



Република Србија
**КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТУ
КОНКУРЕНЦИЈЕ**

Савска улица 25/IV, Београд
Број: 1/0-05-584/2018-2
Датум: 03.08.2018. године

МИНИСТАРСТВО ДРЖАВНЕ УПРАВЕ И ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Бирчанинова 6
11000 Београд

Савет Комисије, након разматрања материјала – Нацрта закона о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, на основу члана 21. став 1. тачка 7. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС”, бр. 51/09 и 95/13) на 162. седници од 03.08.2018. године, даје следеће

МИШЉЕЊЕ

Прегледом аката који се налазе на јавној расправи објављених на сајту Министарства државне управе и локалне самоуправе констатовано је да је од 22. марта до 19. априла 2018. године одржана Јавна расправа о Нацрту закона о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Имајући у виду да је Комисија за заштиту конкуренције један од органа јавне власти који одлучује о захтевима за приступ информацијама од јавног значаја, предлажемо измене за које сматрамо да су неопходне са аспекта односа овог нацрта и Закона о заштити конкуренције.

I У члану 4. Нацрта је предвиђено следеће:

У називу члана 9, после речи: „добробит земље” везник: „и” замењује се запетом, а после речи: „тајна” додају се запета и речи: „интелектуална и индустријска својина, уметничка и културна добра”.

У члану 9. уводна реченица се мења и гласи:

„Осим кад постоји претежнији интерес јавности да зна, орган власти може тражиоцу ускратити или ограничити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја, ако би тиме:”.

У тачки 2) после речи: „спровођење казне” додају се речи речи: „управни поступак”, а после речи „правично суђење” додаје се запета и речи: „до окончања поступка;”.

У тачки 5) речи: „државна, службена, пословна или друга” замењују се речима „тајни подаци или представљају пословну или професионалну тајну”, а речи: „за приступ информацији” замењују се речима: „јавности да зна;”

После тачке 5. додаје се тачка 6. која гласи:

„6) повредио право интелектуалне или индустријске својине, угрозио заштиту уметничких и културних добара, изразом и упућивањем копије докумената.“

Предлажемо да се, пре свега у циљу отклањања препрека за поступање и Комисије за заштиту конкуренције (даље у тексту: Комисија) и Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности (даље у тексту: Повереник), у члану 4. Нацрта дода нови став 6. који гласи:

После става 1. додаје се нови став 2. који гласи:

„Сматраће се да не постоји претежнији интерес јавности да зна ако је одређена мера заштите извора података или одређених података (заштићени подаци) у складу са прописима којима се уређује заштита конкуренције.“

Прихватањем предложене измене отклонило би се питање сукоба надлежности Комисије и Повереника и јасно би се обезбедило постојање поузданог и стабилног правног система у коме су јасно одређене и поштоване законом прописане надлежности органа који одлучују о њиховим правима, обавезама и интересима.

У поступцима који се воде пред телима надлежним за заштиту конкуренције, укључујући Комисију за заштиту конкуренције и Европску комисију (повреде конкуренције, контрола концентрација, секторске анализе и др.), учесници на тржишту достављају бројне, изузетно осетљиве пословне податке, као што су подаци о добављачима и купцима, вредности и обиму продаје и набавке, тржишним уделима, разлозима за спровођење концентрација, уговори, акте који садрже пословне планове и стратегије будућег развоја инвестиција и пословања, и др., без којих Комисија не би могла да врши своја овлашћења прописана законом. Откривањем ових података трећим лицима може се нанети значајна штета учесницима на тржишту који су доставили податке, због чега је у упоредној пракси и установљено правило да тела за заштиту конкуренције не достављају, односно не објављују, нити стављају на располагање податке, односно документацију, која садржи пословне тајне или друге поверљиве податке за које та тела сматрају да их не треба откривати у циљу спровођења поступка и заштите пословних интереса учесника на тржишту.

Наведена пракса је општеприхваћена и у праву конкуренције ЕУ, јер се и према Обавештењу Европске комисије о правилима увида у списе предмета који се воде пред Европском комисијом у поступцима заштите конкуренције, Смерницама за припрему одлука о концентрацијама за јавно објављивање, као и Смерницама за припрему за јавно објављивање одлукама донетим у складу са Уредбом 1/2003, као пример наводи да се подаци о купцима, дистрибутерима, тржишним плановима, трошковима и ценама као и продајној стратегији сматрају пословном тајном којој се не сме дати приступ.

Значај уважавања предлога Комисије за измену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја отуда јесте велики, посебно ако се узму у обзир околности да се убрзано развија пракса у вези са применом правила о увиду у списе предмета у поступцима заштите конкуренције и да је питање заштите података у тим поступцима веома важно и осетљиво питање. Уколико се предлог Комисије не би узео у обзир, решењем Повереника би се дозволио приступ пословно осетљивим подацима који се налазе у поседу Комисије, а који су на захтев странака у поступку претходно заштићени закључком председника Комисије и које у складу са чланом 45. став 4.

Закона о заштити конкуренције немају својство информација од јавног значаја. На овај начин се доводи у питање рад Комисије, као самосталне и независне организације која врши јавна овлашћења у складу са Законом, и угрожавају правна сигурност и права учесника на тржишту, с обзиром на то да они неће моћи са сигурношћу да знају да ли ће њихови подаци стварно бити заштићени и тиме изузети од слободног приступа.

Имајући у виду праксу Повереника, могућност ускраћивања приступа траженој информацији, у складу с чланом 9. тачка 5. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, ограничена је доказивањем у сваком конкретном случају да је оправдано ускратити приступ траженим информацијама ради заштите претежнијих интереса. Наиме, поред једног од услова из члана 9. тачка 5. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја да се ради о информацији или документу за који је прописом или службеним актом заснованим на закону одређено да се чува као тајна, неопходно је испуњење и другог услова – да се ради о информацији или документу због чијег одавања би могле наступити тешке правне или друге последице по интересе заштићене законом који претежу над интересом за приступ информацији. Наведени став се заснива на одредби члана 8. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја који у ставу 1. предвиђа да се права из овог закона могу изузетно подврћи ограничењима прописаним овим законом, ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на Уставу и закону.

Комисија је свесна да је право на слободан приступ информацијама Уставом гарантовано право грађана, у оквиру остваривања права на обавештеност (чл. 51. Устава РС), према којем свако има право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом. У складу са наведеним правом на обавештеност, Комисија поштује и значај отворености, транспарентности и информисања грађана РС, као и принцип да се одлуке Комисије доносе што отвореније и што ближе грађанима.

Међутим, све већи број поступака које спроводи Комисија (као и друга тела за заштиту конкуренције у упоредној пракси) увећава вероватноћу откривања пословних података и других поверљивих података од стране Комисије, који су им током спровођења поступака учињене доступним. Зато учесници на тржишту морају да буду опрезни и да се упознају са правилима која регулишу заштиту података у поступцима пред Комисијом, како би сачували своје пословне тајне и спречили њихово објављивање, а Закон о заштити конкуренције им омогућава да у том смислу поднесу захтев за заштиту података. Према општеприхваћеној упоредној пракси, заштита се може тражити за две врсте података: за податке који представљају пословну тајну и за друге поверљиве податке.

Овом приликом указујемо и на проблем који је настао у пракси у погледу надлежности за одлучивање прописаних, с једне стране, Законом о заштити конкуренције, а с друге стране, Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Наиме, чланом 45. Закона о заштити конкуренције прописано је да се може одредити мера заштите извора података или одређених података (заштићени подаци) ако се оцени да је интерес подносиоца захтева оправдан и да је по значају битно већи у односу на интерес јавности. О овом захтеву председник Комисије одлучује закључком против кога је допуштена посебна жалба Савету Комисије. На коначан закључак странка има право тужбе Управном суду. Истим чланом Закона, у ставу 4, **предвиђено је да овако**

заштићени подаци немају својство информације од јавног значаја у смислу закона којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја.

Без обзира на ову одредбу, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, донео је дана 04.05.2018. године решење број 07-00-00269/2016-03, у којем налаже Комисији за заштиту конкуренције у Београду да без одлагања, а најкасније у року од пет дана од дана пријема решења достави тражене информације односно копије докумената, од којих је за неке закључком Председника Комисије изречене мера заштите података. На овај начин се актом једног органа дерогирао акт другог органа и на тај начин су пословно осетљиви подаци који су, према оцени Комисије, испунили законом прописане услове да буду заштићени, постали јавно доступни. Повереник, у образложењу свог решења, наводи да заштита података у поступцима који се воде у складу са одредбама Закона о заштити конкуренције има правно дејство у тим поступцима, али не у поступцима остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја. Наведеним, Повереник је одлучио о обиму примене једног закона и дао примат једном закону у односу на други и на тај начин директно нарушио правну сигурност, иако је Законом о заштити конкуренције изричито наведено да заштићени подаци немају својство информације од јавног значаја.

Решењем Управног суда 6. У 8525/18 од 21.05.2018. године, и то судије појединца, одбачена је тужба Комисије за заштиту конкуренције изјављена ради поништаја решења Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, број 07-00-00269/2016-03 од 04.05.2018. године. Одлука је заснована на ставу суда да Комисија за заштиту конкуренције не може бити странка у управном спору јер решењем Повереника није решавано о неком праву или на законом заснованом интересу Комисије за заштиту конкуренције, већ је решавано о дужности Комисије за заштиту конкуренције да, као надлежни орган и орган јавне власти, поступи по захтеву странке, тражиоца информација, у смислу члана 3. члана 5. члана 6. и члана 21. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. У решењу је закључено да је у конкретном случају тужба поднета од стране неовлашћеног лица, из наведених разлога, због чега не постоје процесно-правни услови за вођење спора.

Такође, указујемо да је 9. јула 2018. године Повереник поднео Предлог за утврђивање неуставности члана 45. став 4. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, бр. 51/09 и 95/13). У предлогу се истиче да је чланом 1. став 1. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја утврђено је да се тим законом уређују права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, ради остварења и заштите интереса јавности да зна и остварења слободног демократског поретка и отвореног друштва. Даље, чланом 8. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја прописано је да се права из тог закона могу изузетно подврћи ограничењима прописаним тим законом, ако је то неопходно у демократском друштву ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу или закону (тзв. тест јавног интереса). Права и интереси чија заштита може бити разлог ограничења права прописани су одредбама чл. 9. и 14. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја методом еnumerације, тј. таксативним навођењем разлога због којих право може бити ограничено.

У вези са наведеним, Комисија истиче да не спори примену одредаба Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја („Службени гласник РС“, број 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), нити су спорни надлежност, положај и улога Повереника

у погледу права на приступ информацијама од јавног значаја. Међутим, указујемо на озбиљне последице по правну сигурност учесника на тржишту, односно странака у поступцима које спроводи Комисија за заштиту конкуренције.

Упоредна пракса, нпр. према подацима Организације за економску сарадњу и развој (OECD) и Међународне мреже за конкуренцију (ICN), такође показује да се право на увид у податке који се сматрају поверљивим у смислу прописа о заштити конкуренције, изузима од примене правила о приступу информацијама од јавног значаја, управо због значаја ових података за вођење поступака заштите конкуренције и заштите пословних интереса учесника на тржишту. Иако се уочава прикривени „сукоб“ права на приступ информацијама од јавног значаја (слободног информисања) и права на заштиту пословно осетљивих података, он се решава у корист заштите права учесника на тржишту, тако што се телима надлежним за заштиту конкуренције омогућава да у поступању са пословно осетљивим подацима не примењују правила о приступу информацијама од јавног значаја: или се такви изузеци предвиђају самим о прописима о слободном приступу информацијама од јавног значаја или се изузеци предвиђају прописима о заштити конкуренције (нпр. ЕУ, Немачка, Француска, Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске, Холандија, Летонија, САД, Канада, Аустралија). Ови изузеци су веома уско предвиђени, у смислу да се односе само на податке који су од стране тела за заштиту конкуренције одређени као „поверљиви“ (заштићени), и при томе се не утиче на остваривање права на приступ другим подацима, који нису означени као „поверљиви“, односно који нису заштићени.

Разлог за овакво регулисање заштите поверљивих података у праву конкуренције се објашњава улогом коју тела за заштиту конкуренције имају у правном систему неке земље и значајем пословно осетљивих података приликом анализе конкуренције на тржишту и утврђивања повреда конкуренције, где одлучујуће чињенице и докази у случају могу бити поверљиве.

У пракси ЕУ, потврђеној у судској пракси (нпр. пресудом Општег суд ЕУ у случају *Bank Austria Creditanstalt v Commission*, бр. Т-198/03, одлука од 30. маја 2006. године, ECR 2006, II-1429, т. 69), свака институција, орган, служба или агенција ЕУ има обавезу да обезбеди да поступак њеног одлучивања буде транспарентан и да утврди посебна процесна правила која ће регулисати приступ њеним документима и објављивање тих докумената. То значи да институције ЕУ морају да буду способне да јавности учине доступним одлуке које усвајају, а изузетак од овог правила може бити предвиђен како би се спречило објављивање појединих одлука или података садржаним у тим одлукама, првенствено због своје дужности чувања професионалне тајне.

Такву обавезу има и Европска комисија, која је дужна да јавно објави што више информација из одлука које доноси, а има право да не објави само оне податке који су заштићени као професионална тајна или се морају заштити у јавном интересу. Оваква пракса се примењује и приликом примене права конкуренције, када је Европска комисија дужна да води рачуна о интересу учесника на тржишту да штите своје професионалне тајне, и не сме да објављује податке које је добила приликом спровођења правила о заштити конкуренције, а који представљају пословну тајну учесника на тржишту. Подаци добијени применом правила о заштити конкуренције могу да се употребљавају искључиво за потребе спровођења поступака заштите конкуренције.

У складу са тенденцијом која постоји у ЕУ – да се јачају овлашћења националних тела за заштиту конкуренције, требало би имати у виду и решења предвиђена предлогом нове директиве ЕУ о давању овлашћења националним телима за делотворније спровођење правила о заштити конкуренције и обезбеђивање правилног функционисања унутрашњег тржишта (Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market). Према овом предлогу, увид у списе предмета у поступцима заштите конкуренције се не односи на поверљиве податке.

Комисија зато предлаже да се самим Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја предвиди изузетак од његове примене који би се односи на поступање Комисије за заштиту конкуренције, с обзиром на то да такви примери постоје у упоредној пракси (нпр. Немачка, Француска, Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске, Холандија¹, Летонија, Аустралија, Канада) и да се право на увид у податке који се сматрају поверљивим у смислу прописа о заштити конкуренције, генерално изузима од примене правила о приступу информацијама од јавног значаја. Увођењем таквог изузетка би се додатно унапредила правна сигурност и учесницима на тржишту олакшало подношење захтева за заштиту података, а Комисији одлучивање о тим захтевима и поступање у поступцима заштите конкуренције, посебно ако се зна да Комисија не може да оствари право на судску заштиту у случаја када Повереник налаже достављање заштићених података, што додатно ограничава вршење њених поверених овлашћења

Значај заштите података у праву конкуренције је велики, јер се тиме унапређује рад тела надлежних за заштиту конкуренције и њихов кредибилитет, и изграђује поверење које учесници на тржишту имају у ова тела, а које би било нарушено у случају чињења доступним заштићених података. Заштитом података се истовремено спречава размена података између учесника на тржишту (чија размена може представљати биће картела) и тиме настанак повреда конкуренције на тржишту, затим, обезбеђује делотворна примена покајничког програма у праву конкуренције (*Leniency program*), али и спречава увид у податке који могу бити од значаја за привреду, односно економске интересе Републике Србије (нпр. уговор пружању услуга управљања Железаром Смедерево или уговор о концесији за управљање Аеродромом „Никола Тесла“). Свако касније откривање ових података водило би обесмишљавању поступака и система заштите конкуренције у Републици Србији, а Комисија би била сучена са тужбама за накнаду штете проузроковане објављивањем пословних тајни и поверљивих података.

Комисија понавља да она у сваком појединачном случају цени оправданост захтева за заштиту података и могућност ускраћивања увида у тражене податке, и да та могућност није никада унапред утврђена. Због тога не може бити речи ни о каквој злоупотреби овлашћења, како наводи Повереник у Предлогу за утврђивање неуставности члана 45. став 4. Закона о заштити конкуренције, јер се ради у уобичајеној упоредој пракси у циљу заштите пословних интереса учесника на тржишту. Истовремено је потребно напоменути да се претходно наведено не односи на

¹ На пример, у Холандији и Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске су, између осталих, предвиђени општи изузеци од примене прописа о слободном приступу информација у случају када је такав изузетак предвиђен другим законом, што је идентично ситуацији која сада постоји у Србији, у погледу односа Закона о заштити конкуренције и Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја.

заштиту података које настану у вези са радом и „пословањем“ Комисије, већ се ради о заштити података странака и других учесника на тржишту. Такође, суштина је да Комисија не може да објави те податке, а не да сам „власник“ података не може да их објави.

Комисија указује на њену изграђену, дугогодишњу праксу у примени члана 45. Закона о заштити конкуренције, према којој се у сваком конкретном случају, приликом одређивања мере заштите података, свакако већ врши оцена претежнијег интереса у смислу Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Процена „поверљивости“ података за које се тражи заштита значи оцену да ли је интерес подносиоца захтева за заштиту података оправдан и да ли је по значају битно већи у односу на интерес јавности у погледу предмета тог захтева. Уколико се процени да се специфицирани подаци не могу сматрати пословном тајном или другим поверљивим подацима, такви подаци се не могу заштитити, без обзира на то да ли су они у поднесцима или у комуникацији са Комисијом означени као „пословна тајна“ или као „поверљиви“. Отуда закључак о заштити података може да буде валидан основ да се ускрати приступ траженој информацији, с обзиром на то да је реч о специфичном правном акту који доноси орган јавне власти, у којем је већ извршена процена која се захтева Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја.

II Такође, предлажемо и да се члан 4. став 5. Нацрта измени, како би се Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја у потпуности ускладио са чланом 4. Уредбе (ЕЗ) број 1049/2001 Европског парламента и Савета од 30. маја 2001. о приступу јавности документима Европског парламента, Савета и Комисије, и на тај начин обезбедила адекватна заштита пословних интереса учесника на тржишту који достављају податке Комисији.

Као што је наведено, члан 4. Нацрта гласи:

У називу члана 9, после речи: „добробит земље” везник: „и” замењује се запетом, а после речи: „тајна” додају се запета и речи: „интелектуална и индустријска својина, уметничка и културна добра”.

У члану 9. уводна реченица се мења и гласи:

„Осим кад постоји претежнији интерес јавности да зна, орган власти може тражиоцу ускратити или ограничити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја, ако би тиме:”.

У тачки 2) после речи: „спровођење казне” додају се речи речи: „управни поступак”, а после речи „правично суђење” додаје се запета и речи: „до окончања поступка;”.

У тачки 5) речи: „државна, службена, пословна или друга” замењују се речима „тајни подаци или представљају пословну или професионалну тајну”, а речи: „за приступ информацији” замењују се речима: „јавности да зна;”

После тачке 5. додаје се тачка 6. која гласи:

„6) повредио право интелектуалне или индустријске својине, угрозио заштиту уметничких и културних добара, израдом и упућивањем копије докумената.”

Предлажемо да се члан 4. став 5. Нацрта измени тако да гласи:

„После тачке 5. додаје се тачка 6. која гласи: 6) повредио пословне интересе физичких и правних лица, као и право интелектуалне или индустријске својине,

угрозио заштиту уметничких и културних добара, израдом и упућивањем копије докумената“

Уредба ЕУ 1049/2001, која се директно примењује у ЕУ и земљама чланицама, уређује право на приступ документима Европског парламента, Савета и Комисије, а у члану 4. ове уредбе су предвиђена ограничења права на приступ документима, односно изузеци од примене ове уредбе. Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (укључујући измене предвиђене Нацртом) у великој мери је усаглашен са Уредбом ЕУ 1049/2001 у погледу ограничења права на приступ информацијама од јавног значаја, осим у погледу члана 4(2)(1) Уредбе који предвиђа да Институције ЕУ не дозвољвају приступ документу ако би обелодањивање ослабило заштиту пословних интереса физичких или правних лица, укључујући и интелектуалну својину, уколико не постоји преовлађујући јавни интерес у обелодањивању. С обзиром на то да се у Нацрту не помиње „заштита пословних интереса“, а да је у погледу других изузетака Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја усаглашен са Уредбом, потребно је и „пословне интересе физичких и правних лица“ заштитити Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја.

Комисија упућује на све претходно изнете разлоге за измену Нацрта у погледу природе поступака које Комисија спроводи и података са којима Комисија располаже, како би указала на значај увођења овог изузетка. Тиме би се Комисији дала могућност да оценом претежнијег интереса ограничи право на приступ информацијама од јавног значаја у случајевима када се тражи приступ подацима који се не сматрају заштићеним, као и да се обезбеди додатна заштита интереса учесника на тржишту у случајевима када се тражи приступ заштићеним подацима.