

Rozdział I. Metody i systemy ADR wykorzystywane do rozwiązywania sporów konsumenckich

§ 1. Wprowadzenie

Swobody rynku wewnętrznego gwarantują przedsiębiorcom możliwość prowadzenia w Unii Europejskiej działalności gospodarczej oraz zbywania towarów i świadczenia usług, konsumentom zaś możliwość ich nabywania. Synergia rynków krajowych, złączonych w jednolity rynek wewnętrzny, ma zapewniać konsumentom już w samym założeniu wartość dodaną w postaci lepszej jakości, większej różnorodności, przystępnych cen i wysokich standardów bezpieczeństwa towarów i usług. Oczywiście możliwość korzystania z dobrodziejstw, jakie niesie ze sobą wymiana handlowa między podmiotami z różnych państw członkowskich, nie jest jedyną konsekwencją funkcjonowania rynku wewnętrznego. Wzrastającej aktywności gospodarczej przedsiębiorców i konsumentów towarzyszy także wzrost liczby sporów wynikających z umów zawieranych przez konsumentów oraz przedsiębiorców. Z tego względu, w celu zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony konsumentów, niezbędne jest zapewnienie możliwości dochodzenia roszczeń powstałych w wyniku naruszeń praw konsumentów¹.

Skuteczne egzekwowanie praw konsumentów ma szczególnie doniosłe znaczenie praktyczne. Dokonywanie przez każdego obywatela codziennych transakcji, niezwiązanych z działalnością zawodową, może potencjalnie zaowocować powstaniem sporu, do którego rozwiązania prowadzą dwie drogi. Poszukujący sprawiedliwości mogą dochodzić swych roszczeń wynikających

¹ Na temat modelu „przeciętnego konsumenta” w kontekście ADR por. E. Theocharidi, Effectiveness of the ADR Directive, s. 103 i n.

z umów z przedsiębiorcami w ramach postępowania sądowego lub mogą dochodzić ich w trybie pozasądowym².

Z uwagi na cechy charakterystyczne sporów konsumenckich, ich rozstrzyganie w tradycyjny sposób, tj. w ramach klasycznego procesu cywilnego³, jest szczególnie uciążliwe, co zniechęca konsumentów do egzekwowania swych praw. Pasywna postawa konsumentów wynika przede wszystkim ze specyfiki sporów konsumenckich, które cechuje niska wartość przedmiotu sporu⁴. Powoduje ona, że sądowe dochodzenie roszczeń z czysto ekonomicznego punktu widzenia bywa nieopłacalne. Oprócz opłat sądowych, niezbędne jest często pokrycie kosztów ekspertyz biegłych oraz fachowej porady prawnej. Inną przyczyną bierności konsumentów są bariery natury psychologicznej, wśród których prym wiedzie poczucie niewielkiej szansy na korzystne rozwiązanie sporu. Wynika ono z obawy przed silniejszym ekonomicznie przedsiębiorcą, którego pozycja pozwala m.in. na czerpanie z doświadczeń procesowych czy zatrudnienie profesjonalnych pełnomocników, na których nie mogą sobie pozwolić konsumenci.

Charakter sporów konsumenckich wymaga zatem stworzenia takiego mechanizmu, który umożliwiłby konsumentom egzekwowanie ich praw bez konieczności ponoszenia kosztów postępowania oraz znajomości sformalizowanych procedur. Rozwiązaniem, które oprócz powyższych atrybutów, pozwala jednocześnie na szybkie i skuteczne dochodzenie roszczeń, są pozasądowe, alternatywne metody rozwiązywania sporów.

Zgodnie z koncepcją konsensualnego wymiaru sprawiedliwości, ich wykorzystanie jest przejawem otwarcia prawa na osiągnięcie w sposób świadomy oraz celowy porozumienia w społecznych interakcjach⁵. Konsensus ten jest legitymowany regułami sprawiedliwości proceduralnej, która w świetle ujęcia *J. Rawlsa* istnieje w sytuacji, gdy mimo braku niezależnego kryterium prawidłowego rezultatu powziętej decyzji, rezultat ten będzie uczciwy, o ile będzie zgodny z regułami procedury⁶. Procedura uznawana jest zaś, zgodnie z teorią *J. Habermasa*, za technikę komunikacji dążącej do osiągnięcia porozumie-

² A. Sulikowski, Wzrost znaczenia ADR, s. 185.

³ L. Morawski, Proces sądowy a instytucje alternatywne, s. 12–24.

⁴ E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, s. 374–376.

⁵ H. Duszka-Jakimko, M. Haczkowska, Konsensualny charakter procedury, s. 58.

⁶ J. Rawls, Justice as fairness, s. 164–194. Na ten temat także: N. Creutzfeldt, How important is procedural justice, s. 527–546; E.A. Lindt, T.R. Tyler, The social psychology of procedural justice, New York 2006.

nia⁷. Podstawą rozstrzygnięcia wydawanego przez podmiot ADR nie jest przepis prawa, lecz wymóg poszukiwania słuszności, skuteczności, czy też efektywności rozwiązania sporu, a więc aspekty pozaprawne⁸. Choć na gruncie sporów konsumenckich powyższa teoria doznaje ograniczeń, z uwagi na konieczność uwzględnienia przez podmioty pozasądowe bezwzględnie obowiązujących norm konsumenckiego prawa materialnego, to jednak istota modelu komunikacyjnego, opartego na porozumieniu stron, a nie na rozstrzygnięciu o charakterze władczym⁹, pozostaje aktualna także w odniesieniu do ADR w sporach konsumenckich¹⁰.

Z uwagi na liczne korzyści dla konsumentów, płynące z rozwiązywania sporów w trybie pozasądowym, umiejętne wykorzystanie metod ADR do rozstrzygania tego typu sporów może przyczynić się do realizacji jednego z podstawowych celów polityk unijnych, jakim jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów w Unii Europejskiej.

§ 2. Uwagi terminologiczne

Zgodnie ze stanowiskiem przeważającym w literaturze przedmiotu¹¹, akronim ADR wywodzi się od wyrażenia *alternative dispute resolution*, co w języku angielskim oznacza dosłownie alternatywne metody rozwiązywania sporów¹².

⁷ J. Habermas, *Racjonalność działania a racjonalność społeczna. Teoria działania komunikacyjnego*, t. I, Warszawa 1999.

⁸ H. Duszka-Jakimko, M. Haczowska, *Konsensualny charakter procedury*, s. 60.

⁹ L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, s. 12–24.

¹⁰ Należy mieć na uwadze, że położenie nacisku na osiągnięcie rezultatu postępowania ADR, jakim jest rozwiązanie sporu na podstawie porozumienia satysfakcjonującego strony, nie zaś na faktyczne egzekwowanie materialnoprawnej ochrony konsumenta, zostało skrytykowane w niemieckim piśmiennictwie: H. Eidenmüller, M. Engel, *Against false settlement*, s. 261. Por. także uwagi dotyczące ryzyka związanego z wykorzystaniem metod ADR do rozwiązywania sporów konsumenckich, zawarte w dalszej części niniejszego rozdziału.

¹¹ A.J. Stitt, *Alternative dispute resolution for organizations*, s. 14; A. Szumański, *Arbitraż handlowy*, s. 36; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern Hunter on international arbitration*, s. 34.

¹² W literaturze przedmiotu można spotkać także twierdzenie, że akronim ADR wywodzi się od angielskiego pojęcia *appropriate dispute resolution*, oznaczającego dosłownie „odpowiednie” metody rozwiązywania sporów (tak m.in. H. Brown, A. Marriott, *ADR principles and practice*, s. 2), a także angielskiego zwrotu *amicable dispute resolution*, oznaczającego dosłownie „przyjazne” rozwiązywanie sporów (tak m.in. D. Jiménez-Figueres, *Amicable means to resolve disputes*, s. 91–101).

W świetle takiego tłumaczenia nasuwa się pytanie: wobec czego są to metody alternatywne. Podążając za najszerszą definicją tego pojęcia, metody ADR stanowią alternatywę dla całego wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez sądownictwo powszechne (państwowe). W szerokim ujęciu ADR utożsamia się więc z wszelkimi pozasądowymi sposobami rozstrzygania sporów, z udziałem neutralnego podmiotu trzeciego, niezależnie od rodzaju i zakresu interwencji podejmowanej przez ten podmiot¹³. Ten sposób rozumienia dominuje obecnie w Unii Europejskiej. W tym pojęciu mieści się cała paleta technik rozwiązywania sporów poprzez interwencję niezależnych i bezstronnych osób trzecich, do których zalicza się zarówno pojedyncze podmioty, tj. arbiter, mediator, czy rzecznik praw konsumenta (ombudsman), a także podmioty kolegialne, tj. trybunały arbitrażowe, czy komisje skargowe¹⁴. Z pojęcia tego wyłączone są zaś wszelkie formy, polegające na bezpośrednich negocjacjach między stronami. Jednak próba bezpośredniego rozwiązania sporu stanowi często warunek niezbędny do skierowania skargi do podmiotu ADR.

Przedmiotem zainteresowania niniejszej monografii nie są jednak same techniki (metody) ADR¹⁵, bogato opisane w literaturze przedmiotu¹⁶, lecz szerszy kontekst, jakim jest ich wykorzystanie w ramach wyodrębniającego się w Unii Europejskiej prawnego¹⁷ oraz instytucjonalnego¹⁸ systemu pozasądowego rozwiązywania sporów, zaistniałych między konsumentami a przedsiębiorcami (ang. *consumer-to-business*, C2B). System ten rozumiany jest jako ze-

¹³ Por. K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, Alternatywne metody rozwiązywania sporów, s. 20, gdzie autorzy dokonują bardzo szerokiej analizy conceptualnej pojęcia ADR w ujęciu teoretycznoprawnym, opartej odpowiednio na rekonstrukcjonizmie, deskryptywizmie oraz podejściu wartościującym.

¹⁴ Por. uzasadnienie wniosku Komisji Europejskiej KOM (2011) 793 wersja ostateczna o wydanie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumentów oraz zmieniającej rozporządzenie (WE) Nr 2006/2004 i dyrektywę 2009/22/WE, s. 2.

¹⁵ Terminy „metody” oraz „techniki” ADR używane są w niniejszej monografii są zamiennie.

¹⁶ Por. m.in. J.C. Betancourt, J.A. Crook (red.), *Alternative dispute resolution, arbitration and mediation: a collection of essays*, Bloomington 2014; S.B. Goldberg, *Dispute resolution: negotiation, mediation, arbitration and other processes*, New York 2012; J. Mucha, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów w Europie*, s. 33–43.

¹⁷ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, s. 134 i n.; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, s. 67 i n.

¹⁸ P. Zagaj, *Pozasądowe systemy rozstrzygania sporów konsumentów*. Założenia nowego systemu ADR, Warszawa 2015, http://rf.gov.pl/pdf/konferencja_21.10.2015/zagaj_2.4.pdf (dostęp: 21.1.2020 r.); M. Rowe, *Organizational systems for dealing with conflict and learning from conflict*, *Harvard Negotiation Law Review* 2009, Nr 14.

spół powiązanych ze sobą elementów (przede wszystkim norm prawnych oraz organizacji instytucjonalnej), tworzących pewną strukturę oraz opierających się na określonych zasadach. Zręby tej struktury tworzone były przez Komisję Europejską już w latach 90. na podstawie wydawanych aktów prawa miękkiego, a jej fundamentem stał się wydany w 2013 r. pakiet legislacyjny, obejmujący dyrektywę 2013/11/UE w sprawie ADR w sporach konsumenckich oraz rozporządzenie Nr 524/2013 w sprawie internetowego rozwiązywania sporów konsumenckich.

W celu wyodrębnienia systemu pozasądowego rozstrzygania sporów konsumenckich, w którym wykorzystywane są metody ADR, w literaturze proponowano wprowadzenie pojęcia CADR (ang. *consumer alternative dispute resolution*) lub zamiennie CDR (ang. *consumer dispute resolution*)¹⁹. W ramach tego systemu niezależne podmioty trzecie w trakcie prowadzonego postępowania wykorzystują poszczególne techniki ADR (np. mediację, concyliację, arbitraż) bądź też kilka z nich jednocześnie. Procesy te różnią się znacząco w poszczególnych państwach członkowskich, lecz wszystkim przyświeca cel efektywnego (szybkiego i taniego) rozwiązywania sporów C2B. Zdaniem zwolenników wyodrębnienia pojęcia CADR od ADR, z uwagi na cechy charakterystyczne sporów konsumenckich, których dochodzenie przed sądami powszechnymi bywa nieopłacalne, system CADR jest zupełnie odrębny od postępowań sądowych, przez co stanowi rzeczywistą alternatywę, a nie uzupełnienie sądowego wymiaru sprawiedliwości.

W niniejszej monografii, choć nie posługuję się bezpośrednio pojęciem CADR bądź CDR, pisząc o systemach ADR, mam na myśli poszczególne struktury stworzone właśnie do rozwiązywania sporów konsumenckich w trybie pozasądowym, które obejmują interwencję niezależnego, bezstronnego podmiotu ADR. Jako że system pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich opiera się na technikach ADR, zasadne jest rozpoczęcie niniejszej analizy od przedstawienia ich genezy oraz krótkiej charakterystyki, uwzględniającej specyfikę sporów C2B.

¹⁹ N. Creutzfeldt, *Alternative dispute resolution for consumers*, s. 3–11; C. Hodges, I. Benöhr, N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, s. 20.

§ 3. Geneza metod ADR

Geneza alternatywnych metod rozwiązywania sporów sięga tak daleko, jak geneza ludzkości i towarzyszącego jej niestety konfliktu²⁰. W związku z tym, że spory międzyludzkie pojawiały się w najdawniejszych dziejach człowieka, już w starożytności dostrzeżono, że alternatywę dla walki może stanowić polubowne rozwiązanie konfliktu²¹. W literaturze przyjmuje się, że nowoczesne metody ADR, stanowiące alternatywę dla sądownictwa powszechnego, wywodzą się ze Stanów Zjednoczonych. Tam właśnie pojęcie to zostało po raz pierwszy użyte przez grupę zwolenników pojednawczych metod rozwiązywania sporów w latach 70. XX w.²² Grupa ta, przeświadczona, że sądy powszechne mogłyby działać efektywniej w środowisku konkurencyjnym, forsowała ideę pluralizmu form wymiaru sprawiedliwości. W obliczu opieszałości sądownictwa powszechnego przeciążonego liczbą wpływających spraw, zwolennicy pojednawczych metod dostrzegli potrzebę znalezienia alternatywnych, bardziej efektywnych środków rozwiązywania konfliktów²³.

Początkowo metody ADR znalazły zastosowanie do rozstrzygania prostych sporów życia codziennego, dotyczących stosunków rodzinnych i sąsiedzkich. Na fali sukcesu w rozstrzyganiu przyziemnych sporów, metody ADR zaczęły być stosowane także przy rozwiązywaniu bardziej złożonych konfliktów, w których wartość przedmiotu sporu opiewała na coraz większe sumy. Tym sposobem metody ADR, przede wszystkim arbitraż, znalazły zastosowanie m.in. w sprawach gospodarczych. Metody te zdobyły popularność także poza Stanami Zjednoczonymi i z uwagi na wiele ich zalet rozpowszechniły się również w Europie.

Inaczej kształtowała się historia rozwoju ADR w sporach konsumenckich. Ewolucja pozasądowych metod rozwiązywania tychże sporów, przypadająca w Europie na lata 60. XX w., była wynikiem tworzącego się wówczas prawa ochrony konsumentów. W odróżnieniu od wspomnianego wcześniej procesu upowszechniania się metod ADR w ogólności, ewolucja systemów pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w poszczególnych państwach

²⁰ J. Barrett, A history of alternative dispute resolution, s. 2.

²¹ J. Mucha, Hasło „ADR”, s. 18–20.

²² J. Nolan-Haley, H. Abramson, P.K. Chew, International conflict resolution, s. 18; R. Morek, ADR w sprawach gospodarczych, s. 6.

²³ C. Rule, Online dispute resolution for business, s. 15; T. Carbonneau, Alternative dispute resolution.

europejskich nie była związana z niezadowoleniem społeczeństwa z sądownictwa powszechnego. Rozwój ADR w sporach konsumenckich, zapoczątkowany w Europie w krajach nordyckich oraz w Królestwie Niderlandów, następował nie obok, lecz zamiast sądownictwa właściwego do rozwiązywania tej kategorii spraw²⁴. W ramach tych systemów wykorzystywano techniki koncyliacyjne, które poprzedzały postępowanie arbitrażowe. Model arbitrażowego rozwiązywania sporów konsumenckich upowszechnił się także we Włoszech, Hiszpanii i Portugalii²⁵. W innych krajach europejskich, takich jak Wielka Brytania, czy Niemcy, wykształciły się sektorowe systemy ADR oparte na modelach ombudsmanskich, działających początkowo w branżach usług finansowych i ubezpieczeniowych, w późniejszych latach rozpowszechnionych także w innych sektorach. W modelach tych podmioty ADR wykorzystywały techniki koncyliacyjne, na podstawie których wydawana była następnie decyzja, o charakterze wiążącym bądź niewiążącym²⁶. W Polsce zaś rozwój konsumenckiego ADR rozpoczął się stosunkowo późno i obejmował początkowo przede wszystkim wykorzystanie metod arbitrażowych. Pierwszym, funkcjonującym do dziś, stałym polubownym sądem konsumenckim jest podmiot powstały w 1991 r. z inicjatywy Inspekcji Handlowej oraz Federacji Konsumenckiej. Dziesięć lat później w Polsce upowszechniła się także mediacja konsumencka. W ramach Inspekcji Handlowych zaczęto prowadzić także postępowania mediacyjne, których celem było (i pozostaje nadal) rozstrzygnięcie sporów między konsumentami a przedsiębiorcami²⁷.

Ewolucja pozasądowych metod rozwiązywania sporów konsumenckich w Europie przypadała na różne okresy. Kształtujące się systemy ADR od początku istnienia różniły się w poszczególnych państwach sposobem organizacji i zasięgiem działania. Przede wszystkim działalność podmiotów ADR różniła się wykorzystywaniem poszczególnych metod ADR. Wraz z rozwojem ADR i tworzeniem kolejnych podmiotów, odrębności te zaczęły się pogłębiać, w konsekwencji czego obecnie w Unii Europejskiej funkcjonuje wiele odrębnych systemów ADR, bazujących zarówno na elementach koncyliacyjnych, jak i adjudykacyjnych.

²⁴ N. Creutzfeldt-Banda, *The origins and evolution*, s. 227.

²⁵ C. Hodges, *Unlocking justice and markets*, s. 344.

²⁶ C. Hodges, I. Benöhr, N. Creutzfeldt-Banda, *Germany*, s. 73 oraz *ciż*, *The United Kingdom*, s. 253.

²⁷ Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), *Polubowne rozstrzygnięcie sporów konsumenckich w Polsce*, Warszawa 2014, s. 41–51.

§ 4. Techniki (metody) ADR

I. Wprowadzenie

Paleta metod (inaczej technik) ADR wykorzystywanych do rozwiązywania sporów konsumenckich jest bardzo szeroka. Mimo ich różnorodności, odnaleźć można cechy wspólne dla większości wykorzystywanych technik ADR. Podstawowym łącznikiem wszystkich metod ADR jest udział w sporze neutralnego, bezstronnego podmiotu trzeciego, który w zależności przyjętej metody ADR proponuje, narzuca rozwiązanie, bądź doprowadza do spotkania stron w celu ułatwienia polubownego rozstrzygnięcia (zazwyczaj odpowiednio w ramach koncyliacji, arbitrażu bądź mediacji).

Wydawane przez podmiot ADR rozstrzygnięcia mogą mieć charakter wiążący dla obu stron sporu, co skutkuje pozbawieniem ich możliwości wniesienia sprawy do sądu; mogą być wiążące tylko dla jednej ze stron (w sporach konsumenckich jest nią przedsiębiorca) bądź mogą stanowić jedynie niewiążącą rekomendację. W aktualnym stanie prawnym w przypadku sporów konsumenckich wynik rozstrzygnięcia sporu może mieć charakter wiążący dla konsumenta, jedynie jeżeli został on uprzednio poinformowany o wiążącym charakterze i wyraźnie wyraził na to zgodę. Jeżeli prawo krajowe nie stanowi inaczej, obowiązek wyrażenia zgody wymagany jest także dla przedsiębiorców (art. 10 ust. 2 dyrektywy 2013/11/UE).

Wybór podmiotu ADR oraz zasad postępowania przed tym podmiotem jest przejawem szerokiej autonomii woli stron, która cechuje pozasądowy tryb rozwiązywania sporów. Jednak w sporach konsumenckich autonomia ta doznaje ograniczeń po stronie konsumentów, m.in. z uwagi na przynależność przedsiębiorców do konkretnych struktur ADR. W takich przypadkach to przedsiębiorca wskazuje podmiot ADR (ewentualnie kilka podmiotów) właściwy do rozwiązania sporu, konsument zaś może jedynie zdecydować o złożeniu skargi do wyznaczonego przez przedsiębiorcę podmiotu bądź skierowania sprawy na drogę sądową. Zatem w sporach konsumenckich *de facto* to przedsiębiorca, decydując się na przynależność do danej struktury ADR, decyduje o skutkach prawnych poddania sporu pod rozstrzygnięcie w trybie pozasądowym, procedurach regulujących rozstrzygnięcie sporu, normach, na których podmiot ADR może opierać się przy jego rozwiązywaniu, czy ewentualnych kosztach postępowania, także dla konsumenta. Większa autonomia woli konsumenta występuje w przypadku gdy przedsiębiorca nie wyraża generalnej

zgody na kognicję konkretnego podmiotu ADR. Jednak także i wtedy, zgodnie z zasadą dobrowolności, decyzja co do udziału w postępowaniu ze skargi konsumenta jest podejmowana przez przedsiębiorcę, zatem to on jest ostatecznym decydem co do podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że cechą charakterystyczną ADR jest rzeczywisty prymat interesów stron nad sformalizowanymi regulacjami prawnymi²⁸. Podmioty ADR mogą dlatego rozwiązywać spory nie tylko na podstawie przepisów obowiązującego prawa, ale także zasad słuszności, czy kodeksów postępowania obowiązujących w danej branży. W sporach konsumenckich jednak także i ta zasada doznaje ograniczeń. Niezależnie od podstawy wydanego rozstrzygnięcia, podmioty ADR narzucające rozwiązanie sporu muszą uwzględnić przepisy prawa konsumenckiego. Na gruncie prawa unijnego podmioty ADR nie mogą bowiem pozbawiać konsumentów ochrony przewidzianej w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa państwa członkowskiego, będącego państwem zwykłego pobytu konsumenta (art. 11 dyrektywy 2013/11/UE). Nie oznacza to jednak, że podmioty ADR muszą orzekać na podstawie tych przepisów, lecz że wydawane przez nie rozstrzygnięcia nie mogą godzić w te przepisy prawa konsumenckiego, których nie można wyłączyć w drodze umowy stron²⁹.

Niezależnie od wybranej techniki ADR, w porównaniu do sądownictwa powszechnego (państwowego), postępowanie pozasądowe z natury powinno być efektywniejsze, bardziej odformalizowane, a przez to szybsze i tańsze³⁰. Oszczędności finansowe czerpane przez strony wynikają m.in. z braku konieczności ponoszenia wydatków związanych z zatrudnianiem prawników, opłatami sądowymi, czy przygotowaniem się do procesu. Szybkie rozpatrzenie skargi przez podmiot ADR pomaga także uniknąć kosztów związanych z oczekiwaniami na wydanie rozstrzygnięcia przez sąd powszechny. Ma to szczególne znaczenie dla konsumentów, operujących ograniczonym budżetem przewidzianym na dochodzenie roszczenia. Ze względu na niską wartość przedmiotu sporu, która charakteryzuje spory konsumenckie, wniesienie sprawy do sądu jedynie dla osiągnięcia ekonomicznego celu jest pozbawione sensu³¹. Stąd też

²⁸ R. Morek, Wprowadzenie, s. 24; J.-F. Guillemin, Reasons for choosing alternative dispute resolution, s. 13; M.L. Livingstone, Party autonomy in international commercial arbitration, s. 529–536.

²⁹ M. Knigge, C. Pavillon, The legality requirement of the ADR Directive, s. 155.

³⁰ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, Redfern Hunter on international arbitration, s. 45.

³¹ Por. C. Althammer, Verbraucher-ADR, s. 9–18.

w przypadku roszczeń o niewielkiej wartości konsumenci częściej decydują się na rozstrzygnięcie sporu w trybie pozasądowym lub też zupełnie rezygnują z dochodzenia swoich roszczeń.

II. Podział metod (technik) ADR

1. Wprowadzenie

W literaturze przyjmuje się wiele odmiennych, elastycznych klasyfikacji metod ADR. Podyktowane jest to dużą różnorodnością metod pozasądowego rozwiązywania sporów oraz mnogością ich form wykorzystywanych nie tylko w poszczególnych porządkach prawnych, ale także w ramach poszczególnych branży. Podstawowy (choć niewyczerpujący) podział tych metod oparty jest na kryterium trybu rozstrzygania sporów, który determinuje zakres i rodzaj interwencji niezależnego, bezstronnego podmiotu trzeciego, uczestniczącego w sporze. Tryb rozwiązywania sporu ma szczególne znaczenie, gdyż zazwyczaj implikuje charakter rozstrzygnięcia.

2. Tryb rozwiązywania sporu

Podstawowy podział technik ADR, bazujący na kryterium trybu rozwiązywania sporu, obejmuje metody oparte na trybie:

- 1) koncyliacyjnym;
- 2) adjudykacyjnym bądź też
- 3) mieszanym³².

Rozwiązanie sporu w ramach pierwszego trybu następuje przy użyciu technik koncyliacyjnych (pojednawczych). W ramach tego trybu to strony sporu same dochodzą do porozumienia i rozwiązują swój konflikt, zaś interwencja osoby trzeciej ograniczona jest jedynie do przekazywania informacji, czy formułowania niewiążących propozycji rozwiązania sporu. Podmiot ADR nie jest władny do wydawania autorytarnego rozstrzygnięcia wiążącego strony. Wśród metod pozasądowych opartych na trybie koncyliacyjnym prym wiede przed wszystkim mediacja, w której osoba trzecia doprowadza do spotkania stron w celu ułatwienia polubownego rozstrzygnięcia, oraz koncyliacja, w której podmiot ADR proponuje konkretny sposób rozwiązywania sporów³³.

³² P. Mitchard, A summary of dispute resolution options, s. 3–26.

³³ Z uwagi na wielość podobnych cech, pojęcia mediacji oraz koncyliacji często stosuje się zamiennie. Przykładowo, w literaturze przedmiotu metoda ADR oparta na trybie koncyliacyjnym,

W metodach opartych na trybie adjudykacyjnym (orzecznictwym) wyznaczony przez strony, bezstronny i neutralny podmiot trzeci jest kompetentny do wydania władczego rozstrzygnięcia wiążącego strony sporu, a jego decyzja w razie potrzeby może podlegać przymusowemu wykonaniu. Wśród metod ADR opartych na tym trybie kluczową rolę odgrywa sądownictwo polubowne³⁴. W tym kontekście, z uwagi na podobieństwo arbitrażu do sądownictwa powszechnego, w literaturze można spotkać pogląd o konieczności wyłączenia sądownictwa polubownego z pojęcia ADR³⁵.

Rozwiązaniem łączącym dwa antagonistyczne tryby są formy hybrydalne, które zawierają elementy wspólne dla trybu koncyliacyjnego i adjudykacyjnego. Do tej kategorii ADR należą mieszane formy, takie jak *med-arb* i *arb-med*.

3. Charakter wydawanego rozstrzygnięcia

Tryb rozwiązania sporu implikuje charakter wydawanego przez podmiot ADR rozstrzygnięcia. Co do zasady, rozwiązywanie sporów w trybie adjudykacyjnym skutkuje wydaniem wiążącej, zaś w trybie koncyliacyjnym – niewiążącej decyzji. Z uwagi na fakt, że konsekwencją wiążącego charakteru roz-

w której podmiot ADR proponuje konkretny sposób rozwiązania sporu, zwana jest także mediacją ewaluacyjną – tak E. Gmurzyńska, Rodzaje mediacji, s. 177 i n.

³⁴ Na marginesie zaznaczyć należy, że w literaturze istnieje także pogląd, że tryb adjudykacyjny zarezerwowany jest wyłącznie dla sądownictwa powszechnego. Sądownictwo polubowne (arbitrażowe), z uwagi na autonomię stron w zakresie reguł, procedury i osoby arbitra, powinno zostać wyodrębnione w ramach specjalnego trybu arbitrażowego. Tak L. Morawski, Proces sądowy a instytucje alternatywne, s. 13; na ten temat także: A. Jakubiak-Miłośnik, Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych, s. 21; K. Weitz, K. Gajda-Roszczyńska, Alternatywne metody rozwiązywania sporów, s. 22.

³⁵ W doktrynie istnieje spór co do tego, czy arbitraż należy uznawać za jedną z metod ADR. Za koncepcją kwalifikującą arbitraż jako metodę ADR opowiada się większość autorów wywodzących się z systemu *common law* (m.in. J.W. Cooley, Mediation advocacy, Indiana 2002; S.B. Goldberg, F. Sander, N. Rogers, Dispute resolution and lawyers, Aspen Publishers, 1987), podczas gdy w systemie prawa kontynentalnego metoda ta jest często (choć nie zawsze) wyłączana z pojęcia ADR ze względu na swój adjudykacyjny charakter (por. A. Zienkiewicz, Studium mediacji, s. 24; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, Sądownictwo polubowne, s. 39; K. Weitz, Sądownictwo polubowne, s. 12). Szczególnie interesujące jest stanowisko Unii Europejskiej w tym zakresie, które, zmieniając się na przestrzeni lat, było przedmiotem wielu konfuzji i nieporozumień. Tytułem przykładu należy wskazać, że początkowo w aktach prawa miękkiego w zakresie ADR Komisja Europejska wyłączała z zakresu ADR postępowania, które narzucają stronom wiążące rozwiązania. Obecnie instytucje unijne zrewidowały stanowisko i kwalifikują takie postępowania, na czele z arbitrażem, jako metody alternatywne, co ma niebagatelne znaczenie w kontekście rozstrzygania sporów konsumenckich.

strzygnięcia jest pozbawienie stron możliwości wniesienia sprawy do sądu powszechnego, powyższa zasada na gruncie prawa konsumenckiego doznaje ograniczeń.

W przypadku sporów konsumenckich rozstrzygnięcie sporu przez podmiot ADR wydane w trybie adjudykacyjnym (arbitrażowym) nie ma bowiem charakteru wiążącego dla konsumenta, jeśli zapis na sąd polubowny będący podstawą wszczęcia postępowania arbitrażowego umieszczony jest w umowie konsumenckiej, zawartej jeszcze przed powstaniem sporu z przedsiębiorcą. Rozwiązanie takie, choć w pełni dopuszczalne w relacjach między przedsiębiorcami, na gruncie prawa unijnego w relacjach C2B stanowi naruszenie praw konsumentów.

Ponadto, na charakter wydanego rozstrzygnięcia wpływ ma także wola stron. W odniesieniu do metod ADR opartych na trybie koncyliacyjnym, rozwiązanie sporu przez podmiot ADR może mieć charakter wiążący strony, o ile tylko te wyrażą na to zgodę.

§ 5. Główne rodzaje metod (technik) oraz modeli ADR wykorzystywanych w UE

I. Wprowadzenie

Z uwagi na to, że nie istnieje zamknięty katalog pozasądowych metod rozwiązywania sporów, nie sposób jest opisać wszystkich ich form³⁶. Istnieją bowiem takie, charakterystyczne dla danych porządków prawnych, które jedynie sporadycznie (o ile w ogóle) występują w innych jurysdykcjach. Metody te niekiedy są tak nieformalne, że właściwie brak jest reguł nimi rządzących. Ze względu na dominację niektórych metod ADR można mówić o występowaniu różnych krajowych modeli ADR (tj. model arbitrażowy czy model ombudsmanski).

Z uwagi na tematykę prowadzonych przeze mnie badań, zakres niniejszej analizy ograniczę do przedstawienia głównych rodzajów pozasądowych metod, które są wykorzystywane do rozwiązywania sporów konsumenckich w Unii Europejskiej. Dlatego skupię się na najbardziej rozpowszechnionych formach ADR, jakimi są przede wszystkim mediacja, koncyliacja oraz arbitraż.

³⁶ R. Merkin, *Arbitration law*, s. 167.

W świetle przyjęcia szerokiej definicji ADR, obejmującej procedury prowadzone z udziałem neutralnego podmiotu trzeciego niezależnie od rodzaju i zakresu interwencji podejmowanej przez ten podmiot, dokonam także analizy działalności komisji skargowych oraz rzecznika praw konsumenta (ombudsmana)³⁷.

II. Mediacja i koncyliacja

Zarówno mediacja, jak i koncyliacja są metodami ADR opartymi na trybie koncyliacyjnym. Są one chętnie wykorzystywane do rozwiązywania sporów konsumenckich w UE³⁸. Stanowiąc formę negocjacji, są wzbogacone o udział pośrednika – osoby trzeciej – niezwiązanej ze sporem. Różni je jedynie kryterium aktywności tego podmiotu. W przypadku mediacji doprowadza ona do spotkania stron w celu ułatwienia znalezienia polubownego rozwiązania, w przypadku koncyliacji zaś przygotowuje konkretne propozycje ugodowe. Zdaniem niektórych autorów rodzaj aktywności osoby trzeciej nie stanowi jednak wystarczająco ostrego kryterium wyróżnienia koncyliacji i mediacji jako odrębnych form ADR, zwłaszcza w świetle zbieżności pozostałych ich cech³⁹. Z tego względu w literaturze dominuje pogląd, że oba terminy są wyrazami bliskoznacznymi, które można stosować zamiennie⁴⁰. Należy się zgodzić z *K. Gajdą-Roszczyńską*, że na gruncie sporów konsumenckich, z uwagi na faktyczną nierówność przedsiębiorcy i konsumenta, rzeczywiście trudno ocenić, kiedy mediator staje się koncyliatorem, proponując konkretne propozycje rozwiązania sporu, kiedy zaś jest jedynie mediatorem pomagającym konsumentowi znaleźć właściwe rozwiązanie⁴¹.

W ramach obu postępowań dwie lub więcej stron konfliktu spotyka się z podmiotem ADR – neutralną, bezstronną osobą trzecią, która kieruje nego-

³⁷ Por. *A. Kurzyńska-Lipniewicz*, Systemy ADR, s. 55–71.

³⁸ Na temat mediacji w sporach konsumenckich por.: *A. Mendrek*, Mediacja jako droga rozwiązywania sporów, s. 291–300; *U. Gläßer*, Linking ADR discourses, s. 115–130.

³⁹ Tak *K. Gajda-Roszczyńska*, Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów, s. 439; *R. Morek*, Mediacja i arbitraż, s. 36; *A. Szumański*, Koncyliacja, s. 60.

⁴⁰ Tak *K. Gajda-Roszczyńska*, Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów, s. 439; *R. Morek*, Mediacja i arbitraż, s. 36; *A. Szumański*, Koncyliacja, s. 60; inaczej: *A. Wach*, Delimitacja mediacji i koncyliacji, s. 95; por. także *E. Gmurzyńska*, Rodzaje mediacji, s. 177 i n., która twierdzi, że postępowanie, w którym podmiot ADR dokonuje oceny sprawy oraz zgłasza własne propozycje ugodowe, zwane jest mediacją ewaluatywną.

⁴¹ *K. Gajda-Roszczyńska*, Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów, s. 439.

cjacjami stron, doradza oraz wysłuchuje ich, celem pomocy im w doprowadzeniu do sytuacji, w której obie strony dojdą do satysfakcjonującego ich porozumienia bądź będą w stanie zaakceptować propozycję rozwiązania sporu. O ile strony nie postanowią inaczej w formalnej umowie, wynik postępowania nie jest dla nich wiążący⁴². W przypadku gdy jedna ze stron nie jest usatysfakcjonowana z rozstrzygnięcia sprawy, może odmówić podpisania ugody i zdecydować się na inną formę rozwiązania sporu (np. arbitraż czy postępowanie sądowe).

Metody oparte na trybie koncyliacyjnym, a w szczególności mediacja, są obecnie jednymi z najszybciej rozwijających się form rozwiązywania sporów w Unii Europejskiej. Rozstrzyganie sporów za ich pomocą pozwala odciążyć przeciążone sprawami sądy powszechne, jest stosunkowo niedrogie i szybkie. Ten rodzaj ADR zyskuje tym właśnie w porównaniu do bardziej kosztownego i sformalizowanego arbitrażu. Przedmiotem mediacji i koncyliacji mogą być wszelkie spory, jeżeli tylko strony chcą rozwiązać konflikt przy pomocy tych form ADR. Polubowne rozwiązanie sporów wpływa korzystnie na wizerunek przedsiębiorstwa, a odformalizowane postępowanie daje konsumentom poczucie bezpieczeństwa. Poufność z kolei umożliwia przeprowadzenie całego postępowania z dala od mediów oraz konkurencji⁴³. Zasadniczo informacje ujawnione podczas postępowania ADR nie mogą zostać wykorzystane podczas rozprawy sądowej⁴⁴. Poufność może być wyłączona jedynie poprzez wyrażenie przez strony na to dobrowolnej i świadomej zgody.

Udział w mediacji oraz koncyliacji ma charakter dobrowolny. Strony mogą zdecydować się na mediację, zarówno zanim doszło między nimi do sporu (ang. *pre-dispute stipulation*), jak i po jego powstaniu. Zasada dobrowolności rozumiana jest jako brak przymusu płynącego z zewnątrz do udziału w mediacji oraz możliwość odmowy przez uczestnika dalszego udziału w mediacji na każdym etapie postępowania⁴⁵. W obrocie gospodarczym często spotyka się także postanowienia umowne, na mocy których strony są zobligowane do prowadzenia mediacji, czy koncyliacji zanim zdecydują się wystąpić na drogę sądową. W wielu państwach członkowskich strony mogą być także kierowane do mediacji postanowieniem sądu, na różnych etapach postępowania⁴⁶. Choć dobrowolny charakter postrzegany jest jako zaleta tych postępowań, to rodzi

⁴² Ch. Buehring-Uhle, L. Kirchhoff, G. Scherer, *Arbitration and mediation*, s. 176.

⁴³ R.H. McLaren, *Innovative dispute resolution*, s. 4–3.

⁴⁴ M. McIlwrath, J. Savage, *International arbitration and mediation*, s. 205.

⁴⁵ Por. J. Pękala, *Przygotowanie mediacji*, s. 71–74.

⁴⁶ P.J. Comodeca, *Ready... Set... Mediate*, s. 125–133.

także pewno ryzyko nadużyć, zwłaszcza w sporach konsumenckich. Przedsiębiorcy, przeciwko którym konsumenci wnieśli skargę do mediatora czy koncyliatora, mogą odmówić wzięcia udziału w mediacji po to tylko, aby zniechęcić ich do dalszych prób dochodzenia roszczenia. Ponadto, mając świadomość, że nie muszą zgadzać się na zawarcie porozumienia w przedmiocie rozwiązania sporu, przedsiębiorcy mogą brać udział w postępowaniu jedynie po to, aby odciągnąć w czasie ewentualne postępowanie sądowe. Problemu tego nie rozwiązały legislacje unijne, które utrzymują zasadę dobrowolności mediacji dla obu stron sporu (motyw 13 preambuły dyrektywy 2008/52/WE).

Pozostałe cechy charakterystyczne mediacji i koncyliacji – bezstronność i neutralność – odnoszą się do osoby trzeciej uczestniczącej w sporze⁴⁷. Bezstronność oznacza brak powiązań podmiotu ADR z uczestnikami mediacji. Stronniczość może przejawiać się m.in. w okazywaniu uczestnikom mediacji swoich sympatii, czy ocenianiu ich, np. ze względu na wiek, płeć, czy pochodzenie. Neutralność rozumiana jest jako niezwiązanie podmiotu ADR z przedmiotem sporu i brak interesu w jakimkolwiek rozwiązaniu zaproponowanym przez strony. Wybór podmiotu ADR bywa kluczowy dla wyniku mediacji. Badania pokazują, że umiejętności i doświadczenie mediatora znacząco wpływają na przebieg całej mediacji. Odnoszący sukcesy mediatorzy i koncyliatorzy przyjmują pozycję dyplomatów, a nie pełnomocników stron. Oprócz kierowania się zasadami bezstronności i neutralności, posiadają umiejętności szybkiej analizy złożonych zagadnień prawnych i skomplikowanych stanów faktycznych⁴⁸. Dobry mediator potrafi słuchać oraz komunikować się ze stronami w przejrzysty sposób. Jak pokazuje praktyka, w wielu przypadkach stanowiska stron konfliktu nie są dalece rozbieżne, a źródłem konfliktu jest brak nawiązania komunikacji. W takim przypadku zadaniem mediatora jest pokierowanie dyskusją tak, aby strony przeformułowały i wyjaśniły przedstawione przez siebie argumenty⁴⁹. Umożliwia to zbliżenie stanowisk i w efekcie może doprowadzić do zawarcia porozumienia.

W większości europejskich jurysdykcji brak jest szczegółowych wytycznych co do kwalifikacji mediatorów czy koncyliatorów powoływanych na mocy umów stron. W praktyce są nimi zazwyczaj prawnicy, emerytowani sędziowie, profesorowie oraz specjaliści konkretnych branż związanych z przedmiotem umowy, którzy mediacjami zajmują się indywidualnie bądź też należą do orga-

⁴⁷ D. Spencer, M. Brogan, *Mediation law and practice*, s. 84–99.

⁴⁸ D.N. Frenkel, J.H. Stark, *The practice of mediation*, s. 61–90.

⁴⁹ D. Spencer, M. Brogan, *Mediation law and practice*, s. 155–171.