

Warszawa, 5 lipca 2017 r.

dr hab. Łukasz Gruszczyński, prof. INP PAN
Zakład Prawa Międzynarodowego
Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa

**Recenzja rozprawy doktorskiej „Transparentność arbitrażu inwestycyjnego”
przygotowanej przez mgr Dominika Horodyskiego**

1. Uwagi wprowadzające

Recenzowana praca doktorska zatytułowana „Transparentność arbitrażu inwestycyjnego” została przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Andrzeja Szumańskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że można mieć pewne zastrzeżenia co do tytułu pracy. Arbitraż inwestycyjny może bowiem wynikać z umowy międzynarodowej (dwustronnej lub wielostronnej), prawa wewnętrznego danego państwa, lub umowy inwestycyjnej (o charakterze prywatnoprawnym) pomiędzy inwestorem a państwem goszczącym. Doktorant zasadniczo zajmuje się tylko pierwszym typem arbitrażu (tzw. arbitraż traktatowy), również tylko tego typu dotyczy Regulamin Transparentności, będący centralnym punktem analizy zawartej w doktoracie (Rozdział III). W konsekwencji wydaje się, że lepszym tytułem pracy doktorskiej byłoby „Transparentność traktatowego arbitrażu inwestycyjnego” lub „Problem transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym”.

2. Struktura pracy oraz kwestie metodologiczne

Praca składa się z wprowadzenia, czterech rozdziałów oraz zakończenia. Praca zawiera również 7 aneksów. Obejmują one wywiady przeprowadzone przez doktoranta z trzema specjalistami z zakresu arbitrażu inwestycyjnego (Shane Spelliscym, Maria Szymańska oraz Ulrike Kohler), kwestionariusz przedstawiający opinie państw na temat transparentności w arbitrażu inwestycyjnym (zgłaszane w ramach prac nad Regulaminem Transparentności),

dwoch pism z Ministerstwa Rozwoju oraz tłumaczenia samego Regulaminu Transparentności. Całość uzupełniono bardzo obszerną bibliografią. W sumie daje to 463 stron tekstu, z czego zasadnicza część pracy to 373 strony.

Rozdział I zatytułowany „Pojęcie arbitrażu inwestycyjnego” stanowi wprowadzenie do problematyki będącej przedmiotem doktoratu i wyznacza ramy przedmiotowe dla dalszej dyskusji. Doktorant opisuje w nim zarówno genezę i charakterystykę arbitrażu inwestycyjnego jak i definiuje pojęcie poufności i transparentności. W szczególności doktorant, odwołując się do elementów publiczno- i prywatnoprawnych, dokonuje w nim rozróżnienia pomiędzy arbitrażem inwestycyjnym i handlowym - co ma podstawowe znaczenie dla późniejszych wniosków dotyczących konieczności zapewnienia odpowiedniej transparentności arbitrażu inwestycyjnego. W Rozdziale II („Rozwój transparentności w arbitrażu inwestycyjnym”), doktorant analizuje, w ujęciu historycznym, rozwój różnych mechanizmów gwarantujących zachowanie transparentności w arbitrażu inwestycyjnym (tj. publiczny dostęp do informacji, publiczny dostęp do dokumentów, jawność rozpraw, udział w postępowaniu przyjaciela sądu). Analiza ta została poprowadzona odrębnie dla wielostronnych traktatów inwestycyjnych (np. NAFTA, Traktat Karty Energetycznej), modelowych umów w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji oraz wybranych regulaminach arbitrażowych (podejście takie nie budzi moich zastrzeżeń). Autor dochodzi tu do (słusznego moim zdaniem) wniosku, że w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym możemy zaobserwować proces zwiększania transparentności kosztem poufności postępowania. W Rozdziale III („Standard transparentności UNCITRAL”), który stanowi zasadniczą część doktoratu, szczegółowej ocenie poddano postanowienia Regulaminu Transparentności w Traktowym Arbitrażu Inwestycyjnym opracowanego przez Komisję ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego, i będącego, przynajmniej w obecnej chwili, zwieńczeniem wysiłków społeczności międzynarodowej w zakresie zwiększania transparentności arbitrażu inwestycyjnego. W rozdziale tym autor przeprowadził szczegółową analizę postanowień Regulaminu odnosząc się do wszystkich etapów postępowania arbitrażowego. Uzupełnieniem tych rozważań jest omówienie postanowień Konwencji z Mauritiusa o transparentności (której Polska nie jest stroną). Zdaniem autora oba dokumenty mogą być uznane za globalny standard w zakresie transparentności. W ostatnim rozdziale („Transparentność arbitrażu inwestycyjnego w polskim i międzynarodowym systemie prawa”) dokonano analizy przepisów prawa polskiego umożliwiających realizację zasad transparentności na poziomie krajowym (przede wszystkim w oparciu o przepisy ustawy o

dostępie do informacji publicznej). Analiza ta ma charakter prawno-porównawczy, zaś punktem odniesienia są rozwiązania prawne funkcjonujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Kanady oraz Francji. Podsumowanie wyników badań oraz wnioski znalazły się w Zakończeniu.

Struktura pracy jest prawidłowa. Zasadnicza analiza jest poprzedzona odpowiednim wprowadzeniem, ułatwiającym czytelnikowi orientację w omawianej problematyce. Omówienie w pierwszym rzędzie rozwoju zasad transparentności w ujęciu historyczno-prawnym, po to by następnie przejść do analizy Regulaminu Transparentności, jest słusznym podejściem. Na uznanie zasługuje również umieszczenie dodatkowego rozdziału, w którym doktorant przeprowadził analizę problematyki transparentności z punktu widzenia prawa krajowego. Wzbogaca to dotychczasową dyskusję i pokazuje wielowymiarowość analizowanego zagadnienia.

Praca jest zasadniczo poprawna z metodologicznego punktu widzenia. Podstawowe znaczenie ma dla autora metoda formalno-dogmatyczna, co w przypadku pracy z zakresu prawa jest w pełni uzasadnionym wyborem. Doktorant wykorzystał jednak także inne metody badawcze. Jak wyjaśnił on we wstępie pracy zastosowano m. in. metodę historyczno-prawną, prawno-porównawczą, case study, badania jakościowe oraz badania empiryczne. Ta różnorodność powoduje, że praca wychodzi poza samą analizę tekstu prawnego i pokazuje jak standardy transparentności w arbitrażu inwestycyjnym zmieniały się w czasie i przestrzeni. W tym kontekście warto dodać, że autor w sposób przekonujący dokonał wyboru porównywanych państw i forum arbitrażowych, wykorzystując kryteria odnoszące się do stanowisk prezentowanych przez dane państwo czy też wpływu danego forum arbitrażowego na rozwój standardów w zakresie transparentności.

Jednocześnie rozważania autora dotyczące wykorzystania metody case study (s. 22-23) są zupełnie niepotrzebne. Autor uzasadniając wybór tej metody odwołał się do dyskusji dotyczącej charakteru orzeczeń trybunałów arbitrażowych. Argumentacja ta jest nieprzekonywująca, i jest ona właściwie zbędna. W dorobku trybunałów można bowiem odnaleźć określone linie orzecznicze, przy czym powoływanie się na poprzednie orzeczenia nie wynika z ich precedensowego charakteru ale z konieczności zapewnienia pewnej minimalnej spójności (a tym samym przewidywalności) orzecznictwa. Warto też dodać, że w praktyce autor omawiając poszczególne orzeczenia trybunałów arbitrażowych stosuje metodę formalno-dogmatyczną a nie analizę typu case study.

Doktorant wyjaśnił również we wstępie pracy, że w procesie jej przygotowywania bazował na badaniach jakościowych (w tym kontekście wskazał on na ustrukturyzowane wywiady z trzema ekspertami) oraz metodę empiryczną (korespondencja w Ministerstwie Gospodarki oraz konsultacje z polskimi i zagranicznymi specjalistami z dziedziny arbitrażu inwestycyjnego i handlowego). Moim zdaniem są to twierdzenia trochę na wyrost. Ograniczona ilość wywiadów, ich struktura i zakres powodują, że można mieć poważne wątpliwości czy spełniają one podstawowe założenia tej metody badawczej. Podobny problem występuje w przypadku konsultacji ze specjalistami z dziedziny arbitrażu inwestycyjnego i handlowego. Czytając pracę ciężko jest ocenić do jakiego stopnia wykorzystano w praktyce tą metodę gdyż nie została ona w żaden sposób sformalizowana przez doktoranta, w samym zaś tekście pracy brak jest odesłań do tych wywiadów/rozmów.

3. Ocena formalna pracy

Praca doktorska została przygotowana bardzo starannie. Na szczególne uznanie zasługuje wykorzystanie materiałów źródłowych (twierdzenia w tekście pracy są zawsze poparte odpowiednimi źródłami, w większości przypadków wskazano w przypisie konkretną stronę z referowanego źródła), oraz przejrzysta struktura formalna pracy (podział na poszczególne podrozdziały, numeracja poszczególnych akapitów, podsumowywanie rozważań w odrębnych sekcjach). Co do zasady praca jest również poprawna pod względem językowym (co nie było łatwym zadaniem zważywszy na to, że większość literatury i orzecznictwa jest dostępna tylko w języku angielskim). Jednocześnie pracy może postawić kilka zarzutów formalnych. Dotyczą one w szczególności wykazu skrótów, przypisów, warstwy językowej oraz bibliografii. Należy jednak podkreślić, że żaden z przedstawionych poniżej zarzutów nie jest na tyle poważny by zmienić ogólnie pozytywną formalną ocenę pracy.

W przypadku wykazu skrótów należy wspomnieć, iż zawiera on pewne błędy. Tytułem przykładu może wskazać na rozwinięcie skrótu CETA – prawidłowa nazwa umowy to Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa a nie Kompleksowa Umowa Handlowo-Gospodarcza. To samo dotyczy skrótu EKPCz, który został zdefiniowany jako Europejska Karta Praw Człowieka (powinno być Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności). ICSID oraz UNCITRAL nie są organizacjami międzynarodowymi (a zostały zakwalifikowane do tej kategorii), a BIT to nie umowa dwustronna a dwustronny traktat inwestycyjny (ang. *bilateral investment treaty*). Informacje zawarte w spisie są również niepełne. Na przykład w przypadku umów międzynarodowych wydaje się konieczne

podanie stron umowy. Podobnie należałoby postąpić w przypadku aktów prawa krajowego, wskazując odpowiedni kraj (np. ATIA oraz FOIA). Warto również zwrócić uwagę, że w przypadku polskich aktów prawnych podano daty ich przyjęcia (np. Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego), a nie zrobiono tego w przypadku aktów prawa obcego oraz (niektórych) umów międzynarodowych (por. Konwencja o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r. v. Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu). Co prawda to nie jest konieczne (informacje te pojawiają się w bibliografii) ale doktorant powinien zachować tu pewną konsekwencję. To samo dotyczy podawania oryginalnej nazwy umowy – czasami podano wersję angielską a czasami nie (por. „Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu (General Agreement on Tariffs and Trade) v. Konwencja o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r.).

Również przypisom można zarzucić pewien brak jednolitości. W rozdziale I doktorant powtarza skróconą nazwę źródła w sytuacji gdy dwa następujące po sobie przepisy odnoszą się do tej samej pozycji (por. np. przypis nr 30 oraz 31). W kolejnych rozdziałach stosuje on w takiej sytuacji określenie „Ibidem”. W przypadku dokumentów umieszczonych w Internecie nie podano również daty odwiedzin strony. Odwołując się do monografii doktorant podaje nazwę wydawnictwa ale w przypadku prac zbiorowych tylko miejsca wydania (bez nazwy wydawnictwa). Sugerowałbym również skracanie długich adresów internetowych stron (np. za pomocą serwisu bitly.com), poprawia to od strony technicznej czytelność tekstu.

Tak jak wspomniano o tym już powyżej, co do zasady praca jest poprawna pod względem językowym. Nie oznacza to jednak, że doktorant nie ustrzegł się pewnych błędów. Niekiedy używane przez niego zdania są zbyt długie lub zbyt złożone. Co jakiś czas pojawiają się również błędy stylistyczne. Tytułem przykładu można wskazać na następujące przypadki:

- „następnie, zaproponowane zostanie rozumienie pojęcia poufności” (s. 28);
- „zadaniem rozdziału jest osadzenie rozważań na temat transparentności w dziale prawa zajmującym się arbitrażem inwestycyjnym (s. 28);
- „na forum rozstrzygania sporów WTO” (s. 92 – lepszym określeniem byłoby „w ramach WTO”);
- „konieczność doinformowania trybunału o kwestiach faktycznych i prawnych” (s. 93);
- „lapidarna struktura NAFTA jest spowodowana intencją jej twórców” (s. 96);
- „odnosząc się do akcentu” (s. 101);

- „strony mogą ujawniać dokumenty na poziomie ich redakcji” (s. 124);
- „atakami inwestorów zagranicznych” (s. 130 - inwestor nie atakuje, realizuje w toku postępowania arbitrażowego prawa wynikające z umowy międzynarodowej);
- „nie wszyscy byli entuzjastami przebijającego się trendu w kierunku transparentności” (s. 161).

W tekście można także znaleźć przykłady anglicyzmów (na szczęście nieliczne). Wydaje się również, że lepszym rozwiązaniem jest stosowanie oficjalnych nazw państw a nie ich skrótów (np. Republika Federalna Niemiec a nie Niemcy), szczególnie w kontekście omawiania dokumentów (np. BIT Niemiec z Pakistanem). Dopracowania wymagają także tłumaczenia niektórych angielskich nazw własnych lub określeń (np. Klub Arbitrów w Mediolanie (s. 161), powinno być przetłumaczone jako Klub Arbitrów w Mediolanie lub Mediolański Klub Arbitrów; watchdog (s. 161) to nie „pies strzeżący” ale organizacja strażnicza – por. https://pl.wikipedia.org/wiki/Organizacja_stra%C5%BCnicza). Tym niemniej należy jeszcze raz podkreślić ogrom pracy wykonanej przez autora. Ani Regulamin Transparentności ani większość regulaminów arbitrażowych nie została przetłumaczona na język polski, zaś większość literatury wykorzystanej w doktoracie jest literaturą obcą. Pomimo tego nie można mieć większych zastrzeżeń co do terminologii używanej w pracy. Warto też dodać, że dobrym pomysłem było przytaczanie tekstu źródłowego w przypisie lub podawanie oryginalnych sformułowań w nawiasach.

Podobne zarzuty do tych wskazanych powyżej można postawić bibliografii. Nazwy spraw arbitrażowych powinny być podane w ich oficjalnej wersji (CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic a nie CME Czech Republic BV v. Czechy, Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia a nie Philip Morris Asia Limited v. Australia). Ujednolicenie wymaga również lista monografii oraz rozdziałów w pracach zbiorowych (doktorant czasem podje miejsce publikacji a czasami wydawnictwo).

4. Ocena merytoryczna pracy

Doktorant bardzo starannie określił problemy badawcze będące przedmiotem analizy w pracy doktorskiej. W ramach każdego problemu badawczego postawił on szereg konkretnych tez lub sformułował bardziej szczegółowe pytania badawcze. Podstawowe problemy badawcze dotyczą następujących kwestii:

- identyfikacja globalnego standardu transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym;
- czynniki wpływające na stanowisko poszczególnych państw wobec standardów transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym;
- zakres transparentności traktatowego arbitrażu inwestycyjnego w świetle przepisów prawa polskiego (w szczególności ustawy o dostępie do informacji publicznej);
- stanowisko Polski wobec transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym oraz implikacje dla Polski wynikające z ewolucji standardów transparentności na poziomie międzynarodowym.

Uważam, że doktorant dokonał prawidłowej identyfikacji najważniejszych problemów badawczych w ramach omawianego zagadnienia. Pewne zastrzeżenia może jedynie budzić czwarte szczegółowe pytanie badawcze, które znalazło się w części poświęconej Polsce („Czy obawy przed transparentnością, formułowane w stosunku do państw, będących stroną pozwaną w arbitrażu inwestycyjnym, są zasadne?”). W związku z tym, że ma ono generalny charakter nie jest jasne czemu zostało umieszczone w tej a nie innej części.

Doktorant wyczerpująco i przekonująco wyjaśnił powody wyboru tematu pracy. Należy zgodzić się z jego oceną, że temat jest interesujący zarówno z teoretycznego jak i praktycznego punktu widzenia. Charakter arbitrażu inwestycyjnego, łączącego w sobie zarówno elementy publicznoprawne, jak i prywatnoprawne, wymaga bowiem znalezienia odpowiedniej równowagi pomiędzy tymi dwoma porządkami (np. zasady dotyczące zachowania poufności v. zasady odnoszące się do transparentności). Tematyka ta jest również bardzo aktualna. Międzynarodowe standardy w zakresie transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym są cały czas rozwijane przez państwa. Dużą aktywność na tym polu przejawiają również same trybunały arbitrażowe. Jest to więc dziedzina która podlega dynamicznym zmianom. Aktualność tej problematyki jest także odzwierciedlona w zainteresowaniu tematem ze strony doktryny. Istniejąca literatura jest bogata a jej rozwój jest szczególnie widoczny na przestrzeni ostatnich lat. Jednocześnie należy zgodzić się z doktorantem (s. 15), że brak jest obecnie pogłębionej analizy o generalnym charakterze dotyczącej stosowania zasad transparentności w traktatowym arbitrażu inwestycyjnym. Poszczególne pozycje zajmują się raczej kwestiami szczegółowymi, zaś jedyne znane mi opracowanie monograficzne to komentarz do Regulaminu Transparentności (D. Euler et al., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press: 2015),

który ma jednak węższy zakres niż recenzowana praca doktorska. W literaturze polskiej dorobek ten jest natomiast bardzo skromny. Tym bardziej należy więc cieszyć się z pojawienia się nowej pracy.

Moim najbardziej poważnym zarzutem merytorycznym jest zbyt deskryptywny charakter pracy. Doktorant dokonał iście tytanicznej pracy w zakresie przeglądu istniejącej literatury oraz orzecznictwa trybunałów arbitrażowych (co niewątpliwie stanowi olbrzymią zaletę jego pracy). W drobiazgowy sposób przedstawia on poszczególne argumenty przedstawicieli doktryny oraz różne linie orzecznicze. Jednocześnie czytelnik pracy może mieć uzasadnione wrażenie, że autor w niewystarczający sposób angażuje się w krytyczną analizę prezentowanych poglądów (np. po przedstawieniu różnych pozycji stwierdza, że jedną z nich należy się zgodzić bez wyjaśniania dlaczego oraz bez krytycznego odniesienia się do argumentów przeciwnych, w przy czym w niektórych miejscach pracy zabrakło nawet i takiego krótkiego podsumowania). Pewna deskryptywność pracy jest widoczna nie tylko w rozdziale I oraz II (co w pewnym stopniu może być usprawiedliwione jako że oba rozdziały mają charakter wprowadzający) ale również w rozdziale III który stanowi zasadniczą część pracy. Analiza Regulaminu Transparentności jest w znacznym stopniu powtórzeniem różnych głosów doktryny albo sprowadza się do opisu poszczególnych postanowień Regulaminu. Własne przemyślenia (na marginesie bardzo ciekawe) pojawiają się niejednokrotnie nie w ramach prowadzonej analizy ale w tych częściach rozdziałów w których doktorant podsumowuje swoje wcześniejsze rozważania.

W pracy znalazło się również trochę niepotrzebnych powtórzeń. Widać to szczególnie porównując rozdział I i II (ale problem ten występuje również w kolejnych rozdziałach). Zdaniem recenzenta nie ma potrzeby wielokrotnego powtarzania argumentów dotyczących zalet i wad stosowania zasad transparentności, czy wspominania tych samych zmian historycznych lub przytaczania tych samych orzeczeń (jeżeli nie wnosi to nic nowego do prowadzonej analizy).

Praca zawiera również szereg mniejszych błędów merytorycznych. Tytułem przykładu można wskazać na trzy fragmenty: s. 79 (możliwość skorzystania przez państwa z systemu rozstrzygnięcia sporów w WTO – należy podkreślić, że taka możliwość istnieje jedynie w bardzo wąskim zakresie, prawo WTO zawiera bowiem jedynie szcątkowe zobowiązania dotyczące ochrony inwestycji, największe szanse powodzenia może mieć tu skarga w oparciu o przepisy Układu Ogólnego w sprawie Usług, ale tylko w zakresie zobowiązań wynikających z indywidualnej listy zobowiązań danego członka); s. 92 (WTO nie istniało w

1993, w tamtym okresie funkcjonował Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu (GATT); członkami WTO mogą być nie tylko państwa ale również unie celne – np. Tajwan, Unia Europejska, w konsekwencji powinno używać się neutralnego pojęcia „członek WTO”); s. 113 (stronami umowy CETA jest nie tylko Kanada oraz Unia Europejska ale również wszystkie państwa członkowskie UE). Czasami pojawiają się również błędy terminologiczne – w arbitrażu inwestycyjnym mówimy o skardze a nie o pozwie (por. s. 86 i 100), Organ Apelacyjny to nie Organ Apelacyjny ds. Rozstrzygania Sporów WTO (tu chyba doszło do pomieszania tego organu z innym organem jakim jest Ciało ds. Rozstrzygania Sporów). Na szczęście tych błędów jest w pracy niewiele i nie wpływają one jej odbiór jako całości.

5. Wnioski

Moim zdaniem praca spełnia wymogi określone w art. 13 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65, poz. 595, z późn. zm.). W szczególności stanowi ona, przy wszystkich zarzutach przedstawionych w niniejszej recenzji, oryginalne rozwiązanie problemu naukowego wskazane przez doktoranta we wstępie (por. ogólne i szczegółowe pytania badawcze). Potwierdza ona również ogólną wiedzę kandydata w reprezentowanej przez niego dziedzinie oraz jego wystarczającą umiejętność w zakresie samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Oznacza to, że może być ona przedmiotem publicznej obrony.

Lukasz Gmacyński