

*Katarzyna Południak*

Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytet Jagielloński

## ARBITRAŻ MIĘDZYNARODOWY – PRZYSZŁOŚĆ I ROZWÓJ

### I. Zmiany społeczno-gospodarcze

Instytucja arbitrażu międzynarodowego, jako dobrze znana współczesnym praktykom i mocno zakorzeniona w porządkach prawnych krajów wysoko rozwiniętych, mogłaby zostać uznana za trwałą i niezmienną. Jednakże czy tak jest rzeczywiście? Punktem wyjścia dla niniejszych rozważań będzie analiza gwałtownych zmian w systemie gospodarczo-społecznym państw rozwiniętych oraz ich skutków w sferze prawa prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem wpływu, jaki mogą one wywrzeć na postrzeganie i ewolucję instytucji arbitrażu międzynarodowego.

Niezaprzeczalne jest, że wraz z postępem technologicznym zwiększa się prędkość obrotu. Transport dóbr staje się coraz szybszy i bardziej niezawodny. Świadczenie usług odbywa się już nie tylko w sposób bezpośredni, nie jest już konieczne, by usługodawca i usługobiorca znajdowali się w tym samym miejscu w tym samym czasie – stały i nieprzerwany przepływ informacji pomiędzy nimi zapewniają środki komunikacji, takie jak Skype, Viber czy inne komunikatory internetowe. Element odległości traci znaczenie, wszak nastąpiły czasy globalnej wioski, społeczeństwa komunikacyjnego. Podmiot szukający partnera gospodarczego dzięki eksterytorialności medium, jakim jest internet, nie musi go poszukiwać na ściśle ograniczonym obszarze. Wyzwolenie z dotychczasowych ograniczeń terytorialnych prowadzi do gwałtownego wzrostu znaczenia informacji. Postępuje wirtualizacja obrotu, internet, w latach 90. XX wieku postrzegany jako kolejne medium komunikacyjne, rozrasta się, przekształcając w odrębne środowisko, w którym rozkwitają nowe rynki, formują się nowe społeczności. O tym, że nie jest to zjawisko tymczasowe, a stały kierunek rozwoju społecznego, świadczy fakt, iż nawet w latach kryzysu ekonomicznego obrót na płaszczyźnie online nie słabnie, rozwój rynków internetowych trwa stabilnie<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Wywiad z Damienem Perillatem, prezesem PayPal, strona internetowa: <http://interaktywnie.com/biznes/artykuly/wywiady/damien-perillat-prezes-paypal-twierdzi-ze-banki-nie-sa-konkurencja-ma-racje-246138> [dostęp: 14.03.2014].

Rodzi to zasadnicze skutki w sferze publicznej, i prywatnoprawnej. Pojawia się wiele problemów, związanych z eksterytorialnością zawieranych transakcji. W przypadku, gdy stronami umowy nie są obywatele tego samego państwa czy też osoby mające w tym samym kraju miejsce stałego pobytu<sup>2</sup>, problematyczne staje się określenie prawa właściwego. Wątpliwości budzi właściwość jurysdykcyjna sądów państwowych. Zawodzą klasyczne mechanizmy egzekucyjne. Powstaje luka systemowa, którą wypełnić może właśnie arbitraż międzynarodowy. Jednakże będzie to możliwe tylko w przypadku, gdy nastąpi dostosowanie tej instytucji do nowej rzeczywistości społeczno-gospodarczej.

Prywatny system sędziowski<sup>3</sup> powinien specjalizować się i rozwijać, stając się dzięki temu bardziej atrakcyjny niż system państwowy i zapewniając jednostkom możliwość skutecznego dochodzenia praw mimo zmienności otaczającego je świata. Jak podnosi B. Caplan<sup>4</sup>, monopol państwowego systemu sądowego współcześnie okazuje się nieefektywny i zawodny, natomiast alternatywne sposoby rozwiązywania sporów, obejmujące zarówno metody nieadjudykacyjne, jak i adjudykacyjne (sądy arbitrażowe, polubowne) mogą zagwarantować bezpieczeństwo obrotu tam, gdzie nie sięga władza państwowa. Autor postuluje korzystanie z mechanizmów wolnorynkowych, podnosząc, że konkurencja w systemie sądowym prowadzi do efektywniejszego rozwiązywania konfliktów. Współzawodnictwo stymuluje i pobudza – jak dowodzi Caplan – przyczyniając się do rozwoju intelektualnego sędziów i wpływając korzystnie na jakość świadczonych przez nich usług. O ile teza o konkurencji w systemie sędziowskim jest na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nie do obrony<sup>5</sup> i pozostaje aktualna tylko w odniesieniu do systemu *common law*, to jednak należy przyjąć, iż tylko rozwój arbitrażu międzynarodowego i pozostałych metod polubownego rozwiązywania sporów online może, bez hamowania globalnego rozwoju obrotu internetowego, zagwarantować jego uczestnikom skuteczną ochronę prawną.

## II. Nieadekwatność postępowania sądowego – postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do arbitrażu międzynarodowego

### Czas trwania postępowania

Postępowanie przed sądem powszechnym, względnie efektywne i skuteczne dotychczas, okazuje się nieadekwatne w przypadku sporów pojawiających się w obro-

<sup>2</sup> Łączniki służące do określenia prawa właściwego i właściwej jurysdykcji statuują w przypadku Polski: ustawa z dnia 4.02.2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, rozporządzenia unijne, umowy międzynarodowe.

<sup>3</sup> Podział na sądy prywatne i państwowe przyjęty za: B. Caplan, E. Stringham, *Privatizing the Adjudication of Disputes*, Independent Institute Working Paper Number 69, October 17, 2007 r., strona internetowa: [http://www.independent.org/pdf/working\\_papers/69\\_private.pdf](http://www.independent.org/pdf/working_papers/69_private.pdf) [dostęp: 27.11.2013].

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 13-14.

<sup>5</sup> Szerzej: A.W. Wiśniewski, *Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego*, Kwartalnik ADR 2008, nr 2, s. 53-76.

cie internetowym<sup>6</sup>. Poza początkowymi komplikacjami spowodowanymi trudnościami w określeniu prawa właściwego i właściwej jurysdykcji, już po wszczęciu postępowania przed właściwym sądem pojawia się szereg problemów. Przede wszystkim proces dochodzenia spełnienia roszczenia przed sądami powszechnymi jest czasochłonny. W obrocie internetowym natomiast coraz większe znaczenie odgrywa czas, skonfliktowane strony poszukują zatem jak najszybszego sposobu rozwiązania lub rozstrzygnięcia sporu<sup>7</sup>. Co do zasady głównymi zaletami postępowania arbitrażowego powinny być właśnie szybkość procedury i jej niskie koszty. Uproszczenia proceduralne (np. mniejszy formalizm), mające zagwarantować powyższe, mogą prowadzić do naruszenia zasady sprawiedliwego procesu i bezpieczeństwa stron, powstaje zatem konieczność wyważenia dóbr celem zapewnienia maksymalnej realizacji każdego z tych postulatów bez naruszenia istoty pozostałych.

### Walka o prawo a systemy reputacyjne

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż większość rynków internetowych działa na zasadzie systemu reputacyjnego. Zatem sytuacja, w której członek danej społeczności internetowej wchodzi w spór z innym użytkownikiem, przekłada się niemal automatycznie na pogorszenie jego sytuacji na rynku, zmniejszenie jego atrakcyjności jako potencjalnego partnera handlowego, powodując znaczne obniżenie obrotów lub, w sytuacjach skrajnych, wypchnięcie z rynku<sup>8</sup>. O wzrastającym znaczeniu instrumentów reputacyjnych świadczy rozwijający się nieprzerwanie system komentarzy, „polubień”, „poleceń”, umożliwiających zacieśnienie relacji między użytkownikami, ułatwiających komunikację. Użytkownik uzyskuje znacznie szybszy i łatwiejszy dostęp do informacji, zanika tak klasyczna w dawnych stosunkach konsument – przedsiębiorca asymetria informacyjna. Następuje przewartościowanie systemu, bowiem celem sprzedawcy w sporze z nabywcą nie jest już zachowanie prawa, a ochrona swej reputacji, uniknięcie stygmatyzacji i spadku liczby zawieranych transakcji, który mogłyby pociągnąć ewentualne negatywne komentarze umieszczane na jego profilu. Odwrot od idei głoszonych przez Rudolfa von Iheringa<sup>9</sup> może stanowić odejście od jednej z podstawowych zasad porządku kontynentalnego. Przesunięcie akcentów z walki o prawo *per se* na poszukiwanie rozwiązania gwarantującego „ocalenie twarzy” obu stronom konfliktu jest charakterystyczne dla kultur Azji. Związane jest to ze specyficznym postrzeganiem konfliktu w tamtejszych kulturach – cykliczność czasu powoduje, że raz wyniki spór

<sup>6</sup> T. Schultz, *Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trusts*, North Carolina Journal of Law and Technology, vol. 6, issue 1: Fall 2004, s. 84, strona internetowa: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896532](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896532) [dostęp: 1.03.2014].

<sup>7</sup> Rozróżnienie powyższych pojęć za: A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów USA*, 1993, s. 31.

<sup>8</sup> Przyczynia się do tego tzw. system feedback. Użytkownicy systemu reputacyjnego mają możliwość oceny, negatywnej lub pozytywnej, osób, z którymi zawierają umowy w ramach serwisu. Informacje te dostępne są dla wszystkich członków danej społeczności, w oparciu o nie zaś sformułowana jest ocena ogólna danego użytkownika.

<sup>9</sup> R. Ihering, *Walka o prawo*, tłumaczone na język hiszpański przez Adolfo Posada y Biesca, 1881.

nie odchodzi nigdy w zapomnienie, nie istnieje bowiem tylko między konkretnymi stronami, ale znajduje odbicie między każdą ze stron a społeczeństwem jako całością. Z tego powodu skierowanie sporu na drogę sądową postrzegane jest w społeczeństwie jako dowód słabości, staje się porażką jednostki w życiu społecznym.

Taka ewolucja systemu europejskiego świadczy o postępującej globalizacji i zmieszaniu kultur, potencjalnie mogłaby prowadzić również do zachwiania fundamentów kultury europejskiej i stanowić w konsekwencji zagrożenie dla podstawowych praw człowieka, takich jak właśnie prawo do sądu. Jednakże istnieją instrumenty pozwalające jednostce na dochodzenie swych praw, których zastosowanie nie pociąga za sobą powyższych konsekwencji. Jednym z takowych jest arbitraż międzynarodowy. W jego przypadku nacisk kładziony jest nie na samo rozstrzygnięcie sporu, wzajemne ustępstwa stron, umożliwiające uchylenie stanu niepewności związanego z roszczeniami wynikłymi z łączącego strony stosunku lub uchylenia sporu istniejącego lub mogącego powstać, ale na osiągnięcie porozumienia poprzez pozytywne projektowanie wspólnej współpracy. Celem jest zatem nie tyle uchylenie konsekwencji sporu, co rozwiązanie kształtującego się konfliktu na etapie możliwie najwcześniejszym.

### **Koszty postępowania a postulat niezależności**

Kolejnym elementem, przemawiającym za poddaniem przez strony sporu, powstałego na gruncie zawartej przez nie online umowy, pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, są jego relatywnie niskie koszty w porównaniu z postępowaniem sądowym, prowadzonym w kraju obywatelstwa, zamieszkania, siedziby czy działalności którejś ze stron bądź też w kraju trzecim. Postępowanie takowe generuje bowiem znaczne koszty dla każdej ze stron – prócz podstawowych kosztów postępowania obejmować one będą dodatkowo koszty dojazdów stron, koszty ustanowienia pełnomocnika profesjonalnego z danego kraju, czasem również tłumacza. Rozwiązaniem okazuje się w tym przypadku zawarcie przez strony umowy o arbitraż, o ile możliwe jest wyznaczenie jako sądu arbitrażowego instytucji rozstrzygającej spory online. W tym kontekście pojawia się też zasadniczy problem, dotyczący finansowania takowej instytucji, przy równoczesnej konieczności zapewnienia podmiotowi rozstrzygającemu niezależności, w tym niezależności instytucjonalnej.

Sądy arbitrażowe w wielu przypadkach działają przy innych podmiotach, np. zajmujących się działalnością gospodarczą. Tak też jest w przypadku instytucji świadczących usługi z zakresu ODR<sup>10</sup> – funkcjonujących zwykle przy innych podmiotach, np. zajmujących się działalnością gospodarczą. Pojawia się w literaturze teza<sup>11</sup>, iż współcześnie przeważają tendencje do lokowania podmiotów ODR przy ośrodkach publicznych, niekomercyjnych. Jednak powyższe może być uznane za

<sup>10</sup> Online Dispute Resolution – odmiana ADR (Alternative Dispute Resolution), pojęcie to obejmuje dwa zupełnie odmienne zakresy semantyczne; odnosi się bowiem do rozwiązywania sporów wynikłych z e-commerce oraz do sporów tylko rozwiązywanych online, niezależnie od przyczyn i warunków ich powstania. W pracy pojęcie używane jest w pierwszym znaczeniu.

<sup>11</sup> W. Brych, *Sąd polubowny – działalność zarobkowa czy non profit?* [w:] *Arbitraż i mediacja – aktualne problemy teorii i praktyki funkcjonowania sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych*, red. J. Olszewski, 2009, s. 53-57.

twierdzenie kontrfaktyczne, wobec rozbudowy serwisów sprzedażowych, oferujących usługi wewnętrznych bądź powiązanych z nimi podmiotów ODR<sup>12</sup>. Powstałe przy danej instytucji podmioty ODR, mimo pewnego stopnia autonomii dzięki wyodrębnionej strukturze organizacyjnej i samodzielnie prowadzonej gospodarce finansowej, pozostają immanentnie związane z instytucją matką. Często głównym celem ich działalności jest rozwiązywanie sporów wynikłych między użytkownikami lub klientami instytucji matki. Brak zatem bezpośredniego celu zarobkowego takich podmiotów, co przemawia za osadzeniem ich w strukturze organizacji non profit. Zmarginalizowanie potencjalnych celów zarobkowych znajduje potwierdzenie w praktyce – obecnie na rynku występują podmioty ODR, przed którymi postępowanie jest w pełni bezpłatne (tak jest w przypadku PayPal<sup>13</sup>). Jednakże wobec powiązania z podmiotem gospodarczym pełne wyabstrahowanie od kwestii finansowych wydaje się niemożliwe. Problem ten staje się palący wobec popularyzacji metod ODR, szczególnie arbitrażu, i coraz częstszego korzystania z nich w obrocie konsumenckim. Przez kogo zatem finansowane mają być podmioty trudniące się alternatywnym rozwiązywaniem sporów?

T. Schultz<sup>14</sup> proponuje model finansowania przez państwo, jako najskuteczniej chroniący przed wypaczeniami i wynaturzeniami. Prawdopodobieństwo wystąpienia wspomnianych rośnie bowiem gwałtownie w przypadku „opłacania” działalności podmiotu świadczącego tego typu usługi przez instytucję matkę. Absurdalne jest żądanie od rozstrzygających pełnej bezstronności w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie niekorzystne dla konsumenta, choć sprawiedliwe i uzasadnione, może przyczynić się do spadku popularności instytucji-matki. Konsekwencją byłoby obniżenie funduszu przeznaczonego na działalność podmiotu ODR oraz wynikające zeń bezpośrednio niższe wynagrodzenia dla jego pracowników. Na działalność w ten sposób skomercjalizowaną znacznie łatwiej mogą też oddziaływać spoty reklamowe ustawodawcy czy kampanie mające na celu ochronę pewnych grup, np. konsumentów. Wpływ obu powyższych czynników na tendencje orzecznicze ODR widać szczególnie wyraźnie właśnie na przykładzie PayPal. Uderza liczba przypadków publikowanych przez rozgoryczonych użytkowników-sprzedawców na forach internetowych – większość z nich zarzuca stronniczość organom ferującym rozstrzygnięcia prokonsumenckie, zupełnie nieraz wbrew dostarczanym przez strony dowodom.

Kwestia finansowania podmiotów ODR, w tym działających online sądów arbitrażowych, okazuje się zatem nie rozstrzygnięciem technicznym, a podstawą, mającą zagwarantować sprawiedliwość orzekania. W literaturze proponowane są trzy zasadnicze modele. Pierwszy oparty został na symetrycznym rozłożeniu kosztów postępowania – tak, by koszty procesu obciążały po równi obie strony. Jest on oczywiście niemożliwy do zastosowania w praktyce – w obrocie konsumenckim spowodowałby

<sup>12</sup> Tak w przypadku największych serwisów sprzedażowych: eBay, Amazon.

<sup>13</sup> Występuje tu jednakże ograniczenie podmiotowe – usługi świadczone są tylko na rzecz użytkowników serwisu eBay, przy którym działa ta instytucja finansowa, zajmująca się również rozwiązywaniem sporów online.

<sup>14</sup> T. Schultz, *Does Online...*, *op. cit.*, s. 92-93.

zamknięcie drogi sądowej stronie słabszej, co byłoby równoznaczne z upadkiem klauzuli ODR. Zgodnie z drugim rozwiązaniem, stroną ponoszącą wszelkie koszty byłaby strona profesjonalna. Niestety, choć pozornie korzystniejsze dla konsumenta, rozwiązanie to niesłoby duże zagrożenie dla podstawowych zasad ODR, jak choćby zasady bezstronności. Wyłączne finansowanie przez jedną ze stron skutkowałoby zapewne wpływaniem przez nią na treść rozstrzygnięcia. Jako trzeci proponowany jest model finansowania zewnętrznego przez podmiot w żaden sposób niezwiązany ze stronami. Choć abstrakcyjnie najkorzystniejszy, ten model jest najmniej prawdopodobny do urzeczywistnienia – zakładając, że działalność ODR nie powinna być nastawiona na osiągnięcie zysków. W kontekście zasad i postulatów dotyczących ODR podmioty prywatne nie miałyby interesu w ich finansowaniu. Pozostaje zatem do rozważenia model proponowany przez T. Schultza, a mianowicie rozszerzenie dotowania sądownictwa przez państwo na podmioty oferujące alternatywne rozstrzygnięcie sporów.

### Materializacja rozstrzygnięcia

Głównym argumentem przeciwko wszczęciu postępowania sądowego przez którąkolwiek ze stron sporu w przypadku transakcji międzynarodowych jest fakt, iż strona, nawet uzyskawszy korzystne dla siebie rozstrzygnięcie, nie będzie mogła uzyskać zaspokojenia roszczenia. Wszczęcie postępowania egzekucyjnego przez obywatela polskiego przeciwko mieszkańcowi Stanów Zjednoczonych czy Korei Północnej w większości przypadków okaże się niemożliwe, nieskuteczne bądź nader kosztowne. Nawet w przypadku, gdy postępowanie będzie się toczyć przeciwko podmiotowi z innego kraju członkowskiego Unii Europejskiej, zachodzi ryzyko, że o ile dłużnik byłby w stanie spłacić dług, na który składa się tylko należność główna, o tyle w przypadku, gdy będzie musiał również pokryć wygórowane koszty sądowe w pierwszej kolejności, może nie być już w stanie zaspokoić roszczeń wierzyciela, wynikających z łączącego strony stosunku prawnego. Czy możliwe jest zatem implementowanie w świecie online takich instytucji, które zapewniłyby orzeczeniu sądu arbitrażowego skuteczność i efektywność? Czy może w sieci istnieją swoiste systemy egzekucyjne, więc ingerencja ustawodawcy nie jest konieczna?

Efektywność metod rozwiązywania sporów jest immanentnie związana z rzeczywistą ochroną, jaką dają prawom i interesom stron oraz z materializacją rozstrzygnięcia na płaszczyźnie rzeczywistej. T. Schultz<sup>15</sup> postuluje pozostawienie instytucjom online kompetencji do samoregulacji, wywodząc, że regulacja *e-commerce* przez państwa, których obywatele zawierają transakcje przez internet, jest bezcelowa. Osia rozważań zwolenników samoregulacji sieci są trzy argumenty – dotyczące podziałów terytorialnych, właściwości jurysdykcyjnej i legitymizacji wszechobecnego suwerena online. Podporządkowanie sfery wirtualnej koncepcjom prawnym bazującym na podziałach terytorialnych jest *ex definitione* błędne wobec eksterytorialności medium. Wątpliwości budzą również kwestie jurysdykcyjne – transakcje zawierane online powstają równocześnie w kilku systemach prawnych, w obrębach których działają strony umowy.

<sup>15</sup> T. Schultz, *Online Arbitration: Binding or Non-Binding?*, strona internetowa: <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html> [dostęp: 1.12.2013].



Wobec nieistnienia ponadnarodowego wirtualnego suwerena brak też norm legitymizujących prawa stanowione i działające online.

Jednakże, wraz z rozwojem *e-commerce*, wzrasta liczba sporów z nim związanych. System online, gwarantujący ich skuteczne rozwiązywanie, staje się coraz bardziej potrzebny. Charakter medium oraz specyfika tych umów przemawiają za adaptacją systemu ODR, szczególnie instytucji arbitrażu. Powołanie światowego czy choćby paneuropejskiego podmiotu ODR i zagwarantowanie sprawności działania do dnia dzisiejszego nie powiodło się, natomiast przy portalach pośredniczących w sprzedaży, nowoczesnej formie klasycznego rynku, zaczęły powstawać centra ODR. Jakie są motywy ich tworzenia? Czemu prowadzącym serwisy sprzedażowe miałyby zależeć na poprawie sytuacji konsumenta?

E. Katsh, J. Rifkin i A. Gaitenby<sup>16</sup> formułują trzy zasadnicze argumenty. Przede wszystkim utworzenie jednostki świadczącej usługi z zakresu rozwiązywania sporów, obsługującej użytkowników portalu, pozwala na uniknięcie niepotrzebnych, a wysokich kosztów związanych z postępowaniami sądowymi toczącymi się przed sądami powszechnymi obcych krajów. Ponadto kopiowanie struktur ODR istniejących już na innych portalach i zaakceptowanych przez społeczność internetową jest obarczone stosunkowo niskim ryzykiem, zaś okazuje się korzystne dla serwisu ze względów finansowych i przyczynia się do kształtowania jego reputacji jako wiarygodnego i godnego zaufania. Jednakże, czynnikiem decydującym o zaadaptowaniu na szeroką skalę omawianego rozwiązania jest fakt, że tylko powiązanie podmiotu ODR z rynkiem umożliwia materializację rozstrzygnięcia – w sieci brak bowiem suwerennego organu, władnego wyegzekwować należności od mieszkańca Szanghaju, podjęcie działań przez Amerykanina czy też nałożyć sankcje na Polaka. Dzięki ustanowieniu podmiotu ODR przy rynku możliwe jest przejście przez portal sprzedażowy funkcji mechanizmu egzekucyjnego.

Model biznesowy, znajdujący zastosowanie w przypadku większości portali aukcyjnych, charakteryzuje się brakiem odpowiedzialności „właściciela strony” za wypełnienie zobowiązań wynikających z umów zawartych w ramach portalu. Zatem z perspektywy serwisu pełni on funkcję „gospodarza” lub „rynku”, nie mając przy tym nadmiernego wpływu na charakter zawieranych na nim transakcji. Jednakże przez użytkowników portal i jego regulacje są postrzegane odmiennie. Podporządkowanie powyższym (a więc również rozstrzygnięciom funkcjonującego przy serwisie podmiotu ODR) jest konieczne w kontekście prowadzenia stałej działalności za pośrednictwem konkretnego portalu. Na tym właśnie zjawisku został oparty system witryny eBay i PayPal. Ignorowanie przez użytkownika zasad, regulaminu, tj. „prawa eBay”, owocujące np. powstaniem sporu, wpływa bezpośrednio na sytuację gospodarczą tego podmiotu na rynku.

Co wpłynęło na wykształcenie prawa online? Pobudką do stanowienia praw w obrocie zwykle okazuje się konieczność zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, jednakże ta potrzeba na początku funkcjonowania sieci zdawała się nie mieć zasto-

<sup>16</sup> E. Katsh, J. Rifkin i A. Gaitenby, *E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of „eBay Law”*, Ohio St. J. on Disp. Resol., 2000 r., s. 727.

sowania online. Zagrożenia, jakie niósł ze sobą obrót online i wirtualizacja różnych aspektów życia, były bagatelizowane. Momentem zwrotnym okazała się seria cybergwaltów na portalu RPG<sup>17</sup>. Użytkownicy LambdaMOO jako pierwsi uznali konieczność ustanowienia skutecznych reguł działalności online, których przestrzeganie obwarowane będzie sankcjami dotkliwymi nie tyle dla osoby fizycznej, co dla jej awatara w wymiarze online.

Zdarzenia te przyczyniły się do uznania konieczności zapewnienia bezpieczeństwa publicznego również w internecie. Dla zapewnienia funkcjonowania poszczególnych serwisów internetowych konieczne okazało się zagwarantowanie użytkownikom ochrony przed poniesieniem szkody lub krzywdy. Było to zadaniem nader skomplikowanym – środowisko online postrzegane jest, nie bezzasadnie, jako *high-risk & low-trust*, co zasadniczo uniemożliwia rozwój rynków online. Modelowo można wyróżnić dwa schematy rozwiązań, które potencjalnie mogą przyczynić się do zmiany tego wizerunku: pierwszy, oparty na ustanowieniu dotkliwych sankcji w przypadku łamania zasad danego serwisu, oraz drugi, związany z rozbudową obowiązków informacyjnych, a zatem mający na celu zapobieganie powstawaniu sporów dzięki systemowi ostrzeżeń o oszukańczych praktykach poszczególnych uczestników obrotu. W systemie eBay zaadaptowano drugie z podanych rozwiązań. Wdraża się mechanizmy umożliwiające stronom zdobywanie reputacji online dzięki systemowi postów i komentarzy oraz tzw. *feedback rating*<sup>18</sup>, dostępny na stronie każdej aukcji danego użytkownika. O wysokiej użyteczności i efektywności instytucji może świadczyć fakt, że aktualnie feedback właśnie jest pierwszą rzeczą sprawdzaną przez potencjalnego kupującego przed zawarciem umowy.

Mimo że eBay nie bierze odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań wynikających z zawartych za jego pośrednictwem umów, istnieją mechanizmy umożliwiające stronie zmniejszenie ryzyk transakcyjnych. Przy serwisie działają: podmioty świadczące usługi depozytowe<sup>19</sup>, system obciążeń zwrotnych kart kredytowych, podmioty świadczące usługi ODR.

Czy jednakże niewiążące rozstrzygnięcie podmiotu oferującego usługi alternatywnego rozstrzygania sporów może przynieść pełną realizację prawa danej strony? Przede wszystkim warto zauważyć, że rozstrzygnięcia ODR są niewiążące z punktu widzenia podmiotów rządowych, np. organów władzy publicznej – na przykład nie jest możliwe podjęcie egzekucji komorniczej celem wyegzekwowania należności zasądzonej na rzecz wierzyciela orzeczeniem. Jednakże rozstrzygnięcie ODR w środowisku, w którym zostaje wydane, może wiązać podmioty i prowadzić do władczego

<sup>17</sup> J. Dibbel, *A Rape in Cyberspace: How an Evil Clown, A Haitian Trickster Spirit, Two Wizards, and a Cast of Dozens Turned a Database into a Society*, pierwsza publikacja [w:] *The Village Voice*, grudzień 23, 1993 r., strona internetowa: [http://www.juliandibbell.com/texts/bungle\\_vv.html](http://www.juliandibbell.com/texts/bungle_vv.html) [dostęp: 15.02.2014].

<sup>18</sup> Instytucja zaadaptowana przez największe międzynarodowe serwisy sprzedażowe: Amazon i eBay, feedback oparty jest na stosunku liczby ocen pozytywnych do neutralnych i negatywnych wystawionych przez użytkowników sieci danemu podmiotowi. Strona internetowa: <http://pages.ebay.com/help/feedback/scores-reputation.html> [dostęp 3.12.2013].

<sup>19</sup> Strona internetowa: <http://pages.ebay.com/help/pay/escrow.html> [dostęp: 3.12.2013].



rozstrzygnięcia o ich prawach. Zastosowanie tu znajduje tzw. *selfenforcement method* – rozstrzygnięcie jest wcielane w życie przez system egzekucyjny podporządkowany danej jednostce prywatnej.

Tradycyjny arbitraż nie wzbudził wśród społeczności internetowej zainteresowania<sup>20</sup>. Wbrew samej istocie arbitrażu (rozstrzygnięcie wiążące) w sieci wykształcił się model *non-binding*, który w krótkim czasie został zaadaptowany przez wiele instytucji, pojawiając się w trzech zasadniczych odmianach: zapis arbitrażowy jest tylko względnie wiążący lub rozstrzygnięcie jest niewiążące albo rozstrzygnięcie dla jednej ze stron jest wiążące, a dla drugiej – nie. Ten ostatni model został zaadaptowany przez FordJourney – rozstrzygnięcie jest bezwzględnie wiążące dla strony profesjonalnej, konsumentowi pozostawiając wybór między ODR a drogą sądową.

Czemu w świecie online metody prowadzące do rozstrzygnięcia niewiążącego są bardziej rozpowszechnione niż rozstrzygnięcia wiążące? Zgodnie z opinią doktryny są one efektywniejsze i pozwalają na uniknięcie przeszkód natury prawnej, utrudniających konsumentowi dostęp do sądu wobec praktycznej niemożności dochodzenia przez niego praw przed sądem państwowym. Otóż wybór metody *non-binding* pozwala na obejście wymogów ustawowych. Nie stosuje się bowiem do nich wymóg klauzuli arbitrażowej, określonej procedury i zdolności arbitrażowej<sup>21</sup> czy uznania i nadania klauzuli wykonalności przez np. organ sądowy. Tym samym wybór niewiążącej metody ODR nie jest obwarowany tak rygorystycznymi wymogami ustawodawcy jak wybór np. klasycznego arbitrażu, natomiast wydane w ten sposób rozstrzygnięcie, pozornie niewiążące, wiąże online mocniej, lepiej i skuteczniej niż wiążące.

Niewiążące alternatywne metody rozwiązywania sporów często znajdują zatem zastosowanie w sytuacji, gdy strony chcą uniknąć zastosowania istniejących przepisów. Rozstrzygnięcia zapadłe na mocy procedur ODR mogą być kształtowane w sposób znacznie bardziej dowolny, mniej antagonizujący strony i lepiej dostosowany do danej sytuacji faktycznej, niż miałyby to miejsce w wypadku orzeczenia sądowego. Problematiczna kwestia właściwości jurysdykcyjnej, prawa właściwego może pozostać nierozwiązana, a wybór takiej metody nie wymaga spełnienia nadmiernie rozbudowanych wymogów formalnych.

<sup>20</sup> T. Schultz, *Online Arbitration...*, op. cit., s. 75

<sup>21</sup> W niektórych porządkach prawnych wykluczone jest poddanie pod arbitraż sporów wynikłych pomiędzy stronami o różnej pozycji przetargowej – celem regulacji jest ochrona strony słabszej. ADR w szerszym rozumieniu (zawierające też metody prawnie wiążące, adjudykacyjne) są bardziej rozpowszechnione w krajach *common law* niż w Europie kontynentalnej. Taki stan rzeczy znajduje odzwierciedlenie w wymogach ustawowych stawianych np. zapisowi na arbitraż w Stanach Zjednoczonych i w Unii Europejskiej. W Unii dominuje podejście bardziej rygorystyczne, szczególnie gdy chodzi o arbitraż w sprawach konsumenckich – arbitraż nie przewidziany przepisami prawa generalnie nie może zamykać drogi do sądu. W USA arbitraż w sprawach konsumenckich jest z zasady dozwolony, z wyjątkiem wypadków, gdy konsument był *procedurally unconscionable* (np. okazuje się, że w wyniku klauzuli arbitrażowej wszczęcie postępowania przez konsumenta staje się niemożliwe ze względu na koszty) lub *substantially unconscionable*. W celu uzdatnienia procedur arbitrażowych w obrocie pomiędzy stronami, z których jedna ma znacznie silniejszą pozycję przetargową, postulowana jest adaptacja modelu jednostronnie wiążącego.

Jako że rozstrzygnięcia niewiążące nie mogą być egzekwowane przez organy władzy publicznej, pojawia się problem zapewnienia im pożądanego stopnia efektywności. Czy wobec braku współdziałania państwowego mechanizmu egzekucyjnego strona wygrywająca może liczyć na zaspokojenie swoich roszczeń? Czy istnieje alternatywny model egzekucyjny?

Częstokroć samo wysłuchanie stron i umożliwienie im oceny własnych argumentów prowadzi do rozwiązania sporu przez dobrowolne podporządkowanie się rozstrzygnięciu przez strony – np. wobec uznania racji lub dowodów przedstawionych przez oponenta za silniejsze. Niekiedy jednak podjęty w ramach działalności ODR dialog nie prowadzi do kompromisu – wówczas konieczne okazuje się zastosowanie mechanizmów para-egzekucyjnych. Z powodu niemożliwości przekazania rozstrzygnięcia niewiążącego do egzekucji wiele instytucji oferujących usługi ODR wykształciło własne mechanizmy, mające wymusić skuteczność rozstrzygnięcia.

Mechanizmy działania aparatów egzekucyjnych oparte są na kontroli zasobów cennych dla partycypujących w obrocie. Na poziomie państwowym, poza siecią, tymi dobrami i zasobami w uproszczeniu okazują się przede wszystkim: wolność i pieniądze – stąd też takie rozpowszechnienie sankcji wolnościowych i gospodarczych. W obrocie online dla jednostki najważniejsze okazują się: dobre imię (renoma gospodarcza), środki finansowe i dostęp do rynku zbytu. Renoma gospodarcza na danym rynku napędza popyt i pozwala na generowanie zysków. Egzekwowanie niewiążących rozstrzygnięć oparte jest zatem właśnie na tych trzech elementach. Warto zaznaczyć, że o ile w systemach państwowych występują tylko kary, w sieci mamy też do czynienia z nagrodami, mającymi zachęcać podmioty m. in. do realizacji wydawanych przez ODR orzeczeń.

Przykładem nagrody jest *trustmark* – logo wyświetlane na stronie przedsiębiorcy, swoisty atest, informujący klienta, że podmiot zobowiązał się do przestrzegania norm jakościowych i przestrzega najlepszych praktyk rynkowych, np. respektuje orzeczenia wydawane w procedurze ODR. Efektywność tej metody do niedawna była kwestionowana, jednakże wobec rozbudowania systemu Trusted Shops<sup>22</sup> i podobnych nie sposób dłużej negować zasadności i efektywności powyższej instytucji.

Jedną z najbardziej dotkliwych sankcji jest wykluczenie z rynku. Jest to możliwe szczególnie w wypadku serwisów o dominującej bądź monopolistycznej pozycji na rynku. Groźba wykluczenia uczestnika obrotu, jak to ma miejsce w przypadku polityki eBay, może mieć potencjalnie znacznie bardziej niekorzystne ekonomicznie skutki niż podporządkowanie się rozstrzygnięciu ODR. Ryzyko użycia takiej sankcji niejednokrotnie skłoni przedsiębiorcę do wykonania decyzji niewiążącej, bowiem odmowa dostępu do rynku zbytu może być dla niego równoznaczna z koniecznością zakończenia prowadzonej działalności gospodarczej. Dziś instytucja ta nie jest praktycznie stosowana, o jej efektywności zaś stanowi stopień świadomości poszcze-

<sup>22</sup> Przykłady *trustmark* w *e-commerce*: Confianza Online, e-maerket, ISIS, Thuiswinkel Waarborg, Euro-Label, Trusted Shops; listę podmiotów działających w latach 2006 i 2012 w UE zawiera Aneks 3 do F. Alleweldt, S. Kara, N. Nahtigal, J. Trzaskowski, G. Fabisch, A. Fielder, P. Møgelvang-Hansen, *A Pan-European trustmark for e-commerce*, 2012.

gólnych użytkowników. O ile w stosunku do osób stale trudniących się działalnością gospodarczą tego typu sankcje będą skuteczne, o tyle w przypadku użytkowników okazjonalnych, tzw. *one-shot players*, będą obciążone bardzo niską uciążliwością, jako takie zaś nie będą stanowiły skutecznego bodźca.

W stosunku do takich uczestników obrotu najskuteczniejsze okazują się sankcje czysto ekonomiczne. Wśród tych, jako najpopularniejsze, można wyróżnić przykładowo: depozyty usługowe, fundusze celowościowe, system obciążeń zwrotnych. Nie ma przeszkód, by w ramach jednego serwisu transakcyjnego stosować powyższe metody łącznie.

Warto wskazać, że nawet w przypadku braku postanowień umownych, poddających wynikię między użytkownikami spory pod rozstrzygnięcie podmiotowi ODR funkcjonującemu przy danym serwisie, użytkownicy eBay w większości przypadków decydują się na wykonanie decyzji ODR, dążąc do uniknięcia stygmatyzacji w społeczności serwisu. Gromadzenie i przechowywanie danych w serwisie znacząco ułatwia ukształtowanie negatywnej opinii o podmiocie nierzetelnym bądź niechętnym do współdziałania z instytucjami rynku (tzw. *problem user*).

Powyższe nie oznacza, że portale internetowe przyjmują rolę suwerenów i stanowią prawa w księstwach-portalach. Jednakże, dysponując środkami mającymi zagwarantować przestrzeganie regulacji konkretnego portalu, mogą narzucić swoim użytkownikom pewne modele zachowań. Jak pisze Post<sup>23</sup>, prawo w internecie nie jest stanowione przez zewnętrznego czy nadrzędnego suwerena, a raczej stanowi wypadkową wyborów indywidualnego użytkownika, który rejestrując się na różnych portalach, a tym samym wchodząc do określonych społeczności internetowych, zobowiązuje się do przestrzegania ich praw, podporządkowuje się ich regulaminom. Użytkownik ma teoretycznie nieograniczoną możliwość wyrejestrowania się i ponownej rejestracji na innym portalu. Ta ruchliwość i zmienność, spowodowana brakiem stałego związania, gwarantuje sprawiedliwość działających systemów – systemy postrzegane jako sprawiedliwe i sprzyjające rozwojowi gospodarczemu czy osobistemu jednostki będą gwałtownie się rozwijały, a ich społeczności rosły, natomiast systemy niesprawiedliwe w odczuciu użytkowników, których zasady będą hamowały pożądane przez jednostki procesy, będą skazane na stopniowe obumieranie.

Konkurowanie pomiędzy systemami istniejącymi w sieci doprowadziło zatem do wykształcenia zasad mających zapobiegać wybuchaniu konfliktów pomiędzy ich użytkownikami oraz mechanizmów mających na celu rozstrzygnięcie już powstałych sporów i skuteczną egzekucję rozstrzygnięć. W przypadku obrotu online brak jednak klasycznego związania z konkretnym obszarem geograficznym, co powoduje pewne komplikacje natury prawnej w kontekście wymiaru sprawiedliwości.

W środowisku online oblicze gospodarki rynkowej zmienia się. Przede wszystkim, wobec coraz większej zmienności danych, rośnie szybkość zawierania transakcji, a czasochłonne rozstrzygnięcie sporów przed sądami państwowymi, obciążone niską efektywnością i kosztowne, staje się anachronizmem. Prędkość obrotu wymusza

<sup>23</sup> D. Post, *Governing Cyberspace*, 43 WAYNE L. REV., 1996 r., 166-167, strona internetowa: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=11477](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11477) [dostęp: 14.03.2014].

ukonstytuowanie instytucji efektywniejszych i szybszych, bowiem zwłoka czy pozostawanie w sporze z innym użytkownikiem sieci dla przedsiębiorcy prowadzącego działalność online niejednokrotnie oznacza gwałtowne pogorszenie jego sytuacji rynkowej, utratę konkurencyjności i, niemal zawsze, straty materialne. Racjonalizm skłania zatem do skorzystania z możliwości, które oferuje nam jako społeczeństwu – cyberprzestrzeń i zaakceptowania metod ODR. Dalsze istnienie i rozwój instytucji znanych porządkom prawnym krajów rozwiniętych, takich jak arbitraż międzynarodowy, uzależnione są od osadzenia ich w nowych kontekstach.

Konieczne jest zagwarantowanie szybkości postępowania arbitrażowego. Powinno ono być bezpłatne lub obciążone bardzo umiarkowanymi kosztami, przy zachowaniu możliwie dużego stopnia niezależności podmiotu orzekającego. Powiązanie podmiotu ODR świadczącego usługi z zakresu arbitrażu z konkretnym rynkiem online, np. samochodowym, umożliwiłoby natomiast nie tylko zapewnienie rozstrzygnięciom arbitrażowym wykonalności, ale również przyczyniłoby się do wzrostu fachowości arbitrów, uchylając lub zmniejszając znacznie zakres spraw, w których konieczne byłoby zasięgnięcie opinii biegłych.

*Katarzyna Południak*

## INTERNATIONAL ARBITRATION – THE FUTURE AND THE DEVELOPMENT

### Summary

As a consequence of a rapid development of international trade online and subsequent exterritoriality of concluded transactions, traditional ways of dispute resolution become inadequate. In the globalized, virtualized world time-consuming and expensive judicial procedure is no longer applicable for the disputes arising from e-commerce. Therefore, other methods of dispute resolution have been adopted – such as international arbitration. Yet, the main characteristics of it differ – the procedure is handled online, it is less expensive, quicker, specialized and located in a particular trade platform. Connection with the market allows the materialization of the verdict by self-enforcement methods, existing on that internet platform.

### Key words

international arbitration, ODR, online dispute resolution, internet, alternative dispute resolution, reputation system, non-binding arbitration, international transactions, crossborder transaction.

