

**dr Grzegorz Sibiga**

Zakład Prawa Administracyjnego

Instytut Nauk Prawnych PAN

Warszawa, dnia 26 lipca 2011 r.

### **Opinia prawna**

#### **o projekcie ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (druk 4434)**

#### **I. Tezy opinii**

- 1) Projektowana ustawa wymaga dalszych prac legislacyjnych.
- 2) Proponowane zmiany w ustawie z dnia 06.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.; dalej „*u.d.i.p.*”) dotyczące ograniczenia dostępu do informacji publicznej (art. 5 ust.1 i art. 5a) budzą zastrzeżenia w następującym zakresie:
  - a) Zbędnego dokonania zmian w art. 5 ust.1 *u.d.i.p.* poprzez sformułowanie w nim „wyjątku od wyjątku”.
  - b) Możliwości naruszenia w art. 5a warunków określonych w art. 61 ust.3 Konstytucji, ze względu na rodzaje dokumentów objętych ochroną, zakres informacji w nich zawartych oraz czas ochrony.
  - c) Wprowadzenia ograniczeń do ustawy o dostępie do informacji publicznej, zamiast w ustawach szczególnych odnoszących się do materii kompetencyjnej i ustrojowej, w zakresie której informacja ma pozostać poufna. Przyjęcie proponowanego brzmienia art.5a będzie oznaczać potrzebę dodatkowych zabiegów interpretacyjnych, polegających na konkretyzacji treści wyłączenia z uwzględnieniem wspomnianych ustaw.
  - d) Wprowadzenia bezwzględnego ograniczenia dostępu do określonych w art.5a rodzajów dokumentów, co nie pozwala na ujawnienie informacji, gdy przemawiający za tym interes publiczny przeważa nad wartościami

chronionymi poufnością (brak dopuszczalności zastosowania testu ważenia interesów).

Jednocześnie należy zauważyć, że w innych systemach prawnych (wskazanych w pkt III.3 opinii) przewiduje się ograniczenie dostępności ze względu na użytek wewnętrzny dokumentów, jak również ochronę postępowania sądowego oraz stosunki międzynarodowe. Odmienne jednak niż w projektowanym art.5a ochronie podlegają informacje związane z obszarami tematycznymi, a nie określonymi kategoriami dokumentów. Na sam mechanizm ochrony składają się – inaczej niż w polskiej ustawie - ograniczenia bezwzględne i względne, czyli takie, w których zastosowanie znajduje test ważenia interesów.

3) Rozważenia wymaga celowość wprowadzenia w ustawie jako zasady nieodpłatnego i bezwarunkowego ponownego wykorzystywania informacji publicznej w celach komercyjnych. Dyrektywa 2003/98/WE przewiduje bowiem możliwość powiększenia opłaty za ponowne wykorzystanie o „rozsądny zwrot z inwestycji” (oprócz kosztów marginalnych w celu przygotowania i przekazania informacji). Dyrektywa nie ogranicza również państw członkowskich w nakładaniu warunków ponownego wykorzystania, które pozostają zgodne z jej zasadami. Ma to szczególne znaczenie, gdy celem warunków licencyjnych jest ochrona interesów nabywców produktów i usług (w obrocie gospodarczym) opartych na informacji publicznej.

4) W projekcie nowelizacji ustawie o dostępie do informacji publicznej (art. 1 projektu) brakuje normy kolizyjnej określającej relacje tejże ustawy oraz innych ustaw regulujących ponowne wykorzystywanie informacji publicznej. Tego typu norma występuje już w ustawie w zakresie dostępu do informacji (art. 1 ust.2 u.d.i.p.).

5) Wadliwe (zbyt wąsko zakresowo) została sformułowana norma intertemporalna zawarta w art. 10 projektu, ponieważ dotyczy ona jedynie toczonych w momencie wejścia w życie postępowań sądowych (ze skarg i powództw w przedmiocie decyzji odmawiających udostępnienia informacji publicznej). Norma powinna dodatkowo określać właściwe przepisy dla postępowań prowadzonych na podstawie zmienianych ustaw, o których mowa w art. 2-6 i art. 8 projektu.

## **II. Uwagi wstępne**

W projekcie należy wyróżnić dwa główne kierunki zmian w ustawie o dostępie do informacji publicznej, które dotyczą:

- a) ponownego wykorzystywania (ang. *re-use*) informacji publicznych, co stanowi wykonanie wymogów dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE L 345 z 31.12.2003; dalej „dyrektywa 2003/98/WE”),
- b) dostępu do informacji publicznej, w tym przepisy przewidujące ograniczenia dostępności informacji (art. 5 ust.1, art.5a).

W tym kontekście ważne jest rozróżnienie dwóch pojęć „dostęp do informacji” oraz „ponowne wykorzystywanie informacji”. Dokonuje się tego w art. 1 ust.3 dyrektywy 2003/98/WE, który stanowi, iż „niniejsza dyrektywa opiera się na i jest bez uszczerbku dla istniejących w Państwach Członkowskich systemów dostępu”. Zwrot „opiera się” można w tym przypadku tłumaczyć w ten sposób, iż wykorzystywana może być jedynie taka informacja, która na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej jest jawna (nie każda informacja publiczna jest jawna, ponieważ zachodzą ustawowe przesłanki ograniczające jawność).

Inaczej ujmując, pierwotną regulacją prawną jest „system dostępu”. Natomiast przedmiotem ponownego wykorzystania jest wtórna eksploatacja informacji publicznej (jawnej/dostępnej), w szczególności w celach komercyjnych, co ma szczególne znaczenie, gdy informacje funkcjonują jako utwór lub baza danych, chronione prawami własności intelektualnej. Przepisy dotyczące ponownego wykorzystania nie mogą naruszać samego prawa dostępu, co znajduje potwierdzenie w projekcie omawianej ustawy (art. 1 pkt 4 projektu).

## **III. Dostęp do informacji publicznej**

**III.1** W ustawie o dostępie do informacji publicznej proponuje się wprowadzić nową przesłankę ograniczającą dostępność informacji. Zmiany polegają na dodaniu w ustawie art. 5a (zawierającego przesłankę odmowy) oraz zmodyfikowaniu dwóch innych przepisów ustawy (art. 2 ust.1 oraz art. 5 ust. 1), poprzez zawarcie w nich odesłania do art.5a.

**Jednakże norma odsyłająca zawarta w art. 5 ust.1 jest zbędna, a jej treść została wadliwie skonstruowana.** W art. 2 ust.1 przewiduje się prawo do informacji (jako zasadę), które podlega ograniczeniu w sytuacjach określonych w art. 5 i art.5a. Zatem zarówno w art. 5 jak i art.5a wskazuje się wyjątki od zasady prawa do informacji. Tymczasem w art. 5 ust.1, w których określa się przesłanki ograniczające dostępność informacji (ochrona informacji niejawnych oraz tajemnicy ustawowo chronionej), proponuje się zawrzeć odesłanie do art. 5a mające charakter „wyjątku od wyjątku”. Dodatkowo formułuje się w tym przepisie „*prawo do informacji publicznej, o którym mowa w art. 5a*”. Nie można zaakceptować takiego rozwiązania przynajmniej z dwóch przyczyn. Po pierwsze, w art. 5a przewiduje się niezależne od art. 5 ust.1 przesłanki ograniczające prawo do informacji, o którym mowa w art. 2 ust.1 u.d.i.p. W przepisie art. 5a nie tworzy się więc wyjątków od regulacji zawartej w innym przepisie ustanawiającym ograniczenia prawa do informacji (tj. w art. 5 ust. 1). Po drugie, w art. 5a nie przewiduje się – tak jak wskazano w projektowanym art. 5 ust.1 - „prawa do informacji”, ale jedynie jego ograniczenie. W ustawie o dostępie do informacji publicznej prawo do informacji ustanawia się w art. 2 ust.1, co należy zresztą potraktować jedynie jako powtórzenie i uszczegółowienie gwarancji znajdującej się w art. 61 ust.1 Konstytucji.

**III.2** Projektowany art. 5a stanowi kolejną ustawową przesłankę ograniczenia prawa do informacji. W ustawach zwykłych takie ograniczenie musi jednak zostać skonstruowane zgodnie z wzorcem konstytucyjnym.

Prawo do informacji określone w art. 61 ust.1 Konstytucji podlega ograniczeniu na warunkach określonych w ust.3 w tymże artykule. Dopuszczalne ograniczenie wspomnianego prawa może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach dobra, tj. „ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa”. Zatem z jednej strony zostały w Konstytucji sformułowane (jako zasada) uprawnienie informacyjne obywatela, od której jednakże - z drugiej strony – wprowadza się wyjątki, ze względu na potrzebę ochrony wskazanych dóbr (wartości). W takim wypadku zawsze problemem wymagającym rozstrzygnięcia jest ważenie pozostających w konflikcie dóbr i określenie granic niezbędności wkroczenia w sferę konstytucyjnie gwarantowanego prawa (wyrok TK z dnia 20.03.2006 r., K 17/05). Powinno to nastąpić z uwzględnieniem nie tylko art. 61

ust.3, ale również art. 31 ust.3 Konstytucji, które łącznie tworzą mechanizm proporcjonalności potrzebny dla zawężenia prawa do informacji. W szczególności w procesie ważenia dóbr ustawodawca powinien zbadać, czy rzeczywiście w wyniku ujawnienia informacji dojdzie do naruszenia wartości wskazanych w art. 61 ust.3 Konstytucji. Znaczenie takiego realnego naruszenia dóbr chronionych podkreślane jest nie tylko na gruncie polskiego prawodawstwa. W sprawie *Kuijer II p. Radzie* (T-211/00) Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że ryzyko naruszenia interesu publicznego poprzez udzielenie informacji przez instytucję unijną powinno być „racjonalnie przewidywalne, a nie jedynie hipotetyczne“.

**Ze względu na przewidziane w projektowanym art.5a rodzaje chronionych dokumentów, zakres treści w nich zawartych oraz czas ochrony zachodzą zasadnicze wątpliwości, czy ważenie dóbr wynikające z art. 61 ust.3 oraz art. 31 ust.3 Konstytucji zostało dokonane prawidłowo, co szerzej omawiam w pkt III.4.** Jednocześnie projekt wpisuje się w dotychczasową praktykę polskiego ustawodawcy tworzenia ograniczeń jawności. Ważenie dóbr odbywa się bowiem na gruncie ustawy w ten sposób, iż prawodawca decydując się na wprowadzenie tajemnicy, nie przewiduje wyjątków na rzecz jawności („wyjątek od wyjątku”), nawet jeżeli w konkretnej sprawie za jawnością przemawia interes publiczny. Wówczas organ zobowiązany prawnie do zachowania tajności nie może samodzielnie ważyć dóbr przemawiających za dostępnością informacji oraz jej ochroną. Oznacza to także, że kontrola utajniania (instancyjna i sądowa) będzie ograniczona jedynie do stwierdzenia, że zachodzi ustanowione w ustawie ograniczenie dostępności. Nawet sąd oceniający odmowę udzielenia informacji publicznej nie będzie uprawniony do ważenia tych interesów i stwierdzenia, że ważny interes publiczny uzasadnia odstępnie od ochrony informacji. Tymczasem standardem w innych systemach prawnych jest podział przesłanek ograniczających powszechny dostęp do informacji (dokumentów publicznych) na przesłanki bezwzględne i względne. W przypadku tych drugich to na poziomie instytucji publicznej (adresata normy prawnej) pozostawiono rozstrzygnięcie, które z dóbr będzie miało pierwszeństwo (przemawiające za dostępem do informacji czy też za jego ograniczeniem). Temat ten przedstawiam w pkt III.3.

W art. 61 aż dwukrotnie odsyła się do ustawodawstwa zwykłego: oprócz wspomnianego już ust.3 także w ust.4 – gdy chodzi o tryb udzielania informacji. Pod pojęciem „trybu udzielania informacji” rozumie się skonkretyzowanie elementów

metody postępowania, tak ażeby poprzez uregulowanie kwestii o charakterze proceduralnym i organizacyjno-technicznym, realizacja prawa do informacji była wykonalna w praktyce (wyrok TK z dnia 16.09.2002 r., K 38/01).

Powyższe rozróżnienie jest o tyle istotne, ponieważ w dotychczasowej praktyce działania ustawodawcy ograniczenie dostępu do informacji publicznej następowało przede wszystkim na podstawie ustaw szczególnych, w których wprowadza się tajemnicę informacji lub w inny sposób zapewnia ochronę informacji (np. przewidując katalog podmiotów uprawnionych do uzyskania informacji)<sup>1</sup>. Natomiast podstawowym celem ustawy o dostępie do informacji publicznej jest określenie trybów udzielania informacji. Właśnie tego typu regulacje zdecydowanie przeważają w analizowanej ustawie. Zaliczymy do nich przepisy dotyczące Biuletynu Informacji Publicznej, wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z wyborów powszechnych, udostępnienia informacji na wniosek, a także trybu polegającego na wyłożeniu lub wywieszeniu informacji w miejscach ogólnie dostępnych lub zainstalowaniu w tych miejscach urządzeń umożliwiających zapoznanie się z informacją.

Z kolei w zakresie ochrony informacji znaczenie ustawy o dostępie do informacji publicznej jest zawężone, ponieważ – co do zasady - nie tworzy ona własnych materialnych podstaw odmowy udostępnienia informacji, ale odsyła (bezpośrednio albo pośrednio) do właściwych ustaw szczególnych. Wyznaczając ograniczenia dostępu do informacji w art. 5 ust.1 u.d.i.p. jedynie odwołano się do przepisów o ochronie informacji niejawnych oraz przepisów o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Z kolei według art. 1 ust. 2 u.d.i.p. ustawa nie narusza innych ustaw określających odmienne zasady i tryb udostępniania informacji publicznych. Oznacza to w szczególności, że w przypadku kolizji pierwszeństwo w stosowaniu będą miały odrębne niż u.d.i.p. ustawy, które przewidują ograniczenie dostępności, a jednocześnie zawierają normy proceduralne dotyczące rozpatrywania spraw indywidualnych w tym przedmiocie. Przykładem jest wspomniana już powyżej ustawa o ewidencji ludności i dowodach osobistych (tak również wyrok WSA w Gdańsku z dnia 24.09.2008 r., II SA/Gd).

---

<sup>1</sup> Np. według ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych (Dz. U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 ze zm.) udostępnienie danych ewidencyjnych (m.in. z rejestru PESEL) następuje jedynie do określonych ustawowo podmiotów, co oznacza niedopuszczalność ujawnienia danych innym podmiotom (zob. art. 44h).

Jedynie własne materialne podstawy odmowy ustawa o dostępie do informacji publicznej zawiera w art. 5 ust.2, którymi są: prywatność osoby fizycznej oraz tajemnica przedsiębiorcy. Jednak nawet w tym przypadku w orzecznictwie sądowym i literaturze przedmiotu powszechnie przyjmuje się, że konkretyzacja tych dwóch ograniczeń następuje w innych ustawach, chociaż nie jest to stanowisko zawsze akceptowane. Gdy chodzi o prywatność osoby fizycznej wskazuje się przede wszystkim na ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926), natomiast dla wyznaczenia zakresu tajemnicy przedsiębiorcy posłużono się definicją legalną „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawartą w art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 nr 153 poz. 1503) (zob. np. M.Bidziński, M.Chmaj, P.Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 70 i n.).

Dlatego nawet w przypadku określenia w projektowanym art.5a u.d.i.p. materialnych przesłanek ograniczenia dostępu, ich treść będzie musiała być konkretyzowana z uwzględnieniem innych przepisów dotyczących działalności organów władzy publicznej, w związku z którą ograniczenie następuje (gospodarowanie mieniem publicznym, negocjowanie i zawieranie umów międzynarodowych, uczestniczenie przedstawicieli organów administracji rządowej w pracach Rady Europejskiej oraz Rady Unii Europejskiej i jej organów przygotowawczych itd.). **Z tego punktu widzenia właściwszym rozwiązaniem wydaje się umieszczenie poszczególnych ograniczeń w ustawach szczególnych odnoszących się do materii kompetencyjnej i ustrojowej, w zakresie której informacja ma pozostać niedostępna.** Alternatywnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do ustawy o dostępie do informacji publicznej kompleksowej regulacji wyznaczającej w formie katalogu zamkniętego ograniczenia prawa do informacji, czego projektowany art.5a oczywiście nie czyni.

**III.3** Ważenie dóbr jest podstawą ograniczania jawności dokumentów publicznych w innych systemach prawnych. Ze względu na ograniczone ramy objętościowe niniejszej opinii odniosę się jedynie do prawa Unii Europejskiej oraz stosownej konwencji Rady Europy (Konwencja Rady Europy w sprawie Dostępu do Dokumentów Urzędowych, przyjęta w Tromsø w dniu 18.06.2009 r.). Konwencja z Tromsø nie została jeszcze podpisana przez Rzeczpospolitą Polskę.

Ważenie dóbr odbywa się na dwóch poziomach: „testu szkody” (*harm test*) oraz „testu ważenia interesów” (*balancing of interests*) (zob. *Explanatory Report – Council of Europe Convention on Access to Official Documents*, str. 7). W pierwszej kolejności dokonywany jest test szkody, który powoduje utajnienie przez instytucję publiczną informacji, jeżeli jej ujawnienie naruszyłoby chociaż jeden z interesów wskazanych w prawie (np. bezpieczeństwo publiczne, stosunki międzynarodowe, porządek publiczny itp.). Natomiast nawet w przypadku utajnienia informacji w oparciu o test szkody, informacja (dokument) będzie jawny, jeżeli interes publiczny w ujawnieniu informacji przeważa nad chronionymi interesami („test ważenia interesów”).

W prawie unijnym zasada dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji została przewidziana w art. 15 TFUE (poprzednio art. 255 TWE). Jednak uszczegółowienie zasad w tym względzie nastąpiło w rozporządzeniu Nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30.05.2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (dalej „rozporządzenie 1049/2001”). W tymże rozporządzeniu wprowadza się dwa rodzaje wyjątków od zasady jawności: bezwzględne i względne. Przesłanki bezwzględne opierają się jedynie na teście szkody, natomiast przesłanki względne zarówno na teście szkody jak i na teście ważenia interesów. Do wyjątków bezwzględnych zaliczono: bezpieczeństwo publiczne, kwestie obronne i wojskowe, stosunki międzynarodowe, finansowe, monetarne i ekonomiczne polityki WE i państw członkowskich, ochrona prywatności i integralności osoby fizycznej. Wyjątki względne obejmują: ochronę interesów handlowych osób fizycznych i prawnych, ochronę postępowania sądowego i porad prawnych, ochronę postępowań dochodzeniowych, audytów i kontroli oraz dokumenty przeznaczone do użytku wewnętrznego i dokumenty tymczasowe.

Konwencja Rady Europy w sprawie Dostępu do Dokumentów Urzędowych w przypadku wszystkich wyłączeń jawności przewiduje dokonanie zarówno testu szkody jak i testu ważenia interesów (zob. art. 3 ust.2). Konwencja wprowadza bardzo zbliżony (w porównaniu do rozporządzenia 1049/2001) katalog merytorycznych przesłanek ograniczenia dostępności dokumentów.

Metoda ważenia interesów (w tym *balancing of interests*) została wprowadzona również w ustawach dotyczących dostępu do informacji w wielu



państwach, nie tylko z obszaru Unii Europejskiej (np. Wielkiej Brytanii, Irlandii, Australii, Nowej Zelandii).

Przewidziane w projektowanym art. 5a przesłanki mieszczą w kategoriach ograniczeń przewidzianych w w/w aktach, tj. w dokumentach do użytku wewnętrznego (a dodatkowo w ramach tego wyjątku w przesłance „ochrony postępowania sądowego”) oraz dokumentów dotyczących stosunków międzynarodowych. Co więcej, zaprojektowane ograniczenia obejmują jedynie dokumenty wewnętrzne w określonych kategoriach spraw oraz wskazane dokumenty w stosunkach międzynarodowych. Po uchwaleniu takiej regulacji ustawowej, rozumowanie *a contrario* może prowadzić do wniosku, że nie będzie możliwe ograniczenie dostępu do dokumentów wewnętrznych w innych sprawach oraz do innych rodzajów dokumentów w stosunkach międzynarodowych. W tym kontekście bardziej właściwe dla realizacji postawionego celu wydaje się określenie obszarów tematycznych, na temat których informacje mogą zostać utajnione, gdy ich ujawnienie powodowało szkodę dla interesu publicznego.

Jednocześnie można mieć zastrzeżenia do prawidłowego wykonania przez projektodawcę testu szkody, co wykazuję w pkt III.4 (1 i 3-4). Natomiast w ogóle nie przewidziano w projekcie testu ważenia interesów, a zatem nie dopuszcza się możliwości istnienia interesu publicznego, który w konkretnym przypadku może przemawiać za ujawnieniem konkretnej informacji dotyczącej spraw wymienionych w art. 5a.

W polskim prawodawstwie przykładem wprowadzenia testu szkody jest ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182, poz. 1228), która przewiduje nałożenie klauzuli tajności dopiero w przypadku, gdy naruszony zostanie (poprzez spowodowanie szkody lub szkodliwy wpływ) jeden z interesów wskazanych w tej ustawie (mieszczących się w kategorii interesu publicznego).

**III.4** Przepis w art. 5a zawiera - pod względem merytorycznym - cztery różne ograniczenia, wskazane w trzech punktach, na które podzielony został artykuł. Na konstrukcję projektowanego artykułu składają się cztery elementy:

- 1) rodzaje chronionych informacji („stanowiska, opinie, instrukcje lub analizy”, „instrukcje negocjacyjne oraz uzgodnione projekty umów”, „instrukcje negocjacyjne”).

- 2) treść chronionych informacji,
- 3) czas ochrony informacji („do czasu ...”),
- 4) wartości chronione ograniczeniami prawa do informacji („ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa“).

Ad. 1)

Poszczególne punkty zawierają różne rodzaje dokumentów podlegających ochronie. O ile w pkt 2 i 3 posłużono się pojęciami mającymi określone, ścisłe znaczenie pojęciowe (instrukcje negocjacyjne, uzgodnione projekty umów międzynarodowych), to katalog zawarty w pkt 1 nie może zostać w ten sposób oceniony. Użyte w tym punkcie zwroty „stanowiska, opinie, analizy“ przynajmniej częściowo pokrywają się znaczeniowo. Rodzi to pytanie o zasadność użycia przez racjonalnego prawodawcę wszystkich tych pojęć w jednej normie prawnej. Porównując ich zakresy wydaje się, że najszerszy zakres informacji objęty jest pojęciem „stanowisko“, ponieważ tłumaczy się, że zwrot ten oznacza „sposób zapatrywania się na coś, pojmowania czegoś, punkt widzenia, pogląd“ (Słownik Języka Polskiego PWN, t. III, red. M.Szymczak, Warszawa 1998, str. 298). Przedmiotem ochrony będzie zatem każde oświadczenie zawarte w stanowisku dotyczącym spraw wymienionych w pkt 1, nawet jeżeli odnosi się ono jedynie do kwestii technicznych, czy wewnątrzorganizacyjnych. Tak szerokie ujęcie zakresu ochrony nie jest do pogodzenia z warunkiem wskazanym w art 61 ust.3 Konstytucji, w którym uzależnia się możliwość wprowadzenia ochrony od zaistnienia enumeratywnie wyliczonych w nim dóbr.

Z drugiej strony w punktach 2 i 3 ograniczenie ochrony do wybranych dokumentów może prowadzić do naruszenia wartości, które projektodawca zamierza chronić poufnością. Treść chronionych dokumentów może zostać bowiem przeniesiona do innych dokumentów. Np. według pkt 2 stan tajności dotyczy tylko instrukcji negocjacyjnych, ale już nie dokumentów, w których utrwalono informacje o procesie negocjacyjnym (np. raportu negocjatora dla organów władzy publicznej w Polsce, w którym ocenia stopień realizacji instrukcji w trakcie negocjacji).

Ad. 2)

Przesłanki ograniczenia dostępności informacji zawarte w poszczególnych punktach mają różny merytoryczny charakter, ponieważ dotyczą:

- 1) dokumentów wewnętrznych w sprawach gospodarowania mieniem publicznym oraz w postępowaniach przed organami orzekającymi,
- 2) spraw międzynarodowych.

Powyższe kategorie zostały zgrupowane w jednym przepisie wprowadzającym jednolite zasady ochrony, pomimo że w różnym stopniu mogą one wkraczać w sferę wartości wymienionych w art. 61 ust.3 Konstytucji. Taki wniosek potwierdza rozporządzenie 1049/2001, ponieważ „stosunki międzynarodowe” stanowią bezwzględną podstawę odmowy, natomiast ochrona postępowania sądowego oraz wewnętrzny cel sporządzenia dokumentu tylko przesłankę względną.

Ad. 3)

Wskazanie momentu, do którego obowiązuje tajemnica ma w założeniu ograniczyć czas jej trwania. Do takiego podejścia można zgłosić dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, w praktyce może nie dojść do zaistnienia przesłanki, z którą wiąże się ustanie stanu tajności. Np. nie zostanie zawarta negocjowana umowa międzynarodowa, czy też nie dojdzie do złożenia oświadczenia woli w procesie gospodarowania mieniem. W takich wypadkach informacja pozostanie tajna na czas nieokreślony („na zawsze”), czyli ochrona ma charakter bezterminowy. Projektodawca nie przewidział innych przesłanek powodujących zniesienie stanu niejawności. Tymczasem również wówczas upływ czasu będzie wpływać na zmianę sensytywności informacji z punktu widzenia dóbr chronionych w art. 61 ust.3 Konstytucji.

Z drugiej strony projektodawca nie zauważył potencjalnych sytuacji, w których mimo zaistnienia przesłanki ustania tajności, nadal ujawnienie informacji może naruszyć chronione wartości. Takie niebezpieczeństwo zostało zauważone w Rozporządzeniu 1049/2001, na mocy którego dokument wewnętrzny będzie chroniony nawet po podjęciu decyzji, „jeżeli ujawnienie takiego dokumentu poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez instytucję, chyba że za ujawnieniem przemawia interes publiczny” (art. 4 ust. 3 zd. drugie).

Ad. 4)

W analizowanym przepisie stwierdza się, że dostęp do wymienionych informacji podlega ograniczeniu „ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa”. Projektodawca powtarza zatem niektóre wartości chronione, które zostały wskazane w art 61 ust.3 Konstytucji.

Taki sposób redakcji przepisu może skłaniać do dwóch różnych wniosków. Po pierwsze, projektodawca zalicza wymienione w przepisie dokumenty do chronionych przed udostępnieniem, ze względu na dobra wskazane w art. 61 ust.3 Konstytucji, czym uszczegóławia normę konstytucyjną. Zabieg taki wydaje się jednak zbędny, ponieważ ocena zgodności art.5a ze wspomnianym przepisem konstytucyjnym będzie następowała niezależnie od tego, czy ustawodawca w takim kontekście umieści w normie wykaz chronionych wartości. Jednak możliwa jest także inna interpretacja, według której przepis ten dopuszcza test szkody, a utajnienie może nastąpić jedynie wówczas, gdy ujawnienie wymienionych dokumentów naruszyło porządek publiczny, bezpieczeństwo lub ważny interes gospodarczy państwa. Jeżeli jednak taki jest cel projektodawcy to powinno to zostać wprost wyrażone w treści normy poprzez użycie zwrotów „pod warunkiem, że ujawnienie naruszyłoby ...”, czy „jeżeli ujawnienie naruszyłoby ...”.

#### **IV. Ponowne wykorzystywanie informacji publicznej**

**IV.1** Podstawowym celem projektu jest wykonanie wymogów dyrektywy 2003/98/WE. Jednak należy zauważyć, że wtórne wykorzystywanie informacji podmiotów publicznych jest również przedmiotem innych ustaw (w tym nowelizowanych w art.2-6 i art. 8 projektu). Tymczasem w projekcie zmian w ustawie o dostępie do informacji publicznej (art.1 projektu) brakuje normy kolizyjnej w tym przedmiocie, na wzór art. 1 ust.2 u.d.i.p., który dotyczy dostępu do informacji publicznej. Norma kolizyjna pozwoli na określenie wzajemnych relacji u.d.i.p. (po nowelizacji) oraz innych ustaw regulujących ponowne wykorzystywanie informacji publicznej.

**IV.2** Dyrektywa 2003/98/WE ustanawia jedynie minimalny zestaw reguł określających ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego. Korzysta z tego polski projektodawca, który przewiduje pewne dodatkowe, nie przewidziane w dyrektywie rozwiązania, które jednak nie pozostają w sprzeczności z nią. Dotyczą one:

- a) wprowadzenia obowiązku przekazywania przez podmioty zobowiązane informacji publicznych do ponownego wykorzystywania oraz związanego z tym powszechnego prawa jednostki do ponownego wykorzystywania,
- b) zasady, że ponowne wykorzystanie jest bezpłatne i bezwarunkowe, z wąsko wyznaczonymi wyjątkami,

- c) przyjęcia domniemania, że brak podania warunków przy upublicznionej informacji oznacza bezwarunkowość jej wykorzystania,
- d) przyznanie środków zaskarżenia wnioskującemu o ponowne wykorzystanie w przypadku ustalenia warunków korzystania niezgodnych z ustawą.

Zastrzeżenia budzi jednak celowość wprowadzenia jako zasady nieodpłatnego i bezwarunkowego ponownego wykorzystywania informacji publicznej w celach komercyjnych.

Ze względu na proponowany powszechny charakter prawa do ponownego wykorzystania informacji publicznej („każdy ma prawo ...”) każdemu podmiotowi (zatem nie tylko z siedzibą w państwie Europejskiego Obszarze Gospodarczego) przyznaje się uprawnienie do bezpłatnego, komercyjnego wykorzystywania informacji posiadanych przez podmioty polskiego sektora publicznego. Na zasadzie wyjątku w projekcie przewidziano jedynie możliwość nałożenia opłaty pokrywającej „koszty poniesione bezpośrednio w celu przygotowania i przekazania informacji publicznej do ponownego wykorzystywania”. Tymczasem dyrektywa 2003/98/WE przewiduje możliwość powiększenia opłaty o „rozsądny zwrot z inwestycji”. Znacząca część państw unijnych przyjęła właśnie ten model opłat za ponowne wykorzystywanie informacji (np. Litwa, Wielka Brytania, Niemcy, Grecja, Irlandia). Wątpliwości budzi wynikające z projektu założenie, że koszty funkcjonowania i rozwoju zasobów informacyjnych sfery publicznej (w tym np. rejestrów publicznych, czy systemów teleinformatycznych) będą finansowane jedynie ze środków publicznych i nie będą w tym partycypować przedsiębiorcy (z obszaru całego świata) korzystający z tego zasobu w celach komercyjnych.

Również kontrowersyjna jest zasada bezwarunkowego przekazania informacji do ponownego wykorzystania. Jedynie jako wyjątek przewidziano w art. 23b ust.2 zamknięty katalog warunków, jakie może nałożyć podmiot zobowiązany na korzystającego z informacji publicznej. Poszczególne warunki wyznaczone w tym przepisie pozostawiają jednak możliwość niejednolitej ich interpretacji (np. zwrot „źródło informacji publicznej”). Trzeba mieć także na uwadze, że informacje sektora publicznego stanowią wartość dodaną produktów i usług w obrocie gospodarczym. Warunki ponownego wykorzystania mają w szczególności zapewnić ochronę interesów nabywców tychże produktów i usług. W tym kontekście zakaz nakładania innych warunków może niekorzystnie wpływać na ich sytuację. Jako przykład można

podać warunki dotyczące zestawiania informacji z różnych źródeł, czego nie dopuszcza się w projekcie. W konkretnych przypadkach takie zestawianie może służyć nieakceptowanemu profilowaniu klientów, a nałożenie zakazu w tym przedmiocie będzie uzasadnione. Dlatego też zasadne jest rozważenie zmiany w projekcie polegającej co najmniej na wprowadzeniu kolejnego punktu w art. 23b ust.2, który umożliwi nakładanie dodatkowych warunków ponownego wykorzystania zapewniających ochronę nabywców produktów i usług opartych na informacji publicznej.

## **V. Inne uwagi szczegółowe**

W art. 10 zawarta została norma intertemporalna, która jednak ma zbyt wąski zakres zastosowania. Dotyczy ona jedynie toczonych w momencie wejścia w życie postępowań sądowych (ze skarg i powództw w przedmiocie decyzji odmawiających udostępnienia informacji publicznej). Tymczasem na podstawie zmienianych ustaw, o których mowa w art. 2-6 i art. 8 projektu, również są prowadzone przed organami postępowania w sprawie udostępnienia/wykorzystania informacji. Niektóre z tych postępowań mają charakter postępowań administracyjnych (jurysdykcyjnych), np. postępowanie w przedmiocie odmowy udostępnienia danych ewidencyjnych toczony na podstawie ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych.

Ustawa, o której mowa w art. 8 projektu (ustawa o ewidencji ludności), co prawda wchodzi w życie 1 stycznia 2012 r., ale nieznana jest jeszcze data uchwalenia, a później opublikowania niniejszej ustawy. Potencjalnie ustawa może wejść w życie dopiero po 1 stycznia następnego roku, co uzasadnia objęcie normą intertemporalną również postępowań, które będą prowadzone na podstawie ustawy o ewidencji ludności.