

Ochrona poufności arbitrażu inwestycyjnego

Poufność, powszechnie uważana za nieodłączny atrybut arbitrażu handlowego, od zawsze odgrywała mniej znaczącą rolę w arbitrażu inwestycyjnym¹. Jednakże w ostatnich latach można zaobserwować wyraźny trend w kierunku „upubliczniania” arbitrażu inwestycyjnego, który to trend związany jest z rzekomą potrzebą zapewnienia większej przejrzystości postępowań z udziałem państw. Niniejszy artykuł ma na celu analizę i ocenę rzeczywistej roli zasady poufności w arbitrażu inwestycyjnym. Autorka podejmie zwłaszcza próbę przedstawienia argumentów na poparcie tezy, iż także w arbitrażu inwestycyjnym jawność i związana z nią przejrzystość nie powinny mieć absolutnego prymatu nad poufnością. Ambicją autorki jest również próba identyfikacji akceptowalnego zakresu zasady poufności w arbitrażu inwestycyjnym, jak również sposobów zapewnienia jej przestrzegania.

Cel tego artykułu znajduje odzwierciedlenie w jego strukturze. Materiał został podzielony na sześć głównych części. Część pierwsza zawiera zwięzłe wprowadzenie do tematu oraz wstępną tezę do dalszej ewaluacji, mianowicie czy postulat zwiększonej przejrzystości arbitrażu inwestycyjnego daje się uzasadnić drogą racjonalnej argumentacji, czy też jest to tylko slogan mający na celu promowanie „przejrzystość dla dobra przejrzystości”. Następne dwie części obejmują krytyczną analizę argumentów powszechnie powoływanych na korzyść jawności oraz argumenty przemawiające za poufnością w arbitrażu inwestycyjnym (odpowiednio część druga i trzecia). Kolejne części (czwarta i piąta) poświęcone zostały ustaleniu zakresu obowiązku poufności oraz ocenie możliwych sposobów zapewnienia jego wypełniania. Ostatnia część (szósta) zawiera podsumowanie i pewne uwagi końcowe.

I. Wprowadzenie

Jako punkt wyjścia tej dyskusji autorka chciałaby zaproponować tezę, że do pewnego stopnia zmiany idące w kierunku zapewnienia większej przejrzystości w arbitrażu inwestycyjnym kosztem zwiększonej jawności nie znajdują oparcia w racjonalnych argumentach i z całą pewnością nie są wynikiem wnikliwej analizy korzyści i strat, które niesie ze sobą jawność postępowania arbitrażowego.

Powyższa konkluzja opiera się na obserwacji, iż jak zostanie to wykazane, w wielu przypadkach argumenty powoływane na rzecz przejrzystości i rzekomo uzasadniające

¹ *Biwater Gauff* (Tanzania) Ltd. przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, decyzja Nr 3, ICSID Sprawa Nr ARB/05/22 (29.9.2006 r.), § 114.

odejście od poufności arbitrażu inwestycyjnego są do pewnego stopnia powierzchowne i przeceniane przez osoby je powołujące. W rzeczywistości bowiem podstawowa funkcja poufności, polegająca na umożliwieniu scentralizowania energii stron w celu sprawnego i polubownego rozstrzygnięcia sporu pomiędzy nimi, pozostaje aktualna i może być realizowana także w przypadku sporów z udziałem państw².

Warto również pamiętać, że tak jak nie ma gwarancji ani generalnej zasady poufności, tak też pomimo ostatnich zmian niektórych regulaminów arbitrażowych w tym kierunku nie ma generalnej zasady przejrzystości, która miałaby automatyczne zastosowanie w arbitrażu inwestycyjnym³.

II. Krytyczna analiza argumentów przemawiających na korzyść jawności

1. Brak zapisu na sąd polubowny

Jednym z najbardziej rozpowszechnionych argumentów powoływanych jako uzasadnienie tezy o braku poufności w arbitrażu inwestycyjnym jest rzekomy brak dorozumianego postanowienia zapisu na sąd polubowny⁴. Według zwolenników tego poglądu, w związku z brakiem generalnej zasady poufności postępowania arbitrażowego, jakkolwiek obowiązek w tym zakresie można wywieść jedynie z istniejącej pomiędzy stronami stosownej umowy. Konsekwentnie, ponieważ arbitraż inwestycyjny ma swoje źródło w przepisach zawartych w umowie międzynarodowej, a nie umowie handlowej zawartej pomiędzy stronami sporu, nie ma podstaw dla ustalenia obowiązku zachowania poufności⁵.

W rzeczywistości jednakże, postępowanie arbitrażowe z udziałem inwestorów i państw rozpoczyna się wskutek akceptacji przez inwestora oferty dotyczącej polubownego rozstrzygnięcia określonej kategorii sporów złożonej przez państwo w traktacie inwestycyjnym. Dalej ta akceptacja prowadzi do zawarcia zapisu na sąd polubowny⁶, który może stanowić źródło dorozumianych obowiązków zachowania poufności, podobnie jak w przypadku zapisu na sąd polubowny zawartego w kontrakcie handlowym. Jedyna różnica polega zatem na odmiennym sposobie zawarcia zapisu na sąd polubowny, a nie na jego braku. Dlatego też jedyne pytanie, na które należy odpowiedzieć, to czy ten konkretny zapis na sąd polubowny można interpretować jako zawierający jakiegokolwiek obowiązki odnośnie do zachowania poufności, a jeśli tak, to jaki jest ich zakres.

² G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, s. 2276.

³ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 121; F. Ortino, *External Transparency of Investment Awards*, Society of International Economic Law, dokument roboczy Nr 49/08 (14.7.2008 r.), s. 3.

⁴ J.C. Fernández Rozas, *Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators*, [w:] M.Á. Fernández-Ballesteros, D. Arias (red.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010, s. 440.

⁵ *S.D. Myers Inc.* przeciwko Rządowi Kanady, decyzja Nr 16, NAFTA (13.5.2000 r.), § 8–9, cytowany także w *Methanex Corp.* przeciwko Stanom Zjednoczonym, wniosek o przyznanie statusu *amicus*, NAFTA (16.10.2000 r.), § 26.

⁶ M. McIlwraith, J. Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International 2010, s. 368 i 380.

Więcej informacji na stronie wydawcy

<http://www.ksiegarnia.beck.pl/adr-arbitraz-i-mediacja/id3398,ADR-Arbitraz-i-Mediacja-kwartalnik.-Prenumerata-2010.html>