



2 maja 2011 r.

UWAGI DO PROJEKTU ZAŁOŻEŃ DO USTAWY O DOSTĘPIE DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

Informacje zawarte w dokumentach organów sektora publicznego są przydatne nie tylko im samym, lecz również całemu społeczeństwu – obywatelom, przedsiębiorcom, organizacjom pozarządowym. Organy sektora publicznego pełnią względem społeczeństwa rolę służebną, a ich działanie jest opłacane przez społeczeństwo w podatkach. Fundacja Panoptykon stoi wobec tego na stanowisku, że wszyscy powinni móc wykorzystywać informacje sektora publicznego bez ograniczeń. Poniższe uwagi do Założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw („Założenia”) mają na celu wskazanie, w których miejscach Założeń w sposób niewystarczający zmiernają do realizacji tego celu.

1. Rozróżnienie reżimu prawnego udostępniania informacji i jej ponownego wykorzystania

Podział na udostępnianie i ponowne wykorzystanie informacji jest sztuczny. Podmioty chcące uzyskać dostęp do określonej informacji nie po to, aby tę informację wykorzystać należą najprawdopodobniej do pomijalnych wyjątków. Nawet jeżeli takie podmioty istnieją, to znaczenie ich działalności dla społeczeństwa informacyjnego będzie znikome. Społeczną i gospodarczą doniosłość ma przede wszystkim wykorzystywanie informacji, a nie sam dostęp do nich. W związku z tym, nie należy mówić oddzielnie o „prawie do dostępu do informacji” i „prawie do ponownego wykorzystania informacji”, ale o całościowym „prawie do informacji”.

Możliwość ponownego wykorzystania jest warunkiem koniecznym prawa do informacji zwłaszcza w tych sytuacjach, w których tylko nieliczne podmioty są zdolne do wykorzystania informacji w jej pierwotnej (surowej) postaci w jakiej jest ona udostępniana. Przetworzenie (ponowne wykorzystanie) informacji sektora publicznego, w większości przypadków jest konieczne dla jej pełnego wykorzystania. Tym samym ograniczenia wykorzystania informacji prawie zawsze stanowią ograniczenia prawa do informacji.

Oczywiście, zgodnie z prawem, istnieje możliwość wprowadzania wyjątków od tej zasady, czyli ograniczeń prawa do informacji. Jednak – naszym zdaniem – granicę dopuszczalności wyjątków w obydwu sytuacjach (zarówno dostępu do informacji, jak i jej powtórnego wykorzystania) powinien wyznaczać art. 61 Konstytucji. Konstytucja pozwala ograniczyć prawo do informacji tylko z dwóch powodów:

- 1) ochrony wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz
- 2) ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Na tym tle wątpliwości budzą podmiotowe wyłączenia zaproponowane w Założeniach. Z obowiązku udostępniania informacji do ponownego wykorzystania wyłączone zostały m.in. partie polityczne, związki zawodowe, organy samorządów zawodowych i gospodarczych, archiwa państwowe, publiczne radio i telewizja, instytucje kultury, uczelnie, jednostki organizacyjne systemu oświaty. W naszej opinii istnieje potrzeba dokładniejszego zbadania przesłanek, jakie stoją za tymi wyłączeniami oraz wykazania, że ograniczenia prawa do powtórnego wykorzystania informacji są rzeczywiście uzasadnione (np. ze względu na uzasadniony interes podmiotów trzecich lub państwa lub względy budżetowe). Założenia w obecnym kształcie nie dostarczają wystarczającego uzasadnienia w tym zakresie.

2. Utrzymanie istniejących ograniczeń w dostępie do informacji

Fundacja Panoptykon zidentyfikowała szereg ograniczeń prawa do informacji. Do najbardziej istotnych można zaliczyć:

- a) praktykę organów sektora publicznego powoływania się na prawa wyłączne takie jak prawa autorskie lub prawa do baz danych;
- b) zawężanie zakresu przedmiotowego prawa do informacji przez dokonywane w praktyce interpretacje definicji „informacji publicznej”;
- c) wykorzystywanie przez organy sektora publicznego zamkniętych standardów do zapisywania i przetwarzania tych informacji.

W ocenie Fundacji Panoptykon projektowane Założenia nie tylko nie rozwiązują wyżej zasygnalizowanych problemów, lecz wyraźnie dążą do utrzymania i usankcjonowania *status quo* polegającego na ograniczaniu prawa do informacji przez organy sektora publicznego. Po pierwsze, organy sektora publicznego uzyskać mają wyraźne pozwolenie na pobieranie opłat za ponowne wykorzystanie. Po drugie, mają one uzyskać wyraźne pozwolenie na formułowanie warunków, na jakich ponowne wykorzystanie będzie się odbywać.

3. Ustanowienie nowego „prawa wyłącznego” i jego konsekwencje

Z lektury Założeń wynika, że organy sektora publicznego mają mieć powyższe uprawnienia także w stosunku do tych informacji sektora publicznego, które nie podlegają prawom wyłącznym takim jak prawo autorskie lub prawa do baz danych. W naszej opinii oznacza to nic innego, jak ustanowienie nowego prawa wyłącznego – obejmującego przedmioty dotychczas w ogóle nie chronione.

Przyznanie organom sektora publicznego wyżej opisanych uprawnień zwiększy przede wszystkim obciążenia fiskalne różnego rodzaju działalności. Poza już płaconymi podatkami podmioty prywatne odczują dodatkowy koszt w postaci opłat za wykorzystanie informacji sektora publicznego. Co istotne, koszt ten tylko pozornie poniesiony zostanie przez pośredników. Pośrednicy dokonają bowiem prostego przerzucenia poniesionych opłat na swoich klientów, zwiększając cenę swoich produktów i usług. Oznacza to, że koszt proponowanej regulacji odniosą najdotkliwiej podmioty, które miałyby być rzekomo jej beneficjentami.

Równie istotne będą obciążenia niefiskalne. Warunki ponownego wykorzystania informacji jakie będą mogły określać organy sektora publicznego oznaczają z punktu widzenia podmiotów wykorzystujących te informacje kolejny zestaw wymagań, które będą musiały zostać przez nie spełnione. Spełnienie tych wymagań oznacza konieczność wprowadzenia odpowiednich procedur, w tym zatrudnienie dodatkowych osób, zakup sprzętu, ale przede wszystkim stałe kontrolowanie przetwarzanych przez siebie informacji.

Co istotne, Założenia przewidują, że każdy organ sektora publicznego będzie mógł określić własne warunki. Pozostawienie organom swobody w tym zakresie doprowadzi najprawdopodobniej do powstania szeregu różnej jakości wzorców umownych. Utrudni to lub uniemożliwi łączenie informacji pochodzących od różnych organów w ramach jednego produktu lub usługi (zjawisko tzw. niekompatybilności licencji). Mnogość wzorców oznacza też mnogość postępowań sądowych w przypadku naruszeń zasad takich jak zasada niedyskryminacji. Ponieważ w polskich realiach takie postępowania trwają latami, należy oczekiwać kilku lub nawet kilkunastoletniego okresu przed unormowaniem się sytuacji.

Naszym zdaniem w oczywisty sposób pogorszy to konkurencyjność przedsiębiorstw. Na rynku ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego pozostaną podmioty, których stać będzie nie tylko na ponoszenie opłat, lecz również na sfinansowanie systemów zapewniających zgodność z różnorodnymi warunkami stawianymi przez poszczególne organy sektora publicznego. Podmioty funkcjonujące na tym

ryнку będą musiały również dysponować środkami na prowadzenie długoletnich sporów w przypadku, gdy wymagane od nich opłaty lub warunki nie będą pozwalały im na prowadzenie działalności. Istnieje poważne ryzyko, że mali i średni przedsiębiorcy nie będą dysponować takimi środkami.

Trudno też oczekiwać, że substytucyjne produkty lub usługi będą w stanie zapewnić niekomercyjne organizacje pozarządowe lub społeczności internetowe (np. Wikipedia lub podobne organizacje). Jeżeli nawet zostaną im zaoferowane bardziej korzystne opłaty, to i tak będą one musiały ponosić koszty niefiskalne wynikłe z warunków ponownego wykorzystania. Samo istnienie tych warunków odetnie od informacji sektora publicznego te podmioty, których modele licencjonowania są z nimi niekompatybilne.

4. Uregulowanie kwestii odpowiedzialności prawnej za przetworzoną informację

W Założeniach pojawia się argument o niemożności wprowadzenia bezwarunkowego ponownego wykorzystania z uwagi na konieczność uregulowania potencjalnej odpowiedzialności podmiotu publicznego oraz ochronę nabywców produktów opartych na informacji publicznej. Naszym zdaniem argument ten jest obciążony błędem *non sequitur*. Żadna z powyższych kwestii nie pociąga za sobą konieczności nakładania opłat ani stawiania bliżej nieokreślonych warunków wykorzystania tych informacji. Kwestie te można z powodzeniem uregulować na poziomie ustawowym wprowadzając jednocześnie obowiązkowe bezwarunkowe ponowne wykorzystanie.

Otóż organy sektora publicznego (Skarb Państwa) powinny jak najbardziej ponosić odpowiedzialność za szkody wywołane wadami udostępnianych przez siebie informacji, aczkolwiek można się zastanawiać nad wprowadzeniem ustawowych ograniczeń tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta na pewno nie powinna obejmować wad informacji powstałych na skutek jej przetworzenia przez pośrednika, w związku z czym można rozważyć wprowadzenie ustawowego przepisu zobowiązującego do oznaczania wszelkich zmian wprowadzonych do informacji sektora publicznego przez podmioty trzecie (wskazywania dokładnego źródła informacji). Spełnienie tego zobowiązania nie powinno być jednak warunkiem możliwości ponownego wykorzystania informacji, lecz kwestią całkowicie niezależną, decydującą o zakresie odpowiedzialności podmiotu.

Natomiast w odniesieniu do ochrony nabywców produktów powstałych w oparciu o informacje sektora publicznego, to kwestie te reguluje przede wszystkim umowa pomiędzy tymi nabywcami a producentami tych produktów. Nabywcy będący konsumentami korzystają z szeregu udogodnień jak np. przepisy o klauzulach abuzywnych, podczas gdy nabywcy profesjonalni są w stanie sami ocenić, czy zawarte w takiej umowie wyłączenia odpowiedzialności producenta są warte oferowanej przez niego ceny za produkt. Ale nawet jeżeli przyjąć, że nabywcy produktów powstałych w oparciu o informacje sektora publicznego powinni korzystać z większej ochrony, to zdaniem Fundacji Panoptykon nakładanie opłat lub warunków ponownego wykorzystania informacji nie jest ani właściwym, ani efektywnym sposobem zapewnienia tej ochrony.

Zakładając nawet, że dany organ sektora publicznego sformułowałby warunek np. prezentowania informacji w sposób rzetelny (do czego przecież nie będzie on w myśl Założeń wcale zobowiązany), taki warunek – jako postanowienie umowne – będzie musiał zostać egzekwowany na drodze prywatno-prawnej. Wymagać to będzie przede wszystkim bieżącego monitorowania wykonywania warunków i dochodzenia naruszeń, co rodzi po stronie organu dodatkowe koszty. Koszty te zwiększą zapewne opłaty za ponowne wykorzystanie, a w konsekwencji ceny dla nabywców produktów. Ponadto, im więcej warunków nakierowanych na ochronę nabywców stawiać będzie organ sektora publicznego, tym mniej podmiotów będzie w stanie te warunki spełnić. Prowadzić to może do monopolizacji rynku ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego, a jak powszechnie wiadomo podmioty dominujące mają znacznie mniej powodów, aby

troszczyć się o jakość swoich produktów niż podmioty będące pod presją konkurencji. Paradoksalnie zatem, wyłączenie mechanizmów konkurencji rynkowej w ochronie nabywców może doprowadzić do skutku przeciwnego.

5. Najważniejsze rekomendacje

Wobec powyższych zastrzeżeń Założenia wymagają gruntownego przemyślenia. Zamiast usankcjonowania dotychczasowej nagannej praktyki ograniczania prawa do informacji, Założenia powinny przywrócić równowagę wyznaczoną w takich przepisach jak art. 4 prawa autorskiego, zgodnie z którym m.in. dokumenty i materiały urzędowe nie stanowią przedmiotu tego prawa. Brak praw wyłącznych (tu: praw autorskich) oznacza, że nikt nie może nikomu zakazać korzystania z dokumentów i materiałów urzędowych.

Zasadę tę należy wyraźnie potwierdzić wobec wszelkich informacji sektora publicznego. Należy wyraźnie uregulować na poziomie ustawowym, że organy sektora publicznego są zobowiązane udostępnić posiadane przez siebie dokumenty (*vide*: definicja dokumentu w Dyrektywie 2003/98) bez prawa do nakładania jakichkolwiek warunków ich ponownego wykorzystania, nawet jeżeli przysługiwałoby im do tych dokumentów jakieś prawo wyłączne (prawo autorskie lub prawo do baz danych). Wiąże się to z nałożeniem wyraźnego obowiązku nabywania praw od podmiotów od których organy sektora publicznego same pozyskują określone informacje i dokumenty.

W kwestii określenia zasad ponownego wykorzystania informacji: jeśli decyzja o odstąpieniu od takiej praktyki wydaje się zbyt ryzykowana, można rozważyć wprowadzenie swoistych licencji, których warunki będą określone w sposób poddany demokratycznej kontroli, np. na poziomie ustawowym, natomiast nie będą zależne od decyzji konkretnego organu. Pozostawienie prawa do określenia warunków wykorzystania informacji w gestii instytucji, która informację wytworzyła, może – i najprawdopodobniej będzie – prowadzić do arbitralności i nieproporcjonalnych ograniczeń w tym zakresie.

Kolejny problem, który wymaga rozwiązania, to definicja i zakres pojęcia „informacji publicznej”. Autorzy Założeń dostrzegają (str. 11), że obecna praktyka prowadzi do zawężającego interpretowania definicji "informacji publicznej". Nasz postulat w tym zakresie to: zrezygnowanie z definicji informacji publicznej i objęcie obowiązkami ustawowymi wszystkich dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego (tak jak zostało to przewidziane w Dyrektywie). Tymczasem Założenia (str. 18) nie tylko utrzymują definicję informacji publicznej, ale dodają także definicję dokumentu, co będzie prowadzić do jeszcze dalej idącego zawężenia prawa do dostępu do informacji.

W dalszej kolejności uważamy za konieczne rozszerzenie Założeń o propozycje regulacji innych niż prawa wyłączne ograniczeń prawa do informacji, które zostały tu na wstępie jedynie zasygnalizowane.