

Agata Jurkowska-Gomułka*

Rekomendacje Europejskiej Sieci Konkurencji z grudnia 2013 r. – ku lepszemu jakości europejskiej polityki konkurencji?

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Rekomendacje dotyczące kontroli i żądania informacji
- III. Rekomendacje dotyczące gromadzenia dowodów
- IV. Rekomendacje dotyczące współpracy przy kontroli
- V. Rekomendacje dotyczące środków tymczasowych
- VI. Rekomendacje dotyczące decyzji zobowiązujących
- VII. Rekomendacje dotyczące środków strukturalnych
- VIII. Rekomendacje dotyczące ustalania priorytetów działalności organów ochrony konkurencji
- IX. Uwagi końcowe

Streszczenie

W grudniu 2013 r. Europejska Sieć Konkurencji przyjęła pakiet siedmiu rekomendacji dotyczących wybranych kompetencji krajowych organów ochrony konkurencji odnoszących się do prowadzenia postępowania antymonopolowego i wydawania decyzji antymonopolowych. Obok prezentacji treści poszczególnych dokumentów rekomendacyjnych autorka przedstawia ogólną charakterystykę rekomendacji jako narzędzi polityki konkurencji oraz ocenę rekomendacji z perspektywy ich wpływu na jakość europejskiej polityki konkurencji.

Słowa kluczowe: ECN; Europejska Sieć Konkurencji; kompetencje decyzyjne; kompetencje dochodzeniowe; rekomendacje

I. Uwagi wstępne

Powołanie Europejskiej Sieci Konkurencji (*European Competition Network*, dalej: ECN) przewidywała już preambuła do rozporządzenia 1/2003¹ – motyw 15 stanowi, że „Komisja i organy ochrony konkurencji w Państwach Członkowskich powinny wspólnie stworzyć sieć organów władzy publicznej stosujących w ścisłej współpracy wspólnotowe reguły konkurencji (...)”. Podstawą dla

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Wyższej Szkole Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; *of counsel* w Kancelarii Modzelewska&Pańnik w Warszawie; e-mail: agathajur@o2.pl.

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE 2003 L 1/1).

funkcjonowania ECN stał się wydany w 2004 r. komunikat Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji².

W ciągu dekady obowiązywania reżimu egzekwowania unijnych reguł konkurencji, ustanowionego rozporządzeniem 1/2003 ECN stało się „wielostronnym forum wymiany doświadczeń dotyczących stosowania materialnych reguł konkurencji, jak również konwergencji przepisów proceduralnych i sankcji”³. Komunikat Komisji opublikowany w związku z dziesiątą rocznicą obowiązywania rozporządzenia 1/2003 oraz towarzyszące mu dokumenty robocze w wielu miejscach podkreślają rolę ECN w zapewnieniu zbieżności krajowych przepisów proceduralnych służących stosowaniu art. 101 i art. 102 TFUE przez organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich UE. Europejskiej Sieci Konkurencji przypisuje się rolę „katalizatora w promowaniu większej konwergencji” tych przepisów⁴. Lektura przywołanych dokumentów Komisji wywołuje wręcz wrażenie, że stosowanie reguł przyjętych w rozporządzeniu 1/2003 jest w gruncie rzeczy uzależnione od aktywności ECN. Skoro rola ECN we wdrażaniu unijnego prawa konkurencji jest tak mocno akcentowana przez Komisję, uzasadnione wydaje się bliższe spojrzenie na przyjmowane przez ECN rekomendacje dotyczące polityki konkurencji prowadzonej przez państwa członkowskie UE. Niewątpliwie najbardziej znaną, jak dotąd, rekomendacją przyjętą przez ECN jest Modelowy Program Leniency, opracowany w 2006 r., a następnie zrewidowany w 2012 r.⁵. Pozostałe siedem dokumentów, wydanych w grudniu 2013 r., tworzy pakiet rekomendacji poświęconych kompetencjom dochodzeniowo-decyzyjnym krajowych organów ochrony konkurencji – te właśnie rekomendacje zostaną omówione w dalszej części niniejszego artykułu.

Warto nadmienić, że obok rekomendacji ECN w dotychczasowej działalności przyjęła także cztery rezolucje. Wszystkie one służyły wyrażeniu przez ECN *ad hoc* stanowiska odnoszącego się do działań podejmowanych przez instytucje UE, a mających wpływ na politykę konkurencji. Dwie rezolucje dotyczyły zagadnień z zakresu Wspólnej Polityki Rolnej⁶, jedna – roli krajowych organów ochrony konkurencji⁷, natomiast jedna z rezolucji była reakcją na wyrok TS UE w sprawie *Pfleiderer*⁸ i odnosiła się do problematyki dostępu do dokumentów powiązanych z leniency w ramach prywatnego trybu egzekwowania reguł konkurencji⁹.

Dokonana poniżej prezentacja poszczególnych rekomendacji nie ma charakteru wyczerpującego, koncentruje się ona na konkretnych wskazówkach kierowanych przez ECN pod adresem krajowych systemów ochrony konkurencji. Każdy z dokumentów podzielony jest na dwie zasadnicze części: wprowadzenie (*introduction*) zawierające uzasadnienie rekomendacji oraz zestaw – mniej lub bardziej szczegółowych – zaleceń (*ECN recommendation*). Pierwsza ze wskazanych części

² Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (OJ 2004 C 101, p. 43–53). Komunikat nie został opublikowany w języku polskim.

³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives {SWD(2014) 230}_{SWD(2014) 231}(dalej: Komunikat Komisji).

⁴ Pkt 31 Komunikatu Komisji.

⁵ ECN Model Leniency Programme (w wersji zrewidowanej w 2012 r. dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf).

⁶ Resolution of the Heads of the European Competition Authorities 21 December 2012 – The Reform of the Common Agricultural Policy. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf; Resolution of the Meeting of Heads of the European competition authorities of 17 November 2010 – The recommendation of the High Level Group on Milk aimed at improving the bargaining power of dairy farms. Pobrano z: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/milk.pdf>.

⁷ Resolution of the Meeting of Heads of the European competition authorities of 16 November 2010 - Competition authorities in the European Union – the continued need for effective institutions. Pobrano z: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/ncas.pdf>.

⁸ Wyrok Trybunału z dnia 14 czerwca 2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt* (Zb. Orz. 2011, s. I-05161).

⁹ Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 – Protection of leniency material in the context of civil damages actions> Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf.

wyjaśnia z reguły znaczenie i rolę instytucji bądź czynności stanowiącej przedmiot rekomendacji dla egzekwowania unijnych reguł konkurencji, jak również ogólnikowo omawia problematykę rozbieżności regulacji określonej sfery w różnych porządkach prawnych (rekomendacje nie omawiają jednak przepisów obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich UE; nawet wskazując przykłady rozwiązań krajowych, rekomendacje nie podają, z jakiej jurysdykcji zaczerpnięty został przykład¹⁰). Identyfikując zalety poszczególnych instytucji lub czynności, których dotyczą rekomendacje, ECN nie wychodzi poza powszechnie znane i ugruntowane informacje i argumenty, takie jak choćby fakt, że decyzje zobowiązujące (*commitment decisions*) sprzyjają szybkości i skuteczności postępowań antymonopolowych¹¹.

II. Rekomendacje dotyczące kontroli i żądania informacji

Celem najobszerniejszej rekomendacji zatytułowanej *ECN Recommendation on Investigative Powers, Enforcement Measures and Sanctions in the Context of Inspections and Requests for Information*¹² jest ustanowienie minimalnego standardu co do kompetencji organów ochrony konkurencji, instytucji prawnych będących w ich dyspozycji, jak również sankcji stosowanych w celu skutecznego prowadzenia kontroli/przeszukań i pozyskiwania informacji przez organy antymonopolowe. Choć we wszystkich krajowych systemach ochrony konkurencji organy mogą korzystać z tych instrumentów w prowadzonych postępowaniach, to jednak ich kompetencje są ukształtowane w zróżnicowany sposób. Rozbieżności mogą dotyczyć m.in. klasyfikacji nieruchomości i ruchomości podlegających przeszukaniu/kontroli czy konieczności uzyskania zgody sądu na przeszukanie/kontrolę. Jak podkreśla się w rekomendacjach, konwergencja reguł dotyczących kontroli/przeszukań jest istotna choćby ze względu na potencjalną współpracę organów w prowadzeniu kontroli przewidzianą w art. 22 rozporządzenia 1/2003 (por. pkt 10 rekomendacji) – w tym celu ECN rekomenduje możliwość asystowania w kontroli przedstawiciela tego organu ochrony konkurencji, w imieniu którego kontrola jest dokonywana przez organ innego państwa członkowskiego UE (por. pkt 13, 21g i 35f rekomendacji).

ECN opowiada się za możliwością kontroli wszystkich (a więc także prywatnych) nieruchomości lub ruchomości, jeśli czynności te pozwolą na uzyskanie dowodów istotnych dla prowadzonego postępowania (por. pkt 3 i pkt 35 rekomendacji). Szczegółowe rekomendacje dotyczące kontroli nieruchomości i ruchomości biznesowych oraz prywatnych są w zasadzie identyczne, choć w dokumencie omówione odrębnie.

W odniesieniu do kontroli ECN rekomenduje ustanowienie w krajowych porządkach prawnych takich reguł, które będą przewidywać możliwość m.in.: (1) prowadzenia kontroli zarówno w odniesieniu do indywidualnych przedsiębiorstw, jak i ich związków, przy czym kontroli powinny być poddawane nie tylko przedsiębiorstwa uczestniczące w postępowaniu, ale także te, które stroną postępowania nie są (por. pkt 6, 10, 20 i 35a rekomendacji); (2) korzystania z asysty policji lub innego organu o podobnych kompetencjach, który będzie w stanie zapobiec utrudnianiu lub sprzeciwianiu się kontroli (por. pkt 17 i 22 rekomendacji); (3) badania i przeglądania ksiąg związanych

¹⁰ Szczegółowe informacje na temat rozwiązań przyjmowanych w różnych państwach członkowskich UE znajdują się w przygotowanych w ramach ECN, datowanych na 31 października 2012 r., raportach: *Investigative Powers Report*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf oraz *Decision-Making Powers Report*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

¹¹ Por. pkt I.2 rekomendacji, o których mowa w pkt. VI niniejszego artykułu.

¹² Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_powers_to_investigate_enforcement_measures_sanctions_09122013_en.pdf.

z prowadzeniem działalności gospodarczej, bez względu na ich postać i formę przechowywania (por. pkt 21b i 35b rekomendacji); (4) możliwość zbierania wszelkich dowodów, w tym w formie cyfrowej (*digital evidence*) i wykorzystujących metody kryminalistyczne (*forensic evidence*) (por. pkt 21d i 35d rekomendacji); (5) stosowania sankcji w przypadku odmowy lub utrudniania kontroli, np. poprzez naruszenie pieczęci (por. pkt 23 i 37 rekomendacji). W odniesieniu do kontroli nieruchomości i ruchomości biznesowych przepisy powinny przewidywać możliwość opieczetowania pomieszczeń i ksiąg na okres całej kontroli, zwłaszcza gdy trwa on dłużej niż jeden dzień (por. pkt 21e rekomendacji).

Minimalny standard kompetencji w zakresie żądania informacji obejmuje: prawo do żądania informacji na każdym etapie postępowania; nałożenie na adresatów obowiązku udzielenia informacji; możliwość żądania informacji od każdego przedsiębiorstwa, nawet jeśli nie jest stroną postępowania antymonopolowego; prawo do udzielenia informacji na piśmie lub ustnie (por. pkt 46a–46d rekomendacji).

Rekomendacja podkreśla konieczność przestrzegania zasad ogólnych UE i praw podstawowych, zawartych zarówno w Karcie Praw Podstawowych, jak i w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (por. pkt 4 rekomendacji) – w dokumencie kilkakrotnie zastrzega się zwłaszcza konieczność przestrzegania wolności od samooskarżenia (por. m.in. pkt 21f, 25, 39 i 49 rekomendacji). Niestety, zalecenia nie są na tyle szczegółowe, aby wyjaśnić, w jaki sposób ustawodawca krajowy może pogodzić tę wolność z zasadą obligatoryjnego udzielania informacji na żądanie organu ochrony konkurencji, choć nie ma wątpliwości, że i w odniesieniu do żądania informacji ECN wydaje się opowiadać za respektowaniem tej wolności.

III. Rekomendacje dotyczące gromadzenia dowodów

Rekomendacje dotyczące gromadzenia dowodów (*ECN Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, Including by Forensic Means*¹³) odnoszą się jedynie do dowodów w postaci zapisów cyfrowych, w tym także dowodów pozyskiwanych z wykorzystaniem technik kryminalistycznych. Kategoria „dowodów cyfrowych” według rekomendacji ECN jest bardzo szeroka – obejmuje nie tylko zapisy cyfrowe jako takie (np. zdjęcia, dokumenty), lecz także np. metadane (np. ścieżki dostępu) czy nośniki treści cyfrowych (por. pkt 2 rekomendacji). Europejska Sieć Konkurencji przyznaje, że we wszystkich państwach członkowskich krajowe organy ochrony konkurencji mogą gromadzić dowody w postaci cyfrowej, jednak zakres kompetencji w tym zakresie różni się między poszczególnymi porządkami prawnymi (jako przykład ECN wskazuje brak możliwości pozyskiwania informacji (treści) przechowywanych w telefonach komórkowych – por. pkt 4 rekomendacji). Wśród problemów związanych z gromadzeniem dowodów cyfrowych rekomendacje wymieniają choćby praktykę przechowywania danych w tzw. chmurach wykorzystujących serwery zlokalizowane poza terytorium państwa, którego organ podejmuje czynności służące zbieraniu dowodów (por. pkt 5 rekomendacji).

Europejska Sieć Konkurencji rekomenduje takie ukształtowanie prawodawstwa i praktyki, które pozwoli organom ochrony konkurencji na gromadzenie dowodów w postaci cyfrowej, dowody takie mają być pozyskiwane przede wszystkim w toku kontroli/przeszukań (por. pkt II.1. rekomendacji). Organy ochrony konkurencji muszą mieć dostęp do informacji znajdujących się

¹³ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf

w posiadaniu przedsiębiorstw/osób podlegających kontroli, pozyskiwane informacje muszą dotyczyć działalności, w związku z którą prowadzone jest postępowanie (por. pkt II.2. rekomendacji). Organy muszą mieć możliwość pozyskiwania dowodów cyfrowych nie tylko w czasie rzeczywistym kontroli, ale także w ramach tzw. procedury kontynuowanej kontroli (*continued inspection procedure*), gdy nośniki cyfrowe badane są już poza kontrolowanym/przeszukiwanym obiektem, głównie w siedzibie organu (por. pkt II.3 rekomendacji). Konieczne jest zapewnienie organom odpowiedniego zaplecza technicznego, w tym wyszkolonego personelu (por. pkt II.4 rekomendacji). Niezbędne jest również zobowiązanie przedsiębiorców do zapewnienia wsparcia technicznego w ramach gromadzenia dowodów cyfrowych, w tym wykonywania czynności przez administratora na żądanie organu (por. pkt II.5 rekomendacji).

Europejska Sieć Konkurencji podkreśla także potrzebę przestrzegania zasad ogólnych UE (w tym przypadku przede wszystkim zasady proporcjonalności, prawa do obrony oraz pewności prawa), reguł prawa międzynarodowego, a także praw podstawowych wynikających z Karty Praw Podstawowych UE i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Za szczególnie istotne w kontekście gromadzenia dowodów cyfrowych ECN uznaje poszanowanie tzw. *legal professional privilege* oraz ochronę danych osobowych (por. pkt 6 rekomendacji).

IV. Rekomendacje dotyczące współpracy przy kontroli

Art. 22 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 przewiduje możliwość przeprowadzenia na obszarze jurysdykcji organu ochrony konkurencji kontroli lub innych środków dowodowych „w imieniu i na potrzeby” organu ochrony konkurencji w innym państwie członkowskim. Naturalnie celem czynności organu jest zbadanie potencjalnego naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Czynności te przeprowadzane są w zakresie i na zasadach przewidzianych w prawie krajowym.

Trzecia z rekomendacji ECN (*ECN Recommendation on Assistance in Inspections Conducted under Article 22(1) of Regulation (EC) no 1/2003*¹⁴) odnosi się do zasad współpracy organów ochrony konkurencji w sytuacji przewidzianej w art. 22 ust. 1 rozporządzenia 1/2003. Przepis ten określany jest zresztą w rekomendacjach jako „kamień węgielny” ECN (por. pkt 2 rekomendacji). Zasadnicze problemy, jakie ECN rozstrzyga poprzez rekomendacje, związane są z uczestnictwem (statusem, zakresem kompetencji) w kontroli (lub innych czynnościach) przedstawiciela organu ochrony konkurencji wnioskującego o przeprowadzenie kontroli przez organ w innym państwie członkowskim. Formułowane przez ECN rekomendacje są bardzo proste: przedstawiciel organu wnioskującego o kontrolę (bądź osoba upoważniona przez ten organ) powinien być dopuszczony do udziału i uczestnictwa w czynnościach wykonywanych przez organ w innym państwie członkowskim (organ wspierający) (por. pkt II.1). Jednocześnie przedstawiciel organu wnioskującego powinien – w możliwie najszerszym zakresie (rekomendacje nie precyzują jednak: w jakim?) – być wyposażony w kompetencje równoważne do tych, jakie przysługują przedstawicielowi organu wykonującego kontrolę (por. pkt II.2 rekomendacji).

V. Rekomendacje dotyczące środków tymczasowych

Art. 5 rozporządzenia 1/2003 upoważnia krajowe organy ochrony konkurencji do stosowania środków tymczasowych w toku postępowań antymonopolowych prowadzonych w związku

¹⁴ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_art_22_09122013_en.pdf.

z naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE. Kolejny dokument rekomendacyjny (*ECN Recommendation on the Power to Adopt Interim Measures*¹⁵) poświęcony jest (miękkiej) harmonizacji zasad stosowania takich środków przez organy antymonopolowe w państwach członkowskich UE. Statystyki pokazują, że środki tymczasowe były w najszerszym zakresie wykorzystane w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej, szczególnie w przypadku praktyki odmowy dostaw. W drugiej kolejności środki tymczasowe stosowano w postępowaniach dotyczących ograniczeń pionowych (por. pkt I.3 rekomendacji).

Europejska Sieć Konkurencji rekomenduje, aby w każdym krajowym systemie prawnym znalazły się przepisy wskazujące wprost możliwość zastosowania środków tymczasowych (por. pkt II.1 rekomendacji). Nakładanie na przedsiębiorstwa takich środków powinno być ograniczone jedynie do sytuacji, gdy spełnione są kumulatywnie dwie przesłanki: istnieje ryzyko wystąpienia poważnej i nieodwracalnej szkody, a prawdopodobieństwo stwierdzenia naruszenia jest wysokie (por. pkt II.2 rekomendacji). Środki tymczasowe muszą być proporcjonalne, muszą spełniać funkcję ochronną, a ich zastosowanie powinno być ograniczone w czasie (por. pkt II.3 rekomendacji). Decyzja nakładająca środki tymczasowe powinna być odnawialna, ale nie może być ważna dłużej niż do momentu zamknięcia postępowania lub do momentu wydania decyzji merytorycznej w danej sprawie, chyba że decyzja taka zostaje uchylona przez organ wyższej instancji (lub – jak się wydaje – również sąd) (por. pkt II.4 rekomendacji). Organy ochrony konkurencji powinny dysponować narzędziami do monitorowania wykonania decyzji nakładających środki tymczasowe (por. pkt II.7 rekomendacji). Wśród takich narzędzi rekomendacje wymieniają m.in. obowiązek raportowania przez adresatów decyzji czy korzystanie z kuratora (*trustees*) (por. pkt 10 rekomendacji). Niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie decyzji powinno skutkować nałożeniem sankcji. W dyspozycji organów muszą znajdować się także narzędzia niezbędne do nakłonienia adresatów do wykonania decyzji, takie jak okresowe kary pieniężne (por. pkt I.8 i II.8 rekomendacji). Wśród rekomendacji znalazły się także wyjątkowo mało konkretne wskazówki: procedura związana z nakładaniem środków tymczasowych musi być efektywna (por. pkt II.5 rekomendacji), a także „dostatecznie elastyczna”, aby pozwolić organom skutecznie zajmować się sprawami zawisłymi przed więcej niż jedną instytucją (por. pkt II.6 rekomendacji). Jak wynika z uzasadnienia rekomendacji, pożądaną elastyczność można osiągnąć poprzez przyjęcie odpowiednich reguł co do tego czy środki tymczasowe są nakładane wyłącznie z urzędu, czy też mogą o nie wnioskować podmioty mające w tym określony interes (por. pkt I.9 rekomendacji).

Rekomendacje wprost wskazują na konieczność zapewnienia w przypadku zastosowania środków tymczasowych prawa do obrony, w tym zwłaszcza prawa do skutecznej kontroli sądowej zgodnie z art. 47 Karty Praw Podstawowych i art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (por. pkt 5 rekomendacji).

VI. Rekomendacje dotyczące decyzji zobowiązujących

Art. 5 rozporządzenia 1/2003 w katalogu decyzji, jakie mogą być wydawane przez krajowe organy ochrony konkurencji w związku z naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE wymienia m.in. decyzję zobowiązującą. Temu typowi decyzji, coraz częściej stosowanemu zarówno przez Komisję, jak i przez organy krajowe (także w postępowaniach prowadzonych wyłącznie na podstawie

¹⁵ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_interim_measures_09122013_en.pdf.

prawa krajowego), ECN poświęciła jedną z rekomendacji wydanych w grudniu 2013 r. (*ECN Recommendation on Commitment Procedures*¹⁶).

Europejska Sieć Konkurencji zaleca, aby w systemach prawnych wszystkich państw członkowskich UE wprost przewidziana była możliwość wydawania decyzji zobowiązujących, które w swej treści nie przesądzają o istnieniu naruszenia, ale stwierdzają, że nie ma dalszych podstaw do interwencji organu ochrony konkurencji (por. pkt II.1 rekomendacji). Choć istotą decyzji zobowiązujących pozostaje okoliczność, że to same przedsiębiorstwa proponują obowiązki do wykonania, to do uznania organu ochrony konkurencji należy pozostawić czy zobowiązania przedstawione przez przedsiębiorstwa zostaną zaakceptowane, czy też postępowanie (na każdy etapie) będzie kontynuowane w celu wydania decyzji stwierdzającej naruszenie (por. pkt II.2 rekomendacji). Przedsiębiorstwom należy zapewnić zresztą „dostateczną możliwość” (*sufficient opportunity*) do współpracy z organem prowadzącym postępowanie (por. pkt II.4 rekomendacji). Uczestnicy rynku powinni mieć możliwość wypowiedzenia się co do adekwatności zobowiązań do problemów, z jakimi boryka się zagrożona konkurencja (por. pkt I.15 i II.5 rekomendacji).

Zobowiązania nakładane na przedsiębiorstwa powinny być proporcjonalne. Naruszeniem zasady proporcjonalności byłoby porównanie zobowiązań zaproponowanych przez przedsiębiorstwo z sankcjami, jakie mogłyby zostać nałożone przez organ w decyzji stwierdzającej antykonkurencyjną praktykę (por. pkt II.6 rekomendacji).

Przepisy proceduralne dotyczące przyjmowania decyzji zobowiązujących powinny być efektywne – ECN upatruje ich skuteczności w możliwości dostosowania zobowiązań do (zmieniającej się) sytuacji na rynku, jak również w wystąpieniu korzyści wynikających z ekonomii procesowej (por. pkt II.3 rekomendacji). Podobnie jak w przypadku środków tymczasowych, tak i w przypadku decyzji zobowiązujących organy ochrony konkurencji muszą dysponować narzędziami do monitorowania wykonania decyzji (por. pkt II.7 rekomendacji), przy czym narzędzia te mogą być analogiczne do stosowanych w celu kontrolowania wykonania decyzji nakładających środki tymczasowe (por. pkt I.21 rekomendacji). Konieczne jest także wyposażenie organów ochrony konkurencji w możliwość nakładania sankcji za niewykonanie decyzji, w tym sankcji przymuszających do wykonania decyzji (por. pkt I.23 i II.8 rekomendacji). Ponadto, regulacje krajowe muszą przewidywać możliwość powtórnego otwarcia postępowania, jeśli decyzja zobowiązująca dotknięta była istotnym błędem (np. bazowała na nieprawdziwych informacjach) lub gdy przedsiębiorstwo nie wykonuje nałożonych obowiązków (por. pkt I.22 i II.9 rekomendacji).

Istotne wskazówki co do charakteru zobowiązań znalazły się również w części wprowadzającej rekomendacji, gdzie ECN wskazuje m.in., że realizacja zobowiązań nie może być uzależniona od osób trzecich (pkt I.18 rekomendacji), może natomiast być ograniczona w czasie, przy czym długość okresu dla wykonania zobowiązania musi uwzględniać specyfikę rynku (pkt I.19 rekomendacji). Europejska Sieć Konkurencji nie sformułowała natomiast zalecenia wskazującego na zakres spraw (naruszeń), w jakich mogą być wydawane decyzje zobowiązujące, choć w niektórych porządkach prawnych wykluczone jest stosowanie decyzji tego rodzaju w przypadkach najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (por. pkt I.7 rekomendacji). Lista rekomendacji nie obejmuje także zalecenia dotyczącego charakteru zobowiązań (behawioralne, strukturalne),

¹⁶ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_commitments_09122013_en.pdf.

choć sama ECN przyznaje, że te pierwsze są wykorzystywane w praktyce znacznie częściej (por. pkt I.16 rekomendacji).

VII. Rekomendacje dotyczące środków strukturalnych

Ostatnia z rekomendacji odnoszących się do kompetencji decyzyjnych krajowych organów ochrony konkurencji poświęcona jest nakładaniu na przedsiębiorstwa strukturalnych środków zaradczych (*ECN Recommendation on the Power to Impose Structural Remedies*¹⁷). Uprawnienie do nakładania środków zaradczych postrzegane jest w rekomendacji jako element składowy fundamentalnej kompetencji organów ochrony konkurencji do zakazania antykonkurencyjnego zachowania (pkt I.1 rekomendacji).

Środki strukturalne definiowane są jako wszystkie te środki, które są niezbędne dla zobowiązania przedsiębiorstwa do rozdzielenia prowadzonej działalności, majątku bądź własności intelektualnej między inne podmioty, do sprzedaży aktywów, podziału przedsiębiorstwa, pozbycia się udziałów w przedsiębiorstwie bądź przeniesienia praw własności przemysłowej bądź innych praw (por. pkt I.2 rekomendacji). Według ECN środki strukturalne mają na celu przywrócenie konkurencji, nie mają one na celu karania przedsiębiorstw.

Kompetencje w zakresie nakładania środków strukturalnych są, jak się wydaje, tym obszarem, w którym różnice między poszczególnymi krajowymi porządkami prawnymi są najdalej idące, począwszy od tych państw, w których stosowanie środków strukturalnych jest możliwe, po państwa, gdzie w ogóle nie przewiduje się możliwości korzystania ze środków zaradczych¹⁸ (por. pkt I.5-6 rekomendacji). Rola rekomendacji w takim obszarze wydaje się zatem szczególnie istotna, jako że poziom „uwspólnienia” (czy choćby „harmonizacji”) rozwiązań krajowych jest w tej dziedzinie stosunkowo niski.

W odniesieniu do środków strukturalnych rekomendacje ECN nie zakładają konieczności wprowadzenia regulacji dotyczącej środków zaradczych. Europejska Sieć Konkurencji stoi jedynie na stanowisku, że krajowe organy ochrony konkurencji powinny mieć kompetencje do nakładania środków strukturalnych, jeśli jest to konieczne do zakończenia naruszenia, a tym samym do przywrócenia konkurencji na rynku, przy czym środki te powinny być stosowane zgodnie z zasadą proporcjonalności i skuteczności (por. pkt II.1 rekomendacji). Organy powinny być wyposażone w narzędzia do egzekwowania nałożonych środków i monitorowania ich wykonania, jednym z rozwiązań pozostaje korzystanie z kuratorów (*trustees*) (por. pkt II.2 rekomendacji). Wreszcie, organy muszą dysponować sankcjami i środkami przymusu stosowanymi w przypadku niewykonania (niewykonywania) decyzji (pot. pkt II.3 rekomendacji).

VIII. Rekomendacje dotyczące ustalania priorytetów działalności organów ochrony konkurencji

W pakiecie przyjętych w grudniu 2013 r. rekomendacji, których tematyka oscyluje wokół kompetencji związanych z prowadzeniem postępowań i wydawaniem decyzji, jeden z dokumentów

¹⁷ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/structural_remedies_09122013_en.pdf.

¹⁸ Krajem takim jest jeszcze nadal Polska. Sytuacja zmieni się wraz z wejściem w życie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik) dokonanej ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. poz. 945). Por. art. 10 ust. 5 znowelizowanej uokik.

(*ECN Recommendation on the Power to Set Priorities*¹⁹) wyróżnia się tym, że dotyczy kompetencji organów na etapie predecyzyjnym, a nawet kompetencje realizowane przed wszczęciem postępowania. Potrzeba wydania rekomendacji odnoszących się do ustalania priorytetów w działalności organów ochrony konkurencji podyktowana jest ograniczonymi zasobami (organizacyjnymi, ludzkimi, finansowymi), jakimi dysponują organy powołane do ochrony konkurencji (w tym zwalczania antykonkurencyjnych praktyk). „Ustalanie priorytetów” w rozumieniu rekomendacji ECN oznacza zarówno definiowanie długo-, średnio- i krótkookresowych planów strategicznych, obejmujących alokację posiadanych zasobów, jak i przyznawanie różnego stopnia ważności („pierwszeństwa”) indywidualnym sprawom w ramach wykonywania przez organ jego kompetencji (por. pkt I.2 rekomendacji).

Europejska Sieć Konkurencji postuluje, aby krajowe organy ochrony konkurencji były uprawnione do wyznaczania priorytetów dla swojej działalności, w tym do decydowania o tym, jakie kryteria konstytuują owe kluczowe cele (por. pkt II.1 rekomendacji). Nadawanie priorytetu – tak na poziomie celów (planów) strategicznych, jak i na poziomie indywidualnych spraw – może odbywać się z wykorzystaniem różnorodnych kryteriów, takich jak m.in. interes publiczny, dobrobyt konsumentów, korzyści dla rynku (por. pkt I.3 rekomendacji). Europejska Sieć Konkurencji podkreśla, że wyznaczanie priorytetów możliwe jest zarówno tam, gdzie organ ochrony konkurencji działa z urzędu oraz tam, gdzie organy są związane wnioskami o wszczęcie postępowania pochodzącymi od osób trzecich – w tym ostatnim przypadku realizacja priorytetów w znacznej mierze polega na odrzucaniu wniosków niemieszczących się w priorytetach polityki konkurencji (por. pkt I.5 i II.2 rekomendacji). Zaleca się, aby zamykanie postępowania i odrzucanie wniosków o wszczęcie postępowań w sprawach niemieszczących się w priorytetach krajowego organu ochrony konkurencji mogło być dokonywane przez organ w sposób maksymalizujący wyniki działań, np. dzięki korzystaniu ze środków nieformalnych (por. pkt II.3 rekomendacji). Jeśli prawo krajowe przewiduje kontrolę sądową rozstrzygnięcia organu odrzucającego wniosek o wszczęcie postępowania, ECN zaleca, aby była ona wykonywana w taki sposób, aby ochronić uprawnienia organu do ustalania i realizowania priorytetów swojej działalności (por. pkt II.4 rekomendacji). Rekomendacja nie zawiera jednak – koniecznego moim zdaniem zastrzeżenia – że w toku kontroli sądowej należałoby weryfikować nadmierną arbitralność organu w wyznaczaniu i realizacji priorytetów swojej działalności.

Według ECN organy ochrony konkurencji powinny mieć swobodę co do tego czy będą ujawniać publicznie przyjęte priorytety polityki konkurencji, kryteria leżące u ich podstaw, a nawet decyzje wydane w oparciu o przyjęte priorytety. Wskazane zalecenie wynika z chęci zapewnienia maksymalnej skuteczności działań organów ochrony konkurencji (por. pkt II.5 rekomendacji). Rekomendacja ta może budzić uzasadniony sprzeciw z punktu widzenia wymogu przejrzystości działalności władz publicznych (*nota bene* rekomendacja poświęcona ustalaniu priorytetów działalności organów jest jedyną, w której ECN nie podkreśla potrzeby poszanowania zasad ogólnych UE i praw podstawowych).

Tytuł omówionej rekomendacji mógłby sugerować, że tym razem ECN dotknęła także materialnych aspektów prawa ochrony konkurencji. W rzeczywistości jednak również ta rekomendacja, jak wszystkie pozostałe tworzące „pakiet grudniowy” odnosi się do proceduralnego aspektu

¹⁹ Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_priority_09122013_en.pdf.

ustanawiania i realizacji priorytetów prawa ochrony konkurencji. Poza zakresem zainteresowania ECN pozostała m.in. kwestia wzajemnej zależności priorytetów egzekwowania krajowych i unijnych reguł konkurencji

IX. Uwagi końcowe

Rekomendacje identyfikują najistotniejsze – z punktu widzenia efektywności wdrażania prawa UE – rozbieżności między krajowymi porządkami prawnymi i formułują zalecenia mające służyć „harmonizacji” tak rozwiązań prawnych, jak i praktyki krajowej. Odbiorcami rekomendacji są przede wszystkim krajowi ustawodawcy, w węższym zakresie – same organy ochrony konkurencji.

Pozytywnie należy ocenić sam fakt przyjęcia rekomendacji, który moim zdaniem świadczy o dynamice działalności ECN. Na uwagę zasługuje jednak to, że na przyjęcie omówionego pakietu rekomendacji ECN zdecydowała się dopiero w dziewiątym roku swojej działalności – może to świadczyć z jednej strony o rozwadze tego forum współpracy międzyinstytucjonalnej, z drugiej zaś – o tym, że mamy do czynienia z „organizacją” (choć nie w sensie instytucjonalnym) okrzepłą, świadomą swojej roli.

Rekomendacje w wielu miejscach rozczarowują brakiem konkretów czy uszczegółowienia zaleceń – dotyczy to przede wszystkim wskazówek, aby regulacje krajowe czy określone instytucje były efektywne. Takie ogólnikowe zalecenia wydają się osłabiać wymowę i rzeczywiste oddziaływanie rekomendacji, choćby dlatego, że niemożliwa staje się ewaluacja realizacji takich wytycznych. Niekonkretny charakter części rekomendacji przekreśla również szanse na to, aby rekomendacje stały się „proteżami” nieistniejących (póki co) regulacji harmonizujących na poziomie unijnym procedurę antymonopolową. Sama Komisja przyznała co prawda, że rekomendacje są bardzo użyteczne w praktyce, ale jeśli rozbieżności proceduralne mają swoje źródła w krajowych reżimach i tradycjach prawnych, to konwergencja przepisów proceduralnych nie może być osiągnięta za pomocą takich miękkich narzędzi²⁰.

Odpowiadając na pytanie postawione w tytule artykułu, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że rekomendacje ECN przyjmują – co oczywiste – perspektywę krajowych organów ochrony konkurencji, co sprawia, że priorytetowym założeniem wielu rekomendacji jest ułatwienie współpracy między organami z różnych państw członkowskich UE. Jedynie marginalnie rekomendacje próbują uwzględniać inne cele czy wartości, takie jak np. pewność prawa dla przedsiębiorców, które – w moim przekonaniu – również konstytuują elementy jakości polityki konkurencji. Nie odmawiając rekomendacjom ECN pewnego praktycznego znaczenia, stwierdzam jednak, że nie mogą one prowadzić ku znaczącej poprawie jakości polityki konkurencji.

²⁰ Por. pkt 33 Komunikatu Komisji.