

Antykonkurencyjna koordynacja działań przedsiębiorców z wykorzystaniem oprogramowania służącego do rezerwacji wycieczek on-line

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie C-74/14 *Eturas UAB* przeciwko litewskiemu organowi antymonopolowemu

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Okoliczności faktyczne sprawy
- III. Stanowisko TSUE
- IV. Komentarz
 1. Odpowiedzialność z tytułu stosowania praktyki uzgodnionej
 2. Domniemanie w postępowaniu antymonopolowym

I. Wstęp

W dniu 21 stycznia 2016 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wydał wyrok w sprawie z wniosku litewskiego sądu odsyłającego o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w sprawie pomiędzy *Eturas UAB i inni*¹ (dalej: *Eturas*) przeciwko litewskiemu organowi antymonopolowemu (*Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*²). Sprawa dotyczyła uzgodnionej praktyki konkurentów polegającej na stosowaniu przez użytkowników – biura podróży – oprogramowania sprzyjającego koordynacji przez konkurentów wysokości przyznawanych klientom rabatów za zakup wycieczek on-line. Trybunał uznał, że w niniejszej sprawie z faktu wysłania przez administratora oprogramowania (*Eturas*) wiadomości do będących konkurentami użytkowników oprogramowania zawierającej informację o pułapie rabatu stosowanego automatycznie w ramach tego oprogramowania oraz innych okoliczności sprawy – **można domniemywać, że podmioty te uczestniczyły w uzgodnionej praktyce od chwili zapoznania się z tą wiadomością, o ile nie zdystansowały się otwarcie wobec tej praktyki. Jednocześnie TSUE wskazał, że to w kompetencji sądu krajowego pozostaje ocena na podstawie całokształtu okoliczności sprawy czy możliwe jest przyjęcie, że wysłanie wiadomości stanowi wystarczający dowód na okoliczność zapoznania się z jej treścią przez adresatów, przy czym domniemanie niewinności stoi na przeszkodzie przyjęcia, że samo tylko wysłanie wiadomości jest równoznaczne z zapoznaniem się z jej treścią.**

¹ Stronami skarżącymi w sprawie poza *Eturas* były również „AAA Wrislit” UAB, „Baltic Clipper” UAB, „Baltic Tours Vilnius” UAB, „Daigera” UAB, „Feronia” UAB, „Freshtravel” UAB, „Guliverio kelionės” UAB, „Kelionių akademija” UAB, „Kelionių gurmanai” UAB, „Kelionių laikas” UAB, „Litamicus” UAB, „Megaturas” UAB, „Neoturas” UAB, „TopTravel” UAB, „Travelonline Baltics” UAB, „Vestekspress” UAB, „Visveta” UAB, „Zigzag Travel” UAB, „ZIP Travel” UAB. Sprawa toczyła się przy udziale: „Aviaeuropa” UAB, „Grand Voyage” UAB, „Kalnų upė” UAB, „Keliautojų klubas” AB, „Smaragdas travel” UAB, „700LT” UAB, „Aljus ir Ko” UAB, „Gustus vitae” UAB, „Tropikai” UAB, „Vipauta” UAB, „Vistus” UAB.

² Rada do spraw konkurencji Republiki Litewskiej.

Sam wyrok nie jest szczególnie kontrowersyjny, dotyka jednak kwestii, które w kontekście dynamicznego rozwoju nowych technologii oraz w dobie społeczeństwa cyfrowego będą z pewnością powracać w najbliższej przyszłości orzeczniczej organów i sądów antymonopolowych. Wyrok pokazuje, że automatyzacja procesów biznesowych, w tym również procesów decyzyjnych, czy wykorzystywanie w przedsiębiorstwie nowych technologii, nie jest wolne od ryzyka antymonopolowego. TSUE podnosi również nieoczywistą w polskim orzecznictwie cywilnym kwestię chwili zapoznania się przez adresata z treścią wiadomości doręczonej mu w formie elektronicznej. Wreszcie w sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której odpowiedzialność poniósł również Eturas, czyli podmiot nieprowadzący działalności na rynku właściwym, oferujący jedynie komercyjnie narzędzie do rezerwowania wycieczek on-line.

TSUE w komentowanym orzeczeniu dokonuje przełożenia mechanizmów właściwych dla rzeczywistości zmaterializowanej, jak przykładowo spotkania, na realia cyfrowe – zautomatyzowane systemy operacyjne. Pojawia się więc pytanie, czy proste przełożenie tych mechanizmów jest prawidłowe, w szczególności – czy zbyt rygorystyczne podejście do oprogramowania (a także aplikacji, systemów operacyjnych, rozwiązań chmurowych) nie będzie prowadziło do wypatrzenia idei tych rozwiązań.

II. Okoliczności faktyczne sprawy

Eturas jest podmiotem wyłącznych praw do oprogramowania służącego dokonywaniu rezerwacji on-line wycieczek oferowanych przez biura podróży (użytkowników oprogramowania i klientów Eturas). Oprogramowanie integruje stronę biura podróży korzystającego z oprogramowania, dzięki czemu oferowane na stronie internetowej biura podróży wycieczki prezentowane są w jednolity sposób³. Eturas jest również administratorem tego oprogramowania. Użytkownicy (biura podróży) korzystają z oprogramowania na podstawie umowy licencji zawartej z Eturas, która nie przewiduje po stronie Eturas kompetencji do ustalania (modyfikowania czy zmieniania) cen wycieczek.

Każdy użytkownik posiada własne, dostępne po prawidłowym zalogowaniu, konto użytkownika zintegrowane z oprogramowaniem, posiadające również funkcjonalność poczty. Poczta dostępna w ramach oprogramowania działa tak samo, jak klasyczna poczta elektroniczna, a celem zapoznania się z treścią wiadomości konieczne jest otwarcie właściwego pola. Litewski organ antymonopolowy ustalił, że dnia 25 sierpnia 2009 r. Eturas wysłał co najmniej do jednego użytkownika wiadomość pt. „Głosowanie” z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie możliwości obniżenia stawki rabatu udzielanego klientom w związku z zakupem wycieczki przez Internet z 4% do poziomu w granicach 1–3%. Następnie, dnia 27 sierpnia 2009 r., za pomocą poczty w panelu użytkownika, została do użytkowników⁴ rozesłana informacja, że udostępniona zostaje możliwość udzielenia rabatów za zakup wycieczki przez Internet, których wysokość może zostać indywidualnie przez użytkowników ustalona w granicach 0–3%. W przypadku biur, które stosowały rabat wyższy, miało dojść do automatycznego ustalenia wysokości rabatu na poziomie 3%. Komunikowane zmiany weszły w życie w tym samym dniu. Co istotne, biura podróży nadal zachowały możliwość udzielania swoim klientom innych zniżek, zależnie od stosowanej przez te biura polityki handlowej. Po

³ Z opisu stanu faktycznego wynika, że oprogramowanie nie stanowi wspólnej platformy zawierającej oferty korzystających z niej biur.

⁴ Przy czym litewski organ antymonopolowy ustalił, że informacja taka została przesłana co najmniej do dwóch użytkowników oprogramowania.

wejściu zmian w życie osiem biur podróży zastosowało stawkę rabatu wynoszącą 3% oraz zakomunikowało rabat w tej wysokości w komunikacie reklamowym na stronie internetowej.

Litewski organ antymonopolowy uznał, że w okresie od 27 sierpnia 2009 r. do końca roku 30 biur podróży oraz Eturas uczestniczyło w antykonkurencyjnej praktyce uzgodnionej dotyczącej rabatów udzielanych z tytułu zakupu wycieczki on-line. Litewski organ antymonopolowy uznał przy tym, że oprogramowanie dostarczane przez Eturas było narzędziem koordynacji działań, stąd nie było konieczne stosowanie innych metod komunikacji, w tym np. spotkań. Jednocześnie użytkownicy oprogramowania powinni byli, w ocenie tego organu, co najmniej liczyć się z możliwością zastosowania stawki rabatu w wysokości 3% również przez konkurentów, co w konsekwencji zostało ocenione jako wzajemne informowanie się przez konkurentów o planowanych stawkach stosowanego rabatu. Dodatkowo biura podróży, mimo że powinny mieć świadomość antykonkurencyjnego charakteru praktyki, nie zdystansowały się wobec niej.

Eturas oraz poszczególne skarżące twierdziły, że nie uczestniczyły w uzgodnionej praktyce, biura podróży podnosiły również, że nie mogą ponosić odpowiedzialności za jednostronne działania Eturas. Co szczególnie istotne dla przedmiotu postępowania przed TSUE, część skarżących biur podróży wskazywała, że w ogóle nie otrzymała stanowiącej podstawę ustalenia stosowania praktyki wiadomości lub nie zapoznała się z jej treścią. Oprogramowanie dostarczane przez Eturas nie stanowiło bowiem, zgodnie z twierdzeniami tych stron, istotnej części biznesu i nie zwracały one na korespondencję związaną z tym oprogramowaniem uwagi.

Powodem skierowania do TSUE pytania prejudycjalnego była wątpliwość podjęta przez sąd odsyłający⁵ o naturze proceduralnej, mianowicie jakiej wykładni art. 101 ust. 1 TFUE należy dokonać oraz jak rozłożyć ciężar dowodu dla celów stosowania tego postanowienia. Sąd ten zastanawiał się bowiem czy istnieją wystarczające kryteria mogące wykazać w tym przypadku uczestnictwo zainteresowanych biur podróży w uzgodnionej praktyce o charakterze horyzontalnym, w szczególności w kontekście zasady domniemania niewinności.

W postępowaniu należało zatem ustalić czy w okolicznościach rozstrzyganej przez TSUE sprawy samo przesłanie informacji dotyczącej ograniczenia stawki rabatów może stanowić dowód wystarczający do wykazania lub przyjęcia domniemania, że biura podróży korzystające z oprogramowania wiedziały lub musiały bezwzględnie wiedzieć o takim ograniczeniu, pomimo iż wiele z nich twierdzi, że nie wiedziało o takim ograniczeniu, niektóre z nich nie zmieniły faktycznie stosowanej stawki rabatu, a jeszcze inne nawet nie sprzedały w rozpatrywanym okresie żadnej wycieczki za pośrednictwem owego systemu.

III. Stanowisko TSUE

TSUE rozpoczął rozważania od wskazania, że zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 1/2003 w każdym krajowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 101 TFUE ciężar udowodnienia naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. Jednocześnie przepis ten nie reguluje szczegółowo aspektów proceduralnych, w tym w szczególności zasad oceny dowodów czy standardów dowodowych, a kwestie te na podstawie autonomii proceduralnej należą do zakresu prawa krajowego.

⁵ Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas.

Niezależnie od powyższego TSUE wskazał, że zasada skuteczności wymaga, by przepisy prawa krajowego w zakresie oceny dowodów i standardów dowodowych nie uniemożliwiały lub nadmiernie nie utrudniały stosowania reguł prawa konkurencji. Jednocześnie istnienie uzgodnionej praktyki lub porozumienia w większości przypadków należy w ocenie TSUE wywieść z szeregu zbiegów okoliczności i poszlak, które rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji⁶. W konsekwencji obiektywne i spójne poszlaki mogą stanowić dowód naruszenia prawa konkurencji.

Podsumowując tę część rozważań, TSUE wskazał, że domniemanie niewinności sprzeciwia się możliwości przyjęcia domniemanie, że samo wysłanie wiadomości przez nadawcę oznacza efektywne zapoznanie się z jej treścią przez odbiorcę. Jednak ocena całokształtu okoliczności, w tym innych poszlak, może uzasadniać domniemanie, że biura podróży znały treść wiadomości począwszy od dnia jej wysłania. Domniemanie niewinności nie sprzeciwia się możliwości przyjęcia takiego założenia, jeśli strony postępowania mają procesową możliwość jego obalenia z tym, że nie można stawiać stronom w tym zakresie nierealnych lub nadmiernych wymagań. TSUE wskazuje przykładowo, że do obalenia domniemanie może dojść przez wykazanie, że strona wiadomości nie otrzymała albo że nie odczytała zawartości odnośnego pola albo że odczytała jego zawartość dopiero po upływie pewnego czasu od wysłania.

Następnie TSUE przeszedł do analizy samej praktyki uzgodnionej, która obejmuje, po pierwsze, uzgodnienie pomiędzy przedsiębiorcami, po drugie zachowanie na rynku będące wynikiem tego uzgodnienia, wreszcie związek przyczynowo-skutkowy między uzgodnieniem i zachowaniem na rynku. W rozpoznawanej sprawie, wg TSUE, można przyjąć, że biura podróży korzystające z oprogramowania wyraziły milczącą zgodę na wspólną praktykę, z uwagi na okoliczność, że dwa pozostałe elementy konstytutywne uzgodnionej praktyki zostały spełnione (tj. doszło do ograniczenia przez 8 biur podróży wysokości rabatów i zachodzi związek przyczynowo-skutkowy między uzgodnieniem i zachowaniem). W zależności od oceny dowodów dokonanej przez sąd odsyłający można domniemywać, że biuro podróży uczestniczyło w tym uzgodnieniu od chwili, gdy zapoznało się z przesłaną przez Eturas treścią. Jednocześnie TSUE wskazał, co niezwykle istotne, że nie można wywieść wyrażenia przez przedsiębiorcę milczącej zgody na działanie antykonkurencyjne, z samego jedynie faktu wprowadzenia w oprogramowaniu ograniczenia technicznego, bez wykazania tego faktu na podstawie innych obiektywnych i spójnych poszlak.

Po trzecie, TSUE przyjął, analogicznie jak w przypadku uczestnictwa w spotkaniach, że biuro podróży może obalić domniemanie uczestnictwa w uzgodnionej praktyce poprzez wykazanie, iż otwarcie zdystansowało się ono wobec tej praktyki lub zawiadomiło o niej organy administracyjne. Z uwagi na okoliczności analizowanej sprawy oświadczenie zamierzającego zdystansować się przedsiębiorcy może być skierowane wyłącznie do administratora oprogramowania. Nie można także wykluczyć innych sposobów obalenia domniemanie, jak przykładowo wykazanie systematycznego stosowania rabatu przekraczającego ustalony w oprogramowaniu pułap.

W tych okolicznościach TSUE uznał, że art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w wypadku gdy administrator oprogramowania używanego przez konkurentów wysłała im za pośrednictwem osobistej poczty elektronicznej informację o wysokości stosowanego rabatu, a w następstwie tego komunikatu wprowadzane są zmiany techniczne konieczne do wdrożenia tego pułapu, można domniemywać, iż wspomniane podmioty

⁶ Tak np. wyr. TSUE zob. podobnie wyr. z 17.09.2015 r. w sprawie, C-634/13 P *Total Marketing Services* (EU:C:2015:614), pkt 26.

gospodarcze uczestniczyły w uzgodnionej praktyce w rozumieniu wspomnianego postanowienia od chwili zapoznania się z informacją wysłaną przez administratora, jeśli nie doszło do obalenia tego domniemania. Sąd odsyłający powinien na gruncie przepisów krajowych zbadać czy w świetle całości okoliczności sprawy wysłanie takiej informacji może stanowić wystarczający dowód w celu wykazania, że jej adresaci zapoznali się z jej treścią. Domniemanie niewinności stoi na przeszkodzie temu, by sąd odsyłający uznał, że samo wysłanie tej informacji może stanowić wystarczający dowód w celu wykazania, iż jej adresaci musieli bezwzględnie zapoznać się z jej treścią.

IV. Komentarz

Wyrok TSUE należy co do zasady ocenić pozytywnie, z zastrzeżeniem, że potwierdza on dotychczasową, bardzo formalną linię orzeczniczą. TSUE przyjął bowiem, że sam fakt automatycznego ustawienia progu rabatu, przy zastosowaniu pewnych domniemań faktycznych umożliwia przypisanie odpowiedzialności antymonopolowej, bez zwrócenia uwagi na okoliczność czy zachowanie takie rzeczywiście zakłócało konkurencję. Powyższe wydaje się szczególnie istotne w świetle twierdzeń stron o niszowym udziale oprogramowania dostarczanego przez Eturas w całości sprzedanych wycieczek. Wobec tak formalnego podejścia TSUE, podstawowym wnioskiem na gruncie tego orzeczenia jest, że przedsiębiorcy korzystający z nowych technologii, w tym przykładowo dedykowanego dla danej branży oprogramowania czy platform sprzedażowych, muszą stale monitorować co dzieje się na tych platformach i aktywnie reagować na wszelką korespondencję z nimi związaną, niezależnie od wielkości i skali danej platformy. Bierność czy niewiedza o funkcjonalnościach narzędzi IT może bowiem narazić przedsiębiorcę na odpowiedzialność.

Poniżej odniosę się do następujących kwestii, które w mojej ocenie są dla tego wyroku kluczowe, tj. odpowiedzialności za stosowanie praktyki uzgodnionej i domniemania zapoznania się przez adresata z treścią wiadomości.

1. Odpowiedzialność z tytułu stosowania praktyki uzgodnionej

TSUE po raz kolejny i zgodnie z dotychczasową linią orzeczniczą, dokonał wykładni praktyki uzgodnionej, która w przypadku zastosowania dedykowanego oprogramowania (lub innych zautomatyzowanych systemów operacyjnych) nabiera szczególnego znaczenia, zwłaszcza w kontekście oderwania tego rodzaju zachowania od klasycznego porozumienia. Przyjęcie bowiem, że wykorzystanie oprogramowania, które umożliwia kontakt pomiędzy przedsiębiorcami, nawet przy założeniu, że kontakt ten nie musi być inicjowany przez konkurentów ani nawet nie musi zachodzić w bezpośredniej relacji między nimi (tj. na linii konkurent – konkurent), może stanowić narzędzie sprzyjające koordynacji zachowań konkurentów – wydaje się być kwalifikacją prawidłową i uzasadnioną. W tym kontekście należy jednak wskazać, że TSUE nie podjął kwestii odpowiedzialności Eturas (co nie było również objęte pytaniem prejudycjalnym) jako podmiotu zewnętrznego wobec konkurentów, działającego na odrębnym od nich rynku i dostarczającego konkurentom jedynie oprogramowanie⁷, z tym że oprogramowanie to nie było nawet wspólną platformą sprzedażową⁸. Działanie Eturas można ocenić na dwóch płaszczyznach.

⁷ Kwestia ta była wpadkowo wskazywana przez Rzecznika Generalnego, Macieja Szpunara, w opinii z dnia 16 lipca 2015 r. (pkt 42).

⁸ Do sprzedaży wycieczek dochodziło na stronie internetowej danego biura podróży.

Po pierwsze, zachowanie Eturas można oceniać jako niezależne i jednostronne działanie podmiotu działającego na innym niż biura podróży rynku. W tym kontekście biura podróży zarzucały, że nie mogą ponosić odpowiedzialności za tego rodzaju działania. Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie można w mojej ocenie przyjąć, że biura podróży niejako wykorzystwały okazję stworzoną przez Eturas, przyjmując jednocześnie racjonalne założenie, że konkurenci lub ich część również mogą zastosować rabat w wysokości 3%. Doszło tym samym do ograniczenia niepewności po stronie konkurentów, co do stosowanej przez innych konkurentów wysokości rabatu. Trudno jednak przyjąć, że samo stworzenie okazji konkurentom do antykonkurencyjnego zachowania może aktualizować odpowiedzialność po stronie podmiotu działającego na innym rynku.

Po drugie, można przyjąć, że działanie Eturas jest zmodyfikowaną formą przykładu kooperacji określanego jako *hub and spoke collusion*, z zastrzeżeniem, że nie dochodzi tutaj do wymiany informacji o cenach stosowanych przez konkurentów. Stan faktyczny sprawy wskazywał, że Eturas podjął negatywnie ocenione działanie, wskutek interwencji/oczekiwań użytkowników oprogramowania w tym zakresie⁹. Wydaje się zatem, że ta okoliczność mogła mieć przesądzające znaczenie dla przypisania odpowiedzialności również temu podmiotowi. Nie bez znaczenia w ocenie litewskiego organu antymonopolowego pozostawało też, że Eturas działał na rynku powiązany z rynkiem, na którym doszło do stosowania praktyki uzgodnionej.

Pojawia się zatem wątpliwość czy w przypadku kiedy dostawcą oprogramowania byłby podmiot w ogóle niezwiązany z branżą turystyczną, zajmujący się wyłącznie dostawą rozwiązań IT, a podmiot taki wprowadziłby w oprogramowaniu wykorzystywanym przez konkurentów nowe funkcjonalności zawierające fabrycznie (*by default*) ustawienia w zakresie istotnym dla danej działalności, które to funkcjonalności byłyby przez konkurentów wykorzystywane w antykonkurencyjny sposób (za porozumieniem tych konkurentów), to czy również byłoby możliwe przypisanie mu odpowiedzialności na gruncie prawa antymonopolowego. W mojej ocenie przypisanie na tej tylko podstawie odpowiedzialności dostawcy oprogramowania byłoby bezzasadne. Analogicznie, przypisanie odpowiedzialności użytkownikom za sam fakt wprowadzenia przez administratora oprogramowania funkcjonalności, która teoretycznie może sprzyjać koordynacji zachowań przez konkurentów, również nie znajduje w mojej ocenie podstaw prawnych. Powyższe wydaje się potwierdzać również TSUE, wskazując, że nie można wywieść wyrażenia przez przedsiębiorcę milczącej zgody na działanie antykonkurencyjne, z samego jedynie faktu wprowadzenia w oprogramowaniu ograniczenia technicznego, bez wykazania naruszenia na podstawie innych obiektywnych i spójnych poszlak.

Niezależnie od powyższego, w dobie automatyzacji działalności oraz skokowego rozwoju różnego rodzaju rozwiązań IT mających na celu usprawnienie (automatyzację) prowadzonej działalności, należy spodziewać się, że pytanie o odpowiedzialność podmiotu trzeciego nieprowadzącego działalności na rynku właściwym, na którym może dojść do naruszenia horyzontalnego będzie wracało.

⁹ Treść wysłanej w dniu 27 sierpnia 2009 wiadomości wskazywała, że powodem działania Eturas była „ocena oświadczeń, propozycji i życzeń [...] agencji podróży”.

2. Domniemania w postępowaniu antymonopolowym

TSUE w komentowanym wyroku potwierdził po raz kolejny możliwość stosowania na gruncie europejskiego prawa konkurencji domniemania istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy uzgodnieniem, a zachowaniem konkurentów na rynku. Należy przy tym założyć, że w na gruncie postępowań mających za przedmiot naruszenie prawa konkurencji z wykorzystaniem rozwiązań IT, skorzystanie przez organy antymonopolowe z tego domniemania będzie powszechne, z uwagi bardzo ograniczone środki dowodowe umożliwiające wykazanie tego związku.

Nie dziwi też odesłanie przez TSUE do prawodawstwa krajowego w zakresie zasad oceny dowodów i standardów dowodowych (co wynika wprost z przepisów prawnych), nie można jednak oprzeć się wrażeniu, że w tym kontekście orzeczenie jest niepełne.

TSUE przyjmuje bowiem w pierwszej kolejności, że domniemanie niewinności sprzeciwia się możliwości przyjęcia prostego domniemania zapoznania się z treścią wiadomości z uwagi tylko na fakt jej wysłania przez nadawcę. Stanowisko to należy ocenić jako prawidłowe, jakiegokolwiek inne założenie byłoby sprzeczne z zasadami logicznego myślenia.

Na gruncie prawa polskiego ocena momentu skutecznego zapoznania się z oświadczeniem woli złożonym drugiej stronie regulowana jest przez art. 61 k.c., a na podstawie odesłania z art. 65 k.c. reguła ta pozostaje również właściwa w odniesieniu do innych oświadczeń (np. wiedzy). Niezależnie zatem od tego jak formalnie zakwalifikujemy treść wiadomości nadanych przez Eturas, to zgodnie z art. 61 § 2 k.c. do doręczenia spornej wiadomości nadawcy, na gruncie przepisów polskich, doszło z chwilą, gdy wprowadzono ją do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby adresat mógł zapoznać się z jej treścią. Ustalenie faktu oraz chwili doręczenia oświadczenia w formie elektronicznej w polskim systemie prawnym odbywa się przy uwzględnieniu zasady doręczenia, a w literaturze i orzecznictwie¹⁰ wskazuje się, że dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce nie jest wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście stało się dostępne dla adresata tak, aby mógł zapoznać się z jego treścią. „Dowód tej okoliczności obciąża nadawcę, który może skorzystać z usługi potwierdzenia komunikatu elektronicznego lub – w razie posłużenia się podpisem elektronicznym – potwierdzenia udzielanego przez akredytowaną instytucję certyfikacyjną, ale również z innych przewidzianych w kodeksie postępowania cywilnego dowodów” (Janas, 2018). Zważywszy na powyższe, należy zatem ocenić, że polski system w zakresie, w jakim reguluje kwestię skutecznego doręczenia (zapoznania się z treścią wiadomości wysłanej w formie elektronicznej) pozostaje zgodny z komentowanym wyrokiem, mianowicie, że nie jest możliwe przyjęcie prostego założenia, że nadanie wiadomości jest jednoznaczne z zapoznaniem się z jej treścią przez odbiorcę. Należy jednak zaznaczyć, że wymaganie wykazania przez organ antymonopolowy w toku każdego postępowania dowodu skutecznego doręczenia wiadomości w postaci potwierdzenia komunikatu elektronicznego lub akredytowanego potwierdzenia, czyniłoby wykazanie tych okoliczności praktycznie niemożliwymi do udowodnienia w polskim systemie prawnym (mogłoby stanowić proste narzędzie procesowe uchylecia się od odpowiedzialności antymonopolowej).

¹⁰ Np. wyr. SA w Gdańsku z 12.10.2016 r., V ACa 33/16, gdzie wskazano, że „dopiero w sytuacji dokonania skutecznego zapisania wiadomości na skrzynce pocztowej adresata ryzyko odczytania tej wiadomości spoczywa na adresacie”.

TSUE przyjmuje jednak, że ocena całokształtu okoliczności danej sprawy może uzasadniać przyjęcie domniemania, że doszło do zapoznania się z treścią wiadomości w przypadku, jeśli istnieje możliwość obalenia tego domniemania. Orzekanie, w szczególności w zakresie niewytłumaczalnego we wcześniejszej praktyce rynkowej podobieństwa sposobu postępowania konkurentów, na podstawie dowodów pośrednich, domniemań faktycznych, w szczególności według zasad określonych w art. 231 k.p.c. czy też wnioskowania logicznego nie jest obce w polskiej jurysdykcji. Zgodnie z cytowanym powyżej stanowiskiem, wnioskowanie takie może również stanowić skuteczny dowód na wykazanie, że doszło do skutecznego doręczenia wiadomości adresatowi, a tym samym przyjęcia, że zapoznał się on z jej treścią. Wydaje się zatem, że zastosowanie wspomnianych zasad oceny dowodów obowiązujących w polskim systemie prawnym, zgodnie z dyrektywą określoną w niniejszym wyroku przez TSUE, również pozwoliłoby przyjąć, że w analizowanej sprawie co najmniej ośmiu przedsiębiorców, których nie tylko zastosowało 3% rabat, lecz także opublikowało w tym zakresie komunikat marketingowy zapoznało się z treścią przesłanej wiadomości.

Sytuacja nie jest już tak oczywista w odniesieniu do pozostałych 22 biur podróży, wydaje się bowiem, że o ile te biura same nie przyznały (lub w inny sposób nie wykazano), że zapoznały się z treścią wiadomości, to brak jest podstaw do przyjęcia założenia, że zapoznały się z treścią wiadomości, a co za tym idzie nie można przypisać im odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego. Można ewentualnie rozważyć czy z samego faktu, że przedsiębiorstwa te prowadzą działalność gospodarczą przez co zobowiązane są do zachowania podwyższonego standardu staranności – nie można wywnioskować, że były zobowiązane się z tą korespondencją się zapoznać. Wydaje się, że wnioskowanie takie jest zbyt daleko idące. Należy bowiem zauważyć, że w takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia z domniemaniem zakładającym, że doszło do skutecznego zapoznania się z treścią wiadomości z uwagi na: (i) wysłanie wiadomości do adresata oraz (ii) fakt, że wiadomość została skierowana do przedsiębiorcy. Zważywszy, że adresatem norm na gruncie prawa konkurencji są wyłącznie profesjonaliści (przedsiębiorcy), to w zasadzie domniemanie ograniczałoby się to tego, które za niedopuszczalne uznał w komentowanym wyroku TSUE.

Następnie, TSUE wyraźnie zaznacza, że możliwość wnioskowania z całości okoliczności sprawy o zapoznaniu się przez adresata z treścią wiadomości począwszy od dnia jej wysłania, będzie możliwe **tylko pod warunkiem**, że zainteresowana strona zachowa możliwość obalenia tego domniemania w sposób, który nie będzie nierealny lub nadmiernie utrudniony¹¹. Przykładowo, TSUE wskazuje, że do obalenia domniemania może dojść przez wykazanie przez zainteresowaną stronę, że wiadomości nie otrzymała albo że nie odczytała zawartości odnośnego pola, albo że odczytała jego zawartość dopiero po upływie pewnego czasu od wysłania. Należy zastanowić się zatem czy wykazanie przez przedsiębiorcę nieotrzymania, nieodczytania czy odczytania w innym terminie treści wiadomości w ogóle jest możliwe, a jeśli tak, to czy nie będzie to nadmiernie utrudnione. Prawdopodobnie ocena tej możliwości będzie w każdej sytuacji zależała od oceny konkretnej sytuacji faktycznej, np. z uwagi na funkcjonalności danego oprogramowania służącego do wymiany korespondencji. Należy jednak racjonalnie założyć, że wykazanie przez adresata wiadomości braku doręczenia wiadomości czy niezapoznania się z jej treścią zasadniczo zawsze

¹¹ W angielskiej wersji wyr. TSUE używa pojęć *excessive or unrealistic*.

będzie związane z utrudnieniami po jego stronie¹². Wydaje się w szczególności, że w większości przypadków wykazanie braku otrzymania wiadomości będzie związane z koniecznością powołania biegłego z zakresu systemów informatycznych, a i tak nie zawsze możliwe będzie (np. z uwagi na ograniczony okres archiwizacji) wykazanie, że dana wiadomość nie dotarła do adresata. Te same uwagi będą aktualne w odniesieniu do wiadomości nieprzeczytanych lub przeczytanych w innym terminie. Tym samym, komentowany wyrok otwiera dla skarżących szeroką możliwość argumentowania, że obalenie przyjętego przez organ na podstawie całości okoliczności sprawy domniemania o fakcie zapoznania się z wiadomością o antykonkurencyjnym charakterze związane będzie z nadmiernymi obciążeniami, przez co nie jest możliwe skorzystanie przez organ z takiego ułatwionego sposobu wykazania faktu zapoznania się z treścią wiadomości.

Można zwrócić uwagę również na inną okoliczność, a mianowicie czy polska teoria doręczenia wynikająca z art. 61 k.c. jest zgodna z komentowanym wyrokiem w zakresie, w jakim strona postępowania przed organem antymonopolowym powinna mieć możliwość wykazania, że mimo iż wiadomość w formie elektronicznej została jej doręczona, nie zapoznała się z jej treścią lub zapoznała się z jej treścią w terminie późniejszym. W kontekście analizowanego wyroku i podkreślonej w jego treści zasady domniemania niewinności, zwarzywszy również na naturę postępowania antymonopolowego, należałoby przyjąć, że niezależnie od treści przepisu art. 61 k.c. skarżący (strona postępowania przed organem antymonopolowym) może wszelkimi dostępnymi środkami dowodowymi wykazywać, że mimo iż doszło do doręczenia jej wiadomości, nie zapoznała się ona faktycznie z treścią przesłanej wiadomości.

Bibliografia

Janas, A. (2018). Komentarz do art. 61 k.c. W: M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I, Część ogólna (art. 1–125)*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Aleksandra Dziurkowska

radca prawny; *associate* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr;
e-mail: aleksandra.dziurkowska@wkb.pl.

¹² Należy przy tym przyjąć, że samo zaprzeczenie nie będzie stanowiło wystarczającego środka na obalenie domniemania. Zob. np. na gruncie doręczeń sądowych postanowienie SA w Katowicach z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt V ACz 1327/14.