

Prípady Google: príležitosť alebo protekcionizmus?

Rastislav Funta

Abstrakt

Protisúťažné vyšetrowanie spoločnosti Google začalo niekoľko mesiacov potom čo Európska komisia prijala usmernenia o prioritách v oblasti presadzovania práva pri uplatňovaní čl. 82 (teraz čl. 102 ZFEÚ) Zmluvy o ES (ZES) na prípady zneužívania dominantného postavenia podnikov na vylúčenie konkurentov z trhu.¹ V rámci týchto usmernení Európska komisia uviedla že zasiahne len vtedy, ak konanie spoločnosti v dominantnom postavení súčasne naplní dve kritériá: ak takéto konanie vytláča rovnako efektívnych súťažiteľov z trhu a že toto údajné protisúťažné konanie poškodzuje spotrebiteľov. Tento nový rámec bol použitý prvýkrát pri vyšetrowaní spoločnosti Intel,² a neskôr v iných významných prípadoch ako je *Telia Sonera*³ a *Post Danmark*.⁴ Neistota zostáva ohľadne jeho implementácie a súladu s ekonomickými poznatkami. Tento článok sa zameriava na vyšetrowanie spoločnosti Google a na jeho zhodnotenie na základe dostupných informácií.

Kľúčové slová

Súťažné právo, Google, Relevantný trh

1. Úvod

Protisúťažné vyšetrowanie Európskej komisie proti spoločnosti Google sa začalo v roku 2010 a vyvrcholilo vydaním oznámenia o námietkach za údajné zneužitie dominantného postavenia, ktoré bolo odmietnuté spoločnosťou Google 27 augusta 2015. Na jednej strane je možné tento prípad označiť za skvelú príležitosť ako rozšíriť princíp sieťovej neutrality⁵ na vyhľadávače, zatiaľ čo na druhej strane je možné tento prípad a jemu podobné iniciatívy odsúdiť ako čistý protekcionizmus spojený s neschopnosťou európskych spoločností súťažiť s internetovými spoločnosťami so sídlom v USA. Dodnes bolo publikovaných len niekoľko štúdií o tomto prípade a to hlavne z dôvodu, že oznámenie o

námietkach ako aj odpoveď spoločnosti Google podliehali utajeniu.

2. Počiatky internetových vyhľadávačov

Internet s viac ako 50 miliardami stránok v roku 2016 sa javí ako gigantické úložisko množiacich sa informácií. Prvý prehliadač s označením Archie nebol nič viac ako tool na indexovanie FTP⁶ archívov. S AltaVista vstúpil Internet do etapy moderných vyhľadávačov. Google vstúpil na tento trh v roku 1996 v čase, kedy bola AltaVista na ceste k tomu aby sa stala najpopulárnejším vyhľadávačom. Potreba spracovávať rastúce množstvo informácií a investovať do výskumu a vývoja s cieľom maximalizovať význam vyhladaných údajov čoskoro viedol k vytvoreniu viac udržateľných obchodných modelov. Koncom 90tych rokov prišla spoločnosť Overture (predtým GoTo.com) s novinkou v podobe PPP (pay-per-click alebo platiť za kliknutie),⁷ a tak predznamenala novú éru bezplatných vyhľadávačov. Overture bola následne kúpená spoločnosťou Yahoo! (potom, čo získala AltaVista, Alltheweb a vyhľadávaciu databázu Inktomi). Pomocou týchto akvizícií spojila Yahoo! tieto tooly a vytvorila tak vlastný vyhľadávací index.

Napriek tomu že Google bola malým start-upom, podarilo sa tejto spoločnosti predbehnúť AltaVista (a neskôr aj Yahoo!) ako najpopulárnejší vyhľadávač už počas roka 2000. Úspech Google bol spojený s tým, že materská spoločnosť AltaVista bola príliš zameraná na oblasť hardware aby si uvedolila že vyhľadávače sa stanú hlavnou súčasťou Internetu. Naopak, sofistikovaný a inovatívny algoritmus v spojení s jednoduchosťou užívateľského rozhrania viedol k preferencii Google pred jeho konkurenciou u koncových užívateľov. Vzostup Google ako lídra v tejto oblasti biznisu bol hlavne výsledkom toho, čo protimonopolné úrady nazývajú "obchodné myslenie alebo business acumen", spolu s inováciou a šikovným obchodným modelom.⁸

¹ ÚV C45, 24.02.2009.

² GERADIN, D.: Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche, str. 579-615.

³ C-52/09, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, Zb. 2011, s. 527.

⁴ C-209/10, Post Danmark A/S v. Konkurrenserådet, Zb. 2012, s. 0000.

⁵ Vyjadruje požiadavku aby poskytovatelia internetových služieb zaobchádzali s obsahom či web stránkami rovnako bez ich blokovania či spomaľovania. Sieťová neutralita bola schválená Európskym parlamentom na jeho plenárnom zasadnutí 27.10.2015.

⁶ File transfer protokol je štandardný sieťový protokol používaný na prenos počítačových súborov cez Internet.

⁷ Pri PPP sa platí za reklamu až v prípade, že na ňu niekto klikne a prezrie si ju.

⁸ § 2 Shermanovho zákona zakazuje úmyselné získanie alebo udržiavanie monopolu (alebo sa o to pokúšať) na rozdiel od rastu a vývoja "v dôsledku lepšieho produktu alebo business acumen" ako bolo potvrdené v prípade United States v Grinnell Corp., 384 US 563,570-71 (1966). V porovnaní s právom USA, právo EÚ nezakazuje existenciu dominantného postavenia ale len jeho zneužívanie (pozri: FUNTA, R., Abuse of a dominant position in EU and US Law, s. 53).

2.1. Zmeny ktoré viedli k vzniku protimonopolných problémov Google

Google začala prijímať strategické rozhodnutia ktoré mali neskôr protimonopolné dôsledky v Spojených štátoch, Európe a ďalších častiach sveta. Bolo to spôsobené predovšetkým dvoma zmenami. Google postupne prešla k viac univerzálnemu modelu a tiež sa zamerala na identifikovanie internetových stránok ktoré nemali žiaden pôvodný obsah s cieľom vyčistiť výsledky algoritmického vyhľadávania a zlepšiť relevantnosť výsledkov vyhľadávania voči koncovému užívateľovi. Stratégie spoločnosti Google boli podľa britskej spoločnosti Foundem (jedna z prvých spoločností trpiacich zavedením vyššie spomenutého univerzálného modelu) zamerané na elimináciu konkurenčnej hrozby. To či sa Google správala nevhodne voči spoločnosti Foundem a či zmanipulovala jej algoritmus aby tak zmenšila jej trhovú pozíciu je obťažne preukázať. Google tvrdila, že služby spoločnosti Foundem neboli na dostatočnej úrovni. Naopak, Foundem ohlásila niekoľko úspechov a významnú expanziu na trhu v tomto období, čo je v rozpore s tvrdením že ju Google vytlačila z trhu.

V roku 2013 americká FTC (Federal Trade Commission/Federálna obchodná komisia) hlasovala pomerom 5 k 0 a uzavrela vyšetrovanie potom, čo Google predložila záväzok zmeniť svoje praktiky. FTC argumentovala tým, že Google prijala *"potrebné zmeny s cieľom zlepšenia kvality výsledkov vyhľadávania a že akékoľvek negatívne účinky na súčasných alebo potenciálnych konkurentov boli eliminované. Zatiaľ čo niektorí konkurenti mohli utrpieť stratu ohľadne predajov, tieto nežiaduce účinky na jednotlivých konkurentov sú bežným vedľajším javom hospodárskej súťaže vo veci samej. Zmeny vo vyhľadávacom algoritme spoločnosti Google môžu byť považované za zlepšenie celkovej kvality vyhľadávacieho Google."*⁹ Inými slovami FTC uviedla, že rozhodnutie spoločnosti Google zmeniť svoje vyhľadávacie postupy bolo z veľkej časti výsledkom túžby priblížiť sa požiadavkám koncových užívateľov, a tak zachovať svoju vedúcu pozíciu na trhu. V tejto súvislosti môžeme mať niekoľko poznámok voči rozhodnutiu FTC. Po prvé, americké protimonopolné orgány prijali už tradične *"úzký prístup"* v tomto prípade pred využitím súťažného práva na presadenie zmien v spôsobe, akým sa ponúkajú výrobky a služby. Po druhé, rozhodnutie FTC bolo zamerané na problematiku poškodenia spotrebiteľa avšak v priebehu vyšetrovania nebol zistený žiadny významný dôkaz o poškodení spotrebiteľov, čo viedlo FTC k odmietnutiu tvrdení sťažovateľov. Po tretie, rozhodnutie FTC nebolo presvedčivé pokiaľ ide o ďalšie protisúťažné aspekty, ako je definovanie relevantného trhu a určenie trhovej sily spoločnosti Google.

Je potrebné poznamenať, že na rozdiel od amerického protimonopolného práva je súťažné právo EÚ tradične prísnejšie a viac orientované na zachovanie štruktúry

trhu a ochranu menších konkurentov. Aj keď je znenie ustanovení bodov 1 a 2 Shermanovho zákona a čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (ZFEÚ) porovnateľné, obe jurisdikcie prijali rozdielne prístupy k správaniu sa spoločností na trhu (a to aj vzhľadom k prevahe tzv. Chicagskej školy v USA a vplyvu ordoliberalnej školy v Európe). To viedlo európske protisúťažné pravidlá¹⁰ sa viac zameriavať na tzv. *essential facilities* doktrínu¹¹ a požiadavku osobitnej zodpovednosti spoločností s dominantným postavením voči menším konkurentom.

2.2. Je možné Google považovať za dominantnú spoločnosť?

Protisúťažná analýza vyžaduje, aby držba významnej trhovej sily bola analyzovaná s ohľadom na relevantný produktový trh definovaný ako trh *"pozostávajúci zo všetkých výrobkov a/alebo služieb, ktoré sú považované za vzájomne zameniteľné alebo nahraditeľné z hľadiska spotrebiteľa, a to na základe ich vlastností, cien a zamýšľaného účelu použitia"*.¹² Na druhej strane relevantný geografický trh sa vzťahuje na *"oblasť, v ktorej sú dotknuté podniky zapojené do vzťahov dopytu a ponuky výrobkov alebo služieb, v ktorej sú súťažné podmienky dostatočne homogénne a ktorá sa od ostatných susedných oblastí výrazne odlišuje práve preto, že konkurenčné podmienky v nej sú zjavne odlišné od podmienok v týchto oblastiach"*.¹³ Realita však ukazuje, že vymedzenie trhu v niektorých high-tech prípadoch sa ukazuje ako oveľa zložitejšia a kontroverzejšia než v prípade tradičných trhov. Bolo tomu tak i v prípade Microsoft v Spojených štátoch kde sa definovanie relevantného trhu ukázalo ako veľmi obťažné. Prípád Google nebude žiadnou výnimkou. Použitie kvantitatívnych nástrojov, ako je *SSNIP test*¹⁴ sa zdá byť veľmi náročné vzhľadom na to, že predpokladané relevantné trhy výrobkov sú dostupné pre koncových užívateľov. História internetu ukazuje, že konkurenčný tlak je zriedka vyvíjaný hráčmi ktorí sú už prítomní na relevantnom trhu. Naopak, konkurenčný tlak niekedy prichádza z iných už existujúcich trhov. Takže, čo by sa malo považovať za relevantný trh (ak existuje) v prípade Google? S cieľom poskytnúť správnu odpoveď na túto otázku je potrebné sa vrátiť k počiatkom vymedzenia trhu, pochopiť jeho účel a základné odôvodnenie. V ďalšom kroku sa identifikuje spôsob ako opísať priestor v ktorom prebieha konkurenčný boj.

⁹ Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163, January 3, 2013.

¹⁰ K súťažnej politike EÚ, pozri: SVOBODA, P.: Úvod do evropského práva, s. 238 a nasl.

¹¹ BORCHARDT, K. D.: Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, s. 523.

¹² Oznámenie Európskej komisie o definícii relevantného trhu na účely práva hospodárskej súťaže spoločenstva, 97/C 372/03. bod. 7.

¹³ Oznámenie Európskej komisie o definícii relevantného trhu na účely práva hospodárskej súťaže spoločenstva, 97/C 372/03. bod. 8.

¹⁴ FUNTA, R.: Theory and practice of competition economics market definition, str. 58-59.

Rovnako ako vymedzenie trhu, aj posúdenie dominantného postavenia¹⁵ má svoju dlhú tradíciu. A rovnako ako vymedzenie trhu, aj posúdenie dominantného postavenia sa dostalo do ťažkostí s príchodom éry internetu. Dominantné postavenie je v systéme súťažného práva EÚ upravené v čl. 102 ZFEÚ¹⁶ ako akékoľvek "zneužívanie dominantného postavenia na vnútornom trhu alebo jeho podstatnej časti¹⁷ jedným alebo viacerými podnikateľmi ktoré sa zakazuje ako nezlučiteľné s vnútorným trhom, ak sa tým môže ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi." Pritom pojem dominantné postavenie nie je v čl. 102 ZFEÚ výslovné vymedzený. Definícia dominantného postavenia sa v priebehu rokov ustálila v znení kde je dominantné postavenie „hospodárske mocenské postavenie podniku, ktoré ho stavia do pozície zabrániť zachovaniu účinnej súťaže na relevantnom trhu, ktoré mu vytvára možnosť správať sa v značnom rozsahu nezávisle voči súťažiteľom, odberateľom a napokon aj spotrebiteľom.“¹⁸ Naopak spoločnosť, ktorá je značne obmedzená vo svojom správaní konkurenciou, dodávateľmi, spotrebiteľmi alebo novými hráčmi na trhu nemôže byť považovaná za dominantnú, bez ohľadu na podiel na trhu. Odpoveď na otázku či je možné Google považovať za dominantnú spoločnosť závisí, okrem iného, na tom aký relevantný trh je definovaný, a ktorá definícia dominantného postavenia sa vyberie. Ani jeden z tých dvoch bodov nie je veľmi jasný, a to nielen v rámci vyšetrovania Google, ale rovnako tak v protisúťažnom práve EÚ. Je veľmi dôležité aby sa prijal primeraný právny rámec a bolo stanovené, či Google môže byť považovaná za dominantnú spoločnosť na účely aplikácie čl. 102 ZFEÚ, a teda či môže byť označená za výrazne obmedzenú pomocou konkurenčného tlaku v jej správaní. Je potrebné pritom vziať do úvahy, že nie vždy príde ku konkurenčnému tlaku od existujúcich konkurentov vyrábajúcich a ponúkajúcich podobné výrobky. Nateraz je možné konštatovať, že čím viac sa bude do popredia tlačíť téza že Google bola inovatívna a reinvestovala časť svojich ziskov aby zachovala svoju konkurenčnú pozíciu, tým ťažšie bude preukázať existenciu značnej trhovej sily.

3. Prvá časť analýzy

Prvá časť analýzy sa zameriava na zistenie toho či údajné protisúťažné správanie spôsobilo, alebo je pravdepodobné že spôsobí, odchod všetkých súčasných a potenciálnych konkurentov z trhu. Preukázanie tejto skutočnosti je veľmi obtiažne z mnohých dôvodov. Je potrebné preukázať, že takéto správanie s veľkou pravdepodobnosťou obmedzí konkurentov. To by vyžadovalo, aby prístup súčasných alebo potenciálnych konkurentov k dodávkam alebo trhom bol vylúčený z dôsledku správania spoločnosti v dominantnom postavení,

pričom dominantná spoločnosť bude pravdepodobne v pozícii so ziskom zvyšovať ceny na úkor spotrebiteľov. Mnoho otázok sa pritom skrýva za touto požiadavkou. Po prvé je dôležité zistiť, či správanie spoločnosti Google bránilo rastu niektorého z jej súčasných alebo potenciálnych konkurentov tým, že boli obmedzovaní v prístupe k dodávkam alebo na trh. To môže byť argument pri stanovení tézy, či Google obmedzovala prístup pre malých hráčov na trhu vyhľadávateľov. Či táto skutočnosť je relevantná z pohľadu protisúťažného práva je potrebné preukázať. Nemať prístup na trh pretože spoločnosť s dominantným postavením koná s úmyslom zabrániť prístup k distribučným kanálom je odlišná od situácie, v ktorej spoločnosť s dominantným postavením nedokáže aktívne podporovať konkurenčné služby prostredníctvom svojej vlastnej služby. Pojem uzavretia trhu bol vytvorený aby zachytil správanie spoločností s dominantným postavením na horných a dolných trhoch a nie aby zabezpečoval, že spotrebiteľ vstupujúci do obchodu patriaceho spoločnosti v dominantnom postavení bol detailne poučený o konkurenčných ponukách ktoré sú k dispozícii v ďalších obchodoch.

Spôsob ako riešiť problém uzavretia trhu sa vzťahuje na tzv. argument "prevencie expanzie". Z tohto pohľadu, ktorý priamo vyplýva s tzv. "osobitnej zodpovednosti" údajne dominantnej spoločnosti bude spoločnosť Google konfrontovaná so všeobecnou povinnosťou zabezpečiť, aby jej konkurenti prežili na trhu. Táto všeobecná povinnosť by sa mohla vykladať ako povinnosť podporovať konkurentov spoločnosti Google v rámci jej algoritmického vyhľadávania spôsobom, ktorý zaručí ich ziskovosť a prežitie. Podobný argument bol použitý SDEÚ napr. v prípade TeliaSonera.¹⁹ Táto kontroverzná myšlienka by mohla ponúknuť návod riešenia nášho prípadu pokiaľ existujú dôvody domnievať sa, že spoločnosť Google konala s úmyslom uzavrieť trh iným spôsobom (napr. prostredníctvom dlhodobých výhradných zmlúv s inzerentmi). Avšak cena za takéto správanie by bola veľmi vysoká, pretože by bol úspešný hráč na trhu prenasledovaný za nedostatok starostlivosti o konkurentov čo je cudzie modernej vízii súťažného práva. V neposlednom rade je dôležité objasniť údajne protisúťažné konanie spoločnosti Google na základe dostupných informácií. Avšak táto otázka už bola analyzovaná počas vyšetrovania v USA v rámci ktorého právny teoretici vyjadrili pochybnosti o stratégii spoločnosti Google jak z hľadiska ekonomického, tak z hľadiska jej významu pre protisúťažné orgány. Poukazujú na to, že "Google sa

¹⁵ KALESNÁ, K., HRUŠKOVIČ, I., ĎURIŠ, M.: Európske právo, str. 164.

¹⁶ K čl. 102 ZFEÚ, pozri: KRÁLIK, A., Náhrada škody spôsobenej porušením súťažného práva, s. 52 a nasl.

¹⁷ WHISH, R., BAILEY, D., Competition Law, s. 189-190.

¹⁸ C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Zb. 1979, s. 461.

¹⁹ C-52/09, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, Zb. 2011, s. I-00527, bod. 24. V bodoch 73 a 74 tohto rozsudku SDEÚ uvádza, že ak je "marža záporná, čo v prejednávanej veci znamená, že veľkoobchodná cena služieb vstupného produktu ... je vyššia ako maloobchodná cena služieb poskytovaných koncovým užívateľom, je pravdepodobný prinajmenšom potenciálny účinok vylúčenia, keďže v takej situácii konkurenti dominantného podniku - hoci sú rovnako efektívni, prípadne efektívnejší - musia predávať so stratou. Ak je naopak táto marža kladná, bude treba preukázať, že dotknutá cenová prax môže napríklad z dôvodu zníženej rentability prinajmenšom sťažiť výkon činnosti dotknutých subjektov na dotknutom trhu."

snaží nasmerovať spotrebiteľov ku konkrétne stanoveným výsledkom vyhľadávania, aby bolo možné získať dodatočné príjmy z reklamy na špecializovaných stránkach."²⁰ Dokonca aj potom zostáva mnoho ďalších bodov na diskusiu. Bola by Google v pozícii zvýšiť ceny v dôsledku jej správania? Vylučuje správanie spoločnosti Google skutočných a potenciálnych konkurentov? Vplyv na ceny je možné pozorovať vo vzťahu medzi Google a inzerentmi. Pokiaľ by sa dalo preukázať, že Google bola schopná zvýšiť ceny nad úroveň konkurenčných cien, s prihliadnutím na rozdielnu kvalitu existujúcich služieb, kvôli jej prominentnému postaveniu ako predajca priestoru na reklamu, znamenalo by to že Google nie je dostatočne vystavená hospodárskej súťaži ohľadne predaja priestoru na reklamu. Na zistenie eliminácie rovnako efektívnych súčasných a potenciálnych konkurentov je dôležité detailné vyšetrovanie, vrátane identifikácie konkurentov. Čo sa týka otázky rovnakej efektívnosti tá sa spája s tým, že konkurenti majú veľmi podobné náklady v porovnaní s údajne dominantnou spoločnosťou. Test rovnako efektívneho súťažiteľa sa bude aplikovať s cieľom zabezpečiť, že sa nebudú zachraňovať konkurenti ktorí nemajú potenciál konkurovať. Avšak ako je možné zistiť, či konkurent (napr. Foundem) je rovnako efektívny ako Google? Existencia úspor z veľkovýroby a súčasne existencia úspor v rámci iných služieb nám ponúka možnosť odvolávať sa na ustanovenie zahrnuté v usmerneniach Európskej komisie o vylučovacieho zneužitia dominantného postavenia, ktoré spomína že "aj menej efektívny konkurent môže vytvoriť prekážku, ktorá by mala byť zohľadnená pri posudzovaní toho, či konkrétne správanie založené na cenách má za následok zabránenie v prístupe na trh".²¹

4. Druhá časť analýzy

Druhá časť analýzy sa zameriava na zistenie poškodenia spotrebiteľa. Kľúčovou je tu otázka či Google svojim konaním poškodzovala spotrebiteľov a sociálny blahobyt. Európska komisia v jej usmerneniach z roku 2009 uvádza, že poškodenie spotrebiteľa je skôr súčasťou obrany v rámci vyšetrovania a nie jej analýzy. Inými slovami, údajne dominantná spoločnosť²² bude musieť preukázať pozitívny vplyv jej správania na blahobyt spotrebiteľov. Absencia takéhoto dôkazu v podstate predpokladá poškodenie spotrebiteľa. Dominantná spoločnosť môže odôvodniť správanie vedúce k uzavretiu trhu pre konkurentov "z dôvodu efektívnosti, pokiaľ je možné zaručiť, že poškodenie spotrebiteľov

je nepravdepodobné".²³ Platí pritom, že súperenie medzi spoločnosťami je súčasťou efektívnosti a má vplyv na inovácie. Pri absencii súperenia bude dominantnej spoločnosti chýbať motivácia k ďalšiemu rozvoju a zvyšovaniu efektivity. V rámci vyšetrovania spoločnosti Google v Spojených štátoch dospela FTC k záveru, že z dôvodu absencie poškodenia spotrebiteľov nemôže prísť k potrestaniu spoločnosti Google za údajné protisúťažné správanie. V EÚ sa zdá rozumné očakávať, že Google nebude potrestaná iba pod podmienkou ak úspešne a presvedčivo preukáže že (primárne) nepoškodzovala konkurentov, a že (sekundárne) nepoškodzovala spotrebiteľov.

5. Záver

Dynamická povaha hospodárskej súťaže, veľa sieťových externalít, rivalita medzi konkurentmi ako aj rýchle tempo zmien vyzývajú k úvahám o tom, ako napr. SSNIP test, spoliehanie sa na podiel na trhu, test protisúťažného uzavretia trhu či definícia ujmy by mali byť upravené tak aby lepšie odrážali rysy kyberpriestoru. Inštitúcie EÚ by mali odolať pokušeniu aplikovať súťažné právo na tie situácie, ktoré sa nevzťahujú na súťaž. Rovnako ako bola súťažná politika použitá na reguláciu bankového sektora v priebehu nedávnej finančnej krízy, vzniká podobná potreba v prípade diskusie o internetových gigantoch. Po druhé by mali inštitúcie EÚ upustiť od požiadavky aby boli internetové platformy neutrálne a zároveň zodpovedné za správanie sa ich predplatiteľov, resp. za obsah ktorý ide cez ich server. Po tretie je tu známy problém ohľadne tzv. 'too-big-to-fail'. Tento je odkazom na skutočnosť, že vyšetrovanie Google sa stalo tak veľkým a rozsiahlym, že Európska komisia by sa mohla cítiť pod tlakom ukončiť vyšetrovanie tým že jednoducho potrestá jej správanie. V neposlednom rade je dôležité odolať pokušeniu zachovať regulačný rámec, ktorý súčasne sankcionuje pochybenie spoločnosti a jej úspech. EÚ je tradične označovaná za miesto, kde je zlyhanie spoločnosti vnímané viac negatívne ako v iných častiach sveta. Súčasnne je motivácia súťažiť vážne narušená regulačným rámcom, ktorý trestá úspešných súťažiteľov (v rámci snahy ochrániť menšie spoločnosti). Neznamená to, že by sa malo s Google zaobchádzať inak ako v porovnateľných situáciách. Pokiaľ sa však v rámci vyšetrovania objavia dôkazy o porušení protisúťažných pravidiel bude musieť byť toto porušenie sankcionované primeraným a účinným spôsobom.

Použitá knižná a časopisecká literatúra

- BORCHARDT, K. D. (2010): Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, C.F.Müller, Heidelberg.
- BORK, R., SIDAK, G. (2012): What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? In: Journal of Competition Law and Economics, Vol. 8, Issue 4.

²⁰ BORK, R., SIDAK, G., What Does The Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google?, s. 675.

²¹ Oznámenie Komisie – Usmernenie o prioritách Komisie v oblasti presadzovania práva pri uplatňovaní článku 82 Zmluvy o ES na prípady zneužívania dominantného postavenia podnikov na vylúčené konkurentov z trhu (2009/C 45/02). bod. 24.

²² FUNTA, R., NEBESKÝ, Š., JURIŠ, F., Právo európskej únie, s. 426 a nasl.

²³ Ibit. 1. bod. 30.

- FUNTA, R. (2011): Abuse of a dominant position in EU and US Law, 2nd Edition, Tribun EU, Brno.
- FUNTA, R. (2014): Theory and practice of competition economics market definition In: Acta Oeconomica Universitatis Selye, Komárno.
- FUNTA, R., NEBESKÝ, Š., JURÍŠ, F. (2014): Právo európskej únie, Tribun EU, Brno.
- GERADIN, D. (2015): Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche. In. Journal of Competition Law & Economics, Issue 11.
- KALESNÁ, K., HRUŠKOVIČ, I., ĎURIŠ, M. (2006): Európske právo, PF UK, Bratislava.
- KRÁLIK, A. (2014): Náhrada škody spôsobenej porušením súťažného práva, C.H.Beck, Bratislava.
- SVOBODA, P. (2010): Úvod do evropského práva, 3. vydání, C.H.Beck, Praha.
- WHISH, R., BAILEY, D. (2012): Competition Law, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford.

Implementation of the Council Directive 98/83/EC on the quality of water intended for human consumption in Ukraine

Liudmyla Golovko

Abstract

Implementation of the EU-Ukraine Association Agreement means, among other things, the need for introduction of European standards and norms in the field of water quality and water management. Creation of a modern system of water supply demands obligatory coordination of organizational, economic and legal aspects of governance that is crucial for its effective functioning. Public administration needs reliable legal support, which is aimed at improving the water supply of the population.

Keywords

Water quality, water management, water intended for human consumption

I. Introduction

Human right to drinking water is considered as one of essential human rights without which human existence is not possible. The right to drinking water stands alongside with other fundamental rights, such as the right to life and the right to food. Based on this there is a need for further analysis and improvement of public policy and legislation of Ukraine in the field of drinking water and drinking water supply as means of ensuring human right to safe drinking water in the context of security of the state as a whole and its citizens. Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law of Ukraine of 18.03.2004 № 1629-IV "On the State Program for Adaptation of Ukrainian Legislation to the Legislation of the European Union". But for implementation of the said program a number of tasks should be fulfilled. First of all, adaptation should be conducted in the following spheres: healthcare and protection of people's life, animals and plants; environmental protection; consumers' rights protection; technical rules and standards; energy; transport. It becomes especially important to ensure well-coordinated state activity to provide the safety of drinking water.

2. Drinking water quality standards in Ukraine and their compliance with the EU standards

For the purpose of gradual implementation of requirements of requirements of Council Directive 98/83 of 3 November on the quality of water intended for human consumption in Ukraine in 2010 State sanitary rules and norms "Hygienic requirements for drinking water intended for human consumption" were developed and agreed with all concerned ministries and departments (State sanitary rules and norms № 2.2.4-171-10). Conceptual approaches, under which

State sanitary rules and norms № 2.2.4-171-10 have been developed, are harmonized with the requirements of European legislation. This document takes into account minimum requirements of EU Directive and recommendations of the World Health Organization concerning the necessity of taking into account cultural, economic, social and local conditions of each country.

Creation of a new standard setting out the requirements for drinking water and control of its quality for several years was indeed an urgent issue in Ukraine. At the same time there are still a number of unresolved issues relating to quality control of drinking water. And main part of these issues are connected with the absence of the necessary material and analytical basis in the vast majority of laboratories and centers that control the quality of the centralized water supply of drinking water in different regions of the country. In this regard, in the State sanitary rules and norms № 2.2.4-171-10 stepwise introduction of mandatory indicators for water quality control was provided. The beginning of the second phase of implementation of the provisions of the State sanitary rules and norms № 2.2.4-171-10 was planned from 01.01.2015, of the third – from 01.01.2020. However, at the present time the lack of necessary analytical equipment in laboratories controlling the drinking water does not allow to implement an already existing document.

In the State sanitary rules and norms № 2.2.4-171-10 water quality parameters were classified, an attempt to systematize the approaches and normative references to the methods of monitoring of indicators of water quality were made. Water quality parameters are divided into the following groups: microbiological, virological, parasitological, mycological, toxicity levels, radiation, organoleptic, chemical, affecting the organoleptic characteristics of drinking water, toxicological indicators of safety of chemical composition of drinking water, substances that are produced and enter into the drinking water during the water preparation. However, analysis of the list of indicators, raises the question of how necessary some indicators are. Especially it concerns monitoring of mikromitcety and indicators of toxicity in drinking water, official requirements for which do not exist in any other country. Taking into account that such indicators can be identified only at one institute in Kiev, but not in the vast majority of laboratories controlling quality of drinking water, experts assume that the primary goal of providing such indicators is lobbying of interests of the institute, but not concern about the safety of drinking water.¹

¹ What Lies Behind the New Standard on Water Quality: Expert Opinion [Electronic resource].

3. Directions of harmonization of Ukrainian water legislation with EU legislation

In order to improve legal support in the field of water supply scholars propose the following directions of harmonization of Ukrainian water legislation with EU legislation:

- creation of State concept of realization of human rights to qualitative and safe drinking water;²
- drafting of amendments to the Water Code of Ukraine in order to increase the number of norms of direct action and take into account a number of progressive regulations of the EU;³
- introducing amendments to the Law of Ukraine on Drinking Water and Drinking Water Supply;⁴
- the necessity to clearly define at legislative level the responsibility of water management companies in the case of supply of drinking water of poor quality to the population;⁵
- development of projects of laws on comprehensive pollution prevention of water resources;⁶
- implement joint actions on river basins, the principles of which are set out in the EU Water Framework Directive;⁷
- ensuring free access to information on water quality, water supply;⁸
- technological standardization of impact of enterprises on the environment.⁹

It is clear that the water which people get out from the tap at the apartment may differ in quality from the water in drinking water reservoirs of water utilities where it is controlled and then it is reported that it meets all drinking water standards and regulatory requirements concerning safety for human consumption. Centralized water supply, which is the main source of consumption for most people, almost by two thirds requires repair or complete reconstruction. It concerns pipelines, treatment plants, pumps and other equipment. With that, in accordance with the requirements of the Council Directive 98/83/EC, there should be control not only of quality of water in drinking water reservoirs of water utilities, but also control of internal supply systems. In fact, the manufacturer should be responsible for the quality of

water that comes out of the tap of consumer. In Ukraine in practice it is not so, internal supply systems are outside the area of responsibility of water utility companies, and therefore there is nobody who has to maintain them in good condition.

According to the Council Directive 98/83/EC Member States shall take all measures necessary to ensure that regular monitoring of the quality of water intended for human consumption is carried out, in order to check that the water available to consumers meets the requirements of this Directive and in particular the parametric values set in accordance with article 5. Samples should be taken so that they are representative of the quality of the water consumed throughout the year. In addition, Member States shall take all measures necessary to ensure that, where disinfection forms part of the preparation or distribution of water intended for human consumption, the efficiency of the disinfection treatment applied is verified, and that any contamination from disinfection by-products is kept as low as possible without compromising the disinfection. To meet these obligations appropriate monitoring programs shall be established by the competent authorities for all water intended for human consumption.¹⁰

In Ukraine it is necessary to implement article 8 of the Council Directive 98/83, according to which Member States shall ensure that any failure to meet the parametric values set in accordance with article 5 of the Directive is immediately investigated in order to identify the cause. Whether or not any failure to meet the parametric values has occurred, Member States shall ensure that any supply of water intended for human consumption which constitutes a potential danger to human health is prohibited or its use restricted or such other action is taken as is necessary to protect human health. In such cases consumers shall be informed promptly thereof and given the necessary advice.¹¹

According to the Council Directive 98/83, the quality of water intended for human consumption can be influenced by the domestic distribution system; whereas, furthermore, it is recognized that neither the domestic distribution system nor its maintenance may be the responsibility of the Member States. "Domestic distribution system" shall mean the pipework, fittings and appliances which are installed between the taps that are normally used for human consumption and the distribution network but only if they are not the responsibility of the water supplier, in its capacity as a water supplier, according to the relevant national law. That is why one of the main requirements in Ukraine should be at legislative level clearly to outline the area of responsibility of the drinking water producers, which also has to be suppliers of water to the public.

² LADYCHENKO, V. (2015): State policy in the sphere of human right to drinking water // Actual issues of reforming the legal system of Ukraine. Annul report, p. 85.

³ LADYCHENKO, V., GOLOVKO, L., SHULGA, E., KIDALOV, S. (2015): Legal basis of management in the sphere of forest and water resources, p. 232.

⁴ RIABEC, K. (2011): On the issue of organizational and legal support of water quality, p. 84.

⁵ ORLOV, V., TUGAY, Y., ORLOV, A. (2011) Water supply and sanitation, p. 214.

⁶ LADYCHENKO, V., GOLOVKO, L., SHULGA, E., FESCHENKO, I. (2012): Organizational and legal mechanisms of environmental management, p. 6.

⁷ LADYCHENKO, V. (2015) The role of human right to drinking water in the system of human rights, p. 64.

⁸ LADYCHENKO, V., GOLOVKO, L., SHULGA, E., FESCHENKO, I. (2012): Organizational and legal mechanisms of environmental management: monograph, p. 6.

⁹ SHULGA, E. (2015): Some aspects of the effectiveness of international legal protection of human rights to a healthy environment, p. 234.

¹⁰ Council Directive 98/83 of 3 November on the quality of water intended for human consumption // Official Journal L 330 , 05/12/1998 P. 0032 – 0054.

¹¹ Council Directive 98/83 of 3 November on the quality of water intended for human consumption // Official Journal L 330 , 05/12/1998 P. 0032 – 0054.

4. Conclusion

According to the candidate countries for EU membership, implementation of the EU water policy is one of the most difficult reform packages in the whole European integration process. At legislative level quality standards for drinking water in Ukraine meet the standards of drinking water quality in the EU, but they are not fulfilled in practice. In addition to amendments to the water legislation, there are a number of tasks that must be completed: implementation of comprehensive measures intended to modernize and upgrade the water supply and sewage network, the introduction of rational water consumption standards for the population, improvement of water resources accounting, improvement of tariff policy, creation of a basis for stabilization of water use and improvement of quality of water intended for human consumption.

Journal Articles

LADYCHENKO, V. (2015): State policy in the sphere of human right to drinking water // Actual issues of reforming the legal system of Ukraine. Annul report.
LADYCHENKO, V. (2015): The role of human right to drinking water in the system of human rights // Scientific Papers of International Humanitarian University. – 2015. – № 23.
RIABEC, K. (2011): On the issue of organizational and legal support of water quality / K. Riabec // Legal science. – № 6.
SHULGA, E. (2015): Some aspects of the effectiveness of international legal protection of human rights to a healthy environment / E. Shulga //

Scientific bulletin of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine. Series “Law”. – № 213. – Part 1.

VITIV V. (2015): The state policy in the field of drinking water and water supply in the light of the new doctrine of administrative law // Legal science: challenges and the present: Proceedings of the International Scientific Conference (Odesa, Ukraine, 12 – 13 June, 2015). – Odesa: Public organization “Black Sea Foundation of Law”.

What Lies Behind the New Standard on Water Quality: Expert Opinion [Electronic resource].

Books

ORLOV, V., TUGAY, Y., ORLOV, A. (2011) Water supply and sanitation, KNOWLEDGE, Kiev.

LADYCHENKO, V., GOLOVKO, L., SHULGA, E., KIDALOV, S. (2015): Legal basis of management in the sphere of forest and water resources, COMPRINT, Kiev.

LADYCHENKO, V., GOLOVKO, L., SHULGA, E., FESCHENKO, I. (2012): Organizational and legal mechanisms of environmental management: monograph, COMPRINT, Kiev.

Council, Commission and European Parliament Documents

Council Directive 98/83 of 3 November on the quality of water intended for human consumption // Official Journal L 330 , 05/12/1998 P. 0032 – 0054.

Unilateral Declaration of Independence and Slovak Recognition

Matej Ištván

Abstract

This article looks at a situation where an entity unilaterally declared its independence from an existing state and discusses the acceptance of such declaration by the Slovak Government. First, it describes the attributes of statehood acknowledged by international law. Then it provides two theories of recognition of newly former states, the various ways how a state can be recognized and introduces obstacles for recognition. This is followed by giving examples on unilateral declarations such as Kosovo and Crimea. It also confronts the opinion of the European Union and the International Court of Justice. In the end, the article postulates reasons for possible recognition or non-recognition of states, which have unilaterally declared their independence, by the Slovak Republic.

Keywords

Crimea, entity, Kosovo, recognition, security, self-determination, state

1. Introduction

The Assembly of Kosovo convened an extraordinary meeting on 17 February 2008, in Pristina, the capital city of Kosovo, in order to “answer the call of the people to build a society which honours the human dignity and affirms the pride and purpose of its citizens.”¹ The result of this extraordinary meeting was the Kosova Declaration of Independence. Following the declared independence of Kosovo from the sovereignty of Serbia, almost all of the Members States of the European Union recognized the new state. Only five Members such as The Kingdom of Spain and Greece, however, refused to acknowledge the independence of the province of Kosovo. One of them was also the Slovak Republic.

2. Recognition

Generally, to consider a new state for recognition, the new entity, as a member to the international community of nations, must be a state. What are the attributes for being a state? There is a common version of a definition what constitutes a state. One of the best which comprises all of the features reads as follows: “Under international law, a state is an entity that has a defined territory and a permanent population, under the control of its own government, and that engages in, or has the capacity to engage in, formal relations with

other such entities.”² If any entity meets these criteria, a defined territory on which it executes powers over the population permanently living there and has the capacity to get involved in international relations, it is by international law considered to be a state.

The defined territory of a state comprises a three dimensional space, spreading itself upon the surface of the Earth and below, all the way down to the core, including the inland and sea area as far as to the boundary of territorial waters and expands upwards through the aerial space up to the boundary of cosmic space³. The territory is hence defined by the borders of inland territory and also by the territorial waters in case of a coastal state and its aerial space. The permanent population can be defined as the people domiciled within the borders of the state's territory or as permanent residents. These include citizens, people who are applying for citizenship or asylum and so forth. The state must also be able to execute its authority over the population living in the defined territory. At last, a state needs to engage in international relations politically, economically or legally with other states in order not to be an isolated island among the international community of nations or states. Regarding the last feature, it is necessary that the state is recognized in one way or the other.

There are two main theories of recognition of states. The first one can be labelled as 'constitutive' and the second as 'declaratory'. According to the constitutive theory the very act of recognition by all the other states is needed to confer international capacity on a new entity thereby constituting the new state. Some proponents of this theory, including Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1947) go as far as to proclaim that states are under an obligation to recognize an entity which meets the qualifications for statehood. However, the opposing declaratory theory holds that the existence of a state depends on the facts rather than some formal recognition by other states and on whether those facts meet the criteria of statehood as established by international law.⁴ Needless to say, it is unclear just how many recognitions of other states would be considered sufficient in order to establish an entity as a new state according to the constitutive theory.

To put it simply, Crawford stated in his book: “There is no such thing as a uniform type of recognition. There may be *de iure* recognition, *de facto* recognition, full diplomatic recognition, formal

¹ The Kosova Declaration of Independence.

² HENKLIN, L. and others: *International Law Cases and Materials*.

³ KLUČKA, J.: *Medzinárodné právo verejné*.

⁴ HENKLIN, L. and others: *International Law Cases and Materials*.

recognition and so forth.”⁵ By definition, recognition is a legal act of an existing state by which this state recognizes the new entity as an independent and sovereign state and intends to open international relations with the new state that exceeds the basic relations expected by international community. De iure recognition is made in full, it is final and irrevocable. The recognizing state accepts the new state as an equal member of the international community and engages in international relations in full. On the other hand, de facto recognition is limited and temporary. This includes entering into bilateral agreements such as trade treaties. Both recognitions de iure and de facto can be conducted expressly or silently. An express recognition is done directly by the recognizing state by way of formal recognition, leaving no doubt whatsoever that it intends to get involved in international relations with the new state. A silent recognition is an official but informal act which implies the capacity of the new state, for example, entering into bilateral agreements.⁶

Attending an international conference or signing a multilateral international treaty where a non-recognizing state and the new state take part has by itself no legal effect in terms of de iure or de facto recognition. According to Crawford, a typical recognition on the other hand has two legal aspects. First, a question of law as the determination of statehood and second, the establishment of formal relations, including diplomatic relations and the conclusion of bilateral treaties. He further states that the second function is often described by some authorities as 'constitutive', but is not a condition of statehood.⁷ An entity becomes a state as soon as it fulfils the demands set forth by international law which are the independent act of authority over a permanent population in a defined territory and at the same time conducting any kind of business with other states in international relations. If recognition plays no role in constituting a state, what purpose can be found in non-recognizing a state. The answer to this question is defined in the implications of recognizing a state.

Evans in his book on recognition states: “It is clear that recognition of another state will have certain legal implications: it implies, at the very least, a commitment to respect the sovereignty and territorial integrity of the state it has recognized and will also have a range of domestic legal consequences as might concern the recognition of its law and legal transactions occurring within its jurisdiction. By the same token, it is almost universally held that recognition will not necessarily imply a willingness to enter into diplomatic relations with that other state nor indeed, a recognition of its government.”⁸ Further he mentions different kinds of obstacles for recognition. One kind is that whatever the case the state simply refuses to acknowledge any existence of the new state. This would be the case of Serbia which deems Kosovo

to be still its province and not an independent state. Another kind is lawfulness. The new state is not recognized by another state because it would be unlawful for the state to do so with regard to obligations under customary law or specific treaties or an act of the Security Council of the United Nations.

Then, there are obstacles for recognizing another state for political or other reasons. One of the reasons might well be extraordinary good relations with the parent state. In order to keep these good relations the other state refuses to acknowledge the new state. In terms of Kosovo the Russian Federation did not recognize the Republic of Kosovo for obviously political reasons as well as for good relations with Serbia. Another example of a political non-recognition would be a different or opposing political regime in the new state. A democratic state would have no interest to accept a new communist state and vice versa. However, the most widely spread reason that prohibits or deters a state from accepting and warm-heartedly welcoming a new member to the international community is nothing else than national security.

The European Parliament passed a resolution on the European integration process of Kosovo. The European Parliament in its resolution noted the recognition of the Republic of Kosovo by 22 Member States as well as other countries around the world. It also noted the denial of recognition of Kosovo by five Member States. The European Parliament further encouraged the Member States to step up their common approach towards Kosovo with the objective of Kosovo's accession to the EU and would welcome the recognition of the independence of Kosovo by all the Members. Despite the call for recognition by the Parliament, five rebelling Members which are Cyprus, Greece, Romania, Spain and Slovakia refused to recognize Kosovo as an independent state. Cyprus and Greece reflect the attempts of the Turks on Cyprus, Spain copes with the same separatism attempts in the region of Catalan and Basque and Romania and Slovakia both fear losing territory next to the borders with Hungary where a vast Hungarian minority lives. Whereas separatism has a negative meaning and is often used by the insecure parent state, the term self-determination in conjunction with the word 'right' has a positive meaning and is often used by the other party yearning for independence. But can the right for self-determination pose a threat to national security?

March 2014 on the Crimea peninsula a referendum is initiated in order to determine the future of the region. The question at stake is the possibility of secession from the Ukraine and accession to the Russian Federation. As a result, Crimea joined Russia and became a part of the Federation. Moscow came under heavy criticism from almost all the European states, not to mention the United States of America. As a matter of fact, the European Union unified on the statement that the vote was illegal and illegitimate and its outcome will not be recognized. Following the joined statement of the EU, the Slovak Minister of Foreign Affairs informed the Security Council of the Slovak Republic about the conclusion of the Council of the EU regarding the breach of the sovereignty and territorial integrity of Ukraine and the violation of

⁵ CRAWFORD, J.: *Brownlie's Principles of Public International Law*.

⁶ MRÁZ, S. a kol.: *Medzinárodné právo verejné*.

⁷ CRAWFORD, J.: *Brownlie's Principles of Public International Law*.

⁸ EVANS, M. D.: *International Law*.

international law by the Russian Federation. The Slovak Prime Minister on the Ukraine crisis remarked that it needs to be regarded in a way of protecting the national interests of Slovakia.⁹ In reaction to the international community criticism on behalf of the Russian Federation, the president Vladimir Putin stated that “Crimea's secession from Ukraine was just like Kosovo's secession from Serbia, and any arguments otherwise are just attempts to bend the West-advocated rules that applied to the Kosovo case.”¹⁰

The Charter of the United Nations pursues the development of friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples.¹¹ A more detailed specification of the equal rights and self-determination of peoples can be found in section VIII of the Final Act.¹² The principle being the right of the peoples to determine in full freedom their political status, without external interference and to pursue their development as they wish. The states will respect this principle and act upon it in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of states. There is only one problem with this concept. The Helsinki Final Act is not legally binding although the signatory states proclaimed to follow it politically. Even if it had been legally binding, the states nonetheless would have to act in conformity with international law and that relating to territorial integrity.

In the Kosovo case as well as in the Crimea case the territorial integrity has been not upheld. In the former case not even the advisory opinion of the International Court of Justice did much help to solve the mystery. For the first time in history the Court was confronted with the question whether the unilateral declaration of independence of 17 February 2008 by Kosovo has violated the Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework established under the auspices of UNMIK. The Court held that the declaration of independence did not violate the Security Council resolution nor the Constitutional Framework. However, not all judges arrived at this same conclusion. Judge Koroma in his dissenting opinion points out that “international law does not confer a right on ethnic, linguistic or religious groups to break away from the territory of a state of which they form part, without that state's consent, merely by expressing their wish to do so. To accept otherwise, to allow any ethnic, linguistic or religious group to declare independence and break away from the territory of the state of which it forms part, outside the context of decolonization, creates a very dangerous precedent.”¹³

⁹ Záznam zo 61. zasadnutia Bezpečnostnej rady SR z 3. marca 2014.

¹⁰ Putin: Crimea similar to Kosovo, West is rewriting its own rule book, published 18 March 2014.

¹¹ Article 1 of the Charter of the United Nations.

¹² Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act.

¹³ Advisory Opinion of 22 July 2010 of the International Court of Justice.

3. Slovak recognition

In comparison to the opinion of the International Court of Justice, two EU Member States have a clear opinion on unilateral declarations of independence. The Prime Minister of the Kingdom of Spain confirmed that Spain will not recognize Kosovo, merely because it does not believe in unilateral declarations of independence. He was supported by the Slovak Prime Minister who added that according to Slovakia, the criteria for forming an independent Kosovo state had not been met. However, these can be derived from the words of a former Prime Minister who explained why Slovakia had not yet recognized Kosovo. The reason being that the independence had not been a part of a new Security Council resolution which would follow the existing resolution 1244 (1999), nor being a result of mutual agreement or procedure. To illustrate this, Slovakia recognized the Republic of South Sudan because the procedure that had led to the declaration (of independence) was based on the agreement of the participating parties, following a referendum.¹⁴

Apart from the notion of the Slovak Government to protect the national security and interests by recognizing or non-recognizing other states a further source can provide some more insight as to the future recognition by Slovakia. The National Council of the Slovak Republic adopted a declaration by which it expresses its beliefs that a full and unlimited independence of the province of Kosovo is not in the best interest of the stability of the region that has suffered many years from tragedy and crises. Furthermore, it believes that not all eventualities for reaching an agreement have been exhausted and the future status of Kosovo must stem from the legitimate demands of Serbia, the UN Charter and other sources of international law.¹⁵

4. Conclusion

In order to have an entity recognized by the Slovak Government, the new entity must possess all the attributes of statehood according to international law. Then, of course, such recognition of any state must in no circumstances pose a threat to national security or interests. The key test whether any recognition poses a threat to the Slovak national security is the way how the new state came to be. In cases where the new state declared unilaterally its own independence without the consent of the parent state and broke away, this definitely poses a threat to Slovak security and interests. On the other hand, where an agreement has been reached or a mutual procedure followed (splitting of the Czecho-Slovak Federative Republic), preferably following a referendum as part of the principle of self-determination of peoples, such type of acquiring independence would mean no harm to security. Moreover, if a resolution by the UN Security Council would support the above requirements, it would be

¹⁴ Interview predsedníčky vlády I. Radičovej pri príležitosti oficiálnej návštevy Záhrebu 26. septembra 2011 pre chorvátsky denník Vjesnik.

¹⁵ Vyhlásenie Národnej rady Slovenskej republiky z 28. marca 2007.

most appreciated. Then again, if a UN resolution or instability of the region would form an obstacle, Slovakia would probably decide not to recognize any entity violating the resolution or contributing to the instability of that particular region.

Books

CRAWFORD, J. (2012): *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford.

EVANS, M. D. (2010): *International Law*, Oxford University Press, Oxford.

HENKLIN, L. and others (1987): *International Law Cases and Materials*, West Publishing Co., St. Paul, Minn.

KLUČKA, J. (2011): *Medzinárodné právo verejné*, Iura Edition, Bratislava.

MRÁZ, S. a kol. (2003): *Medzinárodné právo verejné*, Univerzita Komenského v Bratislave, Bratislava.

International Documents, European and Slovak Parliament Documents

Charter of the United Nations, San Francisco 1945.

Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, Helsinki 1975.

European Parliament resolution of 8 July 2010 on the European integration process of Kosovo.

International Court of Justice Advisory Opinion of 22 July 2010, Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo.

Vyhlásenie Národnej rady Slovenskej republiky k riešeniu budúceho štatútu srbskej provincie Kosovo z 28. marca 2007, uznesenie č. 309.

European Arrest Warrant and the Cypriot Supreme Court: Revision of the Constitution

Libor Klimek

Abstract

The paper deals with the European arrest warrant in Cyprus, in particular the implementation of the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. It is divided into three sections. The first section briefly introduces the implementation of the European arrest warrant into Cypriot national law. While the second section deals with the question submitted to the Cypriot Supreme Court, the third section introduces consequences of its decision.

Keywords

European arrest warrant, Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Cypriot national legislation on the European arrest warrant

1. Introduction

The legal basis of the European arrest warrant at the European Union level addressed for all Member States is the *Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*¹ (hereinafter ‘Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant’). Its purpose is to simplify and speed up the extradition procedures between the Member States of the European Union. The European Union was seeking to simplify the transfer of criminals between its Member States. As a consequence, the extradition procedure was replaced by the surrender procedure.²

However, constitutional conflicts prevented full application of the European arrest warrant throughout the European Union. Some of the national implementing provisions were found to be polemic in certain Member States, namely in Poland, Germany, the Czech Republic and Cyprus. As a consequence, the national constitutional courts (in case of Cyprus – supreme court) had to rule on the compliance of national acts/laws implementing the European arrest

warrant - or more precisely – implementing the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant.

The paper deals with the European arrest warrant in Cyprus, in particular the implementation of the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant. It is divided into three sections. The first section briefly introduces the implementation of the European arrest warrant into Cypriot national law. While the second section deals with the question submitted to the Cypriot Supreme Court, the third section introduces consequences of its decision.

2. Implementation of the European Arrest Warrant into Cypriot National Law

Following its accession to the European Union in May 2004, Cyprus came under the obligation to bring its national legislation into line with the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant. It was transposed into the Cypriot legal order by a special law – the Act to provide for the European Arrest Warrant³ in 2004.

The first application made under the Act to Provide for the European Arrest Warrant concerned the surrender to the British authorities of a person holding dual citizenship, both British and Cypriot. The person facing extradition challenged the European arrest warrant on the ground that its legal basis was inconsistent with the Cypriot Constitution⁴, because its Article 11(2)(f) only envisages the possibility of deporting or extraditing non-Cypriots. It was inferred that Cypriot nationals enjoyed absolute immunity against any such measures. A Cypriot District Court acknowledged the apparent incompatibility of the Act to Provide for the European Arrest Warrant, and by extension the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant, with the Cyprus Constitution, gave hierarchical precedence to the latter

¹ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13th June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States as amended by the Framework Decision 2009/299/JHA. OJ 2002 L 190/1.

² See: KLIMEK, L. (2015): *European Arrest Warrant*, Springer, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London; KLIMEK, L. (2011): *Surrender vs. Extradition: A Comparison Focused on Innovations of European Arrest Warrant*. In: *International and Comparative Law Review*, Volume 11, Issue 1, pp. 139-150; KLIP, A. (2012): *European Criminal Law – An Integrative Approach*, 2nd edition, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, p. 411.

³ Act to Provide for the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures of Requested Persons between Member States of the European Union 2004 (133(I)/2004) [Greek: Ο περί Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης και των Διαδικασιών Παράδοσης Εκζητούμενων Μεταξύ των Κρατών Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης Νόμος του 2004 (133(I)/2004)]; *Official Gazette of the Republic of Cyprus (Επίσημη Εφημερίδα)*, Issue No. 3850, Appendix I, Pt. I, p. 2750; details on national legislation available in English – Council of the European Union (2007): ‘Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations : “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between Member States” : Report on Cyprus’, document No. 14135/2/07, REV2.

⁴ Constitution of the Republic of Cyprus, 6th July 1960 [Greek: Το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας, 6 Ιουλίου 1960].

and declined to approve the execution of the European arrest warrant. The case was brought before the Cypriot Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο) upon appeal lodged by the Attorney General against the decision of the District Court.⁵ It should be noted that despite the fact that the case was a constitutional matter, in Cyprus it was brought before the Supreme Court, not the Constitutional Court.

3. A Question Submitted to the Cypriot Supreme Court

It was claimed that because the Cypriot Constitution prohibits the extradition of nationals, surrender of nationals under the European arrest warrant scheme was similarly excluded. The Cypriot Supreme Court ruled that the national legislation implementing the European arrest warrant was contrary to the Cypriot Constitution, which prohibits in Article 11(2) the extradition of own nationals.⁶ The Court reached the conclusion of unconstitutionality of the surrender based on the fact that the Constitution contains an exhaustive list of cases wherein a person may be arrested. The Court found that surrender of a national, necessitating the arrest, is unconstitutional.

In the appeal, there were two main arguments submitted by the Attorney General. First, the European arrest warrant procedures are not identical and do not amount to extradition procedures. Second, in any case the principle of the supremacy of Community law over the domestic legislation of the Member States should apply with necessary amendments with regard to the law of the European Union.⁷ The Attorney General sought to establish the constitutionality of the Act to Provide for the European arrest warrant by relabelling the European arrest warrant against a Cypriot national from extradition to arrest. In his opinion, extradition would be prohibited under Article 11(2)(f) of the Constitution, however, arrest would be permitted under Article 11(2)(c) of the Constitution. The Supreme Court rejected this approach putting forward one basic argument supported by two ancillary ones. The basic argument was that the European arrest warrant did not appear on the exhaustive list of reasons justifying arrest or detention under Article 11(2)(f). The ancillary arguments were, first, that the European arrest warrant's purpose and procedures were distinct from those of an arrest under Article 11(2)(c) and, second, pursuant to Article 11(2)(f) the

extradition was only allowed for non-Cypriot nationals.⁸

The Supreme Court based its reasoning to a great extent on the legal nature of the European arrest warrant, as a Third Pillar framework decision. Although framework decisions are binding, they do not have direct effect and are transposed in the European Union Member States only with the proper legal procedure. In the opinion of the Court, this had not happened in Cyprus, as the national implementing legislation was contrary to the Constitution. The Court appears reluctant to explicitly state that the national Constitution has primacy over European Union law, at least over framework decisions, including the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant. The Court was at pains to stress its respect for the case of *Pupino*.⁹

The Supreme Court argued that it remained to discuss the main and important question raised in the case – as to whether the national Act to Provide for the European arrest warrant, which had introduced in the national legal order the European arrest warrant, overrode the Cypriot Constitution and therefore should have been implemented. In the opinion of the Court:

“Framework decision allows the European Union Member States the method how to achieve the purpose of the framework decision, which [...] does not entail direct effect. Only with proper legal procedure applicable in each Member State, the purpose of the framework decision is transferred to the actual law. This has no place in our country with the Act [author’s note: Act – the Act to Provide for the European arrest warrant’], if the provisions are contrary to the provisions of the Constitution [...].”¹⁰

The Supreme Court emphasised the inherent inability of framework decisions to produce direct effects in Cypriot national law. Only through the appropriate internalising process, whose structure and features differs between the European Union Member States, the objective of a framework decision could be achieved in the domestic context.

As noted, the Court reached the conclusion of unconstitutionality of the surrender based on the fact that the Constitution contains an exhaustive list of cases wherein a person may be arrested. The Court found that surrender of a national, necessitating the arrest, is unconstitutional. The Court decided that it could not find an appropriate legal basis in the Constitution justifying the arrest of a Cypriot national for the purpose of surrendering him or her to the competent judicial authorities of another European

⁵ TSADIRAS, A. (2007): Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. In: Common Market Law Review, Vol. 44, Issue 5, p. 1516.

⁶ Judgment of the Supreme Court of Cyprus of 7th November 2005 (Ap. No. 294/2005) [Greek: Απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου Κύπρου της 7 Νοεμβρίου 2005 (Εφεση Αρ. 294/2005)]. The judgment is not numbered into paragraphs. More precise reference therefore cannot be provided.

⁷ Council of the European Union (2005): ‘Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant’, document No. 14281/05, p. 2.

⁸ TSADIRAS, A. (2007): Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7th November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. In: Common Market Law Review, Vol. 44, Issue 5, p. 1521.

⁹ MITSILEGAS, V. (2006): The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU. In: Common Market Law Review, Vol. 43, Issue 5, p. 1298.

¹⁰ Judgment [...]. The judgment is not numbered into paragraphs. More precise reference therefore cannot be provided.

Union Member State on the basis of an European arrest warrant. The reasons justifying the arrest of persons are exhaustively enumerated in the Constitution and none of them may be interpreted as allowing the arrest and surrender of Cypriot nationals to another Member State. It could not therefore interpret national law in conformity with the European Union law.¹¹

Tsadiras argues that an examination of the Supreme Court's judgment gives the impression that the Court's interpretative effort is austere and brief, an impression based on three elements in particular. First, the substantive significance of the issues under investigation is inversely proportional to the extent their analysis occupies in the whole body of the ruling. The Court's position on the cardinal question of the European arrest warrant's constitutionality was articulated in two terse paragraphs half a page long. Secondly, while the *Pupino* ruling of the Court of Justice was mentioned, the Supreme Court did not indicate its disposition and understanding of the duty of consistent interpretation nor the impact that duty was capable of producing on its hermeneutic effort to establish the European arrest warrant compatibility with the domestic constitutional dictates. Third, no reference was made to the interpretative limit pertaining to the safeguarding of the general principles of law and its possible infringement by any constitution-friendly reading of the national European arrest warrant law.¹²

4. Consequences of the Decision (Conclusion)

The outcome of the decision of the Cypriot Supreme Court was that Cyprus would not be in a position to execute European arrest warrants against own nationals until the Cypriot Constitution has been revised. Thus, the Supreme Court held that the surrendering of Cypriots was unconstitutional, obliging the Government to embark on a revision of the Constitution, which came into force in July 2006. Following the judgment of the Supreme Court and taking into account the consequences, the Cypriot Government decided to proceed with the submission to the House of Representatives of a proposal for the amendment of the Constitution.¹³ The judgment produced considerable ramifications of both a legal and a political nature and acted as the catalyst for a series of hotly-contested discussions amongst the relevant institutional actors that ultimately led to the fifth amendment of the Cypriot Constitution¹⁴. As a

¹¹ Council of the European Union (2005): 'Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant', document No. 14281/05, p. 2.

¹² TSADIRAS, A. (2007): Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7th November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. In: Common Market Law Review, Vol. 44, No. 5, p. 1521.

¹³ Council of the European Union (2005): 'Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant', document No. 14281/05, p. 3.

¹⁴ Fifth Amendment of the Constitution (127(I)/2006) [Greek: Ο περί της πέμπτης τροποποίησης του Συντάγματος νόμος του 2006 (127(I)/2006)]; Official Gazette of the Republic of

consequence, Article 11(2)(f) was reworded to expressly permit the issuance and execution of European arrest warrants against Cypriot nationals.¹⁵ The 'new amended' Article 11 of the Cypriot Constitution, however, is applicable for surrendering nationals only for offences committed after the date of accession of Cyprus to the European Union, i.e. May 2004. In addition, the Constitution thus revised allows also the extradition of Cypriots for acts committed subsequent to the revision on the basis of international conventions ratified by Cyprus.¹⁶

As noted *Deen-Racsmány*, the Cyprus case illustrates that where the extradition of nationals is constitutionally prohibited, procedures may not be available for arrest and surrender, or extradition or surrender may have other practical limits.¹⁷

Unlike the German High Federal Constitutional Court, which examined the European arrest warrant in the light of the general framework of respect of national constitutional guarantees, the Polish Constitutional Tribunal and the Cypriot Supreme Court adopted a somewhat narrower approach, by focusing primarily on the compatibility of the obligations their governments undertook under European Union law with the specific constitutional provisions prohibiting the extradition of their nationals. Both courts found that the surrender of citizens of their countries on the basis of legislation implementing the European arrest warrant clashed with their national Constitution, but the reasoning ascertaining this clash and the solutions offered are slightly different.¹⁸

Journal Articles

DEEN-RACSMÁNY, Z. (2007): Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court. In: Leiden Journal of International Law, Vol. 20, Issue 1

KLIMEK, L. (2011): Surrender vs. Extradition: A Comparison Focused on Innovations of European Arrest Warrant. In: International and Comparative Law Review, Volume 11, Issue 1.

KLIMEK, L. (2016): European Arrest Warrant and the Constitutional Court of the Czech Republic: European

Cyprus (Επίσημη Εφημερίδα), Issue No. 4090, Appendix I, Pt. I, p. 1372.

¹⁵ TSADIRAS, A. (2007): Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7th November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. In: Common Market Law Review, Vol. 44, Issue 5, p. 1526.

¹⁶ Commission of the European Communities (2007): 'Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13th June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States', COM(2007) 407, pp. 5 and 6.

¹⁷ DEEN-RACSMÁNY, Z. (2007): Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court. In: Leiden Journal of International Law, Vol. 20, Issue 1, p. 183.

¹⁸ MITSILEGAS, V. (2006): The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU. In: Common Market Law Review, Vol. 43, Issue 5, p. 1297.

Union Friendly Interpretation of the Constitution. In: EU Law Journal, Vol. 1, Issue 1.

MITSILEGAS, V. (2006): The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU. In: Common Market Law Review, Vol. 43, Issue 5.

TSADIRAS, A. (2007): Cyprus Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου), Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal no. 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant Law. In: Common Market Law Review, Vol. 44, Issue 5.

Books

HAMULEÁK, O. (2011): Eurozatykač, tři ústavní soudy a dominance práva Evropské unie [transl.: Eurowarrant, Three Constitutional Courts and the Dominance of European Union Law], Iuridicum Olomoucense, Olomouc.

KLIMEK, L. (2015): European Arrest Warrant, Springer, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London.

Conference proceedings

KLIMEK, L. (2012): Európsky zatýkací rozkaz: tlaky ústavných súdov na vnútroštátnych zákonodarcov za účelom prijatia záväzkov prameňoch z noriem EÚ [transl.: European Arrest Warrant: Constitutional Courts Pressures on National Legislators in order to Adoption of Obligations Stemming from EU Standards]. In: HAMULEÁK, O. et MADLEŇÁKOVÁ, L. (eds.): Limity práva : Olomoucké debaty mladých právníků 2012 [transl.: Legal Limits : Young Lawyers Debates in Olomouc, Vol. 2012] : Proceedings of the international conference for Ph.D. students and young researchers organised by the Faculty of Law, Palacky University, held on 16th-18th September 2012 in Hrubá Voda. Leges, Praha.

KLIMEK, L. (2014): European Arrest Warrant and the Federal Constitutional Court of Germany: Double Implementation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant. In: MINČIČ, V. et al. (eds.): Míľniky práva v stredoeurópskom priestore 2014 [transl.: Milestones of Law in the Area of Central Europe, Vol. 2014] : Proceedings of the international conference for Ph.D. students and young researchers organised by the Faculty of Law, Comenius University, held on 27th-29th March 2013 in Častá-Papiernička. Comenius University, Bratislava.

Cypriot Supreme Court

Judgment of the Supreme Court of Cyprus of 7th November 2005 (Ap. No. 294/2005) [Greek: Απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου Κύπρου της 7 Νοεμβρίου 2005 (Εφεση Αρ. 294/2005)].

European Union legislation

Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13th June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States as

amended by the Framework Decision 2009/299/JHA. OJ 2002 L 190/1.

National legislation of Cyprus

Act to Provide for the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures of Requested Persons between Member States of the European Union 2004 (133(I)/2004) [Greek: Ο περί Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης και των Διαδικασιών Παράδοσης Εκζητουμένων Μεταξύ των Κρατών Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης Νόμος του 2004 (133(I)/2004)]; Official Gazette of the Republic of Cyprus (Επίσημη Εφημερίδα), Issue No. 3850, Appendix I, Pt. I.

Fifth Amendment of the Constitution (127(I)/2006) [Greek: Ο περί της πέμπτης τροποποίησης του Συντάγματος νόμος του 2006 (127(I)/2006)]; Official Gazette of the Republic of Cyprus (Επίσημη Εφημερίδα), Issue No. 4090, Appendix I, Pt. I
Constitution of the Republic of Cyprus, 6th July 1960 [Greek: Το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας, 6 Ιουλ 1960].

European Union documents

Council of the European Union (2007): ‘Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations : “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between Member States”’: Report on Cyprus’, document No. 14135/2/07, REV2.

Commission of the European Communities (2007): ‘Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13th June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States’, COM(2007) 407.

Council of the European Union (2005): ‘Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant’, document No. 14281/05.

Special part

Nepriama výmena informácií ako forma protisúťažného správania

Andrej Králik

Abstrakt

Ambíciou tohto článku je analyzovať špecifickú schému výmeny citlivých obchodných informácií medzi konkurentmi, ku ktorej prebieha nepriamo. V zahraničnej odbornej literatúre sa pre túto formu protisúťažného správania zaužíval pojem "hub-and-spoke" kartely. Špecifikom tohto druhu správania je to, že k výmene informácie a teda ku koluzívnemu správaniu nedochádza priamo medzi konkurentmi ale prostredníctvom tretej osoby, ktorá je spravidla obchodným partnerom konkurentov pôsobiacich v rámci horizontálneho vzťahu.

Kľúčové slová

EÚ, hospodárska súťaž, kartely, výmena informácií, nepriama výmena informácií

1. Úvod

Vo všeobecnosti platí, že súťažné právo Európskej únie rozlišuje dve kategórie výmeny informácií medzi konkurentmi. Do prvej skupiny začleňujeme výmenu informácií, ktorá je integrálnou súčasťou kartelu a vo vzťahu k fungovaniu kartelu plní len komplementárnu, či podpornú funkciu. Vychádza sa z toho, že protisúťažné praktiky, akými sú stanovovanie cien alebo delenie trhu by mohli dlhodobo len ťažko fungovať bez výmeny citlivých informácií, ktoré jednak preukazujú plnenie dohodnutého postupu zo strany účastníkov kartelu a zároveň slúžia na vynucovanie dohodnutého postupu. V takýchto prípadoch Komisia v súlade s judikatúrou Súdneho dvora EÚ spravidla konštatuje, že výmena informácií sledovala rovnaký protisúťažný cieľ ako hlavná protisúťažná praktika. Druhou kategóriou je výmena informácií, ktorá nesprevádza iný druh protisúťažnej praktiky a aj sama o sebe zakladá porušenie súťažného práva¹. To znamená, že výmena informácií môže naplniť pojmové znaky generálnej klauzuly zakotvenej v článku 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ), ak vedie alebo môže viesť k narušeniu súťaže.

2. Nepriama výmena informácií

Z vyššie citovaného rozsudku vo veci *Thyssen Stahl* vyplýva, že v rozpore s článkom 101 ods. 1 ZFEÚ je akýkoľvek priamy alebo *nepriamy* kontakt medzi podnikmi, ktorého cieľom alebo účinkom je vytvoriť

¹ T-141/94 *Thyssen Stahl AG v Komisia*, p. 379-392 a C-194/1999 P, *Thyssen Stahl AG v Komisia*, kde SDEÚ judikoval, že schéma výmeny dôverných informácií môže byť porušením súťažného práva per se.

súťažné podmienky, ktoré nezodpovedajú normálnym podmienkam na trhu. Podčiarkujeme tu slovo *nepriamy* pretože, ide o jednu z kľúčových charakteristík "hub-and-spoke" kartelu, čiže nepriamej výmeny informácií.

Pri nepriamej výmene informácií nedochádza k protisúťažnému správaniu výlučne medzi konkurentmi pôsobiacimi v horizontálnom vzťahu, ale so zapojením tretieho subjektu, ktorý sa nachádza na inom stupni distribučného reťazca. Môže ísť pritom o subjekt, ktorý pôsobí na dodávateľskom alebo odberateľskom trhu. Spravidla ide o spoločného obchodného partnera konkurentov. Bohatá rozhodovacia prax Európskej komisie a národných súťažných orgánov ukazuje, že existuje mnoho ďalších variácií. V pozícii tretieho subjektu môže byť podnikateľské združenie, agentúra na prieskum trhu, register dlžníkov, B2B elektronické burzy, či elektronické platformy pre vyhľadávanie partnerov do konzorcií pre účely verejného obstarávania.

Z pohľadu súťažného práva EÚ je potrebné rozlišovať situácie, kedy je oznamovanie informácií zmluvnému partnerovi prípustné a prípady, ktoré sa nachádzajú už za touto hranicou. V tom druhom prípade už hovoríme o situácii, kedy sa spoločný zmluvný partner konkurentov stáva prostredníkom, cez ktorého si konkurenti vymieňajú citlivé obchodné informácie. Súťažnoprávne následky takejto výmeny sú obdobné ako pri horizontálnej výmene, teda výmene, ktorá prebieha priamo medzi súťažiteľmi.

Na to, aby sme vertikálnu výmenu informácií považovali za protiprávnu, musia byť kumulatívne splnené viaceré podmienky. V tomto prípade hovoríme o hub-and-spoke karteli, nepriamej výmene informácií alebo o A-B-C modeli. V rámci A-B-C modelu, A a C vystupujú ako konkurenti a B ako ich spoločný zmluvný partner na inom stupni distribučného reťazca. V prvej fáze A priamo oznámi citlivú obchodnú informáciu zmluvnému partnerovi B s úmyslom, aby ju B sprostredkoval ďalej jednému alebo viacerým konkurentom A, ktorí sú tiež zmluvnými partnermi spoločnosti B. V druhej fáze B získanú informáciu podľa očakávania posunie podniku C, pričom C túto informáciu pokladá za pravdivú a spoľahne sa na ňu pri svojom rozhodovaní na trhu.

Nepriama výmena informácií ("hub-and-spoke" kartel) môže mať tri základné formy:

a) Dodávateľ (B) zabezpečuje tok informácií medzi svojimi odberateľmi A a C, ktorí sú na tom istom stupni distribučného reťazca. A a C sa týmto spôsobom dozvedia informácie o iných konkurentoch aj bez toho, aby s nimi boli v priamom kontakte.

b) B je odberateľom od A a C. Dodávatelia A a C sa dozvedia citlivé informácie, ktoré ich konkurent poskytol odberateľovi B.

c) scenár "dvojitý agent" – ide o situáciu, kde B okrem toho, že je odberateľom pôsobí zároveň na rovnakom trhu ako A a C². Môže ísť napríklad o private labely (private label), kde obchodný reťazec ako odberateľ okrem toho, že vytvára priestor pre predaj tovarov iných výrobcov zároveň ponúka aj zameniteľný tovar pod svojou vlastnou, spravidla diskontnou, značkou.

Pri všetkých troch modeloch sa vertikálny vzťah medzi dodávateľom a odberateľom preklápa do horizontálnej roviny – vytvára sa v podstate nepriamy kontakt medzi konkurentmi A a C. Z uvedeného dôvodu možno dokonca hovoriť o *de facto* horizontálnej výmene informácií.

Nepriama výmena informácií môže slúžiť ako efektívny, i keď samozrejme protisúťažný, nástroj pre koordináciu na trhu, a to za predpokladu, že:

a) A a C sa explicitne alebo aspoň implicitne zhodnú na vzájomne výhodnom postupe

b) schéma výmeny informácií im umožní odhaliť prípadné odchýlenie jedného z účastníkov od vzájomne výhodného postupu

c) schéma im umožní vytvárať tlak na zabránenie odchýlky od vzájomne prospešného postupu.

Možno si položiť legitímnu otázku o motivácii tretieho subjektu (podnik B) pre účasť na takejto schéme. Jedným z možných vysvetlení je záujem na manipulácii maloobchodných cien, či obmedzenie súťaže na odberateľskom trhu. Ďalšou častou motiváciou je udržanie distribučnej siete – ak sa dodávateľ rozhodne pristúpiť k zvýšeniu veľkoobchodnej ceny, je možné, že odberateľ A bude ochotný súhlasiť s navýšenou cenou, len ak B preukáže, že cenu navýšil aj odberateľ C.

Nie je prekvapením, že hub-and-spoke kartely sa objavujú v sektorech, kde je buď odberateľský alebo dodávateľský trh veľmi koncentrovaný. Podniky majú záujem vstupovať do týchto schém len ak ich komunikácia môže mať želaný dopad na ceny. Koordinácia a monitoring správania na trhu sa uskutočňujú ľahšie s menším počtom účastníkov.

Pojmovým znakom tejto schémy je, že k výmene informácií nedochádza priamo medzi konkurentmi, ale informačný tok prechádza cez spoločného zmluvného partnera. Dôkaznú pozíciu súťažných orgánov nezľahčuje scenár, pri ktorom pripustíme, že B posúval informácie bez súhlasu A a C. Ďalším pojmovým znakom je vedomosť účastníkov o informačnom toku a teda aj o protisúťažnom ciele. Inými slovami existuje väzba medzi podnikmi A-B a medzi B-C. Tu sa môžeme spoľahlivo oprieť o rozsudok Súdneho dvora vo veci *Bayer*³. Súdny dvor EÚ tu dôvodil, že na preukázanie zosúladeného

postupu je potrebné, aby prejav vôle jednej zo strán smerujúci k protisúťažnému cieľu zakladal explicitné alebo implicitné pozvanie smerujúce k druhej strane na spoločné naplnenie tohto protisúťažného cieľa. Ak si to premietneme na našu názornú schému, súťažný orgán by mal preukázať, že odberateľ A vedel, že B informáciu poskytne konkurentovi C a že C vedel, že informácia pochádza od A.

Ak výmena informácií zakladá porušenie na základe cieľa, nie je potrebné preukazovať, že C informáciu skutočne použil. Už samotné prevzatie informácie môže byť dostatočné na účely preukázania, že podnik bol účastníkom kartelu. Ako Súdny dvor EÚ judikoval vo veci *Tate & Lyle* už samotná skutočnosť, že v rámci kartelových schôdzok bol podniku umožnený prístup k informáciám, ktoré by nezávislý operátor považoval za obchodné tajomstvo, postačuje na preukázanie protisúťažného zámeru podniku a jeho účasť na karteli⁴. A ako vyplýva z *T-Mobile Netherlands*, pri porušeníach na základe cieľa sa príčinná väzba medzi výmenou informácií a konaním na trhu prezumuje⁵.

V prípade *Exotic Fruit (Bananas)* Komisia išla ešte ďalej, keď dôvodila, že podnik, ktorý je prijímateľom informácie od konkurencie nemôže túto informáciu aspoň nepriamo nezohľadniť pri stanovovaní svojej obchodnej stratégie⁶. V prípade *T-Mobile Netherlands* Súdny dvor EÚ, ale aj predtým v rozsudkoch *Hüls*⁷ a *Anic Partecipazioni*⁸ Súdny dvor EÚ potvrdil domnienku o zohľadnení informácie pri tvorbe budúcich obchodných rozhodnutí. Ak podnik zostáva po získaní citlivej informácie aktívne na trhu, možno predpokladať, že túto informáciu zohľadnil. Táto domnienka je vyvrátiteľná, pričom vyvrátiť ju môže podnik, voči ktorému domnienka smeruje.

V súvislosti so schémou nepriamej výmeny informácií je potrebné skúmať aj to, kto by mal niesť deliktuálnu zodpovednosť za tento druh protisúťažného správania. Je to v rámci A-B-C modelu len A a C, ktorí sú v horizontálnom vzťahu a majú primárny záujem na získaní informácie od konkurentov? Alebo je potrebné zahrnúť aj B, a to aj napriek tomu, že nepôsobí na tom istom relevantnom trhu? Odpoveď na tieto otázky je potrebné hľadať v rozsudku *AC Treuhand*⁹, i keď v tomto prípade nešlo o klasickú schému hub-and-spoke. Podnik AC-Treuhand fungoval v danom prípade skôr ako pomocník, či facilitátor kartelu. Okrem organizovania kartelových stretnutí, preplácania cestovných nákladov v súvislosti s kartelovými stretnutiami, zabezpečoval aj výpočet a oznamovanie rozdielov medzi dohodnutými kvótami a skutočnými trhovými podielmi. Súdny dvor EÚ tu judikoval, že pokiaľ ide o vzťah medzi súťažiteľmi pôsobiacimi na rovnakom relevantnom trhu, ako aj o vzťah medzi takýmito súťažiteľmi a ich klientmi, judikatúra uznáva spoločnú zodpovednosť podnikov ako

² K tomu pozri bližšie BAR-ISAAC, R., SHERMAN, M.: Information exchanges and the double agent: competing undertakings in vertical trading relationships, In: E.C.L.R., 2013, 10, s. 503-508.

³ C-2/01 a C-3/01 P, Bayer v Komisia, Zb. 2002, s. I-3969.

⁴ Spojené veci T-202/98 a iní, Tate & Lyle a iní v Komisia Zb. 2001, s. II-2035.

⁵ C-8/08, T-Mobile Netherlands a iní, Zb. 2009, s. I-4529.

⁶ COMP/39.482, Exotic Fruit (Bananas), C(2011) 7273 final.

⁷ C-199/92 P, Hüls v Komisia, Zb. 1991, s. I-4287.

⁸ C-49/92 P, Commission v Anic Partecipazioni, Zb. 1999, s. I-4125.

⁹ T-99/04, AC Treuhand AG v Komisia, Zb. 2008, s. II-1501.

spolupáchateľov prípadne aj pomocníkov protiprávneho konania. Rozhodujúcim kritériom je zistenie, či tento podnik prispel k vykonaniu kartelovej dohody, hoci aj podriadeným, vedľajším alebo pasívnym spôsobom. Súdny dvor EÚ zároveň pripustil, že ak podnik prispel ku kartelu len v obmedzenej miere, neznamená to síce zánik deliktuálnej zodpovednosti, ale túto skutočnosť možno zohľadniť pri výpočte pokuty.¹⁰

Ak to rozmeníme na drobné, test spoločnej a nerozdielnej zodpovednosti pozostáva z objektívnej a subjektívnej časti:

- a) Pri objektívnej časti by sme si mali položiť otázku, či pomocník (B) prispel ku kartelu, hoc aj podporne, či pasívnej forme?
- b) Pri subjektívnej stránke si položíme otázku: Možno preukázať prejav zámeru pomocníka prispieť k spoločnému cieľu protisúťažného správania? Inými slovami, musíme skúmať či pomocník prispel k naplneniu spoločného cieľa kartelu. V tejto súvislosti skúmame aj to, či mal vedomosť o protisúťažnom správaní konkurentov alebo ho aspoň mohol rozumne predvídať. Z uvedeného vyplýva, že úmysel nie je potrebné dokazovať, postačí aj preukázanie nedbanlivostného konania.

Pre úplnosť je potrebné vysporiadať sa so scenárom, kedy B (sprostredkovateľ) nemal žiaden ekonomický prospech z kolúzie medzi konkurentmi A a C? Odpoveď opäť nájdeme v rozsudku Súdneho dvora EÚ vo veci *AC Treuhand*; článok 101 ZFEÚ nie je založený na kritériu obohatenia, ale na kritériu ohrozenia hospodárskej súťaže.

Je zrejmé, že pri schéme nepriamej výmeny informácií sa vertikálny vzťah medzi dodávateľom a odberateľom preklápa do horizontálnej roviny. Preto je na tieto praktiky potrebné analogicky použiť princípy, ktoré sa aplikujú na priamu výmenu informácií medzi konkurentmi. Samotná skutočnosť, že k výmene informácií nedochádza priamo, ale s pomocou, či prostredníctvom, spoločného zmluvného partnera konkurentov, žiadnym podstatným spôsobom neznižuje dopad konania na hospodársku súťaž.

Návodom pre posudzovanie legality správania podnikov je nielen rozhodovacia prax Komisie a Súdneho dvora EÚ ale aj Usmernenia Komisie o uplatňovaní článku 101 na dohody o horizontálnej spolupráci z roku 2010.¹¹ Usmernenia sa síce týkajú primárne horizontálnych vzťahov, avšak v bode 55 nájdeme aj výslovný odkaz na výmenu informácií prostredníctvom tretej strany, ktorou môže byť spoločný zmluvný partner konkurentov, ktorý pôsobí na dodávateľskom, či odberateľskom trhu.

Na to, aby sa výmena informácií mohla kvalifikovať ako samostatná protisúťažná praktika, musí súťažný

orgán preukázať, že jej cieľom bolo obmedzenie hospodárskej súťaže. Nie je pritom podstatné, či reálne došlo k obmedzeniu súťaže. Ako Súdny dvor uviedol v rozsudku *T-Mobile Netherlands* – na to, aby konanie vo vzájomnej zhode bolo považované za praktiku s protisúťažným cieľom, postačí, ak má potenciál negatívne ovplyvniť súťaž. Inými slovami, postačí, ak s prihliadnutím na ekonomický a právny kontext je výmena informácií spôsobilá vyústiť do odstránenia neistoty týkajúcej sa zamýšľaného postupu zúčastnených podnikov.

V prípade kartelovej dohody dochádza k zníženiu neistoty dosiahnutím zhody vôle, z ktorej sa odvodzuje dosiahnutie dohody. Na druhej strane pri zosúladenom postupe ide o iné praktiky znižujúce neistotu a riziko, ktoré poskytujú účastníkom uistenie týkajúce správania na trhu a kľúčových parametrov súťaže. Tým umožňujú zúčastnenému podniku predvídať budúce správanie svojich konkurentov. Zníženie neistoty na trhu uľahčuje koordináciu konkurentov na odberateľskom trhu, čo sa spravida premieta do vyšších cien pre odberateľov.¹²

Záver

Nepriama výmena informácií môže predstavovať samostatné porušenie súťažného práva Európskej únie. I napriek tomu, že v rámci týchto schém vystupuje tretí subjekt, ktorý nie je v priamom konkurenčnom vzťahu s ostatnými účastníkmi pôsobiacimi na jednom stupni distribučného, či výrobného reťazca, táto skutočnosť nemá za následok absenciu protisúťažného účelu, či účinku. Naopak, môže mať za následok vznik právnej zodpovednosti na stane všetkých účastníkov schémy, a to bez ohľadu na to, či došlo k obohateniu jednotlivých účastníkov a či možno preukázať úmysel. Tak ako pri iných typoch výmeny informácií, každú zo schém bude potrebné skúmať individuálne a vziať pritom do úvahy aj povahu informácií, spôsob výmeny, ako aj dynamiku relevantného trhu.

Použitá knižná a časopisecká literatúra

- BAR-ISAAC, R., SHERMAN, M. (2013): Information exchanges and the double agent: competing undertakings in vertical trading relationships, In: E.C.L.R., 10.
- BLAŽO, O. (2014): "Pomocník" v karteli – možný postih podľa práva Európskej únie a slovenského práva hospodárskej súťaže, In: VOZÁR, J. (ed.): Míľniky súťažného práva, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava.
- ODUDU, O. (2011): Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, In: European Competition Journal, Vol. 7, No 2.

¹⁰ K zodpovednosti pomocníka, či prostredníka za protisúťažné správanie pozri: BLAŽO, O.: "Pomocník" v karteli – možný postih podľa práva Európskej únie a slovenského práva hospodárskej súťaže, In: VOZÁR, J. (ed.): Míľniky súťažného práva.

¹¹ Guidelines on the applicability of Article 101 [TFEU] to horizontal cooperation agreements, [2011] OJ C 11/1.

¹² K účinkom nepriamej výmeny informácií pozri: Effects Analysis in Hub and Spoke Cartels, CRA Competition Memo, Charles River Associates, 2010. Pozri tiež ODUDU, O.: Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, In: European Competition Journal.

Výmena obchodných informácií medzi konkurentmi vo svetle súťažného práva Európskej únie

Andrej Králik

Abstrakt

V tomto článku sa zameriavame na výmenu informácií medzi súťažiteľmi z pohľadu možných dopadov na hospodársku súťaž. Táto oblasť je pomerne dynamická, vyvíja sa v nadväznosti na rozhodovaciu prax Európskej komisie a judikatúru Súdneho dvora Európskej únie. V článku sa venujeme tak samostatným schémam na výmenu informácií ako aj výmenám informácií, ktoré sú doplnkom širších kartelových schém. Na záver sa venujeme parametrom, ktoré je potrebné vziať do úvahy pri hodnotení súladu schém na výmenu informácií medzi konkurentmi so súťažným právom Európskej únie.

Kľúčové slová

EÚ, hospodárska súťaž, kartel, výmena informácií

1. Úvod

Výmena informácií medzi podnikmi je súčasťou každodennej reality. Bez možnosti výmeny informácií by sa podniky stali len "slepými hráčmi" bez vedomosti o tom, čo sa deje na trhu a bez schopnosti reagovať na meniace sa podmienky. Vo väčšine prípadov je výmena informácií úplne legitímnym predpokladom na to, aby podnik mohol uskutočňovať kvalifikované a úspešné obchodné rozhodnutia. Za určitých okolností môže mať výmena obchodných informácií dokonca pozitívne dopady na súťaž, napríklad na podporu inovácií, či stanovenie spoločných technických štandardov.

Medzi legitímnou výmenou informácií, ktorá má na súťaž pozitívny, prípadne neutrálny dopad a koluzívnou výmenou informácií s protisúťažnými účinkami však neexistuje jasná deliaca línia, ale skôr šedá zóna. A práve táto šedá zóna predstavuje výzvu pre nielen súťažné orgány, ale hlavne pre podniky a ich právnych zástupcov, ktorí majú záujem pohybovať sa v hospodárskej súťaži v súlade s právom. Túto šedú zónu však využívajú aj podniky, ktoré majú záujem ovplyvniť súťažnú dynamiku na trhu. Hľadajú pritom čoraz kreatívnejšie a subtilnejšie spôsoby ako dosiahnuť svoje ciele bez toho, aby vstupovali do explicitných kartelových dohôd.

2. Výmena obchodných informácií v práve Európskej únie

Základným východiskom pre pôsobenie podniku v rámci hospodárskej súťaže je nezávislosť. V podmienkach zdravej hospodárskej súťaže by každý podnik mal na trhu operovať samostatne a nezávisle. Neistota podnikov ohľadom cien a ďalších parametrov

konkurencie vytvára konkurenčný tlak, ktorý prináša prospech konečnému spotrebiteľovi v podobe vyššej kvality a nižšej ceny. To samozrejme nevylučuje právo podniku rozumne sledovať trh, prispôbovať sa zmeneným podmienkam a anticipovať postup konkurencie. Ako však judikoval už v 70. rokoch 20. storočia Súdny dvor EÚ vo veci *Suiker unie*, nesmie dôjsť k žiadnemu priamemu či nepriamemu kontaktu s ostatnými konkurentmi na trhu, ktorého cieľom alebo následkom je ovplyvnenie iného podniku v jeho konaní, či sprístupnenie spôsobu konania, ktoré podnik zamýšľa na trhu implementovať¹.

Vo vzťahu k výmene obchodných informácií môžeme rozlišovať dve kategórie. V prvom rade ide o výmenu informácií, ktorá je integrálnou súčasťou kartelu a vo vzťahu k fungovaniu kartelu plní len komplementárnu, či podpornú funkciu. Protisúťažné praktiky, akými sú stanovovanie cien alebo delenie trhu by mohli dlhodobo len ťažko fungovať bez výmeny citlivých informácií, ktoré jednak preukazujú plnenie dohodnutého postupu zo strany účastníkov kartelu (monitoring) a zároveň slúžia na vynucovanie dohodnutého postupu. V takýchto prípadoch Európska komisia spravidla konštatuje, že výmena informácií sledovala rovnaký protisúťažný cieľ ako hlavná protisúťažná praktika.

Druhou kategóriou je výmena informácií, ktorá nesprievádza iný druh protisúťažnej praktiky a aj sama o sebe zakladá porušenie súťažného práva. Súdny dvor EÚ v prípade *Steel Beems* judikoval, že schéma výmeny dôverných informácií môže porušením súťažného práva *per se*². Súdny dvor dospel k záveru, že informácie, ktoré si konkurenti vymieňali boli spôsobilé ovplyvniť správanie na trhu, vzhľadom na to, že každý z konkurentov vedel, že je v dôsledku výmeny informácií pod kontrolou ostatných konkurentov a že môžu na trhu reagovať na správanie konkurentov vďaka aktuálnejším a presnejším dátam. Súdny dvor vzal do úvahy, že ide o dáta, ku ktorým by konkurenti za iných okolností nemali prístup. Súdny dvor dospel k záveru, že schéma výmeny informácií citeľne znížila rozhodovaciu nezávislosť zúčastnených podnikov, ktoré nahradili bežné riziká súťaže praktickou recipročnou spoluprácou.

Ak výmena informácií naplní pojmové znaky generálnej klauzuly vedie alebo môže viesť k narušeniu súťaže a preto môže byť klasifikovaná ako kartel s príslušnými následkami. Výmena citlivých obchodných informácií môže mať ktorúkoľvek troch foriem praktík uvedených v generálnej klauzule –

¹ Spojené veci C- 40-48/73, *Suiker Unie* a iní v Komisia, Zb. 1975, s. 1663.

² T-141/94, *Thyssen Stahl* v Komisia, Zb. 1999, s. II-347.

môže ísť o dohodu, zosúladený postup i rozhodnutie združenia podnikov.

Z rozsudku vo veci *Thyssen Stahl* vyplýva, že v rozpore s čl. 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ) je akýkoľvek priamy alebo nepriamy kontakt medzi podnikmi, ktorého cieľom alebo účinkom je vytvoriť súťažné podmienky, ktoré nezodpovedajú normálnym podmienkam na trhu.

Z pohľadu dopadov výmeny informácií na hospodársku súťaž možno hovoriť o dvoch základných účinkoch. Hlavná obava vyplýva z uľahčenia koordinácie konkurenčného správania prostredníctvom umelého zvýšenia transparentnosti. Sekundárna obava spočíva v zabránení prístupu na trh. K nemu môže dôjsť len vtedy, ak sú príslušné informácie strategické pre hospodársku súťaž. V tom prípade, sa v dôsledku výmeny komerčne citlivých informácií dostanú konkurenti, ktorí sú mimo schémy, do značne znevýhodneného postavenia z hľadiska hospodárskej súťaže v porovnaní s konkurentmi, ktorí sú združení v rámci systému na výmenu informácií. Usmernenia Európskej komisie o horizontálnych dohodách³ zakotvujú domnienku o protisúťažnom výsledku, ak ide o výmenu informácií

- a) o budúcich zámeroch
- b) individuálnych konkurentov
- c) ktoré sa týkajú cien alebo množstva.

Ak tento cieľ nie je *prima facie* zrejмый, je potrebné pristúpiť v každom jednotlivom prípade k skúmaniu protisúťažných účinkov. Relevantné faktory, ktoré je potrebné vziať do úvahy, môžeme rozdeliť do dvoch skupín. V prvej skupine sú faktory, ktoré sa týkajú vymieňaných informácií. Druhá skupina faktorov sa sa týka relevantného trhu. Pokiaľ ide o faktory týkajúce sa informácií, skúmame predovšetkým: povahu, štruktúru, periodicitu a aktuálnosť informácií. Na druhej strane pri relevantnom trhu sledujeme homogénnosť produktu, mieru koncentrácie trhu, bariéry vstupu na trh, spoločný trhový podiel účastníkov.⁴ Tieto kritériá predznačujú, že hranica medzi legálnou a nelegálnou výmenou informácií môže byť v niektorých prípadoch veľmi tenká.

Je prirodzené, že nie každá informácia umožňuje súťažiteľom predvídať budúce správanie ich konkurentov na trhu. Takú hodnotu majú len informácie, ktoré disponujú určitými vlastnosťami. Konkurenti by si nemali vymieňať informácie najmä o aktuálnych a zamýšľaných cenách, parametroch rozhodujúcich pre cenotvorbu⁵ či výrobných nákladoch. Prirodzene, najcitlivejšie sú informácie o cenách, a to najmä v prípadoch, kedy si konkurenti vymieňajú informácie o aktuálnych, či zamýšľaných cenách. Vzájomné informovanie o budúcich cenách

³ Guidelines on the applicability of Article 101 [TFEU] to horizontal cooperation agreements, [2011] OJ C 11/1.

⁴ FUNTA, R.: Význam analýzy obchodných tokov pre vymedzenie relevantného trhu v súťažnom práve. In: Recenzovaný zborník príspevků z mezinárodní vědecké konference Právní rozpravy 2014, str. 39.

⁵ Napríklad informácia o aktuálnych výrobných kapacitách jednotlivých konkurentov na trhu, ktorý je charakterizovaný konštantným alebo predvídateľným dopytom.

konkurentom umožňuje, aby dosiahli spoločnú vyššiu úroveň cien bez toho, aby sa vystavili riziku straty podielu na trhu alebo začatia cenovej vojny. Pokiaľ si však spoločnosti konkurujú so zreteľom na výskum a vývoj, sú to predovšetkým údaje o technológiách, ktoré môžu mať navyššiu strategickú hodnotu.

Štruktúra informácií a úroveň detailu zohrávajú podstatnú úlohu pri schopnosti koordinácie obchodných stratégií podnikateľov. Ako Komisia dôvodila v prípade *UK Tractors* - čím sú informácie detailnejšie, presnejšie, aktuálnejšie, tým viac znižujú úroveň neistoty medzi podnikmi a tým viac odhaľujú možný budúci postup konkurencie⁶. Prípád sa týkal výmeny informácií medzi konkurentmi prostredníctvom obchodnej asociácie výrobcov traktorov vo Veľkej Británii. Komisia na jednej strane považovala za legitímnu výmenu súhrnných dáta za celý sektor. Výhrady však mala voči výmene informácií o obrate jednotlivých výrobcov a o obratoch dosiahnutých prostredníctvom obchodných zástupcov výrobcu. Európska komisia vzala pri posudzovaní prípadu do úvahy vysokú periodicitu výmen, vysoko koncentrovaný trh a vysoké bariéry pre vstup potenciálnych konkurentov na trh. Informácie o individuálnych obratoch vo veľkej časovej periodicitu na vysokokoncentrovanom trhu posilnili transparentnosť trhu a umožnili konkurentom získať okamžité prehľad o postupe konkurentov na trhu a identifikovať zmeny v trhových podieloch. Takáto transparentnosť tlmila cenovú konkurenciu.

Vo všeobecnosti platí, že výmena "skutočne verejných informácií" nepredstavuje problematické konanie. Ide o informácie, ktoré sú z pohľadu nákladov na prístup rovnako ľahko dostupné pre všetkých súťažiteľov a spotrebiteľov. Ak spoločnosť vykoná jednostranné verejné vyhlásenie napríklad prostredníctvom médií, vo všeobecnosti to nevyvoláva súťažné obavy. V závislosti od konkrétneho prípadu však nie je možné vylúčiť, že sa zistí zosúladený postup. Môže ísť napríklad o situáciu keď po takomto oznámení nasledovali verejné oznámenia ostatných konkurentov, prípadne aj naväzujúce prispôbenie vlastných oznámení obsahu oznámení konkurentov. Pri posudzovaní konkrétneho prípadu je potrebné rozlišovať medzi *súhrnnými* a *individuálnymi* dátami. Výmenu súhrnných dát za celý sektor, najmä ak ide o málo koncentrovanom trhu, možno len ťažko namietat'. Na opačnom póle stoja individuálne dáta na vysoko koncentrovanom oligopolistickom trhu. Ako Komisia dôvodila v prípade *Mastné kyseliny (Fatty acids)*, zásadne nemožno namietat' voči výmene štatistických informácií cez obchodné združenie alebo agentúru na zber dát, a to aj napriek tomu, že sa poskytujú údaje rozdelené podľa jednotlivých krajín alebo tovarov⁷. To platí za predpokladu, že vymieňané neumožňujú identifikáciu jednotlivých podnikov. Z pohľadu aktuálnosti, prípadne časového pôvodu dát rozlišujeme medzi tromi kategóriami informácií:

⁶ COMP 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, OJ 1992 L 68, p. 19.

⁷ COMP/39.168, Fatty Acids, Official Journal, L 3 - 6/01/1987, p. 17.

- a) historické informácie,
- b) recentné informáciami,
- c) budúce informáciami.

Je len malá pravdepodobnosť, že výmena historických dát povedie k narušeniu hospodárskej súťaže. Čím sú údaje staršie tým sú menej užitočné pre monitorovanie postupu konkurencie na trhu. Naopak výmena recentných a budúcich údajov môže vyvolávať súťažné obavy. Konkrétna prahová hodnota, po prekročení ktorej sa informácia stáva historickou, nie je stanovená. Tá závisí predovšetkým od periodicity opätovného dojednávania cien v danom odvetví. Nutnosť individuálneho posúdenia vyplýva i z rozhodovacej praxe Komisie. Kým v prípade *UK Tractors registration* za historické považovala dáta staršie ako rok, v rozhodnutí *CEPI-Cartonboard*⁸ zas za historické boli považované informácie zhromaždené pred 4 týždňami.

Ďalším časovým faktorom je frekvencia, v akej prebieha výmena informácií medzi konkurentmi. Najproblematickejšie sú časté výmeny informácií, keďže spravidla umožňujú konkurentom lepšie a včasne prispôbiť svoje obchodné stratégie k správaniu konkurentov. Zároveň umožňujú lepšie kontrolovať kartelové ujednania a postihovať členov kartelu, ktorí sa odchyľili od dohodnutých podmienok. Častá výmena informácií uľahčuje prijatie odvetných opatrení voči členovi kartelu, ktorý sa rozhodol nerešpektovať kartelové ujednanie. Ani toto kritérium nemožno hodnotiť izolovane, je potrebné skúmať aj faktory akými sú stabilita trhu, existencia dlhodobých alebo naopak krátkodobých zmlúv a pod.

Veľkým výkričníkom je však rozsudok vo veci *T-Mobile Netherlands*⁹, kde i jedno jediné stretnutie konkurentov bolo Súdnym dvorom EÚ považované za dostatočné na zladenie správania a nahradenie rizík súťaže praktickou spoluprácou medzi podnikmi. Vždy je potrebné sledovať komplexnosť kartelového usporiadania. Kartel, ktorý sa vyznačuje spleťou zosúladených postupov s cieľom ovplyvňovať rôzne parametre súťaže si bude vyžadovať pravidelné stretnutia počas dlhšieho obdobia. Na druhej strane, ak je cieľom účastníkov zosúladiť svoj postup na selektívnom základe len vo vzťahu k jednému parametru a dosiahnuť jednorazovú zmenu na trhu, potom na zistenie porušenia postačí aj preukázanie jedného stretnutia. Inými slovami, nerozhoduje počet stretnutí, ale zistenie, či koluzívne kontakty vytvorili pre účastníkov príležitosť oboznámiť sa s vymieňanými informáciami s cieľom ovplyvniť vzájomný postup na trhu a eliminovať tak súťažný tlak. V rámci skupiny faktorov, ktoré sa týkajú trhu je potrebné skúmať koncentráciu trhu, bariéry vstupu na trh a homogenitu tovaru. Fragmentovaný trh na ktorom pôsobi vysoký počet hráčov nezbudzuje zvýšenú pozornosť súťažných orgánov. Vo veci *EUDIM*, ktorý sa týkal výmeny informácií v rámci asociácie veľkoobchodníkov s inštalačným materiálom, Komisia usúdila, že výmena informácií na trhu s viac

než 3000 spoločnosťami nemá citeľný účinok na štruktúru trhu¹⁰. To však neplatí pri oligopolistických trhoch. Pre niekoľko málo spoločností je ľahšie dosiahnuť spoločnú dohodu o podmienkach koordinácie a sledovať odchýlky, čo umožňuje ľahšie udržiavať tajne dohodnutý protisúťažný výsledok. Komisia však vo viacerých prípadoch považovala za nepovolenú aj takú výmenu výmeny, na ktorej sa podieľalo väčšie množstvo súťažiteľov. V prípade *Wirtschaftsvereinigung Stahl* Komisia posudzovala výmenu, ktorej sa zúčastnilo 16 podnikov¹¹. Vo vyššie citovanom rozhodnutí *CEPI-Cartonboard* Komisia posudzovala a následne pokutovala výmenu informácií cez asociáciu, ktorá mala až 30 členov. Samozrejme s vyšším počtom zúčastnených podnikov rastie i náročnosť úlohy súťažných orgánov pri preukazovaní spôsobilosti výmeny informácií uľahčiť protisúťažné správanie aj napriek atomizovanej štruktúre trhu.

Pokiaľ ide o hodnotenie bariér vstupu na trhu, Európska komisia v konkrétnom prípade skúma, či posudzovaný trh má otvorený, alebo uzavretý charakter. Samozrejme, jednoduchšie je dosiahnuť a udržať protisúťažný cieľ na trhu, ktorý sa vyznačuje vysokými prekážkami vstupu. V spomínanom prípade *UK Tractors* Komisia hodnotila napríklad potrebu širokej distribučnej a servisnej siete a silnú lojalitu k značke. A platí to aj naopak: tam, kde sú prekážky vstupu na trh zanedbateľné je oligopolistický charakter trhu len dočasným javom. Ďalším kritériom, ktoré sa v rozhodovacej praxi objavuje v prípadoch posudzovania výmeny informácií je homogenita tovaru. Platí, že je ľahšie dosiahnuť stanovený protisúťažný cieľ a následne kontrolovať jeho dodržiavanie, ak sa na danom trhu obchoduje len s jedným tovarom, ktorý je v zásade rovnaký pre všetkých súťažiteľov. Na diferencovanom trhu s väčším množstvom rôznych produktov je táto úloha podstatne náročnejšia.

3. Záver

Pri posudzovaní legality schém na výmenu informácií je vždy potrebné postupovať v každom prípade individuálne. Výsledok posudzovania bude vždy záležať od kombinácie viacerých faktorov. Vždy bude potrebné zohľadňovať povahu informácií, spôsob výmeny, ako aj dynamiku relevantného trhu. Tieto kritériá by nám mali pomôcť pri hodnotení toho, či zvýšená transparentnosť na trhu má priaznivý dopad na hospodársku súťaž, alebo naopak vyvoláva súťažnú ujmu.

Použitá knižná literatúra

FUNTA, R. (2014): Význam analýzy obchodných tokov pre vymedzenie relevantného trhu v súťažnom práve. In: Recenzovaný zborník príspevků z mezinárodní vědecké konference Právní rozpravy, Hradec Králové.

⁸ COMP/34.936, CEPI/Carbonboard, OJ [1996] C310/3.

⁹ C-8/08, T-Mobile Netherlands and Others, Zb. 2009, s. I-4529.

¹⁰ COMP/35.842, EUDIM (nepublikované).

¹¹ Official Journal, L 001, 03/01/1998, pp. 10-21.

Alternatívne riešenie spotrebiteľských sporov v Európskej únii

Andrej Králik

Abstrakt

V tomto článku sa sústreďujeme na právne zakotvenie alternatívnych spôsobov riešenia spotrebiteľských sporov v podmienkach Európskej únie. Na úvod sa venujeme legislatívnemu vývoju v tejto oblasti, na čo nadväzuje detailnejší pohľad na kľúčové parametre smernice o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov. Na záver sa venujeme transpozícii príslušnej európskej legislatívy do právneho poriadku Slovenskej republiky.

Kľúčové slová

EÚ, ochrana spotrebiteľov, alternatívne riešenie sporov

1. Úvod

V roku 2010 sa každý piaty spotrebiteľ v EÚ stretol pri nákupe tovaru alebo služieb na jednotnom trhu s problémami, v dôsledku čoho vznikli finančné straty v odhadovanej výške 0,4 % HDP EÚ¹. Len malá časť spotrebiteľov v EÚ sa domáha účinnej nápravy. Odhaduje sa, že ak by sa spotrebiteľia v EÚ mohli pri svojich sporoch spoľahnúť na dobre fungujúce a transparentné alternatívne riešenie sporov, mohlo by to priniesť úspory na úrovni 22,5 miliardy EUR ročne, čo zodpovedá 0,19 % HDP Európskej únie. Toto číslo zahŕňa len priame finančné úspory a nezohľadňuje ťažšie vyčísliteľné hodnoty, ktoré sú rovnako dôležité pre fungovanie trhu, ako je väčšia dôvera, vzťahy so zákazníkmi a dobré meno podniku. Už pri koncipovaní vnútorného trhu EÚ sa vychádzalo z predpokladu, že voľný pohyb tovaru a služieb v rámci EÚ môže fungovať len ak bude zabezpečená primeraná ochrana spotrebiteľa, vrátane možnosti cezhraničného presadzovania spotrebiteľských práv ako aj riešenia spotrebiteľských sporov. Vnútorný trh by mal spotrebiteľom poskytovať pridanú hodnotu v podobe vyššej kvality, väčšej rozmanitosti, primeraných cien a vysokých bezpečnostných požiadaviek na tovar a služby, čo by malo podporiť vysokú úroveň ochrany spotrebiteľa.

2. Legislatívny vývoj

Spočiatku Európska komisia podporovala zavádzanie alternatívnych nástrojov pre riešenie sporov prostredníctvom nezáväzných aktov. Napriek odporúčaniam Komisie 98/257/ES z 30. marca 1998 o zásadách platných pre orgány zodpovedné za mimosúdne riešenie spotrebiteľských sporov² a 2001/310/ES zo 4. apríla 2001 o zásadách pre mimosúdne orgány, ktoré sa zaoberajú konsenzuálnym urovnávaním spotrebiteľských sporov³. Tento prístup však nenaplnil pôvodné očakávania. Napriek tomu, že v niektorých krajinách EÚ alternatívne spôsoby riešenia sporov fungujú, existujú mnohé krajiny, ako aj sektory podnikania, kde alternatívne riešenie spotrebiteľských sporov nefunguje uspokojivo, prípadne nefunguje vôbec. Ak aj tieto postupy existujú, ich kvalita sa v jednotlivých členských štátoch značne líši, pričom najmä cezhraničné riešenie sporov sprevádzajú faktické a právne prekážky. Absencia účinného a nízkonákladového riešenia cezhraničných sporov tak prispieva k nežiaducej fragmentácii vnútorného trhu EÚ. Európska komisia preto predstavila legislatívny návrh na úpravu alternatívneho riešenia sporov v roku 2011, ktorý by túto oblasť ucelene pokryl. Právnym základom pre legislatívnu úpravu v tejto oblasti je článok 114 a článok 169 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ)⁴. V článku 169 ods. 1 a ods. 2 písm. a) ZFEÚ sa stanovuje, že Únia má prispievať k dosiahnutiu vysokej úrovne ochrany spotrebiteľov opatreniami, ktoré prijíma podľa článku 114 ZFEÚ⁵. Ochrana spotrebiteľa však nachádza oporu aj v Charte základných práv Európskej únie, ktorá vo svojom článku 38 stanovuje, že Únia svojimi politikami zabezpečuje vysokú úroveň ochrany spotrebiteľa. Legislatívny proces na úrovni Európskeho parlamentu a Rady bol ukončený v roku 2013, kedy bola prijatá smernica č. 11/2013/ES o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov, ktorou sa mení nariadenie (ES) č. 2006/2004 a smernica 2009/22/ES (smernica). Právnu úpravu v tejto oblasti doplnilo v tom istom roku nariadenie Európskeho parlamentu a Rady č. 524/2013 o riešení spotrebiteľských sporov on-line, ktorým sa mení nariadenie (ES) č. 2006/2004 a smernica 2009/22/ES (nariadenie). Smernica a

¹ Commission Staff Working Paper, Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Online Dispute Resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR), SEC (2011) 1408 final, s. 5.

² Ú. v. ES L 115, 17.4.1998, s. 31.

³ Ú. v. ES L 109, 19.4.2001, s. 56.

⁴ FUNTA, R., NEBESKÝ, Š., JURIS, F.: Európske právo, str. 442.

⁵ Kritickú analýzu vhodnosti právneho základu možno nájsť u: RÜHL, G.: Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market, In: Journal of Consumer Policy, str. 466 a nasl.

nariadenie sú dva vzájomne prepojené a dopĺňajúce sa legislatívne nástroje. V nariadení sa ustanovuje vytvorenie on-line platformy, ktorá spotrebiteľom a obchodníkom poskytne jednotné prístupové miesto pre mimosúdne riešenie sporov, a to prostredníctvom subjektov alternatívneho riešenia sporov, ktoré budú prepojené s platformou.

3. Analýza obsahu smernice

Primárnym cieľom smernice je umožniť, aby obchodníci so sídlom v jednom členskom štáte mohli patriť do pôsobnosti subjektu alternatívneho riešenia sporov, ktorý je usadený v inom členskom štáte. Na účely zlepšenia pokrytia a prístupu spotrebiteľov k alternatívnejmu riešeniu sporov v celej únii by členské štáty mali mať možnosť rozhodnúť sa využiť subjekty riešenia sporov so sídlom v inom členskom štáte alebo regionálne, nadnárodné alebo celoeurópske subjekty. Možnosť využitia nadnárodných alebo celoeurópskych subjektov pre riešenie sporov však členské štáty nezaväzujú povinnosť zabezpečiť úplné pokrytie subjektov alternatívneho riešenia sporov a prístup spotrebiteľov k týmto subjektom. Vysoká úroveň ochrany spotrebiteľov by sa mala dosiahnuť tým, že spotrebiteľia budú môcť na dobrovoľnom základe predkladať sťažnosti na obchodníkov subjektom, ktoré ponúkajú nezávislé, nestranné, transparentné, účinné, rýchle a spravodlivé postupy alternatívneho riešenia sporov. Smernica zabezpečuje uplatnenie alternatívneho riešenia sporov vo všetkých oblastiach na úrovni EÚ. Znamená to, že postupy alternatívneho riešenia sporov budú uplatniteľné na všetky zmluvné spory v každom odvetví trhu a v každom členskom štáte EÚ. Z hľadiska rozsahu uplatňovania smernice možno rozlíšiť pozitívne a negatívne vymedzenie jej pôsobnosti. V zmysle pozitívneho vymedzenia uvedeného v článku 2 ods. 1 sa smernica vzťahuje na postupy mimosúdneho riešenia domáciach a cezhraničných sporov, ktoré sa týkajú zmluvných záväzkov vyplývajúcich z kúpnych zmlúv alebo zo zmlúv o službách medzi obchodníkom so sídlom v únii a spotrebiteľom s pobytom v únii, pri ktorých zasahuje subjekt alternatívneho riešenia sporov, ktorý navrhne alebo uloží riešenie, alebo oboch účastníkov spojí s cieľom uľahčiť zmierlivé riešenie. Ustanovenie článku 2 ods. 2 smernice obsahuje negatívne vymedzenie rozsahu aplikácie smernice. Ide predovšetkým o služby všeobecného záujmu nehošpodárskeho charakteru, spory medzi obchodníkmi (b2b spory), pokusy o súdny zmier, poskytovanie zdravotníckej starostlivosti, ako aj poskytovanie verejného vyššieho alebo ďalšieho vzdelávania. Rovnako sem nepatria konania pred subjektmi riešenia sporov, ktorých zamestnanci sú s obchodníkom v závislom vzťahu. Smernica nastavuje kvalitatívne kritériá, ktoré bude musieť spĺňať každý subjekt pôsobiaci v oblasti alternatívneho riešenia sporov. Účelom týchto kritérií je zabezpečiť účinné, spravodlivé, nezávislé a transparentné riešenie spotrebiteľských sporov. Obchodníci, ktorí sa dobrovoľne zaviazajú k alternatívnejmu riešeniu sporov alebo sú povinní ho uplatňovať *ex lege*, budú musieť informovať spotrebiteľov o prístupe k alternatívnejmu

riešeniu sporov na svojich webových stránkach a vo svojich všeobecných obchodných podmienkach. Všetci obchodníci budú musieť spotrebiteľov informovať o alternatívnom riešení sporov v prípadoch, ak spor nie je možné urovnať priamo medzi spotrebiteľom a obchodníkom. Smernica harmonizuje požiadavky na odbornosť osôb poverených riešením spotrebiteľských sporov. Od týchto osôb sa očakáva, že budú mať potrebné znalosti a zručnosti v oblasti alternatívneho alebo súdneho riešenia spotrebiteľských sporov, ako aj všeobecné znalosti v oblasti práva. Medzi záruky nestrannosti a nezávislosti patrí dostatočne dlhé funkčné obdobie, zákaz prijímať pokyny od účastníkov konania a ich zástupcov, zákaz odmeňovania viazaného na výsledok postupu a oznamovacia povinnosť o akýchkoľvek okolnostiach, ktoré by mohli mať vplyv na nestranné a nezávislé rozhodovanie alebo ktoré by mohli spôsobiť konflikt záujmov. Požiadavky transparentnosti alternatívneho riešenia sporov zahŕňajú publikovanie širokého rozsahu informácií na webovom sídle poskytovateľa riešenia sporov, ako aj na trvalom nosiči a inými vhodnými a primeranými spôsobmi. Tieto informácie sa týkajú predovšetkým kontaktných údajov, druhu sporov, hmotnoprávných a procedurálnych pravidiel, jazykov na predkladanie sťažností a nákladov na konanie. Vysoké nároky na transparentnosť sa odzrkadľujú aj na povinnosti uverejňovať štatistiky o počte prijatých sťažností i odmietnutých sporoch, o počte a percentuálnom podiele riešení v prospech spotrebiteľov i o priemernej dĺžke riešenia sporov. Očakávaná účinnosť alternatívneho riešenia sporov by mali byť naplnené prostredníctvom možnosti online a offline prístupu k účastníkom, absencie povinného právneho zastúpenia a nastavenie maximálnej lehoty pre rozhodnutie sporu⁶. Atraktivitu tohto spôsobu riešenia sporov by malo zabezpečiť aj to, že konanie musí byť pre spotrebiteľa bezplatné alebo len za symbolický poplatok. Skutočnosť, že konanie bude bezplatné alebo len za symbolický poplatok prirodzene neznamená, že určitú časť bremena budú spotrebiteľia znášať nepriamo, prostredníctvom zvýšenej ceny spôsobenej vyššími nákladmi obchodníkov. Keďže cena je spravidla podmienená nákladmi, je viac než pravdepodobné, že cena tovarov a služieb bude reflektovať aj celkové náklady na riešenie sporov so spotrebiteľmi. Záruky spravodlivého procesu obsahujú prístup účastníkov k spisu, právo na vyjadrenie sa k obsahu spisu, právo na zastúpenie a právo na informácie o výsledku postupu⁷. Na druhej strane možno konštatovať, že slabým miestom smernice môže byť ponechanie právnych účinkov, ktoré bude mať výsledok postupu

⁶ Výsledok postupu alternatívneho riešenia sporu sa musí sprístupniť v lehote 90 kalendárnych dní odo dňa, kedy poskytovateľ riešenia sporov dostal sťažnosť a úplný spis sťažnosti. V prípade veľmi zložitých sporov môže poskytovateľ riešenia sporu túto lehotu predĺžiť, o čom však musí upovedomiť účastníkov.

⁷ K procesným zárukám pozri bližšie: CREUTZFELDT, N.: How Important is Procedural Justice for Consumer Dispute Resolution? A Case Study of an Ombudsman Model for European Consumers, In: Journal of Consumer Policy, str. 527-546.

alternatívneho riešenia sporu na vnútroštátne právo. Možno sa tiež domnievať, že smernica v plnej miery neodstráni existujúce obavy spotrebiteľov pokiaľ ide o jazykovú bariéru vyplývajúcu z cezhraničných sporov.

4. Transpozícia smernice na Slovensku

Členské krajiny boli povinné prevziať ustanovenia smernice do vnútroštátnych pravidiel a postupov do 9. júla 2015. Slovenská republika smernicu včas neimplementovala, čo vyústilo do začatia konania o porušení právnych predpisov EÚ⁸. Národná rada Slovenskej republiky napokon smernicu prevzala zákonom č. 391/2015 z 12. novembra 2015 o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon). Z pohľadu jednotlivých metód mimosúdneho riešenia sporov, zákon vytvára ďalšiu možnosť k už existujúcim spôsobom nápravy, akými sú spotrebiteľské rozhodcovské konanie⁹ a mediácia¹⁰. Zákon vytvára priestor pre fungovanie dvoch kategórií subjektov alternatívneho riešenia sporov. V prvej skupine sú orgány, ktorých pôsobnosť v tejto oblasti je určená priamo zákonom. V zmysle ustanovenia § 3 ods. 2 zákona sem patria Úrad pre reguláciu sieťových odvetví, Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb a Slovenská obchodná inšpekcia. Druhým okruhom subjektov alternatívneho riešenia sporov sú právnické osoby, ktoré budú zapísané do osobitného zoznamu. Žiadosť o zápis do zoznamu môže podať právnická osoba založená alebo zriadená na ochranu spotrebiteľa, komora zriadená zákonom alebo záujmové združenie najmenej desiatich právnických osôb. Zákon zakotvuje procesnú stránku alternatívneho riešenia spotrebiteľských sporov, vrátane začatia konania na návrh spotrebiteľa, obsahových náležitostí návrhu, podmienok na odmietnutie návrhu a priebehu konania. Alternatívne riešenie sporu môže vyústiť do uzavretia dohody o vyriešení sporu. Návrh dohody vypracuje návrh dohody, ak je po dôkladnom zhodnotení všetkých zistených skutočností a vyjadrení strán sporu zrejme, že strany sporu majú záujem o zmierlivé vyriešenie sporu. Dohoda, ktorá vznikne ako výsledok alternatívneho riešenia sporu je pre strany sporu záväzná.

5. Záver

Ambíciou smernice bolo rozšíriť možnosti alternatívneho riešenia sporov na čo najširší okruh spotrebiteľských sporov a vytvoriť tak predpoklady pre mimosúdne presadzovanie spotrebiteľských práv. Smernica ponechala viacero otázok otvorených, čo vytvorilo určitý manévrovací priestor pre členské krajiny. Časť z týchto otázok sa podarilo v podmienkach Slovenskej republiky zodpovedať v rámci procesu transpozície. Otvorenou zostáva otázka vymožiteľnosti dohôd o vyriešení sporu, ktorú však

zrejme pomôže zodpovedať až právna prax. Z pohľadu presadzovania spotrebiteľských práv je kľúčové, aby alternatívne riešenie spotrebiteľských sporov neostalo len na papieri, ale aby sa v čom najväčšej miere uplatňovalo v praxi. Efektívne fungovanie alternatívneho riešenia spotrebiteľských sporov by prispelo nielen k účinnému presadzovaniu spotrebiteľských práv, ale aj k odbremeneniu sústavy všeobecných súdov, ktoré sú zahľtené sporovou agendou súvisiacou s ochranou spotrebiteľa. Z európskej perspektívy zas vytvorenie fungujúcich nástrojov na mimosúdne riešenie spotrebiteľských sporov a ich využívanie v praxi vytvorí predpoklady na posilnenie dôvery spotrebiteľov v cezhraničné transakcie a na postupné odbúravanie fragmentácie vnútorného trhu EÚ.

Použitá knižná a časopisecká literatúra

- CREUTZFELDT, N. (2014): How Important is Procedural Justice for Consumer Dispute Resolution? A Case Study of an Ombudsman Model for European Consumers, In: Journal of Consumer Policy, Vol. 37 (4).
- FUNTA, R., NEBESKÝ, Š., JURIŠ, F. (2012): Európske právo, Tribun EU, Brno.
- RÜHL, G. (2015): Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market, In: Journal of Consumer Policy, Vol. 38 (4).

Národná legislatíva Slovenskej republiky

- Zákon č. 335/2014 Z.z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
- Zákon č. 420/2004 Z.z. o mediácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

⁸ Letter of Formal Notice, Art. 258 TFEU, Infringement No. 20150502.

⁹ Zákon č. 335/2014 Z.z. o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní.

¹⁰ Zákon č. 420/2004 Z.z. o mediácii.

Coexistence of leniency programmes of the EU and of the Member States in the light of recent case-law of the EU Court of Justice

Andrej Králik

Abstract

Purpose of this article is to examine the interrelation between national and European leniency programmes. In particular, it deals with the question of whether the immunity or leniency applicants who come forward with the Commission have reasons to rely on such submission also before the national competition authorities.

Keywords

EU, competition law, leniency programs, immunity application, national competition authorities

1. Introduction

European competition law seeks to ensure the coherent application of the competition rules in the Member States by means of a cooperation mechanism between the Commission and the national competition authorities¹. That mechanism is known as the European Competition Network (ECN). Together the national competition authorities and the Commission form a network of public authorities: they act in the public interest and cooperate closely in order to protect competition. The network is a forum for discussion and cooperation in the application and enforcement of EC competition policy. It provides a framework for the cooperation of European competition authorities in antitrust cases and is the basis for the creation and maintenance of a common competition culture in Europe². It is settled case-law that the cooperation mechanism between the Commission and the national competition authorities which was set up in Chapter IV of Regulation No 1/2003 is intended to ensure the coherent application of the competition rules in the Member States³. Purpose of this article is to analyse interrelationship between the leniency programme of the EU and leniency programmes adopted by the national competition authorities of the Member States. The European Commission adopted its first leniency programme in 1996.⁴

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 [TFEU] and 102 [TFEU] (OJ 2003 L 1, p. 1).

² Commission Notice on Cooperation with the Network of Competition Authorities (OJ 2004, C 101, p. 43, para 1).

³ C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst v X*, [2009] ECR I-4833, para. 20 and C-375/09, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, [2011], ECR I-3055, para. 26.

⁴ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ C 298, 8.12.2006, pp. 17–22 and

2. EU leniency programme

In 2006, the ECN adopted, at the European level, a Model Leniency Programme⁵. Those programmes are intended, inter alia, to promote the uncovering of unlawful conduct by encouraging participants in cartels to report them. The leniency system is based on the principle that the competition authorities are to grant immunity from fines to the undertaking that reports its participation in a cartel if it is the first to submit evidence, inter alia, enabling the finding of an infringement of the competition rules.

The ECN Model Leniency Programme aims to alleviate the burden associated with multiple filings by introducing a model for a uniform summary application system for cases for which the Commission is particularly well placed. The purpose of the ECN Model Leniency Programme is to ensure that potential leniency applicants are not discouraged from applying as a result of the discrepancies between the existing leniency programmes within the ECN. The ECN Model Programme therefore sets out the treatment which an applicant can anticipate in any ECN jurisdiction once alignment of all programmes has taken place. In addition, the ECN Model Programme aims to alleviate the burden associated with multiple filings in cases for which the Commission is particularly well placed by introducing a model for a uniform summary application system.

The ECN Model Programme sets out a framework for rewarding the cooperation of undertakings which are party to agreements and practices falling within its scope. The ECN members commit to using their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme. However, the ECN Model Programme does not prevent a national competition authority from adopting a more favourable approach towards applicants within its programme.

Nevertheless, based on the Commission Notice on cooperation within the ECN⁶ and the ECN model leniency programme, there is no “one-stop shop” for leniency applications. The ECN Model Leniency Programme and the Commission's Notice on cooperation within the network of competition authorities have already been held by the Court of Justice not to be binding on Member States⁷. Indeed,

was amended by Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, Official Journal C 256, 5.8.2015, p.1.

⁵ ECN Model Leniency Programme was revised in 2012.

⁶ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ C 101, 27.4.2004.

⁷ C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, [2011], ECR I-5161, para 21-22.

they were published in the "C" series of the Official Journal of the European Union, which is not intended for the publication of legally binding measures.

Accordingly, even if the guidelines set out by the Commission may have some effect on the practice of the national competition authorities, it is, in the absence of binding regulation under European Union law on the subject, for Member States to establish and apply national rules on the leniency procedures.

As indicated above, in the absence of a European Union-wide system of fully harmonised leniency programmes, an application for leniency to a given authority is not to be considered as an application for leniency to any other authority. It is therefore in the interest of the applicant to apply for leniency to all competition authorities which have competence to apply Article 101 of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU) in the territory which is affected by the infringement and which may be considered well placed to act against the infringement in question. In view of the importance of timing in most existing leniency programmes, applicants will also need to consider whether it would be appropriate to file leniency applications with the relevant authorities simultaneously. It is for the applicant to take the steps which it considers appropriate to protect its position with respect to possible proceedings by these authorities.⁸

3. Coexistence of leniency programmes of the EU and of the Member States in the light of recent case-law of the EU Court of Justice

In recent case *DHL Express*⁹ the Court of Justice of the EU had the opportunity to evaluate interplay between the leniency programmes of the European Union and of the Member States. In 2007, the Italian national competition authority (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 'the AGCM') adopted, at the Italian level, a similar model providing for a 'summary' leniency application. In 2007 and 2008, DHL Express (Italy) and DHL Global Forwarding (Italy), Agility Logistic and Schenker Italiana submitted separate applications for leniency to the Commission and to the AGCM. They alleged that EU competition law had been infringed in the international freight forwarding sector. DHL claimed that it should have been awarded first spot in Italy since it had been the first company to come forward with regard to freight forwarding cartels as evidenced by its application to the Commission. According to DHL, the AGCM should thus have considered the summary marker it received as connected to the Commission application and should have thus granted DHL immunity.

On 15 June 2011, the AGCM found that several undertakings, including DHL, Schenker and Agility, had participated in a cartel in the international road freight forwarding sector affecting operations to and

from Italy. In that decision, the AGCM recognised that Schenker was the first company to have applied to it for immunity from fines in Italy for road freight forwarding, since that company had submitted its application on 12 December 2007. Accordingly, under the national leniency programme, no fine was imposed on Schenker. DHL and Agility, however, were ordered to pay fines (which were subsequently reduced). DHL brought an action before the Italian courts for annulment of the AGCM's decision. It argued, *inter alia*, the AGCM had erred in finding that it had not made the first national application for leniency and that it was therefore not entitled to immunity from fines. According to DHL, AGCM should have taken into account the leniency application submitted to the Commission on 5 June 2007, prior to the application made by Schenker to the AGCM.

The Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*) approached the Court of Justice with request for a preliminary ruling. The Court of Justice was asked to interpret EU law concerning the relationships between the various procedures coexisting within the ECN. In the first question the national court asked whether the national competition authorities deviate from the instruments defined and adopted by the European Competition Network and, in particular, from the Model Leniency Programme. In the second and third question the referring court sought explanation about the legal link between the main application for immunity that an undertaking has submitted or is about to submit to the Commission and the simplified application for immunity submitted by that undertaking to a national competition authority in respect of the same cartel.

In its judgment, the Court held that instruments adopted in the context of the ECN, including the Model Leniency Programme, are not binding on national competition authorities, irrespective of the judicial or administrative nature of those authorities. According to the Court of Justice, leniency programmes are not connected to one another, but "*coexist autonomously*". The national competition authorities are free to adopt leniency programmes and each of those programmes is autonomous, not only in respect of other national programmes, but also in respect of the EU leniency programme.

The autonomy of leniency programmes must necessarily extend to the various applications for immunity submitted to the Commission and to the national competition authorities, given that they constitute an integral part of those programmes. In that respect, the Court held that the autonomy of those applications follows directly from the fact that there is, at the EU level, no single system of self-reporting for undertakings that participate in cartels in breach of Article 101 TFEU. That autonomy cannot, moreover, be affected by the fact that the various applications concern the same infringement of competition law.

Furthermore, according to the Court, there is no legal link between the application for immunity submitted to the European Commission and the summary application submitted to a national competition authority in respect of the same cartel, with the result that the national authority is not required to assess the

⁸ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, para 38.

⁹ C-428/14, *DHL Express (Italy) S.r.l. and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, ECLI:EU:C:2015.

summary application in the light of the application for immunity and is not required to contact the Commission in order to obtain information on the purpose and results of the leniency procedure carried out at the European level.

Moreover, the Court noted that EU law does not preclude a national leniency system which allows the acceptance of a summary application for immunity from an undertaking which had submitted to the Commission, in parallel, not an application for full immunity, but rather a mere application for reduction of the fine. Consequently, national law must allow the possibility for an undertaking which was not the first to submit an application for immunity to the Commission and which, accordingly, was eligible, before the Commission, only for a reduction of the fine (and not full immunity), to submit a summary application for (full) immunity to the national competition authorities. In other words, a national competition authority is allowed to accept a summary application for full immunity from an undertaking that had not applied for full immunity with the European Commission but had only sought a reduction in fines at EU level. That conclusion follows from the non-binding nature of the instruments adopted in the context of the ECN (including the ECN Model Leniency Programme) as regards the national competition authorities.

It follows from the reasoning provided by the Court that in situation where the national leniency application has a more limited scope than the EU application, the national authority is not required to contact the European Commission or the applicant in order to establish whether the applicant has discovered illegal conduct that is covered by the EU immunity application but not by the national summary application. Conversely, it is upon the applicants to file summary applications in all potentially relevant jurisdictions in the EU.

4. Conclusion

It follows from the judgment in *DHL Express* case that national competition authorities are bound by neither EU legislation nor an ECN standard when dealing with leniency applications. CJEU reaffirmed the independence of national and EU leniency programs under which national and EU-wide application are treated separately by the European Commission and by the national competition authorities pursuant to their own national legislation. The Court reiterated that the European Commission's notice on cooperation between it and the national competition authorities and its leniency notice do not bind national competition authorities.

The ruling clarifies that Member States are free to introduce leniency programmes with different requirements and whose summary applications, if applicable, have no legal link to the application to the Commission. Hence potential leniency applicants have no reason to trust that a full application to the Commission serves as a “one-stop-shop” but must file summary applications simultaneously in all potentially relevant jurisdictions. It is highly advisable to keep

those summary applications updated in order to ensure that they are covered in the event that the European Commission narrows down its investigation to only certain aspects of a cartel, leaving the national authorities to investigate other aspects of the cartel at the national level.

European Union legislation

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 [TFEU] and 102 [TFEU] (OJ 2003 L 1, p. 1).

Council, Commission and European Parliament Documents

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 [TFEU] and 102 [TFEU] (OJ 2003 L 1, p. 1).

Commission Notice on Cooperation with the Network of Competition Authorities (OJ 2004, C 101).

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ C 298, 8.12.2006, pp. 17–22 and was amended by Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, Official Journal C 256, 5.8.2015.

Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ C 101, 27.4.2004.

Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities [Official Journal C 101 of 27.4.2004].