

NUMER / N^o

GRUDZIEŃ 26
DECEMBER 2020


BIULETYN
ARBITRAŻOWY

*ARBITRATION
BULLETIN*



Sąd Arbitrażowy

przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

NOWE TECHNOLOGIE W ARBITRAŻU INSTYTUCJONALNYM

§



Sąd Arbitrażowy

przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie

Szanowni Czytelnicy,

Po publikacji w poprzednim numerze „Biuletynu Arbitrażowego SA KIG” (nr 25) zapisu przebiegu seminarium naukowego „Nowe granice arbitrażu” (Uniwersytet Warszawski, 3 grudnia 2019 r.), które poświęcone było problematyce arbitrażu w sporach ze stosunku spółki, zawiązany został Zespół SA KIG ds. arbitrażu korporacyjnego. Skupia on reprezentantów różnych środowisk prawniczych, połączonych chęcią wypracowania takiej wizji arbitrażu korporacyjnego, która spotka się z akceptacją wszystkich zainteresowanych sporami korporacyjnymi. Jednym z jego zadań jest ocena projektu „Regulaminu dodatkowego w sporach uchwałowych”, który w czerwcu opublikował Sąd. Tym samym tematyka korporacyjna nie schodzi z agendy Sądu, a ostatni numer „Biuletynu” okazał się preludium do dalszych działań na rzecz promocji arbitrażu korporacyjnego.

Z uwagi na warunki epidemiczne członkowie Zespołu wymieniają się spostrzeżeniami i spotykają wyłącznie w formie zdalnej. Taka forma prac Zespołu nie powinna dziwić. Praca zdalna stała się w minionych miesiącach typowym elementem naszego życia. Zarazem, mimo wewnętrznego zróżnicowania, środowisko sympatyków arbitrażu od dawna było w forpoczcie zmian technologicznych, które sytuacja epidemiczna jedynie zdynamizowała. W forpoczcie rewolucji cyfrowej znajdował się też od lat sam arbitraż.

W arbitrażu instytucjonalnym pod auspicjami Sądu, na długo przed pandemią COVID-19, możliwe było m.in. przeprowadzanie zdalnych posiedzeń organizacyjnych, przesłuchań świadków, a nawet całych rozpraw. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że pandemia COVID-19 ujawniła znany od dawna i drzemiący w arbitrażu potencjał szybkiego adaptowania się do zmieniających się okoliczności społeczno-gospodar-

czych, a także do związanych z nimi wyzwań. Jak podaje mec. Agnieszka Grabowska-Łysyszyn (Zastępca Dyrektora Generalnego Sądu) w artykule opublikowanym w bieżącym numerze „Biuletynu”, tylko w okresie od połowy marca do końca września br. w Sądzie przeprowadzono 21 telekonferencji organizacyjnych, 15 w pełni zdalnych rozpraw, a także 8 rozpraw hybrydowych.

Biorąc pod uwagę trudną sytuację epidemiczną w Polsce i na świecie, a także związany z nią wzrost zainteresowania różnego rodzaju formami pracy oraz kontaktu zdalnego, nie powinno być zaskoczeniem, że niniejszy numer „Biuletynu” poświęcony jest wykorzystaniu nowych technologii w arbitrażu instytucjonalnym. Oddajemy w Państwa ręce numer składający się z 7 artykułów, które z różnych perspektyw przedstawiają problematykę wykorzystania IT w sprawach rozstrzyganych pod egidą instytucji arbitrażowych (omawiają m.in. kwestie bezpieczeństwa teleinformatycznego, dopuszczalności dowodów pozyskanych przez hackerów, organizacji rozpraw z wykorzystaniem form komunikacji na odległość czy dobre praktyki w tym zakresie, które ujęto w „Protokole seulskim”). Wybiegając nieco w przyszłość (czy jednak bardzo odległą?), publikujemy również artykuł poświęcony robotyzacji rozstrzygania sporów kontraktowych przez tzw. arbitrów maszynowych, w którym swoimi przemyśleniami dzieli się V. Pavlovskaya.

*Z serdecznymi pozdrowieniami,
życząc przyjemnej lektury w imieniu redakcji „Biuletynu Arbitrażowego SA KIG”,*

dr Konrad Czech

Redaktor Naczelny

Spis treści

- 5 Wady i zalety zdalnego postępowania arbitrażowego
Małgorzata Judkiewicz
-
- 14 Big Data, Bigger Disruption: Is Institutional Arbitration Ready?
Agata Zwolankiewicz, Anushka Sachan
-
- 26 Technology and evidence in arbitration: a blessing or a curse?
Notes on admissibility of evidence obtained as a result of hacking.
Karolina Brzeska, Aleksandra Orzeł-Jakubowska
-
- 32 Rozprawa w postępowaniu przed sądem polubownym
w dobie pandemii COVID-19. Doświadczenia Sądu Arbitrażowego
przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie
Agnieszka Grabowska-Łysyszyn
-
- 38 „Protokół seulski” dotyczący wideokonferencji
w międzynarodowym arbitrażu handlowym
Maciej Durbas
-
- 44 Wyrok arbitrażowy w czasie pandemii – dopuszczalność
współczesnych form elektronicznych (skrót artykułu
opublikowanego w „Przeglądzie Prawa Handlowego”)
Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz
-
- 46 Machine Arbitrators: Technology and Ethics
in International Arbitration
Veronika Pavlovskaya
-

Wady i zalety zdalnego postępowania arbitrażowego

Małgorzata Judkiewicz ¹

1. WSTĘP

Ogólnoświatowy kryzys zdrowotny nie pozostaje bez wpływu na rozwiązywanie sporów, w tym przed sądami polubownymi. Arbitraż dostosował się do nowej sytuacji dzięki wykorzystaniu świata wirtualnego. O ile dotychczas w wielu przypadkach strony sporu i arbitrzy komunikowali się telefonicznie lub przez wideokonferencje, a doręczenia dokonywane były często drogą elektroniczną, to jednak rozprawy odbywały się przy fizycznej obecności, a wyroki były zazwyczaj drukowane, podpisywane i przekazywane stronom w formie papierowej. Dużo łatwiej wyobrazić sobie całkowitą rezygnację z doręczeń drogą tradycyjną, natomiast przeprowadzanie rozpraw zdalnych wydaje się trudniejsze do zaakceptowania. Choć dzięki technologii postępowania arbitrażowe mogą być kontynuowane, pojawiają się wątpliwości związane z brakiem obecności fizycznej, a także podkreśla się ewentualne komplikacje mogące prowadzić do uchylecia wyroku. Czy całkowicie elektroniczny arbitraż ma rację bytu? Przyjrzyjmy się najbardziej istotnym kwestiom podnoszonym w związku z tym pytaniem. Uda nam się znaleźć zarówno wady, jak i zalety przejścia arbitrażu do świata wirtualnego, a ostatecznie wybór będzie zależał od osobistych uwarunkowań oraz preferencji stron i arbitrow.

2. Z ROZPRAWĄ CZY BEZ?

Nie wszystkie spory wymagają przeprowadzenia rozprawy – często możliwe jest rozstrzygnięcie sprawy jedynie na podstawie pisemnych twierdzeń stron i złożonych przez nie dokumentów czy oświadczeń świadków. Możliwość rozstrzygnięcia sporu bez rozprawy przewidziana jest w wielu regulaminach arbitrażowych: w przypadku procedury standardowej z rozprawy zawsze można zrezygnować za zgodą obu stron; w procedurze przyspieszonej normą jest brak rozprawy, natomiast rozmaite instytucje różnie podchodzą do ewentualnego jej przeprowadzenia. Na przykład procedura przyspieszona na podstawie Regulaminu SAKIG zakłada brak rozprawy, „chyba że arbiter jedyny albo Zespół Orzekający uzna, że spór nie został dostatecznie wyjaśniony na podstawie twierdzeń stron zawartych w ich pismach i złożonych przez nie dokumentów lub innych dowodów”². Z kolei postępowanie przyspieszone pod Regulaminem SCC przewiduje rozprawę jedynie na wniosek jednej ze stron i jeśli arbiter uzna ten wniosek za uzasadniony³. Regulamin ICC pozostawia decyzję w sprawie przeprowadzenia rozprawy w rękach trybunału arbitrażowego, który zobowiązany jest skonsultować się ze stronami⁴.

¹ Abogada, LL.M. (MIDS), prawnik w kancelarii Osterling Abogados w Limie.

² § 53, ust. 6 pkt 10 Regulaminu Arbitrażowego SAKIG.

³ Art. 33 (1) Regulaminu postępowania przyspieszonego (Rules for Expedited Arbitrations) SCC z 2017 r.

⁴ Art. 3 (5) Regulaminu procedury przyspieszonej (Expedited Procedure Rules), stanowiącego Aneks VI do Regulaminu ICC.

Oczywiście w sporach skomplikowanych lub o wysokiej wartości przedmiotu sporu ciężko wyobrazić sobie, aby strony rezygnowały z rozprawy, w trakcie której pełnomocnicy stron dzięki zdolnościom oratorskim przekonują do swojej *case theory*, próbują zdyskredytować biegłych drugiej strony czy podważyć zeznania jej świadków, a arbitrzy mają okazję zadać pytania i rozwiać konkretne wątpliwości, które nadal istnieją po przeczytaniu pisemnych stanowisk stron. Podczas gdy w wielu miejscach na świecie obowiązują związane z COVID-19 ograniczenia w przemieszczaniu się, rozprawa zdalna jest odpowiednim rozwiązaniem pozwalającym na sprawne kontynuowanie postępowania, a nawet na obniżenie jego kosztów. Dzięki temu strony mogą dochodzić roszczeń, aby móc jak najszybciej rozstrzygnąć spór i skoncentrować się na codziennej działalności.

Od początku pandemii COVID-19 instytucje arbitrażowe na całym świecie promują zdalne przeprowadzanie rozprawy, publikując stosowne wytyczne i zalecenia: można tu wymienić np.: ICC, CEPANI, Delos, SIAC czy VIAC⁵. Również SAKIG wydał „Rekomendacje dotyczące przeprowadzania rozpraw w formie wideokonferencji”, wskazując, że Sąd udziela stronom odpowiedniego wsparcia technicznego w tym zakresie⁶.

3. KOSZTY I CZAS POSTĘPOWANIA

Zdalne rozprawy pozwalają zaoszczędzić kwoty przeznaczone na podróż do miejsca rozprawy i z powrotem, koszty zakwaterowania i żywienia przez kilka dni lub nawet tygodni dla kilkunastu lub wręcz kilkudziesięciu osób, w zależności od liczby arbitrów, pełnomocników stron, świadków i biegłych czy samych przedstawicieli stron. Kwoty te są szczególnie istotne w postępowaniach międzynarodowych, w których uczestnicy pochodzą z dwóch lub więcej państw. Mniejszego rzędu oszczędności wiążą się również z rezygnacją z drukowania wielu egzemplarzy pism wraz z załącznikami i z doręczeń w formie tradycyjnej.

W postępowaniach krajowych oszczędności z tytułu rezygnacji z podróży do miejsca rozprawy nie są aż tak imponujące, choć i w takich sporach strony mogą korzystać z usług zagranicznych biegłych bądź potrzebować sprowadzić na rozprawę świadka z zagranicznego oddziału strony. Rozprawa zdalna obniży w takim wypadku koszty prowadzenia sporu.

Brak konieczności podróżowania przekłada się niewątpliwie na oszczędność czasu. Z drugiej strony podnosi się kwestię gorszej koncentracji podczas rozpraw prowadzonych w ramach wideokonferencji. W wielu webinarium poświęconych arbitrażowi w czasach pandemii można usłyszeć, że dotychczasowe całonocne rozprawy powinny być ograniczone do 4–5 godzin dziennie. To z kolei prowadzi do zwiększenia liczby dni przeznaczonych na daną rozprawę. Oczywiście wszystko zależy będzie od sytuacji konkretnych stron i arbitrów, ich podejścia do wideokonferencji czy od stref czasowych, w których przebywają.

⁵ Lista wytycznych i innych dokumentów dotyczących zdalnej rozprawy, opublikowanych przez instytucje arbitrażowe i organizacje prawnicze, jest dostępna na stronie DELOS Dispute Resolution (<https://delosdr.org/index.php/2020/05/12/resources-on-virtual-hearings/>, dostęp: 10.11.2020 r.).

⁶ „Rekomendacje dotyczące przeprowadzania rozpraw w formie wideokonferencji w Sądzie Arbitrażowym przy KIG” (<https://sakig.pl/aktualnosc/lista/rekomendacje-sakig-do-przeprowadzenia-rozprawy-w-formie-wideokonferencji>, dostęp: 10.11.2020 r.).

Istnieje szereg rozwiązań, które arbitrzy mogą wprowadzić w celu zachowania szybkości postępowania. Na przykład zespół orzekający może zachęcać strony do wskazania kwestii, które nie są między nimi sporne bądź takich, które da się rozstrzygnąć na podstawie dowodów z dokumentów. Arbitrzy mogą też podzielić postępowanie na etapy i wydać kilka wyroków częściowych, jeśli mogłoby to prowadzić do większej efektywności⁷. Ta ostatnia sytuacja mogłaby mieć miejsce w przypadku bifurkacji na zagadnienia jurysdykcyjne i na istotę sprawy – odrzucenie części roszczeń ze względu na brak właściwości z pewnością zwiększa efektywność postępowania.

4. ZAGADNIENIA TECHNOLOGICZNE

Kwestie technologiczne mogą rodzić obawy użytkowników arbitrażu. Po pierwsze, ewentualne problemy techniczne mogą utrudniać prowadzenie wirtualnej rozprawy, a w najgorszym przypadku prowadzić do konieczności jej odroczenia. Po drugie, stopień znajomości programów i rozwiązań technicznych jest zróżnicowany – niektórzy użytkownicy mogą niechętnie podchodzić do nowinek technologicznych czy generalnie do nowego dla nich sposobu przeprowadzania rozprawy. Po trzecie, istnieją obawy co do poufności rozpraw prowadzonych w trybie online. Mimo że programy do wideokonferencji stale polepszają poziom zabezpieczeń, może pozostawać niepokój związany z ryzykiem ingerencji lub samej obecności osób trzecich⁸.

Osobom niechętnym nowym technologiom mogą przyjść w sukurs instytucje arbitrażowe, zapewniając wsparcie techniczne oraz dostęp do pełnopłatnych wersji programów niezbędnych do kontynuowania postępowania. Na przykład Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) od lat oferuje program Cisco Webex, którego zabezpieczenia zostały zwiększone we współpracy z Departamentem ds. Bezpieczeństwa i Ryzyka ICSID⁹. Program i zaplecze techniczne – do tej pory używane np. gdy świadek nie mógł udać się na miejsce rozprawy – obecnie służą do kontynuowania postępowań całkowicie w formie wirtualnej.

Dla arbitrażu nieinstytucjonalnego ciekawe rozwiązanie zaproponował Instytut Arbitrażowy Sztokholmskiej Izby Handlowej (SCC), udostępniając Platformę Ad Hoc. Zgodnie z nazwą, platforma ta służy do administrowania sporów prowadzonych w arbitrażu ad hoc, a korzystanie z niej jest nieodpłatne w przypadku sporów zainicjowanych w trakcie pandemii COVID-19¹⁰.

⁷ Więcej działań zaradczych wskazano w pkt 8 „Wytycznych ICC dotyczących możliwych środków mających na celu złagodzenie skutków pandemii COVID-19” (*ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>, dostęp: 09.04.2020 r.).

⁸ Użytkownicy Zoom już od marca br. doświadczali problemów z włamywaniem się osób postronnych do rozmów. W kwietniowym raporcie laboratorium Uniwersytetu w Toronto, The Citizen Lab, zatytułowanym *Move Fast and Roll Your Own Crypto. A Quick Look at the Confidentiality of Zoom Meetings* (<https://citizenlab.ca/2020/04/move-fast-roll-your-own-crypto-a-quick-look-at-the-confidentiality-of-zoom-meetings/>) wskazano, że Zoom nie zapewniał wysokiego poziomu bezpieczeństwa i odradzano korzystanie z niego w sprawach wymagających zachowania prywatności i poufności informacji. Zoom zareagował na te zagrożenia, wprowadzając szereg ulepszeń, takich jak szyfrowanie end-to-end, ograniczające dostęp osobom postronnym do odbywanych zebrań.

⁹ Informacja przekazana przez Jarę Mínguez Almeida, Legal Counsel w ICSID, w trakcie webinarium *The Art and Science of a Virtual Hearing* (<https://www.youtube.com/watch?v=Xroz4e8Ctv0>, dostęp: 10.11.2020 r.).

¹⁰ Ad Hoc Platform, SCC Institute (<https://sccinstitute.com/scc-platform/ad-hoc-platform>, dostęp: 10.11.2020 r.).

Poza dostępem do technologii instytucja arbitrażowa może zapewniać wsparcie specjalistów od IT. Warto zaproponować stronom i arbitrom próbną wideokonferencję, pozwalającą na wykrycie ewentualnych problemów z połączeniem i na zapoznanie użytkowników z funkcjonalnością danego programu¹¹. Również wskazana jest obecność na rozprawie personelu technicznego, który na bieżąco będzie identyfikować źródła problemów i pomagać usuwać usterki. Pomocne jest także wyznaczenie osoby odpowiedzialnej za kontrolowanie, kto bierze udział w rozprawie zdalnej. Funkcję tę może pełnić sekretarz trybunału bądź pracownik instytucji arbitrażowej.

Obstrżenia wprowadzone w pierwszych miesiącach pandemii są stopniowo znoszone na całym świecie i coraz rzadziej będzie zachodzić konieczność zdalnego udziału w rozprawie przy wykorzystaniu komputera domowego bądź tabletu. Brak całkowitej kwarantanny pozwala osobom niemającym dostępu do technologii na wynajem sali konferencyjnej ze wsparciem personelu technicznego – usługę taką mogą oferować lokalne instytucje arbitrażowe bądź centra konferencyjne. Korzystanie przez obie strony z usług IT wyspecjalizowanego podmiotu pozwoli zapewnić równy dostęp do technologii w trakcie postępowania, a także podnieść poziom bezpieczeństwa.

5. PRZESŁUCHANIE ŚWIADKÓW

Dużo obaw związanych z rozprawami wirtualnymi dotyczy przesłuchania świadków. Przede wszystkim wskazuje się, że świadek mógłby otrzymywać instrukcje co do udzielanych odpowiedzi zarówno przez różnego rodzaju komunikatory, jak i przez osoby przebywające z nim w jednym pomieszczeniu. Wydaje się, że tego typu sytuacjom można zapobiec.

Jeśli nie jest możliwe zapewnienie udziału przedstawiciela drugiej strony w pomieszczeniu, w którym przebywa świadek, można poprosić świadka o pokazanie arbitrom całego pomieszczenia, a następnie o takie ustawienie kamery, które umożliwi obserwowanie jak największej przestrzeni i wejścia do pokoju. Dokumenty okazywane świadkowi można wyświetlać przy użyciu programów przejmujących ekran drugiej strony, jak np. TeamViewer, dzięki czemu świadek nie będzie musiał korzystać aktywnie ze swojego komputera. Pozwoli to uniknąć zarzutu jednoczesnego korzystania z przygotowanych wcześniej plików bądź komunikatorów w trakcie składania zeznań. Świadek może też usiąść w odpowiedniej odległości od kamery, aby można było obserwować, czy nie korzysta z notatek lub z telefonu czy innego urządzenia pozwalającego na komunikowanie się z osobami trzecimi.

Nie zapominajmy, że i na rozprawie tradycyjnej możliwe byłoby korzystanie z mikrouządzeń, poprzez które świadek mógłby otrzymywać niedozwolone wytyczne co do odpowiedzi. Wydaje się, że nie ma sensu zakładać złej woli świadka czy pełnomocnika strony, którzy mieliby uciekać się do takich podstępów. Obserwowanie zachowania świadka powinno wystarczyć do stwierdzenia, czy udziela odpowiedzi w sposób spontaniczny, czy korzysta ze wskazówek osoby trzeciej.

¹¹ Np. SAKIG zapewnia wsparcie pracowników Sekretariatu przy uczestnictwie informatyków Sądu – zob. „Rekomendacje dotyczące przeprowadzania rozpraw w formie wideokonferencji w Sądzie Arbitrażowym przy KIG” (<https://sakig.pl/wp-content/uploads/2020/04/Rekomendacje-SAKIG-do-wideorozpraw.pdf>, dostęp: 10.11.2020 r.).

Nagrywanie rozprawy pozwala na kilkukrotne odtworzenie zeznań i na wychwycenie zachowań, które mogłyby umknąć arbitrom w czasie rzeczywistym. Dzięki temu można dokładnie przeanalizować komunikację niewerbalną, która wręcz może być łatwiejsza do zidentyfikowania przy dobrym oświetleniu i odpowiedniej odległości od kamery. Ponadto w wielu przypadkach zachodziła dotychczas konieczność zdalnego przesłuchania świadka, który nie mógł stawić się na rozprawie osobiście. Wreszcie, zeznania świadka to jedynie część materiału dowodowego, na podstawie którego zostanie wydany wyrok arbitrażowy.

6. ARBITRAŻ ZDALNY A PROBLEMY NA ETAPIE POSTARBITRAŻOWYM

Powstaje pytanie, czy arbitraż zdalny mógłby naruszyć prawo strony do obrony lub równość stron i stanowić podstawę do uchylecia wyroku arbitrażowego bądź do odmowy jego uznania i stwierdzenia wykonalności. W przypadku gdy strony zgodnie odmawiają uczestniczenia w rozprawie zdalnej bądź nie godzą się na inne czynności dokonywane drogą elektroniczną, trybunał arbitrażowy powinien dostosować się do życzenia stron. Bardziej skomplikowana jest sytuacja, w której tylko jedna ze stron odmawia udziału w wirtualnym postępowaniu. Czy może ona skutecznie przeciwstawić się kontynuowaniu arbitrażu w formie wirtualnej?

W prawie arbitrażowym miejsca postępowania, a także w regulaminie danej instytucji arbitrażowej należy szukać odpowiedzi na pytanie, czy rozprawa musi odbywać się przy fizycznej obecności stron, czy wystarczy „obecność wirtualna”. Jeśli wymagana jest obecność fizyczna, przeprowadzenie rozprawy przez wideokonferencję naraża przysły wyrok arbitrażowy na ryzyko uchylecia.

Art. 26 Regulaminu ICC przewiduje, że „[j]eżeli ma zostać przeprowadzona rozprawa, trybunał arbitrażowy z należytym wyprzedzeniem wezwie strony do stawiennictwa przed trybunałem arbitrażowym w dniu i w miejscu przez niego wskazanym”. Uregulowanie takie wskazywałoby na konieczność osobistego stawiennictwa w miejscu rozprawy, jednak Przewodnik Sekretariatu po arbitrażu ICC wyjaśnia, że trybunał arbitrażowy w niektórych sprawach może rozważyć przeprowadzenie rozprawy zdalnej poprzez telekonferencję lub wideokonferencję¹². Ponadto ICC w swoich „Wytycznych dot. możliwych środków w celu łagodzenia skutków pandemii COVID-19” wskazuje, że przyznane w art. 22 ust. 2 Regulaminu ICC szerokie uprawnienia trybunału arbitrażowego do przyjmowania środków proceduralnych pozwalają na zarządzenie rozprawy zdalnej, o ile nie będzie to sprzeczne z ustaleniami stron. W takim przypadku zespół orzekający powinien rozważyć istotne okoliczności, takie jak konsekwencje pandemii, charakter rozprawy, złożoność sprawy, liczbę osób uczestniczących w postępowaniu, a także to, czy strony będą miały możliwość przygotowania się do rozprawy i czy opóźnienia spowodowane przełożeniem rozprawy na późniejszy termin nie będą nadmierne¹³. Dodatkowo, odnośnie do art. 25 ust. 2 Regulaminu ICC, dotyczącego ustalenia faktów sprawy, wskazane „Wytyczne...” wyjaśniają, że sformułowanie *shall hear the parties together in person if any of them so requests* można rozumieć jako dotyczące rozprawy „osobistej” przy użyciu środków komunikacji wirtualnej (*a hearing taking place “in person” by virtual means*)¹⁴.

¹² J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, 2012, pkt 3-993 („Przewodnik Sekretariatu po arbitrażu ICC”).

¹³ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, pkt 18, 22 (<https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>, dostęp: 10.11.2020 r.).

¹⁴ Ibid., pkt 23.

Wśród polskich instytucji arbitrażowych SAKIG przewiduje w § 34 ust. 1 Regulaminu, że zespół orzekający rozpoznaje spór na rozprawie, zaś za zgodą stron może rozstrzygnąć spór bez jej wyznaczenia. Z treści Regulaminu nie wynika jednoznacznie, czy przeprowadzenie rozprawy implikuje fizyczną obecność stron, czy też możliwe jest jej przeprowadzenie w sposób zdalny. Wobec ewentualnego sprzeciwu jednej ze stron co do rozprawy zdalnej, zespół orzekający powinien przeanalizować argumentację tej strony, zwracając uwagę w szczególności na jej możliwości techniczne, a także upewnić się, czy zachowanie środków bezpieczeństwa w związku z COVID-19 nie utrudni w znaczny sposób prowadzenia sprawy, gromadzenia dowodów czy przygotowania się do rozprawy. Rolą zespołu orzekającego jest upewnić się, że istniejące komplikacje nie prowadzą do zachwiania równości procesowej stron. Niemniej trudności w przygotowaniu tradycyjnej rozprawy przemawiają na rzecz organizacji rozprawy zdalnej.

Z kolei Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan przewiduje wprost w § 33, iż „[w] uzasadnionych przypadkach zespół orzekający, po konsultacji ze stronami, może zarządzić przeprowadzenie rozprawy przy pomocy środków komunikowania się na odległość lub innych stosownych środków, w szczególności w formie wideokonferencji”. Takie uregulowanie upoważnia trybunał arbitrażowy do zarządzenia rozprawy zdalnej, jeśli w jego mniemaniu to rozwiązanie będzie uzasadnione.

W państwach, w których promuje się rozprawy online w sądownictwie powszechnym, samo przeprowadzenie rozprawy arbitrażowej w sposób zdalny nie powinno wzbudzić wątpliwości sędziów na etapie postępowań postarbitrażowych. Jeśli *lex arbitri* i regulamin arbitrażowy milczą na temat rozpraw wirtualnych, należy dokładnie przeanalizować uprawnienia proceduralne trybunału arbitrażowego, upewniając się, czy może on podejmować decyzje wedle własnego uznania, zwłaszcza przy sprzeciwie jednej ze stron¹⁵.

Odpowiedzialność za prawidłowe prowadzenie sprawy i za równe traktowanie stron ponoszą arbitrzy. Na etapie składania pism strony mogą wskazywać na problemy z dostępem do dokumentacji papierowej czy do świadków, zwłaszcza w państwach, w których wprowadzono rygorystyczne ograniczenia przemieszczania się. Na etapie rozprawy strony, ich pełnomocnicy, świadkowie lub biegli mogą mieć problemy z dostępem do technologii czy choćby dobrego łącza internetowego. Wnioski strony o zawieszenie postępowania bądź nieprzeprowadzenie rozprawy wirtualnej powinny być szczegółowo uzasadnione z dokładnym wskazaniem doświadczanych komplikacji. Arbitrzy powinni starannie analizować *ad casum* występujące problemy i ich wpływ na prowadzenie sporu i podejmować kroki gwarantujące jednakowe warunki obu stronom, a jednocześnie zapobiegające stosowaniu taktyk dylatoryjnych przez pozwanego. Przede wszystkim nie należy kontynuować postępowania w przypadku, gdy jedna ze stron ma utrudniony dostęp do dokumentów lub technologii i nie mogłaby w pełni realizować prawa do obrony.

¹⁵ M.S. Abdel Wahab, jeden z Wiceprezesów Sądu ICC, opracował *Pandemic Pathway*, dokładnie ujmując krok po kroku zagadnienia warte przeanalizowania w przypadku sprzeciwu jednej bądź obu stron względem wirtualnej rozprawy – zob. A. Ross, *What if parties don't agree on a virtual hearing? A pandemic pathway*, *Global Arbitration Review* (<https://globalarbitrationreview.com/article/1226483/what-if-parties-dont-agree-on-a-virtual-hearing-a-pandemic-pathway>, dostęp: 10.11.2020 r.).

Zdalne przeprowadzanie rozpraw stawia przed pełnomocnikami i arbitrami nowe wyzwania, na które należy się odpowiednio przygotować, ustalając działania, jakie podejmie trybunał arbitrażowy w przypadku wystąpienia komplikacji. Dla celów przeprowadzenia rozprawy wirtualnej zaleca się wydanie postanowienia szczegółowo opisującego wszelkie aspekty techniczno-logistyczne, poczynając od przygotowań do rozprawy i wykonywania próbnych połączeń, poprzez porządek rozprawy, zasady udzielania głosu, protokołów do zastosowania w przypadku nagłego rozłączenia się jednej lub więcej osób obecnych, a kończąc na przechowywaniu nagrania z rozprawy po zakończeniu sprawy. Pomocne mogą okazać się modele takiego postanowienia, publikowane przez sądy polubowne lub prawników arbitrażowych. Dla przykładu: szczegółowy model postanowienia normującego zdalną rozprawę można znaleźć w projekcie roboczym zaprezentowanym w kwietniu br. przez *Transnational Dispute Management*¹⁶.

Takie przygotowanie pozwoli zespołowi orzekającemu sprawnie przeprowadzić rozprawę zgodnie z ustaleniami poczynionymi ze stronami, a także efektywnie reagować na ewentualne komplikacje – włącznie z zarządzeniem odroczenia rozprawy przy znacznych problemach technicznych – w celu zapewnienia równego udziału stron.

Przy zachowaniu wskazanych zasad wątpliwy byłby sukces skargi o uchylenie wyroku opartej na przesłankach pozbawienia możliwości obrony swoich praw¹⁷ lub niezachowania podstawowych zasad postępowania przed sądem polubownym,¹⁸ do jakich bezspornie zalicza się równość stron i procedura zgodna z umową stron.

7. SYTUACJA W PERU

Peru – gdzie aktualnie praktykuję – jest interesującym dla prawników arbitrażowych miejscem ze względu na powszechność i popularność sądownictwa polubownego. Są dwie główne przyczyny takiego stanu rzeczy. Po pierwsze, opieszale sądownictwo powszechne. Po drugie, arbitraż i koncyliacja zostały ustawowo wyznaczone jako metody rozwiązywania sporów w zamówieniach publicznych, a także we wszystkich umowach cywilnoprawnych podpisywanych z jednostkami publicznymi.

Z powodu COVID-19 15 marca br. wprowadzono stan wyjątkowy¹⁹ i restrykcyjną kwarantannę, która trwała do 30 czerwca br., a dla niektórych regionów i grup wiekowych trwa nadal. Jednocześnie ogłoszono zawieszenie biegu terminów sądowych, nie wypowiadając się na temat sądownictwa polubownego. W obliczu zaistniałej sytuacji główne instytucje arbitrażowe wydały komunikaty dotyczące zawieszenia administrowanych przez siebie postępowań do czasu zniesienia kwarantanny lub do czasu wydania ponownego obwieszczenia. W kolejnych komunikatach wskazywano, że zespół orzekający jest władny wznowić postępowanie po uprzedniej konsultacji ze stronami i przy ich aprobacie. Jak można się spodziewać, strony – zwłaszcza pozwane – sprzeciwiały się wznowieniu postępowania, podnosząc brak dostępu do dokumentów fizycznych czy nawet elektronicznych, a także brak możliwości sprawnego kontaktowania się z prawnikiem, ze świadkami itp., co przekłada się na niemożność prowadzenia postępowania i obrony swoich praw²⁰.

¹⁶ S. Cohen, Draft Zoom Hearing Procedural Order, *Transnational Dispute Management* (<https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1815>, dostęp: 10.11.2020 r.).

¹⁷ Art. 1205 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania cywilnego.

¹⁸ Art. 1205 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego.

¹⁹ *Decreto Supremo* N° 044-2020-PCM z 15.03.2020 r.

W obliczu ciągłego przedłużania kwarantanny przez władzę wykonawczą instytucje arbitrażowe zarządziły wznowienie postępowań, chyba że w danej sprawie zespół orzekający zadecyduje inaczej. Powstało pytanie, jaką decyzję powinien podjąć trybunał arbitrażowy, gdy jedna ze stron sprzeciwia się wznowieniu postępowania, podnosząc brak możliwości prowadzenia sporu ze względu na restrykcje sanitarne. W Peru panuje *due process paranoia* i bardzo ostrożnie podchodzi się do wydawania zarządzeń proceduralnych wbrew woli jednej ze stron, gdyż prowadzi to często do prób uchylecia wyroku arbitrażowego na podstawie rzekomego naruszenia prawa do obrony.

W ramach drugiego etapu odmrażania gospodarki, w czerwcu br., władza wykonawcza zezwoliła na prowadzenie działalności prawniczej. Główna instytucja arbitrażowa w Peru, Centrum Arbitrażu przy Izbie Handlowej w Limie (*Cámara de Comercio de Lima*, CCL), wydała zarządzenie o wznowieniu wszystkich zawieszonych postępowań z dniem 1 lipca br. – postępowania, w których jeszcze nie ukonstytuował się zespół orzekający, miały być kontynuowane od tej daty, natomiast w sprawach bardziej zaawansowanych to trybunał arbitrażowy miał zadecydować o dokładnej dacie wznowienia, w zależności od sytuacji stron.

W środowisku arbitrażowym zaczęto dyskutować nad tym, czy instytucje arbitrażowe miały prawo do zawieszenia administrowanych przez siebie postępowań, nie zostawiając tej decyzji w rękach trybunałów arbitrażowych. Choć zdania są podzielone, w mojej ocenie możliwość taka może zaistnieć w przypadku stosownych klauzul w regulaminie danej instytucji. Tytułem przykładu, statut CCL – będący częścią regulaminu arbitrażowego – pozwala Radzie Arbitrażowej CCL wydawać zarządzenia co do administrowanych postępowań. Statut wskazuje, że „Decyzje podejmowane przez Radę Arbitrażową co do kwestii związanych z postępowaniem arbitrażowym mają charakter administracyjny oraz są ostateczne i wiążące dla stron i trybunału arbitrażowego”²¹. To właśnie na podstawie tej klauzuli Rada Arbitrażowa podejmowała decyzje co do zawieszenia bądź wznowienia postępowań.

Inne budzące kontrowersje zagadnienie dotyczyło kontynuowania postępowania wbrew woli jednej ze stron, w związku ze wskazywanym przez nią brakiem dostępu do dokumentacji bądź świadków czy z niemożnością prowadzenia sporu w obliczu obostrzeń sanitarnych. Tego rodzaju argumenty podnosili przede wszystkim pełnomocnicy reprezentujący jednostki sektora publicznego, ale i w sektorze prywatnym wskazywano na problemy z prowadzeniem sporu, związane głównie z zakazem przebywania z osobami obcymi czy zakazem przemieszczania się. W związku z zezwoleniem wznowienia działalności prawniczej od czerwca br., a także ze znoszeniem obostrzeń w innych sektorach gospodarki, wydaje się, że tego rodzaju argumentacja powoli straciła rację bytu. Ponadto stosowne rozwiązanie stanowi dokładna analiza sytuacji procesowej i faktycznej stron, dzięki której trybunał arbitrażowy może podejmować decyzje, nie naruszając prawa stron do obrony.

²⁰ Wskazany dekret wydano 15.03.2020 r., tj. w niedzielę wieczorem, a restrykcyjna kwarantanna obowiązywała już od poniedziałku 16.03.2020 r., w związku z czym pozostało zaledwie parę godzin na zabranie sprzętu czy dokumentacji z biura do domu, co zapewne w wielu przypadkach mogło spowodować niemożność kontynuowania postępowania.

²¹ Art. 1 ust. 4 Statutu CCL: *Las decisiones adoptadas por el Consejo sobre las cuestiones relativas al arbitraje tienen naturaleza administrativa y son definitivas y vinculantes para las partes y para el Tribunal Arbitral* [tłum. własne].

Brak informacji o toczących się przed sądami peruwiańskimi postępowaniach w sprawie uchylenia wyroku arbitrażowego na podstawie naruszeń związanych z pandemią pozwala domniemywać, że to zagadnienie miało charakter czysto teoretyczny.

Obecnie wiele instytucji arbitrażowych w Peru dostosowało się do nowej rzeczywistości, umożliwiając i promując wszczęcie i prowadzenie postępowania w formie elektronicznej. W wielu przypadkach prawnicy arbitrażowi dalej pracują zdalnie, ograniczając zebrania zespołów czy spotkania z klientami do niezbędnego minimum. Zdalne prowadzenie sporów będzie wykorzystywane w Peru, dopóki nie minie zagrożenie związane z COVID-19. W mojej ocenie zdalny arbitraż będzie wykorzystywany również po przezwycięzeniu pandemii, ponieważ zezwala na znaczne zmniejszenie kosztów postępowania.

8. PODSUMOWANIE

Prowadzenie sporów w sposób elektroniczny pomaga obniżyć koszty i czas postępowania, zwłaszcza w przypadku sporów międzynarodowych. W chwili obecnej może stanowić jedyny sposób na kontynuowanie prowadzenia sporu, w zależności od lokalizacji. Nie wszędzie zniesiono wewnątrz krajowe ograniczenia przemieszczania się, transport międzynarodowy jest nadal ograniczony, a w wielu miejscach istnieje obowiązek odbycia kwarantanny po przylocie. Naukowcy przewidują, że pandemia może potrwać do 2022 r.²². Stąd przejście do modelu wirtualnego jest rozwiązaniem pozwalającym na kontynuowanie sporów zarówno międzynarodowych, jak i krajowych – jeśli ze względów zdrowotnych pożądane jest unikanie kontaktu z innymi osobami. Jest to optymalne rozwiązanie, biorąc pod uwagę, że – zgodnie z maksymą przekazaną przez Williama Penna – *to delay Justice is Injustice*²³.

Choć dla wielu osób całkowicie zdalny arbitraż jest niespodziewaną lub wręcz niechcianą nowością, wydaje się, że obecny kryzys jedynie przyspieszył procesy, które prawdopodobnie z czasem by nastąpiły. Transformacja cyfrowa staje się codziennością, a to z kolei ułatwia zdalne prowadzenie sporów – większość dokumentów i tak jest dostępna w formie elektronicznej, a komunikacja często odbywa się na odległość. Wprowadzenie zdalnych rozpraw może pozytywnie wpłynąć na oszczędność czasu i środków finansowych przedsiębiorców – jest to aspekt ważny nie tylko w czasie kryzysu, ale i na dłuższą metę. Ponadto większa świadomość społeczna w zakresie ochrony klimatu z pewnością ma wpływ na ewentualną rezygnację z podróży do miejsca rozprawy arbitrażowej. W mojej ocenie, ze względu na wskazane kwestie, zdalne rozprawy zostaną z użytkownikami arbitrażu również po zakończeniu pandemii.

Jeśli zaś chodzi o konsekwencje prawne, należy starannie analizować każdy przypadek, aby odróżnić uzasadniony sprzeciw strony wobec arbitrażu zdalnego od zabiegów zmierzających do storpedowania postępowania. Tylko w taki sposób będzie można korzystać z dobrodziejstw technologii przy jednoczesnym zapewnieniu stronom możliwości obrony praw w sądownictwie polubownym.

²² A. Woodward, *The COVID-19 pandemic could last for 2 years, according to US experts*, The World Economic Forum COVID Action Platform (<https://www.weforum.org/agenda/2020/05/coronavirus-pandemic-last-2-years/>, dostęp: 10.11.2020 r.).

²³ W. Penn, *Some Fruits of Solitude*, Headley 1905, s. 86.

Big Data, Bigger Disruption: Is Institutional Arbitration Ready?

Agata Zwolankiewicz ¹, Anushka Sachan ²

1. INTRODUCTION

Technology has irreversibly changed the way people communicate, conduct business, and resolve their disputes. The COVID-19 pandemic demonstrated that we truly entered into the digital age and arbitral institutions, being no exception, moved the proceedings online to continue their operation. We are now witnessing a revolution in dispute resolution which had to adapt to new circumstances overnight.

One of the challenges and main barriers to moving disputes online is cyber security. It is especially sensitive concern in the arbitration context. In complex international disputes, which are usually submitted to arbitral proceedings, digital document production is inevitable to a certain extent . It often includes sensitive and classified information as well as trade secrets.³ By their nature, arbitral proceedings⁴ are private, i.e. they are closed to public. Confidentiality of the proceedings should be distinguished from the notion of privacy. It refers to information about or revealed in arbitral proceedings. Even though both these notions are intertwined, whether privacy entails confidentiality has been vastly discussed in legal literature. Despite a prevailing view that proceedings are not confidential unless the parties have provided for it, a view has been expressed that: “the concept of privacy would have no meaning if participants were required to arbitrate privately by day while being free to pontificate publicly by night”.⁵ In the case arbitral proceedings are confidential, the confidentiality degree is so demanding that even the existence of the dispute and identity of the parties should remain unrevealed. The digital interdependence of participants in ICA is just the bait for hackers and spies who intend to distort the sensitive data often involved in highly confidential matters. As multiple parties in arbitral proceedings may live in different countries, the most convenient way to exchange information is to store it in an electronic form. Consequently, exposing it to cyberattack vulnerabilities, access to sensitive data might result in disclosure of evidence, its manipulation, and possible mutation. Such intrusion in particular undermines the fundamental elements of the adjudicatory process, violates contractual commitments, and causes an overall risk to the participants.

¹ LL.M. (University of Ottawa) with concentration in international trade and foreign investment.

² LL.M. (University of Ottawa) with concentration in international trade and foreign investment.

³ J. Pastore, *Practical Approaches To Cybersecurity In Arbitration*, Fordham International Law Journal 2017, vol. 40, issue 3, p. 1023.

⁴ K. Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Springer Berlin Heidelberg 2010, p. 38.

⁵ Y. Fortier, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, Arbitration International 1999, no. 15, p. 132. For further details see G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, pp. 2780-2783.

Technology in arbitration seems to operate as a double-edged sword. On the one hand, it facilitates long-distance communication, the transmission of evidence, and reduces costs of proceedings.⁶ On the other, the use of technology comes at a price – whilst privacy and confidentiality constitute a core value of arbitral proceedings for parties, the risk of information leaking magnifies in the modern setting. It is not a question of ‘if’ but ‘when’ such a security breach will occur. Cyberattacks occur on daily basis and they are accomplished with ease, even in arbitration.⁷ The issue of confidentiality in the digital age has evolved and surpassed from interpersonal confidentiality to technological confidentiality. Therefore, it is incumbent for institutions and arbitrators alike to be aware of the potential risk of operating in the cyberspace and taking steps towards securing the parties’ privacy.

This paper also calls upon practitioners, especially arbitral institutions, to take the lead in familiarizing themselves with the innovations that involve Artificial Intelligence (AI), examples of which include decision-making through Machine Learning (ML) or using contracting portals, and with their impact on arbitration in the near future. This paper addresses the threats of cyber intrusion in arbitral proceedings and the most practical and achievable ways the risk of its occurrence can be mitigated.

2. CYBERSECURITY THREATS

Information Technology (IT) and the Internet expedited globalization processes and undoubtedly facilitated access to various services. With the new and improved understanding and use of technology and its perks, newer risks come. Moving banking services online did not reduce robberies, quite to the contrary, the number of thefts has increased since. It is, however, the nature of the danger that has changed since the target and methods of committing a crime have become more sophisticated. Nowadays hackers come “in all shapes and forms”⁸ and have expanded their activities beyond the banking sector. With data being the new oil in the digital economy, information obtained in confidential arbitral proceedings may be the new jackpot.

Arbitral proceedings involve parties who themselves are a prominent target of cyberattacks, e.g. multi-national corporations, governments, public figures, etc. Information obtained through a cyber hack is usually not accessible in a public domain and may have an influence over politics or financial markets.⁹ However, not all hackers are motivated by financial gains. A new group of cyberattacks has emerged under the notion of “hacktivism”. The definition combines “hackers” and “activism” in order to capture the motivations of these types of attacks. Hacktivists are not interested in obtaining data for financial gains but rather to “promote or further a social or political” cause.¹⁰

⁶ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, Cambridge University Press 2018, p. 37; M.S.A. Wahab, E. Katsh, D. Rainy, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, The Hague, Netherlands: Eleven International Publishers 2012, p. 400.

⁷ E. Sussman, *Cyber Intrusion as the Guerrilla Tactic: An Appraisal of Historical Challenges in an Age of Technology and Big Data*, SSRN 2018 p. 25 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3278203, access: 11.05.2020).

⁸ J. Pastore, *Practical Approaches...*, p. 1024.

⁹ C.M. de Westgaver, *Cybersecurity In International Arbitration – A Necessity And An Opportunity For Arbitral Institution*, Kluwer Arbitration Blog 2017 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security>, access: 11.05.2020).

¹⁰ J. Pastore, *Practical Approaches...*, p. 1025.

Another category of cyberattacks that are attracted to arbitral proceedings involves political and economic espionage.¹¹

The most debated case in this regard originated in 2015 in a dispute between the Philippines and China over the South China Sea. The Permanent Court of Arbitration in Hague conducted a hearing and on its third day, the Court's website unexpectedly went offline. The cyberattack originated in China and infected the page with malware which put everyone interested in the case at risk of data theft.¹²

Similarly, in *Caratube vs. Kazakhstan* case, a cyberattack was committed. During the dispute, Kazakhstan's IT system was hacked and as a result 60,000 documents were made publicly available on a website called "KazakhLeaks". Subsequently, after the attack, Caratube attempted to introduce into the evidence some of the documents that were published on the internet.

Arbitral proceedings are especially vulnerable to breaches due to the number of interested actors involved. Seemingly, there are only the parties, their counsels, and the arbitrators who are familiar with the facts of the case. The reality proves to be different. Data custodians include not only the arbitral institutions, the parties, and the counsels, but also the counsel's entire legal staff, support staff of the arbitral institution, employees of the respective parties, translators, couriers, IT professionals, etc. (Data Custodian).

The pool of potential cyber intrusion is quite extensive. The cyberattacks may occur through attacking individual actors directly (e.g. taking advantage of the so-called "human error" and targeting the individuals through phishing e-mails) or the whole digital infrastructure of their organization (as in *Philippines vs. China dispute*). In addition, international arbitration often involves frequent travels, which increases the risk of data theft. The usage of portable media, thumb drives, and locally stored data, provides exposure to the possibilities of theft. Accessing insecure networks during frequent travels also increases the risk of a cyber intrusion. Unfortunately, practice shows that majority of cyberattacks are successful because of human error. Therefore, implementation of IT solutions in arbitral proceedings should go hand in hand with providing appropriate professional training to the arbitrators and counsels involved .

¹¹ *Ibid*, p. 1026.

¹² J. Healey, A. Piiparinen, *Did China Just Hack the International Court Adjudicating Its South China Sea Territorial Claims?*, *Diplomat* 2015 (<http://thediplomat.com/2015/10/did-china-just-hack-the-international-court-adjudicating-its-south-china-sea-territorial-claims/>, access: 11.05.2020).

¹³ *Caratube Int'l Oil Co. LLP & Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>, access: 11.05.2020), para. 150.

¹⁴ S. Cohen, M. Morril, *A Call To Cyberarms: The International Arbitrator's Duty To Avoid Digital Intrusion*, *Fordham International Law Journal* 2017, no. 40 (3), p. 998.

¹⁵ J. Pastore, *Practical Approaches...*, p. 1029.

¹⁶ *Ibid*, p. 1028.

¹⁷ A. Lodder, J. Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge University Press 2010, p. 170.

3. INSTITUTIONAL ARBITRATION - CURRENT PRACTICES

In 2010, Lodder and Zeleznikow argued that “slowly but surely” the technology-enhanced litigation and arbitration would become the new default. A decade later with the world facing a COVID-19 pandemic we are now witnessing a technology revolution.

On 11 March 2020, the World Health Organisation declared the COVID -19 outbreak a pandemic.¹⁸ A virus, which originated in Wuhan, China in December 2019, pushed more than a third of the planet’s population into some form of restriction, including international travels, national quarantines, and school closures, to say the least.¹⁹ The widely implemented “lockdown” impacted dispute resolution systems worldwide as many hearings have been postponed. Whilst court systems are experiencing a temporary halt, arbitral institutions²⁰ are quickly adapting to the new situation. Arbitration, being better suited to provide flexible solutions and react to its users’ needs, allowed disputes to move forward. A group of widely recognized arbitral institutions issued a joint statement on supporting international arbitration’s ability to contribute to stability and foreseeability in a highly unstable environment, including ensuring that pending cases may continue and that parties may have their cases heard without undue delay.²¹ On 9 April 2020, the International Chamber of Commerce (ICC) issued a Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic.²² The ICC Court not only made a commitment to proceed with the pending cases but also kept “its doors open to new cases”.²³ In order to achieve its goals, ICC proposed to proceed with virtual hearings. The ICC Guidance Note provided recommendations and guidelines for conducting such e-proceedings. Similarly, in Poland, the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce²⁴ (SAKIG) issued its recommendations on virtual hearings.²⁵ The SAKIG Secretariat with the assistance of IT staff provides technical assistance to the parties. In fact, SAKIG held the first virtual hearing on 3 April 2020.²⁶ The hearing was conducted in the form of video conference and correspondence was sent electronically.

The use of virtual hearings and IT by arbitral institutions, even though not used extensively, is nothing new. Going beyond a simple e-mail communication between the parties and arbitral institutions, so far, IT arbitration supports databases, platforms, document archiving, demonstrative technologies, etc.²⁷ Already in 2005, the ICC NetCase Project was launched, which provided secure online platform facilitating proceedings between the parties.

¹⁸ J. Gumbrecht, J. Howard, *WHO declares novel coronavirus outbreak a pandemic* (<https://www.cnn.com/2020/03/11/health/coronavirus-pandemic-world-health-organization/index.html>, access: 11.05.2020).

¹⁹ J. Kaplan, L. Frias, M. McFall-Johnsen, *Countries around the world are reopening – here’s our constantly updated list of how they’re doing it, and who remains under lockdown* (<https://www.businessinsider.com/countries-on-lockdown-coronavirus-italy-2020-3>, access: 11.05.2020).

²⁰ CRICA, DIS, ICC, AAA, ICSID, KCAB, LCIA, CAM, HKIAC, SCC, SIAC, VIAC and IFCAL.

²¹ The full statement can be found here: <https://iccwbo.org/publication/arbitral-institutions-joint-statement-in-the-wake-of-the-covid-19-outbreak/> (access: 11.05.2020).

²² The ICC Guidance Note can be found here: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/> (access: 11.05.2020).

²³ The ICC Guidance Note, available at: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>, p. 1 (access: 11.05.2020).

²⁴ Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej (SAKIG), more information available at: <https://sakig.pl/en/about-court/general-information> (access: 11.05.2020).

²⁵ Available in Polish at: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2020/04/Rekomendacje-SAKIG-do-wideorozpraw.pdf> (access: 11.05.2020).

²⁶ Available at: <https://sakig.pl/aktualnosci/lista/arbitrzy-sakig-przeprowadzili-pierwsza-rozprawe-online> (access: 11.05.2020).

²⁷ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age...*, p. 41.

It offered an online case management tool for the parties, an online communication platform and a storage of documents.²⁸ NetCase system has not been widely used and is no longer being offered.²⁹ Currently, ICC is working to develop “an updated internet-based case management product”.³⁰ Other arbitral institutions have implemented similar systems that allow online filing, e.g. WIPO offers a repository called ECAF³¹, the AAA a platform named WebFile.³² ICSID also offers similar online filing systems, in contrast, however, it uses third-party service providers for such services.³³ Due to the increased demand, private entities commenced developing various IT solutions designed to facilitate technology-enhanced dispute resolution, e.g. the Chartered Institute of Arbitrators.³⁴

Case management websites are vastly used in arbitral proceedings. These are special platforms designed to “upload, store, organize and retrieve documents and other files”.³⁵ They also enable online communications, and provide an overview of the necessary information on financial aspects, the timeline, the contact information of the parties, etc. These websites can be accessed by the parties and the arbitrators without any restrictions, and with some restrictions, by witnesses and expert witnesses.³⁶ Next to managing cases, arbitral institutions have been using IT solutions for conducting video conferencing. In contrast to telephone conferences, video conferences allow for a simultaneous sharing of images and sound, replicating in person-meetings to the greatest extent possible. Virtual hearings being an exception in the past, are currently expected to become the new norm, at least during the COVID -19 pandemic outbreak.

The information on the current use of IT in arbitral proceedings originates from the arbitral institutions’ practices. Since non-administered proceedings are usually confidential and unreported, we know very little about the implemented measures in ad hoc arbitration, which naturally, will vary on a case-by-case basis³⁷. The advantage of institutional arbitration is a stable framework for implementing IT solutions with varying degrees of intensity in the administration of the proceedings.³⁸ The introduction of an advanced IT infrastructure in arbitral institutions is a worthwhile investment. With regards to ad hoc arbitration, IT tools must be implemented for every individual case whilst IT infrastructure in arbitral institutions serves all the future cases and thus lowers the costs per case.³⁹

²⁸ ICC Commission Report: Information Technology in International Arbitration (<https://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2017/04/ICC-Information-Technology-in-International-Arbitration-ICC-Arbitration-ADR-Commission.pdf>, access: 11.05.2020), p. 2.

²⁹ S. Lange, I. Samodelkina, *Digital Case Management in International Arbitration* (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/13/digital-case-management-in-international-arbitration/>, access: 11.05.2020).

³⁰ ICC Commission Report: Information Technology in International Arbitration..., p. 2.

³¹ More information available at: https://www.wipo.int/pressroom/en/prdocs/2005/wipo_upd_2005_257.html (access: 11.05.2020).

³² More information available at: <https://www.adr.org/aaawebfile> (access: 11.05.2020).

³³ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age...*, p. 89.

³⁴ T. Schultz, *Information Technology and Arbitration: A Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International 2006, p. 11.

³⁵ *Ibid*, p. 29.

³⁶ *Ibid*, p. 31.

³⁷ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age...*, p. 86.

³⁸ *Ibid*, p. 87.

³⁹ *Ibid*, p. 94.

Procedural security in all its aspects constitutes one of the reasons why parties decide to opt for institutional rather than ad hoc arbitration.⁴⁰ Additionally, a concern was expressed in legal literature that arbitrators of a certain age may not be as technology savvy as demands of the modern world may be. Arbitration has been generally presumed to be an extremely homogenous group of elderly white men – an “old boys club”.⁴¹ Statistics seem to be confirming this presumption. In 2018, the average age of arbitrators confirmed or appointed in ICC arbitrations was 56 years, and only 35% of individuals were below 50.⁴² Without the institutional office providing technical assistance, it may be difficult to embrace technology-based solutions.⁴³ Perhaps the COVID -19 pandemic will serve as the necessary spark to engage younger arbitrators into the practice.

4. GENERAL DATA PROTECTION REGULATION AND ITS INTERPLAY WITH ARBITRATION

Data processing in international arbitration is an essential cog of the process, especially after the advent of both globalization and technology. Globalization would mean an increase in and need for ICA, and technology would support and facilitate the process. Though parties involved in ICA proceedings are bound by the contracts concluded between them and, if applicable, by the confidentiality of proceedings, the actors involved in arbitral proceedings must remember that the cross-border processing of data requires observance and compliance also with data protection and privacy laws such as the General Data Protection Regulation (GDPR) in the EU Member States. Interestingly, GDPR does not directly address any matters related to arbitration, which is why there is a confusion around compliance with the regulation and its execution.⁴⁴ Therefore application of GDPR will be conducted on a trial-and-error basis, where those who fall under it in principle must make good faith and genuine attempts to comply with the law, especially as sanctions under GDPR are exceptionally high.⁴⁵ Given the ambiguity around the application and enforcement, this section seeks to talk about the broad potential effects of processing and management of data in the field of arbitration.

⁴⁰ *Ibid*, p. 88.

⁴¹ S. Puig, *Social Capital in the Arbitration Market*, European Journal of International Law 2014, no. 25(2), p. 388; L. Swigart, D. Terris, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford Handbooks 2015, p. 635.

⁴² ICC Dispute Resolution 2018 Statistics (https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2018statistics_iccdisputeresolution_898.pdf?m=3/11/2020%208:08:56%20AM&_cldee=YXp3b2wwOTRAdW90dGF3YS5jYQ%3d%3d&recipientid=contact-3321ace29e94ea11a811000d3abaad31-c32aec0c581843cdb85117da53198de5&esid=0299a09a-238a-4f45-86d6-bf2c8e8bc435, access: 11.05.2020), p. 12.

⁴³ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age...*, p. 91.

⁴⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1–88. Recital 52 of GDPR mentions where special categories are to be processed, such processing may be done “in court proceedings or an administrative or *out-of-court procedure*.” [emphasis added] (the entire GDPR document mentions the *out-of-court procedure* only twice in the entirety of it).

⁴⁵ Less serious violations (under sections 8,11,25-39, 41-43) attract a fine of euro 10 million, or 2% of the firm’s overall revenue of preceding year, whichever is higher. More serious violations (under articles 5-7, 9, 12-22, 44-49) attract a much larger fine of up to euro 20 million, or 4% of the firm’s overall revenue of preceding year, whichever is higher (<https://gdpr.eu/fines/>, access: 11.05.2020).

4.1 SCOPE

The application of GDPR with reference to arbitration can be deciphered from Article 3, which applies to:⁴⁶

- a) the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.
- b) the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to the offering of goods and services, whether for free or not, or for monitoring the behaviour of data subjects.

GDPR encompasses all “processing” that might come under arbitral proceedings by Data Custodian as the term ‘processing’ is broadly defined as “any operation or set of operations which is performed on personal data or sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organization, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction”.⁴⁷ Consequently, data retention, review, correspondence with the parties involved, disclosure, and thereby knowledge of any material information, and the likes would fall within the purview of GDPR.⁴⁸

There shall indeed arise many conflicts and complexities in the application of GDPR alongside country-specific data protection and privacy laws as GDPR allows for derogation under special circumstances. However, since the arbitral proceedings are private and frequently confidential, fewer complexities should be expected as long as efforts are made to comply with GDPR and country specific laws on data.⁴⁹

5. TECHNOLOGY: OPPORTUNITIES AND THREATS

It is imperative that before we talk about the integration of technology with ICA, we first need to address and account for the cybersecurity threats that compromise the process. The first-line respondents in any cybersecurity issue would be the Data Custodians primarily making it their duty to fend off digital threats and intrusion. James Pastore classifies the looming cyber threats into three major categories, namely: hacktivist, state actors, and criminal actors.⁵⁰ It is important to compartmentalize and delineate them, even if roughly, to build possible frameworks to identify and tackle the threats.

⁴⁶ GDPR Recital 52 Art. 3, p. 32-33.

⁴⁷ GDPR Recital 52, Art. 4(2), p. 33.

⁴⁸ It must be taken into account the language used by the article is technologically neutral, therefore any and every process that is used to handle the data will come under the scope of the law.

⁴⁹ For a detailed analysis of GDPR and its impact on arbitration, please refer: to K. Paisley, *It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration*, Fordham International Law Journal 2018, no. 41 (4). The paper also provides important questions and policy decisions that must be kept in mind while crafting arbitral procedures.

⁵⁰ J. Pastore, *Practical Approaches...*, p. 1025.

One of the biggest challenges that arbitrators and institutions face is equipping themselves with case-specific factors related to the digital architecture and assets to avoid data breaches and intrusions. The duty to avoid an intrusion is a continuous effort that flows from the nature of the information handled by the arbitrators and the evolution of technology as it is especially difficult to determine what constitutes a reasonable measure to fend off cybersecurity threat.⁵¹ This would depend on risk assessment done per case, the arbitrator's expertise and capability to deal with the threat, the cybersecurity measures incorporated by the arbitrator or the institution, and the threat itself.

Eric Schwartz highlights arbitrators' personal accountability towards the parties to recognize the security and safety of their personal information as well as the data pertaining to the case, as their arbitrators' obligation cannot be delegated.⁵² An arbitrator has to assume responsibility to cater to the anonymity and security of the parties even though there might be a special 'IT Cell' which is responsible for supervising technical matters in a case. This duty of arbitrators to assume responsibility is in addition to the obligation of arbitral institutions to protect the information of the parties, and this has grown exponentially since the advent of GDPR as anybody who deals with data comes under the garb of GDPR.

Though there may not be one-size-fits-all protection against the threats, it is important to maintain general hygiene against the possible threats that could be faced. After the arbitrators and institutions assess the involved risk and their architecture to deal with the threat, they must make broad guidelines of general nature to be applied in every case for data protection and privacy:

i) Limiting the Attack Surface

The introduction of technology has made it easier for parties involved in international arbitration to share and receive information. The dissemination can happen over e-mails, by uploading documents over cloud computing services, through laptops, USB drives, etc. Each of these devices and modes of dissemination of information, increase the "attack surface", a potential portal into the confidential information held by the Data Custodians through which an attacker can breach the privacy and security.⁵³

To simplify, imagine you are in a room with just one door (assuming the walls are impermeable), the only way someone can get to you is through that one door.

⁵¹ *LabMD, Inc. vs. Federal Trade Commission* ("FTC"), No. 9357, 2016 WL 4128215 (reasonableness, in this case, was evaluated based on "the sensitivity and volume of consumer information [a party] holds, the size and complexity of its business, and the cost of available tools to improve security and reduce vulnerabilities"); reasonableness also stems from the ABA model rule 1.6 (c) stating "[a] lawyer shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client." (https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/, access: 11.05.2020).

⁵² E. Schwartz, *The Rights, and Duties of ICC Arbitrators*, ICC International Court of Arbitration Bulletin Special Supplement: The Status of the Arbitrator 1995, p. 86.

⁵³ E. Schwartz, *The Rights, and Duties of ICC Arbitrators*, ICC International Court of Arbitration Bulletin Special Supplement: The Status of the Arbitrator 1995, p. 86.

⁵⁴ B.S.E. Schoenfeld, *threat models: into the deep*, RSA conference 2018 (https://published-prd.lanyonevents.com/published/rsaus18/sessionsFiles/9225/LAB3-R02_Threat-Models-Into-The-Deep.pdf, access: 11.05.2020).

Therefore, in this case, the only attack surface is the door. This back-of-the-napkin calculation is precisely the idea behind an attack surface, which means the total number of ways security can potentially be breached. The attackers prey on the system vulnerabilities to enter a network to manipulate, extract, or send data to another network. Therefore, it is imperative to understand the network's exposure to the risks and the vulnerabilities and to build more secure networks. Data Custodians must be aware of all the possible attack surfaces and refrain from using unnecessary devices for dissemination of information. Using a cloud computing service, or an e-mail account to store and share information must be thought out and used cautiously. It may be important to identify the modes for storing and sharing of private sensitive data at the beginning of arbitral proceedings.

ii) Establishing basic data hygiene practices to be followed in every process

Once the Data Custodians are aware of the vulnerabilities of their network, and have established guidelines for safety and security of the information; the next logical step would be to identify the information that may need to be especially protected, such would vary in every case. More sensitive information must be exposed to more care as there is more possibility of compromise. Parties to the proceedings too should be made aware of their duty to protect their sensitive data while traveling, or accessing it on a public device. The commensurate risks of cyberattacks grow as technology does. Therefore it is important for the Data Custodian to abreast themselves with technology and the various ways an institution vulnerabilities may be exposed. A hundred percent security is a myth and therefore the idea is to be prepared, delay, and ultimately mitigate the threats that are looming around the corner.

6. TECHNOLOGY INTEGRATION SUGGESTIONS

Online proceedings demand a high level of security in order to remain confidential. Such can be achieved through the use of e-platforms by arbitral institutions which use “encryption and restricted access technologies to maintain the security and confidentiality of web-based communications, so that even if information is intercepted, it remains inaccessible and unreadable”.⁵⁴ The introduction of more sophisticated technology in the arbitration process will not only help in building a more secure infrastructure but shall also facilitate the arbitration process. It can and should be used to make arbitration cheaper and should be welcoming to disputes that arise when participants use tech-savvy methods to make contracts.

6.1. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE DATA

The democratization of data has disrupted all world's markets as well as the legal field. This has been possible with the availability of big data as everything around us becomes integrated into the internet via the Internet of Things (IoT).⁵⁵ It is proposed that the institutions must invest in e-document production software because if properly put to use, it can make the process of arbitration more efficient and cost-effective.

⁵⁴ M. Piers, C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age...*, p. 45.

⁵⁵ Available at: <https://www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/05/13/simple-explanation-internet-things-that-anyone-can-understand/#370b4081d091> (access: 11.05.2020).

Though the primary objective of an e-document production software was to provide document review and search, the explosion of big data has rendered the process more accurate and reliable. One of the key developments have been those made in the use of Natural Language Processors (NLP), where the NLP relies on machine learning and deep learning process to provide for document analysis that evaluates the language, helps in retrieval of information by recognizing key terms, and in overall increase in the competency of the software to identify and search the closest intended meaning.

Another significant advancement is the adoption of Technology-Assisted Review (TAR) for analyzing data. The tool helps in analyzing the most relevant information and document which includes searches through metadata and content search rather than just manual Boolean searches conventionally provided by research platforms. Nuix Ringtail platform is a good example of an e-document production software that analyses documents in an easy to understand visual representation and provides the users with the flexibility that the arbitration process requires.⁵⁶ Other worth mentioning AI is Kira, “a powerful machine learning software that identifies, extracts, and analyses text in your contracts and other documents”⁵⁷ and Ross Intelligence which “deliver[s] from the ground up the most complete collections of the relevant law in response to your natural language research queries.”⁵⁸ Even though both Ross and Kira are not AIs that can preside over an arbitration proceeding, they can be used to facilitate the process.

Using an e-document production software and having arbitrators with technical expertise can revolutionize the process as they may be able to define the scope of discovery in an Electronically Stored Information (ESI), assist the parties in narrowing their search, identify or mitigate spoliation, comply with specific data privacy laws, derogation to GDPR and GDPR itself. While e- document production strategy will differ with each case and its complexity, each proceeding must strive to include: i) secure retention of data involved in the case, ii) mutual participation of parties for complete and sincere identification of data, iii) identifying the end goal to be achieved by using e- document production mechanisms and doing so ethically.

Though the democratization of data has so far been beneficial for the efficiency of the markets, there may arise frictions in its application in ICA. For AI to work to its full capacity, it requires access to data to be able to predict outcomes and review documents. This could be problematic in the field of arbitration as the parties involved in the proceedings deem it best to fight their battles privately, and frequently under the constraints of confidentiality agreement. The idea to make the law more transparent for better application of AI and the integration of data is in stark contrast to what arbitration aims to provide - confidentiality to the parties. There will always be information involved that is too sensitive to be made publicly available and hence the need to resort to arbitration or in-camera proceedings.

⁵⁶ Available at: <https://www.ringtail.com> (access: 11.05.2020).

⁵⁷ Available at: <https://www.ringtail.com> (access: 11.05.2020).

⁵⁸ Available at: <https://rossintelligence.com> (access: 11.05.2020).

Therefore, the ability to use the AI is massively cut back unless law firms and arbitration firms create a pool of their award data or any such data that the parties are willing to be made public. Humble attempts have been made by Dispute Resolution Data where case data from various arbitral institutions is collated to provide for precedents and to help its users to formulate their strategies⁵⁹.

6.2. BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS

Deemed as the most innovative “disruptor”, recent years have seen the hype around blockchain technology blow up. A blockchain, also known as the Distributed Ledger Technology (DLT) is essentially like a book of ledger, which keeps an account of every transaction/interaction that affects it. Each transaction is a block that is distributed over the internet through decentralizing the information and cryptographic hashing and can be used only when it comes together to form a chain-like structure⁶⁰. Thereby, it makes the digital assets that are linked to the technology, unalterable and transparent. It also reduces the risk of fraud, alteration, and overall misuse of any data encrypted in the blockchain. In other words, decentralization and security are the main aims of using blockchain technology.

Smart contracts are a by-product of the blockchain technology. These are contracts that are smart in the sense that they are self-executing and automatically update themselves on execution or omission of the task for which they were created. The integration of smart contracts in arbitration will not only add a layer of anonymity in the process but will also implement the facilitation of arbitration award in the event of execution of the particular event or initiate an adversarial process in case the contract is not executed.

Though integrating blockchain with arbitration sounds interesting and may just be the shift the field lacks, it may not be very efficient. It is a very technical and expensive process, MERL Tech, a technology research body recently concluded, that even though there are plenty of blockchain start-ups, these companies have failed to provide any practical and productive products or services yet⁶¹. There may arise situations where intersection of contract law with cyber world become problematic, for e.g. since the NLP is still in its preliminary stages of development, there may be inconsistencies in coding language and NLP; a smart contract may be performed on the basis of inaccurate data if the operating system gets bugged; it may not be binding as some common law jurisdictions consider a contract to be valid only when it is entered into by a person (legal or natural); most smart contracts are entered into by parties pseudonymously, and hence it might be difficult to bring claims against such parties in case of non-performance or a breach of contract. One of the biggest operational problems would arise at the time of deciding jurisdiction to try the case as smart contracts would operate via blockchains, which are essentially blocks of information spread all over the world through the internet. Therefore, it is rather difficult to assign the governing law in blockchain cases.

⁵⁹ Available at: <http://www.disputeresolutiondata.com> (access: 11.05.2020).

⁶⁰ Z. Zhu, K. Gai, M. Li, *Blockchain Technology in Internet of Things*, Springer International Publishing 2019, pp. 4-5.

⁶¹ Available at: <http://merltech.org/what-a-difference-a-year-makes-contributing-to-the-blockchain-learning-agenda/> (access: 11.05.2020).

7. CONCLUSION

Some say that the use of technology in arbitral proceedings comes at a price - a greater risk of the security breach. It is not possible to ensure that documents uploaded to online platforms will not be subjected to cyberattacks. Similar concerns have been expressed about intercepting data transmitted for the video conferencing session. On the other hand, however, it has been argued that “bugging a conference room in a hotel is probably easier than breaking into a reasonably secured video conferencing platform ⁶²”. Still, the risk of cyberattacks cannot be eliminated but it can be mitigated. A failure to implement cybersecurity measures affects all stakeholders involved in arbitral proceedings. It can cause economic and reputational damages to arbitral institutions, counsels, and arbitrators ⁶³. Such will inevitably destroy the legitimacy of arbitral proceedings and weaken the credibility of arbitral institutions.

The influence that technological advancements have had on arbitration is not just in terms of increased threats that surround it but has also provided the opportunities to embrace technology to make the process more approachable and cost-effective for the participants and arbitrators alike. The twofold purpose that technology serves in the field of arbitration can be seen as the ‘present’ need for protection of the arbitration process against the threats, and the near ‘future’ need to adopt practices to facilitate the arbitration process. The future use of technology in the process of arbitration cannot be addressed unless we acknowledge and respond to the current threats that materialize due to widespread malpractices that put in jeopardy the integrity of the institution. One must bear in mind that technology certainly has the tools to minimize the risk of cyber intrusion, however, without the proper approach of the users of arbitration (such as parties, arbitrators as well as witnesses, experts, etc.) and mitigation of the so-called human error, the risk of cyberattacks will remain high no matter the technological enhancements.

⁶² T. Schultz, *Information Technology and Arbitration...*, p. 62.

⁶³ H.M. Elul, P. Petrovas, *Fending Off Cyberattacks In International Arbitration*, New York Law Journal Special Report 2018 (<https://files.hugheshubbard.com/files/NYLJ-Fending-Off-Cyberattacks.pdf>, access: 11.05.2020).

Technology and evidence in arbitration: a blessing or a curse? Notes on admissibility of evidence obtained as a result of hacking.

Karolina Brzeska ¹, Aleksandra Orzeł-Jakubowska ²

1. INTRODUCTION

Computers and information technology (IT) have changed the way we approach and practice law and business. Such a conclusion also applies to arbitration as various IT solutions are widely put to good use in arbitration proceedings.³ This has been particularly visible recently due to the enormous impact of COVID-19. Hearings, before conducted in person even in multinational cases, have been organized via videoconferences. Along with this change, practitioners are raising concerns about the actual security of IT tools used in arbitration, in particular in terms of cyber intrusions.⁴ However, the other side of the coin, the notoriety of hacking incidences, suggests that arbitral tribunals will often be faced with issues related to breaches of cybersecurity having material relevance to cases they decide. Over the last decade, the arbitration community has witnessed several cases in which previously unknown opportunities for abuse have allowed parties to rely on unlawfully obtained evidence. Such scenarios will likely be repeated. In this context, it is crucial to consider if e-mails and documents obtained from hacking are admissible as evidence in arbitration. The old dilemma about how to handle illegally obtained evidence has been complicated by new technologies. Thus, it is safe to say that the admissibility of hacked information and documents as evidence is far from simple.

In this article, the authors endeavor to present the essence of the problem of the admissibility of illegally obtained evidence and an overview of the practice of arbitral tribunals in dealing with documents obtained as a result of hacking or leaking, identifying the common tendencies.

¹ Advocate at White & Case M. Studniarek i Wspólnicy – Kancelaria Prawna Sp.k.

² Ph.D., Attorney-at-law at White & Case M. Studniarek i Wspólnicy – Kancelaria Prawna Sp.k.

³ Information Technology in International Arbitration- Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR (<https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>, access: 3.10.2020).

⁴ See J. Pastore, *Practical Approaches To Cybersecurity In Arbitration*, Fordham International Law Journal, vol. 40, issue 3, p. 1023-1031; ICCA-NYC Bar-CPR Cybersecurity Protocol for International Arbitration (https://www.arbitration-icca.org/media/14/76788479244143/icca-nyc_bar-cpr_cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_print_version.pdf, access: 3.10.2020).

2. ARBITRATORS' FREEDOM TO ADMIT ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE

Arbitrators have broad discretion in dealing with evidence under applicable laws and institutional rules. Therefore, they may admit or reject (exclude) evidence, and have full discretion in evaluating and determining what relevance, if any, evidence should be given.

Article 19(2) of the UNCITRAL Model Law provides that “[t]he power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.”⁵ National laws governing arbitration provide similar powers to arbitrators.⁶

Similarly, Article 9(1) of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence provides that “[t]he arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence.”⁷ Also, 2010 UNCITRAL Arbitration Rules (see Article 27(4)) and institutional rules grant broad discretion to the arbitral tribunal in the taking of evidence. For example, according to Article 25(1) of the ICC Arbitration Rules, “[t]he arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.”⁸

The discretionary powers of the tribunal are limited by the parties' agreement and mandatory procedural rules of the *lex arbitri* implementing Article 18 of the UNCITRAL Model Law, which requires equal treatment and an adequate opportunity for the presentation of one's case.⁹ Tribunals generally admit evidence to avoid challenges based on an alleged failure to provide a full and fair opportunity to present the case, and then consider its credibility, weight and value.¹⁰ However, in cases of illegally obtained evidence, such as evidence from hacking or leaking, its acceptance may trigger challenges based on the violation of public policy (e.g., at the enforcement stage – see Article V(2)(b) of the New York Convention), especially if there is an indication that the prevailing party was involved in such a cyber intrusion.

It is indeed controversial if searching for the material truth can justify accepting illegally obtained evidence. So far, there has been no clear line of authority to guide tribunals as to how they should treat evidence that is the fruit of hacking or leaking. Tribunals have arrived at different conclusions on the questions of its admissibility.

⁵ See Art. 19(2) of the UNCITRAL Model Law (https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, access: 3.10.2020).

⁶ See e.g., Article 34 of English Arbitration Act; Article 1467 of the French law on international arbitration, Article 1184(2) and 1191 of the Polish Code Civil Procedure.

⁷ See Art. 9(1) of the IBA Rules (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>, access: 3.10.2020).

⁸ See Art. 25 of the ICC Rules (https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_25, access: 3.10.2020).

⁹ J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer law International 2012, p. 751-752. 3.10.2020).

¹⁰ E. Sussman, *Cyber Attacks: Issues Raised in Arbitration*, New York Dispute Resolution Lawyer 2018, vol. 18, no. 2, p. 10. E. Sussman, *Cyber Attacks: Issues Raised in Arbitration*, New York Dispute Resolution Lawyer 2018, vol. 18, no. 2, p. 10.

3. DIFFERENT APPROACHES TO HACKED DOCUMENTS IN THE CASE LAW OF ARBITRAL TRIBUNALS

In *ConocoPhillips v Venezuela*, the claimants brought an action against Venezuela demanding compensation arising out of the nationalization of three oil projects in which the claimants had interests.¹¹ In September 2013, the tribunal ruled in the investors' favor finding that, *inter alia*, Venezuela had breached its obligation to negotiate in good faith.¹² Venezuela then requested the tribunal to reconsider its decision of 3 September 2013 arguing that it was not an "award", but a mere "interim" or "preliminary" determination.¹³ Venezuela's request for reconsideration was motivated by the discovery of a new fact resulting from confidential cables revealed by WikiLeaks. These cables included communications from the US Embassy in Caracas, which showed that Venezuela had attempted to negotiate in good faith with the claimant.¹⁴ Venezuela's application was rejected by a majority decision of Judge Kenneth Keith and Mr. Yves Fortier, who held that the tribunal did not have the power to reconsider its decision of 3 September 2013. Although the WikiLeaks evidence was the basis of Venezuela's application, the majority's decision remained silent on its admissibility. Instead, the tribunal concluded that its decisions have *res judicata* effect and, therefore, cannot be reconsidered.¹⁵ However, Prof. Georges Abi-Saab presented a dissenting opinion indicating that ignoring the existence of the evidence resulting from WikiLeaks cables and its material relevance to the case would lead to a "travesty of justice":

"[...] the revelations of WikiLeaks cables change the situation radically in dimension and seriousness. Here we have a full narrative of the negotiations, with a high degree of credibility, given the level of detail that tallies perfectly with what we know of the rest of the record. It is a narrative that radically confutes the one reconstructed by the Majority relying almost exclusively on the assertions of the Claimants throughout their pleadings that the Respondent did not budge from its initial offer (see paragraphs 24–29 above).

[...] In these circumstances, I don't think that any self-respecting Tribunal that takes seriously its overriding legal and moral task of seeking the truth and dispensing justice according to law on that basis, can pass over such evidence, close its blinkers and proceed to build on its now severely contestable findings, ignoring the existence and the relevance of such glaring evidence.

It would be shutting itself off by an epistemic closure into a subjective make-believe world of its creation; a virtual reality in order to fend off probable objective reality; a legal comedy of errors on the theatre of the absurd, not to say travesty of justice, that makes mockery not only of ICSID arbitration but of the very idea of adjudication."¹⁶

¹¹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30.

¹² *Ibid.*, Decision on Jurisdiction and Merits of 3.09.2013 (https://jsumundi.com/en/document/decision/en-conocophillips-petrozuata-b-v-conocophillips-hamaca-b-v-and-conocophillips-gulf-of-paria-b-v-bolivarian-republic-of-venezuela-decision-on-jurisdiction-and-merits-tuesday-3rd-september-2013#decision_418, access: 4.09.2020), para. 404.

¹³ *Ibid.*, Decision on Respondent's Request for Reconsideration (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3119.pdf>, access: 4.9.2020), paras. 11-14, pp. 4-5 [5-6 of PDF].

¹⁴ *Ibid.*, paras. 11-14, pp. 4-5 [5-6 of PDF].

¹⁵ *Ibid.*, para. 21, pp. 7-8 [9-10 of PDF]. In light of the Tribunal's decision, Venezuela filed an application to disqualify Justice Keith and Mr. Fortier as arbitrators, but that challenge was dismissed.

¹⁶ *Ibid.*, Dissenting Opinion of George Abi-Saab (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3121.pdf>, access: 4.09.2020), paras. 64, 66 and 67, pp. 23-24.

Subsequently, in *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*,¹⁷ claimants filed for arbitration against Kazakhstan claiming compensation arising out of the government's termination of a license for an oilfield in Kazakhstan. The tribunal ruled in favor of Caratube, awarding it USD 39.2 million damages.¹⁸

Caratube attempted to rely on documents that had been made publicly available on the internet due to the hacking of Kazakhstan's government IT systems. The hackers uploaded approx. 60,000 documents onto a website known as 'KazakhLeaks'.¹⁹ Caratube, which was not involved in this act itself, sought to introduce 11 of these documents, including a few that were privileged.²⁰ Kazakhstan objected to the admission of the leaked documents arguing that they were "stolen" and requested that the tribunal declare all of them inadmissible in the arbitration.²¹ Moreover, each party submitted legal opinions on the issue of admissibility of the leaked documents.²²

In July 2015, the tribunal allowed the admission of all nonprivileged leaked documents, but excluded all illegally leaked privileged documents, indicating that the tribunal must "afford privileged documents the utmost protection."²³ Privileges were also afforded protection in *Libananco Holdings v Turkey*,²⁴ in which counsel communications in connection with arbitration were intercepted by the Turkish government. The respondent contended that its actions were motivated by an investigation on money laundering and that the documents had been retained by the police and not passed to the relevant ministry or Turkey's counsel. However, the tribunal ordered all privileged documents and information that was tendered or disclosed to the tribunal to be excluded from the evidence. In particular, the tribunal held that: "[p]arties have an obligation to arbitrate fairly and in good faith and that an arbitral tribunal has the inherent jurisdiction to ensure that this obligation is complied with; this principle applies in all arbitration."²⁵

Another interesting case in this field is *Yukos v Russia*.²⁶ Yukos' former majority shareholders and management filed an arbitration claim against Russia under the Energy Charter Treaty (ECT) before the Permanent Court of Arbitration (PCA), alleging that Russia had unlawfully expropriated their investment by way of, among others, taxation. Because of Russia's actions, Yukos' assets were finally transferred to two state-owned companies, Rosneft and Gazprom. The PCA tribunal's decision was in favor of the investors, and awarded damages exceeding USD 50 billion.²⁷

¹⁸ *Ibid.*, para. 1268 (d), p. 386 [399 of PDF].

¹⁹ *Ibid.*, para. 150, p. 42 [55 of PDF].

²⁰ *Ibid.*, paras. 150-152, pp. 42-43 [55-56 of PDF].

²¹ *Ibid.*, paras. 150-152, pp. 42-43 [55-56 of PDF].

²² *Ibid.*, para. 150, p. 42 [55 of PDF].

²³ *Ibid.*, para.166, pp. 45-46 [58-59 of PDF].

²⁴ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8.

²⁵ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues of 23.06.2008 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>, access: 3.10.2002), paras. 78, p. 37 [38 of PDF].

²⁶ Yukos' majority shareholders brought claims before the Permanent Court of Arbitration (PCA) under the Energy Charter Treaty (ECT). See *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award of 18.07.2014 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>, access: 4.09.2020); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18.07.2014 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, access: 4.09.2020); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award of 18.07.2014 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf>, access: 4.09.2020).

²⁷ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1888; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, para. 1888; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1888.

In this case, Yukos argued that Russia had put pressure on PricewaterhouseCoopers (PwC), which acted as Yukos' auditor, and made PwC withdraw its audit opinions prepared between 1996 and 2004 for Yukos because it allegedly had doubts about the accuracy of the information provided to it by Yukos' former management. In order to prove their case, the claimants depended on confidential diplomatic cables from the US State Department published by WikiLeaks, which revealed that Russian authorities had actually pressured PwC into withdrawing its audits and testifying against the claimants' representatives.²⁸ The cables were illegal under US law, the cables clearly influenced the tribunal's conclusions on the facts, i.e., that Yukos was actually the object of a series of politically motivated attacks by the Russian authorities that ultimately led to its destruction. The tribunal stated that:

“The cables demonstrate that [the auditor] was concerned not to aggravate its difficulties with the Government (‘better not raise the public profile of the case in ways that could come back to hurt the prospects for a reasonable solution’); that [the auditor] was anxious not to lose its license or its business in Russia; that it considered the Yukos cases to be politically motivated and saw some connections between the withdrawal of the audit opinions and [the auditor's] treatment by the Russian Government; and that it felt that criminal charges in the expatriate tax case were being used as a ‘pressure tactic.’ The Embassy considered [the auditor] to be under duress and concluded that ‘the political and legal concerns that are driving the heightened scrutiny of [the auditor's] accounting practices appear to have taken on a life of their own.’”²⁹

However, the tribunal did not contemplate the admissibility of the cables or their character as illegally obtained evidence.

WikiLeaks cables were also relied on in other cases, e.g., *Opic Karimum Corporation v Venezuela*³⁰ and *Kılıç v. Turkmenistan*.³¹ However, the tribunals did not discuss the admissibility of such documents as evidence because the tribunals held that the documents were not relevant to the outcome of those cases.

4. CONCLUSIONS

The absence of clear rules on the admissibility of illegally obtained evidence opens the door for the arbitral tribunals to admit into evidence documents that may have been hacked or otherwise unlawfully obtained. However, it is possible that tribunals will refuse to admit such documents on the grounds of procedural fairness and equality of parties.³² As stated in *Methanex vs United States*, a classic case concerning illegally obtained evidence, in which the tribunal declined to admit the evidence illegally obtained by Methanex:

²⁸ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1189, para. 1223; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, para. 1189, para. 1223; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1189, para. 1223.

²⁹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1223; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, para. 1223; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, para. 1223.

³⁰ *OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14.

³¹ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1.

³² J. Sicard-Mirabal, Y. Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International 2018, p. 208.

“[t]he Disputing Parties each owed in this arbitration a general legal duty to the other and to the Tribunal to conduct themselves in good faith during these arbitration proceedings and to respect the equality of arms between them, the principles of “equal treatment” and procedural fairness being also required by Article 15(1) of the UNCITRAL Rules. As a general principle, therefore, just as it would be wrong for the USA ex hypothesi to misuse its intelligence assets to spy on Methanex (and its witnesses) and to introduce into evidence the resulting materials into this arbitration, so too would it be wrong for Methanex to introduce evidential materials obtained by Methanex unlawfully.”³³

Moreover, with regard to the admissibility of illegally obtained evidence, at least two grounds listed in Article 9(2) of the IBA Rules on the Taking of Evidence may serve as a basis for excluding such evidence: “(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable” and “(g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.”

If the tribunal does not decide to exclude the evidence allegedly coming from an illegal source, it may consider such evidence as unreliable given its origin. However, as the courts have found, it can be “difficult to ‘unring the bell’”,³⁴ and thus arbitrators should be sensitive to the unconscious influence of evidence obtained by means of cyber intrusions.

In terms of documents obtained from a public source such as WikiLeaks and available in the public domain, tribunals may be more willing to admit them as ignoring such evidence might lead to –in Professor Abi-Saab’s words – a huge “travesty of justice”, which could make the award subject to challenge. However, the case would be different if there is an indication that the party submitting leaked evidence was in any way involved in the cyber intrusion. Further, based on the analyzed case law, one can conclude that tribunals are reluctant to admit evidence coming from sources such as WikiLeaks if it is privileged.

Nonetheless, there is no doubt that the more documents are revealed by sources similar to WikiLeaks, the more difficulties arbitral tribunals will face in the future. Although the subject matter problem has so far arisen in investment arbitration, it is not exclusively limited to investor-state disputes and may also be encountered in commercial arbitration.

³³ *Methanex vs United States*, UNCITRAL Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits of 3.08.2005 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>, access: 4.09.2020), para. 54, part II – Chapter I – p. 26 [153 of PDF].

³⁴ *N.L.R.B. v. Jackson Hosp. Corp.*, 257 F.R.D. 302, 307 (D.D.C. 2009).

Rozprawa w postępowaniu przed sądem polubownym w dobie pandemii COVID-19.

Doświadczenia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie.

Agnieszka Grabowska-Łysyszyn ¹

1. UWAGI WSTĘPNE

Epidemia COVID-19 zmieniła naszą rzeczywistość w wielu wymiarach, jednym z nich jest wymiar sprawiedliwości. Problematyka nowych technologii w postępowaniu sądowym, w tym zdalnego rozstrzygnięcia sporów i prowadzenia postępowania bez fizycznej obecności stron, już od pewnego czasu była przedmiotem zainteresowania środowiska arbitrażowego ². Zyskała jednakże szczególne znaczenie w sytuacji panującej na świecie epidemii choroby COVID-19, w obliczu której w styczniu 2020 r. rządy wielu krajów wprowadziły znaczące obostrzenia w podróżowaniu oraz w kontakcie między poszczególnymi osobami ³. Ograniczenia te oczywiście mają za zadanie zmniejszenie skali rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2, ale w konsekwencji powodują także, m.in. znaczące ograniczenie kontaktu z sądami powszechnymi oraz wstrzymanie większości toczących się przed nimi postępowań.

2. SĄDY POWSZECHNE A COVID-19

Od 13 marca 2020 r., gdy wprowadzono w Polsce stan zagrożenia epidemicznego, a następnie stan epidemii, sądy powszechne przesuwały terminy rozpraw w postępowaniach, które nie miały naglącego charakteru. Postępując zgodnie z rekomendacją ograniczenia wokandy do spraw najbardziej pilnych, odwoływały terminy, a nowych nie wyznaczały. Według informacji z połowy maja od marca br. odwołano ponad 230 tys. terminów rozpraw w sądach powszechnych, zaś ustawodawca dopiero przeszło dwa miesiące później – tj. w ustawie z 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, określanej jako Tarcza-3 – uregulował zasady, jakimi powinien się kierować sąd przy prowadzeniu rozpraw i posiedzeń jawnych ⁴.

¹ Adwokat, Zastępca Dyrektora Generalnego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej.

² Zob. np. Raport ICC Komisji Arbitrażu i ADR, *Information Technology in International Arbitration- Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR*: (<https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>, dostęp: 10.11.2020 r.).

³ Zob. np. <https://www.gov.pl/web/koronawirus/informacje-dla-podrozujacych> (dostęp: 10.11.2020 r.).

⁴ Dz.U. 2020 r., poz. 875.

Jako zasadę wprowadzono odbywanie rozpraw przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, z tym że osoby w nich uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu, chyba że przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego bez użycia powyższych urządzeń nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w nim uczestniczących. Zasadniczo więc rozprawy i posiedzenia jawne powinny odbywać się w trybie online, chyba że prowadzenie ich w sposób tradycyjny nie spowoduje nadmiernego zagrożenia dla zdrowia.

3. SĄDY POLUBOWNE A COVID-19

Sądownictwo polubowne, stanowiące prywatny system rozstrzygania sporów, będące zdecydowanie bardziej elastyczne niż sądownictwo powszechne w zakresie wprowadzania innowacyjnych rozwiązań mających na celu usprawnienie przebiegu całego procesu związanego z ostatecznym rozstrzygnięciem sporu, zareagowało na zaistniałą sytuację dużo szybciej. Arbitraż, z uwagi na swoją specyfikę, wykorzystuje nowe technologie, uwzględniając trzy zasadnicze perspektywy: (I) instytucji arbitrażowej, (II) stron postępowania oraz ich pełnomocników, a także (III) arbitrów stanowiących zespół orzekający. Są to perspektywy, które choć nie są tożsame, to uzupełniają się.

W przypadku instytucji arbitrażowych nowe technologie wspomagają efektywne prowadzenie i administrowanie postępowania arbitrażowego. Z kolei strony i ich pełnomocnicy mogą korzystać z udogodnień technologicznych zarówno w komunikacji z innymi uczestnikami postępowania arbitrażowego, jak i w procesie przygotowywania oraz przesyłania pism arbitrażowych, prezentujących stanowisko, jak również argumentację stron. Co do perspektywy arbitrów, to ich zasadniczym obowiązkiem jest zakończenie postępowania w postaci wydania dającego się wyegzekwować orzeczenia, zaś na wcześniejszym etapie prowadzenie postępowania w sposób sprawny i efektywny, zgodnie z obowiązującym prawem oraz Regulaminem.

W niniejszym artykule omówiona zostanie przede wszystkim perspektywa instytucji arbitrażowej – Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, który stanął przed wyzwaniem związanym z wprowadzonymi obostrzeniami wywołanymi stanem epidemii, zwłaszcza jeśli chodzi o przeprowadzanie rozpraw w formie zdalnej (dalej także jako: rozprawy online, wideorozprawy). Ze względu na zakres problematyki nie zostaną poddane analizie problemy natury prawnej, dotyczące m.in. braku zgody stron na przeprowadzenie rozprawy w formie online, ewentualnych podstaw zaskarżenia wyroku wydanego po przeprowadzeniu wideorozprawy i innych bardzo ważkich, lecz nie mieszczących się w zakresie niniejszego opracowania, zagadnień.

Do czasu wybuchu epidemii COVID-19 możliwość przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej, pomimo braku technicznych ograniczeń, nie była wykorzystywana. Choć arbitrzy Sądu Arbitrażowego przy KIG przeprowadzali już wcześniej dowód z przesłuchania świadków częściowo za pomocą środków komunikowania się na odległość, podczas rozprawy fizycznie odbywającej się w siedzibie sądu zarządzali posiedzenia organizacyjne w formie wideokonferencji, telekonferencji lub prowadzili prace nad harmonogramami postępowań w drodze uzgodnień korespondencji mailowej, to do roku 2020 żadna rozprawa nie odbyła się w SA KIG wirtualnie.

Potwierdzeniem takiego trendu w arbitrażu są m.in. wyniki badania przeprowadzonego przez White & Case oraz Queen Mary University of London w 2018 r., zgodnie z którym 78% respondentów ankiety odpowiedziało, że „nigdy” lub „rzadko” korzystało z tzw. wirtualnych sal rozpraw⁵. Użytkownicy arbitrażu korzystali z dobrodziejstw nowych technologii w postaci prezentacji podczas posiedzenia, udostępniania dokumentów w chmurze czy udziału w wideokonferencji, ale nie były to rozprawy, w których każdy z uczestników znajduje się w innej lokalizacji.

Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG z 14 października 2014 r. obowiązujący od 1 stycznia 2015 r. (dalej jako: Regulamin)⁶ jest elastyczny w zakresie kształtowania zasad postępowania, co umożliwiło dostosowanie ich do dynamicznie zmieniającej się sytuacji spowodowanej epidemią. Stosownie do § 34 ust. 1 Regulaminu, zasadą jest, że zespół orzekający rozpoznaje spór na rozprawie. Jednakże może on rozpoznać spór bez wyznaczania rozprawy, a więc na podstawie twierdzeń stron zawartych w ich pismach i złożonych przez nie dokumentów lub innych dowodów, wtedy, gdy uzna spór za dostatecznie wyjaśniony (lub nadający się do wyjaśnienia) na takiej podstawie i jeżeli strony wyrażą na to zgodę⁷. W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych zespoły orzekające z reguły wymagają, aby zgoda stron na rezygnację z rozprawy była pisemna lub zgłoszona ustnie do protokołu na posiedzeniu organizacyjnym zwołanym zgodnie z art. 31 § 2 Regulaminu. Ze statystyk wynika, że większość spraw obecnie rozstrzyganych przez Sąd Arbitrażowy przy KIG jest rozpatrywana na rozprawie.

Podobnie uregulowana jest kwestia posiedzeń w wielu międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych⁸, w których przyjmuje się za dominujące przekonanie, że w sprawie powinno mieć miejsce posiedzenie z bezpośrednim przesłuchaniem świadków, stron czy biegłych⁹. Powyższe regulacje nie zawierają jednak ścisłych wymagań co do sposobu przeprowadzenia posiedzenia, w tym wyraźnego zastrzeżenia, by rozprawa była przeprowadzona w ten sposób, że wszyscy jej uczestnicy muszą być jednocześnie fizycznie obecni w siedzibie instytucji arbitrażowej lub innej, lecz tożsamej, lokalizacji.

⁵ Zob. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>, dostęp: 10.11.2020 r.), s. 32.

⁶ Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG obowiązujący od 1 stycznia 2015 r. ze zm. (<https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/11/REGULAMIN-ARBITRA%C5%BBOWY-tekst-jednolity-z-X-2019.pdf>, dostęp: 10.11.2020 r.).

⁷ Zob. M. Tomaszewski, *Komentarz do § 34*, [w:] M. Łaszczuk, A Szumański (red.), *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Warszawa 2017, Nb. 5 i 6.

⁸ W zakresie wniosku strony o wyznaczenie posiedzenia zob. m.in. Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej [Regulamin ICC], art. 25.6, art. 26 reg. ICC 2017: *The arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing* (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>, dostęp: 10.11.2020 r.); lub Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowego Centrum Arbitrażu w Singapurze [Regulamin SIAC], reg. 24.1, reg. SIAC 2016: *Unless the parties have agreed on a documents-only arbitration or as otherwise provided in these Rules, the Tribunal shall, if either party so requests or the Tribunal so decides, hold a hearing for the presentation of evidence and/or for oral submissions on the merits of the dispute, including any issue as to jurisdiction* (<https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>, dostęp: 10.11.2020 r.).

⁹ G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, wyd. 2, Kluwer Law International 2014, s. 2264 (*It is the overwhelming practice, confirmed by all leading institutional arbitration rules and many national arbitration statutes, for tribunals to make provision for oral evidentiary hearings, at which the witnesses can be examined and the parties' counsel can make legal submissions*).

Regulamin SA KIG, przy zapewnieniu zasady równego traktowania stron oraz prawa każdej ze stron do bycia wysłuchaną i przedstawienia swoich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie, nie narzuca ścisłych zasad postępowania, przyznając arbitrom swobodę w ich kształtowaniu, przy jednoczesnym dążeniu do zapewnienia jego szybkości i efektywności oraz unikania zbędnych kosztów (§7 Regulaminu). Wydaje się, że powyższe postanowienia Regulaminu otwierają przed zespołami orzekającymi możliwość proponowania stronom przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej, z uwzględnieniem specyfiki konkretnego postępowania.

4. ANALIZA DOŚWIADCZEŃ SA KIG

Dynamiczna sytuacja epidemiczna przyspieszyła trwający w SA KIG proces wirtualizacji posiedzeń i digitalizacji postępowań¹⁰. Pierwsza rozprawa w całości wirtualna została przeprowadzona pod koniec kwietnia 2020 r. W siedzibie sądu obecny był sekretarz postępowania, który czuwał nad jego przebiegiem, autoryzacją uczestników oraz nagraniem posiedzenia, zaś arbitrzy, pełnomocnicy i przedstawiciele stron przebywali poza budynkiem sądu i łączyli się z „wirtualną salą rozpraw” za pośrednictwem swoich komputerów.

Z biegiem czasu i zdobywaniem doświadczeń w zakresie posiedzeń online, nie tylko własnych Sądu Arbitrażowego przy KIG, ale również z uwzględnieniem doświadczeń arbitrów, pełnomocników stron oraz międzynarodowych wytycznych i standardów,¹¹ liczba rozpraw tradycyjnych i zdalnych zrównała się.

Oprócz posiedzeń całkowicie zdalnych popularnością cieszą się także tzw. „posiedzenia hybrydowe” lub „mieszane”. Jest to rodzaj posiedzeń, podczas których część uczestników, z różnych przyczyn (najczęściej powołując się na problemy techniczne), wyraża wolę uczestniczenia w rozprawie online w siedzibie SA KIG, korzystając z infrastruktury sądu, zaś pozostali uczestnicy łączą się z wirtualną salą rozpraw ze swoich lokalizacji. Jest to odpowiedź instytucji arbitrażowej na zgłaszane przez uczestników postępowania ograniczenia teleinformatyczne. W takim przypadku bowiem dział informatyczny KIG zapewnia niezbędne wsparcie. Udostępniane są także pomieszczenia dla pełnomocników stron lub świadków, pozwalające m.in. na zachowanie reżimu sanitarnego (w tym dystansu społecznego), zgodnie z wytycznymi Głównego Inspektora Sanitarnego.

Z danych Sądu Arbitrażowego przy KIG wynika, że od połowy marca do końca września 2020 r. arbitrzy przeprowadzili 15 zdalnych rozpraw i 32 tradycyjne posiedzenia. Odbyło się również 8 posiedzeń hybrydowych. Od początku pandemii arbitrzy zorganizowali 21 telekonferencji, w czasie których omawiano sprawy organizacyjne dotyczące toczących się sporów. Rozprawy online wciąż są na wokandzie SA KIG – do końca października br. zaplanowano trzy wideorozprawy oraz jedno posiedzenie mieszane; w tym czasie odbędzie się także 17 tradycyjnych posiedzeń.

¹⁰ Od 1 czerwca 2018 r. została wprowadzona w SA KIG procedura przyspieszona, w toku której zgodnie z § 53 ust. 6 pkt 6) wszelka komunikacja i doręczenia dokonywane są drogą elektroniczną. Ponadto w 2019 r. wprowadzony został w SA KIG elektroniczny system eWokanda, który od początku 2020 r. umożliwia elektroniczną wymianę pism między Sekretariatem Sądu a Arbitrami, docelowo ma służyć wszystkim uczestnikom postępowania arbitrażowego.

¹¹ Zob. m.in.: Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration (tzw. Protokół seulski) KCAB International, 18 marca 2020 r. (http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024, dostęp: 10.11.2020 r.). Zob. także ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, International Chamber of Commerce (<https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>, dostęp: 10.11.2020 r.).

Analizując dotychczasowe doświadczenia SA KIG w przeprowadzaniu rozpraw online, należy podkreślić, że Sekretariat Sądu, zapewniając wsparcie techniczne i organizacyjne, pozostawił dużą elastyczność w organizacji postępowań zespołom orzekającym. Opublikowane 30 kwietnia 2020 r. na stronie www.sakig.pl „Rekomendacje SA KIG do przeprowadzenia rozprawy w formie wideokonferencji”¹² zalecają doprecyzowanie sposobu przeprowadzenia postępowania w postanowieniach zespołu orzekającego. Przyjęte rozwiązanie umożliwia dostosowanie zasad i reguł prowadzenia posiedzenia online do charakteru i stopnia skomplikowania sprawy, a także do wymagań uczestników konkretnych postępowań.

„Rekomendacje SA KIG” zawierają informację o wykorzystywanych platformach do przeprowadzania postępowań online, odsyłają do instrukcji logowania do aplikacji, a także w celu usprawnienia przeprowadzanych rozpraw zalecają przeprowadzenie próbnych połączeń przed rozprawą.

Szczegółowe rozwiązania postępowań online, w tym parametry techniczne dotyczące transferu danych oraz sprzętu komputerowego, miejsca przebywania przesłuchiwanym osób, ich widoczność i odległość od kamery, obecność innych osób w pomieszczeniu (np. obecność tłumacza, pełnomocnika lub osoby trzeciej), okazywanie dokumentów etc. powinny – jeśli taka jest wola stron – być przedmiotem uzgodnień między uczestnikami oraz znaleźć wyraz w postanowieniu zespołu orzekającego. Ponadto dobrą praktyką zespołów orzekających jest zastrzeżenie w postanowieniu organizacyjnym, przygotowującym zdalną rozprawę, możliwości powtórzenia przeprowadzonych czynności (w całości lub w części) w przypadku wystąpienia problemów technicznych bądź zgłoszenia uzasadnionych zastrzeżeń co do przebiegu zdalnej rozprawy.

Podnoszoną przez uczestników postępowania arbitrażowego kwestią w ramach planowania posiedzeń online jest dbałość o zapewnienie poufności. Regulamin w § 8, nakłada na wskazane tam osoby obowiązek zachowania w tajemnicy wszelkich informacji dotyczących określonego postępowania arbitrażowego prowadzonego przed Sądem Arbitrażowym przy KIG. Zagadnienia tego dotyczą ponadto szczególne postanowienia Regulaminu, a mianowicie: § 34 ust. 2 odnoszący się do poufności rozprawy oraz § 41 dotyczący poufności wyroku arbitrażowego¹³. Odnosząc powyższe do przeprowadzania rozpraw w formie zdalnej, należy wskazać kilka instrumentów służących zachowaniu poufności.

Po pierwsze dostęp do posiedzenia online ma tylko osoba, która otrzymała bezpośredni link do rozprawy. Ponadto do każdego posiedzenia przypisana jest wirtualna poczekalnia, w której uczestnicy czekają, aż sekretarz SA KIG umożliwi im wstęp, weryfikując przy tym tożsamość uczestników. Wreszcie, zgodnie z „Rekomendacjami SA KIG”, sekretarz jest wcześniej obecny także przy próbnych połączeniach, dysponuje numerami kontaktowymi do pełnomocników stron, a w razie konieczności również do świadków. W tym miejscu należy tylko wskazać, że nie uległy zmianie postanowienia Regulaminu dotyczące zapewnienia obecności świadków na rozprawie. Zmianie uległa forma przeprowadzenia rozprawy, ale w dalszym ciągu zastosowanie ma § 33 ust. 9 Regulaminu, zgodnie z którym to na stronie spoczywa ciężar zapewnienia stawiennictwa na rozprawie osoby zgłoszonej przez nią w celu przesłuchania w charakterze strony, świadka lub biegłego. Oznacza to, że zaproszenie z danymi umożliwiającymi dostęp do zdalnej rozprawy, skierowane do świadków, biegłych czy stron, którzy mają być przesłuchani, przesyła pełnomocnik strony; on także przesyła tym osobom instrukcje co do sposobu połączenia oraz ewentualnych zasad przesłuchania obowiązujących w konkretnym postępowaniu.

Sekretarz SA KIG, choć często w praktyce jest gospodarzem posiedzenia w sensie uprawnień technicznych, może – i często to robi – przekazać uprawnienia do zarządzania posiedzeniem arbitrowi przewodniczącemu. Jednakże jeśli arbiter nie wyraża takiej woli lub nie może pełnić tej funkcji, to Sekretariat czuwa m.in. nad włączaniem mikrofonów, nagrywaniem rozprawy, umożliwianiem udostępniania dokumentów na ekranie wszystkich uczestników posiedzenia oraz przydzielaniem poszczególnych uczestników do odpowiednich wirtualnych poczekalni i pokoi.

W celu dalszego usprawnienia postępowań online, a także w odpowiedzi na liczne pytania uczestników postępowań o możliwość udostępnienia lokalizacji poza siedzibą SA KIG, odpowiadającej wymaganiom Zespołów Orzekających, aby przesłuchać świadka, strony czy biegłego, Sąd Arbitrażowy nawiązał współpracę z regionalnymi oraz branżowymi Izbami KIG. W jej ramach uczestnicy postępowań toczących się przed SA KIG, którzy nie mają możliwości połączenia się z własnej lokalizacji, bądź gdy zespół orzekający tak postanowi, będą mogli skorzystać z pomieszczeń należących do Izb w całym kraju. W ten sposób będzie istniała szersza możliwość nie tylko zdalnego przeprowadzania posiedzeń organizacyjnych, ale także przeprowadzenia postępowania dowodowego z przesłuchania świadków czy z opinii biegłego.

Sąd Arbitrażowy przy KIG jako instytucja arbitrażowa dokłada starań, aby usprawnić przeprowadzanie posiedzeń online i w przypadku wyrażenia takiej woli przez strony, pełnomocników oraz arbitrów umożliwić im przeprowadzenie takiego posiedzenia. Naturalnie zdarzają się postępowania, w których przynajmniej jedna ze stron sprzeciwia się takiej formie przeprowadzenia rozprawy, ale wówczas to na niej powinien spoczywać ciężar wykazania, dlaczego pomimo obecnie panujących warunków, w tym m.in. zaostrzonego rygoru sanitarnego oraz utrudnienia w podróżowaniu, taka forma rozprawy jest jej zdaniem niedopuszczalna. Ocena konkretnej sytuacji, w tym ewentualne naruszenie zasad równego traktowania stron oraz zapewnienia im prawa do obrony, a także zaistnienie podstaw do uchylecia orzeczenia arbitrażowego, należy do arbitrów.

Choć rozprawa zdalna nie jest dominującą formą posiedzeń przed SA KIG, to bez wątpienia z biegiem czasu będzie nabierać coraz większego znaczenia, a dotychczasowe problemy, przed którymi stają uczestnicy tradycyjnych postępowań arbitrażowych, takie jak m.in. wpływ osoby trzeciej na pisemne oświadczenia świadków czy zapewnienie poufności postępowania, będą dostrzegane i rozwiązywane z uwzględnieniem specyfiki posiedzeń online. Z tymi i wieloma innymi zagadnieniami będzie musiało się zmierzyć środowisko arbitrażowe, które uwzględniając trzy dopełniające się perspektywy, tj. perspektywę instytucji arbitrażowej, stron i ich pełnomocników oraz arbitrów, z naturalną dla niego skłonnością do innowacji wypracuje zasady i standardy zastosowania nowych technologii, by w pełni korzystać z możliwości, jakie niesie ze sobą „nowa normalność”¹⁴.

¹² Zob. <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2020/04/Rekomendacje-SAKIG-do-wideorozpraw.pdf> (dostęp: 10.11.2020 r.).

¹³ Zob. A Szumański, *Komentarz do § 8*, [w:] M. Łaszczuk, A Szumański (red.), *Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy KIG. Komentarz*, Warszawa 2017, Nb. 1.

¹⁴ Pojęcie „nowej normalności” w kontekście postępowań arbitrażowych zaczerpnięto z artykułu: *Virtual hearings – the new normal* z „*Global Arbitration Review*” (<https://globalarbitrationreview.com/article/1222421/virtual-hearings-%E2%80%93-the-new-normal>, dostęp: 10.11.2020 r.).

„Protokół seulski” dotyczący wideokonferencji w międzynarodowym arbitrażu handlowym

Maciej Durbas ¹

1. WSTĘP

Nie trzeba raczej nikomu szczegółowo wyjaśniać, że pandemia COVID-19 znacząco wpłynęła na system rozwiązywania sporów w Polsce i na świecie. W czasie pisania tego artykułu (początek maja 2020 r.) terminy sądowe w postępowaniach przed polskimi sądami powszechnymi pozostawały zawieszono, a rozprawy – poza sprawami pilnymi – nie odbywały się. Ustawodawca kilkakrotnie próbował wykorzystać tę nadzwyczajną okoliczność i wprowadzić przepisy dotyczące doręczeń elektronicznych i rozszerzenia możliwości przeprowadzania zdalnych rozpraw. Do chwili złożenia tego artykułu – bez powodzenia².

Podobne problemy nie dotyczą jednak postępowania arbitrażowego, w którym swoboda proceduralna stron i arbitrów pozwala od wielu lat na skuteczne przeprowadzanie doręczeń elektronicznie (w tym wyłącznie elektronicznie, z całkowitym wyeliminowaniem przedstawiania stanowiska stron na piśmie) oraz na odbywanie posiedzeń w formie wideokonferencji i telekonferencji. Z Polskiego Badania Arbitrażu 2019³ wynika, że aż 91% respondentów uważa, że przeprowadzenie posiedzenia wstępnego w formie telekonferencji bądź wideokonferencji jest przydatnym środkiem zmierzającym do usprawnienia postępowania. Przeprowadzenie w ten sposób przynajmniej posiedzenia wstępnego oraz przesłuchiwanie świadków zdalnie zaleca także od wielu lat np. Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu⁴. Również regulaminy wiódących polskich instytucji arbitrażowych dopuszczają przeprowadzanie posiedzeń w sposób zdalny, a same instytucje – jak np. Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej – zdążyły już wydać rekomendacje co do sposobu przeprowadzania e-posiedzeń⁵. Pojawiły się również, w tym w Polsce, pierwsze e-sądy arbitrażowe, które całość lub zasadniczą część postępowania przeprowadzają online.

¹ Autor jest adwokatem w kancelarii Kubas Kos Gałkowski.

² W czasie pisania niniejszego artykułu na podpis Prezydenta RP oczekiwała ustawa z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2, która wprowadziła w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374, 567, 568 i 695) m.in. art. 15zzsl. Zgodnie z tym przepisem możliwe jest przeprowadzenie posiedzenia w sprawie cywilnej przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Brak było jednak szczegółowych rozwiązań prawnych i technicznych umożliwiających przeprowadzenie posiedzeń w ww. sposób.

³ Polskie Badanie Arbitrażu 2019 przygotowane przez Kancelarię Kocur & Partners oraz Akademię Leona Koźmińskiego (<https://badaniearbitrazu.pl/wp-content/uploads/2019/04/badanie-arbitrazu-2019-pl.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

⁴ Zob. pkt 22, 31 oraz 71 Raportu Komisji ICC dot. Kontroli czasu i kosztów w arbitrażu (ICC Commission Report Controlling Time And Costs In Arbitration, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

⁵ Zob. „Rekomendacje dotyczące przeprowadzania rozpraw w formie wideokonferencji w Sądzie Arbitrażowym przy KIG” (<https://sakig.pl/wp-content/uploads/2020/04/Rekomendacje-SAKIG-do-wideorozpraw.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

Rozprawy w formie wideokonferencji nie są też oczywiście nowinką w zagranicznej praktyce sądów polubownych⁶. Warto wskazać, że w formie wideokonferencji odbył się w tym roku największy konkurs z międzynarodowego arbitrażu handlowego Willem C. Vis Moot (zarówno jego wiedeńska, jak i hongkońska edycja), co umożliwiło kilku tysiącom praktyków oraz studentów zapoznanie się ze sposobem przeprowadzania rozpraw ten sposób.

Wydaje się zatem, że już teraz arbitraż wyprzedził o krok, a nawet kilka, system sądownictwa powszechnego (przynajmniej w Polsce), jeśli chodzi o informatyzację i zdolność dostosowania się do zmieniających się realiów, w tym kryzysów wywołanych np. przez pandemię COVID-19.

Pytanie nie brzmi już zatem „czy”, ale „jak” przeprowadzać wideorozprawy arbitrażowe. Próba odpowiedzi jest opublikowany 18 marca 2020 r., na progu pandemii, przez Koreański Sąd Arbitrażu Handlowego (*Korean Commercial Arbitration Board*, KCAB) dokument pn. „Protokół seulski dotyczący wideokonferencji w międzynarodowym arbitrażu handlowym”⁷, który w dalszej części tego artykułu zwany będzie „Protokołem”.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie tego instrumentu i przybliżenie go polskiemu Czytelnikowi, a także próba jego oceny pod kątem przydatności w popularyzowaniu informatyzacji postępowania arbitrażowego.

2. CHARAKTER PROTOKOŁU

Protokół jest instrumentem przygotowanym pod auspicjami jednego konkretnego sądu polubownego przez grupę koreańskich praktyków arbitrażu. Jest on elementem *soft-law*. Oznacza to, że – o ile strony lub arbitrzy nie postanowią inaczej – ma on charakter jedynie zbioru dobrych praktyk, którymi kierować się będą sądy polubowne przy organizowaniu wideokonferencji. Jeśli jednak strony zobowiążą trybunał do stosowania Protokołu, wówczas będzie on stanowił element zasad postępowania, a jego naruszenie będzie mogło niekiedy doprowadzić do wadliwości wyroku skutującego jego uchynieniem (art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c.) lub odmową uznania bądź stwierdzenia wykonalności w przypadku, gdy chodzi o wyrok zagraniczny (art. 1215 § 1 pkt 4 k.p.c. oraz art. V ust. 1 lit. d Konwencji nowojorskiej)⁸. Można jednak założyć, że naruszenie Protokołu samo przez się nie doprowadzi do możliwości podważenia wyroku arbitrażowego, zwłaszcza jeśli nie miało wpływu na wynik postępowania. Jeśli jednak np. jego naruszenie połączone było z naruszeniem zasady równości broni, konkluzja może być inna, o czym szerzej piszę niżej.

⁶ Zob. np. pkt 77 „Wytycznych do stron i trybunałów arbitrażowych w sprawie przebiegu postępowań arbitrażowych na podstawie Reguł Arbitrażowych ICC” (Note To Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

⁷ Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration <http://www.kcabinternational.or.kr/>, dostęp: 11.05.2020 r.).

⁸ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. z 1962 r., nr 9, poz. 41).

3. TREŚĆ PROTOKOŁU

Protokół jest dość krótkim dokumentem, który omawia następujące kwestie: przesłuchanie świadków (art. 1), miejsce wideokonferencji (art. 2), status obserwatorów (art. 3), dokumenty (art. 4), wymagania techniczne (art. 5 oraz załącznik), testowanie i techniczne rozwiązania zapasowe (art. 6), tłumaczenia (art. 7), nagrania (art. 8), ustalenia wstępne (art. 9).

Treść Protokołu dotyczy zatem dość szczegółowych rozwiązań. Stanowi właściwie przewodnik, który krok po kroku ma przeprowadzić uczestników wideokonferencji przez proces jej organizacji oraz zapewnić sprawny jej przebieg. Trzy najistotniejsze grupy zagadnień, które wiążą się z przeprowadzaniem zdalnych rozpraw w arbitrażu, omówione zostały niżej.

4. NARUSZENIE PRAW STRON WYNIKAJĄCE Z PROBLEMÓW TECHNICZNYCH

Protokół w art. 5.1 zapewnia możliwość dostosowania technicznych aspektów wideokonferencji do możliwości obu stron w celu zrównania ich sytuacji. Ponadto zgodnie z jego art. 1.7. trybunał jest władny zakończyć wideokonferencję, jeśli jej jakość jest na tyle niska, że jest to „nieuczciwe” wobec stron. Strony mają też poinformować o przygotowanym technicznym rozwiązaniu zapasowym na wypadek pojawienia się potencjalnych problemów technicznych (art. 9.4.).

Powyższe zagadnienia stanowią tylko wycinek szerszego problemu, jakim są środki mające zapewnić równość broni stron. Proponowanego rozwiązania nie można zatem uznać za satysfakcjonujące. Protokół zostawia bowiem cały szereg kwestii nierozstrzygniętych. Czy trybunał może kontynuować przesłuchanie, jeśli problemy techniczne dotknęły jedynie fragmentu konferencji (np. strona nie słyszała dwuminutowego fragmentu odpowiedzi świadka)? Czy strona może wnieść o powtórzenie czynności? Co jeśli nadużywa tego prawa w celu obstrukcji postępowania? Czy strona, u której zaistniały problemy techniczne, powinna ponieść koszty związane z organizacją telekonferencji? W jakim terminie strona może podnosić zarzuty dotyczące przebiegu wideokonferencji?

Na te i inne pytania próżno szukać w Protokole odpowiedzi czy wskazówek. Problemy te pozostawiono zatem do rozstrzygnięcia stronom i trybunałowi, opierając się na zasadzie swobody proceduralnej i autonomii arbitrażu. Nie można się nie zgodzić, że to strony i trybunał powinny mieć nieskrępowaną możliwość ustalenia zasad postępowania w sposób dla nich najdogodniejszy i najefektywniejszy dla rozpoznania sporu. Wydaje się jednak, że niekiedy ani strony, ani trybunał (zwłaszcza trybunał ad hoc) nie będą miały wiedzy i doświadczenia pozwalającego zmierzyć się skutecznie z ww. problemami. Może doprowadzić to do istotnych zakłóceń przebiegu postępowania, a w skrajnych przypadkach do jego paraliżu lub wad w jego przeprowadzeniu, co z kolei może zagrozić wykonalności wydanego w sprawie wyroku. W tym też zakresie zbiory dobrych praktyk i wytyczne są bardzo pożądane.

6. OGRANICZENIE MOŻLIWOŚCI WPŁYWANIA NA TREŚĆ ZEZNAŃ ŚWIADKÓW

Kilka przepisów Protokołu ma na celu uniemożliwienie wpływania na zeznania świadków. Po pierwsze, świadkowie powinni siedzieć przy pustym stole (art. 1.3). Można zatem założyć, że autorzy Protokołu stoją na stanowisku, że świadkowie nie powinni móc korzystać z jakichkolwiek przygotowanych notatek. Po drugie, zestaw dokumentów do okazania świadkom powinien być przygotowany wspólnie przez obie strony i nie może zawierać żadnych zapisków czy wyróżnień (art. 4.1–4.2). Można rozsądnie założyć, że próby nadużyć przy przesłuchaniu świadków będą, niestety, zdarzać się podczas przeprowadzania wideokonferencji. Protokół wychodzi naprzeciw tym obawom. Oczywiście proponowane rozwiązania nie wyeliminują nowoczesnych i niezgodnych z prawem i zasadami etyki metod jak telepromptery ustawione za kamerą czy zestawy słuchawkowe. Niektóre tego rodzaju nieuczciwości mogą jednak pojawić się także podczas klasycznego posiedzenia.

7. BEZPIECZEŃSTWO

W szeregu przepisów Protokołu można znaleźć nawiązania do konieczności zapewnienia bezpieczeństwa transmisji. Dla przykładu: trybunał może sprawdzić tożsamość obecnych osób (art. 3.1.), wirtualne dyski zawierające dokumenty do okazania świadkom winny być zabezpieczone przed ingerencją osób trzecich (art. 4.3.), a nagrywanie rozprawy bez zgody trybunału nie jest dozwolone (art. 8.1.).

Praktyka wideokonferencji (także tych organizowanych w dobie COVID-19) pokazuje, że zapewnienie bezpieczeństwa jest dużym wyzwaniem, któremu często trudno sprostać. Zdarzało się, że nawet zabezpieczenia wiodących serwisów telekonferencyjnych były pokonywane przez nieuprawnione osoby. Dla przykładu: link umożliwiający udział w wideokonferencji może być uzyskany przez osoby trzecie (np. wskutek niezachowania zasad ostrożności przez jednego z jej uczestników). Osoby te mogą uzyskać dostęp do posiedzenia i niezauważone przysłuchiwać się mu. Ponadto jedna z osób, która ma dostęp do posiedzenia, może nagrywać je i udostępniać w czasie rzeczywistym w internecie nieograniczonej liczbie osób. Protokół nie odnosi się szczególnie do tych kwestii, przenosząc ciężar ich rozstrzygnięcia na strony oraz – przede wszystkim – arbitrow. Czas pokaże, czy środowisko arbitrażowe będzie w stanie poradzić sobie samo z ww. wyzwaniami, czy też konieczne będzie stworzenie szerszego katalogu dobrych praktyk w tym zakresie. Już tak podstawowa kwestia, jak sprawdzenie tożsamości uczestników wideokonferencji może budzić wiele wątpliwości. O ile podczas tradycyjnej rozprawy wylegitymowanie się świadka nie następuje żadnych trudności, to w przypadku rozprawy zdalnej pojawiają się nowe wyzwania. Czy arbitrzy mogą żądać okazania dowodów tożsamości świadków do kamery? A co jeśli jakość połączenia wideo nie pozwala na odczytanie dokumentu? Czy możliwe jest, także w świetle przepisów o ochronie danych osobowych, przesłanie skanu takiego dowodu tożsamości?

8. OCENA PROTOKOŁU

Protokół z pewnością należy ocenić pozytywnie. Stanowi on zestaw zasad, które pomogą stronom i arbitrom w przeprowadzeniu rozprawy w formie wideokonferencji. Trzeba jednak zauważyć, że zakres zagadnień poruszonych w Protokole mógłby być dużo szerszy. Dotyczy to zarówno podstawowych kwestii (jak np. bezpieczeństwo), jak i szczegółowych (jak np. postępowania w przypadku zakłóceń technicznych).

Nie sposób też nie dostrzec, że telekonferencje są jednym z najbardziej zaawansowanych rozwiązań informatycznych, które służą wsparciu postępowania przed sądem polubownym. Odbywanie w ten sposób posiedzeń nie jest powszechne (i to nie tylko w Polsce), zwłaszcza jeśli chodzi o posiedzenia o innym charakterze niż wstępne i organizacyjne. To jednak elektroniczny obieg pism, komunikacja pomiędzy stronami, arbitrami i sekretariatem w formie wiadomości e-mail, narzędzia do sprawnego zarządzania dokumentami czy wirtualne akta sprawy są aspektami, w których może nastąpić informatyzacja arbitrażu. Niekiedy jednak stronom i arbitrom wciąż brakuje jasnych wskazówek, jak prawidłowo zastosować ww. rozwiązania w celu jak najsprawniejszego przeprowadzenia postępowania. Można mieć nadzieję, że powstaną podobne do Protokołu zestawy dobrych praktyk także i w tym zakresie.

Wydaje się wreszcie, że Protokół będzie przydatniejszy dla sądów arbitrażowych ad hoc niż działających przy instytucjach. Stałe sądy polubowne mogą mieć swoje zestawy praktyk, które stosują z powodzeniem i które mogą przewidywać odmienne rozwiązania od tych zaprezentowanych w Protokole. Przykładem mogą być „Wytyczne ICC dotyczące możliwości łagodzenia skutków pandemii COVID-19”⁹. Wytyczne te zawierają dużo bardziej szczegółowe i kompleksowe omówienie wyzwań związanych ze zdalnym prowadzeniem postępowania arbitrażowego. Z pewnością na ocenę jakości danego stałego sądu arbitrażowego może mieć także wpływ stopień jego informatyzacji. Im wyższy ten stopień, tym większa przewaga w tym zakresie stałych sądów nad sądami ad hoc w tym zakresie, które muszą poszukiwać rozwiązań u zewnętrznych usługodawców.

Posiedzenia w formie telekonferencji i wideokonferencji staną się wkrótce codziennością (tam, gdzie jeszcze to nie nastąpiło). Zmieni to także katalog kryteriów, którymi kierować się będą strony, wybierając arbitrów. Do klasycznego zestawu cech ocenianych u potencjalnych sędziów sądu polubownego, jak fachowość, dyspozycyjność oraz umiejętność sprawnego zarządzania postępowaniem, dojdzie również zdolność skutecznego przeprowadzenia postępowania w sposób zdalny.

9. CZEGO JESZCZE W PROTOKOLE ZABRAKŁO?

Protokół można uznać za pierwszy krok czy „fundament” położony pod upowszechnienie przeprowadzania posiedzeń arbitrażowych w drodze telekonferencji. Jest jednak wciąż jedynie pierwszym z wielu kroków, które należy wykonać do zapewnienia skutecznego i bezpiecznego przeprowadzania arbitrażu online. Aby zrealizować ten cel, konieczne jest w kolejnych tego typu zbiorach dobrych praktyk wyjaśnienie dalszych kwestii. Wyżej omówiono podstawowe wątpliwości dotyczące Protokołu. Poniżej znajduje się lista dalszych przykładowych problemów, z którymi mierzą i będą mierzyć się praktycy w zakresie sądownictwa powszechnego online.

⁹ „Wytyczne ICC dotyczące możliwości łagodzenia skutków pandemii COVID-19” (*ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

Czy jeśli ramy proceduralne postępowania arbitrażowego (prawo arbitrażowe, regulamin arbitrażowy) nie pozwalają wyraźnie na przeprowadzenie rozprawy w formie telekonferencji, to trybunał i tak może zarządzić odbycie posiedzenia w takiej formie? Czy taka forma posiedzenia jest równa „klasycznej”? Czy jeśli prawo lub umowa stron wymaga przeprowadzenia rozprawy, wideokonferencja wypełnia taki wymóg?

Czy zespół orzekający może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia online w przypadku braku zgody stron albo przy ich wyraźnym sprzeciwie¹⁰? Czy powodować będzie to ryzyko wadliwości wydanego po takim posiedzeniu wyroku?

Jak ocenić należy sytuację odwrotną? Czy jeśli strony nalegają na przeprowadzenie wideokonferencji, a trybunał się przed tym wzdryma, czy można zarzucić mu opieszałość w rozpoznaniu sprawy (ze wszystkimi konsekwencjami, od obniżenia wynagrodzenia, po odwołanie arbitrów)? Czy znaczenie ma w tym zakresie podawany przez trybunał powód (np. kwestia bezpieczeństwa danych, konieczność osobistego skonfrontowania świadków składających sprzeczne zeznania)?

Kto ponosi odpowiedzialność za organizację posiedzenia w formie wideokonferencji (np. czy trybunał ad hoc może przerzucić ten ciężar w całości na strony)?

Specjaliści do spraw bezpieczeństwa podkreślają, że w systemie informatycznym najsłabszym ogniwem często bywa człowiek. Kto zatem ponosi odpowiedzialność za ewentualne szkody wynikłe z przebiegu rozprawy przeprowadzanej w formie zdalnej (np. wyciek danych)? Czy wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej arbitrów i sądu polubownego, które często można spotkać w regulaminach arbitrażowych, rozciąga się również na tego rodzaju okoliczności?

Jakie środki środowisko arbitrażowe uznaje za minimalne, by zapewnić bezpieczeństwo danych w związku z przeprowadzaniem wideorozpraw? Czy zasadne jest ustalenie międzynarodowego minimalnego standardu w tym zakresie, którego wypełnienie zwolni uczestników konferencji z odpowiedzialności za ewentualne szkody wynikające z przebiegu posiedzenia online?

Czy należy – a jeśli tak, to w jaki sposób – wspierać strony wykluczone cyfrowo lub ograniczone w możliwości używania zaawansowanych technologii lub po prostu nieobeznane z nimi?

Praktyka najbliższych miesięcy i lat pokaże, czy środowisko arbitrażowe wypracuje jasny standard w powyższych oraz innych kwestiach związanych ze zdalnym przeprowadzaniem rozpraw. Jeśli ta operacja się powiedzie, zasadność wyboru arbitrażu kosztem sądownictwa powszechnego, zwłaszcza w sytuacji podobnych do pandemii COVID-19, nie będzie budzić wątpliwości.

¹⁰ Zob. np. pkt 22 „Wytycznych ICC dotyczących możliwości łagodzenia skutków pandemii COVID-19” (*ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>, dostęp: 11.05.2020 r.).

Wyrok arbitrażowy w czasie pandemii – dopuszczalność współczesnych form elektronicznych

Skrót artykułu opublikowanego
w „Przeglądzie Prawa Handlowego”¹

Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz²

STRESZCZENIE

Ograniczenia w bezpośrednim komunikowaniu międzyludzkim, spowodowane pandemią COVID 19, wymusiły przyspieszenie rozwoju nowych form komunikacji w obrocie prawnym za pośrednictwem instrumentów elektronicznych. Jednym z problemów związanych z tym zjawiskiem jest kwestia prawidłowości wydawania wyroków arbitrażowych w postaci elektronicznej, tj. w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym lub zaawansowanym podpisem elektronicznym.

Nowoczesne technologie, które pozwalają na porozumiewanie się podmiotów prawa cywilnego na odległość, wprowadziły do katalogu możliwych form składania oświadczeń woli niesłychane bogactwo nowych możliwości poprzez sporządzanie dokumentów w postaci elektronicznej. Dla przykładu: z perspektywy rodzaju technologii wytworzenia danej formy można wyróżnić dokumenty opatrzone podpisem klawiaturowym (wpisanym za pomocą klawiatury komputera), e-mailowym, manualnym (złożonym za pomocą pióra cyfrowego), podpisem skanowanym, własnoręcznym podpisem biometrycznym, podpisem hasłowym, mobilnym, kryptograficznym czy biometrycznym³. Powstaje pytanie, jak te przeróżne formy można odnieść do tradycyjnie powoływanego w różnych przepisach prawa wymogu pisemności dokumentów i opatrzenia ich podpisem. Jednym z obszarów, które rodzą takie pytania, jest zastosowanie formy elektronicznej dla sposobu wydawania wyroków arbitrażowych. Artykuł 1197 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁴ stanowi, że wyrok arbitrażowy powinien być sporządzony na piśmie i podpisany przez arbitry, którzy go wydali.

¹ Pełen tekst artykułu opublikowany został na łamach „Przeglądu Prawa Handlowego” 7/2020, str. 24–31.

² Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Senior Partner kancelarii GESSEL. Pragnie ona podziękować Barbarze Tomczyk, aplikantce adwokackiej z kancelarii GESSEL, za pomoc przy przygotowaniu artykułu.

³ Zob. M. Marucha-Jaworska, *Podpisy elektroniczne, biometria, identyfikacja elektroniczna*, LEX 2015, część pierwsza, rozdział III, 1.3: Rodzaje podpisów elektronicznych.

⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.).

[...]

Zarysowany powyżej problem jest pochodną szerszego problemu, diskutowanego w literaturze arbitrażowej od dawna, a mianowicie, jaki charakter należy przypisać wyrokowi arbitrażowemu. Wielość koncepcji na ten temat waha się od przyjęcia wyroku jako kontynuacji umowy o arbitraż, poprzez teorie środka, wskazujące na niejednorodny charakter tej instytucji (prywatnoprawny akt orzeczniczy, któremu państwo nadaje skutki publicznoprawne, czynność arbitrażowa *sui generis*), aż po przyjęcie teorii *stricte* czynności procesowej. Brak tu miejsca na omówienie wszystkich teorii i w tym miejscu odsyłam do wyczerpującego opracowania tej problematyki przez Łukasza Błaszczaka.

Co jest istotne, w zależności od przyjętych założeń co do natury samego wyroku, kwestie pisemności możemy potencjalnie wyklądać w trojaki sposób. Po pierwsze, można przyjąć interpretację autonomiczną art. 1197 k.p.c. na tle całości części V Kodeksu postępowania cywilnego; ten wariant wydaje się najbardziej przekonujący i zostanie omówiony jako pierwszy. Po drugie, można wyklądać art. 1197 k.p.c. w kontekście całości norm Kodeksu postępowania cywilnego. W tym wypadku, kwalifikując wyrok arbitrażowy jako czynność procesową, należy przyjąć, że przepisów materialnoprawnych o formie czynności prawnej nie stosuje się, gdyż dotyczą one tylko oświadczeń woli, a nie czynności procesowych. Dopiero w trzecim wariantcie, opowiadając się za teoriami kontraktowymi lokującymi wyrok arbitrażowy w kategorii oświadczeń woli lub mieszanych, wykładni art. 1197 k.p.c. można dokonać, stosując pomocniczo lub wprost normy cywilnego prawa materialnego, regulujące formę czynności prawnych.

Najbardziej przekonującą propozycją analizy wymogów formalnych wyroku arbitrażowego jest autonomiczne spojrzenie na te wymagania przez pryzmat części V Kodeksu postępowania cywilnego.

[...]

Wyrok arbitrażowy powinien zatem spełniać wymogi bezpieczeństwa podpisanego dokumentu, w którym, jak była o tym mowa wcześniej, ujęta jest treść oświadczenia w postaci graficznych znaków słownych, opatrzonego podpisem, który identyfikuje osoby składające oświadczenie, potwierdza stanowczą decyzję wydania oświadczenia tej treści oraz wskazuje treść dokumentu, która po złożeniu podpisu nie może być zmieniona.

[...]

Niewątpliwie takie wymogi spełnia dokument w formie elektronicznej opatrzonego podpisem kwalifikowanym. Podobnie takim dokumentem jest dokument w postaci elektronicznej opatrzonego podpisem zaawansowanym w rozumieniu rozporządzenia eIDAS. W obydwu przypadkach nie będzie można określić wyroków arbitrażowych wydanych w takiej formie jako wyroków wadliwych, a więc nieistniejących i niemogących wywołać skutków prawnych.

Machine Arbitrators: Technology and Ethics in International Arbitration

Veronika Pavlovskaya ¹

1. INTRODUCTION

In 1950, Turing suggested to replace the question “Can machines think?” with the “imitation game” between humans (A) and (B), and an interrogator (C) asking the question “What will happen when a machine takes part of A in this game?”² This game becomes even more exciting, if we ask a follow-up question: what will happen, if “A” in the latter question means an “arbitrator”?

The robotisation has become the hot topic for different spheres of life: from autonomous vehicles³ and robotic personal assistants⁴ to Sophia, the human robot who has received the citizenship of Saudi Arabia.⁵ International arbitration is not exclusion: there is a discussion on possibility to use AI in arbitration for different purposes, including document review, drafting of procedural documents and prediction of the outcome of the potential disputes. There are programs using AI and designed specifically for these purposes, for example, Lex Machina helps to choose the legal strategy based on analytics of the numerous cases;⁶ E-judge being an AI-based system developed by the University College London, the University of Sheffield, and the University of Pennsylvania predicts the decisions of the European Court of Human Rights with 79%⁷ accuracy, and Case Cruncher Alpha predicts the outcome of payment protection insurance cases better than junior lawyers from London law firms.⁸

Arbitrator is a “private judge” appointed by the parties to resolve their dispute.⁹ Arbitration is very flexible; therefore, the chances to see the machine arbitrator there are higher than to see the machine judge in the state courts. Volokh even suggests using arbitration “as a Test Bench”¹⁰ for justice robots.

¹ Senior Associate at Arznger Law Offices (Belarus), Chief Coordinator at Young ADR – Belarus.

² A.M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, MIND, vol. LIX, issue 236, October 1950, pp. 433–460.

³ K. Piper, It's 2020. *Where are our self-driving cars?*, 28 February 2020 (<https://www.vox.com/future-perfect/2020/2/14/21063487/self-driving-cars-autonomous-vehicles-waymo-cruise-uber>, access: 03.05.2020).

⁴ RoboticsBiz, *Top 5 robot personal assistants for your home in 2020*, 14 January 2020 (<https://roboticsbiz.com/top-5-best-robot-personal-assistants-for-your-home-in-2019/>, access: 03.05.2020).

⁵ E. Reynolds, *The agony of Sophia, the world's first robot citizen condemned to a lifeless career in marketing*, 1 June 2018 (<https://www.wired.co.uk/article/sophia-robot-citizen-womens-rights-detriot-become-human-hanson-robotics>, access: 03.05.2020).

⁶ Lex Machina (<https://lexmachina.com/>, access: 03.05.2020).

⁷ UCL, *AI predicts outcomes of human rights trials* (24 October 2016), <https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials> (access: 04.05.2020).

⁸ Rory Cellan-Jones, *The robot lawyers are here – and they're winning* (1 November 2017), BBC News, <https://www.bbc.co.uk/news/technology-41829534> (access: 04.05.2020).

⁹ Epameinondas Stylopoulos, *Arbitrators: judges or not? An EC approach...* (9 March 2009), Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/03/09/arbitrators-judges-or-not-an-ec-approach/?doing_wp_cron=1589482959.4303820133209228515625 (access 04.05.2020).

¹⁰ E. Volokh, *Chief Justice Robots*, Duke Law Journal 2019, vol. 68, p. 1160.

Though the idea of machine arbitrators is quite new, there are some programs which are already used for the decision-making in dispute resolution: for example, Modria (the online dispute resolution system used by eBay and PayPal) resolves 6 mln disputes per year, and 90% of them are decided without human intervention.¹¹ It is a good example of the nearest future when we see such machine arbitrators in simple cases; however, the development of those for big complex cases will still take time. The reason is that the machine arbitrators should have a high level of automation: if we compare them to the autonomous vehicles,¹² then they should have the level of automation from 3 and higher to manage and resolve the simple standard dispute (level 3) and probably create a precedent (level 5).

This essay addresses the ethical issues related to machine arbitrators from points of view of both (1) ethical standards in arbitration; and (2) ethical standards in AI. In the end, conclusions on compatibility of these principles are made.

2. “ARBITRATION ETHICS” AND HOW IT APPLIES TO THE MACHINE ARBITRATORS

Ethics in international arbitration is the topic which has been discussed for a long time. As there is no common understanding of ethics regarding different subjects involved into arbitral proceedings, Rogers calls international arbitration “an ethical no man’s land”.¹³ However, she also admits that in regard to arbitrators, the ethical standards are clear, but the issue is that the arbitrators violate them.¹⁴

The arbitrator is the key figure in arbitration proceedings: they maintain due process in the proceedings, and render the final award. As Redfern and Hunter highlight, the arbitral tribunal either “makes or breaks the arbitration”.¹⁵

There are two main ethical standards applicable to arbitrators and accepted globally: impartiality and independence. They are truly fundamental.¹⁶ These standards are set by the state legislation and institutional arbitration rules. In particular, Art. 12(1) of the UNCITRAL Model Law which is adopted as an arbitration law in 83 states and 116 jurisdictions¹⁷ states that the person before their appointment as an arbitrator and throughout the proceedings should disclose “any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality and independence”.¹⁸ The requirement to the arbitrator to be and remain impartial and independent is also set by Art. 11 of the ICC Arbitration Rules, Art. 5.3 of the LCIA Arbitration Rules, Art. 13.1 of the SIAC Arbitration Rules, and Art. 13 of the AAA-ICDR Arbitration Rules.

¹¹ Modria, Tyler Technologies (<https://www.tylertech.com/products/modria>, access: 06.05.2020).

¹² Levels of driving automation as defined in SAE International Standard J3016 (https://www.sae.org/standards/content/j3016_201401/ preview, access: 06.05.2020).

¹³ C.A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press 2014, p. 18.

¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Kluwer Law International,

¹⁶ Oxford University Press 2015, pp. 233-234.

¹⁷ *Ibid.*, p. 254; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International 2014, pp. 1760-1761.

Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, access: 06.05.2020).

¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, access: 07.05.2020). However, there are slight differences in the state laws: some of them require the arbitrators to be only independent (Art. 180(1)(c) of the Swiss Law on Private International Law), or only impartial (s. 24(1)(a) of the English Arbitration Act).

Impartiality is the lack of bias of the arbitrator either to any of the parties or to the issue in dispute, it is a subjective standard¹⁹ and “demands a certain state of mind”²⁰ from the arbitrator. Even though machine arbitrators do not have certain state of mind, this standard would require them to be neither biased, nor predisposed to the parties, their representatives and issues in dispute. There are some difficulties in elimination of bias from the algorithms which are described below in this essay. Therefore, this standard would be a difficult one for the machine arbitrators to comply with.

Independence is the absence of financial and other relationships between the parties and the arbitrator, it is an objective standard.²¹ Such independence of the machine arbitrator should be initially incorporated into the algorithm by its developers, it is reasonable from both ethical and business points of view, as no one would like to refer the case to the “pocket” machine arbitrator which renders the awards in favor of certain company.

The examples of circumstances and relations which raise concerns in arbitrator’s impartiality and independence are given in the IBA Guidelines on Conflict of Interest.²² The majority of the listed situations are not applicable to the machine arbitrators because they describe personal relationships, for example, if the arbitrator has a significant financial or personal interest in one of the parties (cl. 1.3 of the IBA Guidelines – “Non-Waivable Red List”). It is unlikely that machine arbitrator may have such interest in any of the parties. However, if the law firm which represents any of the parties invests money into development of a particular machine arbitrator, then the situation becomes less apparent. Though it is still unlikely that the algorithm will make a decision taking this “financial interest” into account, if it is not specifically programmed to do so. As a solution, the industry standard on development of machine arbitrators may be introduced, and it will prohibit any influence on the software by the companies who are involved into its development, as it has happened in regard to the Internet,²³ or is happening now with smart-home products.²⁴

There are some situations from the lists which might be applicable to machine arbitrators. For instance, if the arbitrator had a prior involvement into the dispute, it falls under cl. 2.1.2 of the IBA Guidelines (“Waivable Red List”). In case, any of the parties used certain algorithm for initial prediction of the outcome of the case, and this algorithm later serves as a machine arbitrator, it means that this machine arbitrator is predisposed, because it has already analyzed the same circumstances and documents. It is possible to avoid such bias by using different software for predictions and decision-making.

¹⁹ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter...*, p. 255.

²⁰ G.B. Born, *International...*, p. 1777.

²¹ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter...*, p. 255.

²² IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014 (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>, access: 07.05.2020).

²³ Ch. Reed, A. Murray, *Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2018, ch. 2.3.

²⁴ Amazon, Apple, Google, Zigbee Alliance and board members form working group to develop open standard for smart home devices, 18 December 2019 (<https://www.apple.com/newsroom/2019/12/amazon-apple-google-and-the-zigbee-alliance-to-develop-connectivity-standard>, access: 12.05.2020).

However, all these issues do not prove that the general standards of impartiality and independence are not applicable to machine arbitrators. Machine arbitrators simultaneously help to resolve some existing issues of impartiality and independence of human arbitrators, but also challenge both standards from the new angles. We will demonstrate it on two cases: LCIA case No. 122053 and *Halliburton v. Chubb*.

In LCIA case No. 122053,²⁵ the arbitrator was successfully challenged because 5 years before that dispute, the arbitrator represented the respondent in the case against the claimant's group of companies. If the parties agreed to use the machine arbitrator, the issue with the previous client-counsel relationships would be excluded.

In *Halliburton v. Chubb*,²⁶ the presiding arbitrator M. has disclosed to Halliburton neither the fact that it has been nominated as an arbitrator by Chubb in another case, nor the fact that it was appointed in the third case involving different parties, but related to overlapping issues. But all three cases have arisen out of the same factual circumstances – an explosion and fire on the Deepwater Horizon oil rig in the Gulf of Mexico. Within the oral hearings in the UK Supreme Court, few arbitral institutions intervened to explain the international approach to impartiality and independence. As Charles Kimmins QC representing the LCIA as an intervener stated, “[A]cceptance of the appointment which has the potential to give the party a “dressed rehearsal” – that is the vice”.²⁷ The parties would face the same issue of bias, if arbitrator M. was replaced by the machine arbitrator which had similar overlapping appointments, as in the first of the cases to be resolved the algorithm would assess the factual circumstances and legal issues and have the “dressed rehearsal” before the later hearings. Programming the algorithm to “forget” the previous cases might help to remove this bias.

Thus, both impartiality and independence standards are applicable to the machine arbitrators. However, in regard to the impartiality, machine arbitrators could help to remove the majority of human biases, but they would not be able to overcome the systemic bias in certain situations, the human involvement would be necessary.

3. “ETHICS IN AI”: APPLICATION OF THE GENERAL AI ETHICAL PRINCIPLES TO MACHINE ARBITRATORS

Even 35 years ago it was difficult to imagine that today we would be considering the possibility to have robot-judges: in 1984, Wise in her article “Trial by Machine” meant polygraph as such machine.²⁸ And now machine arbitrators become visible future of alternative dispute resolution,²⁹ especially for smart-contracts where machine dispute resolution can be easily integrated into the algorithm of such contract.³⁰

²⁵ LCIA case No. 122053, <https://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx> (accessed 12.05.2020).

²⁶ *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd* (Formerly known as *Ace Bermuda Insurance Ltd*), Case ID: UKSC 2018/0100, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0100.html> (accessed 12.05.2020).

²⁷ Ch. Kimmins at the morning session on 12 November 2019 (Part 1 of 3; 2:17:55, <https://www.supremecourt.uk/watch/uksc-2018-0100/121119-am.html>, access: 12.05.2020).

²⁸ L. Wise, *Trial by Machine*, *Human Rights* 1984, vol. 12, p. 30.

²⁹ M. Scherer, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?*, *Journal of International Arbitration* 2019, vol. 36, issue 5, pp. 539-574, p. 573.

³⁰ W. Maxwell, G. Vannieuwenhuysse, *Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration*, *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2018, issue 1, pp. 24-33, p. 29.

Ethics is a one of the key topics related not only to arbitrators and judicial decision-making, but also to the development of the AI. Though AI4People considers it is not “entirely clear... whether it is Frankenstein or his monster against whose maleficence we should be guarding”³¹, ethical concerns in AI are related primarily to the developers and their actions to prevent the ethical harm of the AI to the society.³² EURON introduces the term “Roboethics”, which resembles the term “Bioethics”, and compares it to the Engineering Applied Ethics.³³ Thus, the machine arbitrators being both arbitrators and AI should comply with ethical requirements to the AI too.

Within the recent years, the EU has been carrying out significant research related to ethical standards applicable to the AI, and how compliance with them should be provided. In 2019, the European Commission published the EU Ethics Guidelines for Trustworthy AI (“Ethics Guidelines”). They are not binding, and are based on human-centric approach aimed “to ensure that human values are central to the way in which AI systems are developed, deployed, used and monitored”.³⁴ The Ethics Guidelines set 4 ethical principles and 7 key requirements (this list is not exhaustive) to the AI to be considered as trustworthy.³⁵ In this essay, we will further consequently analyze application of all 4 ethical principles to the machine arbitrators: (i) respect for human autonomy; (ii) prevention of harm; (iii) fairness, and (iv) explicability.³⁷

Under the principle of respect for human autonomy (i), AI should not subordinate or coerce humans; it should complement cognitive, social and cultural skills. We suppose, this principle is rooted in the second law out of Azimov’s “three laws of robotics”. Machine arbitrators are expected to render the awards which are obligatory for the parties; therefore, from the first sight, machine arbitrators would never comply with this principle because of the essence of their duties. However, the source of the authority of the machine arbitrators for such obligatory awards should be analyzed. The authority of arbitrators is given to them by the arbitration agreement which is the agreement of the parties to arbitrate. In comparison, Ethics Guidelines underline that the purpose of the principle (i) is that the humans interacting with the AI should “keep full and effective self-determination over themselves”.³⁹ The difference is that in the case with the machine arbitrator, the parties voluntarily agree to grant the authority over them to the machine arbitrator, but the parties still stay independent legal entities or natural persons, the fundamental rights and freedoms of the latter are not violated. Some authors call it “meta-autonomy” or a “decide-to-delegate” model:⁴⁰ humans choose which decision they delegate to the AI, and always have the freedom to reconsider. And while the control of the programmer who develops the machine arbitrator over this arbitrator remains in place, there is no violation of this AI ethics principle.

³¹ L. Floridi et. al., *AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, Minds and Machines 2019, vol. 28, pp. 689, 689-707, p. 697.

³² The Ethics of Artificial Intelligence: Study (2020) Panel for Future of Science and Technology, European Parliamentary Research Service, PE 634.452, p. 2.

³³ EURON Roboethics Roadmap (2006), pp. 24-25 (<http://www.roboethics.org/atelier2006/docs/ROBOETHICS%20ROADMAP%20Rel2.1.1.pdf>, access: 15.05.2020).

³⁴ Ethics Guidelines for Trustworthy AI (2019), High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, European Commission.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 12.

³⁸ I. Asimov, Runaround, [in:] *I, Robot*, Street and Smith Publications 1950, p. 27.

³⁹ Ethics Guidelines, p. 12.

⁴⁰ L. Floridi et. al., *AI4People...*, p. 698.

Principle of prevention of harm (ii) corresponds to the first law out of Azimov's "three laws of robotics".⁴¹ However, due to the wide understanding of the term "harm", now it includes not only avoidance of the physical harm, but also the harm to the security of the system, and harm because of the asymmetry of information.⁴² The issue related to the asymmetry of information will be applicable to the machine arbitrators as well. Scherer describes the example of the AI analyzing the decision of the ECHR: if the AI system has the ex ante prediction model, it takes into account the words used in the previous related cases.⁴³ Some of the words might be very case-specific ("Ukraine", "Russian"), and there is the probability that these words can influence the further decisions relating to those countries in comparison to other countries which have not been analyzed by the algorithm.⁴⁴ The same issue may happen to the big transnational companies or countries, which are often involved into arbitration and win the cases:⁴⁵ for example, in investment arbitration Israel has 0 cases as respondent state; when Argentina has 62 cases as respondent state,⁴⁶ which means that the chances of Argentina to lose the case in the investment dispute resolved by algorithm might be higher than chances of Israel only because of the data which the algorithm is trained on. Such asymmetry of information may cause a systemic bias of the algorithm, which brings us to the next principle.

The principle of fairness (iii) is the closest principle to the arbitration ethics standard of impartiality. Though the term "fairness" is also quite wide, the Ethics Guidelines include into it proportionality, freedom from unfair bias, discrimination and stigmatization, as well as the possibility to challenge the decision made by the AI.⁴⁷ It raises two arguments in regard to the machine arbitrators: bias and procedure of setting aside the award rendered by the machine arbitrator.

Loebl states that the machine arbitrator cannot be fair and act ethically.⁴⁸ In this essay, we have already mentioned two cases when the machine arbitrator could be biased: (1) the case, when the same algorithm has been used for prediction of the outcome of the case earlier; and (2) the case, when the algorithm bases decision on certain words. However, there is the difference between these situations: in scenario (1), there is the bias in the sense of impartiality (in arbitration understanding), and, in scenario, (2) it is a systemic or technical bias (in the understanding of AI as a technology). As discussed earlier, the bias in scenario (1) is curable only in the case the different software is used for prediction and actual resolution of the disputes. The understanding of bias in scenario (2) is the same which applies to the COMPAS and its prediction that black people have higher chances to reoffend.⁴⁹ The only way to handle the systemic bias is constant review and improvement of the datasets.⁵⁰ Volokh underlines that it would be good to have "impartiality by design" (for example, the race is ignored by the algorithm) and "impartiality by testing" (additional round of testing to exclude the bias) for the AI judges.⁵¹

⁴¹ I. Asimov, *ibid.*

⁴² Ethics Guidelines, p. 12.

⁴³ M. Scherer, *Artificial...*, p. 550.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Ch. Sim, *Will Artificial Intelligence Take Over Arbitration?*, Asian International Arbitration Journal 2018, vol. 14 issue 1, p. 4.

⁴⁶ Investment Dispute Settlement Navigator: Countries, UNCTAD Investment Policy Hub (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, access: 15.05.2020).

⁴⁷ Ethics Guidelines, p. 12.

⁴⁸ Z. Loebl, *Can a robojudge be fair?*, 16 December 2019 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/16/can-a-robojudge-be-fair/>, access: 18.05.2020).

⁴⁹ Medium, *Racial Bias and Gender Bias Examples in AI systems*, 2 September 2018 (<https://medium.com/thoughts-and-reflections/racial-bias-and-gender-bias-examples-in-ai-systems-7211e4c166a1>, access: 18.05.2020).

⁵⁰ M. Scherer, *Artificial...*, p. 573; Ch. Sim, *Will Artificial Intelligence...*, p. 3; Z. Loebl, *ibid.*

⁵¹ E. Volokh, *Chief...*, p. 1168-1169.

As confidentiality is one of the key features of arbitration and few awards are available for training of the algorithms, it might be difficult to develop the machine arbitrators which are not biased by default. However, the investment arbitration which is primarily public can become the first direction for training of the AI, and then for commercial arbitration the partnership with arbitral institutions can help.⁵² It confirms the idea that as far as the development of AI which really serves its purposes is concerned, all stakeholders should be involved.⁵³

In regard to the setting aside procedure, the general rule is that the arbitral award can be set aside by the state courts in the country where the arbitration is seated. However, there is an issue which place can be considered as a seat of arbitration when the dispute is resolved by the machine arbitrator: the country where the servers are hosted on which the machine arbitrator works, or the country where the company-“owner” of the machine arbitrator is registered, or the place agreed upon by the parties.⁵⁴ We suggest that the best option is the latter.⁵⁵ as the parties can choose the jurisdiction where there is no requirement for an arbitrator to be a human. Otherwise, if there is such a requirement, it would invalidate the award rendered by the machine arbitrator ab initio.

Principle (iv) of the ethical AI is its explicability. Pursuant to the Ethics Guidelines, it includes transparency and explainability of the decisions.⁵⁶ Absence of reasoning is usually described as one of the disadvantages of the algorithm as an arbitrator⁵⁷ because in accordance with the arbitration laws of the countries and institutional arbitration rules, the arbitral award should include its reasons: for example, Art. 31(2) of the UNCITRAL Model Law, Art. 1482 of the French Code of Civil Procedure, Art. 32(2) of the ICC Arbitration Rules, and Art. 26(2) of the LCIA Arbitration Rules.

Transparency within this principle does not mean that the source code, or the “black box” of algorithm should be open; however, it should be possible to understand how and why the algorithm has made certain decision.⁵⁸ One of the suggestions to comply with this principle is to implement the “ethical black box” into the algorithm, which fixes all previous decisions and all stages taken by the AI to reach the conclusion.⁵⁹

⁵² K. Maxwell, *Summoning the demon: robot arbitrators: arbitration and artificial intelligence*, 17 January 2019, (<http://arbitrationblog.practicallaw.com/summoning-the-demon-robot-arbitrators-arbitration-and-artificial-intelligence>, access: 18.05.2020); M. Scherer, *Artificial...*, p. 556.

⁵³ L. Floridi et. al., *AI4People...*, p. 701.

⁵⁴ V. Pavlovskaya, *Machine Arbitrators Change the Rules of the Game*, *Arbitration.ru* (2019, no. 10, p. 19).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Ethics Guidelines, p. 13.

⁵⁷ W. Maxwell, G. Vannieuwenhuysse, *Robots...*, p. 32.

⁵⁸ Top 10 Principles for Ethical Artificial Intelligence, UNI Global Union (http://www.thefutureworldofwork.org/media/35420/uni_ethical_ai.pdf, access: 21.05.2020); AI: Intelligent Machines, Smart Policies – Conference Summary, OECD Publishing, OECD Digital Economy Papers 2018, no. 270, pp. 7, 27.

⁵⁹ *Ibid.*

These stages of decision-making by the algorithm can be copied from the human decision-making when we consequently answer the simple “yes-no” questions. Scherer believes that for pattern-recognition AI it is possible to subdivide the legal decision into binary classification tasks to show the reasoning (pattern) in each of them: for instance, the parties validly entered into the contract – yes or no, one party breached the contract – yes or no.⁶⁰ There should be also the standard of probability developed for machine arbitrators for the cases when they have to assess the probability that the certain fact has happened: is 50% enough or 80% is required?⁶¹ It should be regulated by the industry standard.

However, this criticism of absence of the reasoning is not sustainable for two reasons. First, Volokh admits that the judges in the courts do not often explain the reasons for their decisions; they do not describe each and any of them in the texts of their decisions, some of them may be even sympathetic to one of the parties because of its life story.⁶² But a great advantage of the machine arbitrators is their freedom from human prejudices, and we agree to the Volokh’s suggestion that there is no need for the robot-judge (and to the machine arbitrator, correspondingly) to pass the Turing’s Test, it is enough to apply the Modified John Henry Test: robot-judge should perform at the level of average, not the best judge.⁶³

Second, there are algorithms in arbitration which are one step closer to explainability. For example, Arbi-Lex⁶⁴ which is a predictive data analytics algorithm based on Bayesian machine learning. As this algorithm relies on informed prior probability of the certain factors in the case, it would potentially be able to explain how it reached certain conclusion.⁶⁵

Thus, all four AI ethical principles are applicable to the machine arbitrators additionally to the standards of ethics in arbitration, though the standard of impartiality is required in both spheres.

4. CONCLUSIONS

Machine arbitrators will change the future of international arbitration, but it will not happen soon as certain level of their automation is required. Moreover, as machine arbitrators are both arbitrators and AI, they have “double” set of ethical standards to meet, and these standards complement each other. The only common standard for both arbitration and AI ethics is impartiality or absence of bias: it is difficult to be reached and requires particular attention from the developers of the algorithm when coding and testing, as well as from the owners of arbitration datasets when composing them. The international ethical standards for machine arbitrators could become helpful guidelines for the stakeholders and users.

⁶⁰ M. Scherer, *Artificial...*, p. 556.

⁶¹ *Ibid*, p. 572.

⁶² E. Volokh, *Chief...*, p. 1139, 1157-1159.

⁶³ *Ibid*, p. 1139.

⁶⁴ ArbiLex (<https://www.arbilex.co/welcome>, access: 28.05.2020).

⁶⁵ F. Daso, *ArbiLex, A Harvard Law School Legal Tech Startup, Uses AI To Settle Arbitrations*, 4 February 2020 (<https://www.forbes.com/sites/frederickdaso/2020/02/04/arbilex-a-harvard-law-school-legal-tech-startup-uses-ai-to-settle-arbitrations/#5e77447352c5>, access: 28.05.2020).

*Opracowanie redakcyjne: mec. Agnieszka Grabowska-Lysyzyn, dr Konrad Czech
Skład i łamanie: Piotr Tarasiuk*