

**Protimonopolný úrad SR
Drieňová 24
826 03 Bratislava**

VEC: List o FRSR a porušenie práva EÚ

Vážený pán JUDr. Tibor Menyhart,

Obraciame sa na Vás opätovne a zrejme už i poslednýkrát vo veci nášho oznámenia zo dňa 5.6.2012 týkajúceho sa správania Finančného riaditeľstva SR (FRSR), ktorým, podľa nášho názoru, došlo k obmedzeniu súťaže na **trhu operačných systémov a internetových prehliadačov** podľa § 39 ZoOHS.

V inštitúte EISI si skutočne vážime Vami vykonanú prácu pri prešetrení nášho podania. Musíme však dôrazne nesúhlasiť s právnym názorom, ktorý ste v danej veci vyslovili. Sme presvedčení, že tento názor nielen nemá oporu v citovanom § 39 ZoOHS, ale zároveň s veľkou pravdepodobnosťou porušuje právo Európskej únie, konkrétne čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii (ZEÚ).

1. TRH INTERNETOVÝCH PREHLIADAČOV

Ako je Vám nepochybne známe, Európska komisia (EK) v správnom konaní v roku 2009 posudzovala, či sa spoločnosť Microsoft viazaním internetového prehliadača Internet Explorer na operačné systémy Windows dopustila zneužívania dominantného postavenia na trhu v zmysle čl. 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ). EK v konaní zastávala názor, že takéto viazanie môže mať za následok odstránenie konkurencie medzi kvalitou webových prehliadačov. Okrem posilnenia postavenia Microsoftu na trhu operačných systémov pre osobné počítače podľa názoru EK "vytvorilo viazanie prehliadača Internet Explorer so systémom Windows umelé podnety pre webových vývojárov a tvorcov softvéru, aby optimalizovali svoje výrobky najmä pre Internet Explorer". Konanie bolo uzavreté prijatím záväzkov spoločnosti Microsoft, ktorými bola európskym zákazníkom Microsoftu zaručená sloboda voľby prehliadača v operačnom systéme Windows (prípád COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying)).¹

¹ Pre úplnosť možno dodať, že existenciu trhu internetových prehliadačov ako samostatného produktového trhu potvrdzuje okrem európskej aj americká judikatúra (*United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)).

Inými slovami, EK rozhodla, že **súťaž na trhu s internetovými prehliadačmi per se je hodná ochrany a jej obmedzovanie je neprípustné.**

Domnievame sa, že Vaše názory vyjadrené v oboch listoch sú s týmto záverom EK v rozpore.

Vo Vašom prvom liste ste dopad správania FRSSR na trh internetových prehliadačov vôbec nevzali v úvahu. Je pravdou, že tento nedostatok ste napravili v druhom liste, aj to je však podľa nášho názoru stále nedostatočne odôvodnené a právne neobstojí.

Podľa nášho názoru niet pochyb, že FRSSR svojím postupom fakticky obmedzuje slobodný výber internetového prehliadača veľkej časti slovenských zákazníkov. Ak takéto konanie podľa Vášho názoru nezakladá porušenie § 39 ZoOHS, naznačujete tým, že nie je obmedzovaním súťaže, ak štátny orgán núti občana používať určitý výrobok.

V liste uvádzate, že *"každý používateľ operačného systému Windows automaticky vlastní prehliadač (disponuje prehliadačom) Internet Explorer. Je už na preferencii daného spotrebiteľa, či bude na platforme operačného systému Windows využívať uvedený prehliadač, alebo sa rozhodne pre užívanie konkurenčného prehliadača. Pri vlastnení (disponovaní) systémom Windows nie sú s využívaním internetového prehliadača Internet Explorer spojené žiadne dodatočné náklady, ktoré by spotrebiteľ musel vynaložiť, ak by chcel zaslať súhrnný výkaz DPH. Platí teda tvrdenie úradu uvedené v liste zo dňa 2.10.2012, že ak podiel operačného systému Windows predstavuje cca 90%, tak z vyššie uvedeného dôvodu v rovnakom meradle je na strane užívateľov daná možnosť bez akýchkoľvek obmedzení aj používať prehliadač Internet Explorer."*

Takouto argumentáciou, ako iste uznáte, by musel byť každý prípad viazania produktov, ktoré sú síce bezplatné, no majú ďalekosiahle sieťové účinky (*network effects*), v súlade so súťažným právom. Fakt, že internetový prehliadač je voľne dostupný a prípadne aj predinštalovaný, neznamená, že medzi prehliadačmi neexistuje trh a teda aj súťaž, ktorú takéto správanie FRSSR alebo iného orgánu štátu môže obmedzovať.

Navyše Váš list berie **ako východiskovú situáciu protiprávny faktický stav** („*automaticky vlastní prehliadač .. Internet Explorer*“), ktorý je dôsledkom nevyhovenia spoločnosti Microsoft už spomínanému rozhodnutiu (*pozri* prípad 39530, vyhlásenie z 24. októbra 2012).

Ako sme preukázali v skorších podaniach, Internet Explorer na Slovensku používa približne 20% subjektov. FRSSR napriek existencii iných technických riešení použilo také riešenie, ktoré je dostupné len pre produkty jedného podnikateľa, pričom si jeho používanie v kontexte elektronickej zákonnej povinnosti ešte aj vynuocovalo ukladaním pokút. Faktom teda je, že vyše 80 %, t.j. 35.200, resp. 32.000 subjektov, bolo kvôli správaniu FRSSR nútených používať iný produkt, ako by používali pri svojej práci zvyčajne. Takýto rozsah predstavuje bezprecedentné zvýhodnenie jednej spoločnosti na trhu s internetovými prehliadačmi. Tohto zvýhodnenia sa dopustil orgán štátnej správy a podľa nášho názoru tak došlo k porušeniu § 39 ZoOHS.

2. PORUŠENIE ZÁSADY LOJÁLNEJ SPOLUPRÁCE

Podľa čl. 4 ods. 3 ZEÚ "sa Únia a členské štáty vzájomne rešpektujú a vzájomne si pomáhajú pri vykonávaní úloh, ktoré vyplývajú zo zmlúv. Členské štáty prijímú všetky opatrenia všeobecnej alebo osobitnej povahy, aby zabezpečili plnenie záväzkov vyplývajúcich zo zmlúv alebo z aktov inštitúcií Únie. Členské štáty pomáhajú Únii pri plnení jej úloh a neprijímú žiadne opatrenie, ktoré by mohlo ohroziť dosiahnutie cieľov Únie."

Súdny dvor Európskej únie v minulosti opakovane judikoval, že zásada lojálnej spolupráce (predtým ustanovená v čl. 10 ZES) sa aplikuje aj na opatrenia členského štátu, ktorými zasahuje do hospodárskej súťaže medzi podnikateľmi a ktorými by ustanovenia zakladajúcich zmlúv chrániace hospodársku súťaž mohli byť pozbavené účinku (napr. rozhodnutie vo veci 267/86 *Van Eycke v NV ASPA* [1988] ECR 4769).

Podľa nášho názoru je potrebné vykladať § 39 ZoOHS práve v tomto svetle. Je pravdou, že konanie FRSR zrejme nemožno skúmať vo svetle čl. 101 a 102 ZFEÚ, resp. §§4 a 8 ZoOHS, pretože FRSR nie je podnikateľom. To však neznamená, že FRSR môže realizovať úkony, ktorými dochádza k narušeniu hospodárskej súťaže. Takýmto konaním by sa totiž Slovenská republika mohla dopustiť porušenia svojej povinnosti lojálnej spolupráce voči EÚ. V kontexte slovenského práva by garantom toho, že štátne orgány nebudú obmedzovať hospodársku súťaž mal byť práve Protimonopolný úrad konajúci na základe § 39 ZoOHS, pričom toto ustanovenie tým pádom nadobúda európskoprávny rozmer.

V mnohých prípadoch môže byť preskúmavanie toho, či sa určitý štátny orgán Slovenskej republiky dopustil obmedzenia hospodárskej súťaže, ktoré zároveň ohrozuje dosiahnutie cieľov EÚ, problematické a nejasné. Ak by išlo o taký prípad, rešpektovali by sme správnu úvahu Protimonopolného úradu a neobracali by sme sa na Vás s ďalším podaním.

V tomto konkrétnom prípade je však odpoveď podľa nášho názoru pomerne jednoznačná. Európska komisia svojím rozhodnutím v roku 2009 jednoznačne konštatovala, že je záujmom európskej ochrany súťaže, aby na trhu internetových prehliadačov panovala hospodárska súťaž a že túto súťaž môže obmedziť viazanie internetového prehliadača na operačné systémy podnikateľa, ktorý má dominantné postavenie na trhu operačných systémov. Európska komisia teda zjavne sledovala cieľ, aby mal európsky zákazník možnosť výberu medzi internetovými prehliadačmi.

Konanie FRSR, na druhej strane, fakticky núti veľký segment slovenských zákazníkov používať na určitú činnosť jeden z internetových prehliadačov, čím týmto prehliadač zjavne zvýhodňuje. Inými slovami, kým EÚ "bojuje" za súťaž na trhu s internetovými prehliadačmi, štátny orgán Slovenskej republiky zjavne zvýhodňuje jeden z internetových prehliadačov.

Podľa nášho názoru si ťažko predstaviť situáciu, kedy by bol rozpor medzi cieľom súťažnej politiky EÚ a konaním štátneho orgánu Slovenskej republiky zjavnejší. **Štátny orgán totiž zjavne podkopáva úsilie a výsledky práce Európskej Komisie.** Orgánom, ktorý toto pochybenie môže napraviť je na základe právomoci ustanovenej v § 39 ZoOHS práve Protimonopolný úrad. Veríme preto, že sa tejto právomoci zhostí.

* * *

Vážený pán JUDr. Tibor Menyhart,

Naším záujmom je chrániť integritu a súťaž na trhu. V týchto cieľoch sa úplne zhodujeme s Vaším úradom. Rozchádzame sa však v praktickom uplatňovaní tohto cieľa. Správanie FRSR bolo podľa nášho názoru bezprecedentným narušením súťaže zo strany orgánu verejnej moci v kontexte informačnej spoločnosti. Ak pripustíme, že štátne orgány môžu *de facto* nútiť občanov a podnikateľov využívať jeden z konkurenčných softwareov, čoskoro sa dočkáme ďalších a ďalších protisúťažných správani štátu. To platí o to viac, ak sa tak stáva v kontexte zákonných povinností, ktoré možno plniť *len* elektronicky, ako je tomu v tomto prípade. Veríme, že Váš úrad nepripustí, aby k takejto situácii došlo a postaví sa proti takémuto správaniu ako skutočný ochranca slobodnej a zdravej trhovej súťaže.

Žiadame Vás preto o korekciu Vašich záverov a otvorenie riadneho vyšetrovania voči FRSR za porušenie § 39 ZoOHS. V opačnom prípade budeme nútení o tomto konaní – ktoré podľa nášho názoru môže na strane Slovenskej republiky zakladať porušenie čl. 4 ods. 3 ZEÚ – informovať Európsku komisiu.

O vyrozumenie Vášho postoja Vás prosíme do 31.5.2013.

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