

Warszawa, 15 lutego 2012 r.

Opinia Stowarzyszenia Liderów Lokalnych Grup Obywatelskich w przedmiocie konsultacji ogłoszonych na stronie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji w sprawie stanowiska rządu w sprawie europejskiej strategii otwartego dostępu do danych

Ponieważ zakres przedstawionych do konsultacji dokumentów jest niezmiernie złożony, nie sposób – biorąc pod uwagę nasze wieloletnie doświadczenie w dziedzinie dostępu do informacji publicznej – oprzeć się w naszym stanowisku tylko na pytaniach zaproponowanych przez Ministerstwo, opinia Stowarzyszenia dotyczy wszystkich wątków problemu i *de facto* udziela ona również odpowiedzi na postawione pytania.

Na wstępie pragniemy podkreślić, iż bliskie są nam twierdzenia zawarte we Wniosku Komisji Europejskiej w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającym dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (KOM(2011) 877 wersja ostateczna):

Udostępnienie ISP dla ponownego wykorzystywania będzie również miało pozytywny wpływ na przejrzystość, wydajność i odpowiedzialność instytucji rządowych i samorządowych oraz przyczyni się do wzmocnienia pozycji obywateli.

Wreszcie, w związku z powyższym, dyrektywa ISP ma przyspieszyć zmianę kulturową w sektorze publicznym, stwarzając warunki sprzyjające działaniom tworzącym wartość dodaną w związku z ponownym wykorzystywaniem zasobów, jakimi są informacje publiczne.

Dlatego też uważamy, iż ponowne wykorzystywanie informacji publicznej winno

spełniać cztery kluczowe zasady:

1. Bezpłatność,
2. Bezwarunkowość,
3. Szybkość i aktualność udostępniania informacji publicznej w sposób odformalizowany,
4. Pewność otrzymywania informacji publicznej do ponownego wykorzystywania.

Powyższe zasady nie są w pełni realizowane w polskim porządku prawnym.

I.

W pierwszej części naszej opinii chcielibyśmy odnieść się do stwierdzenia znajdującego się w projekcie stanowisku rządu w sprawie Wniosku dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego¹.

„Rząd RP wyraża zadowolenie, iż rozwiązania prezentowane przez Komisję Europejską są w znacznej części zgodne z duchem nowelizacji ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn.zm.), która weszła w życie 29 grudnia 2011 r. i która to nowelizacja realizuje politykę ponownego wykorzystywania informacji publicznych.”

Zdaniem Stowarzyszenia implementacja dyrektywy została dokonana w nieprawidłowy sposób – zarówno w kontekście wymagań Dyrektywy, jak i przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

¹ Tekst projektu stanowiska: http://mac.gov.pl/wp-content/uploads/2012/02/stanowisko_Rzadu_pozalegislacyjny_887-2.doc

W związku z powyższym Stowarzyszenie odniesie się, w pierwszym rzędzie, w swojej opinii do zgłaszanych w toku procesu legislacyjnego uwag, które, na gruncie praktyki obowiązywania nowelizacji okazały się mieć potwierdzenie. Bez rewizji postanowień ustawy o dostępie do informacji publicznej w zakresie przepisów związanych z ponownym wykorzystywaniem informacji publicznej jakkolwiek dyskusja o otwarciu zasobów publicznych nie będzie miała praktycznego znaczenia.

1. Definicja ponownego wykorzystywania informacji publicznej.

Definicja ponownego wykorzystywania informacji publicznej **nie odpowiada faktycznie założeniom dyrektywy**, a sposób określenia trybu ponownego wykorzystywania informacji publicznej powoduje, że przyjęte zmiany w najlepszym razie nie będą w ogóle wykorzystywane przez podmioty zainteresowane wykorzystywaniem danych sektora publicznego, a w najgorszym przypadku **naruszają art. 54 Konstytucji poprzez niezgodną z tym przepisem reglamentację wolności rozpowszechniania informacji.**

Do podobnych wniosków doszedł Mec. Jan Stefanowicz, autor ustawy z dnia 6 września 2001 r., który w swojej opinii sporządzonej na zlecenie Senatu RP napisał, że „prawdopodobnie brak zrozumienia, czym jest i czym być powinno „ponowne wykorzystywanie” informacji sektora publicznego oraz wadliwa redakcja przepisów spowodowały, iż przyjęta właśnie przez Sejm ustawa istotnie może naruszać tak Konstytucję RP, jak i podstawowe regulacje UE oraz samą dyrektywę, którą ma implementować.”² Tę kwestię podniósł również dr Michał Bernaczyk, który w opinii na temat zmian w ustawie stwierdził, że podtrzymuje on „w całej rozciągłości swe

² <http://www.senat.gov.pl/k7/dok/opinia/2011/op60911.pdf>

wcześniejsze stanowisko, że ostateczny kształt nowelizacji jest niczym innym, aniżeli odzwierciedleniem błędnej diagnozy postawionej w oparciu o błędną interpretację obowiązujących przepisów.”³ Eksperti wskazują ponadto, że ponowne wykorzystywanie informacji publicznej było dotychczas możliwe m.in. ze względu na zagwarantowaną w art. 54 Konstytucji RP wolność rozpowszechniania informacji (również publicznej). Nowelizacja, zamiast, tak jak to nakazuje dyrektywa 2003/98/WE z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego stworzyć zasady ponownego wykorzystywania, tworzy normy, które na to mają rzekomo zezwalać⁴. **Przy obecnym stanie prawnym i faktycznym, w którym ta norma już istnieje, tworzenie dodatkowych obwarowań re-use jest w istocie jego reglamentacją.** Dotychczas, ponowne wykorzystywanie informacji odbywało się zgodnie z prawem na podstawie konstytucyjnej zasady, że obywatele i podmioty gospodarcze mogą czynić wszystko to, co nie jest zabronione.

Należy również, wspomnieć w tym miejscu fragment stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 28 października 2011 r. w związku z wnioskiem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności trybu wprowadzenia przepisu artykułu 5 ust. 1a ustawy o dostępie do informacji publicznej z art. 118 ust. 1 oraz art. 121 ust. 2 Konstytucji. Mimo, że zakres merytoryczny wniosku Prezydenta do Trybunału

³ Dr Michał Bernaczyk, Opinia prawna o ustawie o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw
http://www.informacjapubliczna.org.pl/wwwdane/files/novelizacja/dr_bernaczyk_opinia_udip_4jrg.pdf

⁴ Dr Michał Bernaczyk, Opinia prawna o ustawie o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw „*Obowiązkiem polskiego prawodawcy – zgodnie z art. 3 dyrektywy - było **określenie zasad tego przetwarzania, nie zaś tworzenie normy pozwalającej na takowe przetwarzanie.** Brzmienie art. 3 dyrektywy nie pozostawia wątpliwości, że dyrektywa nie aspiruje do narzucania państwu członkowskim nowych procedur dostępowych, lecz ma (co najmniej) uzupełniać istniejący system o zasady zawarte w rozdziale III i IV dyrektywy.*”

Konstytucyjnego nie odnosił się do definicji ponownego wykorzystywania informacji publicznej, Prokurator Generalny stwierdził m.in.:

*„(...) w procesie implementacji prawa unijnego do prawa krajowego konieczna jest weryfikacja tego prawa pod względem językowym, a więc, czy dany zwrot użyty w normie prawa unijnego oznacza to samo w języku polskim. Ma to istotne znaczenie, zwłaszcza przy formułowaniu definicji (w przekładzie z tekstu oryginalnego na język polski), w której określa się zakres podmiotowy i przedmiotowy korzystania z przyznanego prawa. **Prokurator Generalny powziął zatem wątpliwość, odnoszącą się do trafności pojęcia „ponowne wykorzystywanie informacji publicznej”, w aspekcie realizacji ustawą nowelizującą koncepcji wprowadzenia nowego sposobu korzystania z informacji publicznej.***

*Jak wynika bowiem z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 Dyrektywy 2003/98/WE (...) nowy sposób wykorzystywania informacji sektora publicznego ma polegać na wykorzystywaniu dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego do celów innych (...) niż te, dla których dokumenty zostały wytworzone. W języku polskim wyraz „ponowne” oznacza – „jeszcze raz” „znowu”, „na nowo”, a przecież ów **nowy tryb dostępu do informacji publicznej polegać ma na innym niż dotychczas - a nie ponownym – sposobie wykorzystywania, tj. innym niż jej cel publiczny, dla którego informacja ta została wytworzona.**”*

Wyraźne rozróżnienie tych pojęć jest kluczowe dla przejrzystości systemu prawa dostępu do informacji publicznej i określenia relacji między dostępem, a ponownym wykorzystaniem informacji publicznej. Rodzi to po stronie podmiotów korzystających z informacji publicznych (np. szczególnie mediów, w tym także „obywatelskich”) niepewność obrotu prawnego i może narazić je na odpowiedzialność z tytułu

ponownego wykorzystanie informacji bez wymaganej licencji.

Stowarzyszenie Liderów Lokalnych Grup Obywatelskich stwierdza, że sposób określenia zakresu ponownego wykorzystania informacji publicznej jest nieprecyzyjny. Rodzi wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozróżnienia rozpowszechniania informacji publicznej, które ze swej definicji jest innym niż pierwotnym wykorzystaniem informacji publicznej. **W tej sytuacji, brak klarownego rozróżnienia pomiędzy rozpowszechnianiem, a ponownym wykorzystaniem informacji rodzi wątpliwości natury interpretacyjnej również w kontekście treści art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności**, który określa, że “każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe.”. Prawdopodobieństwo kolizji pomiędzy rozpowszechnianiem, a ponownym wykorzystaniem informacji jest szczególnie istotne z punktu widzenia ust. 2 art. 10 Konwencji, który stanowi, że *“korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej”*.

Należy zwrócić również uwagę, że ustawodawca nie przewidział dla ponownego wykorzystywania informacji publicznej trybu dostępu do informacji, który miałyby

realnie usprawnić dotychczasowe wykorzystywanie informacji. **Zgodnie ze stanowiskiem Ministra Administracji i Cyfryzacji⁵, wnioskodawca, który chce pobierać informacje do ponownego wykorzystywania musi za każdym razem składać nowy wniosek, którego procedura rozpatrzenia jest skomplikowana i nie przystająca do idei dyrektywy** (patrz pkt. I.3 s. 12 opinii). Nie jest możliwe takie „umówienie” się z jednostkami sektora publicznego by na podstawie jednego wniosku w określonych odstępach czasu (cyklicznie) otrzymywać aktualizację pobieranych informacji. Przyjęte rozwiązanie wprowadza de facto istnienie odrębnego trybu dostępu do informacji (niezgodnego z art. 54 i 61 Konstytucji) w rażący sposób lekceważąc postanowienia Dyrektywy. Istotą ponownego wykorzystywania informacji publicznej jest zobowiązanie podmiotów posiadających informacje sektora publicznego do wsparcia szerokiej gamy osób i instytucji w prowadzeniu działań (np. serwisów internetowych) w oparciu o aktualne dane publiczne. Efektem przyjętego rozwiązania jest **konieczność składania za każdym razem wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji gdy wnioskodawca chce pozyskać interesujące go dane**. Dodatkowo w związku z umieszczeniem w ustawie niezgodnego z przepisami dyrektywy terminu rozpatrzenia wniosku, możliwość wykorzystywania informacji publicznej będzie ograniczona w stosunku do stanu przed nowelizacją (patrz pkt I 2 s. 11 opinii). Stowarzyszenie sygnalizowało już ten problem we swoich opiniach przedstawionych do projektu ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz do projektu wzoru wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej.

Wątpliwości budzą również określone w art. 23b warunki ponownego wykorzystywania informacji. Nieprecyzyjny jest zwłaszcza warunek określony w

⁵ Projekt rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej. Uzasadnienie str. 6

punkcie 2 dotyczący obowiązku dalszego udostępniania innym użytkownikom informacji w pierwotnie pozyskanej formie. **Stawia to pod znakiem zapytania zasadę równości wobec prawa.** Możemy posłużyć się przykładem organizacji pozarządowej, która zwróciła się o udostępnienie w celu ponownego wykorzystywania informacji dotyczących statystyk wypadków drogowych na terenie gminy Wilga. Ponosi ona koszty związane z udostępnieniem informacji, a jednocześnie nakładany jest na nią obowiązek przekazania informacji na przykład firmie, która będzie w wykorzystywała informacje w celach komercyjnych. Firma taka zamiast zwracać się do podmiotu zobowiązanego będzie mogła zwrócić się do podmiotu, który dane już uzyskał. Nie wyjaśniono w ustawie w jaki sposób ma dojść do przekazania tych danych i czy w takich przypadkach przepisy ustawy stosuje się odpowiednio.

Z kolei zawarty w artykule 23b ust. 2 pkt 3 warunek polegający na obowiązku informowania o przetworzeniu informacji ponownie wykorzystywanej wskazuje na brak zrozumienia ponownego wykorzystywania informacji i wprowadza obok istniejącej już w ustawie przed nowelizacją informacji przetworzonej nową kategorię „przetworzenia”. **Przecież zasadą ponownego wykorzystywania jest przetworzenie przez wnioskodawcę danej informacji. Przyjęte rozwiązanie jest w najlepszym razie konstrukcją opierającą się na daleko idącej tautologii.**

Również praktyka stosowania warunków ponownego wykorzystywania informacji przez podmioty publiczne wskazuje na powielenie błędów transpozycji dyrektywy. Za przykład niech posłuży Rządowe Centrum Legislacji, które wśród warunków wymienia informację, że „*pozyskana treść informacji publicznej nie może być modyfikowana*”⁶ co w oczywisty sposób kłóci się z ideą re-use.

⁶ http://bip.rcl.gov.pl/porta1/rcl/864/3122/Warunki_ponownego_wykorzystywania_informacji_publicznej.html

Zwracamy uwagę, iż wprowadzenie rozdziału 2a do ustawy o dostępie do informacji publicznej zawierający osobne definicje, katalog podmiotów stwarza trudności interpretacyjne. W zasadzie nowelizacja ustawy o dostępie do informacji publicznej spowodowała, iż w ramach jednego aktu prawnego istnieją dwie regulacje o odmiennym zakresie przedmiotowym i podmiotowym. Przepis art. 23a reguluje zakres, który winien być zamieszczony w przepisach ogólnych ustawy – tak § 21 ust. 1 Zasad technik prawodawczych. Powstała sytuacja stwarza praktyczny problem interpretacyjny np. odnośnie definicji informacji publicznej, która dla ponownego wykorzystywania informacji publicznej zawierać powinna treść art. 1 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zatem może powstać wrażenie, iż są dwie definicje informacji publicznej, przy czym to czym jest informacja publiczna musi być interpretowane w rozumieniu art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji.

Podsumowując, przyjęte rozwiązania są sprzeczne z zasadami konstytucyjnymi określonymi w art. 54 oraz 61 Konstytucji oraz są przeciwskuteczne w stosunku do założeń dyrektywy i idei wykorzystywania danych sektora publicznego. Bez zmiany przyjętych rozwiązań wszelkie inne działania rządu RP nie mogą wpłynąć pozytywnie na założenia Komisji Europejskiej sformułowane w jej wniosku.

Wypada również przypomnieć, że **Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawie C-362/10; Komisja przeciwko Polsce** dotyczącej implementacji dyrektywy (opierający się na ustawie przed nowelizacją, ale wskazujący precyzyjnie w jaki sposób należy dokonać implementacji) stwierdził m.in: **ustanowione dyrektywą warunki ponownego wykorzystywania należy bowiem uznać nie za ograniczenie prawa do wykorzystywania dokumentów sektora publicznego, lecz za obowiązki, których organy sektora publicznego muszą przestrzegać, gdy ponowne wykorzystywanie posiadanych przez nie dokumentów jest dopuszczalne.** Trybunał podkreślił również, iż **transpozycja przepisów dyrektywy jest konieczna,**

w szczególności w celu zapewnienia, by osoby zamierzające ponownie wykorzystywać informacje sektora publicznego były w stanie ustalić, w jakich okolicznościach mogą liczyć na poszanowanie warunków ponownego wykorzystywania określonych w dyrektywie. Natomiast odnośnie wprowadzonej do ustawy o dostępie do informacji publicznej definicji ponownego wykorzystywania informacji publicznej należy zacytować zdanie Trybunału wskazane w tym rozstrzygnięciu *Badając zasadność zarzutów Komisji, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem transpozycja dyrektywy nie wymaga koniecznie formalnego i dosłownego powtórzenia jej przepisów w wyraźnych uregulowaniach ustawowych lub wykonawczych przyjętych w tym celu. Wystarczający może być tu ogólny kontekst prawny, jeżeli zapewnia on skuteczne i zupełne wdrożenie dyrektywy w sposób jasny i precyzyjny. W szczególności obowiązujące zasady ogólne prawa konstytucyjnego lub administracyjnego mogą powodować brak konieczności dokonywania transpozycji za pomocą konkretnych przepisów ustawowych lub wykonawczych. Jednakże przepisy dyrektywy muszą zostać wdrożone w sposób zapewniający im niekwestionowaną moc prawną, z wystarczającą szczegółowością, precyzją i jasnością, aby uczynić zadość zasadzie pewności prawa, zgodnie z którą, w wypadku gdy dyrektywa przyznaje uprawnienia jednostkom, powinny one być świadome całości przysługujących im praw*

Jak wynika z wymienionych powyżej i w dalszej części opinii Stowarzyszenia, sposób implementacji dyrektywy nie jest właściwy.

2. Błędna transpozycja dyrektywy odnośnie określenia terminu udostępnienia informacji do ponownego wykorzystywania.

Rozwiązania przyjęte w art. 23g ust 5 ustawy jest w sposób oczywisty sprzeczny z dyspozycją dyrektywy. Dyrektywa w art. 4 pkt 2 wyraźnie stanowi, że jeśli terminy lub inne reguły określające **terminowe udostępnianie dokumentów nie zostały ustanowione**, organy sektora publicznego **przetwarzają wnioski i dostarczają wnioskodawcy dokumenty** do ponownego wykorzystywania lub, jeśli potrzebna jest licencja, przedstawiają wnioskodawcy końcową ofertę licencji **w terminie nie dłuższym niż 20 dni roboczych od otrzymania wniosku**. W przypadku obszernych lub skomplikowanych zamówień termin ten może być przedłużony o kolejne 20 dni roboczych. W takich przypadkach zawiadamia się wnioskodawcę w ciągu trzech tygodni od otrzymania wniosku wstępnego, że przetwarzanie jego wniosku wymaga więcej czasu.

Tymczasem w proponowanym przepisie postanowiono, że **wniosek rozpatruje się** bez zbędnej zwłoki, **nie później jednak niż w terminie 20 dni od dnia otrzymania wniosku**. W sprawach szczególnie skomplikowanych podmiot zobowiązany może przedłużyć załatwienie sprawy o kolejne 20 dni, po zawiadomieniu wnioskodawcy w terminie 20 dni od dnia otrzymania wniosku.

Należy z pełną mocą podkreślić, iż z treści obowiązującej ustawy o dostępie do informacji publicznej jasno wynika, określono termin, który dyrektywa określa jako „terminowe udostępnienie dokumentów”. Art. 13 ust. 1 stanowi, udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, **nie później jednak niż w terminie 14 dni** od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem ust. 2 i art. 15 ust. 2.

Niejasne są zatem podstawy do określenia terminu na rozpatrzenie wniosku w wymiarze 20 dni (na marginesie warto dodać, że jest to termin w polskim prawie

dotychczas niespotykany). Dyspozycja dyrektywy w tym zakresie odnosi się tylko do przypadku, kiedy nie określono dotychczas terminu udostępnienia informacji lub jest on dłuższy niż 20 dni. W polskim porządku prawnym nie mamy do czynienia z taką sytuacją, co stanowić może – słuszną w naszej ocenie – krytykę – właściwej implementacji dyrektywy.

W tym samym przepisie mamy do czynienia z **kolejną błędną transpozycją dyrektywy**, który uniemożliwi w praktyce jakikolwiek dostęp do informacji w celu jej ponownego wykorzystania. Dyrektywa wyraźnie stwierdza, że powyższe terminy obejmują **nie tylko rozpatrzenie wniosku, ale przede wszystkich dostarczenie żądanych informacji**, tymczasem w projekcie ustawy mowa jest **tylko o rozpatrzeniu wniosku** bez określenia żadnych terminów udostępnienia danych do ponownego wykorzystania. Taka sytuacja może – mimo terminowego rozpatrzenia wniosku – doprowadzić do sytuacji nie uzyskania przez wnioskodawcę żądanych danych, lub otrzymania ich w odległym, nieokreślonym terminie. Z pełną mocą należy podnieść, że projektodawca w związku z brakiem określenia terminu na udostępnienie żądanych informacji **nie przewidział również żadnych możliwości zaskarżenia faktu nieudostępniania informacji do ponownego wykorzystania**.

3 Nieprecyzyjne przepisy dotyczące stosunków prawnych między wnioskodawcami, a podmiotami zobowiązanymi, podważające całkowicie koncepcję ponownego wykorzystywania informacji publicznej oraz zasadę równości uczestników obrotu prawnego.

Ustawodawca określając przypadki gdy informacja ma być udostępniona pod warunkami (art. 23b ust. 2 lub 3) lub odpłatnie (art. 23c ust. 1) rozstrzygnął, że stosunek prawny między podmiotem udostępniającym informację, a tym, który będzie je uzyskiwał będzie miał charakter cywilno-prawny. Jest to wyrażone wprost w

przepisie, art. 23g ust. 7 pkt 2, w który stanowi, że podmiot zobowiązany przedstawia wnioskodawcy ofertę zawierającą warunki ponownego wykorzystania informacji publicznej, a także wysokość opłat za ponowne wykorzystywanie informacji publicznej. Oferta jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego i została określona w art. 66 §1 Kodeksu Cywilnego, który stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. **Takie rozwiązanie niesie za sobą daleko idące konsekwencje, które nie znalazły swojego wyrazu ani w uzasadnieniu do projektu założeń ustawy, ani w uzasadnieniu do projektu ustawy.** Należy stwierdzić, że w przypadku przyjęcia przez wnioskodawcę oferty, obie strony zaczyna łączyć stosunek cywilnoprawny. Wątek ten nie został jednak rozbudowany, a poprzez proponowane brzmienie art. 23i może prowadzić do niejasności prawnych, w konsekwencji blokujących możliwość skutecznej realizacji prawa od ponownego wykorzystywania informacji publicznej. Uchylenie kontroli sądowej sprawowanej w niektórych sprawach przez sądy powszechne miało doprowadzić zgodnie z wolą rządu do ujednoczenia kontroli sądowej i objęcia wszystkich spraw indywidualnych kognicją sądu administracyjnego. **Tymczasem zdecydowana większość spraw związanych z nieprzestrzeganiem postanowień umownych będzie dochodzona przed sądami powszechnymi.** To rodzić będzie kolejne problemy, poczynając **od oszacowania przedmiotu sporu**, a co za tym idzie ustalenia właściwego sądu, oraz do **przyjęcia na siebie przez Skarb Państwa wszelkich zobowiązań państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej**, gdyż podmioty te zawierają przecież umowy jako *statio fisci* reprezentując Skarb Państwa..

Kolejny problem – na tym gruncie – wiąże się z sytuacją przewidzianą w art. 23g ust 10, kiedy wnioskodawca zgłasza sprzeciw od przedstawionej przez podmiot zobowiązany oferty (np. motywując nieprzestrzeganiem art. 23d). W takim przypadku

podmiot zobowiązany wydaje decyzję, a co za tym idzie pomiędzy podmiotami powstaje stosunek administracyjno-prawny. Rodzi to odmienną sytuację – **szczególnie w kontekście ochrony praw wnioskodawcy** – niż gdyby przyjął on ofertę bez sprzeciwu zawierając od razu korzystny dla obu stron stosunek cywilno-prawny (ale być może niekorzystny dla siebie sposób przekazywania danych). W sytuacji gdy podmiot zobowiązany nie wywiązuje się z obowiązków wynikających z własnej decyzji nie mają zastosowania przepisy egzekucji administracyjnej (por. art. 2 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji). Konstruując przepis art. 23i, ograniczający dostęp do sądownictwa administracyjnego tylko do „skarg rozpatrywanych w postępowaniach o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej” **pozbawił tego dostępu podmiot, któremu została wydana decyzja prawomocna, gdyż kończy ona postępowanie.** W związku z tym, wnioskodawca - w razie niewywiązywania się przez podmiot zobowiązany z warunków udostępniania informacji (np. terminowego przekazywania danych) nie może złożyć skargi do sądu administracyjnego. Również trudności rodzić może sytuacja, w której wnioskodawca po wydaniu decyzji przestanie być zainteresowany uzyskaniem informacji publicznej do ponownego wykorzystywania informacji publicznej, co spowoduje, iż w obrocie prawnym zostanie prawomocna decyzja administracyjna. Sytuacje takie mogą mieć miejsce w dużej ilości przypadków, ponieważ sprzeciw co do zasady można złożyć tylko z powodu naruszenia przepisów ustawy (art. 23g ust. 10). Wnioskodawca nie będzie mógł kwestionować warunków jeżeli zostaną one nałożone w zakresie jakim przewiduje to ustawa – co może powodować utrudnienie w ponownym wykorzystaniu informacji publicznej (patrz I.4 s.15. Opinii). Na marginesie, należy odwołać się do powołanej już opinii dr Michała Bernaczyka o **braku wystarczających możliwości sądownictwa administracyjnego do oceny prawidłowości decyzji** o warunkach ponownego wykorzystywania informacji publicznej.

Podkreślić należy, że do tego stanu prawnego **nie można odnieść żadnej z przesłanek art. 3 § 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi**, w tym także – co należy podkreślić nie pasuje pkt 4) tegoż przepisu. Można zatem twierdzić, że w takim razie w grę wchodzi ogólna zasada właściwości sądów powszechnych, tj. cywilnych (art. 177 Konstytucji) przy konieczności zapewnienia prawa do sądu (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji).

Ustalenie jednak tego stanu w praktyce, a co za tym idzie **skala ochrony praw wnioskodawcy jest ograniczona i rodzi poważne obawy o praktyki dyskryminacyjne**. Przeczy to idei przedstawionej w dyrektywie i z pewnością nie zostaną osiągnięte założone przez nią cele.

4. Nieprecyzyjne przepisy dotyczące opłat za ponowne wykorzystywanie informacji publicznej mogące powodować niezgodność ustawy z dyrektywą oraz godzące w pewność obrotu prawnego.

W dalszym ciągu – mimo zgłaszanych zastrzeżeń – nie zostało sprostowane tłumaczenie dyrektywy w pkt 14 preambuły oraz art. 6 określające sformułowanie „return of investment” jako „zysk z inwestycji”. Właściwym wyrażeniem byłoby zatem określenie maksymalnego poziomu opłat jako „zwrotu z inwestycji”.

W projekcie stanowiska rządu wspomina się o zasadzie bezpłatności, **brak jest natomiast odniesienia do nieprecyzyjnego sposobu naliczania opłaty, które pozwala na pełną uznaniowość podmiotu udostępniającego informację do ponownego wykorzystywania**. Należy również podkreślić, że z uwagi na sygnalizowane powyżej problemy ze zdefiniowaniem ponownego wykorzystywania i faktycznego powielenia trybu udostępniania informacji publicznej odejście od zasady

określonej w art. 7 oraz 15 ustawy wprowadza odmienne rozliczenie „usługi” podmiotu zobowiązanego przy identycznym nakładzie sił i środków.

Ustawa w art. 23c ust. 1 zezwala podmiotowi zobowiązanemu nałożenie opłaty na wnioskodawcę jeżeli przygotowanie informacji w sposób wskazany we wniosku wymaga poniesienia dodatkowych kosztów. Nakładając opłatę uwzględnia się koszty przygotowania i przekazania informacji oraz **inne czynniki, jakie będą brane pod uwagę przy nietypowych wnioskach** o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej, które mogą mieć wpływ na w szczególności na koszt lub czas przygotowania i przekazania informacji. Poważne wątpliwości wzbudza wskazanie w art. 23c ust 2 „innych czynników”, branych pod uwagę przy „nietypowych wnioskach”. Ustawodawca określił w sposób wyjątkowo nieprecyzyjny podstawę naliczenia opłaty **oddając w praktyce podmiotowi zobowiązanemu dowolności w sposobie naliczenia opłaty**. Z uwagi na brak jakichkolwiek definicji kwestionowanych sformułowań, wnioskodawca może zostać obciążony obowiązkiem poniesienia opłaty, która nie wiąże się bezpośrednio z kosztami przygotowania i przekazania informacji lub może być to opłata znacznie zawyżona. Wydaje się, iż wprowadzenie możliwości „wyliczenia” czasu przygotowania i przekazania informacji (w zasadzie koszt pracy) spowoduje niejednorodne wyliczanie opłat nawet w podobnych instytucjach. Nie ma - w myśl tego przepisu – prawnych i faktycznych możliwości kwestionowania danego sposobu wyliczenia kosztów. W związku z tym, istnieje prawdopodobieństwo, że wysokość opłaty przewyższy granice określone w art. 6 dyrektywy i przy prezentowanym stanowisko Rządu RP również zasady proponowane w zmianie dyrektywy.

W tekście ustawy **rażą też błędy legislacyjne związane ze stosowaniem różnych terminów określających tożsame stany prawne**. W kontekście opłat należy ujednolicić treść art. 23g ust 7 pkt 2 posługujący się terminem „wysokości opłat za

ponowne wykorzystywanie” odnosząc się jednocześnie do art. 23 c ust. 1 posługujący się terminem „opłaty za udostępnienie publicznej w celu ponownego wykorzystania”. Innymi słowy raz ustawa wprowadza opłaty za ponowne wykorzystanie, a innym razem opłaty za udostępnienie do ponownego wykorzystywania. To nie tylko poważny błąd legislacyjny ale również kolejny problem dotyczący podważenia zasady bezpłatności ponownego wykorzystywania informacji.

5. Niezgodne z dyrektywą, dopuszczenie możliwości umów na wyłączność w zakresie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego.

Dyrektywa w art. 11 wyraźnie zakazuje zawierania umów na wyłączność. Wyjątkiem od tej zasady jest przypadek, w którym prawo wyłączne jest konieczne do dostarczania usług w interesie publicznym, ważność przyczyn uzasadniających przyznanie prawa wyłącznego podlega regularnym przeglądom i w każdym przypadku przeglądu dokonuje się co trzy lata. Tymczasem, ustawy w art. 23e ust. 1 wprowadza możliwość zawierania umów na wyłączność w przypadkach gdy jest to niezbędne dla prawidłowego **wykonywania zadań publicznych**. Istnieje wyraźna różnica między dostarczaniem usług publicznych, które są ukierunkowane na zaspokajanie potrzeb obywateli, a wykonywaniem zadań publicznych, które obejmują całokształt działań państwa i samorządu terytorialnego. Co więcej, ustawa nie zapewnia realizacji kolejnego warunku (a są to warunki, które zgodnie z dyrektywą muszą być spełnione łącznie) tzn. **przeprowadzania regularnego przeglądu umów na wyłączność**. **Przepis ten jest niezgodny z zasadami określonymi w dyrektywie i może zostać zakwestionowany przez Komisję Europejską**. Na marginesie warto zauważyć kolejny błąd legislacyjny. Art. 23e ust. 2 uznaje, że wprowadzenie umowy na wyłączność jest „warunkiem ponownego wykorzystywania”. Tymczasem w art. 23b ust 2 ustawy znalazł się katalog zamknięty możliwych warunków, nie zawierający

odesłania do art. 23 e. Rodzi to poważne błędy legislacyjne i wprowadza brak pewności w obrocie prawnym.

II.

Opinia na temat propozycji Komisji w zakresie zmian w dyrektywie oraz projektu stanowiska rządu

Stowarzyszenie pragnie odnieść się również wprost do propozycji Komisji dotyczącej zmian w dyrektywie o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej oraz projektu stanowiska rządu. W związku z tym stwierdza co następuje:

Rozwiązanie przyjęte na gruncie zaproponowanej zmiany Artykułu 1 ust. 2 pkt e i f dyrektywy **jest dobrym krokiem w kierunku „urealnienia” ponownego wykorzystywania informacji**. Szczególnie cieszy dopuszczenie możliwości ponownego wykorzystania informacji znajdujących się w archiwach. Takie podejście bez wątpienia musi doprowadzić do zmiany art. 23 a ust. 3 pkt 1 ustawy, która wyłącza taką możliwość w stosunku do archiwów państwowych. Jednakże pamiętać należy, iż sama ustawa o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach nie spełnia warunków wynikających z art. 61 ust. 4 Konstytucji RP odsyłając w zakresie trybu i sposobu udostępniania do rozporządzenia.

Należy jednak podkreślić, że **taka propozycja nie rozwiąże kompleksowo problemu dostępu do ponownego wykorzystywania informacji publicznej rozumianej w polskim porządku prawnym zgodnie z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP**. W dalszym ciągu, dyrektywa dopuszcza możliwość wyłączenia spod reżimu ponownego wykorzystywania dokumentów będących w posiadaniu publicznych nadawców radiowych, a ustawa wyłącza dodatkowo taką możliwość w przypadku jednostek publicznej telewizji. Trudno wyobrazić sobie **jaki może być prawnie uzasadniony**

cel uniemożliwienia wykorzystywania nagrań posiedzenia Sejmu lub Senatu RP (realizowanych ustawowo przez Telewizję Polską S.A)? Taka uwaga jest aktualna również w stosunku do instytucji kultury (z wyjątkiem zaproponowanych we wniosku zmian w zakresie archiwów, muzeów i bibliotek). Mec. Stefanowicz w powołanej wyżej opinii sformułował następujący wniosek: *„(...)szczególnie drastycznie widać, jak dalece nie zrozumiano istoty ponownego wykorzystania informacji publicznej, które powinno co do zasady przecież zapewniać także właściwe wynagrodzenie, opłaty licencyjne dla twórców, a nie tylko Skarbu Państwa. Przecież niestosowanie regulacji ponownego wykorzystania informacji publicznej do instytucji kultury i innych podmiotów prowadzących działalność kulturalną, właśnie w zakresie informacji publicznych stanowiących przedmiot ich działalności, może stanowić wręcz zaprzeczenie ich misji – chyba, że chodzi tu o wykorzystanie dokumentu publicznego jako materiału dla przedmiotu twórczości np. kabaretowej. Wówczas rzeczywiście tak rozumiany przedmiot byłby wyłączony, a jedynie utwór na jego kanwie powstały mógł być szeroko rozpowszechniony, o ile nie byłby opracowaniem w rozumieniu prawa autorskiego. Ograniczenia powyższe, przynajmniej niektóre, mogą być podstawą formułowania zarzutów niezgodności z Konstytucją, gdyż zabraniają udostępniania aktywów publicznych, które dziś mogą być udostępnione do ponownego wykorzystania, bez dostatecznej podstawy, którą można wywieść z przepisów Konstytucji uwzględniając aksjologię, ważenie wartości, które by mogły w zderzeniu z interesem publicznym się temu sprzeciwić.”*

Rząd powinien w związku z tym sformułować w swoim stanowisku wniosek o włączenie do zakresu informacji publicznej również tych podmiotów, które dyrektywa w dalszym ciągu wyłącza. Informacje objęte ochroną prawną-autorską osób trzecich i tak byłyby wyłączone z dyrektywy, natomiast **niemożliwym jest**

formułowanie postulatów rozwijania domeny publicznej wyłączając poszczególne podmioty.

Zmiany przewidziane w art. 1 ust 5 wydają się być niezgodne z przyjętymi w Polsce rozwiązaniami dotyczącymi własności intelektualnej wytworzonej w ramach stosunku pracy przez pracownika. Zasadę określającą zakres majątkowych praw autorskich pracownika reguluje art. 12 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych: *„Jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowią inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron.”*

Z zadowoleniem przyjmujemy zmiany w treści art. 5 dyrektywy polegające na wprowadzenie do ust. 1 sformułowania „w formacie przeznaczonym do odczytu komputerowego wraz z ich metadanymi”. Zwracamy jednak uwagę, że, aby poprawnie implementować ten zapis należałoby zmienić (z uwagi na rozbieżne interpretacje) treść art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a ustawy o dostępie do informacji publicznej nakładający na podmioty zobowiązane publikowanie w Biuletynie Informacji Publicznej „treści i postaci dokumentu urzędowego”. Postać dokumentu urzędowego bywa wielokrotnie interpretowana jako „odbicie” wizerunku dokumentu co uniemożliwia odczyt komputerowy. Przykładem takiego postępowania z dokumentami urzędowymi są chociażby dokumenty umieszczone na stronie podmiotowej BIP Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji, czy te umieszczone na stronie Rządowego Centrum Legislacji przedstawiającej dokumenty w zakresie tworzenia aktów prawa.

Zwracamy również uwagę - w przypadku przyjęcia propozycji zmian w art. 6 (Opłaty) - na ryzyko powstania nieprecyzyjnych i trudnych do zinterpretowania przepisów dotyczących opłat. Nie jest jasne w jaki sposób określić „krańcowe koszty poniesione w związku reprodukcją i rozpowszechnianiem” dokumentów do ponownego wykorzystywania oraz stwierdzić na czym polega różnica porównując je z „rozsądnym zwrotem z inwestycji”.

Podkreślamy, że dostęp do informacji w celu ponownego wykorzystywania powinien być bezpłatny, a zwrot kosztów udostępnienia powinien opierać się na zasadzie określonej w art. 15 ustawy. Jak podnosimy wyżej, rozwiązania przyjęte w nowelizacji określającej sposób wyliczenia kosztów udostępnienia informacji do ponownego wykorzystywania są nieprecyzyjne i mogą prowadzić do wielu nadużyć. Celowe wydaje się zagwarantowanie zakazu pobierania opłaty tytułem poniesionych kosztów osobowych. Tylko jasne ograniczenie tej możliwości jest w stanie zagwarantować zasadę bezpłatności ponownego wykorzystywania informacji publicznej

Odnosząc się do propozycji zmian w art. 8 w kontekście dopuszczenia przykładowych warunków, opowiadamy się za skreśleniem przy wymienianiu warunków „takie jak” zastępując je sformułowaniem pozwalającym na umieszczenie zaproponowanych warunków w katalogu zamkniętym.

Z zadowoleniem przyjmujemy rozwiązanie określone w zmienionym art. 13 dyrektywy dotyczące **obowiązku przedstawienia przez Państwo członkowskie rocznego sprawozdania na temat skali ponownego wykorzystywania informacji publicznej.** W związku z tym nie możemy się zgodzić z propozycją stanowiska rządu, w którym stwierdza on, że opracowanie takiego zbioru danych „może być bardzo

trudne, a koszty przygotowania zestawienia mogą być niewspółmierne do potencjalnych zysków z ich posiadania.” Szczególnie, że w zgodnie z obowiązującą ustawą w art. 23g ust 6 podmioty zobowiązane zostały zobligowane do przesyłania informacji na temat przekroczonej liczby 1000 wniosków o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej danego rodzaju. **Tym samym, ustawodawca zobowiązał wszystkie podmioty zobowiązane do prowadzenia właściwej ewidencji wniosków.** Pozostaje tylko przesłanie ich w odpowiednim czasie do wyznaczonego organu centralnego. Również nasze doświadczenie wskazuje, iż podmioty zobowiązane wielokrotnie prowadzą rejestry wniosków o udostępnienie informacji publicznej. Równocześnie mogą prowadzić rejestr wniosków o ponowne wykorzystywanie informacji publicznej.

Szczególnie zdziwienie budzi w nas zawarcie w projekcie stanowiska rządu informacji o stosowanych w stosunku do materiałów znajdujących się na stronach ministerstw tzw. otwartych licencji. Stosowanie takich licencji jest z dwóch powodów niezgodne z prawem. Po pierwsze jest to sprzeczne z zasadami określonymi w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Mimo naszych krytycznych uwag do jej brzmienia odnośnie przepisów o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej ma ona moc powszechnie obowiązującą i tylko na podstawie jej przepisów mogą zostać określone warunki ponownego wykorzystywania informacji znajdującej się na strona ministerstw i innych podmiotów zobowiązanych.

Po drugie, na podstawie również powszechnie obowiązującej ustawy o ochronie praw autorskich i prawach pokrewnych zdecydowana większość informacji znajdujących się na stronie MAiC (jeżeli nie wszystkie) i innych podmiotów publicznych z mocy art. 4 ustawy nie stanowi przedmiotu prawa autorskiego. Objęcie materiałów urzędowych

jakąkolwiek licencją jest zatem nadużyciem prawa i może powodować wrażenie, że np. akty normatywne lub dokumenty urzędowe są przedmiotem prawa autorskiego.

Ministerstwo powinno zatem ukrócić podobne działania, a na pewno nie powinno promować ich jako dobrych praktyk.

Stowarzyszenie jest otwarte na dyskusję na temat powołania **niezależnego organu posiadającego specjalne uprawnienia regulacyjne w zakresie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego**. Uważamy, jednak, że taki organ powinien zostać omówiony również pod względem kompetencji w zakresie dostępu do informacji. W związku z tym dyskusja taka powinna się odbyć w kontekście powołania niezależnego organu zajmującego się dostępem do informacji publicznej i regulacją ponownego wykorzystywania informacji publicznej. **Traktowanie tych zagadnień w sposób odrębny spowoduje podobne problemy, które doprowadziły do przyjęcia zmian ustawy w niewłaściwym kształcie w sposób pomijający przepisy i orzecznictwo dotyczące dostępu do informacji publicznej.**

Postulujemy, aby ewentualne zmiany ustawy o dostępie do informacji publicznej czy to w związku z ewentualną zmianą dyrektywy, czy zmian przepisów regulujących dostęp do informacji publicznej, poprzedzone zostały szeroką i rozłożoną w czasie debatą.