

Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym: perspektywa dr. hab. Cezarego Banasińskiego.

Laudacja wygłoszona przez prof. WSliZ,
dr hab. Agatę Jurkowską-Gomułkę
z okazji wręczenia Nagrody CARS 2016,
Warszawa, 7 czerwca 2016 r.

Z pewną ulgą przyjąłam wiadomość, że Kapituła Nagrody CARS po zapoznaniu się z wynikami głosowania autorów, którzy dedykowali swoje prace prawu i ekonomii ochrony konkurencji, cykliczną nagrodę Sowy dla najlepszej książki z obszaru ochrony konkurencji przyznała publikacji *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym* autorstwa Cezarego Banasińskiego (Wolters Kluwer, Warszawa 2015). Przyjąłam tę informację z ulgą, ponieważ laureacki obowiązek wygłoszenia laudacji dla książki, która nie wzbudziła mojego szczególnego zainteresowania lub – co gorsza, książki, której nie udało mi się skończyć (a nawet zacząć) – byłby prawdziwą katorgą... Tymczasem trafiła mi się książka, którą pochwalić jest niewyobrażalnie łatwo.

Dyskrecjonalne stosowanie prawa antymonopolowego to jest coś, czego każdy prawnik, niezależnie czy parający się nauką prawą, czy praktyką, jednocześnie – w zależności od okoliczności – nienawidzi i pożąda. Uznaniowości w orzekaniu organów stosujących prawo konkurencji nie lubimy, bo naraża nas na ryzyko nieprzewidywalności rozwiązań, nie pozwala na bezrefleksyjne stosowanie wypracowanych kiedyś standardów. A co najgorsze – uznaniowości skazuje nas, prawników-antytrustowców, na niekończącą się udrękę lektury każdej, dosłownie każdej decyzji Prezesa UOKiK i każdego orzeczenia sądowego wydanego wskutek odwołania od decyzji, a następnie orzeczeń przyjętych w dalszym toku kontroli instancyjnej. Wszystkie te niedogodności nie eliminują jednak tego pragnienia, ale i nadziei, że właśnie dzięki tej, w innych okolicznościach znienawidzonej, uznaniowości, nastąpi jakaś dobra zmiana, sprawa z pozoru beznadziejna okaże się sprawą rokującą, a zmieniony kierunek praktyki decyzyjnej czy orzecznictwa pozwoli na opracowanie nowej publikacji, wartej co najmniej kilkunastu punktów w którymś z czasopism listy B, a nawet listy A.

Dziwnym wydaje się, że w piśmiennictwie prawa ochrony konkurencji, do czasu opublikowania książki prof. Banasińskiego, w zasadzie nikt tego tematu kompleksowo nie podjął... A trzeba dodać, że doktryna prawa ochrony konkurencji obfituje wręcz w znamienitych naukowców, z których gros zgromadzonych jest dzisiaj w tej sali. W słowie odautorskim w swojej książce prof. Banasiński słusznie zauważył, że problem luzów normatywnych prawa antymonopolowego, będący przecież specyfiką tej dziedziny, znajdował się na marginesie rozważnia doktryny. Dalej, cytując Autora: „Tymczasem tradycyjne poglądy na prawo, nierozzerwalnie związane z pozytywizmem prawniczym, oparte na koncepcji stosowania prawa jako sylogizmu prawniczego pozostają całkowicie nieprzydatne w kontekście prawa antymonopolowego. Prawo antymonopolowe tworzy podsta-

wy do wyjątkowo szerokiego dyskrecjonalnego działania organu administracji, umożliwiając mu znaczną swobodę rozstrzygnięć podejmowanych na gruncie norm tego prawa” (s. 11).

Moje prywatne wyjaśnienie tego, dlaczego tak mało uznaniowości było w dotychczasowym piśmiennictwie brzmi następująco: nikt nie miał wystarczająco dużo odwagi. Bo z całą pewnością zmierzenie się z problematyką uznaniowości wymaga odwagi. Wymaga też ogromnej wiedzy i odrobiny szaleństwa... Te elementy pozwoliłyby wielu z nas stworzyć książkę dobrą. Aby jednak stworzyć książkę bardzo dobrą, potrzeba było czegoś więcej: absolutnej, organicznej znajomości mechanizmów funkcjonowania organu ochrony konkurencji. Książka poświęcona dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym, przygotowana przez naukowca, który przez sześć lat pełnił funkcję Prezesa UOKiK, a następnie „przeszedł na drugą stronę mocy” i zajął się praktyką, ma niepodważalnie unikatową wartość. Spośród wielu naukowców, którzy mogli zająć się tematyką dyskrecjonalności, w pierwszej kolejności powinien był zająć się nią ktoś, kto był kreatorem polityki antymonopolowej. Profesor Cezary Banasiński podjął to wyzwanie i za to, w imieniu środowiska antytrustowców, bardzo Panu dziękuję.

Na potrzeby swoich rozważań Autor przyjął szerokie rozumienie dyskrecjonalności, podkreślając, że pojęcie to „nie ma jednoznacznie sprecyzowanych granic treściowych” (s. 11). Dyskrecjonalność zdaniem Autora należy „pojmować szeroko jako – wynikające z zamierzonego przez ustawodawcę luzu normatywnego – wszelkie formy swobody orzeczniczej organu stosującego prawo w jej aspekcie decyzyjnym, jak i interpretacyjnym w odniesieniu do norm prawnych zawierających klauzule generalne, inne zwroty niedookreślone i zwroty szacunkowe” (s. 11). Szerokie rozumienie pojęcia dyskrecjonalności rozciąga się także zdaniem Autora na swobodną ocenę dowodów przez organ antymonopolowy. Należy dodać, że teoretycznemu ujęciu dyskrecjonalności prof. Banasiński poświęca cały podrozdział w rozdziale I (6. Dyskrecjonalność w prawie), w którym analizuje najpierw dorobek orzecznictwa konstytucyjnego w odniesieniu do problematyki dyskrecjonalności, a następnie poglądy i koncepcje doktryny na uznanie administracyjne i inne przejawy dyskrecjonalności administracji. Analizy te prowadzą do wniosku, że „dyskrecjonalność jest szeroko rozumianą swobodą decyzyjną dotyczącą wszystkich elementów składowych (czynności i rozumowań) decyzyjnego procesu stosowania prawa” (s. 118). W takim ujęciu uznanie administracyjne jest „terminem pojęciowo węższym, mieszcząc się całkowicie w pojęciu dyskrecjonalności działania administracji, będąc wyłącznie jednym z rodzajów dyskrecjonalności” (s. 118–119).

Zdefiniowana w ten sposób dyskrecjonalność znajduje swoje przełożenie na strukturę prezentacji problematyki. Rozdział II książki poświęcony jest kompetencjom organu antymonopolowego konkretyzującym metaklauzulom generalnym z art. 1 uokik, rozdział III – normatywnym otwartym definicjom rynku właściwego i pozycji dominującej, wreszcie rozdział VI dedykowany jest luzom normatywnym wykorzystującym „zwroty szacunkowe”, czyli stosowaniu kar w administracyjnym procesie antymonopolowym. Rozdział IV i rozdział V obejmują analizy wymiaru i zakresu dyskrecjonalności na gruncie dwóch obszarów stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w odniesieniu do konkurencji): praktyk ograniczających konkurencję i kontroli koncentracji.

Analizy odnoszące się do dyskrecjonalności stosowania prawa przez organ antymonopolowy osadzone są w szerszym kontekście konstytucyjnej problematyki konkurencji i jej ochrony, którym poświęcona jest znaczna część rozdziału I. Ten fragment publikacji postrzegam jako, niemniej

ważny niż rozważania „właściwe” (tj. poświęcone dyskrecjonalności rozważania), wkład Autora w rozwój doktryny prawa antymonopolowego, ale i niebagatelny głos dla doktryny administracyjnego prawa gospodarczego. W tej części pracy prof. C. Banasiński „rozprawia” się choćby z często stawianym pytaniem: „czy normy prawa antymonopolowego stanowią formę ograniczenia wolności gospodarczej, czy też jako normy porządkujące rynek, których funkcją jest zachowanie niezakłóconego mechanizmu konkurencji umożliwiającego swobodne konkurowanie przedsiębiorców, są jedną z form wzmocnienia wolności gospodarczej” (s. 43). Autor uznaje to pytanie za „mało płodne metodologicznie, nie prowadzące do żadnych konstruktywnych wniosków” (s. 43), słusznie podkreślając przy tym, że „relacje między prawem pozytywnym a wolnością nie mają charakteru jednokierunkowego; prawo ogranicza wolność, zarazem ją chroniąc. (...) Współcześnie wartością samą w sobie nie jest wolność od prawa, lecz poszukiwanie takiej jej formuły, za którą stoi egzystencjonalna treść wolności gospodarczej, odpowiedzialność za korzystanie z niej, a także kulturowe i aksjologiczne podstawy, na których jest wykonywana i z których wyrasta” (s. 44). Rozważania nad konstytucyjnym wymiarem ochrony konkurencji realizowanym poprzez rozwiązywanie konfliktu między interesem ogólnym (publicznym) a prawami jednostkowymi (podstawowymi) stanowią w książce wprowadzenie do rozważań nad aksjologicznymi granicami interpretacji szczegółowych przesłanek stosowania konkretnych przepisów prawa antymonopolowego. Zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów klauzule generalne Autor postrzega jako „szczególnego rodzaju system klauzul o różnorodnych treściowo odesłaniach pozasystemowych” oraz o różnych funkcjach w odniesieniu do ich roli w rekonstrukcji normy prawnej (s. 121). W systemie tym klauzulom, zawartym w art. 1 uokik (klauzula interesu publicznego, ochrony konkurencji i eksterytorialnego skutku jako przesłanki stosowania ustawy antymonopolowej), prof. Banasiński przypisuje charakter (rolę) metaklauzul. Spośród wielu ciekawych spostrzeżeń i wniosków chciałabym przywołać choćby pogląd, że „powiązanie pojęcia interesu publicznego z art. 1 uokik z celami usatwodawstwa antymonopolowego jest warunkiem koniecznym konkretyzacji tego pojęcia, ale niewystarczającym. Ocenę stanu konkurencji należy bowiem odnosić do konkretnego rynku właściwego, którego analiza umożliwia stwierdzenie, czy charakteryzuje się on dostatecznym poziomem skutecznej konkurencji” (s. 131–132). W konsekwencji Autor wskazuje na konieczność weryfikacji treści interesu publicznego na dwóch poziomach: „z punktu widzenia ustawy antymonopolowej oraz jej zasadniczego narzędzia ochrony konkurencji, jakim jest rynek właściwy” (s. 135). Wniosek ten w moim przekonaniu istotnie uzupełnia dotychczasowy dorobek orzecznicy i doktrynalny w zakresie definiowania przesłanki interesu publicznego. Poszukiwanie optymalnego rozumienia metaklauzul zawartych w art. 1 jest o tyle istotne, że – posługując się słowami Autora – „art. 1 wręcz zakłada dyskrecjonalność organu antymonopolowego w podejmowaniu działań przeciwdziałających antykonkurencyjnym praktykom rynkowym przedsiębiorców i ich koncentracjom” (s. 184).

Analizując, składające się na dyskrecjonalność prawa antymonopolowego, otwarte pojęcia rynku właściwego i pozycji dominującej, prof. Banasiński odnotowuje, że w sytuacjach ustalania przez organ ochrony konkurencji siły rynkowej przedsiębiorcy mamy do czynienia niejako z podwójną dyskrecjonalnością: najpierw konieczne jest wyznaczenie rynku właściwego, a dopiero w odniesieniu do tegoż – zbadanie pozycji rynkowej, przy czym zarówno ustawowa definicja rynku właściwego, jak i definicja pozycji dominującej oparte są na kryteriach niedookreślonych,

niepełnych, a w konsekwencji powodujących konieczność poddawania ich każdorazowo indywidualnej interpretacji (s. 255). Autor zauważa przy tym, że korzystanie w ocenach antymonopolowych z kryteriów pozaprawnych, nie oznacza rezygnacji z kryteriów wewnątrzprawnych, za które uznaje zasadę prawdy obiektywnej wyrażoną w art. 7 KPA (s. 256–257).

W rozdziale IV książki *Dyskrecjonalność w orzekaniu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję* prof. Banasiński zawarł swoje rozważania dotyczące granic interpretacji organu antymonopolowego w odniesieniu do stypizowanych w ustawie kategorii i typów antykonkurencyjnych praktyk. Na uwagę zasługuje zastosowany przez Autora zabieg polegający na blokowym omówieniu poszczególnych typów praktyk, bez podziałów np. na dyskryminację w drodze porozumienia przedsiębiorców i dyskryminację przez dominanta rynkowego. Ten rozdział książki charakteryzuje się też wyjątkowo atrakcyjnymi dla czytelnika, a jednocześnie lapidarnie ujmującymi *clue* problemu, tytułami podrozdziałów, takimi jak: *Nieuczciwe ceny – kategoria intuicyjna czy w pełni mierzalna* (s. 263–285), *Praktyki kontyngentowe – w poszukiwaniu skutecznych kryteriów oceny antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców* (s. 285–295) czy *Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji – konkretyzacja klauzuli generalnej poprzez klauzulę generalną?* (s. 313–316). Zasadniczym polem dla uznania administracyjnego w działalności orzeczniczej organu antymonopolowego pozostają jednak, według Autora, przepisy odnoszące się do wydawania decyzji zobowiązujących (art. 12), przepisy dotyczące nakładania na przedsiębiorców środków zaradczych (art. 10) i środków tymczasowych (art. 89), przepisy poświęcone dobrowolnemu poddaniu się karze (art. 89a), a także regulacje dotyczące nadawania decyzjom antymonopolowym rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 90) (s. 361). Ocena sposobu korzystania z dyskrecjonalności w odniesieniu do praktyk ograniczających konkurencję wydaje się być dość krytyczna, Autor mówi wręcz o „zanegowaniu dyskrecjonalności działania w jej pozytywnej funkcji elastycznego reagowania na niedające się przewidzieć i tym samym ustawowo skatalogować zachowania przedsiębiorców” (s. 363).

Wiele uwag dotyczących dyskrecjonalności w stosowaniu zakazów praktyk ograniczających konkurencję daje się odnieść również do swobody decyzyjnej organu antymonopolowego w obszarze kontroli koncentracji. Autor podkreśla, że organ ochrony konkurencji został wyposażony w daleko idący luz interpretacyjny w odniesieniu do kryteriów oceny zgłoszonego zamiaru koncentracji (s. 420). Dyskrecjonalności działania organu poddana jest także ocena testu bilansującego ochrony konkurencji i innych wartości uzasadniających wyłączenie spod zakazu koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 uokik (s. 421).

Zapewne wielu z nas ze szczególnie dużym zainteresowaniem przeczytało rozdział poświęcony dyskrecjonalności Prezesa UOKiK w zakresie nakładania kar. Orzecznictwo w ostatnich latach pokazało nam wszak, że w tym wymiarze dyskrecjonalność działań Prezesa UOKiK podlega największej krytyce.

Całość rozważań służy ocenie czy w prawie antymonopolowym istnieje szczególny rodzaj dyskrecjonalności (podobny do tzw. uznania regulacyjnego), typowy tylko dla tej dziedziny prawa. Autor przekonująco dowodzi, że mimo wszystko nie ma podstaw do tworzenia takiej konstrukcji doktrynalnej, nawet jeśli prawo antymonopolowe ma swoją specyfikę. „W prawie antymonopolowym (...) zarówno uznanie administracyjne, jak i inne dyskrecjonalne postacie działania organu administracji kształtujące jego luz decyzyjny nie odbiegają od 'klasycznego'

ich rozumienia, co oczywiście nie wyklucza ich specyfiki, stosownie do regulowanej materii prawnej” (s. 478).

Inne pytanie, jakie stawia Autor dotyczy zakresu, w jakim przyznany luz decyzyjny kształtuje instytucję nadzoru nad rynkiem organu antymonopolowego (s. 119). Zdaniem Autora „dyskrecjonalność działania organu antymonopolowego ma istotny skutek dla normatywnego kształtu nadzoru nad rynkiem. Opierając ten nadzór na znacznych luzach normatywnych, ustawa antymonopolowa tworzy w istocie decyzyjny model nadzoru nad rynkiem” (s. 565). Podsumowanie rozważań stanowi wniosek, z którym – jak miemam – zgodzi się większość z nas: „dyskrecjonalność organu antymonopolowego zakłada istnienie pewnego poziomu 'etycznej wrażliwości' jako koniecznego kryterium wielostronnej oceny rzeczywistości rynkowej, stwarzającej gwarancje sprawiedliwego stosowania prawa (...)” (s. 565).

Dla porządku należy dodać, że wszelkie rozważania i analizy są mocno zakotwiczone w doktrynie prawa administracyjnego, co czyni książkę autorstwa prof. Banasińskiego uniwersalną i wykraczającą poza wyłącznie obszar prawa antymonopolowego. Wnioski formułowane w odniesieniu do dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym mogą, jeśli nie bezpośrednio być stosowane, to stać się punktem odniesienia dla podobnych analiz dotyczących innych obszarów prawa.

Jako że jest to książka, do której będziemy wszyscy sięgać po wielokroć w poszukiwaniu nie tyle gotowych rozwiązań, ile czegoś znacznie ważniejszego – inspiracji, rozważam wystąpienie do Kapituły Nagrody CARS z wnioskiem o zainicjowanie przetworzenia nagrodzonej książki na audiobooka, co pozwoli na korzystanie z nagrodzonej książki zawsze i wszędzie.

dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSiIZ
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania