

Protimonopolný úrad SR
Drieňová 24
826 03 Bratislava

VEC: Podnet na prešetrenie správania Finančného riaditeľstva SR

Vážený pán JUDr. Tibor Menyhart,

Týmto by sme chceli dať Protimonopolnému úradu Slovenskej republiky do pozornosti **správanie Finančného riaditeľstva SR**, ktoré pri implementácii ustanovenia § 80 ods. 9 zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty (ďalej aj „ZoDPH“) **spáchalo správny delikt podľa § 39 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže** a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (ďalej aj „ZoOHS“).

Žiadame Vás preto o začatie konania podľa § 25 ZoOHS v spojení s § 38 ods. 3 ZoOHS proti orgánu štátnej správy - Finančnému riaditeľstvu SR - za porušenie ustanovenia § 39 ZoOHS pri výkone zverenej verejnej moci. Následne Vás žiadame o riadne prešetrenie tohto správneho deliktu a o uloženie pokuty pri vrchnej hranici 66 000 eur, s poukazom na to, že ide o niekoľko rokov trvajúci protiprávny stav.

Zároveň týmto navrhujeme aby občianske združenie European Information Society Institute, o.z., so sídlom Dobrianskeho 1580, 093 01 Vranov nad Topľou, IČO: 42 227 950, vstúpilo do tohto konania ako tzv. tretia strana podľa § 27 ZoOHS vo forme spotrebiteľského združenia. Záujem na veci podľa § 27 ZoOHS preukazujeme priloženým výpisom z našich stanov.

Bližšie ozrejmienie spáchaného deliktu ako aj jeho právnu kvalifikáciu prinášame v nasledujúcich stranách. K podaniu prikladáme aj tri rôzne dôkazy.

S úctou,
Martin Husovec
za European Information Society Institute, o.z.

Pozadie

Dňa 1.1.2010 vstúpilo na základe novelizácie zákonom č. 471/2009 Z.z. v účinnosť ustanovenie § 80 ods. 9 ZoDPH, ktoré znie:

*„(9) Osoby podľa odsekov 1 až 3 sú **povinné podať súhrnný výkaz elektronickými prostriedkami** najneskôr do 20 dní po skončení obdobia, za ktoré sú povinné podať súhrnný výkaz. **Súhrnný výkaz musí byť podpísaný zaručeným elektronickým podpisom**. Súhrnný výkaz podaný elektronickými prostriedkami **nemusí byť podpísaný zaručeným elektronickým podpisom, ak osoba, ktorá podáva súhrnný výkaz, má s daňovým úradom uzavretú písomnú dohodu**, ktorá obsahuje najmä náležitosti elektronického doručovania, spôsob overovania podania urobeného elektronickými prostriedkami a spôsob preukazovania doručenia a ak osoba, ktorá podáva súhrnný výkaz, písomne oznámi daňovému úradu údaje potrebné na doručovanie na tlačive podľa vzoru uverejneného na internetovej stránke Daňového riaditeľstva Slovenskej republiky.“*

S účinnosťou od 1.1.2010 tak § 80 ods. 9 ZoDPH stanovil, že mesačné, resp. štvrtročné, výkazy na účely dani z pridanej hodnoty sa musia podávať výlučne elektronickou formou (viď *„sú povinné podať súhrnný výkaz elektronickými prostriedkami“*). Zákon teda vylúčil písomnú formu a stanovil dve rovnocenné elektronické formy:

- I.) podanie súhrnného výkazu elektronickými prostriedkami podpísaného zaručeným elektronickým podpisom (§ 80 ods. 9 prvá a druhá veta ZoDPH) – ďalej aj „spôsob so ZEP“;
- II.) podanie súhrnného výkazu elektronickými prostriedkami bez zaručeného elektronického podpisu a spôsobom, ktorý určí daňový úrad v dohode (§ 80 ods. 9 prvá a tretia veta ZoDPH) – ďalej aj „spôsob bez ZEP“;

Obidva elektronické spôsoby pritom v praxi prebiehajú iba cez aplikácie poskytnuté daňovou správou. Od 1.1.2010 na tento účel fungovala aplikácia „eTax“, ktorá slúžila ako pre „spôsob so ZEP“, tak aj pre „spôsob bez ZEP“. V marci 2011 bola zverejnená druhá aplikácia - „eDane“, ktorá rovnako ako „eTax“ umožňovala podávať súhrnné výkazy s alebo bez elektronického podpisu. Do januára 2012 fungovali na splnenie tejto zákonnej povinnosti len tieto dve aplikácie.

I.) „spôsob so ZEP“ prebieha tak, že povinná osoba, podnikateľ, ktorý vlastní zaručený elektronický podpis, pristúpi cez počítač k internetovej aplikácii „eDane“ alebo „eTax“, vyplní príslušné formuláre, stlačí tlačítko „podpísať“ a vyberie certifikát. Následne aplikácia podpíše predmetné podanie jeho kľúčom a odošle súhrnný výkaz daňovému úradu.

II.) „spôsob bez ZEP“ prebieha tak, že povinná osoba, podnikateľ, najprv uzatvorí s daňovým úradom osobitnú dohodu, tzv. *Dohodu o spôsobe doručovania písomností doručovaných elektronickými prostriedkami, ktoré nebudú podpísané zaručeným elektronickým podpisom uzatvorená podľa § 20 ods. 8 zákona č. 511/1992 Zb. v znení neskorších predpisov*, potom písomne oznámi daňovému úradu údaje potrebné na doručovanie na tlačive podľa vzoru uverejneného na internetovej stránke Finančného riaditeľstva Slovenskej republiky. Na základe toho potom podnikateľ získa tzv. elektronickú značku. Podnikateľ potom pristúpi cez počítač k internetovej aplikácii „eDane“ alebo „eTax“, vyplní príslušné formuláre, stlačí tlačítko „Označiť pred odoslaním“ a vyberie certifikát. Následne aplikácia podpíše predmetné podanie jeho elektronickou značkou a odošle súhrnný výkaz daňovému úradu.

Podstata správneho deliktu podľa § 39 ZoOHS

Deliktné správanie Finančného riaditeľstva SR spočíva v tom, že aplikácie „eDane“ a „eTax“ sú zhotovené tak, aby ich bolo **možné používať výlučne iba na produktoch jednej firmy na trhu**. Technické riešenie totiž využíva také uzatvorené prvky, ktoré žiadna iná spoločnosť nemôže využívať. V prípade „spôsobu so ZEP“ totiž aplikácia vytvárajúca zaručený elektronický podpis – D.Signer/XAdES - funguje len na jednom operačnom systéme a za použitia jediného prehliadača, keďže vyžaduje technológiu, ktorá nie je otvorená a technologicky neutrálna. V prípade „spôsobu bez ZEP“, kde podpisovú aplikáciu využívať podľa zákona nie je potrebné, keďže sa nepoužíva zaručený elektronický podpis, obmedzuje povinné osoby rovnaká uzatvorená technológia. Podnikatelia, ktorí si teda zakúpili operačné systémy od iných firiem, nemôžu predmetnú aplikáciu používať, a musia si zakúpiť operačný systém Windows.

Potvrďuje to aj vyjadrenie odborníkov zo Sekcie informatiky Daňového riaditeľstva, ktoré ako odpoveď z dňa 17.3.2010 na žiadosť (priložené ako dôkaz) podľa zákona o slobodnom prístupe k informáciám uvádzajú: „*V súčasnej dobe nie je nám známy žiadny spôsob použitia nášho riešenia na operačných systémoch Mac OS alebo Linux*“. Keďže zákon zároveň vylučuje splnenie zákonnej povinnosti inými ako elektronickými prostriedkami (§ 80 ods. 9 prvá veta ZoDPH), **všetky povinné osoby podľa § 80 ods. 9 by si tak podľa názoru daňovej správy mali na to, aby mohli rešpektovať zákon, zabezpečiť produkt jednej firmy**.

Takáto správanie orgánu verejnej moci považujeme za rozporné s § 39 ZoOHS, ktoré vymedzuje delikt nasledovne: „**Orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy, orgány územnej samosprávy pri výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a orgány záujmovej samosprávy pri prenesenom výkone štátnej správy nesmú zjavnou podporou zvyhodňujúcou určitého podnikateľa alebo iným spôsobom obmedzovať súť až.**“

Finančné riaditeľstvo na svoju obranu poukazuje na to, že táto technická podmienka vychádza z toho, že NBÚ v danom čase necertifikoval žiadny produkt, ktorý by mohli na svojich platformách použiť. FRSR teda tvrdí, že nemohlo použiť technologicky neutrálne riešenie, ktoré by bolo objektívne a najmä trhovo nediskriminačné, pretože si ho žiadna firma na trhu necertifikovala. Je potrebné ale odlíšiť dva rôzne prípady. V prípade „spôsobu so ZEP“ sa vyžaduje takýto certifikovaný podpisový produkt. V prípade „spôsobu bez ZEP“ sa certifikácia žiadneho produktu nevyžaduje.

„**Spôsob so ZEP**“. FRSR nikdy nevysvetlilo prečo popri objednávke aplikácií „eDane“ (111 432,10 € s DPH) či „eTax“ (3 500 000 € s DPH) v hodnote niekoľko miliónov eur, nemohla daňová správa vypísať verejnú súťaž aj na takýto certifikát. Sám štát by si tak zabezpečil certifikáciu pre multiplatformové riešenie, ktoré chce používať. Nedošlo by k poskytnutiu skrytej konkurenčnej výhody Microsoftu a obmedzeniu súťaže na trhu operačných systémov a internetových prehliadačov.

„**Spôsob bez ZEP**“. Podmieňovanie použitia elektronického podpisu v prípade § 80 ods. 9 ZoDPH tretia veta nemá úplne žiadne opodstatnenie. V tomto prípade sa totiž používanie takejto certifikovanej aplikácie, podpisovača zaručených elektronických podpisov, vôbec nevyžaduje, keďže nie je potrebné podpísať žiadny zaručený elektronický podpis. Rovnaký názor zastáva vo svojom odbornom stanovisku aj NBÚ, ktorý uvádza: „*V zmysle § 24 zákona o EP certifikácii, ktorú vykonáva Národný bezpečnostný úrad, podliehajú iba bezpečné*

produktu pre zaručený elektronický podpis. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti možno vysloviť záver, že používanie certifikovaných bezpečných produktov sa vyžaduje iba v prípadoch zaručeného elektronického podpisu.“ (doložené ako dôkaz). V tomto prípade teda takéto obmedzenie úplne postráda akúkoľvek legitimitu. Súčasné technologické obmedzenie zo strany daňovej správy je preto úplne arbitrárne. Pritom náklady vhodného riešenia pre technologicky neutrálnu implementáciu „spôsobu bez ZEP“ (§ 80 ods. 9 tretia veta ZoDPH) by podľa jednej z oslovených firiem pôsobiacich na trhu nepresiahla ani dnes sumu 24.000 € pri dobe zhotovenia približne 2 mesiace

Podnikatelia s inými operačnými systémami a inými internetovými prehliadačmi sú dnes neobjektívne, t.j. bez rozumného dôvodu, diskriminovaný voči používateľom operačného systému Windows a internetového prehliadača Explorer. Ich zákazníci si musia pre splnenie tejto zákonnej povinnosti zabezpečiť operačný systém, ktorý inak nepotrebujú a zákon im jeho používanie ani neukladá. Všetky konkurujúce operačné systémy totiž neumožňujú splnenie zákonnej povinnosti čím trpí ich atraktivnosť na trhu. Tento stav pritom zapríčil štátny orgán pri výkone verejnej moci.

Konaním FRSR teda došlo k nedovolenému obmedzovaniu hospodárskej súťaže, keď **všetky spoločnosti okrem spoločnosti Microsoft, boli vylúčené z možnosti slúžiť na komunikovanie so štátom pri plnení tejto zákonnej povinnosti.** Keďže používanie tejto aplikácie sa stalo v súlade s § 80 ods. 9 ZoDPH povinnosťou, štát tak pri výkone štátnej správy zjavne zvýhodnil výrobky spoločnosti Microsoft, ktoré ako jediné umožňovali splnenie tejto zákonnej povinnosti. Výrobky od ostatných spoločností, tak boli znevýhodnené, keďže ich produkty museli trpieť konkurenčnou nevýhodou, a síce, že ich podnikatelia nebudú môcť plnohodnotne využívať pre komunikáciu s daňovou správou.

Na takéto konanie pritom upozorňuje aj Koncepcia využívania softvérových produktov vo verejnej správe, schválená Vládou SR 15. júla 2009, ktorá uvádza v bode 4.4.1, že „*Služby verejnej správy by podľa najlepších praktík mali poskytovať prístup na základe otvorených štandardov. Predovšetkým by nikdy nemali vyžadovať od verejnej správy a ani od verejnosti nákup alebo využitie systémov od špecifických dodávateľov pre prístup k verejným službám: toto by znamenalo neprípustné štátom podporované budovanie monopolistického postavenia vybraných dodávateľov.*“ alebo bod 6.1 Prílohy, ktorý nepriamo varuje pred ignorovaním otvorených štandardov slovami: „*Otvorené štandardy sú špecifikácie softvérových rozhraní, protokolov, dát, formátov súborov a pod., ktoré sú detailne popísané a publikované bez obmedzení, ktoré by mohli limitovať ich implementáciu alebo umožňovať skrytú konkurenčnú výhodu.*“. Predchádzanie takýmto situáciám má okrem iného zabezpečovať aj vnútroštátna úprava štandardov (zákon č. 275/2006 Z. z. o informačných systémoch verejnej správy a Výnos o štandardoch pre ISVS č. 312/2010 Z. z.), ktorú predmetné aplikácie „eTax“ a „eDane“ taktiež porušili.

Z mediálnych vystúpení žalovaného je zrejmé, že sa bude v prejednávanej veci snažiť zmiatť Protimonopolný úrad SR tým, že ide o výlučne technický problém. Bude sa však mýliť. Technické rozhodnutia či už štátu alebo podnikateľov majú dnes častokrát veľký dopad na slobodu súťaže na relevantnom trhu. Navyše podľa judikatúry deliktne obmedzenie podľa § 39 ZoOHS možno vidieť vo veľmi širokom diapazóne konaní, napr. aj vo vydaní VZN obce (rozhodnutie NSSR, sp. zn. 2 S 11/2007). Protisúťažné „vedľajšie účinky“ neinteroperabilných riešení na trhu azda najlepšie potom ilustruje rozhodnutie Súdneho dvora EÚ vo veci *Microsoft Corp.* T-201/04, v ktorom došlo k uloženiu historickej pokuty 497 miliónov eur.

Konanie FRSSR je v pôsobnosti § 2 ods. 1 písm. b) ZoOHS. Podľa judikatúry Najvyššieho súdu SR pri správnom delikte podľa § 39 ZoOHS platí, že orgán verejnej moci je „*povinný postupovať* (pri výkone verejnej moci, pozn. aut.) *aj v súlade s ust. § 39 ZOHS tak, aby nedošlo k zjavnej podpore zvýhodňujúcej určitého podnikateľa, ani iným spôsobom obmedzovať hospodársku súťaž*“ (rozhodnutie NSSR sp. zn. 2S 192/2005).

§ 2 Pôsobnosť zákona

(1) Tento zákon sa vzťahuje na

b) **orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy** orgány územnej samosprávy pri výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a orgány záujmovej samosprávy pri prenesenom výkone štátnej správy.

Konanie FRSSR napĺňa znaky skutkovej podstaty správneho deliktu podľa § 39 ZoOHS v spojení s § 3 ods. 1 ZoOHS.

§ 3 Vymedzenie niektorých pojmov

(1) **Obmedzovanie súťaže je každé obmedzenie voľnosti konania podnikateľa na relevantnom trhu**, najmä vylúčovanie existujúcich alebo možných súťažných aktivít, skutočné alebo možné zníženie rozsahu konkurenčnej aktivity alebo skresľovanie konkurenčných podmienok.

§ 39: *Orgány štátnej správy pri výkone štátnej správy, orgány územnej samosprávy pri výkone samosprávy a pri prenesenom výkone štátnej správy a orgány záujmovej samosprávy pri prenesenom výkone štátnej správy nesmú zjavnou podporou zvýhodňujúcou určitého podnikateľa alebo iným spôsobom obmedzovať súťaž.*

Za konanie FRSSR má Protimonopolný úrad SR povinnosť uložiť sankciu podľa § 38 ZoOHS.

§ 38(3): „*Úrad za porušenie zákazu podľa § 39 uloží orgánu štátnej správy, orgánu územnej samosprávy alebo orgánu záujmovej samosprávy pokutu do výšky 66 000 eur.*“

Správaním FRSSR došlo k obmedzeniu súťaže na trhu operačných systémov a internetových prehliadačov podľa § 39 ZoOHS a to tým, že FRSSR:

a) **poskytlo skrytú konkurenčnú výhodu** spoločnosti Microsoft, pretože používalo technické riešenie, ktoré je výrazne optimalizované pre konkrétnu platformu (operačný systém, hardware),

b) **vylúčilo a pokrivilo súťaž na relevantnom trhu** daných softvérových výrobkov, keď ostatné softvérové spoločnosti postavil do zjavnej nevýhody, keďže v tomto segmente tak nemôžu poskytovať služby,

c) **prispelo k budovaniu monopolistického postavenia** spoločnosti Microsoft, keďže vylúčením súťaže aj vylúčil inováciu, súťaž v tomto segmente.

Štát by mal obozretným zvolením si technického riešenia, ktoré bude založené na otvorených a technologicky neutrálnych štandardoch, umožniť všeobecne prístup občanov – zákazníkov rôznych softvérových spoločností - k splneniu si svojich zákonných povinností.

Podmieňovanie splnenia zákonnej povinnosti kúpov jediného produktu od jediného výrobcu je v rozpore s princípmi súťaže na trhu.