

Przemysław BRZUSZCZAK*

 0000-0002-5922-8494

Regulacja oparta na ryzyku jako refleksyjna strategia regulacyjna¹

Streszczenie: Celem artykułu jest próba przedstawienia założeń koncepcji *risk-based regulation*, wskazanie w jej obrębie zagadnień wymagających dalszych studiów i wstępnych rozpoznań co do możliwości przełożenia powyższej strategii regulacyjnej na sferę praktyki gospodarczej. Tę ostatnią kwestię można by roboczo sprowadzić do namysłu nad tym, czy regulatorzy i przedsiębiorcy funkcjonujący w kontynentalnym modelu regulacyjnym (opartym przede wszystkim na modelu *command and control*) są gotowi na wdrożenie koncepcji wywodzących się i realizowanych, bądź co bądź, w anglosaskim kręgu kulturowym (głównie Australia, Kanada, Wielka Brytania). W artykule wskazano uwarunkowania natury organizacyjnej, politycznej, infrastrukturalnej czy wolicjonalnej, jakie powinny być spełnione, by możliwa była implementacja modelu regulacji opartej na ryzyku (*risk-based-regulation*) – jednej z trzech strategii refleksyjnych wyróżnianych w piśmiennictwie. Refleksyjne reżimy regulacyjne sprawdzają się bowiem w państwach, w których regulatorzy cieszą się znaczną autonomią, niezależnością, a ich kadry składają się z profesjonalistów odrzucających „urzędniczą rutynę”. Owa refleksyjność strategii regulacyjnych zasada się natomiast na zarządzaniu ryzykiem, a nie na zapewnieniu zgodności z przepisami (*compliance*), co jest charakterystyczne dla modelu kontynentalnego.

Słowa kluczowe: refleksyjność, regulacja oparta na ryzyku, refleksyjne strategie regulacyjne

* Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Polska; Uniwersytet Warszawski, Polska, e-mail: przemyslawbrzuszczak@gmail.com

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu badawczego „Modele prawnej regulacji ryzyka w świetle teorii refleksyjności” (nr projektu: 2016/23/B/HS5/00873) finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, konkurs OPUS 12. Wszystkie fragmenty angielskojęzyczne i niemieckojęzyczne wykorzystane w artykule stanowią autorskie tłumaczenie.

Kody klasyfikacji JEL: K20, K23

Artykuł złożony 16 grudnia 2019 r., w wersji poprawionej nadesłany 10 kwietnia 2020 r.,
zaakceptowany 16 lipca 2020 r.

Risk-Based Regulation as a Reflexive Regulatory Strategy

Abstract: This article is an attempt to outline the concept of risk-based regulation and to identify issues that require further study and preliminary examination on how this kind of regulatory strategy can be translated into business practice. This last issue could tentatively be reduced to reflecting on whether regulators and undertakings operating in the continental regulatory model (based primarily on a command-and-control model) are ready-to-implement concepts derived from and used in English-speaking countries, mainly Australia, Canada and the United Kingdom. The article identifies the organisational, political, infrastructural and volitional conditions that need to be met in order to allow the implementation of the risk-based-regulation model, one of three reflexive strategies referred to in the literature. Reflexive regulatory systems have proven to be successful in countries where regulators enjoy considerable autonomy and independence and where staff is composed of professionals who do not adhere to the “official routine.” On the other hand, the reflexive character of the regulatory strategy is based on risk management, and not on compliance, which is characteristic of the continental model.

Keywords: reflexivity, risk-based regulation, reflexive regulatory strategies

JEL classification codes: K20, K23

Article submitted December 16, 2019, revision received April 10, 2020,
accepted for publication July 16, 2020.

Wprowadzenie

Zmieniające się uwarunkowania prowadzenia działalności gospodarczej nie stanowią wyzwania jedynie dla przedsiębiorstw, ale także – a może przede wszystkim – dla instytucji pełniących funkcje regulatorów. O ile kategoria efektywności, rozumiana jako maksymalizacja korzyści ekonomicznych, przyświeca podmiotom ze świata biznesu, nie jawi się ona jako oczywista dla organów władzy publicznej. Te reagują zwykle z opóźnieniem wynikającym choćby z dystynktywnej dla biurokracji obrony *status quo*. Zmiana niesie bowiem za sobą kontestację dotychczasowych zwyczajów, utartych procedur czy nastawienia ze strony urzędników. W celu przełamania tych schematów wysunięto koncepcję regulacji opartej na ryzyku (*risk-based regulation*). Przemiany w życiu gospodarczym i społecznym przyjmują coraz częściej postać refleksyjną. Co istotne, w przekonaniu autora, owa „modernizacja refleksyjna” [Beck, Giddens, Lash, 2009] nie odnosi się jedynie do sfery postulatywnej, normatywnej („jak być powinno?”), lecz także – co mniej widome – do domeny deskryptywnej („jak jest?”). Różne instytucje mimowolnie internalizują potrzebę refleksyjności, dostrzegają jej, by tak rzec, nieodzowność.

Ryzyko jest obecnie jedną z najważniejszych kategorii organizujących sferę publiczną. Dużą w tym zasługą Ulricha Becka i jego „społeczeństwa ryzyka” [Beck, 2003]. Znamienne, że wokół pojęcia ryzyka polemiki toczą już nie tylko przedstawiciele dyscyplin tradycyjnie identyfikowanych z tym terminem, czyli nauk o bezpieczeństwie, nauk o zarządzaniu, nauk ekonomicznych. Ekspansja problematyki ryzyka jest widoczna w tym kontekście na dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich, już zasygnalizowana, to włączenie zagadnienia ryzyka do głównego nurtu badań w naukach prawnych, socjologii, politologii, informatyce czy psychologii – by wymienić te dyscypliny jedynie tytułem przykładu. Druga ze wzmiankowanych płaszczyzn to rozszerzenie materii ryzyka na nowe obszary badań w obrębie – obok już wymienionych nauk o bezpieczeństwie, nauk o zarządzaniu czy nauk ekonomicznych – nauk wojskowych, biotechnologii, ochrony środowiska, technologii żywności, geofizyki, medycyny czy dziedziny nauk inżynierskich.

W turbulentnej rzeczywistości przeraża nie tyle „niewiedza” – kiedy to możliwe jest określenie tego, czego jeszcze nie wiemy i co powinniśmy ustalić (np. skuteczne terapie antynowotworowe, dokładniejsze systemy ostrzegania przed katastrofami naturalnymi, uniwersalny specyfik na wypadanie włosów). O wiele bardziej zatrważa nasza „niewiedza niewiedzy”, czyli to, że nie potrafimy jeszcze określić obszarów niewiedzy. Przy tym tak nieświadomość ryzyka, jak i jego świadomość same w sobie są już ryzykiem [Giddens, 2008, 88]. Strategia regulacji opartej na ryzyku ma być w pewnym stopniu odpowiedzią na ów dylemat antycypacyjny. Rzecz jasna, program ten to – w obliczu ogromu niepewności – zaledwie półśrodek, „nowinka” conceptualna. Obok przedstawienia jego genezy, charakterystyki, zastosowań, podejmę pokrótce próbę jego krytyki. Zasadne wydaje się w tym miejscu postawienie pytania, czy *risk-based regulation* nie jest przypadkiem, jak to ujęła Julia Black, „[...] przyodzianiem starych systemów i procesów w nowe, modniejsze ubrania” [Black, 2010: 188].

Gwoli uporządkowania tych wstępnych uwag, obok omawianej tu strategii *risk-based regulation* godzi się wskazać dwa pozostałe programy refleksyjne wyróżniane w literaturze przedmiotu – metaregulację (*meta-regulation*) [Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 146–157; Grabosky, 2017; Simon, 2017] i regulację responsywną (*responsive regulation*) [Baldwin, Black, 2010; Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 259–280; Braithwaite, 2011; Ayres, 1992]. Rozważania poświęcone koncepcji regulacji opartej na ryzyku wypadałoby podzielić zasadniczo na dwie fazy – stadium jej opracowania oraz etap wdrożenia. Gdy idzie o tę drugą płaszczyznę, wydaje się, że trudno, na razie, o daleko idące wnioski co do jej skuteczności. Stąd też spostrzeżenia na ten temat w niniejszym artykule mają w pewnym stopniu charakter spekulatywny, niemniej znajdują oparcie tak w piśmiennictwie dotyczącym refleksyjnych programów regulacji ryzyka, jak i w praktyce państw stosujących model *risk-based regulation*. Ze względu na ramy edytorskie artykułu, prezentacja tej koncepcji, siłą rzeczy, zostanie ledwie zarysowana, a wybór elementów dyskusji na jej temat ma charakter mocno arbitralny.

Geneza strategii regulacji opartej na ryzyku

Ustalenie genezy regulacji opartej na ryzyku nie jest zadaniem prostym. Jakkolwiek w literaturze przedmiotu za cezurę zwykło się uznawać rok 2005, kiedy to opublikowano raport Philipa Hamptona [Hampton, 2005], wyłonienie się tej koncepcji należy umiejscowić na szerszym tle debaty wokół roli państwa w gospodarce i transformacji administracji publicznej. W latach 80. minionego stulecia znaczną popularność zyskały dwie doktryny utożsamiane z profesjonalizacją działań podmiotów publicznych. Idzie tu o idee Nowego Zarządzania Publicznego (*New Public Management*, NPM) [Barzelay, 2002; Christensen, Laegreid, 2003] i Nowej Administracji Publicznej (*New Public Administration*, NPA) [Sześciło, 2014]. W największym skrócie – zasadały się one na przeniesieniu pewnych rozwiązań czy priorytetów z sektora prywatnego do sfery publicznej [Hutter, 2005: 1–3]. W tym kontekście pojawiają się najczęściej takie hasła jak efektywność, konkurencyjność, racjonalizacja wydatków, zdecentralizowany model zarządzania. Temu wszystkiemu towarzyszy przekonanie o potrzebie ukształtowania silnych, niezależnych instytucji, zachowujących daleko posuniętą autonomię w stosunku do czynnika politycznego, sprawnie reagujących na nietypowe sytuacje. Słowem – akcent zostaje wyraźnie przesunięty z *government* na *governance*. Te dwie kategorie, niegdyś traktowane nieomal synonimicznie, zostały od siebie odseparowane.

Matecznikiem *New Public Management*, a co za tym idzie – *risk-based regulation*, są państwa obszaru *common law*, zwłaszcza Wielka Brytania, Kanada, Australia. Specyfika anglosaskiej kultury prawnej uwydatnia się w obu tych konstrukcjach teoretycznych. Większy nacisk kładzie się tu na bieżące zarządzanie (w szczególności sytuacjami kryzysowymi), a nie na spisane reguły – tak przecież emblematyczne dla systemu prawa kontynentalnego. Nowe Zarządzanie Publiczne zaistniało również, przynajmniej jako moda intelektualna, w państwach „trzeciej fali demokracji” [Huntington, 1991]. Szczególnie miejsce na tej mapie zajmują kraje Europy Środkowo-Wschodniej, gdzie przełom 1989 r. wyzwolił procesy prywatyzacyjne i reprivatyzacyjne, konieczność powołania urzędów antymonopolowych czy też profesjonalizację kadry urzędniczej (koncept służby cywilnej).

Wspomniany wyżej raport Hamptona, przygotowany na zlecenie brytyjskiego rządu, jest pierwszą tak rozbudowaną prezentacją założeń strategii regulacji opartej na ryzyku [Baldwin, Black, 2010: 182–183, 189]. Z czasem do idei *risk-based regulation* coraz częściej nawiązywały organizacje międzynarodowe, w szczególności Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) [OECD, 2012] i Unia Europejska (za sprawą Komisji Europejskiej) [KE, 2009]. Nie sposób w tym kontekście nie przywołać kryzysu finansowego (z 2007 r. i lat następnych), który zmienił optykę praktyk regulacyjnych. Środowiska eksperckie i opinia publiczna w ogóle wymogły na rządach, pod wpływem skandalizujących wydarzeń na rynkach finansowych, pewną reorientację w zakresie działań nadzorczych władzy publicznej. Anglosaskie „miękkie”

reżimy regulacyjne znalazły się w głębokiej defensywie, osiągnął je swego rodzaju kryzys wizerunkowy.

Koncepcja *risk-based regulation* została podchwycona i rozwinięta przede wszystkim przez takich badaczy jak Robert Baldwin [Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 281–295], Julia Black [Baldwin, Black, 2010; 2012; 2016; Black, 2004; 2005; 2010], Bridget M. Hutter [Hutter, 2005], związanych z Centre Assessment for Risk Regulation (CARR) w London School of Economics². Znamienne dla tej strategii regulacyjnej jest zdominowanie dyskusji na jej temat właśnie przez autorów wywodzących się z obszaru Wspólnoty Narodów. W polskiej literaturze przedmiotu właściwie brak namysłu nad tym konceptem, poza pracami Stanisława Kasiewicza (na gruncie nauk ekonomicznych) [Kasiewicz, 2015; 2016: 72–80] i Macieja Pichlaka (w zakresie nauk prawnych) [Pichlak, 2019: 219–228].

Biorąc pod uwagę poczynione wyżej uwagi, narodziny programu regulacji opartej na ryzyku należałoby zatem umiejscowić w połowie pierwszej dekady XXI w. W ciągu kolejnych lat mieliśmy do czynienia ze znaczącym wzrostem skali ryzyka. Tak więc strategia *risk-based regulation* może być zdecydowanie lepiej wykorzystana obecnie (jak i mogła być sensowniej skanalizowana w latach 2005–2020), niż wydawało się to z perspektywy 2005 r., który uchodzi za cezurę początkową dla tej koncepcji.

Charakterystyka strategii regulacji opartej na ryzyku

Gdyby chcieć w najkrótszy sposób zdefiniować regulację opartą na ryzyku, można by pokusić się o następujące wyjaśnienie – to taka strategia regulacji, która koncentruje się na zarządzaniu ryzykiem, polegając na rozumności regulatora, zamiast czynić to za pomocą nieelastycznej (z punktu widzenia współczesnych wyzwań) legislacji. Specjalista od logiki prawniczej zapewne doszukałby się w proponowanej definicji błędu *idem per idem*, niemniej powyższe objaśnienie intuicyjnie dość dobrze oddaje sens programu *risk-based regulation*. Jednocześnie – jak zauważa już przywołany Pichlak – „[...] pojęcie regulacji opartej na ryzyku jest zakresowo węższe od pojęcia regulacji ryzyka, stanowiąc szczególną odmianę tego ostatniego. Można stwierdzić, że z omawianą strategią mamy do czynienia tam, gdzie nie tylko reguluje się pewne ryzyko, ale gdzie świadomie ryzyko stawiane jest w centrum strategicznych wyborów regulacyjnych” [Pichlak, 2019: 221]. To dość świeże podejście do roli regulatorów, choćby w stosunku do starszych strategii – regulacji bezpośredniej (*command and control*) i regulacji opartej na zasadach (*principles-based regulation*).

Trudno zaprezentować zamknięty, niebudzący wątpliwości katalog cech, jakie powinna mieć regulacja oparta na ryzyku. W piśmiennictwie wskazuje się, ze zmiennym naciskiem, na różne jej przymioty [Baldwin, Cave, Lodge,

² <http://www.lse.ac.uk/accounting/CARR/> [dostęp: styczeń 2019].

2012: 281–283; Baldwin, Black, 2010: 184–185; Black, 2005; Kasiewicz, 2015: 197–199; 2016: 73–74; Pichlak, 2019: 222–223]. Na podstawie przeglądu tej literatury wyróżniłbym dziesięć najistotniejszych właściwości.

Po pierwsze, *risk-based regulation* zakłada bardziej partnerski model relacji między regulatorem a podmiotami regulacji, niż to jest w przypadku programu *command and control*. W odróżnieniu od innych refleksyjnych strategii regulacyjnych, choćby metaregulacji i regulacji responsywnej, regulacja oparta na ryzyku ma w sobie jednak większy pierwiastek konfliktowości. Schemat tych oddziaływań można określić jako semiwertyczny, bardziej hierarchiczny aniżeli horyzontalny.

Po wtóre, skuteczność aplikacyjna omawianej tu strategii regulacyjnej jest największa w warunkach możliwie dużej niezależności organów nadzoru poszczególnych rynków [Kmieciak, 2009]. Wpływ czynników politycznych – a na gruncie polskich doświadczeń wręcz partyjnych – na funkcjonowanie regulatorów powinien być niewielki. „Niewielki”, bo całkowita separacja tych aktorów życia publicznego jest raczej niemożliwa. Ryzyko polityczne przedstawia się jako największe zagrożenie dla właściwej realizacji założeń *risk-based regulation*. Stąd też ów element stanowi bodaj największy zarzut pod adresem tej strategii, wokół niego ogniskują się głównie wszelkie analizy krytyczne. Innymi słowy – niełatwo formułować postulaty co do pożądanego kształtu *risk-based regulation* (sfera normatywna), równolegle abstrahując od złożonej rzeczywistości politycznej (wymiar deskryptywny).

Po trzecie, program regulacji opartej na ryzyku jawi się nieomal jako obietnica, triumf merytokracji czy też dobrze pojmowanego technokratyzmu. W procesach wdrożeniowych *risk-based regulation* powinni uczestniczyć zarówno rozważni urzędnicy (tacy, których zwykliśmy oceniać jako „państwowców”), jak i nie mniej konstruktywni pracownicy podmiotów, których działalność podlega limitacji. Kanały komunikacji między nimi muszą być drożne, a osoby te responsywne. Można by porównać ich do drużyny piłkarskiej – w miarę równej, gdy idzie o poziom sportowy zawodników, ich refleks na boisku (komentatorzy sportowi posługują się w tym kontekście określeniem *timing*), dysponującej rozbudowaną bazą treningową i której kibice są dalecy od skłonności do ekscesów, a rozgrywki ligowe wolne od skandali korupcyjnych z udziałem prominentnych działaczy.

Po czwarte, takie instrumenty organów nadzoru jak inspekcje i sankcje powinny być traktowane jako ostateczność. Przesłanki do podjęcia tego rodzaju środków muszą być przekonujące, wiarygodne. Przy tym pożądanym jest minimalizowanie obciążeń administracyjnych, na co dzień odciągających uwagę od istoty sprawy – adekwatnej oceny ryzyka. Równocześnie rekomenduje się, aby podmioty uchylające się od współdziałania z regulatorem ponosiły stosowne konsekwencje (funkcja prewencyjna *sui generis*).

Po piąte, zaleca się, by regulatorzy wyzbyli się niejako pokusy karania tych podmiotów, które realistycznie, a nawet przesadnie, oceniają ryzyko w prowadzonej przez siebie działalności. Wszystko to w opozycji do tych przedsiębiorstw, które zbyt optymistycznie szacują ryzyko, chcąc uniknąć wzmożonej

obserwacji ze strony organów regulacyjnych. W tak zakreślonych okolicznościach pojawia się naturalna chęć skupiania uwagi na, z reguły większych, podmiotach przedkładających rzetelne analizy ryzyka. Tym samym występują tu zjawiska tak dobrze rozpoznane przez ekonomistów jak efekt gapowicza (*free-rider problem*) czy tragedia wspólnego pastwiska (*tragedy of the commons*). Rolę gapowiczów pełnią tutaj przedsiębiorstwa stosujące „kreatywną” ewaluację ryzyka, nieprzystającą do realiów ekonomicznych, natomiast wspólnym pastwiskiem są tu poszczególne rynki regulowane. Zasygnalizowane wyżej okoliczności, częstokroć trudne do uniknięcia z przyczyn natury mentalnej, uderzają wprost w zasadę wolnej konkurencji.

Po szóste, konieczne wydaje się wyważenie proporcji między zastosowaniem do oceny ryzyka metod ilościowych a wykorzystaniem metod jakościowych, ze wskazaniem na te ostatnie. Jak pisze Julia Black: „Tradycyjnie regulatorzy i wywodzący się z nich audytorzy skrupulatnie liczyli to, co zrobili: liczbę przeprowadzonych kontroli, liczbę wydanych powiadomień, liczbę wszczętych postępowań, liczbę podjętych rozstrzygnięć i wysokość nałożonych grzywien” [Black, 2010: 218]. Kłopot polegał na tym, że nie wiedzieli, co z tymi danymi zrobić, jak je wykorzystać do poprawy relacji między nimi a podmiotami podlegającymi nadzorowi. Za ilustrację powyższego na gruncie polskim niech posłuży praktykowana ocena skutków regulacji (OSR) [Szpringer, Rogowski, 2007]. Niekiedy przybiera ona postać bezrefleksyjnego rytuału, sprowadza się do wypełnienia stosownych formularzy wieloma niewiele mówiącymi liczbami, zaznaczeniem jednej z dwóch opcji: tak/nie. W kalkulacjach poszczególnych rodzajów ryzyka wciąż zbyt często widoczny jest „przechył” w kierunku którejś z konkurujących perspektyw. Z jednej strony – siermiężna próba wszelkiej kwantyfikacji, z drugiej – inklinacje ku powierzchownym, nierzadko woluntarystycznym, analizom jakościowym. Objawia się tu jakby odwieczny konflikt – naturalizm (scjentyzm) vs antynaturalizm (antypozytywizm) [Czarny, 2004; 2007; 2010; 2013; Durkheim, 2011; 2014].

Po siódme, w kręgach eksperckich podnosi się konieczność uniknięcia sytuacji, w której dublują się kompetencje poszczególnych organów zainteresowanych „wyceną” ryzyka. Takie okoliczności sprawiają, że podmioty prowadzące działalność na rynkach regulowanych mogą otrzymywać sprzeczne zalecenia, co czyni program *risk-based regulation* kontrproduktywnym. Wzmiankowana wadliwość prakseologiczna występuje również, gdy instytucje nadzorcze w podobnych przypadkach stosują odmienne reżimy sankcyjne. Przykładem pewnej niezdrowej rywalizacji między nimi jest kazus Polski. Z jednej strony działa urząd antymonopolowy – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z drugiej – regulatorzy branżowi, pośród których wyróżnia się „silna” Komisja Nadzoru Finansowego, zajmująca się skomplikowanymi i rozbudowanymi rynkami [Alexander, Dhumale, Eatwell, 2006; Black, 2005: 521–522; Zawadzka, 2017].

Po ósme, strategię regulacji opartej na ryzyku praktykuje się zasadniczo w trzech stadiach. Pierwsze z nich to autoewaluacja ryzyka dokonana przez

podmioty funkcjonujące na rynkach regulowanych. Przygotowują one prognozy, w których powinny możliwie wieloaspektowo i wielowariantowo ocenić swoją działalność na krajowej i – jeśli mamy do czynienia z internacjonalizacją przedsiębiorstw – międzynarodowej mapie zagrożeń. Następnie przekazują je do właściwych regulatorów, którzy z kolei konfrontują te analizy z własnymi szacunkami, zadają pytania w odniesieniu do otrzymanych raportów, przedstawiają swoje wątpliwości, nadają rangi poszczególnym ryzykom, ewentualnie oczekują modyfikacji zawartych w tych dokumentach założeń. Trzeci etap to – w przeciwieństwie do dwóch pozostałych (perspektywa *ex ante*) – konfrontacja wcześniejszych ustaleń z rzeczywistością po upływie pewnego okresu (perspektywa *ex post*). Odbywa się to, znów, poprzez mechanizm kooperacji podmiotów regulowanych i instytucji nadzoru.

Po dziewiąte, szacowanie ryzyka w świetle koncepcji *risk-based regulation* ma charakter holistyczny. Odbywa się to na dwóch poziomach. Pierwszy z nich to ocena inter-, jeśli nie wręcz transdyscyplinarna (z użyciem metod i technik specyficznych dla różnorodnych dyscyplin). Drugi ze wskazanych poziomów ewaluacji polega na oszacowaniu zarówno poszczególnych rodzajów ryzyka, jak i – szerzej – ryzyka systemowego czy też instytucjonalnego. Trzeba przy tym zastrzec, że ryzyka te, podobnie jak inne kategorie organizujące „płynne czasy” (m.in. media społecznościowe, wojny hybrydowe, asymetryczne zagrożenia), ignorują w jakimś stopniu granice państwowe [Beck, 1997: 18–19]. Autonomizują się w stosunku do krajowego porządku normatywnego i tego międzynarodowego rozumianego w tradycyjny sposób (jako relacje międzypaństwowe).

Last but not least – ryzyko w koncepcji *risk-based regulation* i przyjęta przez jej adresata metoda zarządzania nim zastępuje reguły lub zasady w roli podstawowego standardu oceny działalności podmiotów regulowanych. Być może to najważniejsza różnica między refleksyjnymi strategiami regulacji, typowymi dla krajów anglosaskich, a stosowanymi w kontynentalnej kulturze regulacyjnej.

Krytyka strategii regulacji opartej na ryzyku

Strategia regulacji opartej na ryzyku to odpowiedź na przeciążenie tak podmiotów gospodarczych, jak organów nadzorczych ogromem, często niezwykle kazuistycznych, przepisów. Wydawać by się mogło, że owa legislacyjna szczegółowość służy transparentności procedur, powtarzalności i przewidywalności procesów zarządzania w obrębie przedsiębiorstw z jednej strony, z drugiej – w obszarze właściwości regulatorów. Takie podejście nie sprawdza się jednak w sytuacjach nietypowych, w dobie dojmującej asymetrii informacji, lęku przed niewiedzą i „zbiorową nieodpowiedzialnością”.

Koncepcję regulacji opartej na ryzyku trudno na razie uznać za uniwersalną. Powstała bowiem w kręgu anglosaskiej kultury prawnej. Mimo wielu zastrzeżeń bliżej jej do maksymy „pozвольcie działać” (*laissez-faire*) niż do

charakterystycznej dla systemu kontynentalnego zasady prewencji. W obrębie namysłu nad prawną regulacją ryzyka istotną cezurę stanowią lata 2007–2009, tak emblematyczne dla światowego kryzysu finansowego. Liczne nadużycia na amerykańskim rynku kredytów hipotecznych czy ułomności mętnych procesów sekurytyzacyjnych sprawiły, że raczej zarzucono na stałe niepisana zasadę niektórych systemów regulacyjnych: „w razie wątpliwości na rzecz wątpliwego” [Beck, 2012: 152]. W jej miejsce – ma się wrażenie – wkroczyły programy regulacji refleksyjnej (znajdujące się gdzieś pomiędzy „miękkimi” a „twardymi” reżimami regulacyjnymi).

Omawiana w niniejszym artykule strategia regulacji opartej na ryzyku różni się znacznie od najpowszechniejszego modelu *command and control*, czyli regulacji opartej na regulach. *Risk-based regulation* to kategoria dynamiczna, kontekstowa, w pewnej mierze „rozciągliwa” czy „plastyczna”. Koncentruje się ona na, jak już wspomniano, zarządzaniu ryzykiem (*governance*), a nie na zapewnieniu zgodności z przepisami czy też *soft law* (*compliance*) [Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 285].

W kierunku strategii regulacji opartej na ryzyku wysuwa się liczne zarzuty. Zasadniczo można by wyróżnić dwa rodzaje tych ekscepcji. Pierwsza grupa owych wątpliwości jest artykułowana przez dość wąskie kręgi specjalistów od „wyceny” prawdopodobieństwa wystąpienia określonych zdarzeń (zarzuty *sensu stricto*). Chodzi tu o kontrowersje wokół stosowanych przez regulatorów metod i technik szacowania ryzyka. Druga kategoria wzmiankowanych zarzutów ma już szerszy charakter – dotyczy, rzec by można, legitymizacji działań regulatorów w świetle koncepcji *risk-based regulation* (zarzuty *sensu largo*). Pod fasadą technicyzowanego dyskursu o regulacji niejako „giną z oczu” poważniejsze problemy. Ze względu na ramy objętościowe tekstu brak tu miejsca na ich rzetelne rozwinięcie. Niemniej wypada wskazać choćby kilka najważniejszych.

I tak – konstrukcja programu *risk-based regulation* przedstawia regulatora jako podmiot niezależny, merytokracyjny, zorientowany na przyszłość, otwarty na argumenty ze strony tych, którzy mu podlegają. To zbyt optymistyczna wizja. W rzeczywistości regulator w świetle tej strategii dysponuje znaczną władzą dyskrecyjną, jego działalność nie jawi się jako transparentna, ze względów ostrożnościowych może ukrywać prawdziwe motywy konkretnych rozstrzygnięć. Niewątpliwie zauważalny jest tu pewien demokratyczny deficyt. W tym miejscu wypadałoby już jedynie sygnalizacyjnie wspomnieć o problemie „obrotowych drzwi”, który stanowi istotne zagrożenie dla kultury regulacyjnej w ogóle. Koncepcja regulacji opartej na ryzyku, jak się wydaje, pomija również czynniki historyczne, wolicjonalne czy infrastrukturalne. Pod tymi przymiotnikami kryje się ogół ograniczeń związanych z zasobami ludzkimi. O ile piastunami „władzy regulacyjnej” na tym najwyższym szczeblu mogą być zupełnie kompetentni specjaliści, o tyle gorzej jest z personelem, który ma na co dzień wykonywać kolejne działania w ramach realizacji strategii *risk-based regulation*. W tym kontekście wymowna jest wypowiedź jednego

z czołowych praktyków tego programu na temat jakości kadr administracyjnych: „[...] we thought they would just get it, just understand what risk-based meant, but they didn't” [Black, 2010: 216]. Co za tym idzie – w takich okolicznościach regulator, siłą rzeczy, zachowuje się reaktywnie, zamiast postępować w sposób kreatywny.

Kolejna z kwestii do zasygnalizowania to problem polityczności strategii *risk-based regulation*. W tym miejscu zasadne staje się pytanie o docelowy model regulatora posługującego się tym programem. W literaturze przedmiotu podnosi się, że urząd regulacyjny powinien się cieszyć znaczną autonomią. Trudności nastrocza jednak już sprawa sposobu wyboru kierownictwa regulatorów. Innymi słowy – nie da się całkowicie uniknąć oddziaływania czynników politycznych. Co się z tym wiąże – wiele zależy od siły charakteru osób pełniących kierownicze funkcje w obrębie instytucji nadzoru. Mogą one mieć naturalną potrzebę przypodobania się decydentom politycznym, liderom opinii, mediom czy – patrząc szerzej – opinii publicznej. Objawia się to zwłaszcza po upublicznieniu jakichś bulwersujących nadużyć na rynku regulowanym. W konsekwencji spada zaufanie przedsiębiorstw do regulatora (gdy ten przestacza się w „zwierzę polityczne”) i pojawia się chęć zatuszowania najpoważniejszych rodzajów ryzyka. Na osobne opracowanie zasługuje stan, w którym regulator tak alienuje się od społeczeństwa, że ignoruje obawy, protesty, głosy krytyczne związane z zagrożeniami, jakie stwarzają podmioty, których działalność ma przecież monitorować (swoisty dylemat antywiększościowy).

Jeszcze innym interesującym wątkiem jest kwestia „spirali refleksyjności” [Rothstein, Huber, Gaskell, 2006]. Pojawia się ona, gdy następuje swego rodzaju przesylenie, przeciążenie – teoretycznie refleksyjnego – systemu rozważaniami na temat własnej roli, wizerunku medialnego, kierunków działań regulacyjnych (poziom *meta*). W języku potocznym stan taki nazywamy „przeintelektualizowaniem”. Tym samym postulowana refleksyjność (czy – jak chce Ulrich Beck – konstатовana refleksywność) zmienia się w swoją własną karykaturę. To sprzężenie zwrotne powstaje, gdy, skądinąd pożądana, deliberywność systemu regulacyjnego przybiera takie rozmiary, że najzwyczajniej uniemożliwia sprawne podejmowanie decyzji (a to jeden z warunków efektywności – tak na gruncie ekonomicznym, jak i prawnym).

Podsumowanie

Koncepcja *risk-based regulation*, mimo że od jej prezentacji minęło już 15 lat, wciąż jawi się jako niewykorzystana. Jej potencjał nie jest wystarczająco dostrzegany zarówno przez legislatorów, jak i regulatorów. W przypadku tych drugich w dalszym ciągu dominuje podejście, w którym odpowiedzialność za (nie)powodzenie w implementacji programów regulacji ryzyka przerzuca się na ich adresatów. Instytucje regulacyjne nadal cechuje biurokratyczna mentalność. Przyzwolenie na pojawiające się, siłą rzeczy, błędy przedsiębiorców w dostosowywaniu się do wymagań, których spełnienia oczekują od

nich regulatorzy, jest niewielkie. W konsekwencji pojawia się zjawisko „efektu mrożącego” (*chilling effect*) – zrazu przyjazne programy regulacji ryzyka, elastyczne z punktu widzenia ich adresatów, stwarzające możliwość rozwoju przedsiębiorstwa we współdziałaniu z rozumnym regulatorem, stają się swoją własną karykaturą. Strategia regulacji opartej na ryzyku nie jest wolna od tego rodzaju zagrożeń. Kluczową kwestię w kontekście jej stosowania stanowi wyzbycie się przez urzędy regulacyjne pokusy karania poddanych reżimowi regulacyjnemu podmiotów za trzeźwą ocenę poszczególnych rodzajów ryzyka i zdolność krytycznej autoewaluacji. Innymi słowy – adresaci regulacji nie powinni się obawiać, że regulatorzy premiować będą te podmioty, które umiejętnie pozorują wypełnianie standardów regulacyjnych. To obszar wart dalszych badań, z wykorzystaniem choćby narzędzi ekonomii behawioralnej.

Bibliografia

- Alexander K., Dhumale R., Eatwell J. [2006], *Global Governance of Financial Systems. The International Regulation of Systemic Risk*, Oxford University Press, Oxford.
- Ayres I., Braithwaite J. [1992], *Responsive Regulation*, Oxford University Press, New York – Oxford.
- Baldwin R., Black J. [2007], Really Responsive Regulation, *Law Society Economic Working Papers*: 15.
- Baldwin R., Black J. [2010], Really Responsive Risk-Based Regulation, *Law & Policy*, 32(2): 181–213.
- Baldwin R., Black J. [2012], When Risk-based Regulation Aims Low. Approaches and Challenges, *Regulation & Governance*, 6.
- Baldwin R., Black J. [2016], Driving Priorities in Risk-based Regulation. What’s the Problem?, *Journal of Law and Society*, 43(4): 565–595.
- Baldwin R., Cave M., Lodge M. [2012], *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- Bartle I. [2008], *Risk-based Regulation and Better Regulation in the UK. Towards what Models of Risk Regulation*, <http://www.regulation.upf.edu/> [dostęp: styczeń 2019].
- Bartle I., Vass P. [2008], *Risk and the Regulatory State. A Better Regulation Perspective*, University of Bath, Bath.
- Barzelay M. [2002], *New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*, University of California Press, Berkeley.
- Beck U. [1997], *Was ist Globalisierung?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Beck U. [2003], *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Beck U. [2012], *Spoleczeństwo światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*, tłum. B. Baran, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa.
- Beck U., Giddens A., Lash S. [2009], *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, tłum. J. Konieczny, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- Black J. [2004], *The Development of Risk Based Regulation in Financial Services. Canada, the UK, and Australia. A Research Report*, ESRC Centre for the Analysis of Risk and Regulation London School of Economics and Political Science, London.

- Black J. [2005], The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom, *Public Law*, 3: 510–546.
- Black J. [2010], Risk-based Regulation. Choices, Practices, and Lessons Being Learnt, w: *Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*, OECD Publishing, Paris: 185–224.
- Braithwaite J. [2003], Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity, *Law & Policy*, 25(1): 1–16.
- Braithwaite J. [2011], The Essence of Responsive Regulation, *UBC Law Review*, 44(1): 475–520.
- Christensen T., Laegreid P. (eds.) [2003], *New Public Management. The Transformation of Ideas and Practice*, Ashgate, Aldershot.
- Czarny B. [2004], *Pozytywizm i falsyfikacjonizm a sądy wartościujące w ekonomii*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa.
- Czarny B. [2007], Metodologiczne osobliwości ekonomii, *Bank i Kredyt*, lipiec.
- Czarny B. [2010], *Pozytywizm a sądy wartościujące w ekonomii*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa.
- Czarny B. [2013], Co to znaczy w ekonomii „sąd wartościujący” i „ekonomia wolna od sądów wartościujących”?, *Studia Ekonomiczne*, 1.
- Durkheim É. [2011], *Zasady metody socjologicznej*, tłum. J. Szacki, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 42–77.
- Durkheim É. [2014], Sądy wartościujące i sądy o rzeczywistości, *Spis Rzeczy*, 1: 13–23.
- Giddens A. [2008], *Konsekwencje nowoczesności*, tłum. E. Klekot, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków.
- Grabosky P. [2017], Meta-regulation, w: P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ANU Press, Canberra: 149–163.
- Habermas J. [2005], *Faktyczność i obowiązki. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa.
- Hampton P. [2005], *Reducing Administrative Burdens. Effective Inspection and Enforcement*, HM Treasury, London.
- Hood C., Rothstein H., Baldwin R. [2001], *The Government of Risk. Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, Oxford.
- Huntington S.P. [1991], *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman.
- Hutter B.M. [2005], *The Attractions of Risk-based Regulation. Accounting for the Emergence of Risk Ideas in Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, London.
- Kasiewicz S. [2015], Ryzyko regulacyjne w koncepcji Risk-based Regulation (RbR), *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, 49(4): 195–203.
- Kasiewicz S. [2016], *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem regulacyjnym w sektorze finansowym*, Fundacja Warszawski Instytut Bankowości, Warszawa.
- Kmieciak Z. [2009], Niezależne organy regulacyjne (aspekt prawnoporównawczy), w: J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Kolonia Limited, Wrocław: 15–24.

- Komisja Europejska (KE) [2009], *Commission Impact Assessment Guidelines*, <https://ec.europa.eu/> [dostęp: luty 2019].
- Komisja Europejska (KE) [2017], *Better Regulation. Why and how*, <https://ec.europa.eu/> [dostęp: luty 2019].
- Mythen G. [2004], *Ulrich Beck. A Critical Introduction to the Risk Society*, Pluto Press, London.
- Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) [2012], *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, <http://www.oecd.org/> [dostęp: luty 2019].
- Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) [2018], *Regulatory Policy*, <http://www.oecd.org/> [dostęp: luty 2019].
- Pichlak M. [2019], *Spółeczna refleksyjność prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź.
- Rothstein H., Huber M., Gaskell G. [2006], A Theory of Risk Colonization. The Spiralling Regulatory Logics of Societal and Institutional Risk, *Economy and Society*, 35(1): 91–112.
- Sajo A. [2009], *The Judicialized Handling of Global Risk*, <https://www.researchgate.net/> [dostęp: grudzień 2018]: 85–87.
- Simon F.C. [2017], *Meta-Regulation in Practice. Beyond Normative Views of Morality and Rationality*, Routledge, Abingdon.
- Stankiewicz P. [2008], W świecie ryzyka. Niekończąca się opowieść Ulricha Becka, *Studia Socjologiczne*, 190(3): 117–134.
- Sześciło D. (red.) [2014], *Administracja i zarządzanie publiczne. Nauka o współczesnej administracji*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Szpringer W., Rogowski W. [2007], Problemy metodologiczne oceny skutków regulacji w Polsce – czy powstają nowe perspektywy ekonomicznej analizy prawa?, w: W. Szpringer, W. Rogowski (red.), *Ocena skutków regulacji*, C.H. Beck, Warszawa: 3–18.
- Zawadzka P. [2017], *Modele nadzoru rynku finansowego. Aspekty prawne*, CeDeWu, Warszawa.