



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Decyzja zobowiązaniowa jako forma udziału przedsiębiorcy w rozstrzygnięciu organu antymonopolowego: korzyści i pułapki

Małgorzata Modzelewska de Raad



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Decyzja zobowiązaniowa jako forma udziału przedsiębiorcy w rozstrzygnięciu organu antymonopolowego: korzyści i pułapki

Małgorzata Modzelewska de Raad

**Decyzja zobowiązaniowa jako forma udziału przedsiębiorcy
w rozstrzygnięciu organu antymonopolowego: korzyści i pułapki**

Spis treści:

- I Co pokazuje postępowanie KE w sprawie zobowiązań *Google*?
- II Kontekst normatywny decyzji zobowiązującej w uokik
- III Podstawa normatywna. Przesłanki. Statystyka
 - 1. Krytyka przesłanek z punktu widzenia zapewnienia efektywności „narzędzia”
- IV „Udział przedsiębiorcy” w procedurze uzyskania decyzji administracyjnej na podstawie art. 12 uokik – gdzie miejsce na dialog z przedsiębiorcą ?
 - 1. Inicjatywa
 - 2. Cezury czasowe dla inicjatywy przedsiębiorcy. Rola dialogu na etapie „inicjatywy”
 - 3. Treść zobowiązań. Kształtowanie „propozycji” zobowiązań i „negocjacje” z Organem
 - 4. Charakter prawny „dialogu”
 - 5. Charakter prawny decyzji zobowiązaniowej
- V Gwarancje procesowe przedsiębiorcy w postępowaniu na podstawie Art. 12
- VI Podsumowanie

I. Wstęp. Co pokazuje postępowanie KE w sprawie zobowiązań *Google*?

1 października 2013 r. ówczesny komisarz do spraw konkurencji Komisji Europejskiej Joaquin Almunia tłumaczył przed Parlamentem Europejskim, co robi Komisja Europejska w sprawie zarzutów nadużywania pozycji dominującej przez Google¹. Komisja wszczęła w listopadzie 2010 roku postępowanie, które w tamtym czasie wciąż było nie zakończone. Co prawda Komisja Europejska przedstawiła Google swoją wstępną ocenę (*Preliminary Assessment*), ale wciąż nie było widoków na rozwiązanie zgłoszonych przez konkurentów zastrzeżeń. Komisarz Almunia wyjaśniał, że najpierw Google przedstawiło swoją propozycję roz-

* Adwokat, prowadzący praktykę prawa konkurencji w spółce Modzelewska i Paśnik spółka jawna, malgorzata.modzelewska@modzelewskapasnik.pl.

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm

wiązania problemu, ta propozycja została poddana testowi rynkowemu i Komisja odpowiedziała Google przedstawiając w lipcu 2013 r. swoją ocenę. Z jej treści wynikało jasno, że Komisja nie jest usatysfakcjonowana rozwiązaniami Google, dlatego Google „poprawiło” swoje propozycje. Te zostały ponownie poddane testowi rynkowemu, czego wynikiem było kolejne stanowisko Komisji odnośnie propozycji tego przedsiębiorcy. 5 lutego 2014 r. Joaquin Almunia na konferencji prasowej ponownie tłumaczył² jak się sprawy mają w postępowaniu w sprawie zarzutów wobec Google. W tym czasie, jak zapewniał, po dwukrotnej „konsultacji z rynkiem” i dialogu z Google, koncern przedstawił zobowiązania, które miały być podstawą do wydania decyzji w trybie Art. 9 Rozporządzenia 1/2003³. Raport V-ce Przewodniczącego Almunii z początku 2014 r.⁴ wskazywał na to, że po trzeciej rundzie „propozycji”, Komisja ostatecznie skonsultuje je z 18 przedsiębiorcami, które wniosły skargi na Google, wyznaczy „*monitoring trustee*”, który będzie nadzorował Google i wyda wobec Google decyzję zobowiązującą. Sprawa jak dotąd nie została zakończona, ale jest znakomitym „studium przypadku” dla badania postępowań organów ochrony konkurencji, które mają prowadzić do wydania decyzji zobowiązujących, w miejsce stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencje i nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorców.

Znamiennie, w komunikatach dotyczących tej sprawy, często można było natknąć się na następujące zwroty i określenia⁵: „negocjowaliśmy z Google” („*we have been negotiating with Google*”), „odpowiedź, którą otrzymaliśmy z rynku” („*feedback received from the market*”), „negocjowaliśmy udoskonalenie” („*we have negotiated improvements*”), „ścieżka ugodowa” („*settlement route*”), „ustępstwa, które uzyskaliśmy od Google” („*concessions we extracted from Google*”), „dyskusje z Google” („*discussions with Google*”), „propozycje, które otrzymaliśmy od Google” (...) oraz „intensywne negocjacje” („*proposals we received from Google (...) and intense negotiations*”).

W przedstawionym wyżej przykładzie, jak w soczewce, widać cechy postępowania, które ma się zakończyć wydaniem decyzji zobowiązującej: inicjatywę i zaangażowanie przedsiębiorcy, aktywność organu ochrony konkurencji, wzajemny wpływ na ostateczne rozwiązanie problemu oraz konsultacje ze stronami i zainteresowanymi uczestnikami rynku. Udział przedsiębiorcy w rozstrzygnięciu, jego intensywność i jakość, nie budzą wątpliwości. Aktyw-

² http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm

³ Rozporządzenie 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzania w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. L 1 z 4.01.2003.

⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm

⁵ Wszystkie cytaty pochodzą z komunikatów: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm

ność organu wskazuje niewątpliwie na dążenie do osiągnięcia optimum pomiędzy „ofertą” przedsiębiorcy a realizacją celów stawianych organowi ochrony konkurencji.

Artykuł 12 polskiej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („uokik”)⁶ również przewiduje uprawnienie do wydania decyzji, której treścią jest zobowiązanie lub zobowiązania przedsiębiorcy. Aktywność polskiego organu i przedsiębiorcy w tego typu postępowaniach opisana jest w decyzjach w następujący sposób: „w toku niniejszego zobowiązania spółka złożyła wniosek”⁷, „Gmina O. przejawiała inicjatywę (...), celowa i uzasadniona jest akceptacja propozycji Gminy, z której wynika zobowiązanie”⁸, „...po dokonaniu przez Prezesa Urzędu oceny zobowiązań (...) uznał, że są one wystarczające, proporcjonalne i adekwatne (...) i doprowadzą do wyeliminowania naruszeń”⁹. Nietrudno zauważyć, że obydwie „strony” jawią się w tych przykładach jako adwersarze, a rola organu sprowadza się do „akceptacji” (lub odrzucenia) proponowanych rozwiązań. Takie podejście, w moim przekonaniu, nie najlepiej służy celom, dla jakich wprowadzono do uokik instytucję decyzji zobowiązującej.

II. Kontekst normatywny decyzji zobowiązującej w uokik

Możliwość wydania decyzji zobowiązującej została wprowadzona nowelizacją ustawy z 2000 r.¹⁰ z dnia 16 kwietnia 2004 r.¹¹, którą uzasadniano m.in. zwiększeniem skuteczności działań Prezesa Urzędu oraz korzyściami dla polityki ochrony konkurencji (niezwłoczne zaprzestanie stosowania praktyki)¹².

Omawiana forma rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu nie jest typowym, regularnym sposobem egzekwowania reguł konkurencji przez organ administracji. „Zwykłym” działaniem organów ochrony konkurencji w UE i na świecie jest bowiem wydawanie decyzji stwierdzających stosowanie praktyk i nakazujących ich zaniechanie, czemu zwykle towarzyszy kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę. Stąd, wydawanie decyzji, których treścią jest zobowiązanie przedsiębiorcy do określonych działań (przy braku stwierdzenia praktyki ograniczającej

⁶ Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

⁷ Decyzja RPZ Nr 33/11 z dnia 23.11.2011 r.

⁸ Decyzja RPZ Nr 22/2014 z dnia 5.09.2014 r.

⁹ Decyzja DOK Nr 2-410-2/09 z dnia 13.11.2009 r.

¹⁰ Ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn.zm.

¹¹

¹² Druk sejmowy nr IV.2561, www.sejm.gov.pl, [http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/poskomprocla?](http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/poskomprocla?OpenAgent&4&2561&EUR)

konkurencję) można zaliczyć do „alternatywnych” form¹³ oddziaływania Organu na rynek i wdrażania rozwiązań pożądaných z punktu widzenia polityki ochrony konkurencji. W 2012 r. Prezes Urzędu w komunikacie medialnym¹⁴ donosiła nawet, że już w roku 2011 r. co trzecia decyzja wydawana przez Organ była decyzją zobowiązującą, co wskazuje na popularność tego instrumentu. W tej samej komunikacji¹⁵, Prezes Urzędu zapewniała: „*Celem Urzędu nie jest [jednak] karanie, a ochrona rynku przed naruszeniami, dlatego w uzasadnionych przypadkach Prezes Urzędu odstępuje od nałożenia kary stosując inny rodzaj rozstrzygnięcia [podkreślenie własne]— decyzję zobowiązującą. Przyjęcie zobowiązania przedsiębiorcy do zmiany praktyki pozwala na szybsze zakończenie postępowania, a w konsekwencji wyeliminowanie niezgodnej z prawem praktyki.*”

Co warte podkreślenia, instytucja ta ma jak się wydaje swoje źródło w pragmatyce procesowej: każda z zaangażowanych stron uzyskuje określone „korzyści” albo idzie na określone ustępstwa w celu wypracowania wspólnego kompromisu. Wedle innych głosów, to instrument stanowiący przejaw „proceduralizacji prawa”, oznaczający „odrzućenie środków bezpośredniej interwencji [...] oraz zastępowanie nakazów i zakazów prawnych formami oddziaływania respektującymi autonomię różnych podmiotów...”¹⁶. Można się niewątpliwie spierać, czy w procesie dochodzenia do zobowiązania (które ma być „zatwierdzone” w decyzji administracyjnej) mamy do czynienia z „*plea bargaining*”¹⁷, ale koniec końców, obydwie „strony” realizują swoje cele: Organ eliminuje niepożądane zachowanie rynkowe, a przedsiębiorca unika kary; Organ oszczędza swoje zasoby a przedsiębiorca modyfikuje swoje działanie rynkowe w zakresie i sposobie, jakie uznaje za akceptowalne i wykonalne; efekt ingerencji jest zwykle natychmiastowy dla Organu¹⁸, a przedsiębiorca nie musi udowadniać swoich

¹³ Por. Eva Lachnit, Alternative enforcement of competition law. Balancing legal requirements in practice, RENFORCE Working paper, 2013, pobrane z : <http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/11/RENFORCE-Working-Paper-Settlements.pdf>, Por. również: A Piszcz, Uwagi do wyjaśnień w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawie praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, iKAR 2012, nr 4(1), www.ikar.wz.uw.edu.pl, gdzie Autorka pisze o rozstrzygnięciu spraw „spornych” przy pomocy metod „alternatywnych względem władczych form działania organów administracji”

¹⁴ Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, Decyzja zobowiązująca - sposób na uniknięcie kary (2012.08.10), pobrano z: www.uokik.gov.pl

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Za definicją Z. Kmiecika cytowaną i omawianą przez A. Gilla i M. Sworę, Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Nr 3/2005, str. 105 i nast. Por również rozważania E.Lachnit, *Alternative enforcement...*, str. 4-5

¹⁷ Por. T.Kozieł, Commitment Decisions under the Polish Competition Act – Enforcement Practice and Future Perspectives, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol 2010 3(3), www.yars.wz.uw.edu.pl

¹⁸ Jak podkreślają A. Gill i M. Swora, Decyzja zobowiązująca..., w związku z tym, że normy prawa konkurencji ingerują w procesy gospodarcze, w których „szybkość działania nabiera szczególnego znaczenia”, „zysk czasowy” Organu trudno tu przecenić.

racji w sądzie. Zachodzi w zasadzie tzw. sytuacja „win-win”, gdzie obydwie podmioty realizują swoje cele i dlatego – po obydwu stronach – są „wygrane”.

Często postrzega się cele decyzji zobowiązaniowej przez pryzmat zobowiązań do zaprzestania zarzucanego działania. Dlatego też nieco pod znakiem zapytania stoi zastosowanie tej instytucji do sytuacji, w których przedsiębiorca zaprzestał kwestionowanej praktyki, a jego zobowiązania ograniczają się do usunięcia jej skutków¹⁹. Trzeba też bowiem wspomnieć, że tożsame uprawnienie władcze dla organu wynika w znowelizowanej uokik z normy art. 10 ust. 4, przewidującej uprawnienie do zastosowania przez Prezesa Urzędu w treści decyzji środków behawioralnych lub strukturalnych „w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków”. Zbieżność ta i brak wyraźnego rozróżnienia w praktyce orzeczniczej (która jeszcze się nie wykształciła) może niestety prowadzić do przypadkowości i „upośledzenia” któregoś z narzędzi.

Omawiany instrument ma jeszcze jedną zasadniczą cechę, która widoczna była w opisie procesu dochodzenia do rozstrzygnięcia w sprawie Google. Chodzi o **aktywny udział**, zarówno podmiotu postępowania, jak i Organu w procesie dochodzenia do wydania decyzji zobowiązującej. I owej „aktywności”, zwanej również „**negocjacyjnym stosowaniem**”²⁰ **prawa, ze szczególnym uwzględnieniem roli przedsiębiorcy w procesie**, poświęcona jest niniejsza publikacja.

III Podstawa normatywna. Przesłanki. Statystyka

Wedle aktualnego brzmienia uokik²¹ art. 12 stanowi, że *„Jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że zostały naruszone zakazy, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tych zakazów, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu, może w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. W przypadku, gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszenia zakazów, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub art. 101 lub art. 102 TFUE, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, danie pierwsze stosuje się odpowiednio.”*

¹⁹ Taka możliwość została wprowadzona nowelizacją uokik z 10 czerwca 2014 r.

²⁰ Por. Ewelina D. Sage. Increasing Use of „Negotiated” Instruments of European Competition Law Enforcement towards Foreign Companies, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol 2014 7(10), www.yars.wz.uw.edu.pl,

²¹ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r., Dz.U. poz. 945

Od 2012 roku Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzi dokładne statystyki pokazujące zakres zastosowania art. 12 uokik. Poniższa tabela²² obrazuje liczbę decyzji zobowiązujących w roku 2012 (38 decyzji) i 2013 (23 decyzji).

Tabela 2. Decyzje wydane w 2013 r. – porównanie z rokiem 2012

Rodzaj porozumienia	2012			2013		
	Horyzontalne	Wertykalne	Nadużywanie pozycji dominującej	Horyzontalne	Wertykalne	Nadużywanie pozycji dominującej
Decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazujące jej zaniechanie	3	4	19	2	4	24
Decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzające jej zaniechanie	5	6	11	13	9	17
Decyzje zobowiązujące	0	1	37	0	0	23
Suma	8	11	67	15	13	64
Decyzje w sprawie nałożenia kary ²⁶	0	3	1	0	0	6
Postępowania umorzone decyzją:	1	0	6	0	0	3
z powodu niestwierdzenia praktyki	1	0	3	0	0	2
z innych powodów	0	0	3	0	0	1
Postępowania umorzone w drodze postanowienia	0	0	0	0	0	0

Z powyższych danych wynika, że decyzje zobowiązujące są istotnym instrumentem działania Organu oraz że wykorzystanie tego instrumentu w zasadzie ogranicza się do praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej. Z badań przedmiotu decyzji Prezesa Urzędu w ostatnich latach wynika, że w sprawach porozumień ograniczających konkurencję polski organ antymonopolowy wydał: 1 taką decyzję w roku 2009 r. (*Polkomtel/P4*²³), żadnej w 2010 r., 2 decyzje w roku 2011 (sprawa *Scotts*²⁴ i jego dystrybutorów oraz *Yes*²⁵ i jego dystrybutorów), 1 decyzję w roku 2012 (*AVK*²⁶), i żadnej w roku 2013. Taka proporcja w zastosowaniu instrumentu do dwóch typów praktyk utrzymująca się od lat wskazuje też na istotne „upośledzenie” instytucji w zakresie możliwości stosowania do porozumień ograniczających konkurencję. Trzeba w tym kontekście zaznaczyć, że nie ma żadnych ustawowych podstaw ograniczających zastosowanie instytucji do sytuacji, gdzie istnieje uprawdopodobnienie zaistnienia nadużycia pozycji dominującej. Teoretycznie więc instrument można stosować w każdym przypadku podejrzenia naruszenia, bez względu na typ praktyki. Niemniej, doznaje on

²² Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2013, UOKiK_Sprawozdanie_2013pl-2, pobrano z : www.uokik.gov.pl,

²³ Decyzja DOK Nr 6/09 z dnia 13.11.2009 r.

²⁴ Decyzja DOK Nr 3/2011 z dnia 24.04.2011 r.

²⁵ Decyzja RPZ Nr 33/11 z dnia 23.11.2011 r.

²⁶ Decyzja RLU 3/2012 z dnia 1.03.2012 r.

istotnych ograniczeń i wynika to z interpretacji norm uokik przez prezesa Urzędu. W zasadzie powszechnie uznaje się²⁷, że zastosowanie tego instrumentu do najcięższych naruszeń nie jest celowe, choć brak jest konkretnych badań potwierdzających taką tezę. Faktem jest, że zastosowanie decyzji zobowiązaniowych do niektórych typów naruszeń, np. porozumień kartelowych, jest ograniczone lub niemal niemożliwe, a źródłem takiej dywersyfikacji jest uznanie organu, a nie norma ustawowa.

Przesłankami zastosowania instytucji są: 1) wszczęcie postępowania antymonopolowego, 2) uprawdopodobnienie przez Organ naruszenia uokik, 3) „zaoferowanie” zobowiązań przez przedsiębiorcę do: 3a) zaprzestania naruszenia lub usunięcia skutków albo tylko 3b) usunięcia skutków (jeśli przedsiębiorca wcześniej zarzucił kwestionowane działanie lub zaniechanie).

1. Krytyka przesłanek z punktu widzenia zapewnienia efektywności „narzędzia”

Moment czasowy, kiedy zobowiązania mogą być zaoferowane jest nieszczęśliwy i nie zapewnia w pełni skutecznego zastosowania omawianej instytucji. Zwykle już na etapie postępowania wyjaśniającego następuje „uprawdopodobnienie” naruszenia, gdyż w przeciwnym razie Organ nie wszczynalby postępowania antymonopolowego. Ale przedsiębiorca planujący „zaoferowanie” zobowiązań musi w zasadzie oczekiwać wszczęcia postępowania antymonopolowego, gdyż w przeciwnym razie jego wniosek zostałby potraktowany jako przedwczesny. W tym punkcie czasowym ma miejsce swoisty paradoks: instytucja wprowadzona, aby „oszczędzić” zasoby Organu wymaga od niego na wczesnym etapie zaangażowania wykraczającego poza przesłanki warunkujące zastosowanie instytucji. Wszczynając bowiem postępowanie antymonopolowe, Prezes Urzędu powinien już dysponować konkretnym materiałem dowodowym wskazującym na naruszenie, powinien przeprowadzić niezbędne analizy dotyczące wyznaczenia rynku, tak aby właściwie określić praktykę (dokonać kwalifikacji prawnej)²⁸. W przypadku „uprawdopodobnienia” jak się wydaje standard dowodu może być niższy. Temu zresztą służy postępowanie wyjaśniające, które ma „zmierzać do uprawdopodobnienia lub zaprzeczenia podejrzeniu naruszenia”²⁹. Co prawda, w tym postępowaniu przedsiębiorca nie jest stroną, ale może wiedzieć (i tak się dzieje w praktyce), że toczy się postępowanie wyjaśniające, w którym jego działanie lub zaniechanie może zostać zakwalifikowane jako praktyka ograniczająca konkurencję. W takiej sytuacji, teoretycznie, nie ma przeszkód, aby wniosek z zobowiązaniami został „rozpoznany” w czasie trwania postępowania wyjaśniającego-

²⁷ W tym względzie por. A. Piszcz, w: Skoczny, Komentarz OKiK, art. 12. Nb.27, Podobnie: K.Kohutek w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex 2014, Komentarz do art.12

²⁸ Według SN postanowienie wszczynające postępowanie antymonopolowe powinno szczegółowo określać zarzucane działanie i wskazywać uzasadnienie kwalifikacji prawnej, Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie III SK 67/12

²⁹ Tak: A. Jurkowska-Gomułka, w: Skoczny, Komentarz OKiK, art. 48. Nb.

go. W świetle ekonomiki procesowej i w świetle celu instytucji, znacznie bardziej celowe byłoby bowiem, gdyby przedsiębiorca mógł zgłosić taki wniosek już na etapie postępowania wyjaśniającego. Analiza (niezbędna do wszczęcia postępowania antymonopolowego), po stronie Organu mogłaby być wtedy ograniczona (Organ nie musiałby w ogóle wydawać postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego), a przedsiębiorca zapewniłby zaniechanie kwestionowanych działań na najwcześniejszym możliwym etapie. Aby zrealizować taki optymalny scenariusz, przedsiębiorcy należałoby dać możliwość zaoferowania zobowiązań zaraz po otrzymaniu postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego. Na przeszkodzie w ziszczeniu się opisanego scenariusza stoi, jak się wydaje... brzmienie art. 12 ust. 1 uokik, który zasadniczo wymaga, aby „uprawdopodobnienie” miało miejsce na etapie postępowania antymonopolowego. Wbrew niektórym głosom doktryny³⁰, nie „pomoże” tu przedsiębiorcy osobne zawiadomienie pochodzące od Organu, że naruszenie zostało „uprawdopodobnione”, skoro i tak, wpieryw musi on otrzymać postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Skoro zatem kluczowym elementem dla zastosowania instytucji jest **uprawdopodobnienie** („Jeżeli.... zostanie uprawdopodobnione”), to jako postulat *de lege ferenda* należałoby zgłosić usunięcie warunku odnoszącego się do konieczności wszczęcia postępowania antymonopolowego. Wtedy, jeżeli owo „uprawdopodobnienie” miałoby miejsce **na etapie wcześniejszym, tj. postępowania wyjaśniającego**, Organ miałby możliwość skorzystania z art. 12 uokik, a pismo zawiadamiające o uprawdopodobnieniu mogłoby pełnić rolę sygnalizacyjną, podobną do *Preliminary Assesment*, które oznacza „otwarcie” Organu na rozważenie propozycji zobowiązań przedsiębiorcy.

IV. „Udział przedsiębiorcy” w procedurze uzyskania decyzji administracyjnej na podstawie art. 12 uokik – gdzie miejsce na dialog z przedsiębiorcą ?

Możliwość zobowiązania do „podjęcia lub zaniechania” określonych działań przez samego przedsiębiorcę jest jedną z nielicznych instytucji, gdzie uokik przewiduje aktywny udział przedsiębiorcy w postępowaniach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję. Ustawa z 10 czerwca 2014 r. nowelizująca uokik dodała co prawda nowe formy takiej aktywności przedsiębiorcy (na przykład poprzez dodanie możliwości wnioskowania o dobrowolne poddanie się karze pieniężnej, art. 89a uokik albo przedstawienia warunków w procesie dochodzenia do warunkowej zgody na dokonanie koncentracji, art. 96a uokik); niemniej jak do-

³⁰ Por. K.Kohutek, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów..., Według Autora Organ powinien w zasadzie poinformować przedsiębiorcę o uprawdopodobnieniu. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że zobowiązanie może być przedstawione dopiero po wszczęciu postępowania antymonopolowego, to warunki wszczęcia takie postępowania „konsumują” niejako przesłankę „uprawdopodobnienia”. Taka czynność nie ma też miejsca w praktyce działania Urzędu.

tań na podstawie legislaty, ale i praktyki, inicjatywa przedsiębiorcy nie była dopuszczana albo też pozostawała bez reakcji również w tych obszarach, gdzie luz decyzyjny umożliwiał podjęcie dialogu. Tendencje w znowelizowanej uokik (nowe instytucje wręcz **wymagające** udziału przedsiębiorcy w postępowaniu), jak również zmiany w polityce i sposobie działania Urzędu³¹ pozwalają na stwierdzenie, że nastąpiła istotna zmiana i udział przedsiębiorcy będzie oczekiwany i będzie pełnił istotną rolę w procesie realizacji kompetencji orzeczniczych Prezesa Urzędu. Co więcej, w tych sytuacjach, w których „w praktyce może być uzasadniony kontakt między Urzędem a przedsiębiorcą, w szczególności w przypadku rozstrzygnięć stwarzających **przestrzeń do negocjacji** (np. decyzja zobowiązująca, warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji)[podkr. własne]”³² udział przedsiębiorcy może się realizować również w mniej formalnym wymiarze, który zwykle służy efektywności i szybkości działania.

Warto podkreślić, że uokik nie przewidują osobnego czy swoistego postępowania w tych sytuacjach, gdzie możliwy i nawet pożądanym jest udział przedsiębiorcy w realizacji funkcji orzeczniczych Organu³³. Dlatego też, dla omawianego przypadku, tak duże znaczenie ma wypracowanie standardu działania (czegoś w rodzaju „najlepszej praktyki”), który zapewni: z jednej strony przestrzeganie niezbędnych ram proceduralnych, a z drugiej – konieczną otwartość i elastyczność, tak, aby na koniec dnia – cele tego typu decyzji zostały w sposób rzeczywisty osiągnięte.

1. Inicjatywa

Z treści art. 12 uokik wynika jednoznacznie, że decyzja zobowiązująca jest wydawana wtedy, kiedy „*przedsiębiorca [...] zobowiąże się do...*”. Takie brzmienie sugeruje niewątpliwie inicjatywę przedsiębiorcy³⁴.

Doniosłym, a nie podejmowanym dotąd wątkiem jest kwestia, czy sugestia możliwości zastosowania tego typu rozwiązania może pochodzić od Organu albo innymi słowy: czy Organ, w jakikolwiek sposób może „zaprosić” przedsiębiorcę do sformułowania zobowiązań. Niewątpliwie bowiem jakkolwiek Prezes Urzędu nie może **zastąpić** przedsiębiorcy w **tworzeniu treści zobowiązań**, to celowe i niekiedy pożądane mogłoby się okazać, **wskazanie przedsiębiorcy, że takie rozstrzygnięcie po stronie Organu może zostać rozważone** w danym przypadku. Taką rolę w postępowaniu przed KE pełni przedstawienie „wstępnej oceny”

³¹ Por. Wyjaśnienia w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzeczniczymi Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 23.01.2015, pobrano z http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php

³² Ibidem, str. 2

³³ Ten aspekt został też wymieniony przez K.Kohutka, w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...

³⁴ Tak: K.Kohutek..., jak również T, Koziół, Commitment Decisions...

(*preliminary assessment*), które właśnie oznacza³⁵, że nastąpiło (co najmniej) „uprawdopodobnienie” naruszenia, a w takiej sytuacji, możliwe jest zaoferowanie zobowiązań (*commitments*) przez przedsiębiorcę³⁶. Kiedy KE zawiadamia bowiem o wszczęciu postępowania, a następnie prowadzi pełne postępowanie dowodowe i wydaje formalne zastrzeżenia (*statement of objections*), możliwość wydania decyzji zobowiązującej na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2003,), choć teoretycznie dopuszczalna³⁷, jest już w praktyce raczej ograniczona.

Za aktywnym włączeniem Organu w inicjatywę przemawia również kryterium ekonomii postępowania. Jeśli Organ prowadzi z przedsiębiorcą dialog na temat możliwych zobowiązań na etapie postępowania wyjaśniającego, to postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego może już w pewnym sensie antycypować wydanie decyzji zobowiązującej, na przykład poprzez ograniczenie zbierania materiału dowodowego. W tym kontekście, należy dodatkowo ponowić postulat *de lege ferenda* zgłoszony wyżej³⁸.

2. Cezury czasowe dla inicjatywy przedsiębiorcy. Rola dialogu na etapie „inicjatywy”

Z treści art. 12 uokik wynika, że pismo zawierające wniosek przedsiębiorcy wraz z propozycją zobowiązań może być złożone po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Ustawa nie limituje natomiast najpóźniejszego momentu dla takiego wniosku, a zatem – teoretycznie - może on być złożony aż do momentu wydania decyzji administracyjnej.

W praktyce, mając na uwadze cele wydawania przez Organ decyzji zobowiązujących, najskuteczniejsze byłoby zawniioskowanie o zobowiązanie w najwcześniejszym możliwym momencie. *Wyjaśnienia* Prezesa UOKiK z 2012 mówią o złożeniu zobowiązań „na wstępnym etapie postępowania, a więc, co do zasady, tuż po jego wszczęciu”³⁹ i opisują szczegółowo wyjątki od tej zasady. Trudno bez szczegółowej statystycznej wiedzy odnieść się do wprowadzonej w charakterze *soft-law* reguły, ale mając na względzie często długotrwałość postępowań, zarówno wyjaśniających, jak i antymonopolowych, znacznie przekraczających instrukcyjne terminy ustawowe, nie jest zasadne „zniechęcanie” przedsiębiorców do składania zobowiązań na późniejszych etapach postępowania. W tym bowiem względzie, ponownie, niezwykle użyteczny dla obydwu „stron” może się okazać **bezpośredni dialog z przedsię-**

³⁵ Por. Faull&Nikpay, *The EC Law of Competition*, Second Edition, p. 2.123-2.126: autorzy podkreślają, że Komisja wydaje “preliminary assessment” tylko w przypadku, w którym rozważa wydanie decyzji na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2003

³⁶ Choć nie ma formalnych przeszkód, aby zaoferować zobowiązania na wcześniejszym etapie.

³⁷ Por.: *Antitrust Manual of Procedures*, 2012: “...even in a case where a Statement of Objections has already been sent to the parties, commitments may still be accepted”, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

³⁸ Chodzi o postulat usunięcia warunku wszczęcia postępowania antymonopolowego jako niezbędnego przed zgłoszeniem zobowiązań przez przedsiębiorcę.

³⁹ Wyjaśnienia w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, 2012, uokik.gov.pl

biorcą. Przedsiębiorca może bowiem nie zdawać sobie sprawy, że stopień zaawansowania postępowania w sprawie może w dalszym ciągu pozwalać na złożenie zobowiązań pomimo upływu czasu od przedstawienia postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Założenie, że w ciągu kilku miesięcy Organ zakończy postępowanie jest fałszywe, a z praktyki wiadomo, że czynności w trakcie postępowania wyjaśniającego i antymonopolowego dokonywane są nierzadko z uwzględnieniem kilkumiesięcznych interwałów. Zatem, z praktycznego punktu widzenia, może nie być przeszkód, aby nawet w kilka miesięcy, a nawet po roku od wszczęcia postępowania, proponować Organowi zobowiązania. Co więcej, nawet po dłuższym okresie od przesłania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, te same względy związane z „oszczędzaniem zasobów” organu antymonopolowego wciąż mogą przemawiać za wyborem właśnie tej ścieżki rozstrzygnięcia sprawy. Za zrozumiałe natomiast należy uznać stanowisko Organu odmawiające uwzględnienia wniosku o wydanie decyzji na podstawie art. 12 uokik, kiedy doręczono przedsiębiorcy postanowienie o zamknięciu postępowania dowodowego⁴⁰.

Zasadniczo jednak, brak jasnych uregulowań i praktyka długotrwałego prowadzenia postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powinny motywować przedsiębiorców (i organ antymonopolowy) do **dialogu w celu eksplorowania możliwości zakończenia postępowania wydaniem decyzji na podstawie art. 12 uokik**, o ile tylko Organ i strona uznają, że jest to efektywny i skuteczny sposób działania w danej sprawie.

3. Treść zobowiązań. Kształtowanie „propozycji” zobowiązań i „negocjacje” z Organem

W świetle brzmienia artykułu 12 uokik, treścią zobowiązań przedsiębiorcy ma być „*podjęcie lub zaniechanie określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków*”. Przede wszystkim treść zobowiązania będzie różna w zależności od tego, czy naruszenie jeszcze trwa czy też zostało zakończone. Już w tym miejscu powstaje pierwsza praktyczna trudność. Jeśli Organ nie potwierdza w treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, że praktyka została zakończona, przedsiębiorca – dla skuteczności i adekwatności swoich propozycji – powinien najpierw wykazać, że zarzucana mu praktyka została zaprzestana.

W takiej sytuacji, dla efektywności postępowania, które ma się zakończyć wydaniem decyzji na podstawie artykułu 12 uokik, przedsiębiorca **powinien „wejść w dialog” z Prezesem UOKiK i w zasadzie potwierdzić, że Organ również akceptuje kwalifikację o zakończeniu praktyki**. W przeciwnym razie, propozycja przedsiębiorcy prowadząca jedynie do usunięcia skutków (która jego zdaniem jest adekwatna) może zostać uznana za niewystarczającą.

⁴⁰ Prezes Urzędu powołał się na ten argument w decyzji RKT 107/2008 z dnia 31.12.2008 r. (sprawa porozumienia pomiędzy Przedsiębiorstwem Produkcji Lodów „Koral” a Żabka Polska S.A.)

Również, rozważanie i proponowanie określonych działań („na wszelki wypadek”) nakierowanych na zaprzestanie praktyki, podczas gdy Organ być może już zaakceptował „zaprzestanie” nie wydaje się celowe w świetle wskazanych na wstępie celów rozpatrywanego postępowania (szybkości, oszczędzania zasobów). Dialog zakończony ewentualną modyfikacją postanowienia, które by również stwierdzało zakończenie praktyki, wydaje się tutaj jak najbardziej pożądany.

Jeśli przedsiębiorca ma zaniechać praktyki na podstawie zobowiązania, musi prawidłowo zidentyfikować „działanie”, przy pomocy którego osiągnie pożądany rezultat. To „działanie” powinno pozostawać w ścisłej korelacji z uprawdopodobnionym naruszeniem. Innymi słowy: precyzja w określeniu „zarzucalności” bezpośrednio rzutuje na adekwatność proponowanego działania, które ma być podjęte lub zaniechane.

Nawet jeśli zarzucane działanie zostało precyzyjnie oznaczone, identyfikacja trafnego działania, które ma być podjęte lub zaniechane na rynku może być czasami problematyczna (choć trudno tu o dobre przykłady na tle praktyki polskiego Organu⁴¹; vide *casus Google*). Dlatego w tym punkcie, **dialog z Prezesem UOKiK może znacznie skrócić ścieżkę dochodzenia do takiej treści zobowiązań, która będzie realizowała cele organu antymonopolowego i nadal będzie akceptowalna dla przedsiębiorcy**. Ponownie, brzmienie uokik nie będzie pomocne w realizacji postulatów dialogu. Jeśli trzymać się *verba legis*, rola prezesa Urzędu ogranicza się bowiem do zaakceptowania zobowiązań przedsiębiorcy i nadania im formy decyzji administracyjnej lub ich odrzucenia i wydania decyzji na podstawie art. 10 ust 1 i 2 uokik. Bardziej pomocne są tu *Wyjaśnienia w sprawie wydawania decyzji zobowiązujących...*, wedle których *..po dokonaniu analizy złożonego przez przedsiębiorcę zobowiązania, Prezes może uznać, iż zobowiązanie jest nieprecyzyjne albo niepełne. [podkr. własne]. W takim przypadku strona postępowania może dokonać stosownych zmian treści zobowiązania ...[co powinno nastąpić] w odpowiedzi na pismo Prezesa UOKiK zawierające zastrzeżenia w odniesieniu do treści uprzednio złożonego zobowiązania...*”

Z całą pewnością, w treści cytowanego dokumentu Prezes Urzędu przewiduje jakąś formę „dialogu”, gdzie jest miejsce na „wyrażenie zastrzeżeń” przez Organ antymonopolowy. Bardziej naturalne i efektywne wydaje się w takich sytuacjach spotkanie, dlatego Komisja Europejska jako element swojego standardu działania przewiduje właśnie spotkanie (tzw. „*state of play meeting*”), które powinno nastąpić tak szybko, jak tylko „*strony zaangażują się z DG Competition w dyskusję o możliwych zobowiązaniach*” (tłum. własne: „...*a state of play*”

⁴¹ Więcej różnorodnych przykładów dostarcza orzecznictwo Prezesa w zakresie praktyki naruszających zbiorowe interesy konsumentów, art. 28 uokik

*meeting will be organized when the parties engage with DG Competition in discussions about possible commitments*⁴²).

Jak się wydaje, polski organ ochrony konkurencji również dostrzega ów niewątpliwy walor bezpośredniego kontaktu, wskazując w *Wyjaśnieniach w sprawie reguł kontaktów...*, że bezpośredni kontakt na linii: Organ-przedsiębiorca, może okazać się niezbędny w celu „wyjaśnienia zarzutów albo uzyskania informacji lub uzgodnienia zobowiązań przedsiębiorcy...”⁴³ I tak jak bezpośrednie kontakty telefoniczne, mailowe oraz spotkania są cechą charakterystyczną postępowań prowadzonych przez Komisję Europejską, tak również nie ma przeszkód procesowych, aby w celu realizacji funkcji orzeczniczych polskiego Organu, stosować te „sposoby” ułatwiające dialog, czy negocjacje z Organem, które jednocześnie przyczyniają się do skrócenia postępowania.

Niewątpliwie, skoro przedsiębiorca składa zobowiązania, to gotowy jest albo na dobrowolne zaprzestanie działań budzących wątpliwości albo też dobrowolne usunięcie skutków tych działań. Jeśli po stronie Organu również nie ma przeszkód, aby postępowanie zakończyć w trybie art. 12 uokik, to wydaje się, że obydwie „strony” mogą zaangażować się nawet w kilkukrotną wymianę stanowisk i oczekiwań (tak jak to miało miejsce w sprawie *Google*) tak, aby dialog mógł zakończyć się wydaniem decyzji zobowiązaniowej.

4. Charakter prawny „dialogu”

Dialog, który może i powinien być prowadzony w postępowaniu, które ma się zakończyć wydaniem decyzji na podstawie art. 12 uokik nie jest dialogiem równych sobie podmiotów. Jest tak ponieważ Prezes Urzędu, pomimo wejścia w rolę „partnera w negocjacjach”, jest również (a może przede wszystkim) podmiotem rozstrzygającym sprawę⁴⁴. W zasadzie, w każdym momencie prowadzenia negocjacji, mogą one zostać zakończone przez Organ wydaniem decyzji stwierdzającej i nakładającej karę. Omawiany dialog charakteryzuje więc swoista asymetria informacji i niepewność co do ostatecznego rozstrzygnięcia. Motywy, którymi kieruje się Organ nie są transparentne i w zasadzie Organ nie ma obowiązku tłumaczyć się z przyczyn swojego działania. W niektórych decyzjach stwierdzających, które były poprzedzone „ofertą” zobowiązań ze strony przedsiębiorców, można odnaleźć pewne uzasadnienie działania Organu, ale nierzadko ma ono charakter ogólnikowy i niestety nie da się na jego podstawie zbudować spójnych zasad działania.

⁴² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

⁴³ Str. 5 Wyjaśnień w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzeczniczymi Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

⁴⁴ Por. A. Gill, M. Swora, Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów..., str. 133

Negocjacje toczą się *stricte* pomiędzy przedsiębiorcą a Organem, bez udziału podmiotów trzecich, co spotkało się z krytyką⁴⁵. Nie badając bowiem propozycji przedsiębiorców w bardziej skomplikowanych sprawach, Organ z kolei może znaleźć się w sytuacji niedoboru informacyjnego. Chcąc temu zaradzić, jak się wydaje, w 2013 r., Prezes Urzędu po raz pierwszy przeprowadził „konsultacje rynkowe” zamieszczając propozycję zobowiązań przedsiębiorcy na swojej stronie internetowej i zapraszając zainteresowanych do ich komentowania.⁴⁶ Dzięki takim konsultacjom, negocjacje z organem zyskują z pewnością dodatkowy wymiar i przyczyniają się do adekwatnego ukształtowania propozycji przedsiębiorcy, o większej transparenacji nie wspominając.

5. Charakter prawny decyzji zobowiązaniowej

Pomimo cech swoistych, decyzja wydana na podstawie art. 12 uokik jest decyzją administracyjną organu antymonopolowego, rozstrzygnięciem władczym, choć warunkowanym wnioskiem przedsiębiorcy, zawierającym zobowiązania, które spełniają określone kryteria ustawowe.

Omawiana decyzja niejako powstaje „przy udziale” przedsiębiorcy, ale jej wydanie na podstawie art. 12 uokik leży całkowicie w gestii Organu (władza dyskrecyjna organu antymonopolowego). Ustawa nie przewiduje natomiast uprawnień Prezesa UOKiK do „korekty” zobowiązań: z konstrukcji ustawowej, jak się wydaje, wynika, że w drodze (nieuregulowanych) negocjacji, organ może jedynie inspirować przedsiębiorcę do zmiany własnej propozycji w określonym kierunku, ale nie może samorzutnie, kierując się swoim uprawnieniem władczym, wprowadzać „poprawek” do zgłoszonej propozycji. **Upewnienia władcze organu ulegają więc ograniczeniu niejako na rzecz przedsiębiorcy i jego swobody w kształtowaniu treści zobowiązań.** Organ może jedynie – jako rezultat własnej „kontroli” treści zobowiązań - w miejsce decyzji z art. 12 uokik wydać decyzję na podstawie art. 10 ust. 1 uokik, ale nie może, kierując się kryteriami ustawowymi, poddawać treści zobowiązań weryfikacji. Takie cechy decyzji zobowiązaniowej wydawanej na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2004, potwierdził też Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 29 czerwca 2010 r. w sprawie dotyczącej spółek Alrosa i De Beers⁴⁷ uchylając wyrok Sądu Pierwszej Instancji (obecnie – Sądu UE), który - w przeciwieństwie do Trybunału - wskazał, że rolą Komisji Europejskiej jest ocena zaproponowanych przez przedsiębiorcę zobowiązań na podstawie takich

⁴⁵ Por. K. Mrzygłód, Commitment decisions, A Polish perspective, Global Antitrust Review, No [...] oraz A. Gill, M. Swora, Decyzja zobowiązaniowa jako metoda rozwiązywania sporów....

⁴⁶ Postępowanie oznaczone DOK-1-411/1/13/MF (zarzut nadużywania pozycji dominującej przez PGNiG), zakończone wydaniem decyzji z 31.12. 2013 r. DOK-8/2013, za a. Piszcz, w: Skoczny, Ustawa..., str. 563

⁴⁷ Sprawa C-441/07

kryteriów, które stosuje ten organ wydając decyzję stwierdzającą praktykę na podstawie art. 7 Rozporządzenia 1/2003 (chodziło o test proporcjonalności zastosowanego rozwiązania).

V. Gwarancje procesowe przedsiębiorcy w postępowaniu na podstawie Art. 12

Wydanie decyzji zobowiązującej nie oznacza przyznania przedsiębiorcy do dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję. Co więcej, w przypadku niewydania decyzji zobowiązującej, treść proponowanych zobowiązań nie może obrócić się na niekorzyść przedsiębiorcy.⁴⁸ Słusznie bowiem podkreśla się,⁴⁹ że zobowiązania mają znaczenie procesowe tylko o tyle, o ile zostały użyte na gruncie art. 12 uokik i doprowadziły do władczego rozstrzygnięcia, o którym mowa w tym przepisie.

Przedsiębiorca będący stroną postępowania ma takie same gwarancje procesowe jak przedsiębiorca, który nie zdecydował się na ofertę zobowiązań na gruncie art. 12 uokik. I tak m.in: ma dostęp do akt, chronione będą jego tajemnice, może też korzystać ze swojego prawa do obrony. Tenże przedsiębiorca nie ma jednakże tych samych uprawnień na etapie przed wszczęciem postępowania antymonopolowego. Na tym etapie istnieje istotna „asymetria” informacyjna, utrudniająca nie tylko prawo do obrony, ale – w kontekście zastosowania art. 12 uokik – podjęcie decyzji co do wystąpienia z propozycją zobowiązań.

W związku z tym, że omawiana decyzja jest – pomimo cech swoistych – rozstrzygnięciem władczym Prezesa Urzędu, może być ona przedmiotem odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, co w polskich realiach praktycznie nie ma miejsca.

Przedsiębiorca, który z jakichkolwiek względów jest zainteresowany (ma interes gospodarczy) wynikiem postępowania antymonopolowego, ale nie jest jego stroną (na przykład: zawiadamiający o podejrzeniu praktyku lub konkurent rynkowy) może tylko „w ciemno” przedstawić swoje stanowisko na gruncie art. 50 ust. 3 uokik. Istotną wadą obecnego modelu postępowania antymonopolowego jest bowiem ograniczone uczestnictwo „zainteresowanych osób trzecich”⁵⁰. To ograniczenie przekłada się m.in. na brak obligatoryjnego testu rynkowego w sytuacjach, w których Organ ocenia skuteczność rynkową zobowiązań oferowanych przez przedsiębiorcę w trybie art. 12 uokik. Z tego punktu widzenia, jako gwarancje dla osób trzecich, istotne jest zachowanie przez Prezesa Urzędu jawności, transparentności, równości przy wykonywaniu swojej władzy, wykorzystywanej w celu wydania decyzji uwzględniającej zobowiązania przedsiębiorcy. Z uwagi na ogromną władzę dyskrecyjną Organu, szczególnego znaczenia nabierają reguły stosowania przepisów uokik, komunikowane w formie „wy-

⁴⁸ Tak: A. Gill, M. Swora, Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów..., str. 134

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Por. M. Bernatt, Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji, Wyd. Naukowe WZ UW, 2011, str. 175

jaśniej” Prezesa Urzędu. Niezbędne jest bowiem skonkretyzowanie wzorców działania w kontekście szeroko zakreślonej dyrektywy, zawartej w art. 1 ust. 1 uokik i obowiązku realizacji interesu publicznego. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest też, aby z punktu widzenia proceduralnego, działanie organu administracji miało cechy: rzeczowości (adekwatności), proporcjonalności oraz pogłębiało zaufanie przedsiębiorców do tego Organu.

VI. Podsumowanie

Decyzja zobowiązaniowa jest jednym z kilku narzędzi władczych Prezesa Urzędu, które przewidują aktywny udział przedsiębiorcy w procedurze uzyskiwania decyzji administracyjnej, której treścią są zaproponowane przez przedsiębiorcę działania/zaniechania i które mają na celu albo zaprzestanie praktyki, albo usunięcie jej skutków.

Podstawą normatywną wydawania tego typu decyzji jest art. 12 uokik. Redakcja przepisu wymaga, aby oprócz uprawdopodobnienia naruszenia przez Organ i zaproponowania zobowiązań przez przedsiębiorcę, nastąpiło również formalne wszczęcie postępowania antymonopolowego. Taka koncepcja może nie służyć celom instytucji, która ma nie tylko zapewnić natychmiastowy skutek, ale też – zapobiec konieczności prowadzenia szczegółowego postępowania antymonopolowego. Reguły postępowania nie są jasne dla przypadków, gdzie treścią zobowiązań miałyby być wyłącznie usunięcie skutków praktyki. I ponownie: te lukę może wypełnić aktywne działanie, inicjatywa i wymiana informacji pomiędzy Organem a przedsiębiorcą.

Na każdym etapie procedury, która może zakończyć się wydaniem decyzji zobowiązaniowej, zarówno Organ, jaki i przedsiębiorca mogą i powinni podejmować inicjatywę. Jest to jedna z tych instytucji, gdzie dialog i żywa wymiana argumentów i poglądów może znakomicie przysłużyć się efektywności i skuteczności, choć normy ustawy milczą w tym względzie. Od lat środowisko naukowe i środowisko praktyków postuluje zastąpienie formy pisemnej prowadzenia postępowań w tego typu sprawach, bezpośrednimi kontaktami. Naprzeciw temu postulatowi wychodzą Wyjaśnienia Prezesa UOKiK w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzecznictwem Prezesa Urzędu. Mając na względzie cele postępowania wiodącego do wydania decyzji na podstawie art. 12 uokik, Prezes powinien prowadzić dialog nie tylko ze stroną postępowania antymonopolowego, ale również – z innymi uczestnikami rynku, których prawa są znacznie ograniczone przez ich formalne wykluczenie z tych postępowań. Dobrym przykładem włączania przedsiębiorcy w aktywny dialog o zobowiązaniach jest procedura unijna (podstawą prawną są przepisy Rozporządzenia 1/2003). Można znaleźć wiele przykładów obrazujących przebieg „negocjacji” zobowiązań KE z przedsiębiorcą. Jednym z najbardziej spektakularnych – są negocjacje zobowiązań z

Google, które przeżyły kilka „rund” propozycji, testów rynkowych i publicznych debat... Polska procedura potrzebuje podobnego „otwarcia”.