

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.

2. Argument interesu publicznego

Podobnie jak w przypadku rzekomego braku zapisu na sąd polubowny, także argument odwołujący się do interesu publicznego nie wydaje się być uzasadniony. Jest on konstruowany na podstawie założenia, że społeczeństwo ma automatycznie interes w arbitrażu inwestycyjnym, który jest radykalnie odmienny od tego występującego w przypadku arbitrażu handlowego (np. związany z wykorzystaniem środków publicznych w toku postępowania oraz ewentualnie w celu zaspokojenia roszczeń inwestora, które uznane zostaną za zasadne)⁷.

Powyzsze stanowisko nie daje się obronić przynajmniej z dwóch powodów. W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że arbitraż inwestycyjny może dotyczyć niewielkich sum i bardzo wąskich interesów publicznych, podczas gdy arbitraż handlowy może mieć znaczący wpływ na ekonomię państwa i dotyczyć wielorakich interesów publicznych (np. społeczności, związków zawodowych, udziałowców *etc.*). Arbitraż handlowy może przykładowo dotyczyć obowiązków państwa związanych z zapłatą za energię, wodę czy poprawę infrastruktury, które potencjalnie wiążą się z ogromnymi konsekwencjami dla społeczeństwa. Ponadto nie należy również zapominać o arbitrażach handlowych, w których państwo jest pośrednio zainteresowane z racji udziału w nich w charakterze strony jednostek należących do państwa (np. spółek skarbu państwa czy przedsiębiorstw państwowych). Arbitraże tego rodzaju mogą mieć ogromny wpływ na sytuację wielu podmiotów, np. akcjonariuszy spółki publicznej, i stąd mogą być równie wrażliwe politycznie jak arbitraż inwestycyjny⁸.

3. Dobre zarządzanie i zwiększona demokracja

Kolejnym argumentem, zazwyczaj powoływanym na korzyść jawności i związanej z nią przejrzystości arbitrażu inwestycyjnego jest fakt, że postrzegane są one jako konieczne elementy dobrego zarządzania, zgodnie z zasadami obowiązującymi w państwie demokratycznym. W tym kontekście wydaje się być wystarczające zwrócenie uwagi na fakt, że w demokratycznych państwach istnieją już obszary działalności rządowej, które są wyłączone z nadzoru opinii publicznej (np. planowanie wojskowe, spotkania komitetów parlamentarnych oraz wiele aspektów dyplomacji)⁹.

4. Poprawa jakości i przewidywalności prawa inwestycyjnego oraz rozstrzygnięć

Zwolennicy jawności w arbitrażu inwestycyjnym podnoszą także, że ma ona pozytywny wpływ na ustawodawstwo krajowe oraz harmonizację orzecznictwa, jako że prowadzi do rozwoju, a w konsekwencji do spójności międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

⁷ G.B. Born, *op. cit.*, s. 2276; S.I. Strong, *From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration*, Arbitration International, Kluwer Law International 2010, Vol. 26, Nr 4, s. 512 i n.

⁸ N. Rubins, *Investment Arbitration – „Transparency”* in *Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis*, [w:] Ch. Klausegger, P. Klein i in. (red.), *Austrian Arbitration Yearbook 2010*, s. 295.

⁹ N. Rubins, *op. cit.*, s. 295.

Publikacja zapadłych wyroków arbitrażowych ma także czynić bardziej przewidywalnymi interpretację i stosowanie prawa przez sądy arbitrażowe, ponieważ pozwala budować zblizoną praktykę¹⁰.

Ten argument można by uznać za uzasadniony, z tym jednak zastrzeżeniem, że gdy publikacja wyroków sądów arbitrażowych jest dokonywana w sposób uznaniowy, selektywny obrót tych orzeczeń może dać zniekształcony obraz prawa inwestycyjnego i arbitrażu, skoro tylko pewne poglądy i przekonania będą ujawniane i odzwierciedlone w upublicznionych orzeczeniach¹¹. Ponadto, wzięwszy pod uwagę brak jakiegokolwiek weryfikacji wyroków, również te błędne mogą zostać upublicznione i wpłynąć niekorzystnie na przyszłe wyroki.

Wątpliwe jest także, czy publiczny dostęp do dokumentacji arbitrażowej rzeczywiście przyczyniłby się do harmonizacji wyroków arbitrażowych. Trzeba pamiętać, że arbitrzy są instruowani, aby decydować wyłącznie w sprawie przed nimi z należyтым uwzględnieniem braku jakiegokolwiek reguły *stare decisis* w odniesieniu do wyroków wydanych w innych sporach dotyczących innych stron.

III. Argumenty przemawiające za poufnością w arbitrażu inwestycyjnym

1. Oszczędność czasu i kosztów

Gdy mowa o korzyściach płynących z poufności arbitrażu inwestycyjnego, pierwszym argumentem, który wymaga szczególnego wyeksponowania, jest możliwość uniknięcia kosztów będących rezultatem zwiększonej jawności. Koszty te wynikają przede wszystkim z rozproszenia i zakłócenia postępowania skutkującego jego nadmiernym wydłużeniem i stanowią niemal nieodzowną konsekwencję publicznych oświadczeń, komunikatów prasowych oraz podobnych działań. Biorąc pod uwagę zainteresowanie rozmaitych grup interesu koszty te mogą być wyjątkowo wysokie.

W przypadku mniej inwazyjnych przejawów jawności, takich jak ujawnienie wyroków i pism procesowych po wydaniu wyroku, dodatkowe koszty są minimalne, a opóźnienie z definicji nieistniejące. Inne formy udziału społeczeństwa, a w szczególności weryfikacja pism składanych przez osoby trzecie (tzw. *amici curiae*), budzą większe obawy w tym zakresie¹². Koszty i opóźnienia będące ich rezultatem są zwielokrotnione, jeżeli osobie trzeciej daje się możliwość odpowiedzi na krytykę jej opinii podniesioną przez strony.

2. Ochrona proceduralnej integralności

Kolejnym argumentem, bez wątpienia przemawiającym za poufnością w arbitrażu inwestycyjnym, jest potrzeba zapewnienia proceduralnej integralności postępowania, która

¹⁰ F. Ortino, *op. cit.*, s. 14.

¹¹ *Ibidem*, s. 13.

¹² M. McIlwrath, J. Savage, *op. cit.*, s. 390; T.W. Wälde, *Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms*, *Arbitration International*, Kluwer Law International 2010, Vol. 26, Nr 1, s. 32.

może zostać poważnie zaburzona przez upublicznienie sporu i będące jego rezultatem „równoległe postępowanie” (bądź „proces przez media”). Okoliczność, iż spór rozstrzygany jest w sędzie opinii publicznej, wpływa na strategię stron i sprawia, że stają się one bardziej nieprzejednane, spór się zaostrza i jego rozwiązanie w sposób polubowny staje się mniej prawdopodobne. Dlatego też trybunały arbitrażowe potwierdziły wielokrotnie, że zasada poufności może być widziana jako środek służący ochronie proceduralnej integralności i porządku postępowania, jak również zapobiega zaostrzeniu sporu stron poprzez redukcję bezpośredniego i pośredniego wpływu na postępowanie¹³.

3. Unikanie upolitycznienia sporów inwestycyjnych

Szczególnie istotną korzyścią płynącą z poufności arbitrażu inwestycyjnego jest możliwość uniknięcia wtórnego upolitycznienia sporów inwestycyjnych. Ten aspekt nabiera szczególnego znaczenia, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że traktaty inwestycyjne zapewniające prawo zwrócenia się o rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu arbitrażowym, zostały stworzone właśnie po to, aby wyeliminować ze sporów o charakterze ekonomicznym element polityczny, który sprawiał, że ich wyniki były nieprzewidywalne. Nowy system miał za zadanie doprowadzić do sytuacji, w której spory rozwiązywane będą na podstawie zasad prawa.

Niestety w przypadkach, w których stronom pozwala się na prezentowanie ich sprawy „sądowi” opinii publicznej, ryzyko nadużyć i wtórnego upolitycznienia jest stosunkowo wysokie¹⁴.

4. Pozostałe argumenty

Bez wchodzenia w szczegóły, należy zaznaczyć, że istnieją również inne argumenty, które przemawiają za poufnością w arbitrażu inwestycyjnym. Wyłącznie tytułem przykładu można wskazać na rolę w ochronie poufnych lub w inny sposób wrażliwych informacji (tajemnic) handlowych bądź państwowych, jak również możliwość uniknięcia kompromitacji przedstawicieli firmy lub rządu¹⁵. W szczególności inwestorzy mogą obawiać się, że ujawnienie poufnych informacji, tajemnic handlowych, strategii inwestycyjnych oraz innych wrażliwych informacji może zaszkodzić ich przyszłej działalności.

Ponadto upublicznienie informacji o sporze może odbić się niekorzystnie na relacjach inwestora z jego udziałowcami (akcjonariuszami), jak również zniechęcić potencjalnych udziałowców (akcjonariuszy). Natomiast z punktu widzenia państwa rozgłos może doprowadzić do „przypięcia łątki” państwa nieprzyjaznego inwestorom, jak również do wystąpienia z podobnymi roszczeniami przez inne podmioty.

¹³ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 114.

¹⁴ N. Blackaby, C. Richard, Część III, Rozdział 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?, [w:] M. Waibel, A. Kaushal i in. (red.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International 2010, s. 272; N. Rubins, *op. cit.*, s. 297.

¹⁵ C. McLachlan, *Bringing Sustainable Development Issues before Investment Treaty Tribunals*, Przedmowa, [do:] M.-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring i in. (red.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Vol. 30, Kluwer Law International 2011, s. 171; F. Ortino, *op. cit.*, s. 13.

IV. Zakres obowiązku poufności

1. Uwagi ogólne

Zasadniczo jawność postępowania arbitrażowego może odnosić się do:

- ujawnienia informacji przed wydaniem wyroku (w trakcie postępowania), które dotyczy m.in. publikacji podstawowych informacji o sporze, cyrkulacji pism procesowych i transkryptów z rozpraw oraz prawa osób trzecich do uczestniczenia w rozprawach,
- ujawnienia informacji po wydaniu wyroku, tj. publikacji wyroków i innych informacji o sporze po zakończeniu postępowania,
- *amicus curiae*, tj. uczestnictwa osób trzecich, które nie powinno być w zasadzie kwalifikowane jako aspekt jawności, ale sprowadza się do stanu bycia pełnouprawnionym uczestnikiem sporu, z możliwością składania pisemnych oświadczeń, a w niektórych wypadkach także uczestniczenia w rozprawie.

2. Zasady dotyczące zakresu obowiązku poufności

Na podstawie wytycznych przedstawianych zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze można zaproponować następujące zasady dotyczące zakresu jawności i poufności w arbitrażu inwestycyjnym:

1) pełna jawność jest dopuszczalna w następującym zakresie:

a) publikacja podstawowych informacji o sporze

Publikacja podstawowych informacji o sporze jest już dokonywana systematycznie przez Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) w odniesieniu do administrowanych przez tę instytucję spraw. Publikowane informacje obejmują: fakt istnienia sporu wraz z datą jego rejestracji, dane stron oraz arbitrów, jak również status postępowania;

b) ogólna dyskusja o sprawie

Strony sporu mogą ujawniać informacje dotyczące przedmiotu postępowania i jego przebiegu, pod warunkiem że taka publiczna dyskusja koncentruje się na celach zgodnych z prawem, sprowadzających się do informowania społeczeństwa i jest ograniczona do tego co konieczne¹⁶ (np. zgodnie z obowiązkiem strony dostarczenia społeczeństwu informacji dotyczących ochrony środowiska, zdrowia publicznego lub publicznej emisji papierów wartościowych). Uprawnienie to nie może jednak być wykorzystywane do dalszego antagonizowania stron, zaostrowania różnic pomiędzy nimi, bezprawnego wywierania presji

¹⁶ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 149; *Giovanna A. Beccara* i in. przeciwko Republice Argentyny, ICSID Sprawa Nr ARB/07/5 (27.1.2010 r.), § 86; *The Loewen Group Inc. i Raymond Loewen* przeciwko Stanom Zjednoczonym, decyzja w przedmiocie jurysdykcji, ICSID Sprawa Nr ARB(AF)/98/3 (5.1.2001 r.), § 26; *Metalclad Corp.* przeciwko Stanom Zjednoczonym Meksyku, ICSID Sprawa Nr ARB(AF)/97/1 (30.8.2000 r.), § 13.

na jedną z nich bądź sprawić, że rozwiązanie sporu stanie się potencjalnie trudniejsze¹⁷. Dlatego też strony powinny upewnić się, iż ich wypowiedzi są krótkie i akuradne¹⁸.

Ewentualne dalsze szczególne obostrzenia mogą dotyczyć ujawniania konkretnych dokumentów czy informacji;

c) wyroki arbitrażowe

Upublicznienie zapadłych wyroków nie powinno być poddane żadnym ograniczeniom. Koszt takiej publikacji jest minimalny, a potencjalne korzyści znaczące. Publikacja wyroków arbitrażowych może m.in. służyć promocji dobrego zarządzania, ponieważ pozwala społeczeństwu na obserwowanie i ocenę prawidłowości wykonywania funkcji publicznych przez rząd państwa będącego stroną postępowania. Uwaga ta jest aktualna także w odniesieniu do oceny postępowania inwestora, zwłaszcza w kontekście wzrastających standardów w zakresie dobrego zarządzania¹⁹.

Zgodnie z art. 48(5) regulaminu arbitrażowego ICSID, trybunał nie może opublikować wyroku bez zgody wszystkich stron. Jednakże Sekretariat ICSID prowadzi rejestr, który upublicznia istnienie i status postępowań arbitrażowych administrowanych przez tę instytucję. Od czasu zmiany regulaminu ICSID w 2006 r. Centrum ma także obowiązek publikowania wyciągów z uzasadnień wyroków.

Jeśli natomiast strony wyrażą zgodę na publikację, Przepisy Administracyjne i Finansowe ICSID nakładają na Generalnego Sekretarza obowiązek zorganizowania publikacji wyroku w odpowiedniej formie w celu zapewnienia dalszego rozwoju międzynarodowego prawa inwestycyjnego²⁰.

Nie budzi żadnych wątpliwości uprawnienie każdej ze stron do publikacji wyroku, poza wypadkami, gdzie strony zobowiązały się do nieupubliczniania wyroku²¹. W praktyce większość wyroków wydanych w ramach postępowań administrowanych przez ICSID jest publikowana.

Podobnie art. 34 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL, co do zasady zezwala na publikację wyroków wyłącznie za zgodą wszystkich stron. Nie jest ona wymagana jedynie w sytuacji, gdy konieczność publikacji wynika z obowiązku nałożonego przez prawo na jedną ze stron oraz gdy publikacja jest dokonywana w celu ochrony lub wykonania prawa bądź w związku z postępowaniem przed sądem albo innym właściwym organem;

2) jawność powinna być ustalana odrębnie dla każdego przypadku w odniesieniu do następujących dokumentów:

a) decyzje, nakazy, wytyczne trybunału arbitrażowego

Biorąc pod uwagę, że ich natura i przedmiot znacznie się różnią, w niektórych przypadkach ich powszechna dystrybucja może okazać się niewłaściwa²²;

¹⁷ *Amco Asia Corp.* i in. przeciwko Republice Indonezji, decyzja w przedmiocie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego, ICSID Sprawa Nr ARB/81/1 (9.12.1983 r.); *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 163 lit. d; *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 72 i 86.

¹⁸ *Amco Asia Corp.* przeciwko Republice Indonezji.

¹⁹ *F. Ortino, op. cit.*, s. 14.

²⁰ Zob. przepis 22.

²¹ *F. Ortino, op. cit.*, s. 3.

²² *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 153.

b) dokumenty i załączniki związane z pismami procesowymi, pisemnymi oświadczeniami i innymi dokumentami

Dokumenty i załączniki związane z pismami procesowymi czy pisemnymi oświadczeniami bądź ich zawartość mogą w pewnych przypadkach być objęte odrębnym obowiązkiem poufności wynikającym z umowy bądź z innego źródła i ograniczającym możliwość ich ujawnienia. W takich wypadkach zakres i procedura dotycząca ich ujawnienia powinna być rozstrzygana zgodnie z prawem i zasadami, z których taki obowiązek wynika²³.

Natomiast gdzie nie istnieje taki kontraktowy bądź wynikający z innego źródła obowiązek, ujawnienie powinno odbywać się według następujących zasad. Każda ze stron ma prawo zdecydować, czy i w jakiej formie opublikuje swoje własne dokumenty²⁴. Jednakże w takim wypadku publikacja nie powinna prowadzić do dalszego antagonizowania stron, zaostrowania różnic pomiędzy nimi, bezprawnego wywierania presji na jedną z nich ani też sprawiać, że rozwiązanie sporu stanie się potencjalnie trudniejsze²⁵. Żadna ze stron nie powinna publikować bądź ujawniać w inny sposób osobom trzecim dokumentów przedstawionych przez drugą stronę i powinna wykorzystywać je tylko dla celów uczestniczenia w postępowaniu arbitrażowym, za wyjątkiem sytuacji gdzie takie dokumenty są już publicznie dostępne albo strona przeciwna wyraziła zgodę na ich ujawnienie²⁶;

3) pełną poufnością powinny być objęte:

a) rozprawy oraz protokoły i nagrania z rozpraw

Tajność rozpraw jest jednym z najistotniejszych elementów poufności postępowania, dlatego też, w braku odmiennych ustaleń uzgodnionych ze wszystkimi stronami, krąg osób biorących w nich udział powinien być ograniczony do uczestników postępowania. Zasada ta znalazła odzwierciedlenie w regulaminie arbitrażowym UNCITRAL, który stanowi, że rozprawa odbywa się *in camera*, chyba że strony wyrażą zgodę na jej otwarcie dla publiczności²⁷. Podobnie zmieniony regulamin arbitrażowy ICSID, pomimo jego znacznej liberalizacji w tym zakresie, nadal uzależnia możliwość otwarcia rozprawy dla osób trzecich od zgody stron²⁸.

Konsekwentnie, także protokoły z rozpraw oraz nagrania wypowiedzi biegłych czy zeznań świadków nie powinny być nigdy ujawniane bez zgody stron, stanowią one bowiem wierne odzwierciedlenie przebiegu rozprawy²⁹. Publikacja materiałów dokumentujących przebieg rozpraw, zwłaszcza tylko fragmentaryczna i wyjęta z kontekstu niesie ze sobą ryzyko przedstawienia zniekształconego obrazu postępowania i co za tym idzie – samego sporu. Dalszą konsekwencją może być zaostrowienie sporu pomiędzy stronami, które w obawie przed krytyką publiczną i działając pod presją przyjmują strategie, które mogą utrudnić bądź nawet uniemożliwić polubowne rozwiązanie sporu;

²³ *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 109.

²⁴ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 156.

²⁵ *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 110.

²⁶ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 157; *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 110.

²⁷ Art. 28(3).

²⁸ Art. 32(2).

²⁹ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 155; *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 100.

b) pisma procesowe, pisemne oświadczenia i inne dokumenty, jak również oświadczenia świadków i biegłych

Podobne wątpliwości jak w przypadku protokołów czy nagrań z rozpraw budzi upublicznianie pism procesowych, pisemnych oświadczeń i innych dokumentów. Także i w tym wypadku wybiórcza publikacja takich materiałów może przyczynić się do przedstawienia zniekształconego obrazu postępowania, jak również samego sporu³⁰. W tym przypadku ryzyko to wydaje się być jeszcze większe, skoro z zasady zawierają one stanowisko jednej tylko strony, które w wielu przypadkach może być w znacznej mierze subiektywne. Ponadto dokumenty takie mogą zawierać odwołania lub szczegóły dotyczące przedstawionych w sprawie dokumentów;

c) korespondencja pomiędzy stronami lub stronami a trybunałem prowadzona w związku z postępowaniem arbitrażowym

Korespondencja pomiędzy stronami lub pomiędzy nimi, którąś z nich a trybunałem z natury swojej odnosi się głównie do przebiegu samego postępowania, tj. do kwestii takich jak liczba i porządek pism procesowych, czas i miejsce rozpraw, liczba i kolejność prezentowania opinii biegłych i słuchania świadków, które co do zasady nie są przedmiotem zainteresowania społeczeństwa. Ponadto, wszelkie ustalenia w tym zakresie wymagają współpracy wszystkich uczestników postępowania i osiągnięcie przez nich konsensusu może być wysoce utrudnione, jeżeli kwestie te staną się przedmiotem publicznej dyskusji i oceny.

Zatem okoliczność, iż korespondencja procesowa nie odnosi się do kwestii merytorycznych będących przedmiotem postępowania, przemawia za przyjęciem, iż w tym przypadku „konieczność zapewnienia integralności postępowania przeważa nad potrzebą przejrzystości”³¹;

d) informacje zawarte w bazach danych

Względy przejrzystości nie mogą również przeważać nad ochroną informacji, które są uprzywilejowane bądź w inny sposób chronione przed ujawnieniem zgodnie z prawem krajowym strony postępowania (np. dane osobowe)³²;

e) narada arbitrów

Narada arbitrów jest elementem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu arbitrażowym i stąd objętym obowiązkiem bezwzględnej tajności, przy czym obowiązek ten ma dwa wymiary.

Z jednej strony, arbitrzy zobowiązani są do odbywania narad za zamkniętymi drzwiami (z zachowaniem tajności) bez udziału stron czy innych uczestników postępowania, z drugiej strony, zabronione jest ujawnianie informacji dotyczących przebiegu narady i stanowisk poszczególnych arbitrów, także po zakończeniu postępowania. Ten wymóg można znaleźć także w art. 6(2) regulaminu arbitrażowego ICSID oraz art. 9 Zasad Etyki IBA.

³⁰ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 158; *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 105.

³¹ *Biwater Gauff* przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii, § 161; *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 115–116.

³² *Giovanna A. Beccara* przeciwko Republice Argentyny, § 72; por. art. 32(2) *in fine* regulaminu arbitrażowego ICSID.

V. Sposoby zapewnienia poufności w arbitrażu inwestycyjnym

1. Zobowiązanie stron

Biorąc pod uwagę brak generalnej zasady poufności, najlepszym sposobem wprowadzenia tego obowiązku do postępowania arbitrażowego jest wyraźne porozumienie stron w tym przedmiocie. Stosowne postanowienia odnoszące się do tego tematu mogą znaleźć się na etapie zawierania BIT-u. Nie ma jednak przeszkód, aby już po powstaniu sporu jego strony zawarły umowę odnośnie do poufności, w której wyraźnie określą zakres zastosowania tego obowiązku ze wskazaniem informacji czy dokumentów, które mają być nią objęte, terminu obowiązywania takiej umowy, okoliczności w jakich poufne informacje mogą być ujawnione (np. w przypadkach kiedy taki obowiązek nałożony jest na jedną ze stron przez obowiązujące przepisy prawa), jak również ewentualnych konsekwencji naruszenia tak określonego obowiązku zachowania poufności.

2. Środki proceduralne

W braku porozumienia odnośnie do wprowadzenia obowiązku poufności bądź też jego zakresu, każda ze stron może zawnieść, aby trybunał wydał „nakaz zachowania poufności” (np. zgodnie z art. 19 regulaminu arbitrażowego ICSID – *procedural orders*).

3. Przestrzeganie mających zastosowanie zasad dotyczących poufności

Pomimo iż ta uwaga może wydać się zbędna, podkreślenia wymaga konieczność przestrzegania mających zastosowanie zasad odnośnie do poufności. Wszelkie porozumienia stron czy nakazy trybunału będą bezużyteczne, jeśli zasady w nich określone nie będą przestrzegane przez uczestników postępowania (strony, arbitrow, pełnomocników *etc.*).

4. Problem udziału osób trzecich – *amici curiae*

Ostatni postulat dotyczy instytucji *amici curiae*, tj. podmiotów, które nie będąc formalnie stroną sporu, za zgodą trybunału faktycznie uczestniczą w nim, składając pisemne oświadczenia. Status *amicus curiae* może obejmować również uprawnienie do dostępu do dokumentacji postępowania, otwartych rozpraw i możliwości odpowiedzi na pytania trybunału odnośnie do złożonych przez siebie oświadczeń.

Wydaje się być wysoce wątpliwe, czy sama możliwość składania pisemnych oświadczeń bez dostępu do kluczowej dokumentacji postępowania, przesłuchań czy transkrypcji przysłuży się zapewnieniu przejrzystości arbitrażu inwestycyjnego. W najlepszym wypadku rozwiązanie to może okazać się neutralne dla postępowania. W najgorszym – uczestnictwo *amicus curiae* dodatkowego podmiotu działającego w imieniu osób, przed którymi nie musi się rozliczać z przedsięwziętych kroków i pozbawionego dostępu do informacji, które mogłyby nadać jakieś znaczenie jego udziałowi przyczyni się wyłącznie do

zakłócenia postępowania, jego wtórnego upolitycznienia i – jak to już zostało zasygnalizowane wcześniej – do jego wydłużenia oraz powstania dodatkowych kosztów³³.

W świetle powyższego wydaje się zasadne dopuszczenie udziału *amici curiae* tylko w przypadkach, gdzie strony wyraziły zgodę na upublicznienie szerokiej gamy materiałów postępowania, w tym pism procesowych oraz na udział osób trzecich w rozprawach. W przeciwnym razie, osoby trzecie niemające wystarczającej wiedzy na temat istoty sporu nie będą w stanie wypełnić swojej roli, która sprowadza się do zapewnienia trybunałowi pełnego obrazu sprawy.

VI. Uwagi końcowe

Pomimo istnienia mniej lub bardziej uzasadnionych argumentów przemawiających zarówno za jawnością, jak i za poufnością postępowania w arbitrażu inwestycyjnym, cały spór w tym zakresie wydaje się sprowadzać do ustalenia odpowiedzi na pytanie: czyje interesy powinny przeważać. W przypadku arbitrażu handlowego nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że to strony są panami postępowania i ich interesy powinny mieć prymat nad jakimikolwiek interesami „zewnętrznymi”. W arbitrażu inwestycyjnym, z przyczyn przedstawionych w drugiej części niniejszego opracowania, powstaje problem uwzględnienia interesów podmiotów niejako pozostających „na zewnątrz” sporu będącego przedmiotem postępowania.

Jak zostało to zasygnalizowane na początku tego artykułu, ambicją autorki było wykazanie, iż wbrew powszechnemu trendowi w kierunku upubliczniania arbitrażu inwestycyjnego, jawność nie powinna być postrzegana jako zasada ogólna, mająca absolutny prymat nad poufnością. W tym miejscu pozostaje wyrazić nadzieję, że przedstawione powyżej argumenty przemawiające za zasadą poufności i jej postulowanym zakresem potwierdzają, iż także w arbitrażu inwestycyjnym pozostało jeszcze całkiem sporo miejsca na poufność.

ABSTRACT

Protecting Confidentiality in Investment Arbitration

Confidentiality has always played a less significant role in investment arbitration than in commercial arbitration. However, in the last few years there is a noticeable tendency towards greater transparency in investment arbitration. The rationales most commonly invoked in favour of transparency include alleged lack of an arbitration agreement, public interest argument as well as improvement of quality and predictability of investment law. Critical analysis of these arguments reveals that they are, at least to certain extent, overstated. On the other hand, potential benefits of confidentiality in investment arbitration can be significant. By way of example, but not limitation, they comprise time and cost efficiency, protection of procedural integrity and avoidance of politicization of investment disputes.

³³ N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, s. 253 i 272.

Confidentiality may relate to three different aspects of arbitral proceedings, namely pre-award disclosure, post-award disclosure and amicus curiae (third party participation). Based on the guidelines expressed in both – the judicature and commentary, the rules of disclosure in investment arbitration vary with regards to different aspects of proceedings. In relation to some documents and/or information, full disclosure should be allowed, while other must remain confidential at all times (e.g. deliberations of arbitrators).

In the light of the above, despite the common trend to the contrary, the only right conclusion seems to be that transparency is not the only proper approach in investment arbitration. Consequently, there is still some space for confidentiality and, what is more, there are some areas of investment arbitration, in which this is the only right approach.