

Uwagi dotyczące projektu założeń ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej

1. Wstęp

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji do konsultacji projektu założeń ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej, poniżej zgłaszamy nasze uwagi zarówno dotyczące tekstu nowelizowanej dyrektywy, jak i proponowanych założeń nowej ustawy.

Chcielibyśmy w pierwszym rzędzie wyrazić stanowczy sprzeciw dla sposobu przeprowadzenia konsultacji projektu założeń. W piśmie przewodnim z dnia 23 maja 2014 r. kierującym projekt założeń do konsultacji publicznych zawarto niezgodny z paragrafem 40 ust. 4 Regulaminu pracy Rady Ministrów zapis, że nieprzedstawienie stanowiska w wyznaczonym w piśmie terminie będzie oznaczał akceptację projektu. Zgodnie z zapisem w Regulaminie oznacza "rezygnację z przedstawienia stanowiska". Wbrew wielokrotnym deklaracjom Ministra i jego przedstawicieli o potrzebie tworzenia prawa w sposób włączający obywateli i organizacje społeczne, udostępnione pismo przewodnie jest zaprzeczeniem standardów konsultacji społecznych. Wyżej wspomniana formuła stanowi również naruszenie zasady dobrej wiary, o której mowa w przygotowanym przez przedstawicieli ministerstwa i organizacji pozarządowych dokumencie „7 zasad konsultacji” oraz stanowi próbę nieuprawnionej legitymizacji projektu przez obywateli.

Pragniemy również zauważyć, że dokonanie pełnej oceny konsultowanego projektu musi, w naszej ocenie, odnosić się również do tych przepisów, których kształt nie pozostaje bez zmian w stosunku do tych już funkcjonujących w obecnym porządku prawnym.

Proponowane przez Ministra zmiany dotyczące zasad i procedury ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego ograniczają się wyłącznie do dodania, wraz z rozszerzeniem zakresu przedmiotowego, nowej kategorii podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji do ponownego wykorzystywania. Bez zmian pozostaje natomiast procedura dostępu do tych informacji. 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.

2. Uwagi odnoszące się do obowiązujących zasad ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (w tym informacji publicznych)

W naszej ocenie dotychczas przyjęte rozwiązania nie dość, że nie przysłużyły się realizacji celów dyrektywy, to wywarły również negatywny wpływ na realizację prawa do informacji publicznej. Doceniamy fakt, że Minister w projekcie założeń zwrócił uwagę na istnienie licznych wątpliwości co do rozróżnienia ponownego wykorzystywania informacji publicznych od ich rozpowszechniania. Istnienie tego problemu potwierdza również orzecznictwo sądów administracyjnych.¹

Uważamy jednak, że samo wyodrębnienie tych przepisów nie sprawi, że owe problemy zostaną rozwiązane. **Zmiany wymaga bowiem cała procedura dostępu do informacji do ponownego wykorzystywania.**

Oprócz procedury ponownego wykorzystywania informacji publicznej (czy obecnie szerzej informacji sektora publicznego), zmiany wymaga również przyjęta nowelizacją ustawy o dostępie do informacji publicznej w 2011 r.² 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. Tymczasem 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. 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 (...)*”³. 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*”⁴. Powyższe stanowiska zostały poparte w orzecznictwie sądów administracyjnych (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 sierpnia 2013 r. o sygn. akt I OSK 754/13).**

¹ 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

² 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)

³ I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska. Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz praktyczny. Warszawa 2008 s.30

⁴ T.R. Aleksandrowicz. Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej. Warszawa 2006 s. 104

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 rozróżniają 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) mogą również stanowić 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.

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 Dzielińskiego *„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.”*⁵ 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 naruszać tak Konstytucję RP, jak i podstawowe regulacje UE oraz samą dyrektywę, którą ma implementować.”*⁶

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.

⁵ B. Dzieliński (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

⁶ J. Stefanowicz (2011) Opinia do ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej (druk senacki 1352)

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, 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.**” Szersza ocena problemów z definicją ponownego wykorzystywania informacji publicznej znalazła się m.in. Opinie 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.⁷

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

W tym kontekście należy 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**

⁷ Dostępna na http://informacjapubliczna.org.pl/wwwdane/files/opinia_nowela_dyrektywy_sligo_6vqu.pdf

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 orzecnictwem 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.⁸

W przywołanej wyżej opinii Sieci Obywatelskiej Watchdog Polska znajdują się również aktualne w okolicznościach obecnie konsultowanego projektu założeń **inne zarzuty dotyczące funkcjonującego w Polsce modelu ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego**. Krytykowany jest brak możliwości stałego pozyskiwania informacji na podstawie jednorazowo złożonego wniosku. Wskazuje się również na niezgodny z dyrektywą termin dostępu do informacji do ponownego wykorzystywania.

Krytykowana jest również ścieżka uzyskania informacji do ponownego wykorzystywania (lub warunków do jej wykorzystywania) mieszająca niepotrzebnie instytucje prawa cywilnego (oferta) z instytucjami postępowania administracyjnego (decyzja). Jeżeli autorzy projektu chcą utrzymać ten model muszą szczegółowo uzasadnić jego celowości i zgodność z prawem. Niestety zarówno w toku prac w roku 2011, jak i obecnie zastosowanie tego modelu nie zostało w żadnej mierze umotywowane.

Autorzy projektu nie wskazują lub nie jest to jasne, czy bez zmian pozostaną inne, niewymienione w konsultowanym projekcie regulacje dotyczące opłat. 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

⁸ Angielski tekst ustawy jest dostępny pod adresem: http://www.aip-bg.org/en/legislation/Text_of_the_APIA/200432/

nakładzie sił i środków. Ustawa w art. 23c ust. 1 zezwala podmiotowi zobowiązanemu na 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 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 dowolność 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.

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 meteorologiczne. Autorzy projektu powinni również włączyć w zakres przedmiotowy projektowanych założeń dane geodezyjne do których sposób dostępu przyjęty po zmianie ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne⁹ może w istocie naruszać zasady implementowanej dyrektywy.

3. Uwagi ogólne dotyczące rozszerzenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego

Dyrektywa 2013/37/UE o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznej w odniesieniu do zasobów bibliotek, archiwów i muzeów („instytucje BAM”) w zasadzie **odzwierciedla obecny stan udostępniania i ponownego wykorzystywania ich zbiorów**. Jej celem nie jest narzucenie konkretnych rozwiązań, a jedynie wyznaczenie odpowiedniego kierunku i warunków dla

⁹ Ustawa z dnia 5 czerwca 2014 o zmianie ustawy - Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (druk nr 2364)

ponownego wykorzystania cyfrowego dziedzictwa kultury. Jest to zrozumiałe ze względu na różnice w praktykach jakie występują w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Obecnie publiczne instytucje BAM udostępniają (nie zawsze do swobodnego wykorzystania) swoje cyfrowe kolekcje, najczęściej w wykonaniu obowiązku nałożonego przez regulamin programu grantowego, z którego finansowany jest proces digitalizacji.

Rzeczywiste zmiany i zwiększenie dostępności zasobów instytucji BAM leżą w gestii polskiego ustawodawcy. Wynika to z możliwości przyjęcia w polskim prawie rozwiązań służących otwartości dziedzictwa narodowego, wykraczających poza minimalny standard zdefiniowany w dyrektywie 2013/37/UE. Założenia projektowanej ustawy nie wykorzystują tego potencjału. W sposób zachowawczy, niemal dosłownie transponują przepisy dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

4. Rekomendacje szczegółowe dotyczące rozszerzenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego

4.1. Zakres podmiotowy

Dyrektywa 2013/37/UE rozszerza zakres podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji do ponownego wykorzystywania na instytucje BAM. Wprost stanowi o wyłączeniu spod zakresu jej stosowania *"dokumentów będących w posiadaniu instytucji kulturalnych innych niż biblioteki, muzea i archiwa"* (art. 1 ust. 2 lit. f).

Takie rozwiązanie, zgodnie z brzmieniem preambuły Dyrektywy 2013/37/UE, zostało uzasadnione potencjałem ponownego wykorzystania zasobów kulturowych, przede wszystkim tych znajdujących się w domenie publicznej. Zdaniem ustawodawcy *"biblioteki, archiwa i muzea posiadają bogaty zbiór cennych zasobów informacji sektora publicznego, w szczególności od kiedy przedsięwzięcia w dziedzinie digitalizacji wielokrotnie ilość dorobku cyfrowego wchodzącego w zakres domeny publicznej"*. Natomiast inne rodzaje instytucji kultury takie jak orkiestry, opery, balety czy teatry (tzw. sektor sztuk widowiskowych) i ich archiwa wyłączone wprost spoza zakresu dyrektywy, gdyż większość ich dorobku jest wytwarzana przez osoby trzecie (które nie są pracownikami instytucji), wciąż objęta prawem autorskim i w związku z tym i tak nie podlegałyby udostępnieniu na zasadach tej dyrektywy.

Zakres instytucji objętych nową regulacją, zastosowany w dyrektywie 2013/37/UE, jedynie na pozór wydaje się dość klarowny w odniesieniu do statusu prawnego niektórych polskich instytucji dziedzictwa. W założeniach do projektu ustawy rozszerzono zakres podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji do ponownego wykorzystywania o muzea państwowe i samorządowe, archiwa państwowe oraz biblioteki publiczne i naukowe. Wyłączono natomiast m.in. inne instytucje kultury, samorządowe instytucje kultury oraz inne podmioty prowadzące działalność kulturalną, o której mowa w art. 2 ustawy o organizowaniu i

prowadzeniu działalności kulturalnej (ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej Dz.U. z 2012, poz. 405, z późn. zm)

Wątpliwości naszym zdaniem pojawiają się w przypadku instytucji niepodlegających wprost ustawie o muzeach, bibliotekach lub archiwach, które gromadzą w swoich zbiorach zasoby dziedzictwa kultury, w dużej mierze będące w domenie publicznej. Cel przyświecający nowelizowanej dyrektywie, jakim jest zwiększenie dostępności zbiorów dziedzictwa i możliwości oraz potencjał ich ponownego wykorzystywania, uzasadniałby zastosowanie w tym przypadku wykładni celowościowej i ich uwzględnienie.

Przykładem takiej państwowej instytucji jest Filtoteka Narodowa (dalej: "FN"), której zbiory taśm filmowych i archiwaliów należą do największych w Europie. Jej działalność związana jest z ochroną narodowego dziedzictwa kulturalnego w dziedzinie kinematografii oraz upowszechniania kultury filmowej. Zadania statutowe FN są zatem zbieżne z działalnością prowadzoną przez archiwę, muzea i biblioteki. W ramach Wieloletniego Programu Rządowego Kultura+ digitalizowano materiały pochodzące z FN. Filtoteka w swoich zbiorach oprócz filmów i materiałów audio posiada duży zasób książek, czasopism, fotosów i materiałów dokumentacyjnych. Formalnie natomiast jej działalność regulowana jest przez ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej oraz o kinematografii (ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) i w związku z tym podlega wyłączeniu spod zakresu projektowanej ustawy.

Naszym zdaniem zakres podmiotowy projektowanej ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego nie powinien być ograniczony jedynie do instytucji mających status muzeum, archiwum lub biblioteki, ale być rozszerzony na wszystkie instytucje, których zbiory w znaczącym stopniu są własnością publiczną. Zgodnie z art. 1 Dyrektywy ustanawia ona jedynie *"minimalny zestaw reguł określających ponowne wykorzystywanie oraz praktyczne środki ułatwiające ponowne wykorzystywanie istniejących dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego Państw Członkowskich"*, co powoduje, że nie ma przeszkód w rozszerzeniu zakresu podmiotowego projektowanej ustawy na instytucje kultury, które nie mają statusu biblioteki, archiwum lub muzeum. Przyjmując szeroką definicję należałoby uwzględnić zbiory takich instytucji jak Filtoteka Narodowa, Narodowy Instytut Audiowizualny czy galerie publiczne.

4.2. Zakres przedmiotowy ustawy

Celem polskiego ustawodawcy powinno być udostępnienie zasobów będących w posiadaniu instytucji publicznych w jak najszerszym zakresie. Projektowana ustawa powinna wyraźnie powoływać się na zasadę wyrażoną w dyrektywie 2013/37/UE, że wszelkie informacje, które podlegają udostępnieniu na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej powinny zostać automatycznie udostępnione do ponownego wykorzystania (*access = reuse*).

Interpretowana literalnie dyrektywa 2013/37/UE ogranicza obowiązek instytucji BAM do udostępniania informacji sektora publicznego do zasobów domeny publicznej oraz zasobów własnych tych instytucji. **Jednak, stosując interpretację celowościową, nie ma przeszkód aby polski ustawodawca rozszerzył obowiązek udostępniania także na te informacje sektora publicznego, co do których instytucje nabyły prawa w zakresie, który umożliwia ich udostępnienie na odpowiedniej, otwartej licencji.** Obowiązek ten powinien być skorelowany z obowiązkiem nabywania praw w stopniu umożliwiającym udostępnienie na otwartych licencjach. Przewidujemy, na podstawie doświadczeń współpracy z instytucjami kultury, że jednym z podstawowych problemów na gruncie stosowania przepisów nowej ustawy będzie określenie statusu prawnego zbiorów, a w szczególności określenie tych, które stanowią domenę publiczną. W tym celu ustawodawca powinien określić zakres przedmiotowy proponowanej ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, odwołując się do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (dalej: „prawo autorskie”).

W zakresie zasobów instytucji BAM projektowana ustawa powinna zatem obejmować w szczególności:

- a) informacje (dokumenty), które nie spełniają przesłanek ochrony prawa autorskiego, to znaczy nie stanowią przejawu działalności twórczej o indywidualnym charakterze, w szczególności wizerunki muzealiów niezależnie od techniki wykonania (2D, 3D), metadane sporządzone według obowiązujących instrukcji
- b) zasoby, które są wyłączone spod zakresu ochrony prawa autorskiego na mocy art. 4 prawa autorskiego
- c) utwory, co do których prawa autorskie wygasły lub nigdy nie powstały, w tym fotografie dokumentacyjne w technice 2D i 3D, fotografie nieopisane nazwiskiem autora i datą powstałe przed 1994 r., wszystkie fotografie reporterskie powstałe przed 1994 r.¹⁰
- d) zasoby wytworzone przez pracowników instytucji, na przykład twórcze metadane lub zasoby w stosunku do, których instytucja nabyła całość autorskich praw majątkowych (udostępnienie z poszanowaniem praw osobistych)

4.3. Zasady udostępniania

W myśl postanowień punktu 26 preambuły dyrektywy 2013/37/UE standardem powinno być udostępnienie informacji będących w posiadaniu BAM do ponownego wykorzystywania bez żadnych ograniczeń. Jest to również podstawowa rekomendacja grupy ekspertów LAPSI (*Legal Aspects of Public Sector Information*) zawarta w „*Licensing Guidelines*”¹¹. **W przypadku**

¹⁰ Szczególnie zwracamy uwagę na kwestie praw autorskich do fotografii, jako budząca wiele wątpliwości w praktyce udostępniania zasobów instytucji dziedzictwa.

¹¹ Raporty grupy ekspertów LAPSI 2.0 dostępne na stronie projektu <http://www.lapsi-project.eu/lapsi-20>

udostępniania zasobów z domeny publicznej zalecane jest jedynie podanie stosownej informacji, że ich wykorzystywanie jest dozwolone bez ograniczeń i warunków.

Rekomendujemy, aby ustawodawca przedsięwziął stosowne kroki w celu ochrony domeny publicznej przed zawłaszczeniem. Jest to szczególnie istotne przy realizacji projektów digitalizacyjnych. **Często zdarza się, że cyfrowe odwzorowania obiektów z domeny publicznej bezpodstawnie obejmowane są zastrzeżeniem praw autorskich.** Zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej treści należące do domeny publicznej powinny być szeroko dostępne do wykorzystywania i pozostać w domenie publicznej również po digitalizacji.¹² Zwracamy również uwagę na ostatnie rekomendacje stowarzyszenia COMMUNIA dotyczące umów digitalizacyjnych wydane w kontekście uchwalenia dyrektywy 2013/37/WE¹³. Kładą one szczególny nacisk aby materiały, które są dostępne w domenie publicznej w formie analogowej były tak samo, bez ograniczeń dostępne w domenie publicznej po zmianie ich formy na cyfrową. Przy tej okazji, w odniesieniu do umów na wyłączność zawieranych w projektach digitalizacyjnych realizowanych w partnerstwie publiczno-prywatnym, podnosimy że polski ustawodawca zgodnie z zaleceniami *Comite des Sages*¹⁴ powinien ograniczyć czas ich trwania do najwyżej 7 lat, a nie wprowadzać maksymalny, 10-letni limit czasowy określony w dyrektywie 2103/37/UE.

Co do udostępniania zasobów własnych, to w odniesieniu do materiałów wytworzonych przez pracowników instytucji BAM, które są utworami w rozumieniu prawa autorskiego, rekomendujemy aby standardem udostępniania tych materiałów do ponownego wykorzystywania były otwarte licencje.

W przypadkach, gdy informacja sektora publicznego (będąca jednocześnie utworem) jest udostępniana na licencji, dyrektywa 2013/37/UE wprost zaleca stosowanie „*otwartych licencji dostępnych on-line*”. Uważamy, że w ten sposób ustawodawca europejski daje państwom członkowskim wyraźną wskazówkę aby standardy licencjonowania oprzeć na licencjach Creative Commons¹⁵. Rekomendujemy, aby rząd polski stosował dla licencjonowania informacji sektora publicznego licencje Creative Commons Uznanie Autorstwa (CC BY) oraz mechanizm Creative

¹² Zalecenie Komisji z dnia 27 października 2011 r. ws. digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz ws. ochrony zasobów cyfrowych (2011/711/UE)

¹³ W trakcie przygotowywania niniejszego stanowiska korzystamy z jeszcze niepublikowanej wersji dokumentu. Stanowisko będzie opublikowane na stronie www.communia-association.org w zakładce „Papers”

¹⁴ *Nowy Renesans*, Raport grupy analitycznej ds. umieszczania dziedzictwa kulturowego w internecie Comité des Sages, Bruksela, styczeń 2011

¹⁵ Zaznaczamy, że jest to najczęściej wskazywana licencja w badaniu przeprowadzonym przez Komisję Europejską w listopadzie i grudniu 2013 r. dotyczącym sposobów implementacji dyrektywy 2013/37 (<http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/results-online-survey-recommended-standard-licensing-datasets-and-charging-re-use-public-sector>). Licencja Creative Commons została wskazana jako preferowana przez 71% badanych. (*Results of an online consultation on the guidelines on recommended standard licences, datasets and charging for the re-use of public sector information*, str.8)

Commons Zero (CC0). Instrumenty te są wykorzystywane obecnie do licencjonowania zasobów publicznych w ponad 30 krajach na świecie.¹⁶

Opowiadamy się przy tym przeciwko tworzeniu w Polsce nowej licencji standardowej na wzór brytyjskiej Open Government License (OGL). Przykład brytyjski dowodzi, że dopiero po kilku latach stosowania udało się w pełni zharmonizować postanowienia OGL z licencją Creative Commons Uznanie Autorstwa. Za nieudaną próbę stworzenia polskiej otwartej licencji rządowej należy uznać przedstawienie przez Instytut Książki w 2012 roku „Otwartej” Licencji Edukacyjnej, która powstała na zamówienie MKiDN. Licencja ta została skrytykowana jako niespełniająca kryteriów otwartości i utrudniająca dostęp do zasobów publicznych¹⁷. Jesteśmy zdania, że lepiej nie podejmować więcej prób poprawiania międzynarodowych standardów, sprawnie funkcjonujących od ponad dekady. Stosowanie standardowych w skali międzynarodowej rozwiązań przyczyni się również do zapewnienia interoperacyjności modeli licencjonowania zasobów publicznych w różnych państwach europejskich, pozwalając stworzyć europejski zasób publiczny, dostępny na jednolitych warunkach.

Dodatkową zaletą stosowania licencji Creative Commons jest możliwość swobodnego łączenia zasobów z innymi, dostępnymi na tych samych licencjach. Wreszcie licencje te mają dobrze opracowane mechanizmy informujące o warunkach licencyjnych, takie jak przystępne podsumowania dokumentów prawnych czy system ikonograficzny opisujący warunki licencyjne. Są to środki, które zwiększają zrozumienie warunków korzystania z utworów przez użytkowników. Szczegółowe wskazówki w zakresie licencjonowania informacji sektora publicznego przedstawiono w powołanych wyżej rekomendacjach grupy ekspertów LAPSI.

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.

¹⁶ www.epsiplatform.eu/content/topic-report-no-23-creative-commons-and-public-sector-information-flexible-tools-support-psi

¹⁷ Zob. m.in. krytyczny komentarz KOED <http://koed.org.pl/blog/2012/12/07/nieotwarta-licencja-edukacyjna-mkidn-i-instytutu-ksiazki/>, lub stanowisko CC P:P <http://centrumcyfrowe.pl/stanowisko-centrum-cyfrowego-dotyczace-otwartej-licencji-edukacyjnej/>

Przy czym, na marginesie niniejszych uwag, należy podnieść, że na drodze do płynniejszego obrotu informacją sektora publicznego stoją przepisy prawa autorskiego, wymagające pilnej nowelizacji.¹⁸

4.4 Opłaty

Zgodnie z nowelizacją dyrektywy instytucje BAM mają możliwość pobierania opłat związanych z procedurą udostępniania swoich zasobów, do poziomu uwzględniającego oprócz poniesionych kosztów (gromadzenia, produkowania, reprodukowania, rozpowszechniania, ochrony i ustalania praw) „*rozsądny zwrot z inwestycji*.” Zwrot z inwestycji musi być jednak racjonalny a zasady naliczania opłat przejrzyste, publiczne i oparte o weryfikowalne kryteria. W tej kwestii projekt założeń nie wychodzi poza ramy wyznaczone w dyrektywie. Brak w nim jakiegokolwiek propozycji rozwiązania kwestii obliczania wysokości opłat pobieranych z tytułu ponownego wykorzystywania zasobów instytucji BAM.

Oprócz zastrzeżeń określonych w pkt 4 stanowiska, wątpliwości pojawiają się na gruncie interpretacji zwrotów i kryteriów ustanawiania „*kosztów krańcowych*” oraz „*rozsądnego zwrotu z inwestycji*”. Jak wskazuje powoływany raport podsumowujący sondaż Komisji Europejskiej¹⁹, kwestie dotyczące opłat budzą największe wątpliwości. Nie ma jasności i zgody co do tego jakie koszty powinny być brane pod uwagę obliczając „koszty krańcowe”. Znaczna część uczestników badania ankietowego ankiety wyrażała również niezadowolenie z faktu, że dyrektywa w ogóle pozwala na nakładanie opłat w odniesieniu do instytucji BAM, których misja związana jest z gromadzeniem i udostępnianiem swoich zbiorów społeczeństwu.

W kwestii opłat rekomendujemy, aby regułą było udostępnianie zasobów bez opłat, na co zezwala pkt 24 preambuły dyrektywy 2013/37/UE. Wyjątkiem od tej zasady mogą być jedynie projekty prowadzone w partnerstwach publiczno-prywatnych, które w przeciwnym wypadku nie mogłyby być realizowane. Natomiast w przypadkach, **gdy digitalizacja dziedzictwa finansowana jest z pieniędzy publicznych, jesteśmy przeciwni narzucaniu jakichkolwiek opłat za ponowne wykorzystywanie cyfrowych zbiorów. Zgodnie z zasadą, że wszystkie zasoby wytworzone za pieniądze publiczne są własnością publiczną, powinny być one dostępne tak, aby każdy mógł z nich swobodnie korzystać.**

W Polsce realizacja programów digitalizacyjnych²⁰ wskazuje, że aktualnym wyzwaniem przestała być sama digitalizacja, a stało się nim skuteczne wykorzystywanie zasobów cyfrowych. W tym obszarze jesteśmy na etapie eksperymentowania, a opłaty, obok warunków licencyjnych są barierą i ograniczeniem dla przedsiębiorców, którzy chcieliby zainwestować w tworzenie produktów i usług opartych o zasoby cyfrowe.

¹⁸ Szczegółowe rekomendacje dotyczące zasad udostępniania domeny publicznej oraz koniecznych zmian prawa autorskiego są dostępne pod adresem: http://centrumcyfrowe.pl/wp-content/uploads/2013/07/CCPP_Udost%C4%99pnianie-zasobow-domeny-publicznej-przez-instytucje-publiczne.pdf

¹⁹ Zob. przypis 6 powyżej

²⁰ Budżet na digitalizację w 2013 r. w ramach programu rządowego Kultura + wyniósł 17 mln zł

Ciągle brak przy tym wiedzy na temat przychodów instytucji BAM z tytułu udostępniania cyfrowych kopii zbiorów. Rekomendujemy zebranie danych i przygotowanie analizy, demonstrującej jakie są faktyczne przychody instytucji oraz porównanie ich z kosztami obsługi administracyjnej i prawnej. Taka analiza mogłaby rozstrzygnąć w jaki sposób otwarte udostępnianie zasobów wpłynie na możliwości finansowania dalszych prac digitalizacyjnych.

W Europie zwraca się uwagę, że przychody osiągnane przez instytucje publiczne z tytułu ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego kształtują się na minimalnym poziomie. Koszty administracyjne wprowadzania opłat oraz warunków udostępniania wielokrotnie mogą przewyższać przychody osiągnane z tytułu udostępnienia informacji do ponownego wykorzystania.

Dla przykładu, odwołujemy się do danych z rynku niemieckiego zebranych i przedstawionych Komisji Europejskiej przez Wikimedię. Udział przychodu z tytułu opłat pobieranych przez instytucje publiczne za ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego w przychodach federalnych to 0,0018%²¹.

W odniesieniu do polskich instytucji BAM dysponujemy jedynie informacją na temat przychodów muzeum Zamku Królewskiego na Wawelu z tytułu udostępniania fotografii ze zbiorów muzeum. Udział przychodów z tego tytułu w całości przychodów muzeum w roku 2012 wyniósł 0,37%.

Członkowie Koalicji na rzecz Otwartego Rządu:

*Sieć Obywatelska Watchdog Polska,
Centrum Cyfrowe Projekt: Polska,
Fundacja ePaństwo,
Program Odpowiedzialne Państwo Fundacji im. Stefana Batorego,
Centrum Edukacji Obywatelskiej,
Helsińska Fundacja Praw Człowieka,
Forum Obywatelskiego Rozwoju FOR,
Stowarzyszenie Klon/Jawor,
Fundacja Panoptykon*

²¹ *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>