup>. Konsekwentnie, podniesienie stanu wyższej konieczności byłoby możliwe nawet w braku jakichkolwiek rozwiązań traktatowych. Są to dwie alternatywne podstawy wyłączenia odpowiedzialności państwa.

Mimo to Komitet stwierdził, iż Trybunał orzekający w sprawie *CMS* nie w pełni poprawnie wziął pod uwagę art. XI, natomiast niepoprawność ta

<sup>77</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 161.

<sup>78</sup> CMS Annulment Proceeding, pkt 130.

<sup>79</sup> A. K. Bjorklund, *op.cit.*, s. 498.

<sup>80</sup> CMS Annulment Proceeding, pkt 133.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pkt. 132–133.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pkt 134.



nie była na tyle znacząca, by orzec przekroczenie uprawnień przez Trybunał i tym samym anulować orzeczenie<sup>83</sup>.

Jednakże w praktyce, jak to zostało pokazane przy omawianiu orzeczeń *LG&E*, *CMS* oraz jak się podnosi w doktrynie, art. 25 Artykułów KPM pozostaje podstawą interpretacyjną stanu wyższej konieczności zawartego w klauzuli NPM. Podnosi się bowiem, iż klauzule te często nie precyzują dokładnie warunków powoływania się na nie, a dotychczasowe orzecznictwo również nie przedstawiło konkretnych ram działania. Ponadto, BIT-y mimo stanowienia *lex specialis*, bardzo często odwołują się do prawa zwyczajowego, a ono służy często jako podstawa ich interpretacji<sup>84</sup>. Dodatkowo, zarówno podczas odwoływania się przez trybunały do stanu wyższej konieczności opartego na prawie zwyczajowym, jak i na klauzuli NPM, podstawę interpretacji stanowił art. 25 Projektu Komisji<sup>85</sup>. Tym bardziej, iż traktaty międzynarodowe nie są oddzielnym bytem, a stanowią część całego prawa międzynarodowego<sup>86</sup>.

Jest to jednak stan niepożądany. Podnosząc klauzulę traktatową państwo bowiem nie jest zobowiązane wykazywać spełnienie przesłanek z art. 25 Artykułów Komisji, gdyż są to dwie różne podstawy i dwie różne okoliczności<sup>87</sup>. Mają one również odmienny zakres, który w przypadku klauzuli zależy od jej brzmienia oraz intencji stron i w żaden sposób, biorąc pod uwagę najczęściej spotykane klauzule, nie pokrywa się ze zwyczajowym stanem wyższej konieczności<sup>88</sup>. Przesłanki konieczne do udowodnienia w wyniku powoływania się na klauzulę NPM będą przedstawione wyłącznie w samej klauzuli NPM. Utożsamianie tych dwóch podstaw nie tylko nie wykazuje różnicy między traktatem a zwyczajowym prawem międzynarodowym, ale też niweczy zasadę efektywnej interpretacji traktatu<sup>89</sup>. Innymi słowy, uczyniłoby to klauzulę NPM zupełnie zbędną.

Jest to związane z zasadą *lex specialis*, dotyczącą również odpowiedzialności państwa. Jest ona uregulowana w dwóch przepisach Artykułów Komisji. Pierwszy z nich, art. 55, stanowi:

---

<sup>83</sup> Ibidem, pkt 136.

<sup>84</sup> Art. 31 (3)(c) Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, 1969 r.

<sup>85</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, pkt. 257–258; A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press 2008, s. 583.

<sup>86</sup> T. Walde, *Is there a need for the necessity defense for Investment Law?* [w:] *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (red. G. Weiler), Nowy Jork 2008, vol. 1, s. 208.

<sup>87</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 160.

<sup>88</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, op.cit., s. 322.

<sup>89</sup> Ibidem, s. 323.

„Artykuły te nie mają zastosowania, gdzie i w zakresie w jakim warunki zaistnienia czynu sprzecznego z prawem międzynarodowym lub treść lub zastosowanie międzynarodowej odpowiedzialności Państwa są poddane szczególnym regulacjom prawa międzynarodowego”.

Zasada *lex specialis* będzie miała o tyle znaczenie względem odpowiedzialności państwa w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, iż jeśli sam traktat inwestycyjny regulowałby w odmienny sposób kwestię odpowiedzialności za jego naruszenie, postanowienia Artykułów nie będą stosowane. W przypadku więc przykładowo uregulowania sposobu przypisania czynu państwu przez traktat inwestycyjny poprzez odmienną definicję organu państwa, definicja z Artykułów nie będzie miała zastosowania. Naturalnie sprawy nieuregulowane w traktatach, będą przedmiotem norm prawa międzynarodowego zwyczajowego.

Kolejnym przepisem jest art. 56 stanowiący:

„Odpowiednie zasady prawa międzynarodowego w dalszym ciągu regulują kwestię odpowiedzialności państwa za czyn spreczny z prawem międzynarodowym w zakresie, w jakim nie są one przedmiotem regulacji niniejszych artykułów”.

Przepis ten przede wszystkim dopuszcza możliwość stosowania oraz rozwoju innych reguł prawa międzynarodowego rządzących odpowiedzialnością państw, jeśli wykraczają one poza zakres uregulowany w Artykułach. Dotyczy to więc nie tylko reguł egzekwowania odpowiedzialności, jeśli wykraczają one poza to, co już zostało unormowane, ale też przykładowo jej wyłączenia. Innymi słowy to, co nie zostało uregulowane przez Artykuły, a wynika z prawa właściwego dla danego stosunku prawnego, wciąż jest ważne i skuteczne.

Klauzula NPM jako wyłącznie traktatowa podstawa wyłączenia odpowiedzialności państwa działa w odmienny sposób niż stan wyższej konieczności oparty na międzynarodowym prawie zwyczajowym. Konsekwentnie, nasuwa się pytanie, czy jest ona *lex specialis* wyłączającą stosowanie Artykułów KPM, czy odrębną regulacją istniejącą równolegle w oparciu o art. 56? Biorąc pod uwagę wcześniejszą analizę obydwu podstaw wyłączenia odpowiedzialności, należy uznać autonomiczność klauzuli oraz stanu wyższej konieczności. Inne są przesłanki ich skutecznego podniesienia, mechanizm działania, a także skutki. Klauzula nie może więc zastąpić stanu wyższej konieczności, ale ze względu na brzmienie art. 56 powinna ona być stosowana niezależnie oraz w pierwszej kolejności względem okoliczności

wyłączających bezprawność czynu opartych na międzynarodowym prawie zwyczajowym.

Klauzula stanowi zupełnie inną okoliczność, nie mającą do tej pory odpowiednika w międzynarodowym prawie zwyczajowym. W międzynarodowym prawie inwestycyjnym było bardzo wiele norm traktatowych charakterystycznych jedynie dla tej dziedziny, które początkowo były zagadką interpretacyjną dla trybunałów. Warto tu przytoczyć choćby klauzule takie jak sprawiedliwego traktowania (*fair and equitable treatment*, FET), całkowitej ochrony (*full protection and security*) lub klauzulę najwyższego uprzywilejowania (KNU, *most-favoured-nation clause*, MFN) i kwestie sporne, jakie pojawiały się przy określaniu ich zakresu przedmiotowego.

Mimo że początkowo interpretowano w odniesieniu istniejących podobnych norm międzynarodowego prawa zwyczajowego (jak przykładowo standard FET interpretowano na podstawie standardu traktowania obcokrajowców), to jednak wraz z rozwojem prawa inwestycyjnego i uznania go za oddzielną dziedzinę prawa międzynarodowego publicznego, uległo to zmianie. Skoro więc każda z tych klauzul uzyskała status nowego pojęcia i w ten sposób jest interpretowana, trudno znaleźć argumenty przemawiające za tym, by z klauzulą NPM miało być inaczej. W szczególności, kiedy same Artykuły KPM jasno rozwiązują ten problem. Dlatego też klauzula ta będąca wyłącznie traktatową podstawą wyłączającą odpowiedzialność państwa, powinna być interpretowana jako niezależna i samodzielna okoliczność, w oderwaniu od stanu wyższej konieczności przedstawionego w Artykułach KPM.

### 4.3. Skutki zwyczajowego stanu wyższej konieczności i klauzuli NPM

Konsekwencje skutecznego podniesienia stanu wyższej konieczności i klauzuli NPM są różne. Dotyczy to zarówno samej odpowiedzialności, jak też należnego poszkodowanym podmiotom odszkodowania. Widać było to w sentencjach orzeczeń obydwu trybunałów, gdzie w jednym z nich nie uznano stanu wyższej konieczności a także, nawet gdyby okoliczność tę skutecznie podniesiono, państwo powinno było zapłacić odszkodowanie, podczas gdy w drugim nastąpiło zwolnienie zarówno od odpowiedzialności, jak i od obowiązku wypłaty odszkodowania. Warto jednak zwrócić szczególną uwagę na to, dlaczego różnice są aż tak poważne.

Pierwszorzędną sprawą jest kwestia odpowiedzialności. Jak bowiem zostało zaprezentowane powyżej, obydwie podstawy wyłączenia odpowiedzialności państwa działają w inny sposób. Stan wyższej konieczności, podobnie jak inne okoliczności wyłączające bezprawność czynu zdefiniowane w Arty-

kułach KPM, jedynie usprawiedliwia dany czyn. Zostają bowiem spełnione wszystkie przesłanki z art. 2, który stanowi o czynie sprzecznym z prawem międzynarodowym. Konsekwentnie, czyn ten jest bezprawny. Jednakże przez skuteczne podniesienie stanu wyższej konieczności, bezprawność ta zostaje wyłączona. Następuje stwierdzenie, iż miał miejsce czyn spreczny z prawem międzynarodowym, ale ze względu na szczególne okoliczności jest on usprawiedliwiony, gdyż został pozbawiony bezprawności. Natomiast naruszenie prawa pozostaje.

Przekłada się to na kwestię kompensaty. Jak podkreślono powyżej, jest ona regulowana przez art. 27 Artykułów KPM, który stanowi, iż

powołanie się na okoliczność wyłączającą bezprawność czynu [...] pozostaje bez uszczerbku dla: [...] kompensaty za jakąkolwiek szkodę materialną powstałą wskutek danego czynu.

Brzmienie tego przepisu ma dwa uzasadnienia. Po pierwsze, jak było wykazane wyżej, stanowi on o tym, iż miał miejsce czyn spreczny z prawem międzynarodowym w rozumieniu art. 2 Artykułów KPM. Wprawdzie czyn ten został następnie usprawiedliwiony ze względu na szczególne okoliczności, to jednak art. 2 nie zawiera żadnych wyjątków. Dlatego też, niezależnie od następczego usprawiedliwienia tego czynu, za wszelkie szkody materialne należna jest kompensata.

Drugie uzasadnienie wiąże się z koncepcją odpowiedzialności w prawie międzynarodowym. Mianowicie odpowiedzialność ta ma charakter zbliżony do cywilistycznego. Bezprawność czynu nie jest bowiem konieczna do pociągnięcia kogoś do skutków odpowiedzialności za czyn, który wywołał szkodę, ponieważ również działania zgodne z prawem, skutkują koniecznością wypłaty odszkodowania. Jest to szczególnie istotne w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, w którym większość sporów dotyczy wywłaszczenia. Wywłaszczenie bowiem nie jest bezprawne, o ile jest ono dokonane w sposób niedyskryminacyjny, w celu publicznym oraz za odpowiednim odszkodowaniem. W sytuacji więc wyrządzenia przez państwo szkód materialnych oraz skutecznym podniesieniu jednej z okoliczności wyłączających bezprawność czynu, następuje kwalifikacja danego czynu jako zgodnego z prawem wywłaszczenia. Dany czyn państwa został bowiem usprawiedliwiony, konsekwentnie konieczne jest jednak wypłacenie odszkodowania. Dlatego też w przypadku skutecznego podniesienia stanu wyższej konieczności opartego na art. 25 Artykułów KPM, państwo będzie musiało wypłacić odszkodowanie.

Rozwiązanie to jest więc instrumentem wważenia interesów, gdyż z jednej strony uznaje się legalność przedsięwziętych środków, a z drugiej inwestorzy mogą na nowo prowadzić swą działalność bez groźby bankructwa<sup>90</sup>. Może mieć jednak miejsce sytuacja, kiedy inwestorzy zagraniczni będą traktowani lepiej niż podmioty krajowe<sup>91</sup>. Jeżeli bowiem uznano by skuteczność podniesienia stanu wyższej konieczności, inwestorom wciąż będzie przysługiwać odszkodowanie, w przeciwieństwie do podmiotów krajowych niedysponujących mechanizmami prawa międzynarodowego. Zupełnie inna sytuacja będzie mieć miejsce w przypadku klauzuli NPM.

Jak wykazano bowiem wyżej, klauzula NPM działa uprzednio i wyłącza stosowanie innych materialnych przepisów Traktatu. Powoduje brak naruszenia norm traktatowych czy umownych w ogóle.

Konsekwentnie, skoro do naruszenia postanowienia traktatu lub umowy w ogóle nie doszło, wówczas państwo nie jest zobowiązane do zapłaty jakiegokolwiek kompensaty<sup>92</sup>. Inny skutek może być więc przewidziany jedynie postanowieniem traktatowym. I tak przykładowo argentyńsko-amerykański traktat inwestycyjny stanowi w art. IV (3):

Obywatel lub spółka każdej ze Stron, której inwestycja odniosła straty na terytorium drugiej Strony w związku [...] ze stanem wyjątkowym [...] powinna być traktowana nie gorzej niż są obywatele lub spółki tej Strony [...] odnośnie środków przyjętych w związku z daną stratą<sup>93</sup>.

Postanowienie to wprowadza zasadę narodowego traktowania w przypadku wypłaty odszkodowań<sup>94</sup>. W związku z powyższym, w przypadku wypłaty odszkodowań podmiotom krajowym za straty powstałe w związku z przedsięwziętymi przez państwo środkami przeciwkryzysowymi, adekwatne odszkodowanie będzie również należne beneficjentom traktatu. Jeżeli jednak państwo nie wypłaci żadnych odszkodowań, podmiotom tym nie przysługuje to roszczenie. Tak też stało się w przypadku Argentyny. Jest to rozwiązanie o tyle sprawiedliwe, iż pozwala w ten sam sposób traktować pod-

<sup>90</sup> S. F. Hill, *op.cit.*, s. 565.

<sup>91</sup> O. J. Marzorati, *op.cit.*, s. 216.

<sup>92</sup> CMS Annulment Proceeding, pkt 146; G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 161.

<sup>93</sup> Agreement between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, art. IV (3), 14.11.1991, dostęp na: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/10%20US-Arg%20BIT.pdf>.

<sup>94</sup> O. J. Marzorati, *op.cit.*, s. 216.

mioty, które znalazły się w podobnej sytuacji. W przypadku bowiem wypłaty odszkodowania jedynie inwestorom zagranicznym, jak w przypadku sprawy spółki *CMS*, podmioty krajowe, często współpracujące z inwestorem i będące jego dłużnikami, nie dostały od państwa żadnej kompensaty<sup>95</sup>.

Również więc ten argument przemawia za umieszczeniem klauzuli NPM w traktatach inwestycyjnych oraz poszukiwaniu linii obrony przede wszystkim w oparciu o nią.

## 5. Zakończenie

Stan wyższej konieczności i klauzula NPM – dwie różne podstawy, mające różne źródła i różne skutki, nie wyłączają się wzajemnie i mogą być alternatywnie stosowane, co zostało pokazane w przykładach spraw z udziałem Argentyny. Istnieją równolegle i niezależnie od siebie w międzynarodowym porządku prawnym. Obydwie mogą być więc podnoszone celem uniknięcia odpowiedzialności za czyny popełnione przykładowo w czasie kryzysu ekonomicznego.

Stan wyższej konieczności oparty na art. 25 Artykułów jest okolicznością niezwykle trudną do udowodnienia. Nie tylko bowiem należy wykazać zaistnienie pozytywnych przesłanek, które są zdefiniowane w sposób bardzo rygorystyczny, to jeszcze brak wystąpienia negatywnych, co również bywa niezwykle trudne, gdyż dotyczy m.in. braku przyczynienia się do zaistnienia danej sytuacji. Poza tym, nawet w przypadku skutecznego podniesienia tejże okoliczności, państwo zostaje co prawda zwolnione z odpowiedzialności, ale pozostaje obowiązek wypłaty odszkodowania za straty materialne.

Z drugiej strony, klauzule typu NPM dają państwu niezwykle silną broń również w przypadku kryzysu ekonomicznego. Po spełnieniu przesłanek przedstawionych w klauzuli, państwo nie tylko jest zwolnione od odpowiedzialności, ale też z obowiązku wypłaty odszkodowania. Jest to skutek mechanizmu działania klauzuli, która wyłącza stosowanie pozostałych przepisów traktatu. Wprawdzie podnoszone jest przez inwestorów, iż taka interpretacja niweczy cel traktatu, gdyż kryzys ekonomiczny jest właśnie momentem, kiedy inwestorzy najbardziej potrzebują ochrony na mocy BIT, to jednak taka właśnie jest intencja stron<sup>96</sup>. Państwa wprowadzające do swoich trakta-

---

<sup>95</sup> Ibidem, s. 217.

<sup>96</sup> Orzeczenie w sprawie *LG&E*, op.cit., pkt 222; S. F. Hill, op.cit., s. 565.

tów klauzule NPM świadomie przerzuciły ryzyko gospodarcze na inwestorów na czas trwania stanów wyjątkowych, znacznie ograniczając ochronę wynikającą z traktatu<sup>97</sup>. Tym bardziej, że traktat inwestycyjny nie stanowi ubezpieczenia przed ryzykami gospodarczymi<sup>98</sup>. W przypadku jednak nie zawarcia klauzuli typu NPM, państwu zawsze pozostaje możliwość wyłączenia odpowiedzialności na podstawie stanu wyższej konieczności opartego na międzynarodowym prawie zwyczajowym. Okoliczność ta ma zastosowanie niezależnie od umieszczenia jej w innych źródłach prawa<sup>99</sup>. Preferuje się jednak zamieszczanie tego typu klauzuli przede wszystkim ze względu na inwestorów, którzy są bardziej świadomi, czego mogą się spodziewać oraz związany z tym postulat pewności prawa<sup>100</sup>. Klauzule te nie tylko formułują przesłanki, kiedy państwo może działać celem ochrony swych ważnych interesów, ale też – podobnie jak wiele traktatów dotyczących praw człowieka – określają dopuszczalne granice tych działań.

---

<sup>97</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, *op.cit.*, s. 314.

<sup>98</sup> O. J. Marzorati, *op.cit.*, s. 222.

<sup>99</sup> W. W. Burke-White, A. von Staden, *op.cit.*, s. 322.

<sup>100</sup> G. Bottini, *Protection of Essential Interests...*, s. 163.