

Uwagi dotyczące Projektu założeń projektu ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego z dnia 7 listopada 2014 roku

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji do konsultacji projektu założeń ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej, niżej podpisani przedstawiciele Koalicji na rzecz Otwartego Rządu zgłaszają swoje uwagi.

Na wstępie chcielibyśmy wyrazić dezaprobatę dla zbyt krótkiego terminu przeznaczonego na konsultacje. Wyznaczony termin wynosi 14 dni, i jest co prawda zgodny z przepisami Regulaminu pracy Rady Ministrów, jednak w Zarządzeniu nr 5 Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 roku, par. 5. 1. zapisano, że „Konsultacje społeczne trwają co najmniej 21 dni, jeżeli przepisy odrębne nie wskazują dłuższych terminów”. Oczekiwalibyśmy od ministerstwa przestrzegania wprowadzonych przez siebie standardów.

Uważamy, że dużą pomocą dla wszystkich opiniujących byłoby udostępnienie obecnej wersji projektu założeń z zaznaczeniem zmian wprowadzonych po konsultacjach projektu założeń z dnia 14 maja 2014 r.

W niniejszym dokumencie najpierw odniesiemy się ogólnie do propozycji przedmiotowego i podmiotowego zakresu ustawy oraz rozwiązań określających zasady i tryb ponownego wykorzystywania, a także używania formatów, a następnie przedstawimy uwagi do rozwiązań dotyczących kwestii wykorzystania zasobów instytucji kultury: bibliotek, archiwów i muzeów (BAM).

I. Uwagi dotyczące propozycji (1) przedmiotowego i podmiotowego zakresu ustawy oraz rozwiązań określających zasady i tryb ponownego wykorzystywania, a także (2) używania formatów.

1. Uwagi dotyczące propozycji przedmiotowego i podmiotowego zakresu ustawy oraz rozwiązań określających zasady i tryb ponownego wykorzystywania.

Z zadowoleniem przyjmujemy zobowiązanie projektodawcy do zawarcia w projekcie ustawy możliwości uzyskania cyklicznego dostępu do informacji sektora publicznego wraz z ich aktualizacją na podstawie jednorazowo złożonego wniosku w danych roku kalendarzowym. Członek Koalicji - Stowarzyszenie Sieć Obywatelska – Watchdog Polska od początku prac na projektem implementacji dyrektywy 2003/98/WE do polskiego porządku prawnego zwracał uwagę, że brak takiej możliwości stoi w sprzeczności z celem dyrektywy oraz literalną wykładnią sformułowania ponowne wykorzystywanie informacji. Uwagi te podtrzymane zostały również w ramach opinii przedstawionej przez Koalicję na Rzecz Otwartych Rządów, która została złożona do projektu założeń z dnia 14 maja 2014 r. W

naszej ocenie uregulowanie tej możliwości jest najbardziej istotnym elementem poprawnego wdrożenia powołanej dyrektywy oraz nowelizującej ją dyrektywy 2013/37/WE z dnia 26 czerwca 2013 r. Bez tego powoływanie się na gospodarczy cel dyrektywy jest nieprawidłowe, stanowi jedynie wprowadzenie równoległego dostępu do informacji publicznej wraz z wynikającym z kształtu obowiązujących przepisów dotyczących ponownego wykorzystywania informacji publicznej naruszeniem wolności jej rozpowszechniania. **Postulujemy aby rozważyć możliwość wskazania okresu dostarczania informacji na dłużej niż tylko rok kalendarzowy.**

Niezrozumiały jest natomiast kształt propozycji, by ustalając opłatę podmiot zobowiązany mógł uwzględnić także koszty wynikające z „dostosowania systemu do realizacji wniosku oraz warunków technicznych i organizacyjnych”, skoro we wcześniejszym zdaniu projektodawca wskazał, że możliwość uzyskania cyklicznego dostępu obarczona jest warunkiem by „posiadana przez podmiot zobowiązany infrastruktura teleinformatyczne, w której gromadzone są te informacje, a także warunki techniczne i organizacyjne umożliwiają taki dostęp”. Wynika z tego, że nie istnieje obowiązek „dostosowywania systemu”, a jeżeli podmiot zobowiązany dokona takiej czynności, nie może w związku z tym obarczyć wnioskodawcę opłatą. Jest to szczególnie istotne, gdyż dyrektywa dopuszcza poniesienie opłaty, jej wysokość ograniczona „jest do kosztów krańcowych poniesionych w związku z ich reprodukowaniem, udostępnianiem i rozpowszechnianiem”. **Trudno jest uznać dostosowywanie systemu za równoznaczne z samym udostępnianiem i rozpowszechnianiem.** Kwestionowany zapis może również być interpretowany jako przejaw „dobrej woli” podmiotu zobowiązanego do zapewnienia wnioskodawcy bardziej efektywnego ponownego wykorzystywania informacji, jednakże nie zostało to w sposób należyty wyjaśnione. **W związku z powyższym uważamy, że należy sprecyzować funkcjonowanie powyższego mechanizmu, wraz ze wskazaniem, jaka ma być forma zobowiązania podmiotu zobowiązanego do cyklicznego udostępniania informacji (określając m.in. odpowiedzialność podmiotu zobowiązanego z tytułu niewywiązywania się z obowiązku udostępnienia informacji w ustalonym terminie).**

Również z zadowoleniem zauważamy, że projektodawca uczynił zadość postanowieniom dyrektywy zawartym w motywie 12 dyrektywy (*termin odpowiedzi na wniosek o ponowne wykorzystywanie powinien być rozsądny i zgodny z terminem odpowiedzi na wnioski o dostęp do dokumentów na podstawie właściwego systemu dostępu*). Zarówno Sieć Obywatelska-Watchdog Polska, jak i Koalicja na Rzecz Otwartych Rządów wskazywały, że przyjęte w tym zakresie przez ustawodawcę rozwiązania stoją w rażącej sprzeczności z postanowieniami dyrektywy. Zmiana dotychczasowego terminu z 20 do 14 dni spełnia powyższy warunek dyrektywy.

W niniejszej opinii odniesiemy się zarówno do tych zmian, które są proponowane projektem z 7 listopada jak tymi których kształt pozostaje bez zmian w stosunku do tych już

funkcjonujących w obecnym porządku prawnym. Bowiern funkcjonowanie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego w Polsce wymaga zupełnie nowej formuły.

Proponowane przez Ministra zmiany dotyczące zasad i procedury ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego ograniczają się do minimum związanego koniecznością implementacji dyrektywy. Bez zmian – oprócz wskazanych przez nas na wstępie elementów - pozostaje natomiast procedura dostępu do tych informacji oraz ich późniejszego wykorzystywania. Ma to o tyle istotne znaczenie, że wprowadzone za dyrektywą 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego pojęcie informacji sektora publicznego zawiera w sobie również te dane, które stanowią informację publiczną, do której dostęp jest jednym z praw człowieka.

W związku z tym, w pierwszym rządzie podtrzymujemy swoje stanowisko, że **zmiany wymaga również przyjęta nowelizacją ustawy o dostępie do informacji publicznej w 2011 r.¹ i powtórzona w proponowanych założeniach definicja ponownego wykorzystania informacji publicznej.**

Projektowana ustawa ma dotyczyć również tych informacji, o których mowa w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 o dostępie do informacji publicznej. W ocenie Ministra wyrażonej w projekcie łatwo jest określić różnicę pomiędzy tym zasobem, a pozostałymi informacjami sektora publicznego. Wynikać to ma rzekomo z treści art. 3 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, zgodnie z którym prawo do informacji publicznej obejmuje prawo do niezwłocznego uzyskania informacji publicznej zawierającej aktualną wiedzę o sprawach publicznych. Z tą oceną nie można się jednak zgodzić. Jak wskazuje charakter całego przepisu art. 3 jest to tylko jedno z uprawnień przysługujących wnioskodawcy żądającemu dostępu do informacji publicznej. **Owa aktualność nie jest stałą cechą informacji publicznej, bowiem jej zakres przedmiotowy wyznacza art. 61 ust. 1 Konstytucji oraz art. 1 ust. 1 ustawy. Zdaniem autorek komentarza do ustawy o dostępie do informacji publicznej „walorem „aktualności” obdarzone są wszystkie bieżące sprawy publiczne, których dotyczy działalność podmiotu zobowiązanego w chwili złożenia wniosku”. Przy czym, informacja obdarzona tą cechą „powinna być uzyskana „niezwłocznie” co pozwala sądzić, że w terminie krótszym niż wskazany w art. 13 ust. 1 ustawy (...)”². Tomasz R. Aleksandrowicz wskazuje, że wprowadzenie takiej normy oznacza, „iż ustawodawca świadomie zrezygnował z podziału informacji publicznych na aktualne, dotyczące bieżących wydarzeń i na niemające waloru aktualności, a więc dotyczące spraw już zamkniętych, nieaktualnych”³. Powyższe stanowiska zostały poparte w orzecznictwie sądów**

¹ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 nr 204 poz. 1195)

² I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz praktyczny. Warszawa 2008 s.30

³ T.R. Aleksandrowicz. Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej. Warszawa 2006 s. 104

administracyjnych (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 sierpnia 2013 r. o sygn. akt I OSK 754/13).

Z powyższego wynika, że podział na informacje publiczne i pozostałe informacje sektora publicznego nie jest tak oczywisty. W tym kontekście, **podkreślić należy, że autorzy projektu błędnie odróżniają informacje publiczne w rozumieniu art. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej od materiałów archiwalnych w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach.** Materiały archiwalne (w tym te które tworzą państwowy zasób archiwalny) stanowią w zdecydowanej części informację publiczną w rozumieniu art. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, natomiast odmiennie niż w udip został uregulowany tryb oraz zasady dostępu do tych informacji na podstawie art. 1 ust 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Szerzej na ten temat wypowiedział się m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 9 grudnia 2013 r. (sygn. akt I OPS 8/13) wskazując m.in. na wyrok NSA z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt I OSK 1476/12.

W odniesieniu do propozycji rozbicia obecnie obowiązującej definicji na dwa elementy oraz przedstawienia przykładowego katalogu informacji sektora publicznego **wypada zauważyć, że większym problemem jest wskazanie, na czym polega proces ponownego wykorzystywania, a nie co (jakie informacje) może być ponownie wykorzystywane.** Zaproponowana definicja tego problemu nie rozwiązuje.

Najpoważniejszym problemem w stosowaniu przepisów dotyczących ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (w tym informacji publicznej) było i pozostanie (gdyż nie zaproponowano w tym kontekście żadnych zmian) brzmienie definicji ponownego wykorzystywania informacji publicznej. Definicja wprowadzona nowelizacją w 2011 r. była przedmiotem krytyki w trakcie nowelizacji, jak i po jej wejściu w życie. Zdaniem Bartłomieja Dzilińskiego **„trzeba przyznać, że już powyższa podstawowa dla całej instytucji ponownego wykorzystania definicja budzi wiele kontrowersji. W szczególności nie jest jasne, czym jest „inny cel wykorzystania” informacji publicznej. Zdekodowanie tego określenia ma zasadnicze znaczenie dla rozdzielenia prawa dostępu do informacji publicznej od prawa do jej ponownego wykorzystania.”**⁴ Z uwagi na zakwalifikowanie informacji publicznej w poczet informacji sektora publicznego powyższa opinia pozostaje aktualna. Już wcześniej zauważył to mec. Jan Stefanowicz, jeden z autorów ustawy z dnia 6 września 2001 r o dostępie do informacji publicznej, 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**

⁴ B. Dziliński (2012) Prawo do ponownego wykorzystania informacji publicznej. Uwagi na tle transpozycji dyrektywy 2003/98/WE z 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora Publicznego. Zeszyty Prawnicze BAS nr 4(36) 2012 s. 45

naruszać tak Konstytucję RP, jak i podstawowe regulacje UE oraz samą dyrektywę, którą ma implementować.”⁵

Aktualna pozostaje również opinia Prokuratora Generalnego z dnia 28 października 2011 r. przekazana Trybunałowi Konstytucyjnemu 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 Rzeczypospolitej Polskiej. Stwierdzono tam 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, odnosząc 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.”** Szersza ocena problemów z definicją ponownego wykorzystywania informacji publicznej znalazła się m.in. Opinii Stowarzyszenia Liderów Lokalnych Grup Obywatelskich (obecnie Sieć Obywatelska Watchdog Polska) w przedmiocie konsultacji ogłoszonych na stronie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji w sprawie stanowiska rządu w sprawie europejskiej strategii otwartego dostępu do danych.⁶

Jak się wydaje, również projektodawca ma problem z określeniem różnicy pomiędzy ponownym wykorzystywaniem, a rozpowszechnianiem informacji. Świadczy o tym sformułowanie odnoszące się do trybu wnioskowego (pkt 8 pkt b) tiret 4) określające, że złożenie wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego (a więc również informacji publicznej) będzie miało miejsce w sytuacji, „w której zainteresowany posiada już informację i chce ją ponownie wykorzystywać (np. uzyskał ją w trybie dostępu). **Taka konstrukcja i stojąca za nią filozofia sprawia, że podmioty zobowiązane będą kontynuować naruszanie prawa do rozpowszechniania informacji⁷ np. dziennikarzom, co jednocześnie godzi w wolność prasy.**

⁵ J. Stefanowicz (2011) Opinia do ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej (druk senacki 1352)

⁶ Dostępna na http://informacjapubliczna.org.pl/wwwdane/files/opinia_nowela_dyrektywy_sligo_6vqu.pdf

⁷ Por. sygn. akt: I OSK 454/13; I OSK 605/13; I OSK 520/13; I OSK 522/13; I OSK 604/12; I OSK 430/13

Wskazać również należy, że nieprecyzyjne wydaje się określenie podmiotów zobowiązanych określonych w części 2 projektu założeń odnoszącej się do zakresu **podmiotowego projektowanej ustawy**. Z niejasnych przyczyn wyodrębniono Prezesa Rady Ministrów (pkt 1) od jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (pkt 2). Tymczasem, ustawa z dnia 27 sierpnia 2010 r. o finansach publicznych określa w art. 9 że podmiotami sektora finansów publicznych są m.in. „organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały”. W tej kategorii mieści się również Prezes Rady Ministrów. Jeżeli, z jakiegoś szczególnego powodu, projektodawcy uznali, że organ ten stanowi kategorię niespełniającą definicji jednostek sektora finansów publicznych, to rodzić się może wątpliwość czy za takie uznają również poszczególnych ministrów. Tę wątpliwość należy bezzwłocznie wyjaśnić, bowiem może się okazać, że np. Minister Administracji i Cyfryzacji nie będzie w rezultacie zobowiązany do udostępniania informacji do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego.

Kolejną poważną wątpliwością, która w rezultacie doprowadzi do braku możliwości stosowania przepisów projektowanej ustawy jest zawarcie w pkt. 3 projektu założeń dotyczącym wyłączeń i ograniczeń stosowania przepisów ustawy ograniczenia prawa do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego ze względu na prywatność osoby fizycznej, w tym w szczególności ochronę danych osobowych, z wyjątkiem tych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznych (dotyczących osób pełniących funkcje publiczne). Zdaniem projektodawcy „oznacza to, że ponownemu wykorzystywaniu nie podlegają informacje sektora publicznego w części (...) zawierających dane osobowe. Każdorazowe ograniczenie dostępu do danych osobowych osób nie wykonujących funkcji publicznych może prowadzić do osobliwej sytuacji, w której materiały biblioteczne będą anonimizowane (ocenzurowane) w przypadkach ponownego wykorzystywania informacji publicznej. Pamiętać bowiem należy, że w treści materiałów bibliotecznych mogą być zawarte dane osobowe żyjących osób fizycznych. Podobne dane mogą zawierać materiały archiwalne. Ta kwestia musi być uregulowana szczegółowo poprzez odniesienie się chociażby do przesłanek umożliwiających przetwarzanie danych osobowych zawartych w art. 21 ust.1 oraz art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. Przepisy w proponowanym kształcie wypaczają w całości wdrożenie znowelizowanej dyrektywy.

Krytyce należy poddać również propozycję wprowadzenia do nowej ustawy przepisów (będących w pewnym sensie kontynuacją dalece niedoskonałych obecnie obowiązujących) wskazujących na hybrydowy charakter postępowania związanego z ponownym wykorzystywaniem informacji sektora publicznego, a mianowicie połączenia przepisów ustawy z dnia 23 czerwca 1964 r. Kodeks cywilny z przepisami ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego. W pierwszym rządzie należy wskazać, że projektodawca nie określił, dlaczego taki model jest funkcjonalny i właściwy w sprawach

objętych mocą proponowanego aktu. Po drugie, brakuje wyjaśnień dotyczących zawartości oferty tak by można uznać za art. 66 Kodeksu cywilnego, że zawiera ona istotne postanowienia. Brakuje np. odniesienia do tego, czy termin udostępnienia informacji powinien znaleźć się w treści oferty. W przypadku wyrażenia sprzeciwu podmiot zobowiązany i tak, zgodnie z propozycją wyda decyzję określającą te warunki, co będzie prowadziło (i prowadzi obecnie) do sytuacji, w której postępowanie administracyjne i sądowno-administracyjne stosuje się do stosunków cywilno-prawnych, co rodzi w konsekwencji określone problemy, również w zakresie postępowania dowodowego.

Zdecydowanie krytycznie należy natomiast ocenić nie mające żadnych podstaw prawnych twierdzenie, że naruszenie przez wnioskodawcę nałożonych warunków ponownego wykorzystywania – tak w przypadku trybu bezwnioskowego, jak i wnioskowego – będzie określoną w Kodeksie cywilnym odpowiedzialność związaną z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania. Choć nie zostało to wyrażone wprost, projektodawcy chodzi prawdopodobnie o przepis art. 471, który określa, że dłużnik (w tym przypadku wnioskodawca) *„obowiązany jest do **naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.**”* Interpretacja tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że aby doszło do możliwości zastosowania tego przepisu musi po stronie podmiotu zobowiązanego wystąpić określona szkoda. Zdaniem autorów komentarza do Kodeksu cywilnego *„skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania **warunkującym** **możliwość dochodzenia odszkodowania jest powstanie szkody (...).** Przy czym *de lege lata* chodzi tu o szkodę majątkową, reżim kontraktowy nie pozwala na dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę (...).”*⁸ **W jaki sposób powstaje szkoda związana z nie zawarciem przez wnioskodawcę informacji o źródle i czasie wytworzenia i pozyskania informacji od podmiotu zobowiązanego? Jak szkoda majątkowa wiąże się z brakiem dalszego udostępniania pozyskanej informacji innym użytkownikom? Wydaje się, że projektodawca nie odpowiedział sobie na te pytania przed sformułowaniem takiej propozycji.** Zawarcie takiego rozwiązania prowadziłoby do możliwości dochodzenia przez podmioty zobowiązane nienależnych i wyliczonych na dowolnych podstawach kwot od wnioskodawców. **Jest to o tyle istotne, że w związku z podnoszonymi przez wiele podmiotów wątpliwościami co do rozgraniczenia pojęć ponownego wykorzystywania informacji oraz jej rozpowszechniania sprawi, że podmioty zobowiązane będą wykorzystywać ten mechanizm do powstrzymywania publikowania (rozpowszechniania) niewygodnych dla nich informacji.**

Proponowany sposób implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/37/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego **nie eliminuje również innych**

⁸ E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 6, Warszawa 2014

przeszkód ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, które wystąpiły po przyjęciu pierwotnej dyrektywy w roku 2011.

W tym kontekście należy ponownie zwrócić uwagę, 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.** Trybunał w żadnej mierze nie wskazał, że implementacja dyrektywy ma polegać na wprowadzeniu skomplikowanej i niepraktycznej procedury udostępniania informacji do ponownego wykorzystywania, co zostało niestety zrealizowane w polskim porządku prawnym. Wręcz przeciwnie, podniósł, że *„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”*.

Jako przykład regulacji, która z jednej strony satysfakcjonuje Komisję Europejską, a z drugiej strony zapewnia wnioskodawcom prostą procedurę udostępniania informacji do ponownego wykorzystywania należy wskazać m.in. rozwiązania przyjęte w ustawie o dostępie do informacji publicznej funkcjonującej w Republice Bułgarii.⁹

Implementacja dyrektywy nie polega jednak wyłącznie na kształcie procedury czy brzmieniu odpowiednich przepisów, ale przede wszystkim na tym, aby jak największa ilość danych sektora publicznego była możliwa do ponownego wykorzystywania na zasadach w niej określonych. W tym kontekście największym mankamentem projektu jest nieobjęciem jego zasięgiem wielu innych informacji sektora publicznego takich jak np. dane

⁹ Angielski tekst ustawy jest dostępny pod adresem: http://www.aip-bg.org/en/legislation/Text_of_the_APIA/200432/

meteorologiczne. Autorzy projektu powinni również włączyć w zakres przedmiotowy projektowanych założeń dane geodezyjne do których sposób dostępu przyjęty po zmianie ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne¹⁰ może w istocie naruszać zasady implementowanej dyrektywy.

2. Używanie formatów

Obecne przepisy dot. formatów udostępniania danych nie pozwalają na optymalne wykorzystanie informacji sektora publicznego. Zarówno ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne¹¹, jak i rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności¹² wskazują formaty, co do których otwartości istnieje wiele wątpliwości, zaś w praktyce znacząco utrudniają one ponowne przetwarzanie informacji.

Wobec tego **postulujemy, aby publikowanie informacji sektora publicznego spełniało poniższe założenia:**

1. informacja mogła być odczytana przez odbiorcę bez potrzeby zakupu specjalnego oprogramowania;
2. istotna treść informacji powinna być możliwa do przetwarzania maszynowego;
3. informacja powinna być samoopisywalna lub mieć dołączony opis;
4. powinny być spełnione wymogi formalne.

W szczególności spełnienie założeń 1-3 może wymagać udostępnienia informacji sektora publicznego jednocześnie w trzech formatach. Przykładowo raport podsumowujący jakieś zjawisko może być udostępniony jako: kolekcja plików tekstowych treści raportu oraz danych źródłowych w postaci tabelarycznej csv (samoopisywalność wymaga nazwanych kolumn), raport w formacie PDF pozwalający na łatwe odczytanie przez odbiorcę i skopiowanie potrzebnych informacji, oraz skany podpisanego raportu jeżeli wymaga tego prawo.

Postulujemy ograniczenie liczby tzw. „otwartych, oficjalnych standardów” oraz „otwartych formatów” do standardów, których:

1. pełna specyfikacja jest opublikowana;
2. nie linkują one do nie-otwartych standardów;
3. posiadają przynajmniej jedną implementację je obsługującą udostępnioną na otwartym kodzie.

¹⁰ Ustawa z dnia 5 czerwca 2014 o zmianie ustawy - Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji

¹¹ Ustawa z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014, poz. 183)

¹² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. 2012, poz. 526)

Jeśli wymaga się dostosowania systemów informatycznych służących do ponownego wykorzystywania informacji do standardu WCAG 2.0, to postulujemy także, aby udostępniane informacje spełniały ten standard. W sytuacji, kiedy udostępniane informacje nie będą “dostępne”, nie ma potrzeby, aby system informatyczny służący do ich pozyskania był “dostępny”, ponieważ wiąże się z dodatkowymi kosztami, a nie przyniesie żadnego efektu.

Postulujemy również wprowadzenie obowiązku corocznego publikowania przez podmioty objęte ustawą informacji o wszystkich posiadanych treściach, które mogą być udostępniane w trybie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego. Przyczyni się to do poszerzenia dostępu do informacji sektora publicznego, a jest to celem ustawy. Obecnie odbiorcy nie wiedzą, o jakie potencjalnie interesujące treści mogą prosić. Taki zapis powinien także zwiększyć świadomość instytucji na temat informacji, którymi dysponują.

II. Uwagi do rozwiązań dotyczących kwestii wykorzystania zasobów instytucji kultury: bibliotek, archiwów i muzeów (BAM).

Podczas pierwszych majowych konsultacji Centrum Cyfrowe i Koalicja na rzecz Otwartego Rządu wskazały, że ówczesny projekt założeń nie wykorzystywał w pełni potencjału zwiększenia dostępności zasobów instytucji kultury (bibliotek, archiwów i muzeów) oraz możliwości przyjęcia w polskim prawie rozwiązań służących otwartości dziedzictwa narodowego, wykraczających poza minimalny standard zdefiniowany w nowelizacji dyrektywy.

Z przykrością zauważamy, że nowy projekt założeń jest krokiem wstecz w stosunku do propozycji przedstawionej w pierwszych konsultacjach a dotyczącej kwestii ponownego wykorzystywania zasobów instytucji BAM (bibliotek, archiwów i muzeów). Co więcej, zmiany te są w naszej ocenie sprzeczne z głównymi celami i założeniami nowelizacji dyrektywy – harmonizacją przepisów na poziomie europejskim, zwiększeniem dostępu i stymulowaniem do rozwoju nowych usług i produktów w oparciu o cyfrowe dziedzictwo kultury. W naszym przekonaniu tak zaprojektowana ustawa może spowodować powstanie niepotrzebnych przeszkód do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego.

1. Zasada ogólna a wyłączenia ze względu na prawa własności osób trzecich Dyrektywy 2013/37UE

Zakres przedmiotowy Dyrektywy jest ograniczony przez istnienie praw własności intelektualnej i przemysłowej. W pierwszym przypadku wyłączenie spod zakresu Dyrektywy dotyczy dokumentów, co do których prawa autorskie, prawa pokrewne oraz wynikające z

ochrony sui generis, przysługują osobom trzecim, a nie instytucji kultury. W przypadku praw własności przemysłowej, takich jak patenty, znaki towarowe czy zarejestrowane wzory użytkowe i przemysłowe, wyłączenie spod zakresu Dyrektywy jest absolutne. Obowiązuje więc również w przypadkach, gdy właścicielem praw jest sama instytucja.

W związku z powyższym, dokumenty będące w posiadaniu instytucji kultury powinny być udostępniane w dwóch przypadkach:

- gdy są w domenie publicznej (nigdy nie podlegały ochronie prawn-autorskiej lub ochrona ta wygasła);
- gdy instytucja kultury jest właścicielem praw własności intelektualnej, zarówno pierwotnym jak i pochodnym – na przykład w drodze nabycia w ramach umowy o pracę z pracownikiem instytucji.

W odniesieniu do dokumentów będących w domenie publicznej będą miały zastosowanie generalne zasady. A więc ponowne wykorzystywanie będzie możliwe, o ile dokument jest dostępny. Natomiast w drugim przypadku, instytucja posiadająca prawa własności intelektualnej będzie mogła zdecydować, czy zezwala na ponowne wykorzystywanie dokumentu, czy nie (zgodnie z art. 3(2) wersji skonsolidowanej Dyrektywy).

Zgodnie z Motywem 22 i art. 1(b) Dyrektywy nie ma natomiast obowiązku zezwalania na ponowne wykorzystywanie w sytuacji, gdy instytucja jest właścicielem jedynie fizycznego egzemplarza dokumentu, nie posiadając przy tym praw własności intelektualnej do niego.

Niejasności dotyczące wyłączeń spod zakresu Dyrektywy powoduje Motyw 9 znowelizowanej Dyrektywy 2013/37/UE. W nowej propozycji założeń MAC wyłącza spod zastosowania projektu ustawy "informacje sektora publicznego, do których prawa własności intelektualnej przysługują osobom trzecim" powołując się przy tym na art. 2 ust. 2 lit. b w brzmieniu nadanym dyrektywą 2013/37/UE w związku z motywem 9 tej dyrektywy. Jak podsumowano w dalszej części projektu "oznacza to, iż ponownemu wykorzystywaniu w zakresie informacji sektora publicznego będących w posiadaniu archiwów, muzeów i bibliotek podlegać będą informacje sektora publicznego, które nigdy nie podlegały ochronie prawn-autorskiej lub które takiej ochronie podlegały, ale do których autorskie prawa majątkowe już wygasły."

Bazując na Motywie 9 można uznać, że w każdym przypadku, nawet jeśli autor przekazał instytucji całość praw do utworu lub instytucja nabyła je automatycznie w związku z wykonywaniem przez pracownika jego obowiązków wynikających ze stosunku pracy, utwór byłby poza zakresem Dyrektywy, gdyż pierwotnym właścicielem praw będzie zawsze osoba trzecia.

Takie rozumienie jest jednak sprzeczne z artykułem 3 Dyrektywy. Wprowadza też sprzeczność z ogólnie przyjętymi celami i założeniami Dyrektywy - takimi jak zapewnienie

większego dostępu do dziedzictwa kulturowego i zwiększenie zakresu jego ponownego wykorzystywania do celów edukacyjnych, zawodowych czy rozrywkowych. Powstaje wówczas nieuzasadnione ograniczenie możliwości ponownego wykorzystywania informacji publicznej. W szczególności, reguły ponownego wykorzystania nie dotyczyłyby metadanych opisowych, opisów bibliograficznych i danych katalogowych, o ile byłyby utworami w rozumieniu prawa autorskiego. Są one bowiem przygotowywane zazwyczaj przez pracowników instytucji, która jest jedynie pochodnym właścicielem praw. Bez metadanych i opisów, zasoby dziedzictwa stają się bezużyteczne dla podmiotów chcących je ponownie wykorzystywać.

Motyw 9 powinien być zatem interpretowany w ten sposób, że wyłącza jedynie te dokumenty, do których instytucja kultury jest właścicielem egzemplarza a nie jest jednocześnie posiadaczem praw własności intelektualnej.

Takie podejście jest uzasadnione patrząc na genezę Motywu 9 Dyrektywy 2013/37/UE: *“Directive 2003/98/EC should therefore lay down a clear obligation for Member States to make all generally available documents re-usable. As it constitutes a limitation to the intellectual property rights held by the authors of the documents, the scope of such a link between the right of access and the right of use should be narrowed to what is strictly necessary to reach the objectives pursued by its introduction. In this respect, taking into account the Union legislation and Member States' and Union's international obligations, notably under the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (the TRIPS Agreement), documents on which third parties ...”*.¹³

2. Warunki ponownego wykorzystywania

Jak wskazywaliśmy podczas poprzednich konsultacji standardem powinno być udostępnienie informacji będących w posiadaniu BAM do ponownego wykorzystywania bez żadnych ograniczeń. W przypadku udostępniania zasobów z domeny publicznej rekomendowaliśmy jedynie podawanie informacji, że ich wykorzystywanie jest dozwolone bez ograniczeń i warunków. Zauważaliśmy przy tym, że ustawodawca powinien przedsięwziąć kroki w celu ochrony domeny publicznej przez jej zawłaszczaniem, w szczególności takimi jak obejmowanie domeny publicznej zastrzeżeniem praw autorskich, co jest częstą praktyką przy realizacji projektów digitalizacyjnych.

Dlatego z zadowoleniem zauważamy, że wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące zalecanych licencji standardowych szczególnie zalecają stosowanie zwykłego oświadczenia takiego jak znak domeny publicznej Creative Commons, który wyraźnie wskazuje status prawny

¹³ Motyw 7 Uzasadnienia Dyrektywy 2013/37/UE
<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0430>

dokumentów będących w domenie publicznej - gdy ochrona praw własności intelektualnej wygasa lub w systemach prawnych, gdzie dokumenty urzędowe nie są prawnie objęte ochroną praw autorskich. Jako partner instytucjonalny Creative Commons Polska dołożyliśmy starań i narzędzie dostępne jest teraz także w języku polskim¹⁴.

Niezrozumiała jest dla nas w związku z tym propozycja MAC, aby fakultatywnie określić dodatkowe warunki ponownego wykorzystywania przez instytucje BAM. Jak wskazuje Ministerstwo "warunki te dotyczyć mogą ograniczenia możliwości ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego w działalności komercyjnej (np. do celów promocyjnych lub reklamowych) lub określenia pól eksploatacji." Warunki te nie zostały przy tym określone. Natomiast w dyrektywie jak i wytycznych Komisji Europejskiej wprost podkreśla się "potrzebę unikania niepotrzebnego ograniczania ponownego wykorzystania i popierając przyjęcie jednej normy w całej Unii".

Obejmowanie zasobów dziedzictwa kultury nowym prawem wyłącznym, w tym przypadku udostępnianiem na określonych polach eksploatacji zasobów z domeny publicznej (tzw. zawłaszczanie domen publicznej) jest sprzeczne zarówno z rekomendacjami Komisji Europejskiej¹⁵, rekomendacji stowarzyszenia COMMUNIA dotyczących umów digitalizacyjnych w kontekście uchwalenia dyrektywy 2013/37/WE¹⁶, rekomendacji Europejskiej¹⁷ odnośnie udostępniania zasobów z domeny publicznej, jak i z przepisami prawa autorskiego i orzecznictwem w tym zakresie¹⁸.

Jak podnoszono w trakcie dyskusji na konferencji uzgodnieniowej nie ma potrzeby dublowania ochrony, która jest przewidziana np. w ustawie o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych.

W naszym przekonaniu niejasno skonstruowane warunki mogą niepotrzebnie ograniczać możliwość wykorzystywania zasobów BAM i stoją w sprzeczności z celami i założeniami Dyrektywy.

W sprawie udostępniania zasobów, których właścicielem praw własności intelektualnej jest instytucja kultury, np. materiałów wytworzonych przez pracowników instytucji BAM, będących utworami w rozumieniu prawa autorskiego, rekomendowaliśmy, aby standardem udostępniania tych materiałów do ponownego wykorzystywania były otwarte licencje

¹⁴ <http://creativecommons.pl/2014/09/znak-domeny-publicznej-1-0-dostepny-w-wersji-polskiej/>

¹⁵ Zalecenie Komisji z dnia 27 października 2011 r. ws. digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz ws. ochrony zasobów cyfrowych (2011/711/UE)

¹⁶ <http://www.communia-association.org/2014/06/13/communia-policy-paper-on-digitization-agreements/>

¹⁷ <http://www.europeana.eu/portal/rights/public-domain-charter.html>

¹⁸ por. Wyrok Sądu Najwyższego I PKN 196/98 z dnia 26 czerwca 1998 roku, wyrok SN z dnia 25 stycznia 2006 r. I CK 281/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 186, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2006 r. III CSK 40/05, LEX nr 17638

Creative Commons - Creative Commons Uznanie Autorstwa (CC BY) oraz mechanizm Creative Commons Zero (CC0).

W związku z tym w pełni aprobujemy wytyczne Komisji Europejskiej rekomendujące stosowanie licencji Creative Commons, które "mogłyby pozwolić na ponowne wykorzystanie ISP bez konieczności tworzenia i aktualizacji specjalnie opracowanych licencji na poziomie krajowym lub niższym niż krajowy. Spośród nich szczególnie interesujące jest przekazanie do domeny publicznej CC0¹⁹. Jako narzędzie prawne, które pozwala zrzec się praw autorskich i praw do baz danych dotyczących ISP, zapewnia ponownym użytkownikom pełną elastyczność i ogranicza komplikacje związane z obsługą wielu licencji o potencjalnie sprzecznych przepisach."

Ponownie zaznaczamy zatem, że w odniesieniu do licencjonowania informacji sektora publicznego równie istotne jak wskazanie stosownych licencji do jej udostępniania (*licensing out*), jest nałożenie na podmioty zobowiązane obowiązku właściwego nabywania praw do informacji, która jest przez nie pozyskiwana (*licensing in*). Instytucje publiczne powinny stosować standardowe klauzule nabywania praw zarówno w umowach podpisywanych z podmiotami trzecimi, jak również w umowach o pracę. Klauzule te powinny umożliwiać udostępnianie dzieł stworzonych w wyniku wykonywania takich umów na otwartych licencjach, o których mowa powyżej. Szczegółowe wytyczne zarówno w zakresie nabywania praw jak i udzielania licencji przez podmioty zobowiązane powinny być zawarte w rozporządzeniu do projektowanej ustawy.

3. Opłaty za ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego będących w posiadaniu muzeów państwowych i samorządowych, bibliotek publicznych i naukowych oraz archiwów państwowych

W naszym przekonaniu w nowym projekcie założeń ponownie brak konkretnej propozycji rozwiązania kwestii opłat pobieranych z tytułu ponownego wykorzystywania zasobów instytucji BAM.

Nowy projekt założeń przesądza jedynie, że instytucje te będą mogły pobierać opłaty wyższe, które nie mogą jednak przekraczać kosztów gromadzenia, produkowania, reprodukowania, rozpowszechniania, ochrony i ustalania praw wraz z rozsądnym zwrotem z inwestycji. Wskazane jest, że o ile jest to możliwe podmioty te udostępniając informacje sektora publicznego stosują zasadę nieodpłatności albo jeżeli przygotowanie informacji wymaga poniesienia dodatkowych kosztów - opłaty ograniczone do kosztów bezpośrednich.

Rekomendujemy, aby ponowne wykorzystywanie zasobów instytucji BAM było nieodpłatne, w szczególności w przypadkach, gdy digitalizacja jest finansowana z pieniędzy publicznych.

¹⁹ <http://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>

Dopiero wyjątkiem od tej zasady może być ponowne wykorzystywanie do opłat ograniczonych do kosztów bezpośrednich lub je przewyższających wraz z rozsądnym zwrotem z inwestycji. Każdy wyjątek od zasady powinien być uzasadniony - poniesieniem dodatkowych kosztów przygotowania informacji lub wejściem w partnerstwo publiczno - prywatne.

Takie podejście jest naszym zdaniem uzasadnione z punktu widzenia realizacji programów digitalizacyjnych w Polsce. Pomimo, że na działania digitalizacyjne przeznaczono z budżetu państwa w latach 2011-2015 120 mln złotych, to w obszarze wykorzystywania zbiorów/zasobów cyfrowych wciąż jesteśmy na etapie eksperymentowania i próżno szukać projektów, które w innowacyjny sposób wykorzystują zdigitalizowane zbiory. Należy pamiętać, że opłaty jak i inne warunki licencyjne są barierą i ograniczeniem dla przedsiębiorców, którzy ponoszą ryzyko biznesowe tworząc produkty i usług oparte o zasoby cyfrowe.

Również doświadczenia europejskie wskazują, że koszty administracyjne opłat oraz warunków ponownego wykorzystywania mogą wielokrotnie przewyższać przychody osiągnane z tytułu udostępniania informacji do ponownego wykorzystania.²⁰

4. Maksymalne stawki opłat

Propozycja rozstrzygnięcia kwestii określenia maksymalnych stawek opłat w drodze rozporządzenia nie jest w naszym przekonaniu wystarczająca. Nie usuwa bowiem wątpliwości, które zgłaszane były w ramach pierwszych konsultacji projektu założeń, czyli interpretacji zwrotów i kryteriów ustanawiania *“rozsądnego zwrotu z inwestycji”*. Nie rozstrzygają tego także Wytyczne KE, na które powołuje się MAC w tej kwestii.

Ustanowienie maksymalnych stawek opłat możliwych do pobierania przez biblioteki, archiwa i muzea za przekazanie danego rodzaju informacji sektora publicznego do ponownego wykorzystywania powinno być poprzedzone dokładną analizą możliwości organizacyjnych, technicznych i finansowych tych instytucji w zakresie możliwości generowania dochodów z tytułu udostępniania cyfrowych kopii zbiorów, które w racjonalny sposób przewyższałyby koszty obsługi administracyjnej i prawnej całego procesu.

²⁰ *Charging for re-use*, prezentacja Wikimedia Deutschland dostępna na <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/results-online-survey-recommended-standard-licensing-datasets-and-charging-re-use-public-sector>, o tym szerszej w Uwagach Koalicji na rzecz Otwartego Rządu dotyczących projektu założeń ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej z dnia 16 czerwca 2014 r.

5. Rozszerzenie zakresu podmiotowego

Podtrzymujemy nasze stanowisko w odniesieniu do rozszerzenia zakresu projektowanej ustawy na wszystkie instytucje kultury, których zbiory w znaczącym stopniu należą do domeny publicznej. Dyrektywa ustanawia jedynie minimalny zestaw reguł, co powoduje, że nie ma przeszkód, aby jej zakres obejmował takie instytucje jak FilMOTEKA Narodowa, Narodowy Instytut Audiowizualny czy galerie publiczne. Cel przyświecający nowelizowanej dyrektywie, jakim jest zwiększenie dostępności zbiorów dziedzictwa i możliwości oraz potencjał ich ponownego wykorzystywania uzasadnia w naszym przekonaniu zastosowanie wykładni celowościowej w tym przypadku.

Członkowie Koalicji na rzecz Otwartego Rządu:

Sieć Obywatelska Watchdog Polska,

Centrum Cyfrowe Projekt: Polska,

Fundacja ePaństwo,

Helsińska Fundacja Praw Człowieka,

Program Odpowiedzialne Państwo Fundacji im. Stefana Batorego,

Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania,

Centrum Edukacji Obywatelskiej,

Instytut Spraw Publicznych.