

Warszawa, dnia 12 stycznia 2016 r.

BAS-WAL-534/15

Pan Poseł

Arkadiusz Czartoryski

Przewodniczący Komisji

Administracji i Spraw Wewnętrznych

Opinia prawna

o projekcie ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (druk sejmowy nr 141)

I. Tezy opinii

- 1) Projekt wymaga dalszych prac legislacyjnych.
- 2) Istnieją w pełni zasadne i przekonujące argumenty przemawiające za tym, by problematyka ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego została unormowana w specjalnie tej kwestii dedykowanej ustawie (której zapowiedzią jest projekt), będącej aktem prawnym odrębnym względem ustawy o dostępie do informacji publicznej.
- 3) Zawarta w projekcie legalna definicja pojęcia: „informacja sektora publicznego” (art. 2 ust. 1 projektu) – rozpatrywana w związku z legalną definicją pojęcia „ponownego wykorzystywania” (art. 2 ust. 2 projektu) – posiada, w swoim obecnym kształcie, istotne usterki legislacyjne, mogące spowodować, że praktyczne stosowanie instytucji prawnej ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego natrafi na poważne przeszkody i nie będzie mogło następować w sposób pożądanym.
- 4) Przepisy art. 4 projektu przewidujące określone wyłączenia stosowania ustawy są sformułowane w sposób niepoprawny treściowo, tak iż może to spowodować niepożądane wyłączenie stosowania ustawy w zakresie bardzo dalece wykraczającym poza rzeczywiste zamiary twórców

projektu, a także w zakresie wykraczającym poza te wyłączenia, które są dozwolone przez dyrektywę 2003/98/WE.

- 5) Przepisy projektu nie ustalają wyraźnie prawnej formy, w jakiej ma następować określanie przez podmioty zobowiązane warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, jeżeli wchodzące w grę informacje nie są przekazywane na wniosek na podstawie przepisów rozdziału 5 projektu, lecz są udostępniane w systemie teleinformatycznym lub są przekazywane w innych trybach niż na wniosek. W niniejszej opinii proponuje się *de lege ferenda* określone rozwiązania tego problemu.

II. Ogólna charakterystyka projektu

Projekt ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (druk sejmowy nr 141; dalej: „projekt”) ma w pierwszym rzędzie na celu implementację w polskim porządku prawnym przepisów 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 (Dz. Urz. UE 2013, L 175/1). Przy czym warto nadmienić, że dyrektywa 2013/37/UE powinna była być wdrożona do prawa polskiego do dnia 18 lipca 2015 r. (zob. art. 2 dyrektywy 2013/37/UE), co jednak w tym wymaganym terminie nie nastąpiło. Cele projektu nie wyczerpują się wszakże w samej tylko implementacji dyrektywy 2013/37/UE, lecz są o wiele bardziej ambitne. Mianowicie, polski ustawodawca chce obecnie wykorzystać okoliczność w postaci implementacji dyrektywy 2013/37/UE do tego, by – na płaszczyźnie legislacyjnej – ogólnie poprawić (ulepszyć) sposób implementacji w polskim porządku prawnym przepisów dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE 2003, L 345/90, ze zm.), czyli dyrektywy znowelizowanej ostatnio dyrektywą 2013/37/UE. To projektowane legislacyjne ulepszenie sposobu implementacji w prawie polskim dyrektywy 2003/98/WE (znowelizowanej dyrektywą 2013/37/UE) ma – jak należy uznać – zarówno swój wymiar formalny, jak też materialny.

Formalny wymiar ulepszenia wdrożenia w polskim prawie dyrektywy 2003/98/WE przejawia się w tym, że unormowana dyrektywą 2003/98/WE

problematyka ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego ma odtąd zostać uregulowana w odrębnej i specjalnie temu dedykowanej ustawie (której zapowiedzią jest właśnie projekt), podczas gdy w aktualnym stanie prawnym problematyka ta (a właściwie, posługując się obecną terminologią ustawową, problematyka ponownego wykorzystywania informacji publicznych) jest unormowana w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 782, ze zm.), czyli w ustawie mającej znacznie szerszy zakres zastosowania i normującej generalne uprawnienie obywateli do uzyskiwania dostępu do wszelkich informacji publicznych. *Nota bene*, obecne unormowanie w jednej ustawie zarówno problematyki ogólnego dostępu do informacji publicznej, jak też szczególnej problematyki ponownego wykorzystywania informacji publicznych, jest dokonane w sposób niespójny i trochę sztuczny, rodząc rozliczne problemy interpretacyjne w trakcie praktycznego stosowania odnośnych przepisów.

Z kolei widoczny w projekcie **materialny** wymiar ulepszenia wdrożenia w polskim prawie dyrektywy 2003/98/WE przejawia się w tym, że te projektowane przepisy – regulujące, co trzeba mocno podkreślić, kwestię ponownego wykorzystywania nie tylko wąsko rozumianych informacji publicznych (w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej), ale również szerzej rozumianych informacji sektora publicznego (zdefiniowanych w art. 2 ust. 1 projektu) – normują problematykę ponownego wykorzystywania odnośnych informacji (do których odnosi się dyrektywa 2003/98/WE) w sposób znacznie bardziej czytelny i precyzyjny niż ma to miejsce w aktualnym stanie prawnym, przy dążeniu do tego, by przepisy te mogły być stosowane w praktyce życia codziennego w sposób prostszy i znacznie bardziej efektywny.

Projekt składa się z siedmiu rozdziałów, które normują następujące kwestie merytoryczne. Rozdział 1 (art. 1-7) projektu zawiera przepisy ogólne, w tym określa podstawowe definicje ustawowe oraz zakres podmiotowy i przedmiotowy projektu, wraz z określonymi wyłączeniami. Rozdział 2 (art. 8-11) projektu ustala podstawowe zasady udostępniania i przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania. Rozdział 3 (art. 12-14) projektu normuje warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, w tym obowiązki mogące być nakładane na użytkowników tych informacji. Rozdział 4 (art. 15-19) projektu zajmuje się kwestią opłat za ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego. Rozdział 5 (art. 20-24) projektu reguluje zagadnienie ponownego

wykorzystywania informacji sektora publicznego przekazywanych na wniosek, w tym w szczególności reguluje problematykę składania i rozpatrywania wniosku o ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego. Rozdział 6 (art. 25-35) projektu przewiduje dokonanie określonych zmian legislacyjnych w 11 ustawach odrębnych, w których jest mowa o określonych rodzajach informacji publicznych i/lub informacji sektora publicznego, mogących być potencjalnie ponownie wykorzystywanymi przez użytkowników. W szczególności, art. 31 projektu przewiduje zmiany w ustawie o dostępie do informacji publicznej, polegające m. in. na uchyleniu przepisów rozdziału 2a tej ostatniej ustawy normujących *de lege lata* problematykę ponownego wykorzystywania informacji publicznych. Wreszcie rozdział 7 (art. 36-37) projektu zawiera przepisy przejściowe oraz przepis o wejściu w życie.

III. Zasadność uchwalenia odrębnej ustawy normującej problematykę ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego

Należy uznać, że zmaterializowany w projekcie zamiar uchwalenia przez ustawodawcę specjalnej ustawy normującej problematykę ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, mającej być aktem prawnym odrębnym od ogólnej ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, jest zamiarem trafnym i zasługującym na pozytywną ocenę. Za zasadnością tego rodzaju legislacyjnego rozdzielenia pomiędzy odrębne ustawy problematyki, z jednej strony, dostępu do informacji publicznej oraz, z drugiej strony, problematyki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego przemawia przede wszystkim okoliczność, iż prawo dostępu do informacji publicznej ma **odmienny charakter i odmienne cele** niż prawo do ponownego wykorzystywania informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego).

Jeżeli chodzi o charakter prawny obu wymienionych praw, to prawo dostępu do informacji publicznej ma niewątpliwie charakter prawa wolnościowego: jest to mianowicie prawo obywateli i innych podmiotów do pełnej wiedzy o tym, co robi władza publiczna. Natomiast prawo do ponownego wykorzystania informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego) to rodzaj prawa gospodarczego, prawa o wymiarze ekonomicznym, prawa do tworzenia wartości dodanej w oparciu o informacje publiczne, gromadzone przez sektor publiczny (wyrok NSA z dnia 26

czerwca 2013 r., sygn. akt I OSK 430/13; wyrok NSA z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. akt I OSK 522/13).

Z tym odmiennym charakterem obu omawianych praw związane są też odmienne ich cele. Mianowicie, celem prawa dostępu do informacji publicznej jest kontrola władz publicznych i zapewnienie transparentności władzy. Prawo dostępu do informacji publicznej ma w swoim założeniu zapewniać przejrzystość procesu decyzyjnego i działań państwa oraz ma na celu stworzenie obywatelom realnych możliwości wykorzystywania i obrony swych konstytucyjnych praw wobec władzy publicznej. Natomiast celem wprowadzenia instytucji prawnej ponownego wykorzystywania informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego) jest rozwój ekonomiczny, naukowy, informatyczny państw Unii Europejskiej. Stosownie do tego, prawo ponownego wykorzystywania informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego) jest publicznym prawem podmiotowym, które gwarantuje uzyskanie (dostęp do) informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego) w określonym celu. Celem tym jest, co do zasady, osiągnięcie przez wnioskodawcę szeroko pojętej „korzyści”. Cel uzyskania dostępu do informacji publicznej (lub do informacji sektora publicznego) dla ponownego wykorzystania tej informacji sięga zatem dalej niż cel ogólnego prawa dostępu do informacji publicznej, jakim jest zapewnienie przejrzystości procesu decyzyjnego i działań państwa oraz stworzenie obywatelom realnych możliwości wykorzystywania i obrony swych konstytucyjnych praw wobec władzy publicznej (wyrok NSA z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt I OSK 681/14; wyrok NSA z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt I OSK 1029/14). W rezultacie, prawo do ponownego wykorzystywania informacji to nie to samo co prawo do dostępu do informacji, gdyż celem dostępu do informacji publicznej jest kontrola życia publicznego, natomiast w przypadku ponownego wykorzystywania informacji publicznej jest to przede wszystkim cel rynkowy i gospodarczy (wyrok NSA z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt I OSK 805/13; wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt I OSK 404/14; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. akt I OSK 1332/14).

W analizach doktrynalnych dotyczących omawianej tutaj problematyki podkreśla się przy tym, że w przypadku prawa do ponownego wykorzystywania informacji publicznej (lub informacji sektora publicznego) korzyść odnoszona przez użytkownika tej informacji bierze się w szczególności stąd, że podmiot zobowiązany udostępniający lub przekazujący wchodzącą w grę informację wykonuje na niej

uprzednio określone operacje (inaczej mówiąc, poddaje te informacje określonej „obróbce” analitycznej lub technicznej), względnie też wyraża zgodę na udostępnienie informacji, do których posiada prawa własności intelektualnej. Przesądza to o ekonomicznej wartości danej informacji, w przeciwieństwie do wartości czysto demokratycznej, ujawniającej się w przypadku informacji uzyskiwanej dzięki ogólnemu prawu dostępu do informacji publicznej (M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 443-445 oraz wskazana tam dalsza literatura).

Skoro omawiane tutaj prawa mają na tyle odmienne charakter i cele, to jest rzeczą naturalną i zasadną, że ustawodawca chce te prawa unormować w odrębnych ustawach. Dzięki temu szczegółowe przepisy prawne odnoszące się do każdego z tych praw będą mogły być interpretowane w świetle swoistych dla każdego z tychże praw celów i wartości (aksjologii) oraz względów systemowych, wynikających czy też wywodzonych z odrębnych aktów prawnych. Jest zresztą rzeczą znamioną, że w aktualnym stanie prawnym, w którym prawo do ponownego wykorzystywania informacji publicznej jest unormowane w ogólnej ustawie o dostępie do informacji publicznej, polskie sądy interpretując przepisy tej ustawy dotyczące ponownego wykorzystywania informacji publicznej odwołują się bardzo często w swoim orzecznictwie – w ślad za niektórymi przedstawicielami doktryny prawa – do określonych względów celowościowych i aksjologii swoistych dla prawa do ponownego wykorzystywania informacji publicznej, stawiając nierzadko te ostatnie względy wyżej niż wymogi wykładni czysto językowej, mającej za przedmiot określone przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej („W doktrynie wskazuje się na konieczność odrzucenia definiowania pojęcia ponownego wykorzystywania informacji publicznej za pomocą wykładni językowej art. 23a u.d.i.p. (por. Bogusław Banaszak, Michał Bernaczyk, *Konsultacje społeczne i prawo do informacji o procesie prawotwórczym na tle Konstytucji RP oraz postulatu "otwartego rządu"*, ZNSA 2012, nr 4, s. 29). (...) W związku z powyższym należy dokonywać takiej wykładni pojęcia ponownego wykorzystywania informacji publicznej, która w większym stopniu uwzględniałaby dyrektywy systemowe i celowościowe.” – wyrok NSA z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt I OSK 681/14; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. akt I OSK 1332/14). Tego rodzaju zabiegi interpretacyjne odnoszące się do przepisów mówiących o ponownym wykorzystywaniu informacji publicznych (czy też informacji sektora publicznego), stawiające na pierwszym planie względy

wykładni systematycznej i celowościowej, będą bardziej czytelne i bardziej normatywnie uzasadnione w sytuacji, gdy prawo do ponownego wykorzystywania informacji publicznych (czy też informacji sektora publicznego) będzie uregulowane w odrębnej ustawie, posiadającej swoją własną (swoistą) wewnętrzną systematykę oraz opartej na swoistej dla tej ustawy aksjologii.

Okoliczność, iż prawo do ponownego wykorzystywania określonych informacji znajdujących się w posiadaniu podmiotów publicznych będzie unormowane w specjalnej ustawie, odrębnej od ustawy o dostępie do informacji publicznej, stwarza też dobrą okazję do tego, by **przedmiot tego prawa** (czyli to, co może zostać przez użytkowników ponownie wykorzystywane) uregulować w tej ustawie w sposób swoisty i odmienny od przedmiotu prawa dostępu do informacji publicznej, wynikającego z ustawy o dostępie do informacji publicznej. Jak to wynika z art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, udostępnieniu i ponownemu wykorzystaniu na zasadach i w trybie określonych w tej ustawie podlega „informacja publiczna”, czyli „każda informacja o sprawach publicznych” (na temat tego pojęcia zob. np. M. Jabłoński, K. Wygoda, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 21 i n.; D. Fleszer, *Zakres przedmiotowy pojęcia „informacja publiczna” w świetle art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, nr 9, s. 52 i n.). Publiczny walor (publiczny charakter, wymiar) danej informacji posiadanej przez określone podmioty zobowiązane jest więc *de lege lata* niezbędną przesłanką warunkującą dostęp do tej informacji i/lub jej ponowne wykorzystywanie na zasadach i w trybie określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. O ile w przypadku prawa dostępu do informacji wprowadzenie wymogu publicznego charakteru danej informacji jako niezbędnego warunku uzyskania do niej dostępu jest w pełni zasadne (w szczególności z uwagi na charakter i aksjologiczne cele tego prawa, o których była mowa wyżej), o tyle w przypadku prawa do ponownego wykorzystywania informacji znajdujących się w posiadaniu określonych podmiotów publicznych ustanawianie analogicznego wymogu publicznego charakteru danej informacji (jako przesłanki *sine qua non* dla ponownego wykorzystywania tej informacji) nie wydaje się być zabiegiem trafnym (również i w tym przypadku dla uzasadnienia tego twierdzenia można się odwołać do charakteru i celów wzmiankowanego prawa). Projekt wychodzi naprzeciw temu ostatniemu postulatowi i wprowadza do polskiego porządku prawnego nowe pojęcie „informacji sektora publicznego” (art. 2 ust. 1

projektu), którego elementem konstytutywnym nie jest już bynajmniej publiczny charakter danej treści (informacji). I właśnie tak rozumiane „informacje sektora publicznego” (będące zatem pojęciowo szerszą kategorią niż „informacje publiczne” w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej) będą mogły być ponownie wykorzystywane na zasadach określonych w projekcie (inna sprawa, że zawarta w projekcie legalna definicja „informacji sektora publicznego” posiada swoje istotne mankamenty, o których jest szerzej mowa w punkcie IV niniejszej opinii prawnej). Co prawda również w przypadku unormowania prawa dostępu do informacji oraz prawa do ponownego wykorzystywania informacji w jednej i tej samej ustawie (tj. w ustawie o dostępie do informacji publicznej) można by, hipotetycznie, odmiennie zdefiniować przedmiot obu tych praw, niemniej jednak tego rodzaju zabieg legislacyjny mógłby się wówczas okazać stosunkowo mało czytelny i powodujący pewne kłopoty interpretacyjne oraz praktyczne trudności w stosowaniu poszczególnych przepisów wymienionej ustawy. Natomiast w przypadku unormowania prawa dostępu do informacji oraz prawa do ponownego wykorzystywania informacji w odrębnych ustawach odmiennie zdefiniowanie przedmiotu obu tych praw – tak jak się to proponuje w projekcie – jest czymś zupełnie naturalnym oraz przyczynia się do większej precyzji i przejrzystości odnośnych uregulowań prawnych.

Uregulowanie prawa dostępu do informacji publicznej oraz prawa do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego w odrębnych ustawach stwarza też dobrą okazję do tego, by różne szczegółowe kwestie związane z prawem do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (inne niż sam przedmiot tego prawa) unormować w sposób bardziej dostosowany do charakteru i celu tego prawa, bez konieczności mechanicznego powielania czy też odwoływania się w tym przypadku do określonych regulacji znajdujących się w ustawie o dostępie do informacji publicznej i dotyczących wprost (oraz dostosowanych konstrukcyjnie do) problematyki udostępniania informacji publicznych. Przykładem właściwego wykorzystania przez twórców projektu tej okazji są np. przepisy art. 22 ust. 4 w zw. z art. 6 projektu, które w sposób specyficzny i dostosowany do charakteru instytucji ponownego wykorzystywania regulują przesłanki odmowy wyrażenia zgody na ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego, bez odwoływania się w tym względzie do przesłanek odmowy udostępnienia informacji publicznej stosowanych na gruncie ogólnych przepisów o dostępie do informacji publicznej, jak



to ma miejsce w obecnych przepisach art. 23g ust. 8 pkt 1 w zw. z art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Ponadto uchwalenie odrębnej ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego stwarza też okazję ku temu, by tego rodzaju specjalny akt prawny zajmował się nie tylko problematyką **samego dostępu** do informacji uzyskiwanych dla ich ponownego wykorzystywania, ale również, i to w szerszym niż *de lege lata* zakresie, problematyką tego, **w jaki sposób i w jakiej formie** te informacje należy udostępniać (dla ich ponownego wykorzystywania). Jak się zauważa w doktrynie, istotnym mankamentem tych obecnie obowiązujących przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, które dotyczą ponownego wykorzystywania informacji publicznych, jest to, że przepisy te w większym stopniu skupiają się na kwestii tego, czy informacje publiczne dla ponownego ich wykorzystywania należy w ogóle udostępniać, a nie w jaki sposób i w jakiej formie należy je w tym celu udostępniać (M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej...*, op. cit., s. 445). Projekt, przynajmniej częściowo, stara się naprawić ten mankament obecnej regulacji prawnej, rozbudowując przepisy o sposobach i formach udostępniania informacji sektora publicznego w celu ich ponownego wykorzystywania (zob. np. art. 10 ust. 2; art. 18; art. 20 ust. 2, ust. 3 pkt 5 i 6, ust. 4 projektu).

Uwzględniając wszystkie przedstawione wyżej argumenty należy ostatecznie uznać, że jest w pełni zasadny i trafny merytorycznie zamiar ustawodawcy polegający na tym, by problematyka ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego została unormowana w specjalnie tej kwestii dedykowanej ustawie, będącej aktem prawnym odrębnym względem ustawy o dostępie do informacji publicznej (przy jednoczesnym skreśleniu z ustawy o dostępie do informacji publicznej obecnie tam zamieszczonych przepisów normujących problematykę ponownego wykorzystywania informacji publicznej).

IV. Uwagi o definicjach legalnych następujących pojęć: „informacja sektora publicznego” oraz „ponowne wykorzystywanie”

Zawarta w projekcie legalna definicja pojęcia: „informacja sektora publicznego” (art. 2 ust. 1 projektu) – rozpatrywana w związku z legalną definicją pojęcia „ponownego wykorzystywania” (art. 2 ust. 2 projektu) – posiada, w swoim obecnym

kształcie, istotne usterki legislacyjne, mogące spowodować, że praktyczne stosowanie instytucji prawnej ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego natrafi na poważne przeszkody i nie będzie mogło następować w sposób pożądany.

W swoim obecnym brzmieniu art. 2 ust. 1 projektu stanowi co następuje: „Przez informację sektora publicznego należy rozumieć każdą treść lub jej część, niezależnie od sposobu utrwalenia (w postaci papierowej, elektronicznej, dźwiękowej, wizualnej lub audiowizualnej), będącą w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania.”. Tak sformułowana legalna definicja „informacji sektora publicznego” jest obarczona (co najmniej) czterema istotnymi wadami legislacyjnymi.

Po pierwsze, w definiensie tejże definicji przepis art. 2 ust. 1 projektu, określając ustawowe znaczenie pojęcia „informacji sektora publicznego”, posługuje się wyrażeniem definiowanym (definiendum) („(...) przekazują tę informację [podkr. autora niniejszej opinii]”. Stanowi to przejaw popełnienia przez twórców projektu podstawowego błędu definicyjnego w postaci *idem per idem* (lub *ignotum per ignotum*), polegającego na definiowaniu tego samego przez to samo (lub nieznanego przez nieznanego).

Po drugie, legalna definicja pojęcia „informacji sektora publicznego” (art. 2 ust. 1 projektu) zawiera sformułowanie mówiące o tym, że „informacja sektora publicznego” to treść będąca „w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania”. Tego rodzaju literalne sformułowanie omawianej definicji niedwuznacznie sugeruje, że walor „informacji sektora publicznego” posiada jedynie taka treść, która jest przez posiadające tę treść podmioty – na zasadach określonych w ustawie – udostępniana lub przekazywana w celu ponownego wykorzystywania. Innymi słowy, zamieszczenie w legalnej definicji „informacji sektora publicznego” wzmianki mówiącej o tym, że tego rodzaju informacja to treść będąca „w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania”, tworzy nieodparte wrażenie, iż dla uzyskania przez daną treść przymiotu „informacji sektora publicznego” konieczne jest jej udostępnianie lub przekazywanie przez posiadające tę treść podmioty na zasadach określonych w ustawie, natomiast brak (odmowa) udostępnienia lub przekazania przez wspomniane podmioty określonych treści pozbawia te treści kwalifikacji „informacji sektora publicznego”. W powyższy sposób

w ramach legalnej definicji „informacji sektora publicznego” następuje niepożądane połączenie czy też wręcz pomieszczenie problematyki **prawa (uprawnienia)** do uzyskania określonych informacji (w celu ich ponownego wykorzystywania) oraz problematyki **przedmiotu** tego prawa. *De lege ferenda* legalna definicja „informacji sektora publicznego” powinna się ograniczać jedynie do określenia samego przedmiotu wspomnianego wyżej prawa, bowiem informacja ta jest w istocie (i tylko) przedmiotem prawa do ponownego wykorzystywania. Natomiast kwestia następczego udostępniania lub przekazywania tej informacji przez posiadające ją podmioty (w tym w szczególności kwestia tego, czy dana informacja sektora publicznego w ogóle może lub powinna być udostępniona lub przekazana) powinna być unormowana w dalszych przepisach projektu (co zresztą ma miejsce – zob. np. art. 5 projektu).

Warto przy tym zauważyć, że krytykowane tutaj sformułowanie mówiące o tym, że „informacja sektora publicznego” to treść będąca „w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania”, w ogóle nie występuje w legalnej definicji pojęcia „dokument” zamieszczonej w art. 2 pkt 3 dyrektywy 2003/98/WE. Tymczasem w swoim założeniu legalna definicja „informacji sektora publicznego” zawarta w art. 2 ust. 1 projektu ma właśnie stanowić implementację do polskiego porządku prawnego pojęcia „dokument” w rozumieniu art. 2 pkt 3 dyrektywy 2003/98/WE. Wprawdzie sam tylko fakt, że legalna definicja określonego pojęcia zamieszczonego w polskiej ustawie nie jest dokładnym odpowiednikiem treściowym definicji tegoż pojęcia zamieszczonej w unijnym akcie prawnym nie jest sam w sobie – a przynajmniej nie zawsze jest – okolicznością dyskwalifikującą legislacyjną poprawność polskiej definicji. Ale akurat w przypadku omawianej tutaj legalnej definicji „informacji sektora publicznego” to przywołane wyżej dodatkowe sformułowanie, niewystępujące w przepisie art. 2 pkt 3 dyrektywy 2003/98/WE, będzie stwarzało w praktyce istotne problemy interpretacyjne i może prowadzić do niepożądanego zawężenia zakresu stosowania projektowanej ustawy.

Po trzecie, zamieszczenie w legalnej definicji „informacji sektora publicznego” sformułowania mówiącego o tym, że „informacja sektora publicznego” to treść będąca „w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania”, sprawi, że błędem definicyjnym *idem per idem* (występującym zresztą, jak wspomniano, w ramach samej definicji „informacji sektora

publicznego”) zostanie również obarczona legalna definicja pojęcia „ponownego wykorzystywania” zawarta w art. 2 ust. 2 projektu. Zgodnie z art. 2 ust. 2 projektu: „Przez ponowne wykorzystywanie należy rozumieć wykorzystywanie przez osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, zwane dalej „użytkownikami”, informacji sektora publicznego, w celach komercyjnych lub niekomercyjnych innych niż pierwotny publiczny cel, dla którego informacja została wytworzona.”. Skoro w myśl art. 2 ust. 2 projektu „ponowne wykorzystywanie” to wykorzystywanie przez użytkowników „informacji sektora publicznego” (w określonych celach), i skoro jednocześnie owymi „informacjami sektora publicznego” są, w myśl art. 2 ust. 1 projektu, treści, które są udostępniane lub przekazywane „w celu ponownego wykorzystywania”, to w takim układzie w obu powołanych przepisach następuje zdefiniowanie tego samego przez to samo („Przez ponowne wykorzystywanie należy rozumieć wykorzystywanie (...) każdej treści lub jej części, będącej w posiadaniu podmiotów, które udostępniają lub przekazują tę informację w celu ponownego wykorzystywania,”) oraz związane z tym, najprawdopodobniej niezamierzone, zapętlenie się przez twórców projektu w definiowaniu obu omawianych pojęć (tj. „informacji sektora publicznego” oraz „ponownego wykorzystywania”). W rezultacie, na gruncie aktualnego brzmienia art. 2 ust. 1 i 2 projektu pojęcia te nie mogą być poprawnie odczytywane i rozumiane, i to ani we wzajemnej łączności ze sobą ani też w oderwaniu od siebie.

Po czwarte, w art. 2 ust. 1 projektu stanowi się najpierw, że „informacja sektora publicznego” to każda treść lub jej część „niezależnie od sposobu utrwalenia”, po czym w nawiasie wymienia się następnie konkretne postaci utrwalenia danej treści lub jej części, a mianowicie postać papierową, postać elektroniczną, postać dźwiękową, postać wizualną i postać audiowizualną. Dokonana w nawiasie enumeracja postaci utrwalenia danej treści lub jej części sugeruje, że wyliczenie to ma charakter kompletny i zupełny, co z kolei pozostaje w sprzeczności z wcześniejszą deklaracją twórców projektu, iż dla kwalifikacji danej treści lub jej części jako „informacji sektora publicznego” nie ma znaczenia konkretna postać utrwalenia tej treści lub jej części. Co prawda dokonane w art. 2 ust. 1 projektu wyliczenie określonych postaci utrwalania treści lub ich części obejmuje postaci najczęściej występujące w praktyce i jest przy tym uczynione przy wykorzystaniu sformułowań dostatecznie pojemnych i szerokich, ale jest przecież niezaprzeczalnym faktem, że pewne treści posiadane przez zobowiązane podmioty są utrwalane w

innych postaciach czy też na innych nośnikach niż te enumeratywnie wyliczone w przepisie art. 2 ust. 1 projektu. Przykładowo, w posiadaniu muzeów (państwowych lub samorządowych), bibliotek publicznych lub archiwów (będących podmiotami zobowiązanymi w rozumieniu art. 2 ust. 3 w zw. z art. 3 pkt 2 projektu) mogą się znajdować określone treści utrwalone na innych jeszcze nośnikach, jak np. na glinianych tabliczkach, na kamiennych fragmentach dawnych budowli lub cokołów pomników (co dotyczy w szczególności historycznych inskrypcji), w drewnie, na papirusie lub pergaminie lub na materiałach włókienniczych. Nie można wreszcie wykluczyć tego, że w przyszłości, wraz z rozwojem techniki, będzie możliwe efektywne utrwalanie danych na innych jeszcze nośnikach, jak np. na kwantowych dyskach twardych w formie kryształów, w których przechowuje się tzw. kwantowe splątanie. W takiej sytuacji byłoby lepiej, gdyby w projektowanym art. 2 ust. 1 projektu ustawodawca nie dokonywał enumeratywnego wyliczenia konkretnych postaci utrwalania treści, bowiem wyliczenie to może się okazać zbyt sztywne. Za utrzymaniem takiej wyczerpującej enumeracji nie może w szczególności przemawiać legalna definicja pojęcia „dokument” występująca w art. 2 pkt 3 dyrektywy 2003/98/WE, mająca brzmienie analogiczne do treści art. 2 ust. 1 projektu. Zadaniem polskiego ustawodawcy jest bowiem (i powinno być) implementowanie prawa unijnego w polskim porządku prawnym w sposób racjonalny, a nie w sposób jedynie czysto mechaniczny.

Uwzględniając wszystkie zasygnalizowane powyżej mankamenty ustawowej definicji pojęcia „informacja sektora publicznego” zamieszczonej w art. 2 ust. 1 projektu (w jego aktualnej wersji) należałoby rekomendować ustawodawcy nadanie przepisowi art. 2 ust. 1 projektu następującego brzmienia: „Przez informację sektora publicznego należy rozumieć każdą treść lub jej część, niezależnie od sposobu utrwalenia (w szczególności w postaci papierowej, elektronicznej, dźwiękowej, wizualnej lub audiowizualnej), będącą w posiadaniu podmiotów zobowiązanych, o których mowa w przepisach ust. 3.”. Przy czym jednocześnie wprowadzenie do wyliczenia zamieszczone w przepisie art. 2 ust. 3 *in principio* projektu powinno *de lege ferenda* otrzymać następującą treść: „Podmiotami zobowiązanymi do udostępniania lub przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania, zwanymi dalej „podmiotami zobowiązanymi”, są: (...)”.

V. Uwagi o przepisach wyłączających zawartych w art. 4 projektu

1. [Treść wyłączenia z art. 4 projektu] Art. 4 projektu przesądza o wyłączeniu stosowania ustawy w odniesieniu do określonych stanów faktycznych. Mianowicie, art. 4 projektu stanowi, że „Przepisów ustawy nie stosuje się do informacji sektora publicznego: 1) przekazywanych między podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem; 2) których udostępnianie lub przekazanie zostało uzależnione od wykazania interesu prawnego lub faktycznego na podstawie odrębnych przepisów.”. Oba punkty w art. 4 projektu są sformułowane w sposób niepoprawny treściowo, tak iż może to spowodować niepożądane wyłączenie stosowania przyszłej ustawy w zakresie bardzo dalece wykraczającym poza rzeczywiste zamiary twórców projektu, a także w zakresie wykraczającym poza te wyłączenia, które są dozwolone przez dyrektywę 2003/98/WE.

2. [Uwagi do art. 4 pkt 1 projektu] Zawarte w art. 4 pkt 1 projektu sformułowanie mówiące o tym, iż „Przepisów ustawy nie stosuje się do informacji sektora publicznego (...) przekazywanych między podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem” przesądza w swojej konsekwencji o tym, że przepisów projektu (w przyszłości: przepisów ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego), w tym przede wszystkim przepisów mówiących o spoczywającym na podmiotach zobowiązanych obowiązku udostępniania (bezwnioskowego) lub przekazywania (na wniosek) informacji sektora publicznego, nie stosuje się w przypadku, gdy dana informacja sektora publicznego (czyli określona treść znajdująca się w posiadaniu podmiotu zobowiązanego) jest przekazywana lub zostaje lub już została przekazana pomiędzy podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem. Z treści art. 4 pkt 1 projektu wynika zatem, że jeżeli dany podmiot zobowiązany (należący do którejś z kategorii wymienionych w art. 2 ust. 3 projektu), będący w posiadaniu określonej informacji sektora publicznego, przekazał daną informację sektora publicznego – choćby jedynie czasowo i na okres przejściowy – innemu podmiotowi wykonującemu zadania publiczne w celu realizacji zadań określonych prawem (i to bez względu na to, czy ów inny podmiot należy czy też nie

należy do kategorii podmiotów zobowiązanych w rozumieniu art. 2 ust. 3 projektu), to wówczas dana informacja sektora publicznego nie podlega już przepisom projektu (w przyszłości: przepisom ustawy), a w szczególności informacja ta nie musi już być obligatoryjnie udostępniana lub przekazywana na zasadach określonych w projekcie. W rezultacie, udostępnienia lub przekazania informacji sektora publicznego nie można się na podstawie przepisów projektu domagać w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany przekazał daną informację innemu podmiotowi wykonującemu zadania publiczne w celu realizacji zadań określonych prawem, przy czym udostępnienia lub przekazania takiej informacji nie można się wówczas domagać ani od podmiotu zobowiązanego, który pierwotnie posiadał lub uzyskał daną informację ani też od podmiotu wykonującego zadania publiczne, któremu ta informacja została przez pierwszy z wymienionych podmiotów przekazana, nawet jeżeli ten drugi podmiot należy do kategorii podmiotów wymienionych w art. 2 ust. 3 projektu. W stosunku do informacji sektora publicznego określonej w art. 4 pkt 1 projektu stosowanie przepisów projektu (w przyszłości: przepisów ustawy) jest automatycznie wyłączone, i to wyłączone w pełnym zakresie.

Wyłączenie z art. 4 pkt 1 projektu, wskutek posłużenia się w treści tego przepisu stosunkowo ogólnymi sformułowaniami, ma potencjalnie bardzo szeroki zakres zastosowania. W szczególności, dla zaktualizowania się zapisanych w art. 4 pkt 1 projektu normatywnych przesłanek wyłączających stosowanie przepisów projektu całkowicie wystarczy, że dany podmiot zobowiązany posiadający określoną informację sektora publicznego przekaze tę informację innemu podmiotowi wykonującemu zadania publiczne w ramach regularnej i przewidzianej przepisami prawa wymiany informacji pomiędzy współpracującymi ze sobą organami (np. w ramach relacji nadzoru). Wystarczy zatem, że określony podmiot zobowiązany podzieli się daną informacją z innym podmiotem publicznym wykonującym zadania publiczne, realizując w ten sposób ustawowy obowiązek współdziałania wchodzących w grę organów, a dana informacja sektora publicznego podlega już w związku z tym automatycznemu wyłączeniu z zakresu zastosowania projektu. Co więcej, treść art. 4 pkt 1 projektu może być swoistą zachętą do jak najszerszego przekazywania określonych informacji sektora publicznego innymi podmiotom wykonującym zadania publiczne, nawet jeżeli prawo wyraźnie tego nie wymaga, gdyż dzięki temu dana informacja sektora publicznego uzyska status informacji niepodlegającej przepisom projektu. Treść art. 4 pkt 1 projektu może zatem

zachęcać do niepożądanego i celowego omijania stosowania przepisów projektu (w przyszłości: przepisów ustawy).

Nietrudno się domyślić, że treść art. 4 pkt 1 projektu została zasadniczo zainspirowana treścią art. 2 pkt 4 dyrektywy 2003/98/WE zawierającego legalną definicję pojęcia „ponowne wykorzystywanie” i gdzie jest jednocześnie mowa o tym (w zdaniu drugim art. 2 pkt 4 dyrektywy 2003/98/WE), że „Ponownym wykorzystywaniem nie jest wymiana dokumentów między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych”. Rzecz jednak w tym, że implementacja przepisu art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE została w przepisie art. 4 pkt 1 projektu dokonana w sposób dalece nieprawidłowy i całkowicie niezgodny z celem oraz sensem odnośnego unijnego przepisu. Mianowicie, z przepisu art. 2 pkt 4 dyrektywy 2003/98/WE wynika, że o ile „ponownym wykorzystywaniem” w rozumieniu tej dyrektywy jest wykorzystywanie przez osoby fizyczne lub prawne dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego do celów komercyjnych lub niekomercyjnych innych niż ich pierwotne przeznaczenie w ramach zadań publicznych, dla których te dokumenty zostały wyprodukowane, o tyle nie jest takim „ponownym wykorzystywaniem” wymiana dokumentów między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych. Z przepisu art. 2 pkt 4 dyrektywy 2003/98/WE nie wynika zatem wcale, że do dokumentów (czyli, posługując się terminologią projektu, do informacji sektora publicznego) przekazywanych lub wymienianych między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych dyrektywa 2003/98/WE nie ma w ogóle zastosowania i że fakt dokonania przekazania lub wymiany takich dokumentów pomiędzy organami sektora publicznego (wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych) przesądza o wyłączeniu tychże dokumentów z zakresu zastosowania dyrektywy 2003/98/WE. Z przepisu art. 2 pkt 4 dyrektywy 2003/98/WE wynika jedynie tyle, że jeżeli określony dokument jest przekazywany lub wymieniany między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych, to do samego tego procesu wymiany lub przekazywania dyrektywa 2003/98/WE nie ma zastosowania, czyli że wymiana lub przekazywanie dokumentów między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych bynajmniej nie musi następować w trybie i na zasadach określonych w dyrektywie 2003/98/WE, gdyż nie jest to proces „ponownego wykorzystywania” w rozumieniu dyrektywy 2003/98/WE. Przepisu art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE nie wolno natomiast

traktować jako upoważnienia ustawodawcy krajowego do tego, by do dokumentów przekazanych (lub przekazywanych) między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych można było frontalnie i całkowicie wyłączyć zastosowanie przepisów prawa mówiących o obowiązku udostępniania lub przekazywania dokumentów w celu ponownego wykorzystywania.

W rezultacie, przepis art. 4 pkt 1 projektu stanowi przejaw całkowicie nieprawidłowej transpozycji przepisu art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE. W ujęciu modelowym, chcąc prawidłowo implementować art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE, twórcy projektu powinni byli przesądzić, że przepisy projektu (ustawy) nie mają zastosowania „do przekazywania informacji sektora publicznego pomiędzy podmiotami wykonującymi zadania publiczne wyłącznie w celu wykonywania tych zadań” (co by w szczególności powodowało to, że podmiot publiczny ubiegający się o dostęp do określonych informacji sektora publicznego w celu ich wykorzystywania dla realizacji swoich zadań publicznych nie musiałby się o te informacje ubiegać w trybie i na zasadach określonych w projekcie). Tymczasem twórcy projektu postanowili w jego art. 4 pkt 1, że do każdej informacji sektora publicznego przekazanej między podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem, przepisy projektu (w przyszłości: przepisy ustawy) nie mają zastosowania, co w rezultacie w stosunku do tego rodzaju informacji wyłącza stosowanie projektu w sposób frontalny, także wówczas, gdy o dostęp do danej informacji w celu jej ponownego wykorzystywania ubiega się podmiot inny niż określony w art. 4 pkt 1 projektu.

Warto *nota bene* zauważyć, że przepis art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE został zasadniczo poprawnie implementowany w aktualnie obowiązującej ustawie o dostępie do informacji publicznej. Obecny art. 23a ust. 4 pkt 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej jednoznacznie bowiem stanowi, że „Przepisów niniejszego rozdziału [czyli rozdziału zatytułowanego: „Ponowne wykorzystywanie informacji publicznej” – przyp. autora opinii] nie stosuje się do (...) przekazywania informacji publicznych między podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem.” (aczkolwiek w tym ostatnim przepisie brakuje występującego w art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/We zastrzeżenia mówiącego o przekazywaniu odnośnych informacji „wyłącznie” w celu realizacji zadań publicznych).

W celu prawidłowego implementowania przepisu art. 2 pkt 4 zd. 2 dyrektywy 2003/98/WE należałoby zatem *de lege ferenda*: albo uzupełnić legalną definicję pojęcia „ponowne wykorzystywanie” w art. 2 ust. 2 projektu o wyraźne zastrzeżenie, iż „ponownym wykorzystywaniem” w rozumieniu ustawy nie jest „przekazywanie informacji sektora publicznego pomiędzy podmiotami wykonującymi zadania publiczne wyłącznie w celu realizacji takich zadań” (i wówczas należałoby całkowicie skreślić przepis art. 4 pkt 1 projektu) albo też przeformułować treść art. 4 pkt 1 projektu w ten sposób, że „Przepisów ustawy nie stosuje się do (...) przekazywania informacji sektora publicznego między podmiotami wykonującymi zadania publiczne, w celu realizacji zadań określonych prawem”.

3. [Uwagi do art. 4 pkt 2 projektu] Przepis art. 4 pkt 2 projektu stanowi, że „Przepisów ustawy nie stosuje się do informacji sektora publicznego (...) których udostępnianie lub przekazanie zostało uzależnione od wykazania interesu prawnego lub faktycznego na podstawie odrębnych przepisów.”. Z takiej redakcji powołanego przepisu nie wynika w sposób dostatecznie jednoznaczny to, upoważnienie lub zobowiązanie **kogo** (użytkowników czy podmioty zobowiązane), na podstawie odrębnych przepisów, do wykazania interesu faktycznego lub prawnego będzie powodowało wyłączenie danych informacji sektora publicznego spod zastosowania przepisów projektu (w przyszłości: ustawy). Mówiąc konkretniej, z literalnego brzmienia przepisu art. 4 pkt 2 projektu nie wiadomo, czy wykazanie interesu prawnego lub faktycznego na podstawie odrębnych przepisów, czyniących tę okoliczność warunkiem udostępnienia lub przekazania określonych informacji sektora publicznego, powinno nastąpić po stronie zainteresowanych użytkowników, po stronie podmiotów zobowiązanych czy też może po stronie obu tych kategorii podmiotów, tak aby powodowało to w konsekwencji wyłączenie danych informacji sektora publicznego spod zastosowania przepisów projektu. Z treści przepisu art. 1 ust. 2 lit. ca dyrektywy 2003/98/UE (zmienionego zresztą niedawno przepisami dyrektywy 2013/37/UE) wynika, że chodzi tutaj o wykazanie szczególnego interesu (faktycznego lub prawnego) w uzyskaniu dostępu do określonych dokumentów przez „obywateli lub przedsiębiorstwa”. W związku z powyższym można by rekomendować nadanie przepisowi art. 4 pkt 2 projektu następującego brzmienia: „Przepisów ustawy nie stosuje się do (...) informacji sektora publicznego, których udostępnianie lub przekazanie zostało uzależnione od wykazania przez użytkowników interesu

prawnego lub faktycznego na podstawie odrębnych przepisów.” (legalna definicja „użytkowników” wynika z kolei z przepisu art. 2 ust. 2 projektu).

VI. Uwagi o prawnej formie określania warunków ponownego wykorzystywania

Przepisy projektu nie ustalają wyraźnie prawnej formy, w jakiej ma następować określanie przez podmioty zobowiązane warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, jeżeli wchodzące w grę informacje nie są przekazywane na wniosek na podstawie przepisów rozdziału 5 projektu, lecz są udostępniane w systemie teleinformatycznym lub są przekazywane w innych trybach niż na wniosek. W przypadku, gdy informacje sektora publicznego są przekazywane użytkownikowi na jego wniosek składany na podstawie przepisów rozdziału 5 projektu i gdy jednocześnie podmiot zobowiązany zamierza określić warunki ponownego wykorzystywania danych informacji, wówczas określenie tychże warunków następuje w formach prawnych ściśle ustalonych w przepisach rozdziału 5 projektu. Mianowicie, w takim przypadku warunki ponownego wykorzystywania wchodzących w grę informacji sektora publicznego zostają określone albo w umowie cywilnoprawnej zawieranej w trybie złożenia oferty przez podmiot zobowiązany i jej przyjęcia przez wnioskodawcę (art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 oraz art. 23 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 projektu) albo też w trybie decyzji administracyjnej wydawanej przez podmiot zobowiązany (art. 22 ust. 3 projektu). Natomiast projekt pomija całkowitym milczeniem kwestię tego, w jakiej formie prawnej (lub w jakich formach prawnych) ma następować określanie warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego w przypadku, gdy udostępnienie lub przekazanie wchodzących w grę informacji następuje poza trybem unormowanym w przepisach rozdziału 5 projektu. Art. 11 ust. 1 pkt 1 projektu przesądza wprawdzie o tym, że jeżeli podmiot zobowiązany decyduje się na określenie warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, wówczas powinien on udostępnić te warunki na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej w menu przedmiotowym w kategorii „Ponowne wykorzystywanie”. Jednakże to przesądzenie o miejscu czy też o sposobie upublicznienia warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego nie może być oczywiście utożsamiane z przesądzeniem o prawnej formie określania wchodzących w grę warunków.

Zasygnalizowany powyżej problem o tyle nie jest nowy, że występuje on również na gruncie aktualnego brzmienia przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Pod rządami obecnie obowiązujących przepisów w doktrynie zauważono, że określone przez podmiot zobowiązany – na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej – warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego są w istocie obowiązkami obowiązującymi *erga omnes*, a więc w odniesieniu do niezindywidualizowanego kręgu adresatów będących użytkownikami wchodzących w grę informacji. W takiej sytuacji, nawet jeśli by przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej interpretować w taki sposób, że określenie przez podmiot zobowiązany warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego następuje w formie decyzji administracyjnej, aktu normatywnego (np. zarządzenia, uchwały lub rozporządzenia) lub czynności materialno-technicznej (mimo, że w ustawie o dostępie do informacji publicznej ustawodawca nie przesądził wyraźnie o konieczności posłużenia się przez podmiot zobowiązany którąś z tych wymienionych form prawnych), to mielibyśmy wówczas do czynienia „z rażącym naruszeniem art. 2, 7 i 87 Konstytucji RP, ponieważ nie jest dopuszczalne uzupełnianie systemu norm prawa powszechnie obowiązującego w formach nieprzewidzianych w zamkniętym (podmiotowo i przedmiotowo) katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego” (M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej...*, op. cit., s. 464; powołany Autor trafnie przypomina w tym kontekście wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. w sprawie P 1/11 [OTK ZU 2011, nr 10A, poz. 115], w którym uznano, że dopuszczenie przez ustawodawcę do uregulowania praw i obowiązków określonych kategorii podmiotów zewnętrznych, niepodporządkowanych organizacyjnie organom regulującym te prawa i obowiązki, poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa, jest niezgodne z art. 87 Konstytucji RP).

Ponieważ w projekcie nie wskazuje się wyraźnie, w jakiej formie prawnej ma następować określanie przez podmioty zobowiązane warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (poza przepisami rozdziału 5 projektu), należy przyjąć interpretację, iż te określane przez podmioty zobowiązane warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego nie będą mogły być – wbrew zamierzeniu twórców projektu oraz wbrew przytoczonemu wyżej stanowisku doktrynalnemu – traktowane jako normy powszechnie obowiązującego prawa, bowiem do ustanawiania tego rodzaju norm podmioty zobowiązane nie

zostały w projekcie upoważnione w sposób zgodny z przepisami Konstytucji RP. Kierując się postulatem wykładni norm prawa w sposób zgodny z Konstytucją RP (zob. art. 8 Konstytucji RP) należy przyjąć, że określone przez podmioty zobowiązane na podstawie przepisów projektu warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego nie są wcale w sensie prawnym – i nie mogą być – normami prawnymi generalnymi i abstrakcyjnymi, wiążącymi generalnie określonego adresata i w rodzajowo określonych (powtarzalnych) okolicznościach. Gdyby bowiem omawiane tutaj warunki były traktowane jako wiążące normy powszechnie obowiązującego prawa, wówczas ich ustanawianie stanowiłoby przejaw naruszenia przepisów Konstytucji RP mówiących o źródłach prawa (do czego przecież dopuścić nie wolno). Co najwyżej, na gruncie przepisów projektu będzie można te warunki (określone przez podmioty zobowiązane) uznawać za niewiążące prawnie rekomendacje lub zalecenia wobec użytkowników wchodzących w grę informacji, względnie też będzie można (ewentualnie) traktować przepisy projektu za stanowiące normatywną podstawę do podejmowania przez podmioty zobowiązane aktów indywidualnych (aktów stosowania prawa), ustalających wspomniane wyżej warunki w odniesieniu do zindywidualizowanych adresatów na podstawie umowy cywilnoprawnej lub decyzji administracyjnej. W przekonaniu autora niniejszej opinii, gdyby na gruncie przepisów projektu (w przyszłości: na gruncie ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego) podmioty zobowiązane decydowały się na zawieranie z indywidualnymi użytkownikami umów cywilnoprawnych określających warunki ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego lub na wydawanie określających te warunki indywidualnych decyzji administracyjnych, wówczas podmioty te nie naruszałoby bynajmniej konstytucyjnego wymogu działania „na podstawie i w granicach prawa” (art. 7 Konstytucji RP). Inna sprawa, że to ostatnie rozwiązanie prawne byłoby całkowicie niepraktyczne, gdyż trudno sobie przecież wyobrazić, by podmiot zobowiązany mógł zawierać umowy cywilnoprawne z każdym poszczególnym użytkownikiem wchodzących w grę informacji (tzn. w tym sensie „zawierać”, że indywidualnie negocjować postanowienia danej umowy i następnie samemu podpisywać każdą taką umowę) lub by mógł on wydawać wobec każdego takiego użytkownika odrębne decyzje administracyjne. Podmiot zobowiązany nie jest przecież w stanie samodzielnie i w sposób wyczerpujący ustalić kręgu użytkowników wykorzystujących ponownie informacje sektora publicznego w trybie niewnioskowym.

Chcąc uczynić przepisy projektu mówiące o określaniu warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego bardziej praktycznymi i wywołującymi skutki zgodne z zamiarami ustawodawcy, a jednocześnie chcąc ukształtować te przepisy w sposób zgodny z przepisami Konstytucji RP, należałoby zaproponować ustawodawcy następujące rozwiązanie prawne. Otóż *de lege ferenda* ustawodawca powinien zamieścić w projekcie (a konkretnie w rozdziale 3 projektu) stosowny przepis o charakterze reguły interpretacyjnej, zgodnie z którym ustalenie przez podmiot zobowiązany warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego jest traktowane jako ustalenie przez podmiot zobowiązany oferty zawarcia umowy określającej warunki ponownego wykorzystywania. Jednocześnie w projekcie powinien się znaleźć wyraźny przepis przesądzający o tym, że faktyczne przystąpienie przez użytkownika do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, w stosunku do których podmiot zobowiązany określił uprzednio warunki ich ponownego wykorzystywania (czyli sformułował stosowną ofertę), poczytuje się za wyrażenie zgody na daną ofertę i na zawarcie umowy (*per facta concludentia*). W takim przypadku w stosunku do użytkownika dokonującego ponownego wykorzystywania wchodzących w grę informacji sektora publicznego w sposób niezgodny z postanowieniami tak zawartej umowy możliwe byłoby wystąpienie (w szczególności przez podmiot zobowiązany) na drodze sądowej z roszczeniem o zaniechanie i/lub z roszczeniem odszkodowawczym.

Warto zauważyć, że takie unormowanie w projekcie procesu określania warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego nie musiałoby wcale oznaczać w swojej konsekwencji, że podmiot zobowiązany (czy też szerzej: Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub określony podmiot prawa publicznego) jest cywilnoprawnie pojmowanym właścicielem wchodzących w grę informacji sektora publicznego (takie obawy zdaje się wyrażać M. Bernaczyk, którego zdaniem usytuowanie określania warunków ponownego wykorzystywania w sferze *dominium* jest bardzo kontrowersyjne, ponieważ implikuje, że państwo jest właścicielem określonych informacji – M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej...*, op. cit., s. 465). Tak wcale nie jest (a przynajmniej: tak wcale nie musi być), gdyż można w tym przypadku uznać, że podmioty zobowiązane są nie tyle cywilnoprawnymi właścicielami informacji sektora publicznego, co raczej podmiotami sprawującymi wobec tychże informacji rodzaj publicznoprawnego zarządu, analogicznego do zarządu sprawowanego przez różne podmioty publiczne

wobec tzw. dóbr publicznych (por. M. Szubiakowski, *Rzeczy publiczne (Wybrane zagadnienia)*, Kontrola Państwa, 1997, nr 1, s. 50 i n.; M. Szydło, *Koncepcja koncesji w ujęciu klasycznym i jej recepcja w prawie polskim*, Państwo i Prawo 2004, z. 1, s. 47). Tego rodzaju publicznoprawny zarząd nie powinien być kwalifikowany w kategoriach *stricto* cywilnoprawnych, w tym jako własność w znaczeniu techniczno-prawnym (chyba że chodzi o informacje, w stosunku do których podmioty zobowiązane posiadają prawa własności intelektualnej), co wcale nie przeszkadza temu, by podmioty zobowiązane mogły zawierać z użytkownikami cywilnoprawne umowy mające za przedmiot wchodzące w grę informacje sektora publicznego, traktowane konsekwentnie jako określony rodzaj dobra publicznego (nawiasem mówiąc, w polskim prawie znanych jest wiele przykładów umów cywilnoprawnych, których przedmiotem są określone dobra publiczne lub też innego rodzaju instytucje publicznoprawne, w tym np. zadania publiczne).

Innym jeszcze ewentualnym (hipotetycznym) rozwiązaniem omawianego tutaj problemu prawnej formy określania warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego mogłoby być upoważnienie przez ustawodawcę ministra właściwego do spraw administracji publicznej lub ministra właściwego do spraw informatyzacji do ustalania tychże warunków w drodze rozporządzenia, wydawanego w każdym przypadku na indywidualny wniosek podmiotu zobowiązanego. Rozwiązanie takie pozwoliłoby na ustalanie warunków ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego w drodze ustanawiania norm prawnych powszechnie obowiązujących, i to w sposób zgodny z przepisami Konstytucji RP. Inna sprawa, że rozwiązanie takie mogłoby się okazać mało praktyczne, a to z uwagi na dużą liczbę podmiotów zobowiązanych mogących wówczas wnioskować o określenie warunków ponownego wykorzystywania.

Autor:

Prof. dr hab. Marek Szydło

ekspert ds. legislacji

w Biurze Analiz Sejmowych

Akceptował:

Wicedyrektor Biura Analiz Sejmowych

Małgorzata Bajor-Stachańczyk

Deskryptory bazy REX: dostęp do informacji publicznej