

BŁAŻEJ KOCZETKOW

SANKCJE ZA NIEDOZWOLONĄ WSPÓLPRACĘ KONKURENTÓW: ASPEKTY PSYCHOLOGICZNE

I. WPROWADZENIE

Różne są powody, dla których przedsiębiorcy, wśród nich także konkurujący ze sobą, podejmują współpracę. Wśród przyczyn kooperacji można przykładowo wskazać: chęć rozłożenia kosztów większych inwestycji, korzystania z personelu czy środków innego przedsiębiorstwa (w zamian za udostępnienie własnych pracowników czy sfinansowanie określonych zadań), potrzebę wspólnego prowadzenia badań rozwojowych w obszarach wyspecjalizowanej techniki.

Chociaż współpraca zasadniczo służy interesom zaangażowanych w nią kooperantów, może też przynosić korzyści osobom trzecim, w tym konsumentom. Mimo swoich zalet porozumienia kooperacyjne niejednokrotnie prowadzą jednak do poważnych problemów w dziedzinie konkurencji. Tak się dzieje na przykład wtedy, gdy kooperujące ze sobą strony podejmują decyzję o ustalaniu cen lub wielkości produkcji, czy też o podziale rynków lub gdy współpraca pozwala stronom utrzymywać, pozyskiwać lub zwiększać władzę rynkową i tym samym może wywierać negatywny wpływ na rynek w odniesieniu do cen, produkcji, różnorodności i jakości produktów lub innowacji. Wola przedsiębiorstw, aby współpracować ze sobą, kłóci się więc z postulatem, aby przedsiębiorcy kierowali swoją działalnością samodzielnie. Ta niezależność ma zaś polegać na tym, że przedsiębiorstwa ustalają własną strategię działania bez porozumiewania się z innymi firmami.

Kooperacja jako zjawisko społeczne może być rozpatrywana z pozycji różnych nauk. Stanowi przedmiot zainteresowania nie tylko ekonomii, ale również innych dziedzin naukowych, a w szczególności nauk prawnych. Prawny aspekt współpracy między konkurentami sprowadza się zasadniczo do opisu, które z ich działań są zgodne z obowiązującymi przepisami (a gdyby im uchybiały – jakie przewidziano za to sankcje). Ale na sam ten wymiar można spojrzeć z jeszcze innej perspektywy – przez pryzmat osiągnięć psychologii. Jak będzie o tym mowa, dotyczy to zwłaszcza ustalania, że zaistniały przesłanki zastosowania sankcji za naruszenie przepisów z zakresu ochrony konkurencji. Przyjmijmy przy tym założenie, że represje skierowane przeciwko współpracującym ze sobą kooperantom pozostają w nierozdzielalnym związku z ich zawinieniem. W bardzo dużym

uproszczeniu zawinienie to polega na tym, że kooperanci współdziałają pomimo powinności liczenia się przez nich z możliwością wystąpienia skutku ich współpracy w postaci zakłócenia zasad prawidłowej konkurencji. Opierając się na tym założeniu, można będzie próbować odpowiedzieć na pytanie, kiedy kooperanci mogli i powinni byli przewidzieć niekorzystne dla konkurencji następstwa tej współpracy. W świetle jednak wiedzy o uwarunkowaniach psychologicznych stwierdzenie tego, w jakim stopniu do przewidzenia były dane następstwa działania, może budzić poważne zastrzeżenia. Badania naukowe z zakresu psychologii wykazały bowiem, że ocena prawdopodobieństwa wystąpienia skutku, kiedy sprawę rozpatruje się z perspektywy *ex ante*, tj. przed nastąpieniem danego skutku, wypada inaczej niż w przypadku szacunków dokonywanych już po tym, gdy nastąpił określony rezultat (*ex post*). W tym drugim przypadku prawdopodobieństwo to postrzega się najczęściej jako większe niż wtedy, gdy ocenę przeprowadza się z góry. Jak wykazano w badaniach empirycznych, ludzie przejawiają tendencję do oceniania następstw danych zdarzeń jako niemal pewnych – o ile formułują swoje wnioski z dołu, to jest po tym, gdy dowiedzieli się o skutku. Tak zwana subsumpcja („podciągnięcie”) stanu faktycznego pod hipotezę normy prawnej, a więc – przykładowo – stwierdzenie, że dana współpraca konkurentów jest zakazana przez przepisy (jako skutkująca naruszeniem konkurencji) i dlatego otwiera drogę do nałożenia kary na współdziałające przedsiębiorstwa, które do naruszenia doprowadziły, nie powinna zatem być rozpatrywana tylko jako zabieg technicznoprawny.

W artykule naszkicowano podstawowe reguły z zakresu ochrony konkurencji w Unii Europejskiej, a jednym z powodów wyboru przedmiotu niniejszych dociekań jest to, że wypracowane w unijnym prawie metody stwierdzania naruszeń konkurencji nadają się do rozpatrzenia w kontekście nakreślonych wyżej tendencji psychologicznych. Szczególną zaś uwagę poświęcono kooperacji, którą nie tyle ze względu na jej cel, ile na skutek uznaje się za godzącą we wspomniane przepisy. Następnie pokazano, że jedną z podstawowych przesłanek odpowiedzialności, o ile opiera się ona na winie, jest możliwość przewidzenia przez sprawcę negatywnych skutków własnych działań, oceniana *post factum* przez osoby stosujące prawo. Jako że badania prowadzone w obszarze psychologii wykazały, że tego rodzaju ocena obarczona jest istotnym ryzykiem zniekształconego postrzegania rzeczywistości na skutek błędów poznawczych, przedstawiono też kierunki poszukiwań rozwiązania tego problemu – wraz z przyczynkiem do ich oceny.

II. O NIEKTÓRYCH PRAWNYCH UWARUNKOWANIACH OCHRONY KONKURENCJI

Kooperacja konkurentów podlega rozpatrzeniu zarówno z punktu widzenia prawa krajowego, obowiązującego na obszarze danego państwa, jak również przez pryzmat regulacji ponadnarodowych, takich jak na przykład prawodawstwo Unii Europejskiej. Najważniejszym z aktów wspólnotowych jest

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹. Według art. 101 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

Niezależnie więc od stopnia sformalizowania współpracy, w tej samej mierze zakazana jest zarówno kooperacja, której skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na wspólnym rynku, jak i taka, której celem są wskazane następstwa. Współpraca przedsiębiorstw może więc zostać uznana za nielegalną nie tylko wtedy, gdy wywiera rzeczywisty wpływ na konkurencję, lecz również w tych przypadkach, gdy już sam cel kooperacji, w oderwaniu od tego, jakie będą jej skutki, jest antykonkurencyjny. Dlatego nawet jeżeli dane porozumienie trzeba uznać za niezdolne do spowodowania antykonkurencyjnych skutków, nie przeszkadza to temu, aby mogło być uważane za stanowiące ograniczenie konkurencji (właśnie ze względu na cel, nawet niemożliwy do osiągnięcia), a jego strony zostały ukarane. W przypadku niektórych zachowań mających charakter zмовы zakłada się zresztą duże prawdopodobieństwo wywołania przez nie niekorzystnych skutków dla cen, ilości, jakości towarów czy usług. Dlatego w ich przypadku nie ma potrzeby wykazywania, że przyczyniają się do powstania konkretnych rezultatów na rynku. Doświadczenie poucza, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem produkcji i wyżką cen, co z kolei prowadzi do pokrzywdzenia konsumentów. Dotyczy to w szczególności przypadków wprost wymienionych w art. 101 TFUE.

Z drugiej strony cel kooperujących przedsiębiorstw jest już dużo rzadziej oczywiście antykonkurencyjny. W wątpliwych przypadkach ocenę, czy dane współdziałanie między przedsiębiorstwami odznacza się wystarczającym nasileniem szkodliwości, aby można je było uznać za ograniczenie konkurencji właśnie ze względu na cel, musi poprzedzać głębsza analiza natury współpracy. Aby stwierdzić, w jakim stopniu kooperacja danych przedsiębiorstw jest szkodliwa dla konkurencji, używa się tzw. metody alternatywnej (ang. *counterfactual*). Działanie to zasadza się na fałszywej hipotezie, że współpraca między przedsiębiorstwami nie zachodzi. Bazując na takim fikcyjnym założeniu, ocenia się, czy samodzielnie działający przedsiębiorcy byłiby w stanie osiągać cele, którym służy kooperacja. Gdyby się okazało, że w warunkach samodzielności do osiągnięcia tych celów nie doszłoby – na przykład dlatego, że byłoby to zbyt kosztowne lub że dany przedsiębiorca nie ma odpowiedniego personelu czy zaplecza (środków), mogłoby to świadczyć o legalności danej współpracy. Do przeciwnych wniosków można by zaś dojść wtedy, gdyby współpracę podejmowali przedsiębiorcy korzystający z porównywalnych możliwości (siły roboczej, materiałów, środków technicznych itp.).

Metoda alternatywna nie służy jednak tylko temu, aby stwierdzać, czy samodzielnie działający przedsiębiorcy byłiby w stanie osiągać cele, którym służy ich kooperacja. Działanie to wykorzystuje się również w analizie anty-

¹ Dz. Urz. C 326 z 26 października 2012 r.: 1–390.

cypowanych skutków współpracy dla konkurencji. Co istotne, prognozowanie odbywa się tu z perspektywy czasu, kiedy przedsiębiorstwa przystępują do kooperacji. Przy tym trzeba jednak pamiętać, że w ramach badania uwzględnienia się nie tylko warunki istniejące w czasie nawiązywania współpracy, ale również prawdopodobne [wyróż. – B.K.] zdarzenia przyszłe, także te, do których doszłoby, gdyby strony nie nawiązały współpracy.

Na gruncie obecnie obowiązującego prawa wspólnotowego to zainteresowane strony (a nie – jak uprzednio – Komisja Europejska), na etapie przystępowania do współpracy, rozstrzygają na własne ryzyko, czy warunki planowanej kooperacji kwalifikują ją jako dozwoloną czy nie. O ile przed 1 maja 2004 r. niepewność co do zakresu pojęciowego zakazanych praktyk łagodziła procedura tzw. atestu negatywnego (ang. *negative clearance*), w ramach której zainteresowane kooperacją przedsiębiorstwa mogły wystąpić do Komisji Europejskiej o stanowisko co do zgodności z prawem przewidywanej współpracy, o tyle obecnie zadanie ustalenia (*ex ante*) legalności zaplanowanej kooperacji obciąża przystępujące do współpracy przedsiębiorstwa. Jeżeli przeprowadzona ocena okaże się nieprawidłowa, skutki błędu obciążą samych kooperantów. Trzeba przy tym pamiętać, że stanowisko zajęte przez kooperujące ze sobą przedsiębiorstwa, prawidłowe w czasie podjęcia współpracy, może się zdezaktualizować wobec zmieniających się warunków prawnych czy ekonomicznych. Zmiana zaś może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie art. 101 TFUE.

Rozważania na temat behawioralnych uwarunkowań tej odpowiedzialności mają sens wtedy, gdy opowiemy się za jej subiektywnym modelem (czyli takim, w którym nie ma kary za sam skutek, to jest bez winy). Jeżeli przedmiotem naszych dociekań jest to, jak psychologicznie zdeterminowane błędy poznawcze mogą wpływać na odpowiedzialność za zachowanie antykonkurencyjne, to trzeba założyć, że odpowiedzialność ta nie jest obiektywna (za sam skutek naruszenia prawa wspólnotowego). Przeciwnie: jak wcześniej wspomniano, zakładamy, że odpowiedzialność ta powstaje na skutek zawinienia (umyślnego bądź nie), rozumianego w skrócie jako określony stosunek sprawcy (przedsiębiorstwa reprezentowanego z reguły przez członków właściwych organów) do dających się przewidzieć następstw własnego zachowania. Skoro zobiektywizowana odpowiedzialność administracyjna nie jest przyjmowana bez zastrzeżeń, przynajmniej na gruncie polskim, a orzekanie o odpowiedzialności kooperantów za naruszenie przepisów wspólnotowych może należeć do kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nasze rozważania wydają się mieć praktyczne znaczenie.

III. WINA JAKO PRZESŁANKA ODPOWIEDZIALNOŚCI

Ze względu na swoje znaczenie dla praktyki szczególnie interesujące wydaje się zagadnienie nieumyślnego naruszenia art. 101 TFUE. Wina naruszciciela zasadniczo polega tu na tym, że ma on możliwość rozpoznania bezprawności własnego zachowania, a mimo to nie koryguje swojego działania. Przy tym osoba pociągana do odpowiedzialności, mimo że nie zamierza naruszyć

art. 101 TFUE, to narusza go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, chociaż możliwość takiego naruszenia przewidywała albo mogła przewidzieć. O nieumyślności można więc mówić i wtedy, gdy sprawca wyobraża sobie skutek bezprawny, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie (lekkomyślność), jak i wtedy, gdy w ogóle nie wyobraża sobie skutku, choć może i powinien go sobie wyobrazić (niedbalstwo *sensu stricto*). W obu grupach przypadków sprawca naraża się na ocenę, że postąpił wadliwie, a nasze zainteresowanie skupi się w tym miejscu na niektórych aspektach ustalania, czy osobie pociąganej do odpowiedzialności można uczynić uprawniony zarzut, że przez niezachowanie wymaganej ostrożności spowodowała naruszenie zasad konkurencji. (W tym miejscu pomijamy kwestię umyślności, polegającej na chęci wywołania bezprawnych skutków albo obojętności wobec możliwości wystąpienia takich skutków; rozważamy bowiem ryzyko ciążyące na przedsiębiorstwach lub osobach zarządzających przedsiębiorcami, które podejmują współpracę w dobrej wierze).

Jak pokazują powyższe wywody, ze sprawą zawinienia przenika się problem związku przyczynowego, zachodzącego pomiędzy zachowaniem się osoby pociąganej do odpowiedzialności a skutkiem. Z punktu widzenia odpowiedzialności nie każdy związek przyczynowy ma znaczenie; rolę odgrywa tylko taki, w którym rezultat jest normalnym następstwem zachowania człowieka. Przyjmuje się, że o tym, co jest normalnym następstwem, decyduje doświadczenie, w świetle którego pewne następstwa danego postępowania są prawdopodobne (typowe) w przeciwieństwie do innych – nienormalnych, nieprawdopodobnych (nietypowych, przypadkowych). Odpowiedzialność prawna uzależniona jest od ustalenia, że pomiędzy określoną aktywnością (względnie zaniechaniem) a jej skutkami istnieje tego rodzaju zależność, iż następstwo jest właśnie normalnym, typowym efektem zachowania. Pozwala to na przyjęcie, że dana osoba miała, a przynajmniej powinna była mieć, wyobrażenie o tym, do czego prowadzi jej zachowanie. Postępowanie uznajemy więc za istotną przyczynę skutku wtedy, kiedy na podstawie aktualnego stanu wiedzy o świecie i rządzących nim prawach między tym postępowaniem a jego skutkiem zachodzi taki związek przyczynowy, że w celu zapobieżenia takiemu następstwu wymagamy od każdego, aby powstrzymał się od danego zachowania (albo – co jest jednoznaczne – wymagamy, aby zachował się inaczej) w podobnych warunkach.

Jak zaznaczono, kryterium oceny występowania związku przyczynowego jest aktualny stan wiedzy o świecie i rządzących nim prawach. O ile zasadniczo trafność oceny przeprowadzanej zgodnie z tym kryterium nie powinna budzić wątpliwości, o tyle osiągnięcia psychologii każą odnosić się z rezerwą do założenia znajomości świata i reguł, którym podlega jego funkcjonowanie.

IV. BŁĄD OCENY Z PERSPEKTYWY CZASU

Badania naukowe wykazały ludzką tendencję do przesady, jeżeli chodzi o ocenę tego, jak przewidywalne było określone zjawisko (podkreśliśmy, że idzie

o sformułowanie wniosków *post factum*, a więc po tym, jak do danego zjawiska – skutku doszło). Przesada ta polega na tym, że człowiek wyolbrzymia przewidywalność skutku, zakłada uprzednią oczywistość, konieczność jego wystąpienia – w zasadzie opierając się wyłącznie na świadomości tego, że nastąpił. Z takim podejściem koresponduje osąd, że inni powinni byli przewidzieć określone następstwa trafniej, niż to zrobili². Chętnie też odbiera się ludzkie zachowania jako przejawy ogólnych skłonności i cech charakteru – czyli przyczyn, którym z łatwością przypisuje się konkretne skutki.

Istnienie efektu „wiedziałem od początku”, czyli tzw. błędu perspektywy czasu³, po raz pierwszy wykazał Baruch Fischhoff. Naukowiec ten przeprowadził badanie przed wizytą prezydenta Richarda Nixona w Związku Radzieckim i w Chinach w 1972 r., zwracając się do badanych o przypisanie określonego prawdopodobieństwa piętnastu potencjalnym rezultatom inicjatyw dyplomatycznych Nixona. Kiedy prezydent zakończył podróż, poproszono te same osoby, aby przypomniały sobie, jakie prawdopodobieństwo przypisywały pierwotnie każdemu z piętnastu możliwych rezultatów. Badania dowiodły, że jeśli do któregoś zdarzenia rzeczywiście doszło, ludzie zawyżali prawdopodobieństwo, które pierwotnie mu przypisywali. Jeżeli zaś potencjalne zdarzenie nie doszło do skutku, uczestnicy błędnie „przypominali” sobie, że zawsze brali je za mało prawdopodobne.

Co szczególnie istotne z perspektywy odpowiedzialności prawnej, eksperymenty dowiodły również tego, że ludzie mają skłonność do przeszacowywania trafności nie tylko własnych prognoz, ale także przewidywań innych osób. Niewątpliwie takie błędne szacunki znacznie utrudniają sprawiedliwą ocenę osób podejmujących decyzje, skoro obserwatorzy oceniają jakość ich rozstrzygnięć nie na podstawie tego, czy proces podejmowania decyzji był prawidłowy, lecz na podstawie tego, czy ich skutki okazały się właściwe czy nie. Trzeba tu wspomnieć o eksperymencie, w którym części uczestników polecono zadecydować o podjęciu określonego działania, mogącego spowodować niepożądane następstwa (w tym konsekwencje prawne), inni zaś odgrywali rolę arbitrów (w sprawach odszkodowawczych), poinformowanych o tym, że dane działanie, już podjęte, przyniosło szkodę⁴. Jak się okazało, ci spośród uczestników eksperymentu, którym było wiadomo o nastąpieniu skutku określonego działania w postaci szkody (arbitrzy), oceniali taki rezultat jako znacznie bardziej prawdopodobny niż ci, którym pozostawiono rozstrzygnięcie tego, czy takie działanie w ogóle podjąć. Potwierdza to obawy, że efekt pewności wstecznej prowadzi osoby stosujące prawo do nadmiernie częstego przypisywania winy tym, którym zarzucono działanie niezgodne z przepisami. Z samego zaistnienia niepożądanych skutków wyprowadza się wniosek o błędnym przewidywaniu rezultatów danego działania, nie poświęcając

² Kahneman (2012): 267 n.

³ Podobnie jak w literaturze angielskojęzycznej, omawiany tu błąd poznawczy występuje w języku polskim pod wieloma nazwami. Poza przyjętym tu „błędem oceny z perspektywy czasu” jako terminem podstawowym w tekście występuje też równoważne określenie „efekt pewności wstecznej”.

⁴ Jolls, Sunstein, Thaler (1998): 1524 n.

żadnej albo dostatecznej uwagi temu, czy sam proces decyzyjny przebiegał prawidłowo.

W literaturze⁵ zwrócono również uwagę na to, że sformułowanie oceny i jej uzasadnienie to dwa niezależne od siebie procesy. Mając gotowe oceny (które czasami są błędne), ludzie wymyślają uzasadnienia, które ich zdaniem wyjaśniają te oceny. Jednak uzasadnienia te są tylko sformułowanymi po fakcie racjonalizacjami. Psychologia rozróżnia dwa rodzaje starannego rozumowania: myślenie eksploracyjne, rozumiane jako bezstronne rozważenie różnych punktów widzenia, oraz myślenie konfirmacyjne, będące jednostronną próbą uzasadnienia określonego punktu widzenia. Najczęściej, jak pisze cytowany tu Jonathan Haidt, nasila się myślenie konfirmacyjne. Jest tak dlatego, że ze swej natury ludzie bardziej dążą do tego, aby sprawiać wrażenie, że mają rację, niż rzeczywiście mieć rację. Podstawowym celem myślenia jest troska o to, aby zachowywać się w sposób dający się przekonująco usprawiedliwić albo wytłumaczyć innym ludziom. Co więcej, rozważanie uzasadnień własnych rozstrzygnięć prowadzi do tego, że decydenci poszukują przekonujących powodów dokonania takiego, a nie innego wyboru nie tylko wtedy, gdy muszą wyjaśnić podjętą decyzję innym. Szukają bowiem uzasadnień potrzebnych im samym – aby mieli poczucie dokonania właściwego wyboru.

Skutki błędów poznawczych są szczególnie dotkliwe dla decydentów działających na rzecz innych. Ludzie mają skłonność do obwiniania ich za słusne decyzje, które skończyły się źle, za to nie doceniają decyzji słusnych, które skończyły się dobrze, gdyż po fakcie wydają się oczywiste. Daniel Kahneman posługuje się taką figurą: kiedy wynik okazuje się zły, klienci często obwiniają działające na ich rzecz osoby, że nie odczytały oczywistych znaków – zapominając, że znaki były zapisane atramentem sympatycznym i stały się widoczne dopiero po fakcie. Przed podobnym ryzykiem stają niewątpliwie także członkowie kadry zarządzającej, podejmujący decyzję o przystąpieniu do współpracy z innym przedsiębiorstwem – niezależnie od tego, czy surową ocenę wydadzą inwestorzy w zarządzanych przez nich spółkach czy organy antymonopolowe.

Ryzyko odpowiedzialności menedżerów jest tym większe, że – jak tego dowodzą liczne prace z zakresu psychologii decyzyjnej – ludzkie decyzje nie są z reguły efektem optymalnego, racjonalnego procesu. Tymczasem rozpowszechnione jest podejście, zgodnie z którym pierwszorzędne znaczenie w procesie decyzyjnym ma wzgląd na oczekiwaną użyteczność czy rezultaty analizy typu wkład–wynik. Psychologia dowodzi jednak słabości teorii ekonomicznych opartych na założeniu, że decydent kieruje się optymalizacją, a dany proces można wyrazić pod postacią matematycznego wzoru⁶. Niezależnie więc od błędów heurystycznych, ważących na ocenie przewidywalności danego zdarzenia, analizę zjawisk komplikują również nie zawsze adekwatne teorie użyteczności.

⁵ Haidt (2014): 74 (i powołana tam literatura).

⁶ Chirkowska-Smolak, Smolak (2017): 39.

V. CZY MOŻNA PRZEZWYCIĘŻYĆ BŁĄD OCENY Z PERSPEKTYWY CZASU? POSZUKIWANIE ROZWIĄZAŃ

Szkic jednego z proponowanych rozwiązań poprzedźmy uwagą ogólnej natury, że niezawodne remedium, mogące zapobiec przenikaniu efektu pewności wstecznej do procesu stosowania prawa, zdaje się nie istnieć⁷. Jak dotąd nie wypracowano metod skłaniających do ferowania *ex post* wolnych od błędów ocen z perspektywy *ex ante*. Dlatego sądom i innym organom stosującym prawo pozostawałoby dążenie do wypracowania w miarę dobrego, choć niedoskonałego sposobu przypisywania odpowiedzialności, niezakłóconego przez błędy poznawcze w takim stopniu, w jakim jest to możliwe.

Za względnie pewny sposób zapobiegania błędom ocen z perspektywy czasu uznano w Stanach Zjednoczonych sprawdzanie zachowania, które doprowadziło do negatywnego następstwa, przez pryzmat specyficznych norm obowiązujących decydena w czasie jego zachowania. W wielu gałęziach produkcji czy usług wypracowano bowiem praktyki postępowania, których przestrzeganie można uznać za przejaw należytej ostrożności. Wielokrotnie zamiast stawiać trudne do rozstrzygnięcia pytania ogólne o to, czy dana osoba zachowała się z właściwą starannością, wystarcza ustalić, czy postąpiła w zgodzie z taką ustaloną praktyką lub regulacją⁸.

Ponieważ trudno postawić zarzut osobie, która przestrzega standardowych procedur, osoby, których decyzje mogą być drobiazgowo kontrolowane z perspektywy czasu, nierzadko uciekają jednak w biurokratyczne rozwiązania oraz skrajną niechęć do podejmowania ryzyka. Przykładowo: kiedy upowszechniły się procesy za błędy lekarskie, medycy zmienili wiele procedur – zamawiają więcej testów, częściej kierują pacjentów do specjalistów i stosują leczenie konwencjonalne nawet wtedy, gdy ma niską skuteczność. Nie da się zaprzeczyć, że takie działania mają raczej chronić lekarzy, niż pomagać pacjentom, przez co powstaje istotne ryzyko konfliktu interesów. Należy więc przyłączyć się do zdania, że zwiększona odpowiedzialność osobista nie jest czymś jednoznacznie pozytywnym⁹. Podwyższone ryzyko odpowiedzialności, mniej czy bardziej związane z efektem pewności wstecznej, sprawia, że ten, kto może się obawiać takiego ryzyka, będzie zapewne skłonny podejmować nadmiar zabiegów ochronnych. Być może, na przykład, nie podejmie współpracy z konkurentem, mimo że kooperacja mogłaby przynieść korzyści i samym kooperantom, i osobom trzecim (konsumentom). Strach przed zarzutem

⁷ Rachlinski (1998): 602 n.

⁸ Koncepcja ta wydaje się zbieżna z tzw. teorią obiektywnego przypisania skutku, zyskującą popularność zwłaszcza w orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego. W myśl tej teorii zachowanie się sprawcy podlega ocenie pod kątem naruszenia jakiejś reguły postępowania z dobrem prawnym; jeżeli zachowanie zgodne z tą regułą ustrzegłoby sprawcę od popełnienia czynu zabronionego, to trzeba uznać, że jego działanie było przyczynowe dla skutku; por. Lachowski, Marek (2018): 95.

⁹ Kahneman (2012): 274.

niewłaściwej oceny skutków podejmowanej w dobrej wierze współpracy może więc paraliżować działania społecznie pożyteczne.

Jeżeli chodzi o same standardy, których przestrzeganie podlega sprawdzeniu, trzeba się zgodzić z twierdzeniem, że nie każda zwyczajowa praktyka charakteryzuje się właściwym poziomem ostrożności (staranności). Nie bez powodu w polskich tekstach prawnych występuje niekiedy klauzula generalna dobrych obyczajów, sygnalizująca, że punktem odniesienia mogą być tylko pozytywnie oceniane praktyki. Typowe w danych okolicznościach zachowanie się może przecież być tylko utrwalonym sposobem działania, niekoniecznie musi przejawiać staranność czy ostrożność. Co więcej, zwyczaj może wręcz wynikać z nieprzykładania wagi, obojętności, obniżania kosztów czy „chodzenia na skrót”. Studia nad błędami ocen z perspektywy czasu pokazały, że osoby, które przestrzegały standardów postępowania obowiązujących w obszarach ich działalności, ponosiły jednak odpowiedzialność ze względu na to, że zwyczaj, którymi się kierowały, nie odznaczały się odpowiednią ostrożnością.

W ocenie autora nie można wykluczyć, że gdy ujęty w procedury asekuracyzmu decydentów przybierze takie rozmiary, iż paraliżując postęp, stanie się szkodliwy dla ogółu, w przyszłości padać będą też zarzuty wzorowania się na niewłaściwym, gdyż nadmiernie ostrożnościowym, standardzie. Z tych wszystkich względów należy z rezerwą podchodzić do korzyści, jakie dla prawidłowego stosowania prawa (ochrony konkurencji) może mieć sprawdzian danego zachowania przez pryzmat ustalonego zwyczaju. Właściwy z kolei wydaje się postulat, aby zamiast mechanicznego zestawiania danego zachowania, zarzuczonego jako nieprawidłowe, z rozwiązaniem modelowym (albo obok takiego porównania) badać trafność obranego przez decydenta kierunku przede wszystkim w świetle wiedzy dostępnej mu w dacie podjęcia decyzji. Wymagałoby to odwrócenia uwagi od skutku, po to żeby skoncentrować się na okolicznościach, w jakich powstała jego przyczyna. Działanie to nie ograniczałoby się jednak do mechanicznego porównania inkryminowanego zachowania ze wzorcem.

VI. BŁĄD OCENY Z PERSPEKTYWY CZASU A SPOŁECZNIE USPRAWIEDLIWIONE RYZIKO PRZEDSIĘBIORCÓW

Nie można wykluczyć prób usprawiedliwienia naruszeń prawa konkurencji za pomocą twierdzeń o usprawiedliwionym ryzyku przedsiębiorców, niezwiązanych ze sprawą błędów poznawczych. Przykładowo, na gruncie amerykańskim¹⁰ przyjmuje się, że osoba pełniąca kierowniczą rolę w firmie, o ile jest poinformowana o czynności podejmowanej przez przedsiębiorstwo i nie jest osobiście zainteresowana jej wynikiem, w zasadzie przejawia należyłą ostrożność (staranność) wtedy, gdy oceniając sprawę rozsądnie, ma powody sądzić, że podejmowana decyzja gospodarcza jest w najlepszym in-

¹⁰ Gulati, Rachlinski, Langevoort (2004): 782 n.

teresie danego przedsiębiorstwa¹¹. Członkowie organów zarządzających, których postępowanie odpowiada nakreślonemu wyżej modelowi, nie odpowiadają za błędne decyzje, i to nawet gdyby z dołu wydawały się podjęte bez zachowania należytej staranności. Warto przy tym odnotować, że w Stanach Zjednoczonych odpowiedzialność osób kierujących przedsiębiorstwami z zasady powstaje dopiero wtedy, gdy po ich stronie ustaleni są rażące niedbalstwo (ang. *gross negligence*).

Źródłem sędziowskiej wyrozumiałości, o której tu piszemy, wcale nie ma być świadomość zagrożeń wynikających z błędnych ocen z perspektywy czasu. Pomijając tu postawioną na gruncie amerykańskim hipotezę, że uwalnianie od odpowiedzialności wynika bardziej z przyjętej metody „zarządzania sprawami” niż z uznania znaczenia błędów poznawczych, trzeba przywołać stanowisko, iż liberalne nastawienie amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości opiera się nie tyle na rozpoznaniu problemu błędów poznawczych, ile na uznaniu przewagi kompetencyjnej menedżerów nad sędziami w sprawach dotyczących decyzji handlowych. Byłoby to zresztą potwierdzeniem poglądu, że nie ma sposobu na wyeliminowanie z prawnych procedur błędów oceny z perspektywy czasu. Przy tym sądy amerykańskie odrzucają założenie, że inwestorom, w których interesie pracują menedżerowie, zależy na ewentualnej możliwości pociągnięcia tych drugich do odpowiedzialności prawnej za chybione posunięcia. Przeciwnie, uznaje się raczej, że inwestorzy nie są zainteresowani asekurantyzmem kadry kierowniczej – obliczonym na zapobieżenie mniej albo bardziej hipotetycznym stratom, ponieważ ogranicza to możliwości osiągnięcia dużych korzyści. Świadomość zagrożeń wynikających z prowadzenia interesów przekłada się na działania inwestorów w ten sposób, że stawiają raczej na zdwersyfikowanie inwestycyjne niż na prewencyjny charakter quasi-absolutnej odpowiedzialności zarządzających przedsiębiorstwem. Wydaje się, że z amerykańskiej perspektywy społecznej i prawnej większą dolegliwością dla kadry menedżerskiej jest odsunięcie jej od zarządzania przedsiębiorstwami niż odpowiedzialność prawna.

Zdaniem powołanego wcześniej amerykańskiego autora Jeffreya Rachlinskiego¹² są wprawdzie zawody, których przedstawiciele winni się liczyć z odpowiedzialnością w zasadzie absolutną, a gdyby chcieli jej zapobiec – powinni przedsięwziąć nadzwyczajne środki ostrożności, ale w przypadku członków organów zarządzających, postępujących z nadzwyczajną rozwagą, łatwo można sobie wyobrazić sytuację, w której urzeczywistnienie interesów inwestorskich – ze swej natury obciążonych ryzykiem – stanęłoby pod znakiem zapytania. To prawda, że każdy zawodowiec ma powody, aby unikać niedołożenia należytej staranności – choćby po to, aby utrzymać swoją klientelę. Można by zatem twierdzić, że wszyscy profesjonalisci powinni w tym samym stopniu ryzykować poniesieniem odpowiedzialności. Jednakże gdy spojrzysz na sprawę niezachowania należytej ostrożności – i uwzględni istnienie błędów poznawczych

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Delaware (St. Zjedn.) z 15 marca 1988 r. w sprawie *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (1988).

¹² Rachlinski (1998): 623.

albo w oderwaniu od nich – można zauważyć, że sytuacja menedżerów różni się od tej, w jakiej znajdują się inni profesjonaliści. W przypadku tych drugich odpowiedzialność w pewnym sensie zabsolutyzowana (za chyby oceny) nadaje się do obrony, a może być nawet uznana za społecznie pożądaną, dlatego że zachęca do wzmożonej staranności, a przez to – do podejmowania szczególnie szkodliwych środków bezpieczeństwa. Skutki nieostrożnego zachowania prawnika czy lekarza Rachlinski uważa przy tym za potencjalnie bardziej dotkliwe niż konsekwencje błędu popełnionego przez menedżera, dlatego że w przypadku tego drugiego następstwem uchybienia jest zasadniczo „tylko” utrata zainwestowanych w przedsiębiorstwo środków. Na marginesie tej oceny wypada jednak odnotować, że zwiększone ryzyko odpowiedzialności zawodowej – w odniesieniu do profesji innych niż menedżerska – nie zawsze jest pożądanym, na co zwrócił już uwagę cytowany wyżej Kahneman i co wydaje się znajdować potwierdzenie w sprawach przeciwko lekarzom, w których amerykańscy sędziowie uznają ich przewagę kompetencyjną¹³.

W tym miejscu należy zrobić istotne zastrzeżenie. Jeżeli menedżerowie postępują ryzykownie w tym sensie, że nie są nadzwyczajnie ostrożni, to efekty ich pracy rzeczywiście mogą być korzystne dla inwestorów, których środkami zarządzają, ale już niekoniecznie dla ogółu. Tymczasem gdy mówimy o wspólnotowych przepisach z zakresu ochrony konkurencji, nie budzi wątpliwości, że przedmiotem ich ochrony jest zasadniczo interes powszechny, a nie grupowy czy wręcz jednostkowy. Mając na uwadze wskazany aspekt publiczny, trudno byłoby znaleźć uzasadnienie apriorycznego uznania kompetencji (dobrej wiary) członków organów zarządzających oraz akceptacji podejmowanego przez nich ryzyka – ze względu na oczekiwania stawiane im przez inwestorów. O ile bowiem można przyjąć, że immanentną cechą prowadzenia przedsiębiorstwa jest ryzyko, a jego nadmierne ograniczanie (rozumiane jako asekuracyjne zachowanie kadry zarządzającej) krępuje przedsiębiorczość i może wręcz osłabić pozycję konkurencyjną firmy, o tyle oczywiste wydaje się stwierdzenie o zasadniczym konflikcie między interesem prywatnym a publicznym w obszarze konkurencji. Rozwijając myśl Rachlinskiego, trzeba wskazać, że w przypadku działań szkodliwych dla konkurencji nie chodzi już tylko o utratę zainwestowanych przez danych inwestorów środków, ale o negatywne następstwa w znacznie szerszej skali – tym bardziej tam, gdzie sprawa dotyczy konkurencji w obszarze Unii Europejskiej. W każdej z tych dwu domen – prywatnej i publicznej – prawodawstwo stawia sobie różne cele, zatem gdy mówimy o odpowiedzialności za naruszenie przepisów publicznoprawnych, służących ochronie wspólnotowej konkurencji, ulgowe traktowanie menedżerów trudno uznać za właściwy kierunek – o ile za taką ulgą miałyby przemawiać z góry przyjęte wysokie kwalifikacje zawodowe kadry kierowniczej, jak również oczekiwania stawiane jej przez inwestorów.

¹³ Por. przyp. 11.

VII. WNIOSKI

Nauka wykazała, że zarówno w życiu codziennym, jak i w procesie stosowania prawa człowiek jest permanentnie narażony na popełnianie błędów poznawczych. Myślenie ludzkie odznacza się między innymi podatnością na efekt pewności wstecznej. Niełatwo przychodzi człowiekowi pogodzić się z myślą, że o wielu sprawach, o tym, jaki przybiorą obrót, decyduje przypadek. Tam, gdzie rozważa się odpowiedzialność prawną, przypadek ten nie zawsze jest uświadomiony. Powszechnie występujący błąd oceny z perspektywy czasu może doprowadzić do fałszywych wniosków co do zamiarów osoby stojącej przed zarzutem naruszenia przepisów.

Skoro nie da się zaprzeczyć, że kooperacja przedsiębiorców – nawet potencjalnych konkurentów – może przynieść korzyści dla ogółu, wówczas prawo samo w sobie, a także praktyka jego stosowania nie powinny zniechęcać do podejmowania współpracy. Odpowiedzialność w zasadzie absolutna podnosi koszty prowadzenia danej działalności (o ile rzeczywiście skłania do podjęcia nadzwyczajnych środków zaradczych), a poza tym trudno jest się od tej odpowiedzialności uwolnić. Może to prowadzić do niepożądanych skutków dla przedsiębiorczości, ponieważ kadra kierownicza, zdając sobie sprawę z istniejącego ryzyka, prawdopodobnie będzie stronić od podejmowania śmielszych decyzji handlowych, nawet w dobrej wierze. Tym bardziej celowe jest więc poszukiwanie optymalnych rozwiązań tego problemu.

Bez wątpienia ważna jest dla zapobiegania błędom ocena danego postępowania przez pryzmat przestrzegania dobrych praktyk w czasie podejmowania decyzji. Nie należy jednak tracić z pola widzenia wiedzy decydenta, jego rozeznania w okolicznościach sprawy – w chwili, w której podejmował decyzję. Kwestia ta może mieć pierwszorzędne znaczenie. Jeżeli bowiem przyjąć, że wobec mnogości przypadków, z jakimi można mieć do czynienia, nie zawsze da się ustalić, co jest rozwiązaniem modelowym, standardem aktualnym w danym układzie, to badanie w kierunku wiedzy, rozeznania decydenta, przeprowadzane przez organy stosujące prawo, może się okazać jedynym instrumentem pozwalającym dojść do przekonujących rezultatów. Sprawa nie jest jednak prosta, skoro ustalenie tego, co było wiadome, nie zawsze będzie łatwe.

Błażej Koczetkow

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

bk85885@doktorant.sgh.waw.pl

<https://orcid.org/0000-0003-2255-5253>

Chirkowska-Smolak T., Smolak, M. (2017). Oceny moralne w rozumowaniu sędziowskim. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 79(2): 31–46.

Gulati, M., Rachlinski, J., Langevoort, D. (2004). Fraud by hindsight. *Northwestern University Law Review* 98(3): 773–825.

Haidt, J. (2014). *Prawy umysł*. Tłum. A. Nowak-Młynikowska. Sopot.

Jolls, Ch., Sunstein, C.R., Thaler, R. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Faculty Scholarship Series, Paper 1765: 1471–1550*.

- Kahneman, D. (2012). Pułapki myślenia – o myśleniu szybkim i wolnym. Tłum. P. Szymczak, Poznań.
- Lachowski, J., Marek, A. (2018). Prawo karne – zarys problematyki. Warszawa.
- Rachlinski, J. (1998). A positive psychological theory of judging in hindsight. Cornell Law Faculty Publications, Paper 801: 571–625.

PENALTIES FOR ANTI-COMPETITIVE AGREEMENTS:
PSYCHOLOGICAL ASPECTS

Summary

The article looks at the importance of hindsight bias in the process of the application of law, in particular with regard to provisions on competition in European Union law. The focus is on how such a bias can creep into the way the effects of cooperation between (potential) competitors are assessed. The issue is particularly important in the case of cooperation considered to have as its effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market (which is prohibited under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union). Reference is made to the way of preventing the negative effects of the hindsight bias on the judicial process that is advocated in the US scholarly literature. Furthermore, a competitive method to restrain liability for consequences of poor commercial decisions, without direct connection to the concept of cognitive errors, is presented. The author calls into question the application of this method to cases involving cooperation that is harmful to competition.

Keywords: cognitive error; hindsight bias; cooperation; competitors; competition; liability

