

Raz, dwa, trzy, niezależny będziesz ty... O konieczności szerszego spojrzenia na niezależność polskiego organu antymonopolowego w świetle dyrektywy ECN+

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Pojęcie, granice i składowe „niezależności”
 1. Pojęcie „niezależności”
 2. Bezstronność
 3. Rozliczanie i transparentność
- III. Niezależność w kontekście funkcji organu
- IV. Niezależność w prawie UE
 1. Stan prawny przed przyjęciem dyrektywy ECN+
 2. Niezależność i rozliczanie w świetle dyrektywy ECN+
- V. Implementacja w Polsce
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł jest próbą analizy problematyki zapewnienia niezależności organów ochrony konkurencji w związku z przyjęciem dyrektywy 2019/1. Analizuje: niezależność w kontekście funkcji organu, składowe i granice samego pojęcia (rozliczalność i transparentność) oraz w jaki sposób dyrektywa 2019/1 i dotychczas podejmowane próby jej implementacji w Polsce (jeszcze na etapie projektu) realizują postulaty wysuwane przez naukę. Autorka wskazuje, że kształtowanie niezależności organu ochrony konkurencji nie może być dokonywane w oderwaniu do celów i funkcji realizowanych przez ten organ, a w szczególności musi uwzględniać kontekst zapewnienia skuteczności działania organu i ochrony praw proceduralnych przedsiębiorców, których działania organu dotyczą. Implementacja dyrektywy 2019/1 w Polsce powinna zostać poprzedzona pogłębioną dyskusją na temat umiejscowienia UOKiK w kontekście tych zasad.

Słowa kluczowe: ochrona konkurencji; UOKiK; niezależność; rozliczalność; prawa przedsiębiorców; dyrektywa 2019/1; dyrektywa ECN+; ECN.

JEL: K210, L490

* Assistant Professor, School of Law, Uniwersytet w Utrechcie; radca prawny. Artykuł jest podsumowaniem pewnego etapu badań autorki. Standardowe zastrzeżenia mają zastosowanie. Szczególne podziękowania dla recenzenta za wnikliwe, merytoryczne i konstruktywne uwagi. Za wszelkie komentarze bardzo dziękuję i proszę o przesyłanie ich na adres: mk@malgorzatakozak.pl.

I. Wstęp

Jednym z założeń niedawno przyjętej dyrektywy 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skutecznego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego¹ (dalej: dyrektywa 2019/1 lub dyrektywa ECN+) jest zapewnienie krajowym organom ochrony konkurencji „niezbędnych gwarancji niezależności, zasobów [oraz] uprawnień w zakresie stosowania prawa i nakładania kar”². Z preambuły dyrektywy 2019/1 wynika, że te gwarancje i uprawnienia są warunkiem skutecznego stosowania prawa ochrony konkurencji Unii Europejskiej, czyli zdecentralizowanego stosowania art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Dzięki takim gwarancjom krajowe organy ochrony konkurencji zyskują skuteczne narzędzia pozwalające znajdować dowody naruszenia art. 101 i 102 TFUE, mogą nakładać kary na przedsiębiorców łamiących prawo, a także mają zapewnione odpowiednie zasoby ludzkie i finansowe oraz niezależność operacyjną. Niezależność zapobiega też uzależnieniu wyniku prowadzonych postępowań od miejsca prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę. Zupełnie na marginesie należy wskazać, że w stosunku do samej Komisji Europejskiej pojawiają się wątpliwości odnośnie do stopnia jej niezależności i legitymizacji prowadzonych działań, co przejawia się np. w wydawaniu aktów typu *soft-law*, których moc wiążąca jest kwestionowana (Cseres i Outhuijse, 2017, s. 97). Jednakże obecne zjawiska gospodarczo-polityczne, takie jak: rosnąca siła rynkowa przedsiębiorstw, w szczególności związanych z gospodarką cyfrową; naciski ustawodawcze na organy ochrony konkurencji, np. na Węgrzech (Bernatt, 2019); rosnący populizm polityczny (Bernatt, 2019a) charakteryzujący się bezpośrednim i doraźnym podporządkowaniem organów administracji celom politycznym czy zagrożenia dla praworządności wskazują, że organy ochrony konkurencji powinny być tak umocowane, aby mogły realizować swoje cele niezależnie od działań różnych grup interesu.

Na potrzeby analizy posługiwać się będę pojęciami „organu ochrony konkurencji”, jak również „organu regulacyjnego”. Pierwsze z pojęć odnosi się do organu stosującego prawo konkurencji, a więc norm adresowanych do przedsiębiorców, które mają na celu ochronę mechanizmu wolnej konkurencji (Szydło, 2010) i zapewnienie dobrobytu konsumentów³, niezależnie od rynku, na którym przedsiębiorcy działają. W tym kontekście drugie z pojęć odnosi się do organów przeciwdziałających nadużywaniu przez przedsiębiorców ich znaczącej siły rynkowej na rynkach regulowanych, w celu ochrony zarówno konkurencji, jak i odbiorców usług świadczonych przed tych przedsiębiorców (por. Piszcz, 2014, s. 104; odnośnie do regulacji sektorowej: Szydło, 2010; Stankiewicz, 2012, s. 156; Skoczny, 2004, s. 6; Hoff, 2004, s. 128), a więc obejmować będzie również sektory niekoniecznie związane z dostępem do sieci czy innej infrastruktury, takie jak np. sektor farmaceutyczny czy finansowy⁴. Wymóg niezależności stawiany przez prawo Unii Europejskiej wobec krajowych organów regulacyjnych nie jest niczym nowym choćby w takich obszarach, jak energetyka⁵ czy

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skutecznego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (OJ L 11, z 14.01.2019 r., s. 3–33).

² Par. 5 preambuły, dyrektywa 2019/1.

³ Bez wdawania się w dyskusję odnośnie do zakresu działalności organów ochrony konkurencji. Tematyka pozostaje poza zakresem tej pracy.

⁴ Np. stosowanie pojęcia „regulatora” na rynku finansowym, <https://academic.oup.com/rof/article/21/4/1445/2670110>, czasem podkreślana jest różnica między nadzorem a regulatorem: <https://econpapers.repec.org/paper/fmgfmgsp/sp149.htm>.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz.Urz. L 211, z 14.8.2009 r., s. 55–93) oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz.Urz. L 211, z 14.08.2009 r., s. 94–136).

telekomunikacja⁶. Regulator dysponuje wiedzą specjalistyczną pomagającą ocenić zachowania przedsiębiorców w tych sektorach oraz uzasadniającą interwencje w relacje między przedsiębiorcami. Niezależność rozumiana jest jako „oddzielenie działalności regulacyjnej od operatorskiej lub jako niezależność od bieżącej polityki rządu”. Dodatkowo na państwa członkowskie nałożono m.in. obowiązki obiektywizmu i bezstronności oraz oddzielenia zadań regulacyjnych poprzez powierzenie ich wyodrębnionym prawnie i funkcjonalnie organom, pozostającym niezależnymi od przedsiębiorstw działających na tych obszarach (Dudzik i Kawka, 2014, s. 525–526).

Niezależność – ograniczona przez rozliczalność – jest jedną z zasad wpływających na efektywność działania organu (Bernatt, 2016; Lachnit, 2016, s. 65). Ta z kolei musi być wyważona zapewnieniem poszanowania praw przedsiębiorców w toku samego postępowania. Niewątpliwie nie jest możliwe analizowanie zakresu jednej z tych zasad bez uwzględnienia kontekstu, w jakim występują. M. Bernatt i M. Martyniszyn zwracają uwagę, że wąskie, formalne rozumienie niezależności ogranicza się do aspektów organizacyjnych z nią związanych, szersze zaś obejmuje również aspekty funkcjonalne (Martyniszyn i Bernatt, 2019). Przeprowadzona analiza innych aspektów działania niezależności potwierdza tę tezę.

Artykuł dotyczy problematyki niezależności organu ochrony konkurencji jako podmiotu, którego dotyczy dyrektywa ECN+ i który zgodnie z rozporządzeniem 1/2003⁷ jest uprawniony do stosowania art. 101 i 102 TFEU.

W polskiej literaturze prawniczej nie ukazała się dotąd wnikliwa analiza problematyki niezależności organu ochrony konkurencji w jej szerszym kontekście, a więc uwzględniającym również rozliczalność (poniżej) oraz aspekty funkcjonalne. Dotychczasowe analizy skupiają się na aspektach formalnych. Najbardziej aktualna jest ta przedstawiona przez M. Błachuckiego, który odnosi się również do „rewersu niezależności”, jakim jest „rozliczalność” (*accountability*) (Błachucki, 2019). Zarówno niezależność, jak i rozliczalność – jako cechy warunkujące właściwe funkcjonowanie organów – są za to przedmiotem rozważań literatury poza Polską. Niezależność organów jest również przedmiotem analizy w innych regulowanych obszarach, np. w odniesieniu do krajowych organów regulacyjnych w sektorze energetycznym⁸ czy obszarze ochrony danych osobowych⁹. Wreszcie wskazać należy, że w dyskursie samego prawa administracyjnego pojawiają się postulaty modelu *responsywnej* administracji, wśród której cech wyróżnić można m.in.: zachowanie neutralności i apolityczności, posiadanie własnej wewnętrznej wartości, a więc formalnych (najczęściej) celów czy merytoryczny charakter procesu rekrutacji (Princ, 2017). G. Materna, analizując projekt dyrektywy i wynikające z niego zmiany polskiego prawa, wskazuje na „konieczność przywrócenia kadencyjności Prezesa UOKiK i wprowadzenie zamkniętego katalogu okoliczności uzasadniających jego odwołanie”. Jednocześnie utrzymuje, że mimo istniejących uregulowań w szczególności przepisów o służbie cywilnej, brakuje „rzeczywistych gwarancji, że przedstawiciele organu nie będą podatni na realizację instrukcji od rządu lub innych podmiotów publicznych” (Materna, 2018). Wskazuje w polskim kontekście na kluczowe znaczenie wymogu zapewnienia organom ochrony

⁶ Art. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 88/301/EWG z 16.05.1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz.Urz. WE L 131, s. 73).

⁷ 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. L 1, z 4.01.2003 r., s. 1–25).

⁸ Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of Energy. Pozyskano z: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5f886d6-917d-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en>.

⁹ Por. np. wyr. TSUE z 16.10.2012 r., *Komisja v. Austria*, sprawa C-614/10.

konkurencji zasobów niezbędnych do zwiększenia efektywności. Jednym z proponowanych rozwiązań jest wzmocnienie aktywności orzeczniczego delegatur UOKiK w odniesieniu do ochrony konkurencji. M. Król-Bogomilska w kontekście niezależności postulowała wprowadzenie transparentnej procedury konkursowej oraz kadencyjność piastuna organu (Król-Bogomilska, 2009). Również S. Dudzik i. Kawka wskazują, że Prezes UOKiK nie korzysta z gwarancji niezależności i nie można określić go mianem niezależnego organu regulacyjnego z uwagi na brak kadencji, na którą jest powoływany oraz fakt, że może zostać odwołany w każdym momencie (Dudzik i Kawka, 2014). W. Kozik wskazuje – nie tylko w odniesieniu do Prezesa UOKiK – że poza zasadami powoływania piastuna organu (wysokie wymagania kwalifikacyjne, konkursowy tryb powoływania, powołanie na okres kadencji, regulacje ograniczające możliwość odwoływania w trakcie kadencji) konieczne jest usytuowanie organu w sferze administrowania bez uwarunkowań politycznych czy ekonomicznych, co oznacza: apartyjność wobec centralnych organów administracji rządowej, nadanie piastunowi organu jednoznacznego statusu urzędniczego w drodze ujęcia tej grupy stanowisk w korpusie służby cywilnej, precyzyjne określenie zasad, przesłanek i kryteriów prawnej odpowiedzialności z tytułu zajmowanego stanowiska, ustalenie jednoznacznego i ujednoliconego systemu oceniania funkcjonowania centralnych organów administracji rządowej, w szczególności katalogu kryteriów oceny i ich treści (Kozik, 2013).

Artykuł jest próbą analizy problematyki niezależności w szerszym kontekście (i odpowiadającej jej rozliczalności) w odniesieniu do dyrektywy 2019/1 i jej implementacji do polskiego porządku prawnego. Poza jego zakresem pozostaje kwestia zakresu odpowiedzialności organu w toku procesu odwoławczego przed sądami oraz kwestia niezależności organu ochrony konkurencji w kontekście transnarodowym. W pierwszej kolejności przedstawię pojęcie „niezależności” z uwzględnieniem pojęć wpływających na jego granice, następnie przeanalizuję niezależność w kontekście funkcji organu i zasad wpływających na jego skuteczność, a więc bezstronności i rozliczalności. W kolejnym kroku omówię krótko umocowanie niezależności w prawie UE, a następnie stan prawny przed przyjęciem dyrektywy ECN+ i propozycje w niej przedstawione. Wreszcie przedstawię propozycje odnośnie do implementacji dyrektywy 2019/1, które dotychczas ukazały się w Polsce.

II. Pojęcie, granice i składowe „niezależności”

Wskazać należy, że w języku polskim brakuje również siatki pojęciowej obejmującej polskie odpowiedniki *independence*, którą można tłumaczyć jako niezależność czy niezawisłość oraz *accountability*, która bywa tłumaczona jako rozliczalność, odpowiedzialność lub weryfikowalność. Przyjęte tłumaczenie określenia *transparency* jako transparentność też nie jest wolne od wad, jednak jest już powszechnie używane. Niewątpliwie jest to sygnał, że pojęcia te powinny być szerzej analizowane w polskiej literaturze naukowej. Dla celów analizy będę używała terminów „niezależność” i „rozliczalność”, choć w moim odczuciu ten ostatni kładzie nadmierny nacisk na finansowy aspekt *accountability*.

1. Pojęcie „niezależności”

Niezależność oznacza swobodę działania bez nacisków zewnętrznych. W odniesieniu do organów ochrony konkurencji naciski te mogą pochodzić ze strony organów wykonawczych, legislacyjnych lub wręcz polityków, ze strony podmiotów rynkowych lub na płaszczyźnie

ponadnarodowej. Niezależność organów ochrony konkurencji nie jest również rozpatrywana w kategoriach art. 267 TFUE, ponieważ nie ma ona charakteru absolutnego, stąd często zastępowana jest przez pojęcia „autonomii” lub „współniezależności” (Ottow i Lavrijssen, 2012).

Jest wiele aspektów politycznej niezależności, m.in. prawny, instytucjonalny czy funkcjonalny. Ten ostatni odnosi się do stopnia niezależności w stanowieniu i wdrażaniu własnej polityki bez ingerencji ze strony innych władz. Zdaniem M. Scholten (2011), jest on warunkiem rzeczywistej niezależności.

M. Błachucki (2019) wymienia cztery wymiary niezależności: organizacyjny, orzecznicy, finansowy oraz kadrowy. Autorzy raportu *Ocena niezależności i skuteczności krajowych organów regulacyjnych w sektorze energetycznym* wskazują na następujące płaszczyzny analizy niezależności: w odniesieniu do polityki i rynku, w wymiarze finansowym i kadrowym oraz w zakresie wypełniania podstawowych funkcji przez krajowy organ regulacyjny¹⁰. Zgodnie z rekomendacjami OECD¹¹ można wyróżnić następujące kryteria, w świetle których można dokonać analizy działania organów regulacyjnych. Są to zasady dobrej regulacji i obejmują: przejrzystość ról, zapobieganie nieuzasadnionemu wpływowi i utrzymywanie zaufania, struktury decyzyjne i zarządcze dla niezależnych agencji, odpowiedzialność i przejrzystość, zaangażowanie, finansowanie i ocena wyników.

A. Ottow jako składowe niezależności wyróżnia bezstronność, uczciwość oraz niezależność *de iure* i *de facto*. Niezależność organu regulacyjnego wymaga obiektywności, bezstronności, rzetelności, wiedzy fachowej i profesjonalizmu. Dzięki nim regulator jest niezależny i może wykonywać swoje zadania skutecznie i wydajnie. Zasada ta nakłada się zatem w pewnym stopniu na zasadę skuteczności, a także na zasady profesjonalizmu i wiedzy fachowej, które również przyczyniają się do skuteczności organu (Ottow, 2015). Oczywiście zastrzec należy, że nie istnieje jeden model pasujący do wszystkich organów ochrony konkurencji, jednakże A. Ottow wskazuje, że niezależne organy mają pewne wspólne cechy. Powołuje się tu na badania Ch. Hanretty'ego i Ch. Koopa, z których „pojawia się obraz autonomicznie działającej organizacji, która ma jednak dość silne powiązania z rządem w wyniku politycznych nominacji i nominacji, obowiązków sprawozdawczych wobec polityków oraz politycznych instrukcji i zapytań” (Ottow, 2015; Hanretty i Koop, 2009).

Jak już wskazano wyżej, rewersem niezależności jest rozliczalność, którą najprościej można zdefiniować jako właściwość systemu pozwalającą przypisać określone działanie w systemie do osoby fizycznej lub procesu oraz umiejscowić je w czasie¹². Niewątpliwie dyskusja towarzysząca implementacji dyrektywy ECN+ powinna również obejmować sposoby zapewnienia równowagi między niezależnością a rozliczalnością. Jednakże, jak zostanie wskazane poniżej, zarówno dyrektywa ECN+, jak i dotychczasowa jej implementacja do polskiego porządku prawnego pomijają zupełnie ten aspekt systemowego umiejscowienia organów ochrony konkurencji.

Poniżej przeanalizuję krótko trzy pojęcia, które w największym stopniu kształtują granice niezależności organu, a mianowicie „bezstronność”, „rozliczalność” i „transparentność”.

¹⁰ Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy. Pozyskano z: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5f886d6-917d-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en>, s. 107.

¹¹ <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/governance-of-regulators.htm>.

¹² Por. § 3, pkt 5, Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 kwietnia 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków organizacyjnych i technicznych, które powinien spełniać system teleinformatyczny służący do identyfikacji użytkowników (Dz.U. 2011 Nr 93, poz. 545).

2. Bezstronność

Bezstronność oznacza podejmowanie decyzji bez zbędnego wpływu, na podstawie dostępnych informacji przy odpowiednim wyważeniu różnych interesów (Ottow, 2015). W tym kontekście odnosi się do zestawu mechanizmów, które zapewniają, że urzędnicy mogą realizować cele instytucjonalne bez konieczności narażania własnych interesów (Becker, 1998). Niewątpliwie zasada bezstronności powinna zarówno wpływać na procedury mianowania i wewnętrzne standardy instytucji, jak i zapewniać wdrażanie środków organizacyjnych pozwalających uniknąć wpływu interesu pracowników lub przedsiębiorców na podejmowane decyzje.

Co istotne, ważne jest, aby miała ona charakter faktyczny, ponieważ sama deklaracja bezstronności *de iure* nie oznacza, że bezstronność jest faktycznie zapewniona. Stąd wpływ na bezstronność, a więc również na niezależność regulatora będzie miała kultura panująca w instytucji, piastun organu oraz prawidłowe relacje z organami władzy wykonawczej i innymi podmiotami zainteresowanymi (Ottow, 2015).

Można pokusić się o tezę, że stopień fachowości i merytorycznego przygotowania pracowników organu również wpływa na spełnienie przesłanki bezstronności. W tym zakresie dyrektywa ECN+ wymusza stworzenie zaplecza eksperckiego.

3. Rozliczalność i transparentność

Z kolei istotą rozliczalności jest możliwość weryfikowania działań podjętych przez organ. Musi on przedstawiać wyjaśnienia swojego działania, które mogą prowadzić do ponoszenia przezeń konsekwencji (Błachucki, 2019), łącznie z nakazem zmiany jego decyzji. Schemat rozliczalności wygląda następująco: istnieje relacja między podmiotem a forum, na którym on działa; na mocy tej relacji podmiot jest zobowiązany do wyjaśnienia i uzasadnienia swojego zachowania; w odpowiedzi forum może zadawać pytania i oceniać, a podmiot może ponosić konsekwencje (Bovens, Curtin i 't Hart, 2011).

Zasada rozliczalności dotyczy finansowej, proceduralnej i merytorycznej warstwy działalności organu. Rozliczalność dotyczy więc zarówno wykonywania zadań przez organ, jak i wykorzystania dostępnych organowi środków, w tym transparentności prowadzonej polityki finansowej¹³. Dotyczy również przestrzegania standardów proceduralnych, które powinny być sprawiedliwe, transparentne i bezstronne (Ogus, 1994). Rozliczalność wpływa na legitymizację działań organu i na zachowanie uczciwości w zachowaniach tak instytucji, jak i jej pracowników.

Instrumentami zapewniającymi rozliczalność są mechanizmy informowania organów nadzoru, stron i podmiotów zainteresowanych. Mechanizmy te, jeśli są skuteczne, prowadzą również do wzmocnienia wiarygodności organów i sposobu realizacji powierzonych im zadań. Rekomendacje OECD¹⁴ wskazują, że aby wymogi rozliczalności były spełnione, instytucja powierzająca zadania musi jasno określić oczekiwania wobec każdego organu regulacyjnego. Oczekiwania takie powinny zostać opublikowane w ramach założeń polityki danej agencji. Dodatkowo organy regulacyjne odpowiadają przed władzą ustawodawczą bezpośrednio lub za pośrednictwem swoich piastunów. Powinny one publicznie i regularnie składać sprawozdania na

¹³ Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of Energy, s.112.

¹⁴ <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/governance-of-regulators.htm>.

temat wypełniania swoich celów i swoich funkcji, w tym z uwzględnieniem wcześniej określonych parametrów.

Rozliczalność indywidualnych decyzji zapewniają ich uzasadnienia prawne, które stanowią również podstawę ich weryfikacji. Dodatkowo uzasadnienia prawne są narzędziem popularyzacji danej problematyki i budują publiczny obraz organu, który dzięki nim staje się bardziej widoczny. Zwiększona aktywność publiczna może jednak wystawić organ na krytykę opinii publicznej, czego przykładem mogą być krytyczne uwagi na temat organów zajmujących się ochroną konsumentów po skandalu związanym z upadłością Amber Gold¹⁵.

III. Niezależność w kontekście funkcji organu

Analizując problematykę niezależności organów ochrony konkurencji, nie wolno zapominać o kontekście, w jakim niezależność się pojawia. Nie ulega wątpliwości, że prawo ochrony konkurencji stanowi instrument służący realizacji celów polityki, a więc rozwoju i ochrony konkurencji, ale również sposób podejmowania w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów¹⁶. Organy działają na podstawie i w granicach prawa. Przyznanie im określonych uprawnień, w tym pewnego stopnia dyskrecjonalności, wymaga zaufania do organów oraz zapewnienia im możliwości elastycznego podejścia do problemów gospodarczych. W związku z tym zbyt legalistyczne podejście może uniemożliwić organom wykonywanie ich pracy (Ottow, 2015). Z kolei zbyt szerokie uprawnienia mogą naruszać prawa proceduralne przedsiębiorców, choć niewątpliwie poprawiają skuteczność działania organu (Martyniszyn i Bernatt, 2019).

W przypadku organów nadzoru rynku (regulatorów) powszechnie uznaje się, że niezależność jest jedną z podstawowych zasad dobrego nadzoru (regulatora) (Ottow, 2015). Przekazując uprawnienia w zakresie prawa konkurencji niezależnemu organowi, prawodawca stara się zapewnić, aby stosowanie i interpretacja przepisów opierały się przede wszystkim na argumentach ekonomicznych i prawnych, a nie na naciskach politycznych. Stąd nie wzbudza wątpliwości postulat, zgodnie z którym niezależność oznacza podejmowanie decyzji wolnych od nacisków ze strony rynku¹⁷. Ale – i ten postulat jest dużo bardziej problematyczny – niezależność pozwala organowi podejmować bezstronne decyzje na własny rachunek, również bez zbędnego wpływu ze strony interesów politycznych lub partyjnych. W tym kontekście niezależność nie oznacza pełnej autonomii od organów władzy wykonawczej, ale możliwość stosowania przepisów niezależnie, bez wpadkowych interwencji ze strony władzy wykonawczej, przy jednoczesnej realizacji ogólnie przyjętych założeń polityki organu (Ottow i Lavrijssen, 2012).

Nie oznacza to jednak, że organ podejmuje decyzje w całkowitym oderwaniu od rzeczywistości rynkowej. Jego decyzje powinny być podejmowane w oparciu o rzetelne informacje, które zainteresowane strony mogły uzupełnić oraz przedstawić swoje uwagi. Ponadto poziom niezależności nie może być bezwzględny, a niezależny organ musi wyraźnie działać na podstawie i w granicach przepisów będących podstawą jego funkcjonowania (Ottow, 2015)¹⁸. Dodatkowo jasno musi być uregulowany sposób rozliczania piastuna organu i jego pracowników w realizacji założonej polityki.

¹⁵ <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artukul/malgorzata-krasnodebska-tomkiel-komisja-ds,220,0,2284764.html>.

¹⁶ Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2019, poz. 369, tj. 2019.02.26).

¹⁷ Por. ECLI:EU:C:1991:120, TSUE, 19.03.1991 r., Republika Francuska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Sprawa C-202/88, Zbiór Orzeczeń 1991 I-01223.

¹⁸ Art. 6, ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2018, poz. 2096, tj.).

Organ realizuje wyznaczone mu cele, mając na uwadze skuteczność i wydajność swojego działania i dostosowując prowadzoną politykę do tych celów. Aby ochronić prawa przedsiębiorców, należy im zapewnić prawo do obrony, niezależność i rozliczalność organu, pewność prawa oraz legalizm i transparentność (Lachnit, 2016).

Pełna analiza tych wszystkich elementów przekracza zakres niniejszego artykułu, jednak niezależność i rozliczalność organu jest inherentnie związana ze skuteczną realizacją praw przedsiębiorców. A. Ottow wyróżnia pięć podstawowych zasad, które charakteryzują modelowe funkcjonowanie organów: legalność, niezależność, transparentność, skuteczność oraz odpowiedzialność (zasady LITER: *legality, independence, transparency, effectiveness oraz responsibility*) (Ottow, 2015). Wskazuje również, że dobre praktyki organu można oceniać z dwóch perspektyw: zewnętrznej i wewnętrznej.

Z kolei E. Lachnit wskazuje, że podstawową zasadą równoważącą te dwie strony działania organu jest legitymacja¹⁹ organu, która również utrzymuje równowagę całego systemu. Innym elementem balansującym może być rozliczalność. Napięcie między tymi dwoma funkcjami prawa przejawia się również w sposobie działania organu ochrony konkurencji, które w idealnym modelu się równoważą (Ottow, 2015). Z jednej strony jest on wyznaczany przez realizację funkcji, które są nałożone na organ, z drugiej zaś – ograniczony jest gwarancjami procesowymi, które mają zapewniać poszanowanie praw przedsiębiorców w toku postępowania.

Reasumując, wpływ na efektywne funkcjonowanie organu ochrony konkurencji ma nie tylko zagwarantować niezależność, ale przede wszystkim takie uregulowanie podstaw jego działania, aby zachowane były wszystkie zasady warunkujące zrównoważone funkcjonowanie organu, w tym rozliczalność jego działań i przestrzeganie praw proceduralnych przedsiębiorców.

IV. Niezależność w prawie UE

Unia Europejska w różnym stopniu chroni niezależność regulatorów rynku (Ottow, 2012). Wysoki poziom ochrony dotyczy np. obszaru polityki pieniężnej i ochrony danych: prawodawca unijny i sądy UE uznają znaczenie niezależności i zapewniają wysoki poziom jej ochrony zarówno w odniesieniu do organów nadzoru rynku finansowego, jak i banków centralnych. Średni poziom ochrony dotyczy m.in. regulatorów rynku energetycznego²⁰ i telekomunikacyjnego²¹. Z kolei niski poziom ochrony widoczny jest np. w sektorze mediów (Ottow, 2012).

W wyroku z 9 marca 2010 r. TSUE, interpretując ekstensywnie pojęcie „niezależności” w odniesieniu do organów nadzorujących ochronę danych osobowych, wskazał, że niezależność powinna być interpretowana w świetle celu jej wprowadzenia, którym nie jest przyznanie organom czy ich pracownikom szczególnego statusu. Niezależność wprowadzono bowiem „celem wzmocnienia ochrony osób i instytucji, których dotyczą decyzje tych organów. Z tego wynika, że przy wykonywaniu swoich obowiązków organy kontroli powinny działać w sposób obiektywny i bezstronny. W tym celu powinny pozostawać poza jakimkolwiek wpływem z zewnątrz, w tym bezpośrednim

¹⁹ Legitymacja rozumiana jest jako społecznie akceptowalny obowiązek podporządkowania się działaniom administracji, nawet jeżeli mogą one prowadzić do naruszenia interesów podmiotu, normatywnych preferencji wobec pewnych podmiotów lub nawet jeżeli oficjalne sankcje mogą zostać uniknięte za niską cenę (Lachnit, 2016, s. 63).

²⁰ Np. art. 35 dyrektywy 2009/72; art. 39 dyrektywy 2009/140.

²¹ Art. 6 wprowadzony w 1988 r. w dyrektywie 88/301.

czy pośrednim wpływem państwa (...), a nie tylko poza wpływem organów kontrolowanych”²². TSUE odrzucił twierdzenie rządu niemieckiego, że tak szeroka interpretacja stanowi naruszenie zasady demokracji i orzekł, że szeroka interpretacja terminu „całkowita niezależność” nie narusza zasady demokracji, ponieważ to ustawodawca określa uprawnienia przysługujące niezależnemu organowi. Dodatkowo wskazał, że nie narusza tej zasady możliwość żądania od takiego organu przedstawienia sprawozdania np. parlamentowi ze swoich działań. TSUE wskazał również, że „Zasada ta nie stoi na przeszkodzie istnieniu organów publicznych usytuowanych poza klasyczną zhierarchizowaną administracją i mniej więcej niezależnych od rządu. Istnienie i warunki funkcjonowania takich organów są określone w państwach członkowskich w ustawie, czy nawet, w pewnych państwach członkowskich, w konstytucji, a władze te podlegają ustawie pod kontrolą właściwych sądów”²³.

1. Stan prawny przed przyjęciem dyrektywy ECN+

Przed przyjęciem dyrektywy ECN+ nie ustanowiono w ustawodawstwie unijnym żadnych formalnych wymogów dotyczących niezależności organów ochrony konkurencji. Obowiązujące w tym zakresie wymogi wynikają z art. 47 Karty Praw Podstawowych²⁴ i art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka²⁵. Takich wymogów nie zawiera rozporządzenie 1/2003²⁶ (dalej: rozporządzenie 1/2003), jednakże taki wymóg – choć pośrednio – można wywnioskować z zasady zapewnienia skutecznego stosowania art. 101 i 102 TFUE wynikającej z tego rozporządzenia.

TSUE w sprawie *Vebic*²⁷, odwołując się do zasad autonomii proceduralnej oraz obowiązku zapewnienia skuteczności prawa unijnego przez organy krajowe, wskazał, że brak możliwości uczestniczenia przez belgijski organ ochrony konkurencji w procedurze prejudycjalnej odnoszącej się do postępowania zainicjowanego odwołaniem od decyzji tego organu „zagroza skuteczności (*effet utile*) art. 101 TFUE i 102 TFUE”. Trybunał wskazał, że „w braku uregulowań Unii, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, państwa członkowskie zachowują uprawnienia do wyznaczenia jednostki lub jednostek należących do krajowego organu ochrony konkurencji i mających możliwość uczestniczenia jako strona pozwana w toczącym się przed sądem krajowym postępowaniu skierowanym przeciwko decyzji wydanej przez ten organ, przy zagwarantowaniu poszanowania praw podstawowych i pełnej skuteczności prawa konkurencji Unii”²⁸. Obowiązek wskazania stosownych organów wynika z art. 35 rozporządzenia 1/2003.

Stąd w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady *Dziesięć lat egzekwowania prawa ochrony konkurencji: na podstawie rozporządzenia 1/2003 – osiągnięcia i perspektywy*²⁹ wskazano na potrzebę uregulowania niezależności w prawie UE. Potrzeba ta znalazła również odzwierciedlenie w przyjętej w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji rezolucji dyrektorów organów w sprawie ciągłej konieczności funkcjonowania skutecznych instytucji, która została przyjęta

²² Wyr. TSUE, 9 marca 2010 r., w sprawie C-518/07, *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*.

²³ *Ibidem*, par. 39–42.

²⁴ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. C 326, z 26.10.2012 r., s. 391–407).

²⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284).

²⁶ 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 (OJ L 1, z 4.01.2003 r., s. 1–25).

²⁷ Wyr. TSUE, 7 grudnia 2010 r. *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW*, Sprawa C-439/08. Zbiór Orzeczeń 2010 I-12471.

²⁸ Par. 35 *Ibidem*.

²⁹ COM/2014/0453 final.

w obliczu redukcji zasobów kilku organów³⁰. W rezolucji podkreślono m.in. potrzebę odpowiedniej infrastruktury i zasobów eksperckich.

W dokumencie roboczym Komisji³¹ przedstawiono szczegółową analizę umocowania organów ochrony konkurencji w różnych państwach członkowskich. Podkreślono, że niezależność oznacza, że decyzje organu są wolne od wpływów zewnętrznych i opierają się na stosowaniu i interpretacji reguł konkurencji w oparciu o argumenty prawne i ekonomiczne. W odniesieniu do rozliczalności zauważono, że prawie wszystkie krajowe organy ochrony konkurencji są zobowiązane do składania sprawozdań ze swojej działalności w poprzednim roku, głównie w formie rocznego sprawozdania do parlamentu lub władzy wykonawczej. Ponadto niektóre krajowe organy ochrony konkurencji mogą wystąpić przed Komisją parlamentarną lub przedłożyć roczny plan na nadchodzący rok. Wskazano też, że zdecydowana większość krajowych organów ochrony konkurencji korzysta również z niezależności operacyjnej, organizacyjnej i finansowej. Niezależność operacyjna jest przewidziana dla większości krajowych organów ochrony konkurencji wykonujących swoje obowiązki i polega na przykład na wyraźnym wykluczeniu ingerencji innych organów państwowych lub innych osób oraz wydawania przez nie instrukcji w dochodzeniu i podejmowaniu decyzji w sprawie indywidualnych spraw dotyczących konkurencji. Znaczna większość krajowych organów ochrony konkurencji również decyduje o swojej organizacji wewnętrznej i ma oddzielny przydział środków budżetowych w ogólnym budżecie państwa, na który ma autonomię budżetową. Chociaż jednak większość krajowych organów ochrony konkurencji ma oddzielną linię budżetową, kilka krajowych organów ochrony konkurencji generuje własne dochody.

2. Niezależność i rozliczalność w świetle dyrektywy ECN+

Jak wynika z wniosku Komisji³², uznano, że „[n]iektóre krajowe organy ochrony konkurencji nie dysponują możliwymi do wyegzekwowania gwarancjami, pozwalającymi im na stosowanie reguł konkurencji UE w sposób niezależny, bez przyjmowania instrukcji od podmiotów publicznych lub prywatnych. Liczne organy borykają się z niewystarczającymi zasobami ludzkimi i finansowymi. Może mieć to wpływ na ich zdolność skutecznego egzekwowania reguł konkurencji”. Wnioskodawcy powiązali brak niezależności z niemożnością przeprowadzenia jednoczesnej kontroli u wszystkich członków domniemanego kartelu bądź – co dość zaskakujące – z brakiem odpowiednich narzędzi z zakresu informatyki śledczej, które pozwalałyby na gromadzenie dowodów naruszeń.

Rozdział III dyrektywy ECN+ poświęcony jest niezależności i zasobom organów. Postanowienia art. 4 odnoszą się do niezależności, a art. 5 do zasobów³³. Dyrektywa powinna zostać implementowana do 4 lutego 2021 r. Jednak już samo zestawienie postanowień preambuły i przepisów zawartych w jej treści wskazuje, że jej zakres jest wynikiem kompromisu ze strony państw członkowskich i nie wszystkie postulaty ujęte powyżej mogły być ujęte w formie obowiązujących zasad.

³⁰ Zob. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/ncas.pdf>.

³¹ Commission Staff Working Document. Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues accompanying the document 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) 231 final.

³² 2017/0063 (COD) Wniosek. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca nadania organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu zapewnienia skutecznego egzekwowania reguł konkurencji i należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, {SWD(2017) 114 final} {SWD(2017) 115 final} {SWD(2017) 116 final}, s. 3.

³³ Art. 4 i 5 dyrektywy ECN+.

Art. 4 nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby organy ochrony konkurencji wykonywały swoje obowiązki i uprawnienia w sposób bezstronny i z myślą o skutecznym i jednolitym stosowaniu tych przepisów, z zastrzeżeniem proporcjonalnych wymogów w zakresie rozliczalności i bez uszczerbku dla ścisłej współpracy między organami ochrony konkurencji w ramach europejskiej sieci konkurencji. W ramach tego obowiązku państwa członkowskie muszą wprowadzić odpowiednie procedury, tak aby zapewnić, żeby pracownicy i osoby podejmujące decyzje:

- byli zatrudniani w sposób jasny i przejrzysty;
- byli w stanie wykonywać swoje obowiązki i uprawnienia związane ze stosowaniem art. 101 i 102 TFUE niezależnie od wpływów politycznych i innych wpływów zewnętrznych, nie zwracali się ani nie przyjmowali żadnych indywidualnych instrukcji zarówno od podmiotów publicznych, jak i prywatnych oraz
- w trakcie trwania zatrudnienia oraz w rozsądnym okresie po jego zakończeniu nie zajmowali się postępowaniami w sprawie stosowania prawa, które mogłyby skutkować konfliktami interesów. Dyrektywa nie definiuje konfliktu interesów. Odwołuje się wyłącznie do bezstronności pracowników i osób podejmujących decyzje. Zgodnie z par. 19 preambuły takie osoby oraz ich bliscy krewni nie powinni mieć żadnych interesów w przedsiębiorstwach lub organizacjach, które są przedmiotem postępowań – z udziałem tych osób – w sprawie stosowania postanowień art. 101 lub 102 TFUE, jeżeli mogłyby to podważyć bezstronność tych osób w danej sprawie. Oceniając, czy w danej sprawie bezstronność tych osób może zostać ograniczona, należy wziąć pod uwagę charakter, rozmiar i zakres posiadanych interesów, a także poziom zaangażowania lub uczestnictwa danej osoby. W przypadku gdy konieczne jest zapewnienie bezstronności postępowania i procesu podejmowania decyzji, dana osoba powinna być zobowiązana do wyłączenia się z danej sprawy.

Długość rozsądnego okresu należy określić, uwzględniając charakter nowego zajęcia tych osób oraz stopień ich zaangażowania oraz odpowiedzialności w tym samym postępowaniu, w którym uczestniczyli w okresie zatrudnienia lub kadencji w krajowym administracyjnym organie ochrony konkurencji³⁴.

Zgodnie z preambułą dyrektywy ECN+, bez uszczerbku dla stosowania bardziej rygorystycznych przepisów krajowych, każdy krajowy administracyjny organ ochrony konkurencji powinien opublikować kodeks postępowania, który będzie zawierał zasady dotyczące konfliktów interesów. Niewątpliwie największą luką tego przepisu jest brak wprowadzenia kadencyjności organów i brak wprowadzenia jasnych wymogów odwołania.

Dodatkowo dyrektywa ECN+ wprowadza wymóg, aby osoby podejmujące decyzje nie mogły zostać odwołane z piastowanego stanowiska (decyzyjnego) z przyczyn związanych z właściwym wykonywaniem ich obowiązków i uprawnień w ramach stosowania art. 101 i 102 TFUE, a tylko wtedy, gdy przestaną spełniać warunki niezbędne do sprawowania takich stanowisk. Warunki wymagane do wykonywania ich obowiązków oraz definicja poważnego uchybienia muszą zostać określone z wyprzedzeniem w prawie krajowym przy uwzględnieniu konieczności zapewnienia skutecznego egzekwowania prawa. Przepisy te zostały wprowadzone, ponieważ w toku konsultacji społecznych przede wszystkim przedsiębiorstwa zgłaszały, że krajowe organy ochrony konkurencji

³⁴ Par. 20 preambuły.

nie mają możliwości określania priorytetów, co całkowicie uniemożliwia im skoncentrowanie się na naruszeniach, które najbardziej szkodzą konkurencji.

Wreszcie dyrektywa ECN+ zezwala organom ochrony konkurencji na określanie priorytetów dotyczących wykonywania zadań związanych ze stosowaniem art. 101 i 102 TFUE i odrzucania – zgodnie z wyznaczonymi priorytetami – skarg na określone działania naruszające przepisy ochrony konkurencji.

Dyrektywa odnosi się również do obowiązku zapewnienia organom ochrony konkurencji wiedzy eksperckiej pracowników oraz wystarczających zasobów finansowych, technicznych i technologicznych niezbędnych do skutecznego wykonywania obowiązków i uprawnień dla stosowania art. 101 i 102 TFUE. W tym celu wprowadza m.in. wymóg niezależności w wykonywaniu przyznanego budżetu, ale nie przedstawia precyzyjnych kryteriów oceny wystarczającego charakteru zasobów. Wprowadza jednocześnie obowiązek przedstawiania okresowych sprawozdań obejmujących działalność i wykorzystanie zasobów organowi rządowemu lub parlamentarnemu. Sprawozdania te powinny zawierać również informacje o mianowaniu i odwoływaniu członków organu decyzyjnego, o ilości zasobów przydzielonych w danym roku oraz o wszelkich zmianach tej ilości w porównaniu z latami poprzednimi. Sprawozdania powinny być udostępniane publicznie.

Jednocześnie w treści przepisów nie znalazło się ujęte w preambule postanowienie, że w celu zapewnienia bezstronności krajowych administracyjnych organów ochrony konkurencji należy przewidzieć, że nakładane przez nie kary za naruszenia art. 101 i 102 TFUE nie powinny być wykorzystywane do bezpośredniego finansowania działania tych organów.

Jak wynika z powyższego, dyrektywa ECN+ niewiele zmienia w odniesieniu do weryfikowalności. Par. 22 preambuły wskazuje, że niezależność operacyjna krajowych administracyjnych organów ochrony konkurencji nie powinna wykluczać ani kontroli sądowej, ani nadzoru parlamentarnego, o ile jest to zgodne z przepisami krajowymi. Art. 4 ust. 1 dyrektywy ECN+ powtarza za preambułą, że w celu zagwarantowania niezależności krajowych organów ochrony konkurencji podczas stosowania art. 101 i 102 TFUE państwa członkowskie zapewniają, aby takie organy wykonywały swoje obowiązki i uprawnienia w sposób bezstronny i z myślą o skutecznym i jednolitym stosowaniu tych przepisów, **z zastrzeżeniem proporcjonalnych wymogów w zakresie rozliczalności** (podkreślenie MK). Wymogi w zakresie rozliczalności powinny również przyczyniać się do zapewnienia wiarygodności i umocowania prawnego działań krajowych organów ochrony konkurencji. Proporcjonalne wymogi w zakresie rozliczalności obejmują sporządzanie przez krajowe administracyjne organy ochrony konkurencji okresowych sprawozdań ze swojej działalności i przedstawianie ich organowi rządowemu lub parlamentarnemu. Krajowe administracyjne organy ochrony konkurencji mogą także podlegać kontroli, a ich wydatki mogą być monitorowane pod warunkiem, że nie ma to wpływu na ich niezależność. Jednakże dyrektywa ECN+ nie wprowadza żadnych minimalnych warunków odnoszących się do rozliczalności.

Wreszcie dyrektywa ECN+ w art. 3 wskazuje, że postępowania dotyczące naruszeń art. 101 lub 102 TFUE prowadzone przez krajowe organy ochrony konkurencji muszą być zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii oraz Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej. Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby wykonywanie uprawnień podlegało odpowiednim gwarancjom w odniesieniu do poszanowania praw przedsiębiorstw do obrony, w tym prawa do bycia wysłuchanym oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem. Jednakże dyrektywa ECN+

nie konkretyzuje związku między skutecznością organów a ich niezależnością. Pomija również problematykę zapewnienia równowagi między skutecznością działania organu a zapewnieniem ochrony praw przedsiębiorców w toku realizacji celów nałożonych na organ ochrony konkurencji. Niewątpliwie kwestia ta będzie powracała w toku sporów odwoławczych od decyzji organów.

V. Implementacja w Polsce

Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej. Działa w granicach określonych przez uokik, a działalność UOKiK finansowana jest bezpośrednio z budżetu państwa³⁵. Działa na rzecz „najwyższego poziomu dobrobytu konsumenta przez skuteczną ochronę konkurencji, przy respektowaniu zasad sprawiedliwości proceduralnej w relacjach z przedsiębiorcami”³⁶. Mimo coraz szerszego zakresu kompetencji brakuje szczegółowych strategii i planów określających kolejne założenia polityki realizowanej przez Prezesa UOKiK. Brak takiego holistycznego podejścia jest tym bardziej problematyczny, że do kompetencji Prezesa UOKiK dodawane są kolejne zakresy działań. Oznacza to, że niemożliwa jest weryfikacja zachowania niezależności i rozliczenia realizacji zadań przez organ.

Między innymi, w odpowiedzi na przygotowywaną dyrektywę ECN+ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przedstawił w październiku 2018 r. – a więc przed jej przyjęciem – projekt nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³⁷. Projekt ten podlegał znacznym zmianom w toku procedury jego uzgadniania. W wersji projektu z marca 2019 r.³⁸ usunięto przepisy mające implementować dyrektywę ECN+. Jednakże krótka charakterystyka propozycji pokazuje, że zagwarantowanie niezależności musi być poparte szeroką analizą i nie może się sprowadzać li i jedynie do wprowadzenia kadencyjności organu (nawet jeżeli sama kadencyjność jest jak najbardziej słusznym postulatem). Przede wszystkim negatywne komentarze odnośnie do projektu wzbudziło tempo wprowadzanych zmian i brak pogłębionej dyskusji nad rolą Prezesa UOKiK i samego UOKiK oraz ich organizacyjnym umocowaniem³⁹.

Jedną w kluczowych zmian było zaproponowanie w projekcie wprowadzenia w art. 29 uokik kadencyjności Prezesa UOKiK wynoszącej 6 lat oraz określenie zamkniętego katalogu przyczyn jego odwołania. Niewątpliwie propozycję tę należy uznać za słuszną. Zastrzeżenia budziło jednak zniesienie naboru (a nie konkursu!) bez ścisłego określenia ustawowego kryteriów merytorycznych oraz rezygnacja z wyłaniania wiceprezesów UOKiK w drodze otwartego naboru z zachowaniem zasad konkurencyjności (Błachucki, 2019). Dodatkowo automatyczne objęcie pierwszej kadencji przez piastuna organu w chwili wejścia w życie zmian w ustawie nie znajdowało odzwierciedlenia w przepisach dyrektywy ECN+ i uzasadniało poważne wątpliwości co do rzeczywistych celów nowelizacji.

Dodatkowo projekt nowelizacji nie uwzględniał pozostałych kwestii, w tym np. wprowadzenia kodeksu postępowania, gwarancji zatrudnienia i bezstronności pracowników UOKiK. Pomijał zupełnie kwestie zapewnienia właściwych zasobów gwarantujących skuteczne stosowanie zarówno

³⁵ Ewolucja ustrojowa unormowania UOKiK i zakresu kompetencji Prezesa UOKiK przedstawiona jest m.in. w: Błachucki, 2019, s. 322 i n.; Skoczny, 2004, s. 6; Król-Bogomińska, 2009.

³⁶ Sprawozdanie z działalności UOKiK za 2017. Pozyskano z: www.uokik.gov.pl, s. 4.

³⁷ Przyjęty przez Radę Ministrów 6 czerwca 2019 r. Druk sejmowy nr 3542.

³⁸ Pismo Prezesa UOKiK z 25.03.2019 r., BP-3.0249.1.334.2019. Pozyskano ze strony Rządowego Centrum Legislacji.

³⁹ http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2019-01-31/190130_Uwagi%20SPK%20do%20nowelizacji%20uokik.pdf.

art. 101 i 102 TFUE, jak i krajowych uregulowań. Ta ostatnia luka stanowi istotną przeszkodę w skutecznym funkcjonowaniu UOKiK w Polsce i zapewnieniu jego pracownikom rynkowych warunków płacy i pracy.

Wreszcie projekt nowelizacji również pomijał *rewers* niezależności, jakim jest rozliczalność, i to wobec zarówno samego Prezesa UOKiK, jak i pracowników Urzędu. M. Błachucki podkreśla, że „jednocześnie z licznymi gwarancjami niezależności kontrastuje minimalna liczba instrumentów rozliczalności organu antymonopolowego” (Błachucki, 2019, s. 401) i zależność piastuna organu od jego zaplecza politycznego.

Brak całościowego podejścia do polityki UOKiK przejawia się choćby brakiem szeroko zakrojonych celów do realizacji przez ten organ. Analiza ostatnio podejmowanych działań legislacyjnych i zwiększania zakresu kompetencji UOKiK pokazuje, że są one odpowiedzią *ad hoc* na zaistniałe problemy, a nie elementem realizowanej strategii. Niewątpliwie już obecnie Prezes UOKiK prowadzi szeroko zakrojoną akcję informacyjną na temat swojej działalności. Jednakże na etapie samych postępowań istnieją wątpliwości, np. co do zakresu prawa do dostępu do akt (Kozak, 2019), co może wpływać na zakres prawa do obrony. Niewątpliwie proponowane przepisy będą raczej prowadzić do dalszego powiązania piastuna z jego zapleczem politycznym, a nie do wzmocnienia jego roli eksperckiej niezbędnej do realizacji celów gospodarczych.

W konsekwencji należy postulować, aby implementacja dyrektywy ECN+ obejmowała nie tylko kadencyjność piastuna organu, wymogi dotyczące jego kwalifikacji, jak i zasady merytorycznego konkursu, w wyniku którego dochodzi do wyboru Prezesa UOKiK. Jasno powinny też zostać określone ogólne oczekiwania polityczne, np. w formie założeń polityki UOKiK. Prezes UOKiK wyłoniony w ten sposób powinien zdawać sprawozdania, z uwzględnieniem celów określonych w założeniach polityki. Dodatkowo konieczne jest zapewnienie wprowadzenia i przestrzegania wewnętrznych standardów zapewniających bezstronność pracowników UOKiK, jak i ich należyte przygotowanie merytoryczne. Niewątpliwie konieczna jest dyskusja o ich odpowiednim wynagrodzeniu i odpowiednie zabezpieczenie poziomu wynagrodzeń.

VI. Podsumowanie

Dyrektywa ECN+ stanowi interesującą próbę pogłębienia niezależności organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej. Szkoda jednak, że jest wyrazem daleko posuniętego kompromisu i nie zobowiązuje państw członkowskich do wprowadzenia w życie rozwiązań, które mogłyby znacząco poprawić sposób funkcjonowania organów ochrony konkurencji. Czy dyrektywa rzeczywiście wprowadzi niezależność faktyczną zgodnie z postulatami doktryny? O tym pewnie przesądzi TSUE, o ile Komisja Europejska uzna, że któreś z państw członkowskich niedostatecznie wprowadziło w życie przepisy dyrektywy ECN+.

Polska implementacja, jak na razie, nie realizuje nawet tych kompromisowych postulatów zawartych w dyrektywie ECN+, a zakusy na niezależność władzy sądowniczej pokazują, że problem wywierania wpływów politycznych na regulatorów rynkowych, w tym Prezesa UOKiK, jest realny. Kwestia ta może mieć znaczenie zwłaszcza w kontekście reakcji Prezesa UOKiK na działania przedsiębiorców z udziałem Skarbu Państwa, co z kolei może prowadzić do zachwiania konkurencji w Polsce.

Bibliografia

- Becker, T.E. (1998). Integrity in Organizations: Beyond Honesty and Conscientiousness. *Academy of Management Review*, 23(1).
- Bernatt, M. (2016). Administrative Sanctions: Between Efficiency and Procedural Fairness. *Review of European Administrative Law*, 9(1).
- Bernatt, M. (2019). Illiberal populism: competition law at risk. SSRN, 24 stycznia. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3321719. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3321719>.
- Bernatt, M. (2019a). Niezależność polskiej administracji. Czas zmian. *Rzeczpospolita*, 8 lutego.
- Błachucki, M. (2019). *Ponadnarodowe sieci organów administracji publicznej oraz ich wpływ na krajowy porządek prawny (na przykładzie ponadnarodowych sieci organów ochrony konkurencji)*. Warszawa: Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Bovens, P., Curtin, D. i 't Hart, P. (2011). *The Real World of EU Accountability What Deficit?* Oxford: Oxford University Press.
- Cseres, K. i Outhuijse, A. (2017). Parallel enforcement and accountability: the case of EU competition law. W: M. Scholten, M. Luchtman (red.), *Law enforcement by EU authorities, Implications for Political and Judicial Accountability*. Cheltenham: Edward Elgar Pub.
- Dudzik, S. i Kawka, I. (2014). Przekształcenia ustroju administracji publicznej w Polsce pod wpływem prawa Unii Europejskiej. W: Z. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego, t. 3: Europeizacja prawa administracyjnego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Hanretty, Ch. i Koop, Ch. (2009). Comparing Regulatory Agencies: Report on the Results of a Worldwide Survey. *European University Institute Working Paper*, RSCAS, 63.
- Hoff, W. (2004). Polski model regulacji na tle porównawczym. *Problemy Zarządzania*, 3, 128. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/ncas.pdf>. http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2019-01-31/190130_Uwagi%20SPK%20do%20nowelizacji%20uokik.pdf. <https://academic.oup.com/rof/article/21/4/1445/2670110>. <https://econpapers.repec.org/paper/fmgfmgsp/sp149.htm>. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5f886d6-917d-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en>. <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artkul/malgorzata-krasnodebska-tomkiel-komisja-ds,220,0,2284764.html>. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/governance-of-regulators.htm>. <https://www.rp.pl/Opinie/302089956-Maciej-Bernatt-Niezaleznosc-polskiej-administracji-Czas-zmian.html>.
- Kozak, M. (2019). *Systemic problems with effective judicial protection before national courts: the example of access to files in the proceedings before NCAs*. Prezentacja na konferencję Rule of Law Challenges in the EU: Implications for EU Economic Law, 10 stycznia 2019 r., Budapeszt.
- Kozik, W. (2013). Status Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w systemie organów państwa. *Przegląd Prawa Publicznego*, 7–8.
- Król-Bogomilska, M. (2009). Kierunki najnowszych zmian polskiego prawa antymonopolowego, *EPS*, 6(4–12), LEX.
- Lachnit, E. (2016). *Alternative Enforcement of Competition Law*. Haga: Eleven International Publishing.
- Martyniszyn, M. i Bernatt, M. (2019). Implementing a competition law system – Three Decades of Polish Experience. *Journal of Antitrust Enforcement*, jnz016, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz016>.
- Materna, G. (2018). Projekt dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji), *iKAR*, 2(7), 41.

- Ogus, A. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Ottow, A. (2012). Europeanization of the Supervision of Competitive Markets. *European Public Law*, 18 (1).
- Ottow, A. (2015). *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Ottow, A. i Lavrijssen, S. (2012). Independent Supervisory Authorities: a fragile concept. *Legal Issues of European Integration*, 39(4).
- Piszcz, A. (2014). NCRAs zamiast NRAs i NCAs? Krótki przegląd dotyczący „superregulatorów” w Hiszpanii, Estonii i Holandii. *iKAR*, 7(3), 104.
- Princ, M. (2017). *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*. Poznań: Wydawnictwo naukowe UAM.
- Scholten, M. (2011). Independence v. Accountability: Dilemma or misperception. *Revue of European Administrative Law*, 4(1).
- Skoczny, T. (2004). Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa. *Problemy Zarządzania*, 3.
- Stankiewicz, R. (2012). Między ochroną konkurencji a regulacją sektorową. Ustrojowe granice rozdzielania obszarów ingerencji państwa w gospodarce. *Ekonomia i Prawo*, VII, 1, 156.
- Szydło, M. (2010). *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
www.uokik.gov.pl.