

MATEUSZ PODHALICZ¹

Konstrukcja *culpa in contrahendo* jako instrument ochrony interesów inwestorów zagranicznych – wybrane zagadnienia²

Wpłynął: 26.11.2019. Akceptacja: 5.01.2021

Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyczy zagadnienia istnienia odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo* w prawie międzynarodowym publicznym. Pozytywna odpowiedź w tej kwestii będzie miała istotne znaczenie nie tylko z punktu widzenia relacji państwo–państwo, ale również państwo–inwestorzy. Inwestorzy prywatni dysponują bowiem możliwością pozywania państw przed sądy arbitrażowe, które stosują prawo międzynarodowe. Istnienie zatem odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo* w prawie międzynarodowym pozwoli na udzielenie odpowiedzi, czy podmioty prywatne mogą dochodzić roszczeń z tego tytułu przed sądami arbitrażowymi i czy droga ta jest dla nich korzystna. Proponowana analiza zostanie dokonana w oparciu o źródła prawa międzynarodowego, takie jak traktaty, zwyczaj międzynarodowy, ogólne zasady prawa, wypowiedzi orzecznictwa i doktryny oraz –pomocniczo – o praktykę w wybranych krajowych porządkach prawnych.

Słowa kluczowe: *culpa in contrahendo*, arbitraż, prawo międzynarodowe, *lex mercatoria*, odpowiedzialność przedkontraktowa.

¹ Mateusz Podhalicz – Uniwersytet Łódzki (Polska); e-mail: mp.podhalicz@gmail.com; ORCID: 0000-0002-0605-2050.

² Badania wykorzystane w artykule nie zostały sfinansowane przez żadną instytucję.

MATEUSZ PODHALICZ

Legal construct of *culpa in contrahendo* as a means of protection of foreign investors' interests³

Abstract

The present article addresses the issue, whether in international law there exists pre-contractual responsibility (*culpa in contrahendo*). If such a responsibility indeed exists it will play a significant role not only in State-to-State relations, but also in the relations between States and private investors, given the fact that currently, on the virtue of investment treaties, private entities have rights to lodge claims against states before arbitration tribunals, which employ international law in their judgements. Hence, determination whether responsibility for *culpa in contrahendo* exists in international law, will allow to establish, whether private entities may base the claims on that ground, and if such course of action is advantageous. The proposed analysis will be based upon sources of international law, such as treaties, custom, general principles of law, as well as judicial and scientific authorities – and additionally also relevant practice in chosen States' legal practice.

Keywords: *culpa in contrahendo*, arbitration, international law, *lex mercatoria*, pre-contractual responsibility.

³ The research in this article has not been supported financially by any institution.

Wstęp

Culpa in contrahendo to pojęcie, które na pierwszy rzut oka można by uznać za przedmiot wyłącznego zainteresowania szeroko rozumianego prawa prywatnego (prawa cywilnego krajowego oraz prawa prywatnego międzynarodowego). Ukucie pojęcia *culpa in contrahendo* oraz jego zdefiniowanie powszechnie przypisuje się Rudolfowi Iheringowi⁴. Ihering w swoim dziele zatytułowanym *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* wskazał, że w przypadku, gdy negocjacje nie dochodzą do skutku wskutek *culpa in contrahendo*, tj. działania jednego z negocjujących w złej wierze (negocjowania w sposób nielojalny lub niestaranny), negocjujący ten ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą względem drugiego z negocjujących. Ihering wskazywał, że warunkiem zaistnienia obowiązku odszkodowawczego jest wywołanie u tego ostatniego przekonania, że umowa dojdzie do skutku. Ihering wskazał nadto, że poszkodowanemu należy się odszkodowanie w wartości, która umożliwi przywrócenie sytuacji, w której poszkodowany by się znalazł, gdyby nie zawinione działanie negocjującego. Powyższa koncepcja Iheringa, która zakłada istnienie pewnych obowiązków między stronami niezwiązanymi jeszcze żadnym zobowiązaniem umownym, znalazła odzwierciedlenie w wielu współczesnych systemach prawnych i pozostaje w relatywnie niezmiennym kształcie⁵.

Należy jednak zadać pytanie, czy obowiązek negocjujących stron do lojalnych zachowań nie powstał (pod wpływem prawa prywatnego lub samodzielnie) także na gruncie prawa międzynarodowego i nie stanowi obecnie normy tego prawa. Odpowiedź twierdząca na wyżej zadane pytanie wymagać będzie z kolei określenia zakresu i przesłanek odpowiedzialności przedkontraktowej oraz ewentualnych jej skutków w prawie międzynarodowym publicznym. W niniejszym opracowaniu nacisk położony zostanie na jeden z aspektów *culpa in contrahendo*, tj. bezpodstawne zerwanie negocjacji oraz prowadzenie negocjacji bez woli ich finalizacji.

⁴ F. Kessler, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, „Harvard Law Review” 1964, 77(3), s. 404–449.

⁵ O istniejących we współczesnych porządkach prawny modyfikacjach doktryny Iheringa szerzej w punkcie poniżej: *Culpa in contrahendo jako zwyczaj międzynarodowy*.

Można zadać pytanie, czy znaczenie proponowanej analizy nie będzie ograniczać się do wąskiego spektrum relacji międzypaństwowych. Należy podkreślić jednakże, że odpowiedź na pytanie, czy w prawie międzynarodowym istnieje odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo*, będzie istotna nie tylko w odniesieniu do relacji pomiędzy tradycyjnie postrzeganymi podmiotami prawa międzynarodowego – tj. państwami⁶, ale z uwagi na coraz częstszy i szerszy udział tzw. NSAs⁷ (*non-state actors*) w prawie międzynarodowym publicznym – także do relacji tych podmiotów i państw.

W kontekście NSAs, omawiana problematyka istnienia *culpa in contrahendo* w prawie międzynarodowym będzie mieć istotne znaczenie w kontekście rozwoju bi- i multilateralnych traktatów inwestycyjnych⁸. W traktatach tych zwykle zawarte są klauzule arbitrażowe, które pozwalają podmiotom prywatnym na bezpośrednie dochodzenie przed sądami arbitrażowymi roszczeń od państw⁹. Co interesujące, nierzadko sądy arbitrażowe mają, stosownie do postanowień traktatów inwestycyjnych, obowiązek opierania swoich wyroków na normach prawa międzynarodowego publicznego. Tym samym ustalenie istnienia i zakresu odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo* posłuży do oceny, czy NSAs w przypadku sporów arbitrażowych z państwami mogą powoływać się na dopuszczenie się przez państwo niełojalnego zachowania negocjacyjnego. Pozwoli to ocenić pozycję kontraktową podmiotów prywatnych (szczególnie spółek handlowych) w ich stosunkach prawnych z państwami. Przykładowo możliwa będzie ocena, czy spółce, która negocjowała z danym państwem zawarcie kontraktu zbrojeniowego, przysługują roszczenia na gruncie traktatów inwestycyjnych oraz prawa międzynarodowego jako alternatywa do roszczeń cywilnych na gruncie prawa krajowego¹⁰. Ten aspekt, poza samą analizą prawa międzynarodowego w zakresie odpowiedzialności

⁶ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo publiczne międzynarodowe*, Warszawa 2005, s. 110.

⁷ J.E. Nijman, *Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the "Realist Theory" of International Legal Personality*, [w:] M. Noorthamn (red.), *Non-State Actors in International Law, Politics and Governance Series*, s. 2–40; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 190.

⁸ R. Dolzer, C. Schreurer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2012, s. 288.

⁹ Np. art. 6 Umowy między Rządem RP a Rządem Królestwa Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji wraz z Protokołem, Dz.U. 1994 Nr 57, poz. 235.

¹⁰ Naturalnie spółka omawiana w przykładzie może niewątpliwie dochodzić swoich roszczeń w postępowaniu cywilnym przed sądami danego państwa, lecz z jej punktu widzenia może być korzystniejsze wniesienie sprawy przed sąd arbitrażowy, a to z uwagi na większą szybkość postępowania i gwarancję bezstronności arbitrów międzynarodowych. Ponadto, odnosząc się już szczególnie do *culpa in contrahendo*, większość porządków prawnych narodowych ogranicza obowiązek odszkodowawczy podmiotu odpowiedzialnego z tego tytułu do tzw. *negatywnego interesu umownego* (np. w polskim prawie w art. 72 k.c.) Odpowiedzi wymaga, czy w prawie międzynarodowym publiczny funkcjonuje podobne ograniczenie.

przedkontraktowej, będzie stanowił przedmiot szczególnego zainteresowania niniejszego opracowania.

Kwestią na równi istotną będzie ocena tego, czy tendencje rozwojowe prawa europejskiego nie sprawiają, że z procesowego punktu widzenia nie będzie możliwości dochodzenia odszkodowania z tytułu *culpa in contrahendo* na podstawie prawa międzynarodowego, nawet jeżeli prawo to taką odpowiedzialność odszkodowawczą przewiduje. Autor odnosi się oczywiście do wyroku wydanego w sprawie Achmea¹¹, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej postawił pod wielkim znakiem zapytania możliwość wykonania wyroków sądów arbitrażowych wydanych na podstawie bilateralnych i multilateralnych umów inwestycyjnych. Stąd też w ramach niniejszego opracowania konieczne stanie się odniesienie do skutków prawnych oraz procesowych komentowanego orzeczenia oraz wskazanie ewentualnych uwarunkowań dla praktyki sporów inwestycyjnych na linii Państwo–NSA.

Metody badawcze

Nie ulega wątpliwości, że odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu *culpa in contrahendo* w rozumieniu cywilistycznym i prawnoprywatnym jest sankcją za naruszenie obowiązku działania w dobrej wierze. Uzasadnione byłoby stwierdzenie, że jeżeli w prawie międzynarodowym miałyby istnieć odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo*, musiałyby również istnieć analogiczny obowiązek negocjowania lojalnego (innymi słowy negocjowania w dobrej wierze). Należy zatem zbadać, czy obowiązek działania w dobrej wierze istotnie istnieje oraz, czy jego zakres obejmuje także działania negocjacyjne.

Jeżeli chodzi o metodę przeprowadzenia badań, to punktem wyjścia dla analizy instytucji *culpa in contrahendo* w prawie międzynarodowym będą naturalnie źródła tego prawa. W doktrynie prawa międzynarodowego¹² oraz w orzecznictwie sądów międzynarodowych przyjmuje się, że katalog źródeł prawa, jakkolwiek niewyczerpujący, zawarty jest w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału¹³.

¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w sprawie o sygn. akt C-284/16, Republika Słowacka przeciwko Achmea BV, 2018 E.C.R. 158 [dalej jako: sprawa Achmea].

¹² A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, Berlin 1984, s. 321–412; R. Jennings, A. Watts (red.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, Oxford 2008, s. 24; R.S. Pathak, *The General Theory of the Sources of Contemporary International Law*, „Indian Journal of International Law” 1979, s. 484.

¹³ Art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych – Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90).

Stosownie do tego przepisu wiążącymi źródłami prawa są: traktaty, zwyczaj międzynarodowy (tj. powszechna praktyka, przyjęta jako prawo) oraz zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane. Pomocniczym źródłem poznania prawa są, stosownie do art. 38 punkt d) Statutu, wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów.

Z uwagi na powyższe konieczne będzie dokonanie analizy istnienia obowiązku lojalności i dobrej wiary w fazie negocjacyjnej na gruncie najważniejszych z powyższych źródeł. W pierwszej kolejności zostaną przeanalizowane źródła prawa w postaci prawa traktatowego, następnie prawo zwyczajowe. Źródła prawa, jakimi są wypowiedzi doktryny oraz orzeczenia sądów, będą przywoływane pomocniczo w przypadku każdego ze źródeł prawa oraz zbiorczo w końcowej fazie analizy celem przedstawienia istotnych tendencji orzeczniczych.

Jeżeli powyższa analiza wykaże istnienie obowiązku negocjowania w dobrej wierze, wówczas jego naruszenie skutkować będzie odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa, zgodnie z ILS Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts¹⁴, które jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie międzynarodowym i doktrynie¹⁵ stanowią refleks zwyczajowego prawa międzynarodowego (a zatem są dla państw wiążącą podstawą prawną odpowiedzialności). W takim wypadku możliwe będzie stwierdzenie, że w prawie międzynarodowym istotnie istnieje odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* (nawet jeśli nie jest tak nazywana wprost). Taki wniosek pozwoli z kolei stwierdzić, czy odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* może być dla NSAs w prawie międzynarodowym skutecznym instrumentem do dochodzenia odszkodowania za niełojalne zachowania państw w fazie przedkontraktowej.

W razie ustalenia, że prawo międzynarodowe istotnie przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą, analizie zostanie poddane orzeczenie w sprawie Achmea oraz to, czy wyklucza ono w pełni możliwość korzystania z prawnomiędzynarodowego wariantu odpowiedzialności *culpa in contrahendo*. W odpowiedzi na to pytanie pomocna będzie oczywiście analiza tekstowa samego orzeczenia, ale także ocena wypowiedzi przedstawicieli piśmiennictwa oraz reakcji sądów arbitrażowych oraz ich stron na wydane orzeczenie.

¹⁴ International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego UN (56/83 z dnia 12 grudnia 2001), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (dostęp: 15.02.2018).

¹⁵ Wyrok MTS z 18 grudnia 2018, w sprawie Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia); J.R. Crawford, *State Responsibility*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL] (dostęp: 15.02.2018); Wyrok ICSID w sprawie ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of 2 October 2006, par. 484–499.

Culpa in contrahendo w prawie traktatowym

Odnosząc się do prawa traktatów, trzeba podkreślić, że istnieje wiele umów międzynarodowych, które pośrednio lub bezpośrednio odwołują się do zasady dobrej wiary oraz do obowiązku działania zgodnie z tą zasadą. Najczęściej zasada dobrej wiary wymieniana jest w traktatach bez dookreślenia zakresu jej zastosowania, bardziej jako klauzula generalna oraz interpretacyjna. Przykładowo Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r.¹⁶ wskazuje w art. 31 na obowiązek interpretacji traktatów w dobrej wierze oraz w art. 18 na obowiązek powstrzymania się od działań zmierzających do zaprzeczenia celom zawieranych traktatów¹⁷. Co ciekawe, szczególnie z punktu widzenia odpowiedzialności przedkontraktowej, ten ostatni obowiązek ciąży na stronach, które dany traktat podpisały, lecz dotąd go nie ratyfikowały (a zatem podobnie jak w przypadku *culpa in contrahendo*, strony nie są jeszcze objęte żadnym stosunkiem umownym)¹⁸. Na gruncie omawianego przepisu, szczególnie właśnie w kontekście arbitrażu handlowego oraz ochrony inwestorów na gruncie umów BIT, ISCID podkreślał wagę stosowania zasady dobrej wiary, w celu efektywnej realizacji ochrony inwestorów¹⁹.

Kolejnymi aktami prawnymi, które nakazują działanie w dobrej wierze, są Karta ekonomicznych praw i obowiązków państw podpisane w Nowym Jorku 14 grudnia 1974 r.²⁰ oraz Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r.²¹, która w art. 7 wskazuje na potrzebę poszanowania dobrej wiary w handlu międzynarodowym.

Ostatnia z regulacji jest szczególnie istotna, jako że reguluje ściśle kwestie zawierania kontraktów przez podmioty międzynarodowe, a przy tym pozostaje w kontekście *culpa in contrahendo* jednocześnie dość dwuznaczna. Z jednej strony

¹⁶ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

¹⁷ U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 2007, s. 45; O. Dörr, komentarz do art. 31, [w:] O. Dörr, K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Heidelberg 2012, s. 521–571.

¹⁸ O. Dörr, komentarz do art. 18, [w:] O. Dörr, K. Schmalenbach, op. cit., s. 219–238.

¹⁹ C. Schreuer, *Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration*, [w:] M. Fitzmaurice, P. Okowa (red.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden 2010, s. 129–136.

²⁰ Deklaracja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 1 maja 1974, nr A/RES/S-6/3201.

²¹ Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286.

nakazuje bowiem poszanowanie dobrej wiary w handlu międzynarodowym, a zatem, jak należy domniemywać *lege non distinguente*, również w fazie negocjacyjnej – takie też jest stanowisko części przedstawicieli piśmiennictwa²². Z drugiej strony nie sposób nie zauważyć, że w konwencji brak jest regulacji dotyczącej odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo*. Odwołując się do wykładni autorskiej, należy wskazać, że przyczyną tego stanu rzeczy było to, że autorzy konwencji nie byli w stanie porozumieć się co do konieczności zawarcia tego rodzaju podstawy odpowiedzialności w konwencji, a tym mniej jej konkretnego kształtu (wynikało to, jak należy przyjąć, z rozbieżnych tradycji prawnych, z których wywodzili się twórcy Konwencji)²³. W piśmiennictwie późniejszym jednakże wskazywało się raczej, że zachowania w fazie przedkontraktowej mogą w zależności od przypadku być albo deliktami albo też naruszeniem obowiązków kontraktowych wynikających z samej Konwencji²⁴. Niemniej jednak wydaje się kwestią bezsporną, że Konwencja Wiedeńska z całą pewnością nie wyklucza odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo*, nawet jeżeli reguluje ją jedynie w sposób ogólny poprzez zobowiązanie stron do negocjowania w dobrej wierze. Dowodzi to w każdym razie przynajmniej tego, że szczególnie w prawie międzynarodowym dotyczącym prawa kontraktów, biorąc pod uwagę szeroki zakres obowiązywania konwencji²⁵, nie sposób odmówić, że działanie w dobrej wierze jest jednym z podstawowych obowiązków stron umowy w międzynarodowym prawie pochodzenia kontraktowego²⁶.

Warto nadto zwrócić uwagę, że kwestia obowiązku zachowania dobrej wiary w prawie międzynarodowym jest szczególnie akcentowana właśnie w przypadku szeroko rozumianego handlu międzynarodowego (przykładowo przez Światową Organizację Handlu)²⁷. Tym samym można zaryzykować stwierdzenie, że nawet

²² J.M. Bonell, *Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1990, s. 693 i 700; J. Napierała, *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 1998, s. 42–44.

²³ H. Kritzer, *Pre-Contract Formation*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer1.html> (dostęp: 12.03.2019).

²⁴ M. Pazdan (red.), *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, Kraków 2001, s. 184–185, 235, 250, 256, 264 i 294; W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego*, t. 9, Warszawa 2013, s. 345.

²⁵ 89 państw dokonało jej ratyfikacji, a 19 pozostaje jej sygnatariuszami, por. dane publikowane na stronie ONZ – https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en (dostęp: 15.02.2018).

²⁶ Wniosek ten jedynie potwierdza to, że odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* przewidują akty prawa *soft law* – por. W. Popiołek (red.), op. cit., s. 339.

²⁷ M. Kotzur, *Good faith*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]* (dostęp: 15.02.2018); M. Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford 2006.

jeśli obowiązek działania w dobrej wierze nie istnieje w tym samym zakresie we wszystkich działach prawa międzynarodowego, można z powyższych rozważań wywodzić istnienie takiego szeroko zakrojonego obowiązku w kontekście prawa międzynarodowego handlowego.

Finalizując rozważania dotyczące prawa traktatowego, warto zwrócić uwagę w kontekście traktatów inwestycyjnych, które są szczególnie istotne z punktu przedmiotu niniejszego opracowania, że traktatowy obowiązek działania w dobrej wierze może wynikać i często wynika z bilateralnych traktatów inwestycyjnych. Przykładowo we wspomnianym wyżej traktacie inwestycyjnym między Holandią a Polską w art. 3 przewidziane zostało, że każde z Państw zapewni uczciwe i sprawiedliwe (*fair and equitable treatment*) traktowanie inwestycji. Jakkolwiek w orzecznictwie znajduje się przykłady twierdzeń²⁸, jakoby obowiązek uczciwego i sprawiedliwego traktowania był nieistotny z punktu widzenia ustalenia istnienia obowiązku negocjowania w dobrej wierze, w przeważającej części, wskazuje się, że obowiązek uczciwego i sprawiedliwego traktowania jest refleksem zasady obowiązku działania w dobrej wierze, który stanowi przykład międzynarodowego prawa zwyczajowego i przez pryzmat tego obowiązku musi być interpretowany. Innymi słowy, usankcjonowany w traktacie obowiązek działania uczciwie i sprawiedliwie daje podstawę traktatową i precyzuje obowiązek działania w dobrej wierze – w tym w fazie przedkontraktowej²⁹. Stosownie do orzecznictwa sądów arbitrażowych naruszenie obowiązku do sprawiedliwego i uczciwego traktowania, a zarazem zasady dobrej wiary rodzi obowiązki odszkodowawcze ze strony Państwa, które tę zasadę naruszyło³⁰.

Culpa in contrahendo jako zwyczaj międzynarodowy

Przystępując do lektury orzeczeń sądów i trybunałów międzynarodowych, w których odwołują się one do zasady dobrej wiary (w tym do zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań), wielokrotnie można napotkać na stwierdzenia, że zasada ta znajduje oparcie w zwyczaju międzynarodowym. Przykładowo, jak wskazał Sąd

²⁸ Wyrok ICSID w sprawie ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

²⁹ Wyrok ICSID w sprawie S.D. Myers, Inc.v. Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134, p. 29; Wyrok ICSID w sprawie Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, p. 153.

³⁰ Wyrok ICSID w sprawie Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. and Conocophillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Merits, 19 February 2015.

Arbitrażowy w sprawie *George Siag & Clorinda Vecchi v. Egypt*: „Numerous arbitral tribunals have held that, in international investment arbitration, the host State’s duty to respect the investor’s legitimate expectations arises from its more general duty to act in good faith towards foreigners. The general, if not cardinal, principle of customary international law that States must act in good faith is thus a useful yardstick by which to measure the Fair and Equitable standard. While its precise ambit is not easily articulated, a number of categories of frequent application may be observed from past cases. These include such notions as transparency, protection of legitimate expectations, due process, freedom from discrimination and freedom from coercion and harassment”³¹. Podobnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości w 2007 r. podkreślił, że zasada dobrej wiary jest częścią zwyczajowego prawa międzynarodowego, powołując się w tym zakresie na orzecznictwo Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej oraz MTS-u.

Jeżeli jednakże czytelnik takich wyroków spodziewałby się, że odwołujący się do zasady dobrej wiary sąd wskaże na relewantną praktykę państw w tym zakresie oraz na istnienie przekonania, że praktyka odpowiada prawu (czyli objęta jest *opinio juris*) czekałby go srogi zawód. Praktyka sądów w zakresie zasady dobrej wiary polega zwykle albo na odwołaniu się do niej jako przejawu prawa zwyczajowego, albo na niezaprzeczeniu takiego jej charakteru.

W każdym razie wydaje się, że sama zasada dobrej wiary nie ma charakteru prawa zwyczajowego, gdyż z łatwością można by wskazać liczne odstępstwa państw od działania lojalnego i w dobrej wierze (ewentualnie można wskazywać na przykłady takiej praktyki w niektórych sferach prawa³²). Tym mniej można by wywodzić, że kiedy państwa działają już lojalnie, to robią to z przekonania, że działają zgodnie z prawem, nie zaś z wyrachowania lub politycznej kalkulacji. Tym samym za co najmniej ryzykowną należałoby uznać kwalifikację zasady dobrej wiary, jako prawa międzynarodowego zwyczajowego, szczególnie dlatego, że istnieje źródło prawa międzynarodowego, w którego ramy zasada dobrej wiary wpisuje się znacznie lepiej (tj. ogólna zasada prawa, uznana przez państwa cywilizowane).

Należy nadto wskazać, że Trybunały mogą dojść do przekonania, że co prawda zasada dobrej wiary i zarazem zasada lojalności przedkontraktowej nie obowiązują w całym spektrum prawa międzynarodowego, to jednak w pewnych jego działach można taką zasadę odnaleźć. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku sprawy

³¹ Wyrok ICSID w sprawie *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, p. 683 i n.

³² Wyrok MTS w sprawie *North Sea Continental Shelfcases*, I.C.J. Reports 1969, pp. 46–47, para. 85.

przed MTS³³, gdzie Trybunał, odnosząc się do praktyki delimitacji granic morskich, uznał, że „the parties are not only under a duty to negotiate but also ‘to do so in good faith’, with a genuine intention to achieve a positive result” (para. 87). W sprawach dotyczących naruszenia zasady dobrej wiary w sporach arbitrażowych istnieją podstawy, aby twierdzić, że sądy doszły do właśnie takiego przekonania (choćby biorąc pod uwagę ekstensywne orzecznictwo WTO w przedmiocie dobrej wiary w międzynarodowym prawie handlowym).

Analiza orzecznictwa Międzynarodowego w sprawie *culpa in contrahendo*

W kontekście zerwania negocjacji nie istnieje co prawda obszerne orzecznictwo, lecz z istniejących wyroków należy wywnioskować, że sądy przyjmują możliwość związania odpowiedzialności państwa z tytułu nielojalnych zachowań. W tym kontekście należy również wskazać, jak kształtuje się w orzeczeniach sądów arbitrażowych w takich sprawach obowiązki dowodowe oraz ewentualnie określanie odszkodowanie dla poszkodowanych z tytułu *culpa in contrahendo* po stronie państw. Poniżej zostanie krótko przedstawiony wybór najważniejszych orzeczeń celem zobrazowania istniejącej w związku z tymi zagadnieniami praktyki orzeczniczej.

Przykładowo, w sprawie *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, sąd wskazał na możliwość naruszenia dobrej wiary – a konkretnie klauzuli FET (tj. *fair and equitable treatment*) poprzez nielojalne zachowanie negocjującego Państwa – innymi słowy przyjął istnienie konstrukcji *culpa in contrahendo* w prawie międzynarodowym³⁴.

W kolejnej sprawie tj. *PSEG v. Turcja*³⁵ Sąd uznał, że nawet w przypadku braku umowy, na podstawie BIT i klauzuli FET (a zatem także zasady dobrej wiary), inwestor może spodziewać się, że negocjacje będą prowadzone w godny zaufania i profesjonalny sposób. Trybunał wskazał, że nieprofesjonalne oraz niezgodne z klauzulą FET będzie zachowanie „polegające na nieujawnieniu niezwłocznie informacji o dostrzeżonej przez Państwo potrzebie zakończenia negocjacji, przez co inwestor pozostaje w błędnym przekonaniu, że negocjacje dojdą do skutku”

³³ Wyrok MTS w sprawie *Gulf of Maine (Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area [Canada/United States of America]*, 1984, ICJ Rep 246) p. 87.

³⁴ Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, par. 341.

³⁵ Wyrok ICSID w sprawie *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, 19 January 2007, p. 246.

(jest to podobna koncepcja do reprezentowanej w większości porządków narodowych, opisanych wyżej).

Z kolei w wyroku Tecmed (często powoływanej podstawie, w przypadku zerwanych negocjacji oraz wymogów działania Państw względem inwestorów w dobrej wierze – choć w przypadku tym nie miało miejsca zerwanie negocjacji) wskazane zostało, że inwestor, w świetle obowiązującej w prawie międzynarodowym zasady dobrej wiary ma prawo spodziewać się, że Państwo będzie działać w sposób konsekwentny, tzn. będzie działało w sposób przewidywalny (przykładowo będzie realizować wydane przez siebie decyzje, orzeczenia i innego rodzaju akty)³⁶. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że w sprawie Tecmed istotą wywodzenia obowiązku państwa do działania w dobrej wierze było istnienie wiążącego to państwo aktu. W przypadku negocjacji nie istnieje jednakże ani żaden akt, ani wiążąca obietnica, co sprawia, że *legitimate expectations*, na które mógłby powołać się poszkodowany z tytułu nielojalnego negocjowania przez państwo, są w sposób istotny niesprecyzowane. Z tego względu państwo, które miałyby w procesie arbitrażowym bronić się przed zarzutami odszkodowawczymi z tytułu *culpa in contrahendo* mogłyby się na tę okoliczność powołać. Co więcej, należy podkreślić, że zasada ochrony oczekiwań nie może sprawiać, że Państwo jest zobowiązane do zawarcia umowy przed jej zawarciem – prowadziłyby to bowiem to absurdalnych rezultatów.

Jak się wydaje, najdalej idącym wyrazem wymiaru ochrony, jaki zagwarantowany jest podmiotom inwestorskim przy zastosowaniu zasady FET był częściowy wyrok wydany w sprawie Eureko v. Polska³⁷. W sprawie tej holenderski przedsiębiorca Eureko nabył 20% akcji PZU S.A. wraz z zawartą w umowie obietnicą dokonania dalszej sprzedaży publicznej akcji, co miało pozwolić Eureko uzyskanie pakietu kontrolnego w PZU S.A. Strony umówiły się zgodnie, że będą dążyć do przeprowadzenia prywatyzacji PZU oraz sprzedaży akcji, chyba że warunki rynkowe okazałyby się niekorzystne dla sprawcy. Innymi słowy strony zawarły umowę, którą należałoby zakwalifikować jako umowę nienazwaną plasującą się gdzieś pomiędzy porozumieniem w sprawie negocjacji a umową przedwstępną. Zanim oferta publicznej sprzedaży jednak doszła do skutku, mocą decyzji politycznej zmieniono strategię prywatyzacji, wskutek czego do sprzedaży pakietu akcji nigdy nie doszło.

³⁶ Wyrok ICSID w sprawie Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, No. ARB (AF)/00/2, p. 154; podobnie: I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 5, Oxford 1989, p. 19; Wyrok ICSID w sprawie case S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134 ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, p. 29.

³⁷ Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Eureko BV v. Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, IIC 98 (2005), z dnia 19 sierpnia 2005; R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge 2011, s. 180.

Trybunał Arbitrażowy, który sprawę tę rozstrzygał, uznał, że doszło do ze strony Polski naruszenia klauzuli FET oraz zasady *legitimate expectations* po stronie Eureko. Na gruncie tego orzeczenia, w którym nie rozstrzygnięto konkretnej kwoty odszkodowania, rząd Polski zawarł z Eureko ugodę opiewającą na 9 mld złotych³⁸.

Jakkolwiek wyroki wymienione wyżej stanowią pewną dominującą linię orzeczniczą, nie oznacza to, że nie istnieją również wyroki dążące w innym kierunku. Przykładowo w wyroku R. Azininan i in. v. Republic of Mexico Trybunał zajmujący się sprawą zajął relatywnie odmienne stanowisko od zaprezentowanych powyżej, przypominając bowiem, że nie wolno interpretować klauzul z traktatów inwestycyjnych jako podstawy prawnej ochrony przed wszelkimi zawodami lub trudnościami, które mogą zaistnieć ze strony Państwa³⁹. W opinii sądu zatem prawo międzynarodowe nie gwarantuje ochrony analogicznej do ochrony krajowej z tytułu *culpa in contrahendo*. Z kolei w wyroku w sprawie Wintershall, A.G. et al v. Government of Qatar⁴⁰ *expressis verbis* podano w wątpliwość istnienie obowiązku negocjowania w dobrej wierze. Choć należy uznać wyżej wymienione orzeczenia za głos mniejszościowy w sprawie, z pewnością może zostać powołany w ewentualnym postępowaniu przez państwo broniące się przed odpowiedzialnością z tytułu *culpa in contrahendo*.

Procesowe aspekty dochodzenia roszczeń z tytułu *culpa in contrahendo* w ramach umów BIT – wpływ wyroku w sprawie Achmea

Niezależnie od wyższości, jaką można przypisywać postępowaniom arbitrażowym w stosunku do krajowych, należy zadać sobie pytanie, czy inwestorom opłaca się z nich korzystać, przynajmniej w zakresie sporów opartych na umowach BIT zawartych między członkami Unii Europejskiej (tzw. intra-EU BITs). Wydanie przez TSUE wyroku w sprawie Achmea oraz przyjęte przez Trybunał rozumowanie w sposób istotny ogranicza zasadność wyboru drogi arbitrażowej, jednocześnie pozbawiając inwestorów zagranicznych wszystkich związanych z nią zalet.

³⁸ Ibidem, s. 181.

³⁹ Wyrok ICSID, Robert Azininan, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2), Award of November 1, 1999, p. 83.

⁴⁰ Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Wintershall, A.G. et al v. Government of Qatar 28 I.L.M. 795-814,15 (1989), p. 180.

Nie siląc się na dokładne przedstawienie wyroku w sprawie Achmea, należy jednak pokrótce zarysować stan faktyczny, na gruncie którego orzeczenie to zapadło wraz z rozumowaniem Trybunału. Spór ten powstał na kanwie następującego stanu faktycznego. Achmea była holenderską spółką, która poczyniła istotne inwestycje w prywatyzowanym w roku 2004 sektorze ubezpieczeń społecznych. W 2006 r. na Słowacji doszło do zmian legislacyjnych, które miały na celu deprywatyzację sektora ubezpieczeniowego, a których bezpośrednim skutkiem było znaczące ograniczenie możliwości generowania zysku przez inwestycje spółki Achmea. W związku z tym, Achmea na podstawie umowy BIT zawartej pomiędzy Słowacją a Holandią poddała sprawę pod arbitraż. Mocą wyroku sądu arbitrażowego z 2012 r. zasądzona została na rzecz skarżącej spółki kwota 22,1 mln EUR tytułem odszkodowania⁴¹. Wyrok ten zakwestionowała na etapie wykonania Republika Słowacka, podnosząc, że narusza on przepisy TFUE. Chcąc rozstrzygnąć tę kwestię, Niemiecki Bundegerichtshof zwrócił się do TSUE z zapytaniem prejudycjalnym co do możliwości wykonania wyroku arbitrażowego wydanego w sprawie Achmea w świetle przepisów TFUE (a dokładniej art. 344 i 267)⁴².

W relatywnie krótkim wyroku TSUE odpowiedział na pytanie niemieckiego Sądu w następujący sposób. W pierwszej kolejności przypomniał o prymacie prawa Unii Europejskiej, która to zasada wymaga od Państw Członkowskich jednolitego stosowania prawa unijnego. Następnie Trybunał uznał, że w sprawie takiej jak Achmea v. Słowacja powołany sąd arbitrażowy dokonywał, a przynajmniej mógł *de facto* dokonywać oceny prawa unijnego (jako że wolność i równość świadczenia usług jest elementem tego prawa). Jednocześnie sąd taki nie jest, jak wskazał Trybunał, sądu Państwa lub Państw Członkowskich, a zatem na mocy art. 267 TFUE nie może on stosować ani interpretować prawa unijnego. TSUE zwrócił także uwagę na to, że kontrola odwoławcza wyroków sądów arbitrażowych jest bardzo ograniczona. Biorąc to wszystko uwagę, Trybunał doszedł do wniosku, że uznawanie wyroków sądów arbitrażowych powołanych na gruncie umów BIT jest nie do pogodzenia z zasadą prymatu prawa Unii i zagraża jej integralności. Z tego też powodu TSUE, że Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować tak, że nie pozwala on na uznawanie i wykonywanie wyroków wydawanych przez sądy arbitrażowe powoływane w oparciu o bi- i multilateralne umowy o ochronie inwestycji.

Jak można się było spodziewać, po takim *dictum* Sądu w Luksemburgu w orzecznictwie oraz piśmiennictwie w tej dziedzinie powstał istotny ferment intelektualny

⁴¹ Wyrok w sprawie Achmea v. Slovak Republic, case No. 2008-13, 7 grudnia 2012, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.

⁴² Por. postanowienie BGH z dnia 3 marca 2016 r., EuZW 2016, p. 512.

i liczne wątpliwości co do tego, co dokładnie oznacza wydany wyrok dla przyszłości sądownictwa arbitrażowego. Dość szybko zajęła w tej sprawie stanowisko Komisja Europejska, która podkreśliła, że na sądach krajowych ciąży obowiązek respektowania ww. orzeczenia, a w konsekwencji niewykonywania orzeczeń sądów arbitrażowych⁴³. Jednocześnie Komisja wskazała, że znaczenie wyroku w sprawie Achmea ogranicza się jedynie do wyroków sądów arbitrażowych, powołanych na podstawie intra-EU BITs⁴⁴. Tym niemniej można w tym zakresie wyrazić pewne wątpliwości, czy tak jest w istocie, skoro mogą istnieć umowy BIT między krajami Członkowskimi UE oraz krajami państw trzecich, które będą odwoływać się do prawa państwa Unii, jako prawa właściwego. Wówczas należy domniemywać, że wyroki wydawane w ich oparciu będą z tych samych względów co w przypadku intra-EU BITs niedopuszczalne, a przynajmniej nienadające się do wykonania⁴⁵. Kwestie te pozostają – i pozostaną do następnego orzeczenia TSUE – nierozwiązane.

Aby uzupełnić obraz skutków wywołanych orzeczeniem w sprawie Achmea, podkreślić należy, że jest ono, mówiąc wprost, bojkotowane przez sądy arbitrażowe. W sprawach Masdar Solar przeciwko Hiszpanii⁴⁶, Gavrilovic przeciwko Chorwacji⁴⁷ oraz szczególnie w sprawie Vattenfall przeciwko Niemcom⁴⁸, trybunały, jakkolwiek argumentując na różne sposoby, odmówiły dostosowania do wyroku Achmea. Przykładowo trybunał w sprawie Vattenfall wskazał, że sprawa tocząca się przed nim nie dotyczy intra-EU Bits, a nadto, co szczególnie ciekawe, że wyrok Achmea byłby dla niego istotny (wiązący), tylko gdy z umowy BIT wynikałaby konieczność stosowania prawa europejskiego. W braku takiego odesłania do prawa europejskiego jego stosowanie byłoby bezpodstawne, jako że prawo europejskie nie stanowi norm hierarchicznie wyższych, aniżeli prawo międzynarodowe, które rządzi przecież umowami BIT⁴⁹.

Powyższe wskazuje bez cienia wątpliwości, że na linii Sądy arbitrażowe–TSUE doszło do silnego konfliktu na tle jurysdykcyjnym. Niestety dla przyszłości sądownictwa arbitrażowego w konflikcie tym Sądy arbitrażowe pozostają na z góry prze-

⁴³ Communication COM(2018) 547 final of 19 July 2018 from the Commission on the protection of intra-EU investment.

⁴⁴ Q. Decleve, *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*, „European Papers” 2019, 4(1).

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Wyrok w sprawie Masdar Solar v. Hiszpania, 16 maja 2018 r., ICSID Case No. ARB/12/12.

⁴⁷ Wyrok w sprawie Gavrilovic v. Chorwacja, 26 lipca 2018 r., ICSID Case No. ARB/12/39.

⁴⁸ Wyrok w sprawie Vattenfall v. Niemcy, 31 sierpnia 2018 r., ICSID Case No. ARB/12/12.

⁴⁹ Ibidem.

granej pozycji. Niezależnie bowiem od ekwilibrystyki prawniczej, jaką mogą zastosować sądy arbitrażowe, sądy krajowe w praktyce są związane wyrokiem w sprawie *Achmea*⁵⁰. Chociaż formalnie takiej normy nie ma w traktatach unijnych, to jednak TSUE wyprowadza tę zasadę z art. 267 TFUE, a nadto jej przestrzeganie jest zapewnione, ponieważ Sądy, od których wyroków nie przysługuje środek zaskarżenia, są na mocy traktatów zobowiązane do zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym w wypadku wymagającym wykładni prawa unijnego (art. 267 ust. 3 TFUE).

Mając to na uwadze, nie należy spodziewać się, że sąd krajowy w którymkolwiek z Państw Członkowskich Unii Europejskiej zadecyduje o uznaniu wyroku arbitrażowego wydanego na podstawie intra-EU BIT. Oznacza to, że przyjmując wyższość ochrony praw inwestorów w prawie międzynarodowym, w tym także w zakresie *culpa in contrahendo*, traci ona niestety na znaczeniu, mając na uwadze, jakie ryzyko wiąże się z wybraniem ścieżki postępowania arbitrażowego⁵¹. Dość powiedzieć, że na skutek wyroku w sprawie *Achmea*, przykładowo z postępowania arbitrażowego wycofała się francuska spółka Airbus, pozostająca w sporze z Polską w sprawie zerwania przez tę ostatnią negocjacji w sprawie sprzedaży helikopterów *Caracalla*⁵². Spółka Airbus ma zamiar dochodzić naruszonych praw przed sądami polskimi, ze wszystkimi związanymi z tym ograniczeniami – tak materialnoprawnymi, jak i procesowym.

Jak widać, wyrok w sprawie ma i prawdopodobnie będzie miał efekt mrozący na rozwój sądownictwa arbitrażowego w kontekście sporów prawnych w obrębie Unii Europejskiej. Z jednej strony z pewnością będzie miało to pozytywny efekt w postaci zwiększenia pewności rozstrzygnięć i wzmocnienia istotności prawa europejskiego. Z drugiej strony skutkiem będzie pozbawienie inwestorów pewnych przysługujących im na gruncie umów BIT praw. Dla inwestorów jest to z pewnością złą wiadomością – nie będą się oni mogli powoływać bowiem rozmaite udogodnienia wynikające dla nich z umów BIT, w tym na klauzulę FET lub tzw. *umbrella clauses*. Patrząc wszakże na tę kwestię systemowo i holistycznie, można zaryzykować twierdzenie, że nie jest to złe rozwiązanie. Umowy BIT to produkty innej epoki i odmiennych warunków prawnych, w których Wspólny Rynek nie był aż tak zaawansowany rozwinięty jak obecnie, a zatem konieczne było wyrównywanie szans inwestorów zagranicznych. Obecnie tego rodzaju mechanizmy prawne nie

⁵⁰ Wyrok Trybunału z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01, Gerhard Köbler przeciwko Austrii, Zb. Orz. 2003, s. I-10239, ECLI:EU:C:2003:513; N. Piótorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 471.

⁵¹ C. Glinski, *Achmea and its Implications for Investor Dispute Settlement*, „CEVIA Working Paper Series” 2018, 3(13), s. 4.

⁵² <https://www.prawo.pl/samorzad/airbus-wycofal-wezwwanie-do-arbitrazu-ws-caracali-ale-nie,234501.html> (dostęp: 12.03.2019).

są potrzebne, a nawet mogłyby przechylić szalę równowagi kontraktowej na rzecz inwestorów zagranicznych (przykładowo w kontekście *culpa in contrahendo* inwestor zagraniczny mógłby dochodzić roszczeń o szerszym zakresie na gruncie prawa międzynarodowego aniżeli jego krajowy odpowiednik na rodzimego prawa cywilnego).

Wnioski oraz uwagi na tle sporów inwestycyjnych

Jak zostało wyżej *in extenso* wykazane, można poszukiwać źródeł istnienia obowiązku prowadzenia lojalnych negocjacji oraz skorelowanego z tym obowiązku ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej we wszystkich rodzajach źródeł prawa, jednakże przede wszystkim w ogólnych zasadach prawa (takich jak zasada działania dobrej wiary czy zasada *estoppel*).

Oznacza to, że bezpodstawne zerwanie negocjacji lub prowadzenie ich w sposób niezmierny realnie do osiągnięcia przyjętego celu, stanowią niewątpliwie naruszenie zobowiązań międzynarodowych państwa, a w konsekwencji rodzą jego odpowiedzialność odszkodowawczą. Zasad ta obowiązuje zarówno między tradycyjnymi podmiotami prawa międzynarodowego publicznego, tj. państwami, jak i innymi podmiotami posiadającymi wg prawa zdolność prawną.

Poza powyższą interesującą kwestią teoretyczną z punktu widzenia prawa publicznego międzynarodowego sprawa ta ma również istotny wymiar praktyczny. Odnosząc się już konkretnie do spraw inwestycyjnych rozpatrywanych przed sądami arbitrażowymi, gdzie jedną ze stron będzie podmiot prywatny – inwestor, a drugą – państwo, pierwszy z wymienionych podmiotów będzie mógł powołać się naruszenie zasady dobrej wiary przez państwo pozostające w sporze. Jeżeli tylko klauzula arbitrażowa na to pozwoli, sąd zapewne przyzna w takim wypadku odszkodowania dla poszkodowanego podmiotu. Stanowi to dla podmiotów prywatnych alternatywną ścieżkę dochodzenia roszczeń, gwarantującą zwiększenie bezstronności oraz szybkości postępowania. Powyższe rozważania dowodzą, że tzw. *non-state actors* w prawie międzynarodowym dysponują szerszymi niż mogłoby się wydawać możliwościami dochodzenia swoich roszczeń od państw.

Wyżej wymienione stanowisko wymaga jednak aktualizacji w kontekście wyroku zapadłego w sprawie *Achmea* i w kontekście sporów inwestycyjnych na terenie Unii Europejskiej. Wyrok ten ma ten skutek, że na gruncie europejskim wyroki sądów arbitrażowych zostały *a priori* uznane za niezgodne z prawem unijnym i niezasługujące na uznanie przez sądy krajowe, tak długo jak dotyczą one, choćby pośrednio, prawa unijnego. Oznacza to, że jedyną drogą rozstrzygnięcia takich sporów jest ich skierowanie na drogę prawa cywilnego przed sądami

krajowymi. W konsekwencji doprowadzi to z jednej strony do pewnego ograniczenia uprawnień inwestorów, ale z drugiej do ograniczenia mnogości ośrodków orzeczniczych, wzmocnienia znaczenia prawa unijnego, jego pewności oraz ogólnie – wzmocnienia *rule of law*. Pozostaje jedynie poczekać, jak na zmiany te zareagują sami inwestorzy oraz czy Unia Europejska zdecyduje się zrekompensować im ograniczenia ich uprawnień, np. poprzez stworzenie odpowiednich regulacji prawnych w tym zakresie⁵³.

Bibliografia

- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo publiczne międzynarodowe*, Warszawa 2005.
- Bonell J.M., *Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1990.
- Brownlie I., *Principles of Public International Law*, wyd. 5, Oxford 1989.
- Crawford J.R., *State Responsibility*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]* (dostęp: 15.02.2018).
- Decleve Q., *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*, „European Papers” 2019, 4(1).
- Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford 2012.
- Dörr O., Schmalenbach K., *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg 2012.
- Fitzmaurice M., Okowa P. (red.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden 2010.
- Głinski C., *Achmea and its Implications for Investor Dispute Settlement*, „CEVIA Working Paper Series” 2018, 13(3).
- <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/legstd21&size=2&collection=journals&id=155> (dostęp: 15.02.2018).
- http://www3.oup.co.uk/iclqaj/hdb/Volume_52/Issue_04/pdf/520969.pdf (dostęp: 15.02.2018).
- Jennings R., Watts A. (red.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, Oxford 2008.
- Kessler F., *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, „Harvard Law Review” 1964, 77(3), s. 404–449.
- Kläger R., *Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge 2011.
- Kotzur M., *Good faith*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]* (dostęp: 15.02.2018).

⁵³ N. Lavranos, *After Achmea: The Need for an EU Investment Protection Regulation*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/17/achmea-need-eu-investment-protection-regulation/> (dostęp: 12.03.2019).

- Kritzer H., *Pre-Contract Formation*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer1.html> (dostęp: 12.03.2019).
- Lavranos N., *After Achmea: The Need for an EU Investment Protection Regulation*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/17/achmea-need-eu-investment-protection-regulation/> (dostęp: 12.03.2019).
- Linderfalk U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 2007.
- Napierała J., *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 1998.
- Nijman J.E., *Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the "Realist Theory" of International Legal Personality*, [w:] M. Noorthamnn (red.), *Non-State Actors in International Law*, Politics and Governance Series, s. 2–40.
- Panizzon M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford 2006.
- Pathak R.S., *The General Theory of the Sources of Contemporary International Law*, „Indian Journal of International Law” 1979.
- Pazdan M. (red.), *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, Kraków 2001.
- Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010.
- Popiołek W. (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe. System prawa handlowego*, t. 9, Warszawa 2013.
- Shaw M.N., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2011.
- Verdross A., Simma B., *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, Berlin 1984.

Akty prawa międzynarodowego

- Deklaracja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 1 maja 1974, nr A/RES/S-6/3201.
- International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego UN (56/83 z dnia 12 grudnia 2001), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (dostęp: 15.02.2018).
- Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.
- Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r., Dz.U. 1997 Nr 45, poz. 286.
- Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.
- Umowa między Rządem RP a Rządem Królestwa Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji wraz z Protokołem, Dz.U. 1994 Nr 57, poz. 235.

Orzecznictwo

Wyrok BGH z 7 grudnia 2000 r., VII ZR 360/98.

Wyrok BGH z dnia 22 lutego 1989, BGH NJW – RR – 1989, 627.

Wyrok Bundesgericht z 21 marca 2006, 4C.409/2005 E. 3.2, http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2005/Entscheide_4C_2005/4C.409__2005.html (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Bundesgericht z 13 maja 2008, 134 III 390 E. 4.3.2, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F134-III-390%3Ade&lang=de&type=show_document (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Bundesgericht z 29 kwietnia 2006, 4C.409/2005 E. 3.2, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/030429_4C_381-2002.html (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Bundesgericht z 29 października 2001 4C.152/2001; http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2001/Entscheide_4C_2001/4C.152__2001.html (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Bundesgericht z 6 lutego 1979, 4C.152/2001, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F105-II-75%3Ade (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Bundesgericht z 6 lutego 1979, 4C.152/2001, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F105-II-75%3Ade (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Cour de Cassation z 22 kwietnia 1997 r. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007333202> (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Cour de Cassation z 7 kwietnia 1998 r. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007373338> (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Cour de Cassation z 6 stycznia 1998 r., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007040247> (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Cour de Cassation z 22 kwietnia 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007333202> (dostęp: 15.02.2018).

Wyrok Cour de Cassation z 26 listopada 2003, Bull. civ. IV, n°186 164.

Wyrok ICSID w sprawie ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of 2 October 2006, par. 484–499.

Wyrok ICSID w sprawie LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1) Award of 25 July 2007 par. 31.

Wyrok ICSID w sprawie CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of 25 September 2007, par. 399–405.

Wyrok ICSID w sprawie Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Award of 6 February 2007 par. 349–355.

Wyrok ICSID w sprawie ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

Wyrok ICSID w sprawie S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134, p. 29.

- Wyrok ICSID w sprawie Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, p. 153.
- Wyrok ICSID w sprawie Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. and Conocophillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Merits, 19 February 2015.
- Wyrok ICSID w sprawie Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ARB/05/15, Award, 1 June 2009, p.683 i n.
- Wyrok ICSID w sprawie Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.
- Wyrok ICSID w sprawie Nova Scotia Power Incorporated (NSPI) v. Bolivarian Republic of Venezuela, Award on Jurisdiction, 22 April 2010 [Spanish].
- Wyrok ICSID w sprawie Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Award, 14 October 2016.
- Wyrok ICSID w sprawie PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, 19 January 2007, p. 246.
- Wyrok ICSID w sprawie Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, No. ARB (AF)/00/2, p. 154.
- Wyrok ICSID w sprawie case S.D. Myers, Inc.v. Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134 ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, p. 29.
- Wyrok ICSID w sprawie Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, 7 July 2011, p. 95.
- Wyrok ICSID w sprawie Metalclad v. United Mexican States, CASE No. ARB(AF)/97/1, p. 121.
- Wyrok ICSID w sprawie Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5), Award, September 23, 2003, para. 360.
- Wyrok ICSID, Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States (ICSID Case No.ARB(AF)/97/2), Award of November 1, 1999, p. 83.
- Wyrok Iran–United States Claims Tribunal Phelps Dodge Corp. v. Islamic Republic of Iran, Award No. 217-99-2, (19 March 1986), p. 27–28.
- Wyrok Izby Lordów z dnia 23 stycznia 1992 w sprawie Walford v. Miles, [1992] 2 AC 128.
- Wyrok Izby Lordów z 28 maja 1963 r. w sprawie Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1964] AC 465.
- Spender P., Zdanie Odrębne, w sprawie Preah Vihear, [Cambodia v. Thailand] 143–44; International Court of Justice [ICJ].
- Wyrok MTS w sprawie North Sea Continental Shelf, Germany v. Denmark, Judgment, merits, ICJ GL No 51, [1969] ICJ Rep 3, ICGJ 150 (ICJ 1969), 20th February 1969, International Court of Justice [ICJ] par. 30.

- Wyrok MTS z 18 listopada 2008, w sprawie Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia).
- Wyrok MTS w sprawie North Sea Continental Shelfcases, I.C.J. Reports 1969, pp. 46–47, para. 85.
- Wyrok MTS w sprawie Gulf of Maine (Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area [Canada/United States of America] [1984] ICJ Rep 246), p. 87
- Wyrok Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie Diversion of Water from the Meuse, Netherlands v. Belgium, Judgment, PCIJ Series A/B No 70, ICGJ 321 (PCIJ 1937), 28th June 1937, League of Nations (historical) [LoN].
- Wyrok STSM w sprawie Chorzow Factory (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A., No. 17 (1928) p. 125.
- Wyrok Stałego Trybunału Arbitrażowego w sprawie Luigiterzo Bosca v. Republic of Lithuania, PCA Case No. 2011-04, Award, 19 February 2016, p. 212.
- Wyrok Stałego Trybunał Arbitrażowy w sprawie Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador [I], PCA Case No. AA 277, Interim Award, 1 December 2008, p. 143
- Wyrok z dnia 25 stycznia 1995 w sprawie Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corporation Gazette 25-Jan-1995, [1995] 1 WLR 212, [1995] Ch 212.
- Wyrok z 20 marca 2000 r. w sprawie Easat Antennas Limited v. Racal Defence Electronics Limited.
- Wyrok w sprawie Mondeev International Ltd v. United States of America, p. 40, 116, October 11, 2002, www.naftalaw.org.
- Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Eureko BV v. Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, IIC 98 (2005), z dnia 19 sierpnia 2005.
- Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, Award, IIC 136 (2006), 26th January 2006, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).
- Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, par. 34.
- Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Wintershall, A.G. et al v. Government of Qatar 28 I.L.M. 795–814, 15 (1989), p. 180.
- Wyrok Trybunału *ad hoc* w sprawie Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al., 95 I.L.R.183, 207–10 (1993), sekcja IV.
- Wyrok Trybunału z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01, Gerhard Köbler przeciwko Austrii, Zb. Orz. 2003, s. I-10239, ECLI:EU:C:2003:513.