

Wzmocnienie systemu ochrony konkurencji w Polsce: lekcje z kryzysu polskiej demokracji



PROF. MACIEJ BERNATT

Dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych,
Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski

Prawo konkurencji należy postrzegać jako kluczowy bezpiecznik gospodarki rynkowej służący demokracji. Polska potrzebuje bardziej efektywnego systemu ochrony konkurencji, ukierunkowanego na takie praktyki i transakcje, które stanowią zagrożenie dla funkcjonowania rynku i interesów ekonomicznych polskiego społeczeństwa. Negatywne skutki populizmu dla demokracji konstytucyjnej oraz zapisanej w Konstytucji RP społecznej gospodarki rynkowej powinny być impulsem do reformy prawa konkurencji w Polsce. Jakie są możliwe kierunki zmian systemu ochrony konkurencji? Czy odpowiedzą one na wyzwania gospodarcze i społeczne kojarzone z populizmem?

Wprowadzenie

Wyjaśnienie przyczyn kryzysu polskiej demokracji konstytucyjnej po 2015 r. jest zadaniem trudnym, a odpowiedzi nie muszą być jednoznaczne. Jednak poddając to zjawisko refleksji, nie należy abstrahować od zagadnień ekonomicznych, w tym skutków polskiej transformacji po 1989 r., praktyki funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej w Polsce i nierówności społecznych. Pomocne może być postawienie pytania o ekonomiczne przyczyny sukcesu prawicowego populizmu¹

¹ Za istotę populizmu można uznać odrzucenie pluralizmu i twierdzenie, że rządzący powinni mieć nieskrępowane prawo realizowania interesu większości. Istotą zaś demokracji liberalnej (w opozycji do której stoi populizm) jest nałożenie na rządzących ograniczeń mających zapewnić, że przy sprawowaniu władzy uwzględniany będzie także głos mniejszości. Zob. E. Łętowska, *Po co ludziom konstytucja*, Warszawa 1995, s. 82.

w Polsce. Ograniczenie dyskusji na jego temat wyłącznie do zagadnień ideologicznych i konstytucyjnoprawnych prowadzić może do pominięcia realnych lęków społecznych, które mają swoje podłoże gospodarcze i mogą wpływać na decyzje wyborców².

² Trafne jest spostrzeżenie W. Osiatyńskiego: „Decyzje publiczne mają trzy wymiary: ekonomiczny, polityczny (demokratyczny) i właśnie symboliczny (kulturalny). Ten ekonomiczny, wraz z redystrybucyjnym – czy jest ludziom lepiej, czy gorzej – to ważny element. Bo jeżeli są środki, bochenek się powiększa i można go dzielić, wtedy ludzie mniej będą wchodzić w kwestie autorytetu, symboli religijnych czy narodowych. Gdy bochenek maleje albo jest nierówno dzielony, symbole mogą łatwiej zagospodarowywać ich lęki i głosy wyborcze” (zob. W. Osiatyński, *Gdy Demokracja przegrywa z symbolami*, 27.04.2018, <https://archiwumosiatsynskiego.pl/wpis-w-debacie/gdy-demokracja-przegrywa-z-symbolami/> [dostęp online]; tekst oparty na wykładzie prof. Wiktora Osiatyńskiego *Gdy prawo przegrywa z symbolami – o kryzysie demokracji* wygłoszonym 19 października 2016 r. w ramach cyklu „Ochota na demokrację” zorganizowanego przez Instytut Biochemii i Biofizyki PAN; tekst został

Jest to szczególnie istotne w czasie trwających obecnie transformacji gospodarczych: cyfrowej i środowiskowej, będących nie tylko szansą, ale także niosących za sobą zagrożenia, także z perspektywy negatywnych skutków społeczno-gospodarczych.

W tym kontekście należy zastanowić się nad gospodarczo-społeczną rolą prawa i polityki konkurencji, mając na uwadze doświadczenia funkcjonowania systemu ochrony konkurencji w ostatnich latach. Stawiam następującą tezę: Polska potrzebuje bardziej efektywnego systemu ochrony konkurencji, ukierunkowanego na takie praktyki i transakcje, które stanowią zagrożenie dla funkcjonowania rynku i interesów ekonomicznych polskiego społeczeństwa. By to osiągnąć, konieczne jest przeznaczenie większych środków finansowych na zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), wzmocnienie jego faktycznej niezależności i zaplecza eksperckiego (w tym w zakresie zagadnień cyfrowych), przyspieszenie postępowań na etapie administracyjnym i sądowym. Równocześnie niezbędna jest dyskusja nad reformą UOKiK, pozwalającą na włączenie szerszej grupy podmiotów w proces podejmowania decyzji³. Warto także rozważyć, jakie zmiany w polskim prawie konkurencji

po raz pierwszy opublikowany z „Gazecie Wyborczej”, nr 47, wydaniu z dnia 25.02.2017). Opierając się na pracy Karla Polanyiego *The Great Transformation* z 1944 r., Robert Kuttner podkreśla, że „oderwanie rynków od ich społeczeństw i wynikająca z tego nieuwaga dla konsekwencji społecznych nieuchronnie wywołuje reakcję”. Innymi słowy, jeśli rynki nie działają dla większości ludzi, demokracja staje się podatna na rozwiązania autorytarne (zob. R. Kuttner, *Can Democracy Survive Global Capitalism*, W. W. Norton & Company, New York 2018, s. 7).

3 Pozwoliłoby to lepiej zrozumieć szersze, społeczne skutki antykonkurencyjnych praktyk.

lub w jego interpretacji umożliwią skuteczne przeciwdziałanie praktykom mającym negatywne skutki, o szerszym wymiarze niż wyłącznie wąsko rozumiany ekonomiczny dobrobyt konsumentów⁴. Takie zmiany służyłyby założeniom społecznej gospodarki rynkowej zapisanej w polskiej konstytucji, tj. takiej, która poza funkcjonowaniem samego mechanizmu rynkowego bierze pod uwagę negatywne, społeczne i środowiskowe skutki jego funkcjonowania⁵.

Ekonomiczne przyczyny populizmu⁶

Ekonomiści kojarzą populizm z nieodpowiedzialnymi działaniami polityków, które „często kończą się katastrofą i ranią najbardziej zwykłych ludzi, którym rzekomo mają pomóc”⁷, za przykład podając doświadczenia krajów Ameryki Łacińskiej, poprzedzające lata 90. XX wieku. Jednak badania nad obecnymi przejawami populizmu ukazują bardziej złożony obraz. W szczególności zwraca się w nich uwagę na ekonomiczne przyczyny leżące u źródła współczesnego populizmu. Za jedną z najważniejszych przyczyn uważana

4 Tj. praktykom kojarzonym z obniżeniem efektywności funkcjonowania rynku.

5 Zob. M. Bernatt, *Competition law through the lenses of national constitutions: connecting competitive markets with socio-economic and environmental values*, „Journal of Antitrust Enforcement” 2024, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnae047> [dostęp online].

6 W podrozdziale wykorzystuję fragmenty rozdziału mojego autorstwa; zob. M. Bernatt, *O potrzebie refleksji nad ekonomicznymi aspektami populizmu w dyskusji o kryzysie demokracji liberalnych*, w: *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Wolters Kluwer 2020, s. 160-173.

7 D. Rodrik, *Is Populism Necessarily Bad Economics?*, „AEA Papers and Proceedings” 2018, nr 108; B. Eichengreen, *The Populist Temptation: Economic Grievance and Political Reaction in the Modern Era*, Oxford University Press 2018, s. 5.

jest globalizacja⁸. Za drugie ważne źródło uznawana jest niepewność ekonomiczna w społeczeństwie⁹. Za istotne uznać należy także rosnące nierówności społeczne oraz kumulację bogactwa przez najbogatszy 1% społeczeństwa. W odniesieniu do krajów Europy Zachodniej i USA podkreśla się także, że popularność populizmu nie wynika z rosnącej liczby osób najbiedniejszych, a raczej z osłabienia klasy średniej¹⁰. Ekonomiści wskazują także na niechęć do technokratycznych, niezależnych instytucji odpowiedzialnych za regulację rynku (takich jak np. banki centralne).

Dla ekonomistów kasus Polski nie jest jednak oczywisty, ponieważ zmianom politycznym w naszym kraju w 2015 r. nie towarzyszył kryzys gospodarczy i kwestie dotyczące rynku nie były w centrum debaty politycznej. Dane OECD nie pokazują istnienia wzrostów cen, ubóstwa czy bezrobocia. Przypadek

Populizm jest łączony z takimi zjawiskami, jak globalizacja czy niepewność ekonomiczna w społeczeństwie. Za istotne uznać należy także rosnące nierówności społeczne oraz kumulację bogactwa przez najbogatszy 1% społeczeństwa. W odniesieniu do krajów Europy Zachodniej i USA podkreśla się równocześnie, że popularność populizmu nie wynika z rosnącej liczby osób najbiedniejszych, a raczej z osłabienia klasy średniej.

Polski uzmysławia jednak, że poczucie bycia wykluczonym z pozytywnych zmian gospodarczych zachodzących w kraju może mieć wpływ na preferencje polityczne wyborców. Na przykład, mimo znaczącego wzrostu gospodarczego w Polsce, poziom średniego wynagrodzenia nie rósł znacząco w okresie przed 2015 r.¹¹. Dostrzega się także, że w naszym kraju zwiększała się różnica w poziomie zarobków klasy średniej i osób najbogatszych¹². Do takich wniosków prowadzi również lektura raportu z badań jakościowych prowadzonych pod kierownictwem Macieja Gduli w jednym z małych polskich miast¹³. Sugeruje on, że poczucie bycia wykluczonym z korzyści, które przyniosła transformacja po 1990 r., było jednym z powodów poparcia dla Prawa i Sprawiedliwości. W podobnym tonie wypowiada się Ewa Łętowska, zauważając że transformacja w Polsce po roku 1990 była bolesna dla słabszych warstw społeczeństwa

- 8 L. Guiso i in., *Global Crises and Populism: The Role of Eurozone Institutions*, „Economic Policy” 2019, nr 34(97). Dla przykładu, badania empiryczne pokazują korelację między negatywnymi skutkami globalizacji dla danego regionu/grupy społecznej a propopulistycznymi preferencjami wyborczymi; zob. I. Colantone, P. Stanig, *Global Competition and Brexit*, „American Political Science Review” 2018, nr 112(2).
- 9 Zob. B. Eichengreen, *The Populist Temptation...*, dz. cyt. Równocześnie rozumienie populizmu odpowiada temu, które jest obecne w naukach politycznych. Dani Rodrik łączy populizm „z podejściem antyestabliszmentowym, twierdzeniem o reprezentowaniu ludzi w opozycji do elit, sprzeciwem wobec liberalnej ekonomii i globalizacji oraz częstym zamiłowaniem do autorytarnych rządów” (zob. D. Rodrik, *Populism and the Economics of Globalization*, „Journal of International Business Policy” 2018, s. 1.). Z kolei według Barry’ego Eichengreena populizm jest „ruchem politycznym o tendencjach antyelitarnych, autorytarnych i natywistycznych” (B. Eichengreen, *The Populist Temptation...*, dz. cyt.). Definicje te są podobne do tych proponowanych przez przedstawicieli nauk politycznych.
- 10 R. Dixon, J. Suk, *Liberal Constitutionalism and Economic Inequality*, „University of Chicago Law Review” 2018, nr 85.

- 11 Zob. *Average annual wages*, OECD, <https://data.oecd.org/earnwage/average-wages.htm> [dostęp online].
- 12 U. Dallinger, *The Endangered Middle Class? A Comparative Analysis of the Role Played by Income Redistribution*, „Journal of European Social Policy” 2013, nr 23(1), s. 95.
- 13 M. Gdula, *Dobra zmiana w Miastku. Neoautorytaryzm w polskiej polityce z perspektywy małego miasta*, Warszawa 2017, <https://krytykapolityczna.pl/kraj/neoautorytaryzm-a-nie-populizm-skad-sie-wziela-dobra-zmiana/> [dostęp online].

i powiązana z występującym w mediach przesłaniem, że przegrani sami są sobie winni¹⁴. Z taką opinią korespondują dane statystyczne. Przez pierwsze 15 lat transformacji utrzymywała się w Polsce wysoka stopa bezrobocia¹⁵, osiągająca wśród młodych ludzi maksymalnie 45% w listopadzie 2002 r.¹⁶. Oczywiście po 2005 r. sytuacja wyraźnie się poprawiła. Nie można jednak wykluczyć, że obawa utraty pracy pozostawała trwałą konsekwencją wysokiego poziomu bezrobocia w przeszłości. Poczucie zagrożenia ekonomicznego można zaś wiązać z powszechnym stosowaniem, zwłaszcza w przypadku osób młodych, umów cywilnoprawnych (zamiast umów o pracę), a także znaczącym zadłużeniem gospodarstw domowych, wynikającym m.in. z konieczności spłaty wysokich rat kredytów, przede wszystkim hipotecznych.

Prawno-gospodarcze skutki populizmu¹⁷

Przy analizie tego, jakie są skutki populizmu dla liberalnego porządku konstytucyjnego i jak oddziałuje on na zapisaną w Konstytucji RP społeczną gospodarkę rynkową, opartą o konkurencję podmiotów gospodarczych, wolność działalności gospodarczej i ochronę własności prywatnej, należy zwrócić uwagę na dwa procesy. Pierwszy dotyczy zwiększającej się roli państwa w gospodarce nie tylko jako regulatora, ale także jako właściciela.

Drugi wiąże się z rosnącym patriotyzmem gospodarczym. Oba uzależnione są od zmian w prawie i praktyce jego stosowania. W szczególności obserwuje się osłabienie mechanizmów gwarancji proceduralnych w prawie gospodarczym, faworyzowanie przedsiębiorców krajowych i podnoszenie barier wejścia na rynek krajowy. Procesy te postrzegać można jako zagrażające liberalnemu porządkowi gospodarczemu i pozostające w związku z innymi procesami, takimi jak np. osłabienie niezależności sądownictwa¹⁸.

Jakie są skutki populizmu dla liberalnego porządku konstytucyjnego? Jak oddziałuje on na społeczną gospodarkę rynkową? Przede wszystkim zwiększa się rola państwa w gospodarce nie tylko jako regulatora, ale także jako właściciela. Rośnie także patriotyzm gospodarczy; dochodzi do faworyzowania przedsiębiorców krajowych i podnoszenia barier wejścia na rynek krajowy. Obserwuje się też osłabienie kontroli konstytucyjności i gwarancji proceduralnych w sferze gospodarczej.

Powrót państwa jako właściciela

Pierwszym procesem zasługującym na uwagę był rosnący udział właścicielski Skarbu Państwa, związane z odwróceniem procesów prywatyzacyjnych, charakterystycznych dla lat 90. i pierwszego dziesięciolecia XXI w. W literaturze ekonomicznej dostrzega się, że spowolnione już w latach wcześniejszych

14 E. Łętowska, *Convulsions in the Rule of Law*, „Osteuropa Recht” 2018, nr 64(4).

15 Na przykład, między 2000 a 2006 r. poziom bezrobocia w Polsce przekraczał 15%; zob. *Unemployment rate*, OECD, <https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate.htm> [dostęp online].

16 Zob. *Youth unemployment rate*, OECD, <https://data.oecd.org/unemp/youth-unemployment-rate.htm#indicator-chart> [dostęp online].

17 W podrozdziale wykorzystuję fragmenty rozdziału mojego autorstwa; zob. M. Bernatt, *O potrzebie refleksji nad ekonomicznymi aspektami populizmu...*, dz. cyt.

18 O tym, jakie konsekwencje w systemie prawno-gospodarczym przyniosły zmiany w polskim sądownictwie zob. w: M. Bernatt, *Rule of Law Crisis, Judiciary and Competition Law*, „Legal Issues of Economic Integration” 2019, nr 4(46).

procesy prywatyzacyjne po 2015 r. zostały całkowicie wstrzymane, a Skarb Państwa zaczął przejmować kontrolę nad spółkami, które wcześniej znajdowały się w rękach prywatnych lub były kontrolowane przez kapitał zagraniczny¹⁹. Najbardziej spektakularnym przykładem jest wykupienie przez PZU S.A. (wspólnie z Polskim Funduszem Rozwoju) od grupy bankowej UniCredit pakietu kontrolnego w Pekao S.A. – drugim co do wielkości banku w Polsce. Innym przykładem jest przejęcie przez PGE S.A. EDF Polska – spółki zależnej od francuskiego EDF, czwartego co do wielkości producenta energii elektrycznej w Polsce i jedynego niekontrolowanego przez polski kapitał państwowy. W rezultacie w sektorach bankowym i energetycznym dominują obecnie spółki nadzorowane przez Skarb Państwa. Równoległe po 2015 r. dochodziło do łączenia się spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa, czego konsekwencją była rosnąca koncentracja na rynku. Przykładem jest przejęcie przez Orlen spółek Lotos, Energa oraz PGNiG.

Patriotyzm gospodarczy i faworyzowanie

Rosnąca rola państwa w gospodarce jest powiązana z innym procesem: patriotyzmem gospodarczym, który sprawia, że polityka gospodarcza staje się platformą do budowania tożsamości i dumy narodowej. Polega on na wspieraniu przez państwo przedsiębiorców krajowych lub wręcz ich faworyzowaniu. Koncentracja na rynku, służąca wzmocnieniu siły rynkowej przedsiębiorców uważanych za

„narodowe czempiony” (takich jak np. Orlen S.A. w Polsce), stanowi jeden ze środków patriotyzmu gospodarczego. Nie jest więc przypadkiem, że w 2019 r. Polska opowiedziała się za zmianą unijnych przepisów regulujących kontrolę koncentracji przedsiębiorców przez Komisję Europejską, tak aby nie stały one na przeszkodzie do tworzenia takich czempionów. W proces ten wpisują się także duże plany inwestycyjne, takie jak np. budowa Centralnego Portu Komunikacyjnego.

Patriotyzmowi gospodarczemu może towarzyszyć faworyzowanie wybranych przedsiębiorców lub sektorów gospodarki. Do polskich przykładów w tym zakresie należą restrykcyjne przepisy regulujące zakładanie farm wiatrowych²⁰, które zatrzymały ich rozwój jako coraz bardziej konkurencyjnej alternatywy dla produkcji energii opartej na węglu kamiennym²¹. Wprowadzane przepisy mogły też skutkować podniesieniem barier wejścia na rynki krajowe dla podmiotów zagranicznych. Przykładem są polskie przepisy ograniczające możliwość prowadzenia aptek. Jednym z ograniczeń jest powiązanie ich liczby z liczbą mieszkańców na danym terytorium oraz uregulowanie minimalnej odległości między nimi. Dalsze ograniczenia znacząco zawężają możliwość prowadzenia większej liczby aptek przez ten sam podmiot²².

Kontrola konstytucyjności i stanowienie prawa

Kolejnym procesem, na który warto zwrócić uwagę, jest osłabienie kontroli konstytucyjności

19 P. Kozarzewski, M. Bałtowski, *Return of State-Owned Enterprises in Poland*, maj 2019, https://www.researchgate.net/publication/333480750_Return_of_State-owned_Enterprises_in_Poland [dostęp online]; K. Jasiński, *The Nature of Capitalism in Poland. Controversy over the Economy since the End of 2015: The Prospects of Business Elite and Employer Associations*, „Corvinus Journal of Sociology and Social Policy” 2017, nr 8(3).

20 Ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych, Dz.U. z 2016 r. poz. 961.

21 Zob. J. Szymczak, *Prąd z wiatru 2 razy tańszy! Ale rząd zatrzymał wiatraki i... dopłaca do węgla. Gorzej niż błąd*, 3.12.2019, <https://oko.press/prad-z-wiatru-dwa-razy-tanszy/> [dostęp online].

22 Zob. art. 99 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz. U. z 2001 r. nr 126 poz. 1381, ze zm.

i gwarancji proceduralnych w sferze gospodarczej. Znaczenie ma też sposób stanowienia prawa.

Po pierwsze, zaobserwować można erozję i opieszałość kontroli konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny w zakresie przepisów prawa gospodarczego. W szczególności w postępowaniach przed TK w dwóch sprawach, będących częścią zmian w gospodarce wprowadzonych przez poprzedni rząd, tj. w sprawie orzeczenia zgodności z Konstytucją RP przepisów zamrażających sprzedaż gruntów rolnych²³ oraz *Ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych*²⁴, które toczyły się przez cztery lata i ostatecznie zostały umorzone.

Po drugie, istotny jest sposób stanowienia prawa. Proces legislacyjny po 2015 r. w sprawach uznanych przez rządzących za priorytetowe toczył się bardzo szybko, przez co brakowało czasu na dogłębną analizę proponowanych przepisów. Jedną ze stosowanych technik było wprowadzanie pod obrady parlamentu faktycznych ustawodawczych inicjatyw rządowych jako indywidualnych propozycji posłów partii rządzącej.

Reforma systemu ochrony konkurencji²⁵

Opisane wyżej uwarunkowania zachęcają do postawienia pytania o rolę prawa konkurencji w czasach populizmu. Przeprowadzone badania pokazały, że kryzys demokracji konstytucyjnej opierającej się na rządach prawa oraz opisane wyżej procesy gospodarcze,

zmierzające w istocie nie tylko do centralizacji władzy politycznej, ale też gospodarczej, osłabiają system ochrony konkurencji²⁶. Dotyczy to m.in. zmniejszenia niezależności organów ochrony konkurencji, ich wiedzy eksperckiej oraz zakresu kompetencji, a także wybiórczego i ograniczonego stosowania prawa przez te organy (np. w odniesieniu do spółek kontrolowanych przez rządzących)²⁷. Obecnie największym wyzwaniem w Polsce są niewystarczające środki finansowe pozostające w dyspozycji UOKiK na zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję. To jedna z przyczyn, z powodu których UOKiK koncentruje się na porozumieniach ograniczających konkurencję o charakterze wertykalnym (szczególnie związanych z dystrybucją), nie zaś na najbardziej szkodliwych dla rynku porozumieniach horyzontalnych (zwłaszcza kartelach cenowych). Niedostateczne finansowanie może także wpływać na zdolność UOKiK do zwalczania nadużywania pozycji dominującej przez największych graczy rynkowych, w tym takich, którzy mają powiązania z rządzącymi (chodzi zwłaszcza o spółki kontrolowane przez Skarb Państwa), i ograniczać możliwość budowania kompetencji w zakresie stosowania prawa konkurencji na wymagających specjalistycznej wiedzy i narzędzi rynkach cyfrowych. Mając to wszystko na uwadze, postulować należy zmiany, które z jednej

23 Sprawa o sygn. K 36/16.

24 Sprawa o sygn. K 51/16.

25 Podrozdział oparty jest o ustalenia poczynione w rozdziale pt. *Conclusions and the Way Forward*, będącego częścią mojej monografii; zob. M. Bernatt, *Populism and Antitrust: The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law*, Cambridge University Press 2022, <https://www.cambridge.org/core/product/3619BEAF21AE0E-A9A6F7AFA015670C3C> [dostęp online].

26 Tamże, s. 66-170.

27 Tamże, s. 63-83. W okresie transformacji ustrojowej intensywnie stosowano w Polsce prawo konkurencji w zakresie porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej wobec spółek Skarbu Państwa. Jednakże od 2015 roku, kiedy UOKiK wydał ostateczną decyzję stwierdzającą nadużywanie pozycji dominującej przez spółkę Skarbu Państwa, stosowanie prawa konkurencji wobec spółek Skarbu Państwa zostało istotnie ograniczone.

strony uczyniłyby system ochrony konkurencji w Polsce bardziej odpornym na wpływ rządów populistów, a z drugiej pozwoliły lepiej oddziaływać mu na gospodarczo-społeczne przyczyny popularności populizmu²⁸.

Niezależność

Pierwszym istotnym elementem jest niezależność organu ochrony konkurencji. Wiązać ją należy z takim ukształtowaniem organu, by podejmował on decyzje, kierując się wyłącznie prawem i działając w jego granicach, będąc chronionym przed zewnętrznymi naciskami zarówno ze strony polityków, jak i podmiotów prywatnych. W ocenie niezależności krajowych organów ochrony konkurencji należy zastosować test zewnętrznego obserwatora, uwzględniający odpowiednie okoliczności prawne i faktyczne, które mogłyby zwiększyć lub zmniejszyć pozory niezależności w oczach postronnych osób²⁹. Służą temu przejrzyste reguły naboru osób pełniących funkcje kierownicze (zwłaszcza tych kierujących organem i odpowiedzialnych za jego decyzje), powoływanie ich na kadencję oraz wprowadzenie zamkniętej i obiektywnej listy przesłanek, które mogą uzasadniać odwołanie. Ważne są także: stopień wiedzy eksperckiej i doświadczenia osób pełniących funkcje kierownicze, autonomia budżetowa organu i wielkość budżetu oraz poziom wynagrodzeń³⁰. Kluczowe jest przy tym nie

tylko zapisanie niezależności w obowiązujących przepisach, ale również zagwarantowanie takich mechanizmów, aby móc osiągnąć ją w praktyce (niezależność funkcjonalna). Równocześnie nie oznacza ona zanegowania potrzeby istnienia mechanizmów rozliczalności organów ochrony konkurencji – są one konieczne (dotyczy to zarówno kontroli sądowej, jak i nadzoru parlamentarnego).

Kryzys demokracji konstytucyjnej opierającej się na rządach prawa oraz procesy gospodarcze zmierzające do centralizacji władzy politycznej, ale też gospodarczej osłabiają system ochrony konkurencji. Należy zatem wprowadzić takie zmiany, które z jednej strony uczyniłyby ten system bardziej odpornym na wpływ rządów populistów, a z drugiej pozwoliły mu lepiej oddziaływać na gospodarczo-społeczne przyczyny popularności populizmu.

Pierwsze zalecenie odnosi się zatem do opartego o kompetencje charakteru mianowania liderów organów ochrony, w szczególności szefów organów (w przypadku Polski – Prezesa UOKiK) oraz wiceszefów. Proces selekcji powinien być przejrzysty w odniesieniu do zasad, które go regulują, kryteriów, które muszą spełniać kandydaci, oraz przebiegu procedur selekcji (publiczne ogłoszenie rozpoczęcia procesu selekcji, dostęp do nazwisk kandydatów itp.) Od kandydatów należy wymagać znaczącej wiedzy specjalistycznej i doświadczenia związanego z prawem i polityką konkurencji (analizowanych i ocenianych w ramach procedury selekcji). W skład komisji rekrutacyjnej powinni wchodzić szanowani eksperci zewnętrzni. Należy także

28 Poniższe rozważania stanowią powtórzenie wniosków zaprezentowanych w mojej książce; zob. M. Bernatt, *Populism and Antitrust...*, dz. cyt., s. 228-239.

29 M. Bernatt, M. Sznajder, *Praworządność w prawie gospodarczym – o rozszerzeniu stosowania testu LM w wyroku Sądu w sprawie T-791/19, Sped-Pro przeciwko Komisji Europejskiej i płynących z tego konsekwencjach dla stosowania prawa konkurencji w Polsce*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 12, s. 4-10.

30 Tamże.

uregulować sposób wybierania tych ekspertów oraz uzgodnić listę czynników branych pod uwagę w procesie selekcji. Po drugie, prawo powinno określać jasne zasady zakazujące nieuzasadnionego odwołania szefa organu i członków organu decyzyjnego. Zwolnienia związane z rozstrzygnięciem spraw przez agencję powinny być zakazane. Niezależność organu wiązać też należy z doświadczeniem jego pracowników. Wydaje się bowiem, że pracownicy, znając dotychczasową praktykę stosowania prawa konkurencji i będąc przyzwyczajonymi do stosowania obowiązujących przepisów proceduralnych, mogą być mniej podatni na wpływ politycznego kontekstu danej sprawy. Należy zatem tworzyć zachęty do ich zatrudniania i zatrzymywania. Wreszcie – trzeba również chronić autonomię budżetową organów ochrony konkurencji.

Rozliczalność

Kolejny istotny obszar dotyczy reguł rozliczalności działań organów ochrony konkurencji. Rozliczalność można zapewnić przez stosowanie przejrzystych zasad regulujących działania organów ochrony konkurencji, kontrolę sądową, ich kompleksową sprawozdawczość oraz organizację wewnętrzną. Wpływa to pozytywnie na zdolność tych organów do reagowania na wyzwania społeczne i gospodarcze, w tym te, które umacniają popularność populizmu. Innymi słowy, organy

Należy zadbać o niezależność organów ochrony konkurencji. Muszą one podejmować decyzje, kierując się wyłącznie prawem i działając w jego granicach, będąc chronionymi przed zewnętrznymi naciskami zarówno ze strony polityków, jak i podmiotów prywatnych.

ochrony konkurencji, pozostając niezależne i eksperckie, nie powinny być izolowane od dynamiki gospodarczej i społecznej, na którą egzekwowanie prawa konkurencji ma stanowić odpowiedź. W tym względzie można przewidzieć kilka zaleceń.

Demokratyzacja postępowania

Populizm wynika m.in. z poczucia ludzi, że ich głos nie jest słyszany przez elity polityczne. Dlatego podczas procesu decyzyjnego w ramach organów ochrony konkurencji powinno się zapewniać przestrzeń do rozważenia i potencjalnego uwzględniania poglądów różnych interesariuszy. Nie oznacza to, że muszą oni posiadać formalny status strony postępowania i mieć dostęp do akt sprawy. Chodzi raczej o możliwość wyrażania swoich poglądów w sposób ogólny na temat kluczowych problemów związanych z funkcjonowaniem danego rynku. Prawo do komentowania powinno być przyznane w szczególności organizacjom pozarządowym (takim jak organizacje konsumenckie), instytutom badawczym, środowiskom akademickim i odpowiednim instytucjom państwowym (takim jak Rzecznik Praw Obywatelskich), ale też osobom, które uważa się za bezpośrednio dotknięte domniemaną praktyką lub zgłoszoną koncentracją. Innymi słowy, potrzebna jest demokratyzacja postępowań z zakresu ochrony konkurencji.

Po drugie, organy ochrony konkurencji powinny mieć możliwość ustalania priorytetów, tak aby prawo konkurencji stosowane było w tych obszarach gospodarek, w których praktyki ograniczające konkurencję mogą generować największe szkody dla największych grup konsumentów.

Po trzecie, istnieje potrzeba przejrzystych i publicznie dostępnych informacji na temat tego, jakie sprawy nie zostały wszczęte przez organ (pomimo otrzymania skargi lub przeprowadzenia wstępnego dochodzenia), tak aby opinia publiczna była informowana o tym, jakie działania nie zostały podjęte przez organ. Krótkie i zwięzłe uzasadnienie, dlaczego nie otwarto postępowania, powinno być również podawane do wiadomości publicznej. Takie zasady mogłyby rozwiązać, przynajmniej w pewnym stopniu, problemy związane z niedostatecznym egzekwowaniem prawa w odniesieniu do poszczególnych sektorów gospodarki lub kategorii przedsiębiorstw (np. spółek Skarbu Państwa).

Prawo konkurencji może odegrać pozytywną rolę w zakresie rozwiązywania niektórych problemów leżących u źródła sukcesu populizmu.

Po czwarte, w celu zapewnienia odpowiedniej równowagi między niezależnością organów ochrony konkurencji a ich rozliczalnością, okres pełnienia funkcji przez szefów organów ochrony konkurencji i członków organu decyzyjnego organów ochrony konkurencji powinien być ograniczony w czasie. Kadencja nie może być zbyt długa (prawdopodobnie nie dłuższa niż pięć lat i niepodlegająca automatycznemu odnowieniu); obejmująca maksymalnie dwie kadencje.

Zakres kompetencji

Ważne jest właściwe określenie zakresu kompetencji organów ochrony konkurencji. Mandat nie powinien być zbyt szeroki. Podczas

gdy połączenie w ramach tego samego organu ochrony konkurencji mandatów w zakresie ochrony konkurencji i konsumentów może być korzystne dla obu obszarów (o ile organizacja instytucjonalna tworzy synergii między nimi, a zasoby są wystarczające), to dodanie innych obszarów kompetencji jest problematyczne³¹.

Zasoby

Zasoby organów ochrony konkurencji muszą być wystarczające do właściwego wywiązywania się z powierzonych im zadań. Dla przykładu, niedofinansowany organ ma ograniczone możliwości przyciągania i kontynuacji zatrudnienia najbardziej utalentowanych osób. Innymi słowy, organy ochrony konkurencji muszą dysponować takimi środkami, które umożliwią im realizację ich misji. Wielkość budżetu powinna odpowiadać wielkości gospodarki. Co ważne, jego znaczną część należy przeznaczyć na egzekwowanie prawa konkurencji, co jest kluczowym obszarem misji organów ochrony konkurencji. Ponadto budżet musi pozwalać na zatrudnienie i utrzymanie personelu eksperckiego, w tym ekonomistów i ekspertów w tych sektorach gospodarki, w których najczęściej dochodzi do naruszeń prawa konkurencji. Organ powinien być również w stanie zapewnić sobie sprzęt techniczny umożliwiający skuteczne monitorowanie rynków i wykrywanie karteli. Budżety muszą również wystarczyć na zaangażowanie organów ochrony konkurencji w rzecznictwo (*advocacy*), zwłaszcza w odniesieniu do procesów legislacyjnych, które skutkować mogą ograniczeniem warunków konkurencji na rynku polskim.

³¹ Zob. szerzej: M. Bernatt, *Mandate of Competition Agency in Populist Times*, w: Eleanor M. Fox *Liber Amicorum, Antitrust Ambassador to the World*, „Concurrences” 2021, s. 391-402, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3971697> [dostęp online].

Cele prawa konkurencji i jego stosowanie

Jak wskazano wyżej, istnieją różne powody sukcesu wyborczego populistów. Choć stosowanie prawa konkurencji samo w sobie tych powodów nie rozwiąże, to może ono odegrać pozytywną rolę w tym zakresie. W tym względzie proponuję dwa możliwe podejścia³².

Pierwsze jest bardziej kontrowersyjne. Zakłada ono poszerzenie celów prawa konkurencji, tak aby działania organów ochrony konkurencji mogły promować inne interesy publiczne niż te związane wyłącznie z ochroną konkurencji. W niektórych krajach prawo konkurencji służy takim zadaniom, jak np. promowanie postępu i rozwoju gospodarczego, zwalczanie ubóstwa lub promowanie uczciwości, równości i sprawiedliwości. W państwach, w których prawo konkurencji jest zorientowane na jeden cel, rozszerzenie celów powinno być przeprowadzane ostrożnie i podlegać debacie publicznej. W ramach takiej debaty należy z wyprzedzeniem opracować ramy dotyczące tego, w jaki sposób organ powinien równoważyć różne cele w ramach stosowania prawa konkurencji. Jednym z zagrożeń, które należy wziąć pod uwagę, jest to, że szerokie ujęcie celów może stwarzać przestrzeń do nadużyć i być wykorzystywana przez populistyczne rządy, aby zmusić organ do poświęcenia konkurencji jako wartości wymagającej ochrony i skupienia się na innych wartościach przy podejmowaniu decyzji. Innymi słowy, poszerzenie celów prawa konkurencji powinno uwzględniać potrzebę stworzenia jasnych ram prawnych i zabezpieczeń przed nadużyciami. Rządy prawa muszą być zachowane.

Drugie proponowane podejście jest mniej kontrowersyjne. Polega ono na intensywnym egzekwowaniu prawa konkurencji w ramach jego jednorodnego celu związanego z zachowaniem konkurencji na rynku. Po pierwsze, wysokie bariery wejścia na rynek są szczególnie problematyczne, ponieważ ograniczają możliwości, jakie oferuje on przedsiębiorcom. Po drugie, priorytety egzekwowania prawa konkurencji powinny dotyczyć praktyk szkodzących szerszym grupom społecznym, w szczególności osobom żyjącym w relatywnym ubóstwie i przedstawicielom klasy średniej. Działania w zakresie egzekwowania prawa w sektorach, takich jak: rynek żywności, rynek usług użyteczności publicznej (elektryczność, woda, gaz, gospodarka odpadami, internet), rynek budowlany, rynek nieruchomości i kredytów hipotecznych, rynek farmaceutyczny i opieki zdrowotnej, edukacja oraz transport należy traktować priorytetowo. Wydaje się, że przedmiotem zainteresowania organów powinny być także eksploatacyjne praktyki nadużywania pozycji dominującej (np. zawyżone ceny leków); nie powinny koncentrować się one wyłącznie na zachowaniach wykluczających dominantów. Przedmiotem zainteresowania organów mogą być także zmywy przedsiębiorców ograniczające siłę przetargową pracowników w negocjowaniu wynagrodzeń z pracodawcami. Ważną rolę do odegrania ma również dobrze funkcjonujący system kontroli koncentracji: organy ochrony konkurencji powinny dołożyć wszelkich starań, aby zapewnić dogłębną kontrolę transakcji, które prowadzą do dalszej koncentracji na już skoncentrowanych rynkach oraz tych, które skutkują wysokimi barierami wejścia. Ponadto stosowanie prawa konkurencji powinno być neutralne – tak aby żaden przedsiębiorca nie był uprzywilejowany

32 M. Bernatt, *Populism and Antitrust...*, dz. cyt.

wyłącznie ze względu na swoją charakterystykę własnościową (prywatną lub państwową, krajową lub zagraniczną). Równocześnie wszelkie postępowania przez organy ochrony konkurencji należy poprzeć dowodami i prowadzić w granicach przewidzianych przez prawo, przy zagwarantowaniu sprawiedliwości proceduralnej, w tym sądowej kontroli decyzji organów ochrony konkurencji³³.

33 Zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, <https://ssrn.com/abstract=1982596> [dostęp online].

Wnioski

Prawo konkurencji to kluczowy bezpiecznik gospodarki rynkowej służący demokracji. Mając na uwadze polskie doświadczenia z ostatnich lat, postulować należy takie zmiany, które zwiększą efektywność jego egzekwowania i pozwolą na wywiązywanie się z jego kluczowej, społeczno-gospodarczej roli. Prawo konkurencji zasługuje na kompleksową debatę publiczną i szerokie zainteresowanie, a organy państwowe odpowiedzialne za jego stosowanie (UOKiK i sądy) – na hojne finansowanie. ■

O AUTORZE

Dr hab. Maciej Bernatt – profesor Uniwersytetu Warszawskiego, doktor habilitowany nauk prawnych (2018), doktor nauk prawnych (2011). Kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; Dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW (CARS); Redaktor Naczelny „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies”; Dyrektor ASCOLA Central Europe Chapter; wykładowca akademicki. Specjalizuje się w prawie konkurencji, prawie konstytucyjnym, postępowaniu administracyjnym i sądowej kontroli administracji, prawie UE oraz prawach człowieka. Jego badania naukowe dotyczą zagadnień związanych m.in. z praworządnością i stosowaniem reguł konkurencji w Europie Środkowej, UE i USA. Stypendysta Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej, Instytutu Maxa Plancka w Monachium, Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego dla wybitnych młodych naukowców, Polsko-Amerykańskiej Komisji Fulbrighta i Fundacji na rzecz Nauki Polskiej. Pracował w Sądzie Najwyższym (2017), Trybunale Konstytucyjnym (2010-2016) oraz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (2006-2010). Jego najnowsza książka *Populism and Antitrust. The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law System* została opublikowana w 2022 r. przez Cambridge University Press.

Partnerzy



SAMORZĄD
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO



GDAŃSK

Pomorski Fundusz Rozwoju
sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku



Spółka Samorządu
Województwa Pomorskiego



POLSKO-AMERYKAŃSKA
FUNDACJA WOLNOŚCI

maritex®
ELECTRONIC COMPONENTS

Partnerzy numeru

100 | BGK
1924 - 2024
POLSKI BANK
ROZWOJU

PFR
Polski Fundusz Rozwoju

fortum



Polska
Strefa Inwestycji



POMORSKA
SPECJALNA STREFA
EKONOMICZNA