



Studia z Polityki Publicznej

ISSN: 2391-6389

aklimcz@sgh.waw.pl

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Polonia

Surdej, Aleksander

Regulacyjne instrumenty w polityce publicznej

Studia z Polityki Publicznej, vol. 1, núm. 4, 2014, pp. 69-85

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Winiowa, Polonia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=663771555004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Regulacyjne instrumenty w polityce publicznej

Streszczenie

We współczesnych państwach cele polityki publicznej osiągane są coraz częściej przez zastosowanie instrumentów regulacyjnych. Istotne jest więc badanie ich właściwości teoretycznych, a także kontekstowe dookreślanie warunków skutecznego i efektywnego ich stosowania. W opracowaniu podjęta została próba analizy takich instrumentów regulacyjnych, jak standardy, miękkie prawo oraz samoregulacja. Wymienia się trzy rodzaje standardów regulacyjnych (celowe, wynikowe, specyfikacyjne). Wybór określonego standardu uwarunkowany jest często czynnikami kontekstowymi, a ponadto wiąże się z poważnym dylematem – czy powinny one być jednolite dla wszystkich podmiotów, które mają im podlegać, czy też powinny być zróżnicowane ze względu na pewne cechy regulowanych podmiotów. Autor analizuje tzw. „prawo niewiążące” (*soft law*) jako instrument regulacyjny, który jest stosowany zarówno w narodowych, jak i w międzynarodowych systemach regulacyjnych. Pojęcie to mieści się w granicach polityki regulacyjnej, a oznacza, że cele publiczne mogą być osiągnięte dzięki zastosowaniu miękkich, a czasami „nieformalnych” narzędzi, mogących okazać się w pewnych okolicznościach równie skutecznymi, jak typowe twarde narzędzia regulacyjne, które są opatrzone sankcją.

W artykule podjęta jest również problematyka samoregulacji, oznaczająca zespół reguł, które podmioty gospodarcze wytworzyły w sposób dobrowolny (nieformalnie) i uznają wzajemnie za obowiązujące. Mogą to być również reguły formalne (np. kodeksów zachowań), które są w pełni egzekwowalne przed sądem. W podsumowaniu stwierdza się, że wybór instrumentów polityki regulacyjnej powinien zależeć od oceny stopnia dojrzałości struktur instytucjonalnych funkcjonujących w gospodarce, a także od zdolności podmiotów do adekwatnej reakcji na rynkowe sygnały informacyjne.

Słowa kluczowe: polityka publiczna, regulacje, instrumenty w polityce publicznej, implementacja.

Regulatory instruments in public policy

Abstract

In contemporary states the aims of public policy are more often met through the implementation of regulatory instruments. It appears vital then to analyse their theoretical background as well as to contextually specify the conditions of their effective implementation. The following paper aims to conduct an analysis of the regulatory instruments such as standards, soft law along with self-regulation. There are three types of regulatory standards pointed out (goal-oriented, resultative, specific). The choice of a given standard often depends on context-specific factors, and additionally it involves an important dilemma, i.e. whether they should be unified for all the subordinate entities or differentiated in terms of the given features of the regulated entities. The author analyses the so-called 'soft law' as a regulatory instrument, which is implemented both in national and international regulatory systems. The term is used within the framework of regulatory policy and holds that the aims of public policy can be met through the application of soft, and sometimes 'informal' tools, that in certain circumstances might turn out to be equally effective as typical hard regulatory tools that are subject to sanction.

The article additionally aims to address the issue of self-regulation that encompasses a set of rules that economic entities have created in a voluntary way (informally) and reciprocally claim as legally binding. These can also entail formal rules (e.g. the codes of conduct) that are fully executed in courts. In the summary section it is claimed that the choice of regulatory instruments is the one that should be dependent on the level of maturity of the institutional structures functioning within an economy as well as the capacity of entities to adequately react to informative market signals.

Keywords: public policy, regulations, instruments in public policy, implementation.

Regulacje są względnie nowym pojęciem w nauce o polityce publicznej. Jego źródłosłów odsyła nas do pojęcia reguły, czyli wzoru działania nakazanego, zalecanego lub powszechnie stosowanego. W tym znaczeniu regulowanie polega na nadawaniu znamion przewidywalności interakcjom między przedsiębiorstwami, instytucjami publicznymi a obywatelami. Umożliwiają one wykluczenie z zakresu możliwych działań takich, które są niepożądane. Dzięki regulacjom powinny zanikać lub stawać się mniej częstymi działania, których skutkiem jest przykładowo zanieczyszczenie środowiska. W takiej sytuacji osiągnany jest cel publiczny (skutek dla zbiorowości) bez konieczności ponoszenia publicznych wydatków na oczyszczanie powietrza, wody czy gleby. W państwach demokracji liberalnej rządy dążą do zwiększenia społecznego dobrobytu poprzez wykorzystanie mechanizmu rynkowego i respektowanie zasady

dobrowolności transakcji oraz wprowadzają regulacje jedynie wtedy, gdy wymaga tego konieczność dostarczania dóbr publicznych, zmniejszania negatywnych efektów zewnętrznych lub ochrony ważnych wartości społecznych. Regulacje są narzędziami polityki publicznej i tak powinny być analizowane.

Był okres, kiedy badacze skierowali uwagę prawie wyłącznie na regulacje ekonomiczne, ale obecnie coraz częściej zwraca się ją również na obszary regulacji kwestii społecznych. „Regulacje ekonomiczne zazwyczaj odnoszą się do narzuconych przez rząd ograniczeń decyzji firm dotyczących cen, ilości oraz wejścia i wyjścia z rynku”¹. Regulacje ceny są najczęściej ustanawiane w odniesieniu do sektorów gospodarki, w których firmy działają w warunkach zbliżonych do monopolu. Głównym celem regulacji cenowej jest ochrona konsumentów przed monopolistycznymi praktykami producentów lub dostawców.

Dla regulacji ekonomicznych zasadnicze znaczenie ma kontrola liczby firm funkcjonujących na danym rynku poprzez udzielanie koncesji/licencji na prowadzenie działalności danego typu. Kontrola liczby firm może mieć miejsce „na wejściu”, poprzez nakładanie wymogu uzyskiwania administracyjnego pozwolenia na podjęcie działalności danego typu, lub „na wyjściu”, poprzez nakaz uzyskiwania zgody na rezygnację z prowadzenia regulowanej działalności.

O ile w wypadku regulacji ekonomicznych możliwe wydaje się skwantyfikowanie celu (oczekiwanego spadku cen), to w wypadku regulacji społecznych niezwykle trudno jest o określenie kiedy, lub w jakim stopniu, dany cel zostaje osiągnięty. Regulacje społeczne bowiem to takie, poprzez które chronimy rozproszonych odbiorców. Ich wartości – cenne, lecz często niewyraźne w pieniądzu – mogą zostać zagrożone na skutek działań podmiotów gospodarczych (komercyjnych), które wytwarzają negatywne skutki zewnętrzne. Na przykład regulacja zakazująca palenia w miejscach publicznych ma na celu ochronę przed tzw. biernym paleniem. Co więcej, zakaz taki zmniejsza możliwość zachorowania (skutki dla zdrowia) w odległej przyszłości (negatywne skutki mogące się pojawić w odległej przyszłości są często bagatelizowane), a skutek ten może wystąpić z nie do końca poznawalnym prawdopodobieństwem. W tym wypadku celem regulacji społecznej jest ochrona zdrowia, a instrumentem ograniczenie niechcianego kontaktu z dymem papierosowym poprzez wprowadzenie „standardu” zakazu palenia w miejscach publicznych.

¹ W. Kip Viscusi, J.M. Vernon, J.E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT, t. 2, 1995, s. 307.

Standardy jako narzędzia polityki publicznej

Standardy są normami określającymi obowiązkowy (zalecany) sposób działania lub normami określającymi obowiązkowe (zalecane) cechy produktu (i usługi). Efektywność stosowania standardów zależy od stopnia dopasowania ich charakterystyk do warunków, w których wdrażane są do polityki publicznej. Niektóre czynniki wpływające na efektywność wykorzystania standardów w polityce publicznej można zidentyfikować, korzystając z przykładu zastosowania standardów w regulacjach dotyczących ochrony środowiska.

Tworzenie regulacji w obszarze ochrony środowiska polega na ustanawianiu standardów emisyjnych (dopuszczalnej wielkości zanieczyszczeń) lub standardów procesu produkcji (dopuszczalnych sposobów produkcji). Zgodnie z ogólną zasadą efektywności ekonomicznej standardy powinny być ustalone na takim poziomie, aby ich wdrożenie przyniosło korzyści przewyższające poniesione koszty.

Określenie optymalnego poziomu standardów nie jest zadaniem łatwym. W odniesieniu do standardów ochrony środowiska jest to szczególnie trudne, gdyż wiele z korzyści płynących z ochrony środowiska ma niematerialny charakter (lub dotyczy odległej przyszłości), a kwantyfikacja tych korzyści jest sprawą i trudną, i budzącą metodologiczne oraz aksjologiczne kontrowersje².

W zrozumieniu zalet i wad standardów pomocne jest wyróżnienie różnych typów standardów i usytuowanie ich na osi metod regulacyjnych wyznaczonej przez dwa bieguny: biegun metod ekonomicznych (informacyjno-bodźcowych) oraz administracyjnych (takich jak na przykład zakazy administracyjne czy obowiązek uzyskania wcześniejszego zezwolenia).

Standardy można usytuować w środkowej części tej osi, co oznacza, że są one mniej restrykcyjne niż decyzje administracyjne. Natomiast nie wykorzystują one bodźców finansowych i informacji rynkowych w stopniu, w jakim czynią to metody ekonomiczne, takie jak podatki korekcyjne czy opłaty emisyjne.

Zaletą metod ekonomicznych, w przeciwieństwie do standardów, jest to, że nie nakładają one sztywnych ograniczeń na wybory podmiotów podlegających regulacjom. Wpływają jednak na finansową atrakcyjność różnych wariantów. Modyfikacja parametrów finansowych zachęca lub zniechęca do pewnych wyborów, jednakże wyborów tych jednoznacznie nie determinuje.

² Metodologia kompleksowej analizy społecznych kosztów i korzyści przedstawiona została w pracy A. Surdej, *Metoda analizy kosztów i korzyści: imperatyw efektywności w politykach publicznych*, w: *Środowisko i warsztat ewaluacji*, red. A. Haber, M. Szałaj, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008.

Tabela 1. Standardy na osi metod regulacyjnych

Stopień interwencji				
← niski				wysoki →
Metody ekonomiczno/ informacyjne	Standardy			Wcześniejsza decyzja administracyjna
	Celowe	Wynikowe	Specyfikacyjne	

Źródło: A. Ogus, *Standard Setting for Environmental Protection: Principles and Processes*, s. 26, w: *Environmental Standards in the European Union*, red. M. Faure, J. Vervaele, A. Weale, 1994, s. 25–37.

Innym sposobem regulacji jest dostarczanie regulowanym podmiotom określonych informacji. Mogą one dotyczyć niedostrzeganych przez nie konsekwencji wpływających z podejmowanej decyzji czy alternatywnych decyzji w tej samej sprawie. W ten sposób urzędy regulujące mogą zwiększać prawdopodobieństwo (lecz nie pewność), że regulowane podmioty podejmą działania zgodne z oczekiwaniami regulującego podmiotu.

Typy standardów

Standardy – w przeciwieństwie do metod ekonomiczno-informacyjnych – zobowiązują do spełnienia postawionych przez nie wymogów. Różnice pomiędzy standardami wynikają z różnic w tym, czego wymogi dotyczą. Ze względu na rodzaj wymogów wyróżnić można trzy typy standardów:

- celowe,
- wynikowe,
- specyfikacyjne.

W wypadku standardów celowych instytucja regulująca nakłada na regulowane podmioty obowiązek osiągnięcia pewnych celów (a gdy im się to nie udaje, stosuje kary), ale nie nakazuje (i nie zabrania) wyboru żadnej metody osiągnięcia założonego celu. Standardy wynikowe to takie, w których instytucja regulująca określa warunki, jakie musi spełnić dane przedsiębiorstwo albo produkt, natomiast sposób wypełnienia tych warunków pozostawia do decyzji podmiotu podlegającego regulacjom. Z kolei standardy specyfikacyjne mają to do siebie, że szczegółowo określają wymogi, które musi spełnić dany produkt czy proces produkcyjny. Mogą to być na przykład wymogi narzucające szczegółowy skład danego produktu lub szczegółowe cechy eksploatacyjne urządzenia.

O ile pomiędzy metodami ekonomiczno-informacyjnymi a standardami istnieje różnica jakościowa, to różnica pomiędzy wymogami standardów specyfikacyjnych a wcześniejszą administracyjną aprobatą jest raczej różnicą stopnia. W wypadku

standardów specyfikacyjnych podmioty spełniające te wymogi automatycznie otrzymują zgodę na rozpoczęcie działalności, podczas gdy taki automatyzm na ogół nie istnieje dla wymogu wcześniejszej zgody administracyjnej, a decyzja administracji może być mniej czy bardziej dyskrecyjna.

Spójrzmy na bardziej szczegółowe cechy poszczególnych typów standardów, a także sytuacje, kiedy ich zastosowanie wydaje się właściwe. Na przykład zastosowanie standardu celowego wydaje się wskazane wtedy, gdy podmiot regulujący nie zna wszystkich technologicznych uwarunkowań danej dziedziny działalności i chce „wykorzystać” wiedzę regulowanych podmiotów, aby osiągnąć cele regulacyjne w najbardziej efektywny sposób. Trzeba zaznaczyć, że stosowanie standardów celowych może się wiązać z wysokimi kosztami administracyjnymi zarówno po stronie regulatora, jak i podmiotu podlegającego regulacjom. Podmiot regulowany musi ponosić wysokie koszty administracyjne, gdy trudno jest określić związek między sposobem produkcji a stopniem spełnienia standardów celowych, na skutek czego podmiot regulowany może być zmuszony do gromadzenia szczegółowych informacji dotyczących sposobów swojego działania. Koszty administracyjne regulowanego podmiotu rosną także wtedy, gdy spełnienie standardów celowych w znacznej części zależy od sposobu działania innych podmiotów. Dodatkowy koszt wynika z konieczności uzyskiwania informacji o wpływie działania innych podmiotów na stopień wypełnienia wymogów regulacyjnych. Urząd regulujący z kolei może być zmuszony do ponoszenia wysokich kosztów administracyjnych kontroli wypełniania standardów celowych, gdy skutki działań regulowanych podmiotów są odległe w czasie lub rozproszone w przestrzeni.

Przyjrzyjmy się standardom wynikowym. Ich tworzenie jest trudniejsze dla urzędu regulującego niż tworzenie standardów celowych. Musi bowiem posiadać wiedzę o tym, czy i w jakim stopniu spełnianie warunków określonych w standardzie wpływa na osiąganie celów regulacyjnych. Jednakże gdy standardy wynikowe są już ustanowione, to są łatwiejsze do kontroli przez instytucje regulacyjne oraz rodzą mniej konfliktów w zakresie oceny stopnia ich wypełnienia niż standardy celowe.

Podstawową zaletą standardów specyfikacyjnych jest łatwość administrowania nimi. Ich zastosowanie umożliwia precyzyjne wyliczenie kosztów dostosowania się do regulacji, są one łatwiejsze do monitorowania, a same regulowane podmioty unikają niepewności co do tego, czy ich zachowania są zgodne z regulacyjnymi wymaganiami. Standardy specyfikacyjne są jednakże obciążone poważnymi wadami. Podmiot ustanawiający takie standardy musi znać najbardziej efektywny sposób osiągnięcia danego celu. Ich wprowadzenie wiąże się z zakazem stosowania innych metod, może więc działać dyskryminacyjnie wobec podmiotów, które charakteryzują się wysokimi kosztami wdrożenia standardu specyfikacyjnego, dając „regulacyjne

przewagi konkurencyjne” tym podmiotom, które charakteryzują się niższymi kosztami wdrożenia standardu specyfikacyjnego.

Wadą powyższych standardów jest także to, że mogą one stawać się szybko przestarzałe z technologicznego punktu widzenia. Wymagają więc częstych modyfikacji w celu uwzględnienia postępu w metodach produkcyjnych. Brak dostosowań lub opóźnienia w unowocześnianiu standardów specyfikacyjnych grożą tym, że mogą one oddziaływać antyinnovacyjnie.

Za i przeciw jednolitości standardów

Zastosowanie określonych standardów wiąże się z poważnym dylematem – czy powinny one być jednolite dla wszystkich podmiotów, które mają im podlegać, czy też powinny być zróżnicowane ze względu na pewne cechy regulowanych podmiotów (na przykład ze względu na ich lokalizację lub wielkość zatrudnienia)?

Za jednolitością standardów przemawiają cztery argumenty:

- są łatwiejsze w administrowaniu,
- mogą sprzyjać upowszechnieniu efektywniejszych metod produkcji (zwiększając prawdopodobieństwo eliminacji podmiotów cechujących się wyższymi kosztami wdrażania standardów),
- chronią instytucje regulacyjne przed koniecznością podejmowania negocjacji z regulowanymi podmiotami w celu określenia odrębnych wymogów regulacyjnych,
- chronią przed niebezpieczeństwem erozji standardów wskutek presji wynikającej z możliwych relokacji podmiotów podlegających regulacji z obszarów o wyższych do obszarów o niższych wymogach regulacyjnych.

Wskazane wyżej zalety jednolitości standardów powinny być oceniane z punktu widzenia kosztów ich stosowania. Koszty są wynikiem oddziaływania następujących czynników:

- braku dostosowania do sytuacji, w których straty społeczne nie wynikają wyłącznie z niespełnienia wymogów regulacyjnych przez jeden podmiot, lecz są wynikiem interakcji pomiędzy działaniami regulowanego podmiotu a czynnikami występującymi w otoczeniu owego podmiotu (w takiej sytuacji takie same działania regulowanych podmiotów mogą rodzić, w zależności od cech otoczenia, różne skutki, a jednolity standard nie jest w stanie różnorodności tej uwzględnić),
- nieuwzględniania potencjalnej różnorodności preferencji obywateli z różnych części kraju. Uznaje się bowiem, że standardy regulacyjne są narzędziami polityki państwa i są ustanawiane dla podmiotów działających w skali całego państwa (np. stopień czystości środowiska czy stopień bezpieczeństwa żywności dla całego kraju),

- nieuwzględniania istnienia zróżnicowanej gotowości do płacenia za ochronę regulacyjną. Innymi słowy, obywatele cechują się różną gotowością do płacenia wyższych cen za dobra spełniające podwyższone standardy regulacyjne,
- niebrania pod uwagę również tego, że różne regulowane podmioty mają odmienne koszty wypełniania standardów. W wypadku standardów ochrony środowiska jednym z głównych czynników różnicujących koszty dostosowania się do standardów jest wiek zakładu produkcyjnego, gdyż nowe technologie produkcyjne są zazwyczaj technologiami czystszyimi. Biorąc pod uwagę ten fakt i stosując zasady efektywności ekonomicznej, można postulować zróżnicowanie standardów ze względu na wiek zakładu produkcyjnego.

Tabela 2. Zalety i wady standardów o różnym stopniu szczegółowości

Cechy standardów	Standardy o dużym stopniu szczegółowości	Standardy o dużym stopniu ogólności
Możliwość kwantyfikacji	wysoka	niska
Koszty administracyjne	niskie	wysokie
Niepewność implementacji	niska	wysoka
Elastyczność (zdolność uwzględniania lokalnych warunków)	niska	wysoka
Złożoność	wysoka	niska
Czytelność dla obywateli	niska	wysoka

Źródło: opracowanie własne.

Dodatkową komplikacją analizy stosowania standardów regulacyjnych jest fakt, że są one często modyfikowane (uszczegółowiane) w trakcie ich implementacji. I tak akt prawny ustanawiający standard regulacyjny może formułować ów standard w sposób ogólny, a jego uszczegółowienie może przekazać agencji regulującej odpowiedzialnej za wdrażanie regulacji.

Zaletą rozwiązania polegającego na przekazaniu prawa do uszczegółowienia standardu podmiotowi wdrażającemu regulację jest stworzenie możliwości dostosowania standardów do zróżnicowanych warunków rynkowych, wadą natomiast jest wzrost niepewności co do jakości implementacji regulacji, groźba pojawienia się „regulacji powielaczowych” i groźba „przechwycenia regulacji” przez podlegające regulacji podmioty.

Miękkie prawo jako instrument polityki publicznej

Są sytuacje, kiedy nie można wprowadzić regulacji poprzez ustanowienie normy prawnej albo kiedy normy takiej nie można w sposób efektywny sformułować. Wówczas stosowane bywają normy prawa niewiążącego. Prawo niewiążące (*soft law*) stało się uznanym narzędziem regulacyjnym zarówno w narodowych, jak i w międzynarodowych systemach regulacyjnych. Pojęcie prawa niewiążącego jest stosowane po to, aby podkreślić, że cele polityki regulacyjnej mogą być osiągnięte dzięki zastosowaniu miękkich, a czasami nieformalnych narzędzi równie skutecznie jak wtedy, gdy stosowane są twarde, opatrzone sankcją narzędzia regulacyjne³. Prawo niewiążące jest sposobem regulowania, który może być przeciwstawiony twardemu, wiążącemu prawu (*hard law*), które jest egzekwowane przez administrację państwową i sądy.

F. Snyder definiuje prawo niewiążące jako „reguły zachowań, które w zasadzie nie mają prawnie wiążącej mocy, lecz które jednakże mają skutki praktyczne”⁴. Pojęcie prawa niewiążącego jest stosowane w odniesieniu do instrumentów regulowania na poziomie ponadnarodowym, a w szczególności w odniesieniu do Unii Europejskiej. Niektórzy badacze, na przykład B. Flynn, twierdzą, że Unia Europejska weszła w „erę prawa niewiążącego”, a jej podstawowym narzędziem regulacyjnym staje się publikowanie „dokumentów”, takich jak kodeksy zachowań, zalecenia ramowe, rezolucje, deklaracje, rekomendacje, opinie czy „białe księgi”, a potem stosowanie nieformalnej presji w celu doprowadzania do zgodności między oczekiwaniami zawartymi w tych dokumentach (prawo niewiążące) a zachowaniem regulowanych podmiotów⁵.

Z kolei M. Cini pisze, że prawo niewiążące jest preferowanym podejściem Komisji Europejskiej w odniesieniu do obszarów, w których „prawne i ekonomiczne wymogi rygorystycznego wdrażania regulacji na poziomie ponadnarodowym muszą być równoważone z polityczną koniecznością uzyskania międzyrządowego konsensusu”⁶.

³ Chociaż część prawników podważa sensowność posługiwania się pojęciem „prawa niewiążącego” – ich zdaniem prawo jest twardym prawem albo wcale nie jest prawem – to pojęcie prawa niewiążącego przyjęło się od końca lat 70. w analizach prawa publicznego, zob. K.C. Wellens, G.M. Borchardt, *Soft law in European Community law*, „European Law Review” 1989, no. 14, s. 268.

⁴ F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, „Modern Law Review” 1993, no. 56, s. 19–54.

⁵ B. Flynn, *Subsidiarity and the rise of “soft law” in EU environmental policy: beyond who does what, to what it is they actually do?*, w: *The European Policy Process, The Human Capital and Mobility Network Final Workshops*, University College Dublin, „Occasional Paper” 1997, no. 40, s. 2.

⁶ M. Cini, *The Soft Law Approach: Commission rule-making in the EU’s state aid regime*, „Journal of European Public Policy” 2001, vol. 8, no. 2, s. 192–207.

Najważniejszą zaletą stosowania prawa niewiążącego jest to, że:

- może służyć jako pomocna wskazówka dla administratorów stosujących regulacje,
- sprzyja wzrostowi spójności w procesie podejmowania decyzji w strukturach administracyjnych,
- poprawia stopień poinformowania opinii publicznej o postawach administratorów zajmujących się wdrażaniem regulacji,
- jest bardziej elastyczne i szybsze do sformułowania niż twarde prawo,
- może odnosić się do szerszych uwarunkowań polityki regulacyjnej i regulacyjnej filozofii, które trudno ująć w postaci przepisów prawa,
- daje możliwość regulacji obszarów, gdzie nie istniałaby możliwość regulacji⁷.

Zalety prawa niewiążącego (*soft law*) powinny zostać zestawione z wadami. Główną wydaje się być to, że prowadzi ono do miękkiej implementacji regulacji. Jeśli administracja regulacyjna nie posiada, albo nie chce stosować, twardych instrumentów egzekwowania regulacji, to jest zdana na dobrą wolę regulowanych podmiotów.

Wymieńmy dalsze wady stosowania prawa niewiążącego:

- groźba, że nie tworzy ono stabilnych podstaw dla prowadzenia spójnej polityki regulacyjnej,
- groźba, że sprzyja ono omijaniu organów ustawodawczych odpowiedzialnych za tworzenie polityki regulacyjnej, zmniejszając stopień demokratycznej legitymizacji polityki regulacyjnej,
- groźba, że zalecenia prawa niewiążącego (*soft law*) mogą być nieprecyzyjne i zwiększać stopień niejednoznaczności w relacjach agencja regulacyjna – regulowane podmioty.

Wady te, zdaniem J. Klabbersa, mogą stworzyć sprzyjające warunki dla nadużyć władzy regulacyjnej przez regulacyjną administrację⁸.

Ocena efektywności prawa niewiążącego wymaga starannej analizy kontekstu regulacyjnego. Tworzą go między innymi historia regulowania danej dziedziny i cechy regulowanych podmiotów. Jeśli dotychczasowe regulacje charakteryzowały się sztywnością wymagań i wysokimi kosztami wdrażania, to wzrost znaczenia prawa niewiążącego w regulowaniu danego obszaru może być uznany za zmianę umożliwiającą poprawę regulacyjnej efektywności. Prawo niewiążące jest wtedy alternatywą w stosunku do nakazu i kontroli jako metod regulacji administracyjnej.

Jeśli natomiast wśród podmiotów formułujących politykę regulacyjną nie istnieje zgoda co do konieczności stosowania twardych narzędzi regulacyjnych (tak dzieje się

⁷ Ibidem, s. 194.

⁸ J. Klabbers, *The Undesirability of Soft Law*, "Nordic Journal of International Law" 1998, vol. 67, no. 4, s. 381–391.

najczęściej w negocjacjach dotyczących ustanawiania ponadnarodowych regulacji), to prawo niewiążące może być etapem w przejściu od narodowej administracyjnej dyskrecjonalności do ponadnarodowej harmonizacji prawnych narzędzi regulacyjnych.

Dotychczasowe analizy pozwalają stwierdzić, że rośnie względna rola prawa niewiążącego. Regulowane podmioty reagują na symboliczne bodźce i nagrody, m.in. wzajemny szacunek, honor i nakaz bezwzględnego wywiązywania się z obietnic i zobowiązań⁹. Tego typu mechanizmy nie charakteryzują wyłącznie małych grup społecznych. Mogą one pełnić wspomagającą rolę w polityce międzynarodowej (nieprzestrzeganie nieformalnych norm postępowania może narazić na szwank międzynarodową reputację kraju) i w międzynarodowym biznesie (względ na międzynarodową reputację firmy może skłonić ją do dobrowolnego stosowania się do zaleceń regulacyjnych nawet wtedy, gdy nie stoi za nimi żadna karna albo administracyjna sankcja).

Badania regulacyjne wskazują na częste współwystępowanie wielu narzędzi regulacyjnych w danej dziedzinie. Fakt ten nie powinien dziwić, gdyż w polityce regulacyjnej, tak jak i w każdym innym typie polityki publicznej, analizy teoretyczne nakazują stosowanie zasady *policy mix*, czyli doboru odpowiedniego zestawu (odpowiedniego co do składu i proporcji) narzędzi prowadzenia danej polityki. Prawo niewiążące może współwystępować z twardym prawem jako uzupełniające się narzędzia prowadzenia polityki regulacyjnej.

Samoregulowanie (*self-regulation*)

Regulacje nie są wyłącznym narzędziem ograniczania niepożądanych efektów zewnętrznych działalności, na przykład przedsiębiorstw. We wszystkich współczesnych społeczeństwach wiele rodzajów działalności podlega samoograniczającej kontroli podmiotów prowadzących dany rodzaj działalności. Taka kontrola (lub inaczej samoograniczenie) jest nazywana samoregulacją. Przykładami dziedzin, w których samoregulacja odgrywa ważną rolę, są: reklama, zawodowe ligi sportowe, usługi finansowe i pewne korporacje zawodowe, takie jak prawnicy, lekarze czy doradcy podatkowi¹⁰.

⁹ Podobne czynniki ważne są w procesie tworzenia wiarygodnych zobowiązań, zob. A.K. Dixit, B.J. Nalebuff, *Thinking Strategically*, Norton Press, 1991, s. 158.

¹⁰ Jak zauważa T. Daintith „samoregulacji jako narzędzia polityk publicznych prawie że się nie spotyka w takich dziedzinach jak polityka energetyczna, znacznie częściej pojawia się ona natomiast w polityce zatrudnienia, gdzie na przykład układy zbiorowe odgrywają znaczną rolę w osiągnięciu celów publicznych...”, T. Daintith, *Legal Measures and Their Analysis*, w: *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, red. T. Daintith, Walter de Gruyter, Berlin 1988, s. 25–47.

Samoregulacje występują w wielu formach, które różnią się w zależności od:

- 1) stopnia autonomii organu samoregulacji względem urzędu regulacji administracyjnej (publicznej),
- 2) stopnia wymagalności regulacji,
- 3) stopnia zdolności do monopolizacji¹¹.

Samoregulacja może być zespołem prywatnych reguł obowiązujących w kilku firmach lub w całej branży czy też zespołem reguł, które, chociaż zostały sformułowane przez prywatne podmioty, podlegają kontroli ze strony publicznej administracji regulacyjnej. W pierwszym wypadku samoregulacja pozostaje całkowicie w domenie prywatnej, w drugim może być uznana za zadanie delegowane przez władzę publiczną, która zachowuje uprawnienia do kontroli stopnia wykonania delegowanych zadań. Kontrola ta może być sprawowana w rozmaity sposób: od nadania statutu instytucji samoregulującej, poprzez kontrolę wdrażania ustanowionych regulacji, po kontrolę mechanizmów partycypacji regulowanych podmiotów w ustanawianiu regulacji¹².

Wynikiem samoregulacji może być zespół reguł tworzonych i obowiązujących dobrowolnie (nieformalnie) lub zespół formalnych reguł w pełni egzekwowalnych przed sądem (np. kodeksów zachowań). Samoregulacja może być zbiorem reguł, które obowiązują w całej branży lub zespołem współistniejących z innymi reguł tworzonych na swój użytek przez konkurujące grupy. W pierwszym wypadku jest to sytuacja monopolu norm samoregulacyjnych, w drugim normy samoregulacyjne istnieją na swoistym rynku i do pewnego stopnia konkurują ze sobą.

W analizach regulacyjnych badane są zarówno warunki konieczne dla pojawienia się samoregulacji, jak i jej konsekwencje. Warunkiem powstania norm samoregulacyjnych są niskie koszty transakcyjne doprowadzenia do porozumienia pomiędzy podmiotami gospodarczymi, będącymi źródłem negatywnych efektów zewnętrznych, a podmiotami, które odczuwają te negatywne efekty¹³.

Z badań australijskich teoretyków polityki regulacyjnej, takich jak J. Braithwaite, N. Gunningham, P. Grabosky czy D. Sinclair, wynika, że samoregulacja jest wystarczającą metodą regulowania wtedy, gdy grupę podmiotów (przedsiębiorstw, ludzi) łączy „wspólne przeznaczenie”, czyli kiedy nieodpowiednie zachowanie jednostek (powstrzymywanie się od działań lub ich niska jakość) mogą zaszkodzić interesom zbiorowości, z którą te jednostki są vitalnie związane.

Opinia taka nie jest jednak zadowalająca, gdyż natychmiast nasuwa się pytanie o warunki, w których powstaje owa „wspólnota przeznaczenia” powstrzymująca

¹¹ A. Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1995, s. 97–108.

¹² R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 126.

¹³ A. Ogus, op.cit., s. 97–108.

oportunistyczne skłonności jednostek. Pytanie to odsyła nas do badań teoretyków działania zbiorowego, gdyż samoregulacja może być traktowana jako dobro publiczne (w tym wypadku dobro klubowe). W normalnych warunkach rynkowych, w sytuacji występowania na rynku wielu konkurencyjnych podmiotów, próby utworzenia norm samoregulacyjnych napotykają problem działań zbiorowych – rozkładu kosztów produkcji dobra publicznego, jakim jest samoregulacja. Spontaniczna samoregulacja jest zjawiskiem rzadkim¹⁴.

Problem samoregulacji staje się więc kwestią przezwyciężenia skłonności racjonalnych jednostek do powstrzymania się od oportunistycznego działania w celu realizacji własnych interesów wtedy, gdy może to zagrozić wspólnemu interesowi grupy.

Częściej niż spontanicznie samoregulacja powstaje w wyniku facylitującej interwencji państwa. Interwencja ta może polegać na zmniejszeniu kosztów transakcyjnych osiągania porozumienia między podmiotami gospodarczymi (na przykład poprzez finansowanie prac nad przygotowaniem norm samoregulacyjnych i ponoszenie kosztów administracyjnych przygotowania porozumienia) i/lub zagrożeniu ustanowieniem administracyjnych regulacji w wypadku, gdyby normy samoregulacyjne nie zostały ustanowione, wtedy można mówić o zjawisku „samoregulacji w cieniu regulacji administracyjnych”¹⁵.

Gdy samoregulacje już istnieją, to podstawowymi korzyściami istnienia ich norm są niższe koszty uzyskania informacji niezbędnej do formułowania i egzekwowania standardów regulacyjnych oraz niższe koszty kontroli ich wdrażania, niż koszty związane z formułowaniem i wdrażaniem administracyjnej regulacji.

Samoregulacja jest także przedmiotem krytyki. Oponenci wątpią w jej skuteczność, pytając jak zapewnić wiarygodność dobrowolnych zobowiązań. Inny nurt krytyki zwraca uwagę na to, że traktowanie samoregulacji jako narzędzia polityki regulacyjnej oznacza przyznanie grupom uprawnień władczych, które w demokratycznym państwie są zastrzeżone dla organów odpowiedzialnych przed wyborcami – parlamentu i rządu. W wypadku samoregulacji przyznanie uprawnień władczych nie idzie w parze z demokratyczną legitymizacją instytucji, które te uprawnienia otrzymały. Wreszcie, teoretycy ze szkoły ekonomicznych teorii regulacji wskazują, że samoregulacje mogą służyć do ograniczenia liczby uczestników danego rynku i do zapewnienia sobie nadzwyczajnych zysków.

¹⁴ E. Ostrom, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.

¹⁵ Termin ten jest parafrazą terminu „targowanie się w cieniu prawa” (*bargaining in the shadow of law*) stosowanego w wielu obszarach prawa dla opisu wpływu sankcji formalnych na stanowiska negocjacyjne targujących się stron, zob. G. Teubner, *Juridification: Concepts, aspects, limits, solutions*, w: *A Reader on Regulation*, red. R. Baldwin, C. Scott, Ch. Hood, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 422.

Można stwierdzić, że chociaż samoregulacja jest niekiedy przedstawiana jako samowystarczalny instrument regulacji, to – i należy się w tym zgodzić z T. Prosserem¹⁶ – jest to przesadne stwierdzenie, gdyż we współczesnych systemach regulacyjnych samoregulacja na ogół jest regulacją w cieniu innych metod. Można więc zasadnie stwierdzić, że we współcześnie istniejących systemach samoregulacja jest instrumentem uzupełniającym inne narzędzia regulacji.

Decyzja regulacyjna w gospodarce

Regulacje stały się utrwalonym sposobem kształtowania gospodarki. Są także reakcją politycznie zorganizowanych społeczeństw na pewne fundamentalne cechy gospodarki rynkowej¹⁷. Przy optymalizacji polityki i instrumentów regulacyjnych podstawową trudnością jest to, że zmieniają się cele regulacyjne, a także warunki społeczno-gospodarcze. Analizy oczekiwanych skutków regulacji nie powinny ograniczać się do normatywnych argumentów logicznych, lecz powinny być skontekstualizowane.

F.H. Easterbrook i D.R. Fischel zaproponowali interesujący sposób postępowania umożliwiający skontekstualizowane porównanie rozwiązań regulacyjnych z rozwiązaniami rynkowymi¹⁸. Ich zdaniem, każda decyzja regulacyjna (czy regulować?) i wybór narzędzia regulacyjnego (jak regulować?), powinna zostać poprzedzona analizą przebiegającą w następującej sekwencji kroków:

- stworzenie modelu rynku działającego bez podejmowania interwencji regulacyjnej,
- zidentyfikowanie potencjalnego uzasadnienia dla wykonania interwencji regulacyjnej,
- opracowanie alternatywy dla interwencji regulacyjnej.

Weźmy przykład ustawy o papierach wartościowych. W tym wypadku uzasadnieniem dla wprowadzenia regulacji jest zagrożenie oszustwami w transakcjach rynkowych i oszustwa informacyjne, które zmniejszają efektywność alokacyjną rynku. Jest pytanie, na ile firmy – bez odgórnych regulacji ustawowych – są zdolne do skutecznego sygnalizowania jakości papierów, które emitują oraz jakości projektów biznesowych, na które chcą pozyskać pieniądze z rynku kapitałowego oraz na ile potencjalni nabywcy ich papierów są zdolni do poprawnego odczytania sygnałów dotyczących jakości tych papierów.

¹⁶ T. Prosser, *Self-regulation, co-regulation and reform of media regulation in the UK*, referat na konferencję "Co-regulation of the Media in Europe", Florencja 6–7 września 2002.

¹⁷ A. Surdej, *Nowoczesne państwo a gospodarka rynkowa*, Instytut Obywatelski, Warszawa 2010.

¹⁸ Metoda ta została stworzona dla analizy amerykańskiej ustawy o obrocie papierami wartościowymi (The Securities Act) – F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Mandatory Disclosure and The Protection of Investors*, „Virginia Law Review” 1984, vol. 70, no. 4.

Teoretycznie, dobre i wiarygodne firmy mogą sygnalizować wysoką jakość (wysoki potencjał zysków przy danym poziomie ryzyka) emitowanych papierów poprzez przygotowanie odpowiednich materiałów czy uzyskanie opinii „strony trzeciej” – niezależnej instytucji weryfikującej podawane informacje. Jednakże strategia taka może być łatwo kopiowana przez innych emitentów, a potencjalny nabywca nie będzie w stanie samodzielnie zweryfikować wiarygodności podanych informacji.

Co więcej, specyfika oferowanego produktu (w wypadku narzędzi finansowych jest to obietnica przyszłych zysków) sprawia, że nie jest łatwo zweryfikować wiarygodność składanych zapewnień – wyniki przedsiębiorstw zależą przecież nie tylko od jakości projektu biznesowego i jakości zarządzania firmą, lecz także od ogólnego stanu koniunktury i niekontrolowanych czynników losowych. Weryfikacja taka może być przeprowadzona jedynie *ex post*, lecz i wtedy tylko w dużym przybliżeniu, gdyż za kryterium jakości wykonania projektu służy porównanie wyników danej firmy z wynikami jej bezpośrednich konkurentów.

Niekiedy wskazuje się, że troska firm o własny wizerunek jest najlepszym gwarantem jakości informacji udostępnianych potencjalnym inwestorom. Argument ten jest jednak obciążony wadą rozumowania błędnego koła, gdyż z jednej strony rzetelność informacji warunkuje jakość wizerunku, z drugiej zaś wizerunek wpływa na postrzeganą jakość udostępnianych informacji. W praktyce ta dwukierunkowa zależność staje się źródłem przewagi firm o ustalonej pozycji rynkowej, gdyż w ich wypadku utrwalona dobra reputacja rzutuje na postrzeganą jakość informacji.

Inną metodą sygnalizowania potencjalnym inwestorom jakości projektu i stopnia determinacji zarządu do jego realizacji jest przyjęcie przez menedżerów zobowiązania zakupienia akcji po wcześniej określonej cenie, najczęściej przewyższającej cenę emisji, dla podkreślenia istnienia silnych bodźców finansowych oddziałujących na zarząd. „Rynek” otrzymuje wtedy następujący sygnał – jeśli zwykli inwestorzy stracą na zakupie akcji, to menedżerowie stracą jeszcze więcej¹⁹. W tym wypadku analiza przedregulacyjnej sytuacji rynkowej pokazuje, że nabywcy papierów wartościowych mają możliwość świadomego wyboru poziomu ryzyka przy zakupie papierów wartościowych.

W następnym kroku należy ocenić prawdopodobne skutki funkcjonowania regulacji przyjętej dla przeciwdziałania oszustwom na rynku kapitałowym, pamiętając, że kosztowne są nie tylko działania regulacyjne, lecz także rynkowe zabezpieczenia przed oszustwami.

¹⁹ Obszerną analizę relacji pomiędzy oddziaływaniem motywacyjnym a sygnalizowaniem można znaleźć w pracy S.A. Ross, *The Determination of Financial Structure: The Incentive-Signaling Approach*, „The Bell Journal of Economics” 1977, vol. 8, no. 1, s. 23–40.

Wprowadzenie regulacji określających wymagania wobec firm przygotowujących emisję papierów wartościowych jest uzasadnione wtedy, gdy na skutek oddziaływania regulacji koszty emisji papierów wartościowych i koszty informacyjne związane z oceną ich wiarygodności przez potencjalnych nabywców są mniejsze niż koszty poniesione na dobrowolne, rynkowe działania wszystkich stron uczestniczących w obrocie rynkowym. Istnienie regulacji określających informacje, które muszą być udostępniane rynkowi, jest rozwiązaniem korzystnym dla firm nowych na rynku, które musiałyby ponieść znaczące koszty przekonania potencjalnych nabywców, a sami nabywcy nie byłiby pewni oceny jakości przedstawionych projektów.

Wprowadzenie regulacji rodzi koszty, które wynikają z tego, że regulowane podmioty muszą dostosować się do nakładanych na nie wymogów zawartych w regulacjach. Koszty wdrożenia regulacji rosną wraz ze wzrostem ich skuteczności (agencje regulacyjne muszą zatrudnić personel o wysokich kwalifikacjach, który będzie rozwijał metody identyfikacji naruszeń regulacji).

Optymalny poziom wdrożenia regulacji nie oznacza stuprocentowej skuteczności w zapobieganiu oszustwom: cel stuprocentowej skuteczności mógłby być osiągnięty jedynie wtedy, gdy na jego realizację przeznaczono by wielkie nakłady, których krańcowa efektywność malałaby. Niedobre jest także suboptymalne wdrażanie regulacji, to znaczy sytuacja, gdy na jej wdrażanie przeznacza się za mało środków. Regulacje muszą być poprawnie uzasadnione i w optymalnym stopniu wdrożone.

Analiza efektywności instrumentów regulacyjnych powinna brać pod uwagę jeszcze dwie kwestie. Pierwszą z nich jest groźba petryfikacji błędnych decyzji regulacyjnych, gdyż w przeciwieństwie do procesów rynkowych regulacje nie podlegają mechanizmowi automatycznej korekty błędów. Przeciwnie, regulacje ustanowione na podstawie błędnych przesłanek w sposób nieefektywny (tj. suboptymalnie lub nadmiernie rygorystycznie) tworzą nowe konstelacje interesów, których podmioty są zainteresowane ich trwaniem. Drugą kwestią jest trudność dokonywania porównawczej oceny efektywności regulacji w sytuacji istnienia lokalnych monopolii polityczno-administracyjnych.

Podsumowując, należy stwierdzić, że wybór instrumentów polityki regulacyjnej powinien zależeć od oceny stopnia dojrzałości struktur instytucjonalnych funkcjonujących w gospodarce, a także od zdolności podmiotów do adekwatnej reakcji na rynkowe sygnały informacyjne. Im gospodarka jest bogatsza w instytucje ułatwiające niezakłócony przebieg procesów rynkowych, tym mniejsze jest uzasadnienie dla regulacyjnej interwencji państwa. Im lepiej aktorzy gospodarczy radzą sobie z przewidywaniem konsekwencji własnych zachowań (i rynkowym ubezpieczeniem

się przed negatywnymi konsekwencjami takich zachowań), tym słabsze jest uzasadnienie dla stosowania twardych instrumentów regulacyjnych typu nakaz i kontrola.

Bibliografia

- Baldwin R., Cave M., *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Cini M., *The Soft Law Approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime*, "Journal of European Public Policy" 2001, vol. 8, no. 2.
- Daintith T., *Legal Measures and Their Analysis*, w: *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches*, red. T. Daintith, Walter de Gruyter, Berlin 1988.
- Dixit A.K., Nalebuff B.J., *Thinking Strategically*, Norton Press 1991, wyd. polskie: *Myslenie strategiczne*, ONE Press, 2009.
- Easterbrook F.H., Fischel D.R., *Mandatory Disclosure and The Protection of Investors*, "Virginia Law Review" 1984, vol. 70, no. 4.
- Klabbers J., *The Undesirability of Soft Law*, "Nordic Journal of International Law" 1998, vol. 67, no. 4.
- Ogus A., *Standard Setting for Environmental Protection: Principles and Processes*, w: *Environmental Standards in the European Union*, red. M. Faure, J. Vervaele, A. Weale, 1994.
- Ogus A., *Rethinking Self-Regulation*, "Oxford Journal of Legal Studies" 1995.
- Ostrom E., *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge UP 1990.
- Ross S.A., *The Determination of Financial Structure: The Incentive-Signaling Approach*, "The Bell Journal of Economics" 1977, vol. 8, no. 1.
- Snyder F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, "Modern Law Review" 1993, no. 56.
- Surdej A., *Metoda analizy kosztów i korzyści: imperatyw efektywności w politykach publicznych*, w: *Środowisko i warsztat ewaluacji*, red. A. Haber, M. Szałaj, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008.
- Surdej A., *Nowoczesne państwo a gospodarka rynkowa*, Instytut Obywatelski, Warszawa 2010.
- Teubner G., *Juridification: Concepts, aspects, limits, solutions*, w: *A Reader on Regulation*, red. R. Baldwin, C. Scott, Ch. Hood, Oxford University Press, Oxford 1998.
- Viscusi W.K., Vernon J.M., Harrington J.E., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT, wyd. 2, 1995.
- Wellens K.C., Borchardt G.M., *Soft law in European Community law*, "European Law Review" 1989, no. 14.