

Wrocław, 26 lutego 2016 r.

OPINIA PRAWNA

w sprawie zakresu ograniczeń w dostępie do informacji publicznej (tekstu Ugody z dnia 16 lipca 2013 r. zawartej pomiędzy Ministrem Administracji i Cyfryzacji a Sferia S.A. i jej Akcjonariuszami)

(opinia sporządzona przez radcę prawnego dr hab. Michał Bernaczyka według stanu prawnego i faktycznego na dzień 26 lutego 2016 r.)

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

Wykaz skrótów

BIP – Biuletyn Informacji Publicznej

CBOSA - Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>)

EKPCz - Europejska Konwencja Praw Człowieka (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284, ze zm.)

ETPCz - Europejski Trybunał Praw Człowieka

KC - Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.)

Konstytucja RP - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.)

KPA – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity - Dz.U. 2016 nr 0 poz. 23)

KPC - Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity - Dz.U. 2014 poz. 101 ze zm.).

MAiC - Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji (utworzone na mocy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21 listopada 2011 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji, Dz.U. 2011 nr 250 poz. 1501)

MC - Ministerstwo Cyfryzacji (utworzone 16 listopada 2015 r. na mocy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Cyfryzacji, Dz.U. 2015 poz. 2077).

NSA - Naczelny Sąd Administracyjny

PPSA – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity - Dz.U. 2012 poz. 270 ze zm.)

TK - Trybunał Konstytucyjny

UDIP - (ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, tekst jednolity - Dz. U. 2015 poz. 2058.)

UFP - ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2013 poz. 885 - tekst jednolity ze zm.).

Uгода - ugoda zawarta w dniu 16 lipca 2013 roku pomiędzy Ministrem Administracji i Cyfryzacji a spółką akcyjną Sferia

UZNK - ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity - Dz.U. 2003 nr 153 poz. 1503).

WSA - wojewódzki sąd administracyjny

I. Zakres opinii

Przedmiotem niniejszego opracowania jest odpowiedź na następujące pytania:

1. "Czy w świetle obowiązujących w Polsce przepisów prawa, postanowień ugody zawartej w dniu 16 lipca 2013 roku pomiędzy Ministrem Administracji i Cyfryzacji a spółką akcyjną Sferia oraz akcjonariuszami tej spółki, a także stanowisk pozostałych stron ugody, przedmiotowa ugoda może zostać udostępniona w trybie(ach) określonych ustawą z dnia 6 września 2001 r. w części, która nie została dotychczas udostępniona?"
2. "Jeżeli cała ugoda nie może zostać udostępniona, które z dotychczas nieudostępnionych jej postanowień mogą zostać upublicznione i w jakim zakresie?"¹

II. Rozstrzygnięcie merytoryczne

Po odbyciu spotkania z pracownikami Departamentu Telekomunikacji Ministerstwa Cyfryzacji w dniu 17 lutego 2016 roku oraz przeanalizowaniu przedłożonych dokumentów stwierdzam, co następuje:

1. Uważam, że Ugoda stanowi informację publiczną i powinna zostać udostępniona w zakresie opisanym w punkcie 3.; ocena szerszego zakresu udostępnienia będzie możliwa jedynie po wydaniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie I OSK 2706/14 (termin posiedzenia wyznaczono na 28 kwietnia 2016 r.) oraz prawomocnej ocenie decyzji DT-WP.0133.6.2015-2 z dnia 17 września 2015 r. przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (postępowanie ze skargi przez P4 Sp. z o.o.).
2. W związku z wydaniem decyzji odmownej DT-WP.0133.6.2015-2 z dnia 17 września 2015 r. (kończącej postępowanie w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej podjęte po prawomocnym wyroku WSA w Warszawie w sprawie II SA/Wa 1732/14) i złożeniem skargi przez P4 Sp. z o.o. zalecam złożenie wniosku o wskazanie sposobu załatwienia sprawy (ewentualny sposób weryfikacji twierdzeń beneficjenta tajemnicy) lub jej rozstrzygnięcie w trybie art. 145a PPSA wraz z przekazaniem oryginalnego tekstu (niezanonimizowanego tekstu Ugody) z powołaniem na prawomocne orzeczenie II SA/Wa 1732/14 z 19 lutego 2015 r. oraz klauzulę związania sądów oceną prawną na mocy art. 153 PPSA w brzmieniu ukształtowanym przez art. 1 punkt 41 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi².
3. **Aprobata Sferii S.A. i Jej Akcjonariuszy co do anonimizowanego wizerunku Ugody w kształcie ustalonym przez urzędników MAiC w dniu 14 sierpnia 2015 r. stanowi podstawę do bezwnioskowego udostępnienie obraz (skanu) Ugody na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Cyfryzacji na podstawie art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze w związku z art. 6 ust. 1 punkt 4 i 5 oraz art. 5 ust. 2 zdanie drugie UDIP.** Na tym stadium sporów i według wiedzy na 26 lutego 2016 r. odradzam pełne ujawnienie treści Ugody z uwagi na ryzyko uwikłania się w spór

¹ Opis przedmiotu opinii zgodny z treścią § 1 ust. 1 punkt 1 i 2 umowy nr 1/DT/2016 zawartej w Warszawie w dniu 17 lutego 2016 r.

² Dz.U. 2015 poz. 658.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

cywilnoprawny ze Sferią S.A. i jej Akcjonariuszami, a nawet ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności karnej poszczególnych urzędników MAiC lub MC (art. 23 ust. 1 UZNK, art. 23 UDIP).

4. Sygnalizuję potrzebę wydawania ewentualnych, przyszłych decyzji administracyjnych w części objętej wyłączeniem za pomocą systemu znaczników, indeksowania danych - uznawanych na tym etapie - za wrażliwe i prawem chronione. Szczegółowe propozycje prezentuję w punkcie III.3.1 szczegółowego uzasadnienia opinii.

5. Wysoki stopień niejasności przepisów art. 5 ust. 1 oraz 2 UDIP oraz brak ich korelacji z przepisami dotyczącymi zasad jawności finansów publicznych skłania mnie do rozważenia wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego w trybie art. 193 Konstytucji RP (lub 191 ust. 1 punkt 1 Konstytucji RP, co wymagałoby podjęcia działań Ministra Cyfryzacji przepisanych regulaminem prac rady ministrów), ewentualnie rozważenia skutków zastrzeżenia klauzuli poufności w postępowaniu cywilnym. Dlatego proponuję, aby:

- a) z ostrożności procesowej w toku postępowania przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Warszawie oraz Naczelnym Sądem Administracyjnym złożyć jednobrzmiące wnioski o wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym (art. 193 Konstytucji RP) dotyczącym zgodności:

- art. 5 ust. 2 zdanie pierwsze UDIP z art. 2, 20, 31 ust. 3 i 61 ust. 3 Konstytucji RP w zakresie w jakim narusza zasady prawidłowej legislacji wprowadzając pojęcie "tajemnicy przedsiębiorstwa" i "tajemnicy przedsiębiorcy" prowadzące do rozbieżności orzeczniczych³ polegających na rozłącznym lub synonimicznym traktowaniu obu pojęć, uniemożliwiając tym samym precyzyjne odkodowanie kryteriów dopuszczalnych ograniczeń prawa obywatela do informacji o działalności podmiotów, o których mowa w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, a także ustalenie poziomu ochrony autonomii informacyjnej podmiotów prawa prywatnego korzystających z wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP);

- 23 UDIP w zw. z art. 5 ust. 2, art. 13 ust. 1 i 2, a z Konstytucją RP z art. 2, 31 ust. 3 i 42 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie w jakim poddaje penalizacji nieudostępnienie informacji publicznej w sytuacji braku norm proceduralnych (o postępowaniu dowodowym) umożliwiającej rzeczywistą weryfikację oświadczeń podmiotu trzeciego o objęciu informacji tajemnicą ustawowo chronioną (art. 5 ust. 1 UDIP) lub niedostatecznie określonej tajemnicy przedsiębiorcy (art. 5 ust. 2 UDIP) w toku postępowania prowadzonego w trybie art. 13-14 UDIP (analogiczne zarzuty należałoby postawić w związku z art. 23 UZNK w zakresie w jakim

³ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2007 r. (K 42/07). W uzasadnieniu powołanego wyroku stwierdzono m.in., że "Trybunał Konstytucyjny nie jest uprawniony do sprawowania kontroli nad aktami stosowania prawa, lecz przeprowadzając kontrolę konstytucyjności zaskarżonych przepisów przyjmuje takie znaczenie zaskarżonych przepisów, **jakie zostało im nadane w praktyce orzeczniczej** [podkreślenie własne - r. pr. M.B.]. W świetle zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa adresaci norm prawnych mają bowiem prawo zakładać, że treść obowiązującego prawa jest dokładnie taka, jak to zostało ustalone przez sądy, zwłaszcza gdy ustalenie to zostało dokonane przez Sąd Najwyższy". Tymczasem w orzecznictwie sądownoadministracyjnym i powszechnym do tej pory pozostaje kwestią sporną, co rozumieć pod pojęciem "tajemnicy przedsiębiorcy" przy jednoczesnym powiązaniu tego sformułowania z sankcjonującą normą karną. Nie utracił znaczenia pogląd prawny wyrażony w wyroku TK z dnia 15 lipca 1996 r. (K 5/96): „Trybunał Konstytucyjny przypomina, że nieprawidłowe stosowanie przepisu ustawowego nie oznacza automatycznie jego niekonstytucyjności i powinno być skorygowane poprzez działania powołanych do tego władz administracyjnych i organów sądowych. **Dopiero, gdyby ponad wszelką wątpliwość okazało się, że przepis zyskał w praktyce treść sprzeczną z konstytucją uzasadnione stać by się mogło orzeczenie o niekonstytucyjności tak rozumianego i stosowanego przepisu**”, opubl. www.trybunal.gov.pl

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

penalizuje ujawnienie przez osobę pełniącą funkcję w podmiocie określonym w art. 4 ust. 1 i 2 UDIP informacji publicznej stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa);

- b) rozważyć wytoczenie powództwa o ustalenie (art. 189 KPC⁴) prawa (obowiązku) ujawnienia Ugody z powołaniem na nieważność punktu 6.1. Ugody lub skutków obowiązywania art. 35 ustawy o finansach publicznych dla szczegółowych praw i obowiązków wynikających z klauzuli poufności, o której mowa w punkcie 6.1 Ugody. W dotychczasowym orzecznictwie nie podejmowano zagadnienia, czy w drodze czynności prawnej (umowne, cywilnoprawne zobowiązanie) można wykreować stan poufności w sposób wyłączający dostęp do informacji publicznej (art. 5 ust. 1 i 2 UDIP) osób trzecich. W szczególności w nikłym stopniu rozważano, czy w świetle art. 353¹ KC tego typu klauzule "sprzeciwiają się ustawie" prawa publicznego (UDIP i UFP; zob. dalsze szczegółowe rozważania).

III. Szczegółowe uzasadnienie rozstrzygnięcia merytorycznego

1. Zwięzły opis stanu faktycznego

Niniejsza opinia posiada dość klarownie określony przedmiot, niemniej jednak nie sposób pominąć istotnych okoliczności towarzyszących jej sporządzeniu. W momencie przyjęcia zobowiązania do sporządzenia niniejszej opinii zostałem poinformowany, że MC rozpoznaje dziewięć wniosków o udostępnienie Ugody. W sprawie zapadły trzy wyroki wojewódzkiego sądu administracyjnego w Warszawie, z których każdy dotyczył dostępu do treści Ugody⁵. Do tych wyroków należą chronologicznie:

- 1) wyrok WSA z dnia 4 marca 2014 r. (II SAB/Wa 702/13) - orzeczenie prawomocne ze skargi P4 Sp. z o.o. stwierdzające beczynność w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej; Sąd uznał, że udostępnienie kserokopii Ugody poddanej anonimizacji (czynności materialnotechnicznej) nie jest działaniem prawidłowym i wymagało połączenia dwóch czynności (udostępnienia zaczerpionego maszynopisu Ugody oraz wydania decyzji administracyjnej o odmowie udostępnienia informacji publicznej),
- 2) wyrok WSA z dnia 17 czerwca 2014 r. (II SAB/Wa 128/14) - orzeczenie nieprawomocne zapadłe ze skargi Orange S.A. z siedzibą w Warszawie; wedle informacji przekazanej przez Departament Prawny MC w trakcie spotkania (17 lutego 2016 r.) w sprawie wyznaczono termin rozprawy na 28 kwietnia 2016 r. (sygnatura NSA: I OSK 2706/14)
- 3) wyrok WSA z dnia 19 lutego 2015 r. (II SA/Wa 1732/14) - orzeczenie prawomocne zapadłe ze skargi P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; po wydaniu tego wyroku przeprowadzono korespondencję ze Sferią S.A. i jej Akcjonariuszami, zmniejszono zakres anonimizacji Ugody i

⁴ "Powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny".

⁵ Część wniosków dotyczyła również opinii i ekspertyz wytworzonych w związku ze spornym tekstem Ugody, niemniej jednak nie podejmuję tych wątków lub czynię to jedynie sygnalizacyjnie, ponieważ nie wchodzi to w zakres opiniowanego zagadnienia. Sygnalizuję jedynie, że kierunek rozstrzygnięcia tych spraw został w pewien sposób wytyczony (korzystnie dla MC) w uzasadnieniu nieprawomocnego wyroku WSA w Warszawie z dnia 17 czerwca 2014 r. (II SAB/Wa 128/14). Sąd wyeliminował "analizę", "opinię" jako informacje nie dotyczące "sprawy publicznej" (a contrario z art. 1 ust. 1 UDIP), ergo dokumenty nie wchodzi w zakres przedmiotowy art. 1 ust. 1 UDIP. Sąd uzasadnił to "poznawczym" charakterem dokumentu, "brakiem użycia w konkretnej, prowadzonej przez organ władzy publicznej sprawie" (z powołaniem na wyrok NSA z 27 stycznia 2012 r., I OSK 2130/11 opubl. w CBOSA) (tamże).

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

wydano ostateczną decyzję DT-WP.0133.6.2015-2 z dnia 17 września 2015 r. Decyzja została zaskarżona do WSA w Warszawie, a postępowanie sądowoadministracyjne jest w toku.

Ocena prawna i faktyczna dokonana przez Sądy w uprzednio wymienionych wyrokach nie powinna być dokonywana indywidualnie, zwłaszcza że podmiot zobowiązany (minister właściwy ds. informatyzacji), przedmiot roszczenia o udostępnienie informacji (Ugoda) oraz beneficjent tajemnicy (Sferia S.A. i jej Akcjonariusze) są identyczne dla wszystkich spraw. Postępowania II SAB/Wa 702/13 i II SA/Wa 1732/14 są ze sobą powiązane. Paradoksalnie, ze względu na wytyczne wynikające ze wszystkich trzech sporów sądowoadministracyjnych, można traktować te orzeczenia jako korzystne - mimo przegranych MC w sprawach II SAB/Wa 702/13 oraz II SA/Wa 1732/14 ze skargi P4 Sp z o.o.

Poniżej przedstawiam syntetyczne, tabelaryczne zestawienie najważniejszych tez wypowiedzianych przez sądy. Powołane wnioski ("Najważniejsza teza") uważam za najistotniejsze wytyczne wiążące Ministra Cyfryzacji. Jednocześnie sygnalizuję (zob. "Kwestia problemowa"), że niektóre rozwiązania wskazywane przez sąd nie są wolne od wewnętrznych sprzeczności oraz rodzą poważne wątpliwości z punktu widzenia zasady legalizmu (obowiązek działania w granicach prawa i na podstawie prawa; art. 7 Konstytucji RP), ponieważ zobowiązują wyraźnie, wprost Ministra Cyfryzacji np. do przekazania sądowi orzekającemu tekstu Ugody nie wskazując ani jednej podstawy prawnej do tego działania w procedurze sądowoadministracyjnej⁶. Jednocześnie uznałem za właściwe zestawienie dotychczasowych orzeczeń WSA w Warszawie dot. spornej Ugody z dotychczasowym orzecznictwem poświęconym zbliżonym lub identycznym kwestiom problemowym (zob. kolumnę "Analogiczne rozstrzygnięcia").

Sygn. akt	Najważniejsza teza	Kwestia problemowa	Analogiczne rozstrzygnięcia
II SAB/Wa 702/13 (wyrok z 3 kwietnia 2014 r., prawomocny)	<ol style="list-style-type: none">"Ugoda stanowi dokument posiadający cechy informacji publicznej"Informacja publiczna jest "informacją o faktach", "informacja o stan określonych zjawisk na dzień udzielenia odpowiedzi".Sąd zarzuca MAiC dokonanie tzw. "pseudo anonimizacji", ponieważ zacytowane treści dotyczą "kluczowych elementów przedmiotowego dokumentu"; stanowisko kontrastuje silnie z późniejszą wypowiedzią WSA w sprawie II SAB/Wa 128/14	<ol style="list-style-type: none">Brak. Na tym etapie uważam za zakwestionowanie publicznego charakteru informacji (Ugody), aczkolwiek widzę pewną teoretyczną możliwość poprzez odwołanie się NSA do tzw. sfery faktów.Sąd nie wyjaśnił - i dotychczasowym orzecznictwie również do tego nie doszło - jak rozumieć "fakt". Czy chodzi tu o informację o faktach empirycznych czy o faktach	<ol style="list-style-type: none">"Umowy cywilno-prawne, w których jedną stroną jest Skarb Państwa (jednostka samorządu terytorialnego), a drugą osoba fizyczna stanowią informację publiczną" - wyrok WSA w Warszawie z 14 grudnia 2015 II SAB/Wa 797/15 - Wyrok WSA w Warszawie (por. także wyroki WSA w Krakowie z dnia 28 lutego 2014 r., II SAB/Kr 325/14, wyroki WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2015 r., II SAB/Lu 512/15 z dnia 19 sierpnia 2015 r., sygn. akt II SAB/Wa 565/15, publ. w CBOSA)

⁶ "W postępowaniu skargowym, w którym istota sporu sprowadza się do odmowy udostępnienia konkretnych dokumentów (w ramach żądania udostępnienia informacji publicznej), podmiot, który dokonał odmowy, przekazując skargę i dokumentację do sądu administracyjnego, powinien zastrzec, iż zawiera ona dane objęte wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, co do których nastąpiła odmowa ich udostępnienia w drodze decyzji administracyjnej. Pozwoli to zagwarantować, iż przekazane dokumenty nie zostaną udostępnione zainteresowanemu w trakcie postępowania sądowego. Działanie takie czyniłoby bowiem sądową kontrolę zbędną w sensie faktycznym (zainteresowany uzyskałby bowiem dostęp do dokumentów przed rozstrzygnięciem zasadności swojej skargi)", tak też uzasadnienie wyroku WSA w sprawie II SA/Wa 1732/14.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

	<p>4. Wykładnia pojęcia "informacja o sprawie publicznej" powinna być dokonywana z uwzględnieniem normy konstytucyjnej</p>	<p>konwencjonalnych?</p> <p>3. Sąd nie wyjaśnił, skąd wywiódł tezę, iż zanonimizowane fragmenty dotyczą kluczowych elementów przedmiotowego dokumentu</p> <p>4. Koncentrując się na stosowaniu Konstytucji RP sąd nie zwraca uwagi, że tajemnica przedsiębiorcy jest mechanizmem chroniącym konstytucyjną wolność działalność gospodarczej (zob. art. 20, 22 Konstytucji RP), ergo mechanizmy ingerencji w wolność konstytucyjnie chronioną muszą być również tworzone i interpretowane w zgodzie z Konstytucją RP.</p>	<p>2. W sprawie tzw. raportu otwarcia inwestycji GDDKiA uznano, że w obrębie wnioskowanego dokumentu mogą istnieć partie informacji, które nie będą stanowić informacji publicznej. Jako jedyny przykład NSA wskazał <i>"materię dotyczącą kwestii ocennych, postulatywnych czy też takich, które mogą w przyszłości służyć do ewentualnych postępowań sądowych (o ile w ogóle takie postępowania między stronami będą miały miejsce)"</i> (wyrok z 30 lipca 2013 r., sygn. I OSK 1004/13).</p> <p>3. W uzasadnieniu wyroku WSA w Olsztynie z 22 grudnia 2015, sygn. akt. II SA/OI 1179/15 (głośna sprawa wniosku Prof. E. Łętowskiej o udostępnienie wyroku w sprawie o przestępstwo m. in. z art. 197 § 1 i § 2 KK) odrzucono argument, że anonimizacja tworzy stan <i>"pozornego udostępnienia informacji publicznej"</i>; jest zgodne z kierunkiem z kierunkiem zaproponowanym w sprawie II SAB/Wa 128/14 (zob. "Najważniejsza teza" punkt 2)</p>
<p>II SAB/Wa 128/14 (wyrok z 17 czerwca 2014 r., nieprawomocny, sygnatura NSA I OSK 2706/14)</p>	<p>1. Ograniczenie dostępu do informacji publicznej następuje w dwóch formach:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 16 UDIP, b) czynności materialno-technicznej - <i>"udzieleniu informacji publicznej w postaci dokumentu zanonimizowanego"</i> <p>2. Udostępnienie informacji publicznej w postaci zaanonimizowanego dokumentu powoduje wygaszenie stanu beczynności. Skardze nie podlega beczynność, lecz sama anonimizacja jako odrębna czynność materialnotechniczna.</p>	<p>1. Sąd pomija milczeniem brak jakiegokolwiek podstawy do szczegółowego wykonywania, indeksowania, opisywania anonimizowanego tekstu; tego rodzaju przepisy nie istnieją w polskim prawie w odniesieniu do udzielania informacji na wniosek; przewidziano je tylko w przypadku BIP (art. 8 ust. 5 UDIP).</p> <p>2. Sąd nie wyjaśnia, dlaczego czynność materialnotechniczna (anonimizacja) wymaga uprzedniego "wyczerpania środków zaskarżenia, o czym stanowi art. 52 § 3 PPSA", skoro przepis ten wyraźnie odnosi się do braku tych środków. Jeśli przyjąć, że WSA pomylił art. 52 § 3 z art. 52 § 2 PPSA, to z punktu widzenia prawnej</p>	<p>1. W dotychczasowym orzecznictwie nie stwierdziłem bezpośredniego odniesienia do problemu braku szczegółowej podstawy prawnej anonimizacji, ani sposobów jej przeprowadzania.</p> <p>2. W głośnej sprawie z udziałem RPO dotyczącej listy przyjętych na studia prawnicze NSA wyraźnie stwierdził (wyrok z dnia 24 maja 2006 r., sygn. akt I OSK 601/05), że warunkiem skutecznego wniesienia skargi do sądu administracyjnego na akty lub czynności, o których mowa w przywołanym przepisie, zgodnie z art. 52 § 3 PPSA, jest wcześniejsze wezwanie do usunięcia naruszenia prawa, jednak beczynność nie wchodzi w zakres pojęcia "akty lub</p>

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

		<p>formy działania organu udostępnienie "zaczernienia" jest w takim samym stopniu udostępnieniem informacji, co np. wysłanie pisma informującego, że żądana informacja nie jest informacją o sprawie publicznej. Tymczasem NSA dopuszczał skargi na bezczynność w przypadku tych ostatnich form działania bez wymogu uprzedniego wezwania.</p>	<p>czynności". Skoro UDIP nie przewiduje dodatkowych środków prawnych przeciwko czynnościom podejmowanym przez organy w przedmiocie udzielenia informacji publicznej (poza odwołaniem od decyzji o odmowie udzielenia takiej informacji) to należy uznać, że skarga na bezczynność jest dopuszczalna bez wezwania do usunięcia naruszenia prawa (aprobująco WSA w Krakowie w wyroku z dnia 6 lipca 2015 r., II SAB/Kr 82/15). Udostępnienie zanonimizowanego materiału wygasa stan bezczynności (zob. wyrok WSA w Opolu z 3 czerwca 2014 r. sygn. akt. II SAB/OI 50/14 z powołaniem na wyrok NSA z 11 stycznia 2013 r., I OSK 2267/12).</p>
<p>II SA/Wa 1732/14 (Uwaga: stan faktyczny sprawy zbieżny ze sprawą II SAB/Wa 702/13; niniejsze postępowanie kontynuowane po wyroku i wydaniu ostatecznej decyzji administracyjnej)</p>	<p>1. Sformułowanie "każdy" zawarte w artykule 2 ust. 1 UDIP "precyzuje zastrzeżone w Konstytucji obywatelskie uprawnienie, (...)(...) owo każdy należy rozumieć jako człowiek (osoba fizyczna) lub podmiot prawa prywatnego."</p> <p>2. Forma decyzji administracyjnej jest prawidłowa. Sąd nie kwestionuje związku pomiędzy przesłanką odmowną a interesem prawnym podlegającym ochronie. W uzasadnieniu prawnym położono nacisk na naruszenie prawa procesowego w sposób prowadzący do naruszenia prawa materialnego. W uzasadnieniu WSA akcentuje uchybienie o charakterze proceduralnym - uchybienie przepisom postępowania dowodowego ("zaskarżona decyzja jak i decyzja ją poprzedzająca podlegały wyeliminowaniu z obrotu prawnego ze względu na naruszenie prawa procesowego w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy oraz naruszenie prawa materialnego tj. art. 5 ust. 2 w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy, tj. w zakresie o jakim mowa w art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c ppsa.", tamże).</p> <p>3. Tajemnica przedsiębiorcy (art. 5 ust. 2 UDIP) i tajemnica</p>	<p>1. Jeżeli zakładamy (tak jak to czyni Sąd), że słowo "każdy" jest "doprecyzowaniem", a nie "rozszerzeniem" art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, to zasadniczym problemem jest, czy prawo do informacji w ogóle przysługuje P4 sp. z o.o., ponieważ nie jest ona "obywatelem" w rozumieniu art. 61 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji RP. W aktualnym stanie prawnym P4 Sp. z o.o. ma większą ochronę wynikającą z art. 10 ust. 1 EKPCz niż z polskiej konstytucji (zob. punkt 1 w kolumnie "Analogiczne rozstrzygnięcia" postanowienie TK w sprawie SK 36/14)</p> <p>2. W orzecznictwie nie wskazano, w jakim trybie i pod jakim rygorem dokonuje się weryfikacji oświadczenia beneficjenta tajemnicy przedsiębiorstwa. Do chwili wydania decyzji odmownej nie ma możliwości prowadzenia postępowania dowodowego w trybie KPA.</p> <p>3. W wyroku NSA z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt I OSK 511/13 nie podjęto najmniejszej próby wyjaśnienia, na czym polega "wartość dodana", tzn.</p>	<p>1. Postanowieniem z dnia 2 grudnia 2015 roku Trybunał Konstytucyjny (sygn. akt SK 36/14) uznał, że konstytucyjne prawo do informacji z art. 61 ust. 1 nie przysługuje osobom prawnym prawa prywatnego.</p> <p>2. Wyrok WSA w Warszawie z 5 czerwca 2014 r. (II SA/Wa 410/14) dot. powołania się na tajemnicę przedsiębiorcy w Narodowym Centrum Badań i Rozwoju: "<i>Organ musi zatem zająć stanowisko wobec całego materiału dowodowego oraz uzasadnić jasno i należyście swoje zdanie, w tym w szczególności, na jakiej podstawie uznał pewne fakty za udowodnione. (...)to organ winien dokonać oceny, czy istotnie zachodzą przesłanki do uznania, iż zastosowanie winien znaleźć przepis art. 5 ust. 2 u.d.i.p. Odmienne wykładnia prowadzi do akceptacji, że gdy dysponent środków publicznych powoła się na tajemnicę przedsiębiorstwa automatycznie zwolniony zostaje z obowiązku udzielenia informacji publicznej".</i></p> <p>2a. W sprawie dostępu do informacji publicznej - umowy</p>

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

	<p>przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 UZNK) nie są tożsame znaczeniowo. Sąd aprobuje identyczny pogląd wyrażony uprzednio w 5 lipca 2013 r., sygn. akt I OSK 511/13</p>	<p>szersze rozumienie tajemnicy przedsiębiorcy w stosunku do tajemnicy przedsiębiorstwa. Sąd poprzestaje na sformułowaniu, że w pewnych przypadkach tajemnica przedsiębiorcy może być rozumiana "szerzej" (niż tajemnica przedsiębiorstwa z UZNK), ale nie podpowiada w jakich wypadkach i dlaczego.</p>	<p>koncesyjnej na eksploatację autostrady A4 stwierdzono, że Stalexport Autostrada Małopolska S.A - koncesjonariusz powołujący się na klauzulę poufności bierze udział w postępowaniu na prawach strony (art. 28 KPA). NSA nie określił momentu, od którego momentu toczy się postępowanie administracyjne w trybie KPA i jakie czynności dowodowe przeprowadza się z udziałem koncesjonariusza (wyrok NSA z 16 stycznia 2013 r. I OSK 2560/12).</p> <p>3. Wyrok WSA w Warszawie z 5 czerwca 2014 r. (II SA/Wa 410/14) kwestionował użyteczność tajemnicy przedsiębiorstwa preferując odmienne (aczkolwiek niesprecyzowane) podejście do tajemnicy przedsiębiorstwa; odmiennie wyrok Sądu Rejonowego w Warszawie dla W-wy Śródmieścia z 5 maja 2009 r. (VI C 98/08) w sprawie tzw. "afery corhydronowej", który potraktował te pojęcia jako synonimy.</p>
--	---	--	---

2. Czy Ugoda jest informacją o sprawie publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 UDIP?

1. W dotychczasowych sporach obejmujących dostęp do treści Ugody przyjęto, że stanowi ona informację publiczną. Wobec prawomocnych, wiążących wyroków WSA i konsekwentnego przyznawania tego faktu prawnego przez Ministra Administracji i Cyfryzacji oraz Ministra Cyfryzacji nie widzę głębszej potrzeby podważania tej tezy. Poinformowany jednak o potrzebie wieloaspektowego rozpatrzenia stanu faktycznego podejmuję ten wątek w następującym celu: otóż należy wyklarować, że nie każde pytanie dotyczące Ugody adresowane do MC i przywołujące prawo dostępu do informacji publicznej będzie wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. Dotyczy to w szczególności wniosku złożonego przez Pana K.K. e-mail'em z 28 grudnia 2015 (godzina 12:10). Zgodnie z powołanym wnioskiem nadawca poprosił (cyt.) *"o udostępnienie informacji publicznej obejmującej:*

- 1. Pełną treść ugody zawartej w dniu 16 lipca 2013 r. pomiędzy Ministrem Administracji i Cyfryzacji a Sferią S.A. oraz udziałowcami tej spółki;*
- 2. Informację dotyczącą tego, czy i w jaki sposób Sferia S.A. oraz jej udziałowcy wykonali zobowiązania wynikające z powyższej ugody;*

3. Informację dotyczącą tego, czy i w jaki sposób Minister Administracji i Cyfryzacji oraz inne organy Państwa wykonały powyższą ugodę".

Ponad mą wszelką wątpliwość (jak zostanie wykazane poniżej wraz z odwołaniem do orzecznictwa), cytowane uprzednio pytania 2 i 3 nie są wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, ponieważ nie dotyczą informacji o faktach, lecz zmierzają do wytworzenia nieistniejącej informacji. Wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej będzie wyłącznie pytanie numer 1.

Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 UDIP "Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystywaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie"⁷. Cytowanemu przepisowi przypisuje się często funkcję konkretyzującą, uszczegółowiającą art. 61 ust. 1 Konstytucji RP. Zwracam uwagę, że ten ostatni (acz najwyższy w hierarchii źródeł prawa przepis; art. 8 ust. 1 i 2 Konstytucji RP), posługuje się sformułowaniem "informacja o działalności", a nie "informacja o sprawie publicznej". Nie jest przedmiotem mojego zadania - ocena zgodności art. 1 ust. 1 UDIP z Konstytucją RP - ale w piśmiennictwie prawniczym co raz częściej wyraża się wątpliwość, czy art. 1 ust. 1 UDIP jest zgodny ze swoim konstytucyjnym wzorcem⁸. Nie da się pominąć milczeniem zjawiska czytania Konstytucji RP "z dołu do góry", tzn. odwrócenia hierarchii źródeł prawa poprzez przypisywanie art. 61 ust. 1 Konstytucji RP znaczenia, które ukształtowało się na gruncie aktu hierarchicznie niższego (UDIP). Sygnalizacja tych zjawisk i moja własna krytyczna ocena przepisów UDIP nie zmienia jednak domniemania zgodności tej regulacji z Konstytucją RP. Dotychczas nie rozpatrywano przed Trybunałem Konstytucyjnym żadnej sprawy, która pozwoliłaby na wzruszenie domniemania zgodności art. 1 ust. 1 UDIP z Konstytucją RP. W związku z powyższym, Minister Cyfryzacji dokonuje wykładni UDIP zgodnie ze znaczeniem przyjętym w praktyce sądownoadministracyjnej. Minister Cyfryzacji analizuje więc każde żądanie informacji (a więc nie tylko zawarte w tekście opiniowanej Ugody) według modelu wypracowanego na gruncie art. 1 ust. 1 UDIP. Zwracam uwagę, że ten kierunek bardzo wyraźnie potwierdził WSA w Warszawie w sprawie II SAB/Wa 702/13 z wniosku (i skargi) P4 Sp. z o.o. Na tej podstawie sąd dokonał wyłączenia z zakresu przedmiotowego ustawy opinii i analizy wnioskowanych przez P4 Sp. z o.o. obok spornego tekstu Ugody (ten ostatni strony uznały za informację publiczną).

2. Aktualny sposób interpretacji art. 1 ust. 1 UDIP prowadzi do dwuetapowego stosowania prawa przez podmiot zobowiązany (MC). W pierwszym etapie ustala się, czy informacja znajdująca się w posiadaniu podmiotu (a więc utrwalona na jakimkolwiek nośniku) dotyczy enigmatycznej „sprawy publicznej”. Jeśli wynik tych ustaleń jest pozytywny, to podmiot zobowiązany przechodzi do drugiego etapu. Polega on na ocenie wnioskowanej informacji publicznej pod kątem przesłanek negatywnych określonych w art. 5 ust. 1 i 2, a także art. 3 ust. 1 pkt 1 (tzw. informacja przetworzona wymagająca szczególnie istotnego interesu publicznego). Jeżeli wnioskowana informacja nie jest informacją o sprawie publicznej, to nie istnieje jednocześnie wymóg rozstrzygnięcia o ewentualnych ograniczeniach

⁷ Cytowane brzmienie zostało ustalone 29 grudnia 2011 r. na mocy art. 1 nowelizacji z 16 września 2011 r. W pierwotnym brzmieniu art. 1 ust. 1 UDIP stanowił, że „Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystywaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”. Nie sposób jednak stwierdzić, że nowelizacja z 2011 r. w jakikolwiek sposób wpłynęła na rozumienie „informacji o sprawie publicznej” w praktyce sądowej oraz w nauce prawa.

⁸ W 2009 r. Profesor Mariusz Jabłoński pisał, że ustawa przetrwała próbę czasu, skoro „żyje i daje się stosować” (M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w trybie wnioskowym*, Wrocław 2009, s. 261), natomiast raptem w 2013 roku ten sam Autor otwarcie wyraził wątpliwość, czy ustawa wyraża "ducha Konstytucji RP" (M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Wrocław 2013, s. 227).

(art. 5 ust. 1 i 2 UDIP) w drodze decyzji administracyjnej. Działanie podmiotu zobowiązanego ogranicza się do pisma, czynności materialno-technicznej (tzw. pisma informującego, że wnioskowana informacja „nie stanowi informacji publicznej”)⁹, która może się składać np. z jednego zdania złożonego, pozbawionego jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego, faktycznego, a zwłaszcza pouczenia o możliwości wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Jedynie w przypadku tzw. "dokumentów wewnętrznych" nie stanowiących informacji publicznej w 2015 r. zaznaczyła się tendencja, oczekiwanie NSA (po raz kolejny niepoparte brzmieniem UDIP), aby podmioty władzy publicznej zawarły wyjaśnienie, dlaczego wnioskowana informacja nie stanowi informacji publicznej¹⁰. Naczelny Sąd Administracyjny nie sprecyzował jednak, jak dokładne powinno być takie wyjaśnienie, niemniej jednak w żaden sposób nie oczekiwał od podmiotu władzy publicznej wydania decyzji administracyjnej z uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

3. Elementem bazowym dla rozważań praktyki było stwierdzenie, że informacją o sprawie publicznej jest „każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa. Informacja publiczna dotyczy sfery faktów”¹¹. Tak sformułowana jurydyczna definicja informacji publicznej legła u podstaw tysięcy wyroków i zdaje się nie budzić większych zastrzeżeń. Teoretycznie rzecz ujmując, tak szerokie rozumienie informacji publicznej czyni zadość kontroli społecznej. Przy takim rozumieniu informacji publicznej jej "autorstwo" nie ma znaczenia. Nie jest istotne, czy dokument powstał np. w urzędzie, czy też został sporządzony poza nim, np. przez podmiot prywatny, a następnie skierowany do podmiotu władzy publicznej. Przy tak szerokich kryteriach kwalifikacji nie ma też znaczenia, czy wnioskowany dokument jest np. merytoryczną kombinacją treści z dokumentu prywatnego i treści przygotowanej przez osobę pełniącą funkcję publiczną. Nie ma też znaczenia to, czy treść dokumentu objęta jest prawami własności intelektualnej. Dla informacji publicznej konstytutywnym pozostaje informacji publicznej chwila utrwalenia informacji na nośniku przez podmiot władzy publicznej (wytworzenie) lub jej wpływ do podmiotu władzy publicznej równoznaczny z uzyskaniem kontroli nad nośnikiem skierowanej informacji.

Do tego momentu konstrukcja UDIP wydaje się banalnie prosta i pozwala (teoretycznie) przejść do rozważań typowych dla innych systemów prawnych (chodzi o wskazane w art. 5 ograniczenia ze względu na informacje niejawne lub tajemnice ustawowo chronione, prywatność, tajemnicę przedsiębiorcy). W praktyce sądownoadministracyjnej zagadnienie uległo jednak poważnemu skomplikowaniu. Zazaczyłem już, że w świetle orzecznictwa sądownoadministracyjnego organ jest zobowiązany do przeprowadzenia analizy, czy wnioskowana informacja (zapisana na nośniku i znajdująca się w posiadaniu zobowiązanego; zob. dalsze uwagi na temat informacji o

⁹ Istotę postępowania w tym trybie opisał NSA w uzasadnieniu postanowienia z 25 lipca 2012 r. (I OSK 1675/12): "Jeżeli skarżący pozostaje w przekonaniu, iż żądane przez niego informacje mają charakter informacji publicznej w rozumieniu u.d.i.p., to może on wnieść do sądu administracyjnego skargę na bezczynność organu, w efekcie rozpoznania której sąd ma obowiązek przesądzić o charakterze informacji poprzez dokonanie kwalifikacji, czy żądane informacje są, czy też nie informacjami publicznymi w rozumieniu u.d.i.p. Dopiero merytoryczna ocena żądania strony przez pryzmat ustawy o dostępie do informacji publicznej pozwala de facto stwierdzić, czy w sprawie o bezczynność ma zastosowanie ustawa o dostępie do informacji publicznej. Przesądzenie, że w sprawie będą miały zastosowanie przepisy dotyczące informacji publicznej, pozwala dopiero na przejście do drugiego etapu badania skargi - to jest do stwierdzenia, czy w sprawie występuje bezczynność (...) Dwuetapowość spraw o bezczynność w zakresie informacji publicznej przesądza o specyfice tych spraw.", CBOSA.

¹⁰ Zob. uzasadnienie wyroku NSA z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. I OSK 1607/14, opubl. w CBOSA.

¹¹ Wyrok NSA z 29 lutego 2012 r. (I OSK 2215/11), opubl. w CBOSA.

faktach i przesłanki "posiadania" informacji z art. 4 ust. 3 UDIP) dotyczy "sprawy publicznej". Obecne rozumienie informacji o sprawach publicznych jest ścieraniem się dwóch przeciwstawnych sądowych koncepcji „sprawy publicznej” - podmiotowej oraz przedmiotowej. W ogromnym skrócie przybliżę obie koncepcje, ponieważ uważam, że w postępowaniach sędziowsko-administracyjnych dot. spornej Ugody sądy konsekwentnie stosują koncepcję informacji publicznej w znaczeniu przedmiotowy (wąskie ujęcie "sprawy publicznej").

4. Profesor, sędzia NSA *Małgorzata Jaśkowska* twierdzi, że „*pojęcie podmiotowe [informacji publicznej – M.B.] oparte jest na założeniu, że zgodnie z art. 61 ust. 4 Konstytucji RP ustawa miała jedynie określać tryb udzielania informacji, natomiast jej zakres przedmiotowy i podmiotowy wynika z samej Konstytucji*”¹². Dla ustalenia czy dana informacja jest sprawą publiczną skupiamy się na pytaniu „kto lub co” kontroluje (posiada) informację publiczną, tzn. czy jest to podmiot publiczny. Sprawa publiczna w takim podmiotowym ujęciu jest bliska (o ile nie tożsama) językowo z pojęciem sprawy przeznaczonej i dostępnej dla ogółu (a nie „dotyczącej” ogółu), a więc wnioskując dalej *a maiori ad minus* dostępna również dla każdego człowieka z osobna. Informacja staje się publiczną, ponieważ władze je posiadające są publiczne - nie zajmują się gromadzeniem i wytwarzaniem informacji dla celów innych niż regulacja życia społecznego. Władze publiczne nie istniałyby i nie gromadziły informacji, gdyby podmiot władzy w państwie (Naród) nie powołał ich do życia na mocy Konstytucji RP. Podmiot publiczny gromadzi informacje w imieniu i na rzecz podmiotu władzy w państwie. Związek jednego z drugim jest jeszcze bardziej widoczny w pytaniu (zwykle retorycznym, pomijając incydenty przypadkowego, omyłkowego wprowadzenia informacji do podmiotu publicznego¹³), czy informacja w ogóle trafiłaby w posiadanie podmiotu, gdyby nie wykonywanie przez niego zadań publicznych lub co najmniej posiadanie środków ku temu służących?

Z kolei Informacja publiczna w znaczeniu przedmiotowym kładzie silny akcent na pojęcie „*sprawy publicznej*” utożsamiane „*z działaniami (zaniechaniami) podmiotów realizujących zadania zaliczone do szeroko rozumianego interesu publicznego. W ten sposób zmierzano do zwężenia zakresu udzielania informacji poprzez pokreślenie, że nie obejmują one spraw prywatnych, niepublicznych, osobistych, czy przez wyłączenie z ich zakresu dokumentów wewnętrznych, nieodnoszących się do spraw publicznych*”¹⁴. Zwracam uwagę, że przy takim założeniu konstytucyjnym elementem informacji o sprawie publicznej staje się sposób czynienia przez organ użytku z informacji. **Sam fakt posiadania informacji pod kontrolą podmiotu władzy publicznej staje się kryterium niewystarczającym.** Jest to zdecydowanie węższe (przedmiotowe) ujęcie informacji o sprawie publicznej. Uznanie dla takiej koncepcji zaprezentowano m.in. w wyrokach NSA z 17 października 2013 r. (I OSK 1105/13), wyroki NSA z 15 lipca 2010 r. (I OSK 707/10), 27 stycznia 2012 r., (I OSK 2130/11), 21 czerwca 2012 r. (I OSK 666/12), 14 września 2012 r. (I OSK 1203/12), 11 marca 2014 r. (I OSK 118/14), 23 lipca 2014 r. (I OSK 3007/13)¹⁵. Uważam, że taką koncepcję przyjął nie tylko

¹² M. Jaśkowska, *Pojęcie informacji i jej rodzaje*, Aktualne problemy dostępu do informacji publicznej -Kwartalnik Prawa Publicznego, Rok XII, nr 3/2012, s. 60.

¹³ Ale nawet w takich przypadkach okazuje się, że obchodzenie się z informacją nieprzeznaczoną dla podmiotu władzy publicznej pozostaje wciąż zagadnieniem regulowanym przez prawo (por. art. 66 KPA).

¹⁴ M. Jaśkowska, *Pojęcie informacji i jej rodzaje...*, s. 67.

¹⁵ Opubl. w CBOSA.

sam Minister Administracji i Cyfryzacji, ale i została ona uznana za prawidłową przez WSA w prawomocnie zakończonej sprawie II SAB/Wa 702/13¹⁶.

5. Informacja musi nie tylko dotyczyć sprawy publicznej, ale przede wszystkim musi dotyczyć też "sfery faktów". Trzynastoletni okres stosowania UDIP oparł się na dominującym poglądzie, że informacją o sprawie publicznej jest „każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa. Informacja publiczna dotyczy sfery faktów [podkreślenie własne - M.B.]”¹⁷. W jednym z pierwszych orzeczeń NSA wyjaśniał, że „informacja publiczna odnosi się (...) do faktów. Bliższa analiza art. 6 ustawy [o dostępie do informacji publicznej – M.B.] wskazuje, że wnioskiem w świetle tej ustawy może być objęte jedynie pytanie o określone fakty, o stan określonych zjawisk na dzień udzielenia odpowiedzi”¹⁸. Wydaje się, że tak częste odwoływanie się przez sądy do faktów w początkowym okresie obowiązywania UDIP miało swój wymiar edukacyjny dla uprawnionych. W orzecznictwie zmierzano do wyjaśnienia, w jaki sposób prawidłowo formułować wnioski o udostępnienie informacji publicznej, co znakomicie potwierdzało istotę prawa do informacji. Jak słusznie stwierdził NSA w wyroku z dnia 19 grudnia 2002 r. (II SA 3301/02)¹⁹ sprawa nie ma charakteru informacji publicznej, nie jest faktem odpowiedź na pytanie, które w istocie objaśnia "stosowanie prawa w indywidualnej sprawie z zakresu administracji publicznej"²⁰. Podobne (i słuszne stanowisko) zajął w WSA w Warszawie w postanowieniu z 22 lutego 2005 r. (II SA/Wa 1879/04) rozpoznając sprawę, w której wnioskodawca powołujący się na UDIP zadał 9 pytań²¹. Żadne z nich nie dotyczyło konkretnego wydarzenia, lecz przenosiło w sobie oczekiwanie sporządzenia interpretacji prawnej na zadany temat²². Równie trafne było stanowisko WSA w Warszawie z 13 maja 2013 (II SAB/Wa 64/13), który wyjaśniał, że "Wnioskiem o udzielenie informacji publicznej może być zatem objęte pytanie o określony stan istniejący na dzień udzielania odpowiedzi. (...). Wniosek o udostępnienie informacji publicznej nie może natomiast dotyczyć ewentualnych zamierzeń, czy też przyszłych działań organu, nie może być też postulatem podjęcia przez organ określonych działań w przyszłości. Rolą organu udzielającego odpowiedzi w trybie udostępniania informacji publicznej, nie jest też tworzenie materiałów na potrzeby udzielenia odpowiedzi, ale udostępnienie wyłącznie tych informacji, które organ posiada"²³.

¹⁶ "Dla omawianej problematyki kwestią kluczową będzie więc ustalenie tego, czy sporna ekspertyza została wykorzystana przez organ w jego działaniach dotyczących wykonywania zadań publicznych", tamże.

¹⁷ Wyrok NSA z 29 lutego 2012 r. (I OSK 2215/11), opubl. w CBOSA.

¹⁸ Wyrok z 25 marca 2003 r. (II SA 4059/02) Monitor Prawniczy, 2003, nr 10, s. 436 lub CBOSA.

¹⁹ Opubl. w CBOSA.

²⁰ Konkluzja sądu staje się dużo bardziej zrozumiała, jeśli zestawimy ją z treścią spornego wniosku o udostępnienie informacji publicznej: "od którego dnia, miesiąca i roku organy Komendant Rejonowy i Komendant Miejski PSP w G. oraz Komendant Wojewódzki PSP w K. były organami odszkodowawczymi w zakresie roszczeń finansowych ze stosunku służbowego strażaka Państwowej Straży Pożarnej oraz które przepisy mają zastosowanie w tej sprawie?".

²¹ Opubl. w CBOSA.

²² Np. "czy pracownik PFRON, który otrzymał skargę dotyczącą jego działalności, obowiązany jest przekazać ją niezwłocznie swojemu przełożonemu służbowemu; jakiej odpowiedzialności podlega pracownik PFRON winny niewłaściwego załatwienia skarg, jeśli skarżący ponowił swoją skargę, a organ właściwy PFRON podtrzyma swoje stanowisko, to kogo zawiadamia tenże organ o sposobie załatwienia skargi w myśl art. 239 § 2 kpa", tamże.

²³ Kwestią sporną, do której odnosił się Sąd był następujący fragment wniosku skierowanego do Ministerstwa Spraw Zagranicznych: "Jakie kroki prawne oraz inne środki zamierza podjąć Ministerstwo Spraw Zagranicznych, aby wrak rozbitego 10 kwietnia 2010 r. w Smoleńsku samolotu Tu-154 wrócił do Polski; Jakie kroki prawne oraz inne środki zamierza podjąć Ministerstwo Spraw Zagranicznych, aby rejestratory lotu (tzw. czarne skrzynki) rozbitego 10 kwietnia 2010 r. w Smoleńsku samolotu Tu-154 wrócił do Polski", opubl. w CBOSA.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

Przytaczając powyższe przykłady pragnę zwrócić uwagę, że pytanie "czy i w jaki sposób Sferia S.A. oraz jej udziałowcy wykonali zobowiązania wynikające z powyższej ugody", ewentualnie "czy i w jaki sposób Minister Administracji i Cyfryzacji oraz inne organy Państwa wykonały powyższą ugody"? Są w istocie pytaniami zmierzającymi do cywilnoprawnej oceny wypełnienia zobowiązania określonego Umową. Taka ocena nie jest faktem empirycznym (naturalnym), lecz konwencjonalnym. Poprzez fakt konwencjonalny rozumiem przypisanie określonym zdarzeniom (weryfikowanym empirycznie) pewnych znaczeń. Takie przypisanie umownego, konwencjonalnego znaczenia pewnym działaniom (zaniechanie, działanie MC lub Sferia S.A.) weryfikowanym empirycznie mogłyby wynikać z treści wyroku sądu arbitrażowego lub cywilnego. Ewentualna odpowiedź na tak sformułowane pytania Pana K.K. zakłada, że Minister Cyfryzacji dokonuje oceny prawnej Ugody i uzewnętrznia swoje konkluzje na piśmie (a więc wytwarza nową informację, której wcześniej nie posiadał), co jest niczym innym, aniżeli abstrakcyjną wykładnią "stosowania prawa w indywidualnej sprawie" (zob. wcześniejszą uwagę dot. wyroku w sprawie II SA 3301/02). W efekcie sporządzone wyjaśnienie jest odzwierciedleniem stanu świadomości, ocen, poglądów, a nawet spekulacji "interpretatora" Ugody. Jak wskazywałem uprzednio, sądownictwo podchodzi bardzo krytycznie do tego rodzaju wniosków traktując je jako wnioski **nie dotyczące informacji publicznej (nie dotyczące sfery faktów)**. W konkluzji pragnę jeszcze raz przypomnieć, że tak sformułowane pytania ("czy i w jaki sposób Sferia S.A. oraz jej udziałowcy wykonali zobowiązania wynikające z powyższej ugody", ewentualnie "czy i w jaki sposób Minister Administracji i Cyfryzacji oraz inne organy Państwa wykonały powyższą ugody"?) powinny spotkać się z pisemną odpowiedzią wyjaśniającą, iż tak sformułowane pytania nie stanowią wniosku o udostępnienie informacji publicznej, ponieważ nie dotyczą sfery faktów. W celu wzmocnienia argumentacji można przywołać orzecznictwo NSA i WSA (punkt III.2.5.).

6. W celu uniknięcia polemiki z kolejnymi *quasi*-wnioskami o udostępnienie informacji publicznej pragnę dodać, że informacja w rozumieniu art. 1 ust. 1 UDIP musi dotyczyć sprawy publicznej, faktów (w opisanym znaczeniu), ale przede wszystkim być utrwalona na nośniku analogowym lub cyfrowym. Stanowczo odrzucam poglądy, które traktują osoby pełniące funkcje publiczne jako "nośnik informacji publicznej". Przyjęcie odmiennej tezy powoduje, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej przybierałby postać swego rodzaju "pisemnego przesłuchania", a wręcz wymuszania na funkcjonariuszach zajęcia stanowiska w określonej sprawie i na konkretne żądanie wnioskodawcy, mimo że dotychczas nie istniała żadna utrwalona informacja dokumentująca takie stanowisko.

W przeciwieństwie do demokratycznych ustawodawstw Europy (włączając w to państwa naszego regionu)²⁴ i Ameryki Płn., prawa Unii Europejskiej²⁵, standardów Rady Europy²⁶ w przepisach

²⁴ Na przykład czeska ustawa z 11 maja 1999 roku o swobodnym dostępie do informacji (Zákon o svobodném přístupu k informacím) pojęciem informacji obejmuje "jakąkolwiek treść lub jej część w jakiegokolwiek postaci i na dowolnym nośniku, w szczególności zapisaną w urzędzeniu, zapis przechowywany w postaci elektronicznej lub zapis dźwięku, obrazu lub obrazu i dźwięku" (art. 3 ust. 3). Odwołanie do nośnika danych występuje również w § 4 ust. 3 słowackiej ustawy nr 211 z 17 maja 2000 r. o swobodnym dostępie do informacji i zmianie niektórych ustaw, zwana także ustawą o (swobodzie) wolności informacji (zákon o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov; zákon o slobode informácii). Do pojęcia "zapisu" odwołuje się również art. 2 ust. 1 niemieckiej federalnej ustawy z dnia 5 października 2005 r. o swobodnym dostępie do informacji (Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes). W przypadku niekwestionowanego lidera regionu w dostępie do informacji publicznej (Szwecja) również nie ma mowy o istnieniu informacji publicznej bez nośnika. Wynika to z konstytucyjnej definicji dokumentu (art. 3 zdanie pierwsze ustawy konstytucyjnej - Aktu o wolności Druku z 5 kwietnia 1949 r. Tekst publikacji w polskim przekładzie znajduje się w publikacji: M. Grzybowski, K. Dembiński, Konstytucja Królestwa Szwecji, Warszawa 2000, s. 73-116). Szeroko pojmowanym dokumentem jest "treść wyrażona pismem lub obrazem bądź zapis, który może zostać odczytany, odsłuchany, wysłuchany albo w inny sposób odtworzony środkami technicznymi" (zob. art. 3 ust. 1 zdanie pierwsze rozdziału II ustawy). Jest to więc

polskiej ustawy nie wprowadzono wyraźnego wymogu, aby informacja publiczna była utrwalona w "dowolny" lub "określony" sposób. Nie oznacza to jednak, że taki wymóg nie istnieje. Moim zdaniem wynika on z artykułu 61 ust. 2 Konstytucji RP oraz 4 ust. 3 UDIP. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 września 2002 r. (sygn. akt K 38/01), stwierdzono, że prawo do informacji oraz jego zakres wyznaczają "bezpośrednio same przepisy art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP oraz ustawy zwykłe doprecyzowujące te treści"²⁷. Przyjmując zasadę wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją RP opowiadam się za powiązaniem informacji publicznej z nośnikiem (dokumentem). Podobne (i moim zdaniem trafne) stanowisko dot. wykładni art. 61 Konstytucji RP wyraził Jerzy Ciapała²⁸. Niezależnie od konstytucyjnych, systemowych dyrektyw wykładni zdrowy rozsądek podpowiada następującą tezę: **nie można udostępnić informacji publicznej, która nie istnieje²⁹. Z kolei obiektywna weryfikacja przesłanki "posiadania informacji", o której mowa w art. 4 ust. 3 UDIP, jest możliwa tylko i wyłącznie metodami empirycznymi w odniesieniu do informacji zmaterializowanej na (analogowym lub cyfrowym) nośniku. Człowiek nie jest "nośnikiem" informacji publicznej.**

Powyższa konkluzja wydaje mi się dość oczywista, ale podkreślam, że w piśmiennictwie prawniczym można zetknąć się z odmiennymi - moim zdaniem błędnymi - tezami. Nie akceptuję supozycji, że "człowieka też należy uznać za nośnik informacji, jeśli krąży ona między osobami, a nie została w żaden sposób utrwalona"³⁰. Na przykład Profesor Mariusz Jabłoński stanął na stanowisku szerokiego rozumienia informacji publicznej, które zdaje się uwalniać informację od jej nośnika: "Uwzględniając natomiast to, że źródłem informacji może być określonego rodzaju zdarzenie (działanie, brak działania, zachowanie itd.) dotyczące zobowiązanego, należy przyjąć, że mamy do czynienia ze skomplikowanym i złożonym systemem źródeł informacji publicznej obejmującym nie tylko istniejącą w danym momencie postać sformalizowanych i utrwalonych źródeł informacji, ale i sumę zdarzeń, które mogą zostać pozytywnie zweryfikowane (np. oświadczenie funkcjonariusza publicznego)"³¹. Rzecz jednak w tym, że trudno wyobrazić sobie sytuację, w której weryfikujemy bezspornie zdarzenie pozytywnie albo negatywnie bez skorzystania z jakiegokolwiek zapisu zdarzeń (np. zdjęcia, nagrania audiowizualnego, tekstu), do którego podmiot weryfikujący ma już dostęp. Cytowany Autor twierdzi, że "informacja publiczna i jej pozyskiwanie nie koncentruje się wyłącznie na

jakikolwiek obiekt (nie wyłączając elektronicznego przetwarzania danych), który zawiera jakiegoś rodzaju informację. Dokument musi znajdować się w posiadaniu podmiotu władzy publicznej.

²⁵ Zgodnie z art. 2 punkt 3 dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE L 345 z 31.12.2003, str. 90) "dokument oznacza (...) jakkolwiek treść niezależnie od zastosowanego nośnika (zapisaną na papierze lub zapisaną w formie elektronicznej lub zarejestrowaną w formie dźwiękowej, wizualnej albo audiowizualnej); (...) każdą część tej treści".

²⁶ Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. b Konwencji Rady Europy o Dostępie do Dokumentów Urzędowych (Rada Europy przyjęła Konwencję 18 czerwca 2009 r. w Tromsø) dokument urzędowy oznacza „wszelkie informacje utrwalone w dowolnej formie, sporządzone lub otrzymane przez władze publiczne i będące w ich posiadaniu”. Polska nie zawarła i nie ratyfikowała konwencji. Tekst Konwencji wraz z wykazem państw-sygnatariuszy znajduje się pod adresem <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/205.htm>.

²⁷ OTK-A 2002/5/59.

²⁸ J. Ciapała, *Pojęcie prawa podmiotowego* (w:) J. Ciapała, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych. Zbiór studiów, Szczecin-Jarocin 2006*, s. 33.

²⁹ „Od <<milczenia>> organu trzeba odróżnić sytuację, w której organ administracji odpowiada na wniosek o udzielenie informacji publicznej, lecz nie może podać żądanych informacji, bo ich po prostu nie ma. W takiej sytuacji odpowiedź organu na wniosek zainteresowanego podmiotu trzeba potraktować jako udzielenie informacji, (...). W przeciwnym razie, w sytuacji, gdy organ nie ma żądanej informacji, ewentualne orzeczenie sądu zobowiązujące do udzielenia informacji byłoby w ogóle niewykonalne. Nie można bowiem <<zmusić>> kogoś do udzielenia informacji, której nie ma”, uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie z 6 lipca 2006 r., II SAB/Wa 48/06, opubl. w CBOSA.

³⁰ A. Sarota, *Granicie dostępności informacji publicznej*, Kontrola Państwowa, nr 6 listopad-grudzień z 2012 r., s. 63 z powołaniem na: T. R. Aleksandorowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 96-97.

³¹ M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Wrocław 2013, s. 145.

dokumentach. Oczywiście dokumenty te są jednym z najważniejszych źródeł, ale nie jedynym. Mając na względzie dotychczasowe doświadczenia towarzyszące praktyce udostępniania informacji publicznej, można stwierdzić, że obejmowała ona swym zakresem udostępnianie informacji nie tylko o sformalizowanych (ujętych w postaci treści stworzonych dokumentów) efektach działalności zobowiązanych, lecz o fakcie podejmowania działania przez podmioty zobowiązane, w tym o zachowaniu funkcjonariuszy publicznych³².

Moim zdaniem takie poglądy mogą wynikać ze skrajnie odmiennej wizji polskiego prawa w stosunku do standardów międzynarodowych lub też dość pospolitych błędów, tzn. niedostrzeżenia, że udzielanie informacji publicznej w formie ustnej jest wtórne wobec jakiegoś nośnika informacji³³. Zakomunikowanie jakiegoś faktu wymaga więc odwołania się do jakiegoś źródłowego dokumentu (zob. art. 10 ust. 2 UDIP). Drugą postacią błędu jest identyfikowanie "odmaterializowanych" stanowisk podmiotów władzy publicznej (np. nie posiadamy informacji, nie potwierdzamy lub nie zaprzeczamy istnieniu informacji, itp.) z udzielaniem informacji publicznej, podczas gdy w mojej ocenie są to prawne formy działania wynikające z norm o charakterze gwarancyjnym (ochronnym).

Cytowane poglądy nauki nie powinny być bezkrytycznie akceptowane również z dwóch innych zasadniczych powodów. Po pierwsze, cytowane "doświadczenia towarzyszące praktyce" nie mogą rzutować na rozumienie tekstu prawnego i międzynarodowe, unijne standardy prawa do informacji, do których aspiruje Polska. Uzasadnianie znaczenia przepisu prawnego przejawem zewnętrznym - przebiegiem czynności konwencjonalnej dokonanej wedle (niekoniecznie prawidłowego) rozumienia normy odkodowanej przez funkcjonariusza nie może stanowić ostatecznego argumentu pomijającego metody wykładni tekstu prawnego. Praktyka wdrażania UDIP jest akurat bardzo niefortunnym przykładem powstawania określonego rozumienia przepisu prawnego, skoro w niemal identycznych stanach faktycznych zapadają skrajnie odmienne rozstrzygnięcia, a jedyną różnicą jest upływ czasu między jednym a drugim rozstrzygnięciem³⁴. Jednakże nawet w bogatej i zróżnicowanej praktyce stosowania UDIP przyjmuje się **wymóg utrwalenia informacji publicznej**³⁵. I tak oto w uzasadnieniu wyroku WSA w Gliwicach z 21 czerwca 2011 r. (IV SA/GI 29/11) wyrażono bardzo słuszne i racjonalne stanowisko, iż **"z informacją publiczną spotykamy się wówczas, gdy informacja taka jest już wytworzona w formie określonego dokumentu, względnie w oparciu o dostępne dokumenty może zostać przetworzona"**. Powyższa

³² M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w formie...*, s. 145-146.

³³ Przyznaję, że tego typu błędy (niezależnie od dość szlachetnych pobudek) towarzyszyły mi również w początkowej fazie badań naukowych nad tym zagadnieniem (zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, [rozdział I punkt 2.3. "Przedmiot, zakres i ograniczenia udostępniania informacji", opubl. w Systemie Informacji Pranej Lex Omega]), natomiast głębsza analiza skutków takiej koncepcji, rachunek zysków i strat dla obywatela, a wręcz osiągnięcie stanu propagandy i marketingu politycznego skłoniły mnie do zakwestionowania tezy o luźnych związkach pomiędzy informacją a jej nośnikiem (M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 52-53).

³⁴ Wyrokiem z dnia 26 maja 2010 r. (IV SAB/Wr 19/10) WSA we Wrocławiu orzekł, że protokoły z Kolegium Prezydenckiego odbywającego się cyklicznie w Urzędzie Miejskim we Wrocławiu są informacją publiczną i zobowiązał Prezydenta do rozpatrzenia wniosku o ich udostępnienie. Prezydent Wrocławia nie złożył skargi kasacyjnej od tego wyroku. 18 września 2013 r. Prezydent Wrocławia odmówił organizacji pozarządowej (w drodze czynności materialnoteczniczej; zob. pismo WOK-IP-1431.155.2.2013 z dnia 18 września 2013 r., opubl. na stronie http://informacjapubliczna.org.pl/11,883,granice_absurdu_juz_bliisko_dokument_wewnetrzny.html, podaję wg. stanu na 9.02.2016 r.) udostępnienia protokołów stwierdzając, że są to "dokumenty wewnętrzne" (w ocenie zobowiązanego nie są informacją publiczną).

³⁵ Tak też słusznie stwierdza WSA w Warszawie w wyroku z dnia 22 lutego 2013 r. (II SAB/Wa 421/12): "Aby dana informacja publiczna mogła być przedmiotem jej udostępnienia w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej musi istnieć w formie utrwalonej, bowiem tylko w takiej formie jest możliwa do udostępnienia", opubl. w CBOSA.

*uwaga posiada znaczenie w rozpatrywanej sprawie, albowiem skład orzekający nie podziela stanowiska skarżącego opierającego się o poglądy doktryny, że informacją publiczną jest informacja posiadana w pamięci członka organu administracji publicznej. Skład orzekający opowiada się za stanowiskiem, że z informacją publiczną spotykamy się wówczas, gdy jest ona utrwalona w formie dokumentu, względnie w oparciu o istniejące dokumenty może zostać przetworzona. Innymi słowy nie jest dopuszczalne w ramach dostępu do informacji publicznej domagać się od organów administracji publicznej ich wytworzenia*³⁶.

Po drugie, przyjęcie poglądu o istnieniu w naszym porządku prawnym prawa dostępu do informacji publicznej, która nie ma nośnika (nie została utrwalona, istnieje w świadomości osoby upoważnionej do udzielania informacji publicznej) oznaczałoby, że Polska jest najprawdopodobniej jedynym krajem na świecie, który przyznał w ustawie dostępowej prawo do abstrakcyjnej informacji - roszczenie o wytłumaczenie pewnych zjawisk, zajęcie stanowiska w sprawie, itp. Jest to wprawdzie możliwe, a nawet spotykane w innych krajach (np. w Czechach, Słowacji), ale wyłącznie w celu legitymizowania odmowy albo jako uprawnienie ochronne posiadające prawo dostępu do informacji (np. obowiązek potwierdzenia albo zaprzeczenia posiadania informacji w Wielkiej Brytanii; ang. *duty to confirm or deny* w sekcji 1(6) *Freedom of Information Act 2000*). Wyraźnie podkreślam, że są to informacje uzyskiwane jako efekt działania przepisów ochronnych, gwarancyjnych. Służą najczęściej do wyjaśnienia, uzasadnienia ograniczonej dostępności informacji (np. skutek przesłania do innego podmiotu, utraty, zniszczenia, zagubienia). Nie chodzi wówczas o udostępnienie informacji publicznej w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale raczej o "meta-informacje" (informacje o informacji publicznej³⁷). Polska ustawa nie posiada tego rodzaju przepisów, ale nakaz podania takich "meta-informacji" osiąga się drogą dość aktywistycznej interpretacji NSA³⁸.

7. Konkludując powyższe uważam, że:

- a) Uгода spełnia cechy informacji publicznej, gdyż jest utrwalonym na papierze, posiadany przejawem działania naczelnego organu administracji państwowej podjętego w deklarowanym celu ochrony interesów Skarbu Państwa i adresowanym do podmiotu trzeciego. Okoliczności tej nie kwestionowano w żadnym z dotychczasowych postępowań sądowoadministracyjnych i nie czynił tego każdorazowy podmiot zobowiązany (MAiC oraz**

³⁶ Opubl. w CBOSA. Oczywiście powstaje tu kolejne zagadnienie problemowe, tzn. co należałoby rozumieć pod pojęciem "określonego dokumentu", niemniej jednak w skali światowej rezygnuje się z opisu konkretnych form utrwalenia, na rzecz lakonicznego wymogu utrwalenia. Milczenie wobec konkretnych, materialnych form jest równoznaczne z dowolnością utrwalenia. Wydaje się, że UDIP od początku realizowała ten standard, a brzmienie art. 23a ust. 1 UDIP dodane w 2011 roku tylko wzmacnia to założenie konstrukcyjne ustawy.

³⁷ Porównaj treść art. 12 ust. 1 UDIP.

³⁸ Obszernie i jakże słusznie na temat standardów, szczegółowości wyjaśnień co do istnienia albo nieistnienia informacji publicznej zob. uzasadnienie wyroku NSA z 29 kwietnia 2015 (I OSK 1595/14): "(...) zaistnienie negatywnych przesłanek, w tym nieposiadanie w ogóle wnioskowanych informacji, uniemożliwia adresatowi wniosku pozytywne rozpatrzenie otrzymanego żądania (lub uwzględnienia wniosku w całości). Jednak, aby można było uznać, że nie zachodzi bezczynność w zakresie udzielenia informacji publicznej (także tej, której organ nie posiada w całości), podmiot zobowiązany do jej udostępnienia, powinien wyraźnie powiadomić o tym wnioskodawcę. Zatem podmiot, który zamierza zawiadomić stronę, że nie posiada jakichkolwiek wnioskowanych informacji, powinien po pierwsze w tym zakresie złożyć wobec strony oświadczenie, a po drugie twierdzenie takie w całości uwiarygodnić. W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że strona nie może domniemywać intencji adresata wniosku oraz samodzielnie domyślać się czy dysponuje on żądanymi informacjami, czy też danych tych, nawet w części, nie posiada. Tym samym oświadczenie to musi być jednoznaczne w swej treści. Adresat wniosku musi więc wprost wypowiedzieć się nie tyle, że nie posiada <<kompletnej dokumentacji>>, lecz że nie ma żadnych z wnioskowanych dokumentów.", opubl. w CBOSA.

MC). Ewentualny zwrot stanowiska w tej sprawie obniżyłby zaufanie do Ministra Cyfryzacji, niemniej jednak jest on teoretycznie dopuszczalny (zob. podpunkt "b")

- b) zważywszy na pewne wyłomy w orzecznictwie dotyczącym pojęcia "faktów" należy zasygnalizować, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 stycznia 2012 r. (I OSK 2130/11) NSA stwierdził, że opinie prawne przygotowane dla Prezydenta RP nie stanowią informacji publicznej. Sąd uzasadniał wówczas, że „*informację publiczną stanowią wyłącznie dane obiektywne lub fakty a nie kwestie ocenne czy postulatywne* [podkreślenie własne - M.B.] (...) *Naczelny Sąd Administracyjny nie podziela poglądu Sądu I instancji, że wszystkie dokumenty i informacje znajdujące się w posiadaniu Kancelarii Prezydenta RP, w tym również wszystkie opinie prawne i ekspertyzy, stanowią informację publiczną*”³⁹.

Moja ocena cytowanego rozstrzygnięcia NSA w sprawie I OSK 2130/11 jest bardzo krytyczna. Uważam, że lansowanie tego poglądu podważa funkcję i istotę konstytucyjnego prawa do informacji o działalności organów i osób pełniących funkcje publiczne. Skoro "kwestie ocenne" nie stanowią dla NSA informacji publicznej, to w okoliczności opinowanej sprawy powstaje problem jak wg. kryteriów NSA traktować np. fragment (B) Ugody, rozpoczynający się od słów "w ocenie Sferii oraz Akcjonariuszy (...)" lub literę (I) Ugody rozpoczynającą się od słów "W ocenie Ministra (przy czym żadne z twierdzeń zawartych w niniejszym akapicie nie stanowi uznania jakichkolwiek roszczeń Sferii lub Akcjonariuszy)"? Cytowana konkluzja NSA nakazywałaby przyjąć tezę, że istotne fragmenty Ugody w ogóle nie stanowią informacji publicznej, więc rozstrzyganie o ich statusie drogą anonimizacji jest wręcz niedopuszczalne⁴⁰, gdyż tego rodzaju prawne formy działania dotyczą informacji publicznej, a nie informacji "nie-publicznej" (np. ocennej, postulatywnej). Powszechnie znana jest praktyka Ministra Finansów, który - w wykonaniu wyroku WSA w Warszawie z 12 czerwca 2013 r. (VIII SA/Wa 179/13) - udostępniał informację publiczną (maszynopis protokołu narady Kierownictwa Ministerstwa Finansów) z usuniętymi partiami tekstu (o nieustalonym zakresie) z komentarzem "Treść nie stanowi informacji publicznej"⁴¹.

W przedłożonych materiałach Ministerstwa Cyfryzacji nie dostrzegłem refleksji wojewódzkich sądów administracyjnych nad tą kwestią, ale w momencie sporządzania niniejszej opinii nie dysponowałem żadnym orzeczeniem NSA odnoszącym się bezpośrednio do spornej Ugody. Obowiązek należytej staranności radcy prawnego każe mi wskazać, że mimo wątplych podstaw prawnych zawartych w UDIP, cytowane orzeczenie NSA w sprawie I OSK 2130/11 jest uwzględniane w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych, a nawet zostało w dwuznaczny sposób poparte przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku (wydanego w składzie pięciu sędziów) z dnia 9 kwietnia 2015 r. (K 14/13)⁴². Teoretycznie rzecz ujmując, pogląd NSA wciąż może zostać zastosowany do oceny zawartości Ugody.

Osobiście nie podzielam cytowanego poglądu NSA. Uważam go za ewidentną chęć przełamania woli ustawodawcy, który w art. 6 ust. 1 punk 4 litera "c" UDIP zaliczył do tematyki informacji publicznej "treść innych wystąpień i ocen dokonywanych przez organy władzy publicznej".

³⁹ Opubl. w CBOSA.

⁴⁰ Tak też M. Kiełbowski, *Pismo o odmiennym charakterze żądanej informacji (w:) P. Szustakiewicz (red.), Dostęp do informacji publicznej. Praktyczne wskazówki w świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa*, Warszawa 2014, s. 215

⁴¹ http://informacjapubliczna.org.pl/11,889,czy_minister_finansow_moze_lekcewazyc_wyroki_sadow_i_prawo.html (podaję wg. stanu na 26.02.2016).

⁴² Opubl. w bazie orzeczeń TK www.trybunal.gov.pl.

W toku działalności swej naukowej i zawodowej publicznie wyrażam pogląd, że z perspektywy art. 61 ust. 1 Konstytucji RP „informacją o faktach” będzie informacja o tym, że np. określony podmiot władzy publicznej utrwalił w dokumencie treść oceną. Kwestia tego, czy ów autor wypowiedzi ocennej, spekulatywnej, postulatywnej „ma rację”⁴³, czy istnieją jakiegokolwiek podstawy faktyczne dla jego sądów, opinii lub ocen jest z perspektywy "informacji o działalności" kwestią drugorzędną, a co najwyżej może stanowić przedmiot demokratycznej debaty lub - i tu często kryje się sedno sprawy - przyczynek do egzekwowania różnych form odpowiedzialności wobec autora wypowiedzi i związany z tym "efekt chłodzący" (antycypowanie własnej odpowiedzialności). Problemu kolizji między szczerością urzędniczej dyskusji a blaskami i cieniami jej oceny w demokratycznym państwie nie wolno rozwiązywać poza parlamentem poprzez sądowe prawotwórstwo i jego zastosowanie w konkretnej sprawie. A takim zabiegiem jest - w mojej ocenie - próba pozornego rozwiązania skutków wadliwie skonstruowanej UDIP poprzez nową, "sądową" koncepcję rozumienia faktów, która na dłuższą metę nie rozwiązuje żadnego problemu. Mankamenty rozumowania NSA dobrze obrazuje przykład stenogramów sporządzonych precyzyjnie w oparciu o zapis audiowizualny lub nagranie dźwiękowe⁴⁴. Jeśli osoba zarejestrowana wypowiada zdanie, a w nim zawiera jednocześnie treść oceną, to co wówczas traktować jako fakt, kwestię oceną, postulatywną w świetle cytowanego uprzednio wyroku NSA? Czym byłaby w takim razie odpowiedź na następująco sformułowany wniosek o udostępnienie informacji publicznej: "*W oparciu o zapis dźwiękowy z posiedzenia organu A w dniu X.Y.Z. proszę o napisanie słów (wierne, dosłowne ich przytoczenie) wypowiedzianych kolejno przez obecnego na posiedzeniu Jana Nowaka*"? Precyzyjna odpowiedź na takie pytania jest dla mnie bardzo trudna lub niemożliwa. Inną sprawą jest, że NSA unika konfrontacji z tą oczywistą prawdą w sposób całkowicie nielogiczny ograniczając dostęp do materiałów audiowizualnych⁴⁵. Doświadczenia związane z ochroną (ale i penalizacją) wolności wypowiedzi na gruncie art. 54 Konstytucji RP i art. 10 EKPCz również uczą, że często nie da się przeprowadzić precyzyjnego rozróżnienia między faktem a oceną⁴⁶. Nie dziwi mnie więc, że innych państwach demokratycznych (po pewnym okresie eksperymentowania) porzucono taką dychotomię informacji⁴⁷. W Polsce z takiego dysfunkcyjnego anachronizmu sądownictwo uczyniło jednak naczelną metodę rozstrzygania o dostępności informacji dla obywateli. Taki stan rzeczy jest aprobowany przez ustawodawcę i nigdy nie dostrzegłem woli jego zmiany.

Przyjęcie tak płynnej, jurydycznej koncepcji faktów (niezależnie od mojej krytycznej oceny) może jednak wpływać na to, czy Ugoda jest informacją publiczną. Paradoksalnie, nie ma przy tym znaczenia, czy Ugoda spełnia cechy dokumentu urzędowego, o którym mowa w art. 6 ust. 2 UDIP. Przypomnę, że przepisy UDIP posiadają własną, swoistą definicję legalną dokumentu urzędowego: "*Dokumentem urzędowym w rozumieniu ustawy jest treść oświadczenia woli lub wiedzy, utrwalona i podpisana w dowolnej formie przez funkcjonariusza publicznego w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego, w ramach jego kompetencji, skierowana do innego podmiotu lub złożona do akt sprawy*".

⁴³ Taka wypowiedź może odnosić się zarówno do przeszłości, jak i przyszłości (por. art. 6 ust. 1 punkt 1 lit. "c" UDIP).

⁴⁴ Podkreślam, że nie mam na myśli protokołów sporządzonych jako przejaw "filtrowania" sygnałów otoczenia przez osobę notującą dane wydarzenie. W efekcie tych czysto ludzkich działań powstaje *de facto* skrót, opracowanie pewnych wydarzeń, wypowiedzi uzależnione w znakomitej większości od precyzji, koncentracji i zdolności analitycznych osoby notującej własnoręcznie lub maszynopisem przebieg spotkania.

⁴⁵ M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 360-361.

⁴⁶ Szerzej na ten problemów z tym związanych zob. E. Czarny-Drożdziejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego przekazu*, Prace Instytutu Własności Intelktualnej UJ, Zeszyt nr 90, Zakamycze 2005, s. 261-269

⁴⁷ Zob. szerzej M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 171 i orzecznictwo tam omówione.

Przyglądając się tym przesłankom wydaje się, że dokument urzędowy ze swej istoty dotyczy informacji o sprawach publicznych, jednak w orzecznictwie przyjęto odmiennie: analiza cech zawartych w definicji dokumentu urzędowego musi być poprzedzona analizą, czy treść domniemanego dokumentu urzędowego dotyczy faktów o "sprawie publicznej"⁴⁸. Jednakże w dotychczasowych sprawach nie budziło niczych wątpliwości, że ww. cechy zostały spełnione w przypadku Ugody. Podstawowym problemem pozostaje - do jego oceny przechodzę w dalszej kolejności - udostępnienie informacji publicznej z poszanowaniem dyspozycji art. 5 UDIP.

3. Dopuszczalność udostępnienia Ugody w trybie(ach) określonych ustawą z dnia 6 września 2001 r. (w części, która nie została dotychczas udostępniona)

1. Założeniem wstępnym dla dalszej analizy jest przyjęcie następującej dyrektywy wykładni przepisów UDIP: dostęp do informacji publicznej jest zasadą, zaś jej ograniczenia wyjątkiem. Już w początkowym okresie obowiązywania UDIP sam fakt obowiązywania art. 61 Konstytucji RP pozwolił Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu na sformułowanie pewnej metanormy służącej do prowadzenia wnioskowania o konsekwencjach obowiązywania przepisów UDIP. Sąd uznał, że „ogólną zasadą wynikającą z art. 61 Konstytucji jest dostęp do informacji. Wszelkie wyjątki od tej zasady powinny być formułowane w sposób wyraźny, a wątpliwości powinny przemawiać na rzecz dostępu” (wyrok NSA z 2 lipca 2003 r., sygn. II SA 837/03). Jak wskazywałem uprzednio, założenie nie przetrwało w praktyce próby czasu wobec stopniowej ewolucji koncepcji "sprawy publicznej" w znaczeniu przedmiotowym, niemniej jednak pogląd zasługuje na aprobatę i zostanie uwzględniony w dalszych wywodach.

2. Poniższy fragment Opinii został przygotowany w oparciu o kserokopię dwóch dokumentów przekazanych osobiście w sekretariacie Departamentu Telekomunikacji MC w zapieczętowanej kopercie⁴⁹.

Pierwszy z nich jest kserokopią Ugody wolną od jakiegokolwiek ingerencji technicznej (wizerunek dokumentu pozbawiony jakichkolwiek zaczerpień okazany 17 lutego br. w siedzibie Ministerstwa Cyfryzacji). Dokument zawiera 16 kolejno numerowanych stron oraz jedną stronę nienumerowaną zatytułowaną "Załącznik nr 1.6 do Ugody - wykaz spraw sądowych i postępowań administracyjnych". Dla uproszczenia dalszego opisu będę nazywać ten dokument "Ugodą A"

Drugi z dokumentów stanowi kserokopię tekstu Ugody po przeprowadzeniu anonimizacji (zaczerpień). Dla uproszczenia dalszego opisu będę nazywać ten dokument "Ugodą B". Zgodnie dołączoną kserokopią notatki urzędowej z dnia 14 sierpnia 2015 r. (podpis odręczny pod notatką: "A. Chruszcz") anonimizację tekstu Ugody (skutkującą powstaniem Ugody B) przygotowano "na podstawie pism Sferia S.A. i jej akcjonariuszy z dnia 29 maja 2015 r., 6 lipca 2015 r., po wymianie korespondencji ze spółką Sferia oraz jej akcjonariuszami. Dokument zawiera 15 kolejno numerowanych stron, ale w przeciwieństwie do Ugody A nie zawiera już szesnastej strony z podpisami Stron Ugody oraz jednej strony nienumerowanej zatytułowanej "Załącznik nr 1.6 do Ugody - wykaz spraw sądowych i postępowań administracyjnych".

⁴⁸ Por. uzasadnienia orzeczeń WSA w Krakowie z dnia 18 grudnia 2006 r. (II SAB/Kr 87/06 oraz II SAB/Kr 88/06), opubl. w CBOSA.

⁴⁹ Dodatkowymi materiałami były kserokopie korespondencji ze Sferią S.A. i jej Akcjonariuszami po wyroku II SA/Wa 1732/14 ze skargi P4 Sp z o.o. Ocenę stanowiska podmiotów prywatnych co do zakresu tajemnicy prowadziłem w oparciu o zanonimizowaną wersję Ugody dołączoną do notatki urzędowej z dnia 14 sierpnia 2015 r. oraz pisma Sferia S.A. z dnia 11 sierpnia 2015 r. DZ/448/08-2015; Juvel Ltd. z dnia 11 sierpnia 2015 r.; DELAS Holdings Ltd. z 11 sierpnia 2015 r.; Bithell Holdings Ltd.

3. 1. Dopuszczalność udostępnienia Ugody na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Cyfryzacji

1. Na wstępie pragnę zaznaczyć, że aprobatą Sferii S.A. i jej akcjonariuszy⁵⁰ co do wizerunku Ugody B stanowi podstawę do bezwnioskowego udostępnienia skanu Ugody B na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Cyfryzacji na podstawie art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze w związku z art. 6 ust. 1 punkt 4 i 5 UDIP i art. 5 ust. 2 zdanie 2 UDIP.

Tego typu rozwiązanie pozwoliłoby zredukować czas i koszty obsługi korespondencji urzędowej, ponieważ każdorazowy wniosek domagający się udostępnienia Ugody można załatwić zawiadomieniem, że wnioskowana informacja znajduje się w BIP MC. Podstawą prawną tego działania jest art. 10 ust. 1 UDIP, który udziela organom władzy publicznej „premię za aktywność”. Jeśli organ udostępnił informację w BIP, to norma art. 10 ust. 1 UDIP zwalnia go z obowiązku udostępnienia wnioskowanej treści w formie określonej we wniosku, wygasza obowiązek udostępnienia informacji na wniosek⁵¹. Wówczas Minister Cyfryzacji zawiadamia wnioskodawcę o fakcie udostępnienia w BIP wskazując hiperłącze do wnioskowanej informacji lub podając opis zakładki tematycznych w menu przedmiotowym strony umożliwiające dotarcie do informacji⁵².

Zwracam uwagę, że tego rodzaju udostępnienie musiałoby być jednak poprzedzone znacznie dokładniejszym opisem anonimizowanego dokumentu. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 5 UDIP *"w przypadku wyłączenia jawności informacji publicznej, w Biuletynie Informacji Publicznej podaje się zakres wyłączenia, podstawę prawną wyłączenia jawności oraz wskazuje się organ lub osobę, które dokonały wyłączenia, a w przypadku, o którym mowa w art. 5 ust. 2, podmiot, w interesie którego dokonano wyłączenia jawności"*. Jest to informacja rodzajowo i znaczeniowo odrębna od "cyfrowej" metryki informacji publicznej, o której mowa w art. 8 ust. 6 UDIP.

W przekazanej mi kserokopii Ugody B brakuje jakichkolwiek przypisów, znaczników, odesłań, które wyjaśniają podstawę prawną wyłączenia lub wskazują organ lub osobę, które dokonywały wyłączeń lub w interesie których takich wyłączeń dokonano. Oznacza to, że cyfrowy obraz takiego dokumentu papierowego (np. plik PDF zgodny z załącznikiem nr 2 punkt 1.3. tabeli do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych⁵³) musi posiadać dodatkowe "meta-informacje publiczne", o których mowa w art. 8 ust. 5 UDIP.

2. Informacja o **zakresie wyłączenia** musi być podana w sposób niebudzący wątpliwości. Mam świadomość, że w praktyce urzędowania polskiej administracji wnioskodawcy otrzymują zanonimizowane dokumenty pozbawione jakiegokolwiek komentarza, które pozostawiają przesłanki ograniczenia prawa do informacji publicznej w sferze czystych domysłów. W tym miejscu należy dodać, że w zależności od zastosowanych środków często nie wiadomo, w którym miejscu dokonano anonimizacji, a dokument końcowy przesłany zainteresowanemu może wręcz dezinformować lub

⁵⁰ Potwierdzona ww. notatką urzędową z 14 sierpnia 2015 r.

⁵¹ Wyrok NSA z 20 listopada 2003 roku r. (II SAB 372/03), WSA w Warszawie z dnia 21 lutego 2005 roku r. (II SAB/Wa 355/04), opubl. w CBOSA.

⁵² Zob. wyrok WSA w Warszawie z 13 lipca 2012 r., sygn. akt II SAB/Wa 30/12, opubl. w CBOSA.

⁵³ Dz.U.2016.113 j.t.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

wprowadzać w błąd⁵⁴. Aby uniknąć takiej sytuacji informacja o zakresie wyłączenia musi pozwolić odbiorcy, czytelnikowi Ugody B na niebudzącą wątpliwości identyfikację miejsca od którego do którego ingerowano w oryginalną, pierwotną treść Ugody. Przyjrzyjmy się temu zagadnieniu na przykładzie lit. (B) Ugody A.

Ustawa o dostępie do informacji publicznej milczy na temat szczegółowej techniki, ale wzorując się na modelowym przykładzie z amerykańskiego prawa federalnego⁵⁵ uważam, że wskazanie "zakresu wyłączenia" w Ugodzie B może to przybrać postać:

- pisma (np. w artykule (B) od słów "od szkód majątkowych znacznych rozmiarów," do słów "wobec czego:")

lub

- grafiki, "zaczernień" nanoszonych na obraz lub pole tekstowe, np.

(B) W ocenie Sferii oraz Akcjonariuszy dotychczasowe działania Prezesa UKE dotyczące Rezerwacji i Pasma stanowią bezprawne naruszenie praw Sferii i jej Akcjonariuszy, będące co najmniej pośrednim wyłączeniem, oraz źródło szkód majątkowych znacznych rozmiarów, [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted] wobec czego:"

Udostępniając Ugodę B należy opatrzyć ją legendą, np. "Obszar oznaczony kolorem [redacted] oznacza zakres wyłączenia, o którym mowa w art. 8 ust. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej".

3. Kolejną informacją wymaganą przez art. 8 ust. 5 UDIP jest podanie **podstawy prawnej wyłączenia jawności**. Uważam, że tą czynność można przeprowadzić poprzez umieszczenie np. poprzez opisanie podstawy wyłączenia przy każdym zaczernionym wierszu maszynopisu, ew. poprzez umieszczenie przypisu lub numerów, liter brzegowych z rozwinięciem skrótu w piśmie przewodnim (np. *Ilekcroć przy zaczernionym fragmencie tekstu umieszczono oznaczenie literowe należy przez to rozumieć: 1) P - prywatność osoby fizycznej, art. 5 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o dostępie do informacji publicznej, 2) TP - nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, co do których co do których Sferia S.A. lub inne strony Ugody (z wyłączeniem Ministra Cyfryzacji) podjęły niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, stanowiące tajemnicę przedsiębiorcy, o której mowa w art. 5 ust. 2 zdanie pierwsze*

⁵⁴ Mam tu na myśli przypadki fotokopiowania dokumentu źródłowego (np. maszynopis na białym arkuszu papieru formatu A4), w którym tekst, tabele, itp. zasłonięto częściowo innym arkuszem papieru o tym samym kolorze lub białą taśmą papierową. Na docelowym dokumencie często nie wiadomo, ile tekstu i w których miejscach uległo wyłączeniu.

⁵⁵ Amerykańska ustawa *Freedom of Information Act* z 1966 r. należy do jednej z najbardziej kazuistycznych ustaw dostępowych zawierającą zasady anonimizowania dokumentów publicznych znajdujących się w posiadaniu agencji rządu federalnego (tzw. *reasonable segregation obligation* zawarty w §552 (b) United States Code: Zgodnie z § 552 (b) "Każda nadająca się do rozsądnego wyodrębnienia część dokumentu powinna zostać udostępniona każdej wnioskującej osobie po uprzednim usunięciu fragmentów, które podlegają ograniczeniu na podstawie podsekcji (b). Ilość usuniętej informacji oraz wyłączenie stanowiące podstawę usunięcia powinno zostać wskazane na udostępnionym dokumencie, o ile umieszczenie takiego oznaczenia nie spowoduje szkody dla interesów chronionych na mocy powołanego ograniczenia niniejszej podsekcji. Jeżeli jest to możliwe ze względów technicznych, ilość usuniętej informacji oraz podstawa ograniczenia na mocy którego dokonano usunięcia powinna zostać wskazana w miejscu, w którym dokonano usunięcia"), zob. przykład w M. Bernaczyk, *Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie*, Warszawa 2014, s. 152-153.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

ustawy o dostępie do informacji publicznej w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie: a) TP1 oznacza informacje techniczne, b) TP2 oznacza informacje technologiczne, c) TP3 oznacza informacje organizacyjne, d) TP4 - inne informacje posiadające wartość gospodarczą). Podążając za moją propozycją co do techniki anonimizacji, Ugoda B przybrałaby następującą postać:

(B) W ocenie Sferii oraz Akcjonariuszy dotychczasowe działania Prezesa UKE dotyczące Rezerwacji i Pasma stanowią bezprawne naruszenie praw Sferii i jej Akcjonariuszy, będące co najmniej pośrednim wyłączeniem, oraz źródło szkód majątkowych znacznych rozmiarów, [REDAKTURA] **TP4**
[REDAKTURA]
[REDAKTURA]
[REDAKTURA]
[REDAKTURA] wobec czego:"

Ostatnim elementem wymaganym przez art. 8 ust. 5 pozostaje **obowiązek wskazania podmiotu, w interesie którego dokonano wyłączenia jawności**. W omawianym przypadku oznacza to podanie nazw własnych (firm) przedsiębiorcy Sferia S.A lub jej Akcjonariuszy (Bithell Holdings Ltd., Juvel Ltd., osoby fizycznej J. S. i Delas Holdings Limited.

I tak oto przyjmując stanowiska datowane na 11 sierpnia 2015 r. (w tym miejscu nie polemizuję z prawną zasadnością tych twierdzeń) **pochodzące od Sferii S.A., Bithell Holdings Ltd., Juvel Ltd., Delas Holdings Limited docelowy wizerunek anonimizowanej Ugody B przeznaczonej do udostępnienia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministra Cyfryzacji wyglądałby następująco:**

(B) W ocenie Sferii oraz Akcjonariuszy dotychczasowe działania Prezesa UKE dotyczące Rezerwacji i Pasma stanowią bezprawne naruszenie praw Sferii i jej Akcjonariuszy, będące co najmniej pośrednim wyłączeniem, oraz źródło szkód majątkowych znacznych rozmiarów, [REDAKTURA] **TP4 - na rzecz Sferia S.A., Bithell Holdings Ltd., Juvel Ltd., Delas Holdings Ltd.**
[REDAKTURA]
[REDAKTURA]
[REDAKTURA] wobec czego:"

3.2. Ocena dopuszczalności udostępnienia Ugody w całości lub w części

3.2.1. Uwagi wprowadzające

1. W aktualnym stadium sporów sądowoadministracyjnych skoncentrowano się na brzmieniu art. 5 ust. 2 UDIP wiążąc treść tego przepisu z definicją zawartą w art. 11 ust. 4 UZNK. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 2 UDIP "*Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa*". Poza opinią - jako bezprzedmiotowe - pozostawiam korespondencję Sferia s.a. lub jej Akcjonariuszy, w której na piśmie wyrażono zgodę na ujawnienie w odniesieniu do

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

dość precyzyjnie oznaczonych fragmentów tekstu. Traktuję te dokumenty jako skuteczną i wyraźną rezygnację z przysługującego prawa do ochrony tajemnicą przedsiębiorcy.

2. Otwarcie opinii publicznej i wnioskodawcom szerszego lub pełnego dostępu do treści Ugody zależy od wyklarowania dwóch wysoce kontrowersyjnych zagadnień. Takimi problemami pozostają dla mnie 1) skuteczność lub nieważność punktu 6.1 Ugody z 16 lipca 2013 r. w świetle przepisów polskiego prawa publicznego oraz 2) związany z tym ściśle problem braku definitywnego stanowiska co do znaczenia art. 5 ust. 2 UDIP, w zakresie w jakim ustawodawca posługuje się imperatywem ochrony "tajemnicy przedsiębiorcy" bez jakichkolwiek przepisów odsyłających do KC lub UZNK. Rozwiązanie tych dwóch problemów - do czego mogą nas przybliżyć najbliższe oczekiwane autorytatywne sprawy przed WSA i NSA - zdeterminuje zakres dalszego udostępnienia Ugody. Na tym stadium i według wiedzy na 26 lutego 2016 r. odradzam pełne ujawnienie treści Ugody z uwagi na ryzyko uwikłania się w spór cywilnoprawny ze Sferią s.a. i jej Akcjonariuszami, a nawet ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności karnej poszczególnych urzędników MAiC lub MC.

3.2.2. Wpływ art. 35 ustawy o finansach publicznych na klauzulę poufności oraz wątpliwości co do wykładni "tajemnicy przedsiębiorcy" z art. 5 ust. 2 UDIP

1. Uwadze opiniującego nie może uchościć, że w chwili zawierania Ugody (16 lipca 2013 r.) obowiązywał przepis art. 35 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵⁶: *"Klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa" [podkreślenia własne - M.B.]*

W sprawie nie może być wątpliwości, że Ugodę poddano prawu polskiemu. Wynika to wprost z punktu 7.1. litera "a" Ugody. Skoro Strony tak wyraźnie postanowiły, to punktem wyjścia dla oceny jawności i poufności Ugody powinien być art. 353¹ KC. Zgodnie z powołanym przepisem *"strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego"*. Powołana norma limituje swobodę umów, przewidując sankcję nieważności w przypadku sprzeczności treści umowy z nakazem lub zakazem ustawowym (art. 353¹ KC w zw. z art. 58 KC).

Moim zdaniem Pan Michał Boni - Minister Administracji i Cyfryzacji powinien był poddać wnikliwej rozwadze dopuszczalność zawarcia w Ugodzie poniższej klauzuli poufności odpowiednio z UFP oraz UDIP.

Nie dysponuję wiedzą i nie mam obiektywnych instrumentów, aby definitywnie potwierdzić lub wykluczyć refleksję nad tym zagadnieniem. W trakcie spotkania w Departamencie Telekomunikacji Ministerstwa Cyfryzacji wyraźnie oświadczone mi, że urzędnicy MAiC nie brali udziału w tworzeniu tekstu Umowy. Departament Prawny MAiC nie otrzymał takiego polecenia, zaś

⁵⁶ Dz.U.2013.885 j.t.

tekst Ugody powstawał w ramach pomocy prawnej zleconej zewnętrznej obsłudze prawnej. Nie potrafiono wskazać mi żadnej osoby, która byłaby w stanie wypowiedzieć się na temat zamiaru towarzyszącemu docelowej klauzuli (art. 65 § 2 KC). Nie udało się również ustalić, czy projektując i zawierając Ugodę analizowano publicznoprawny status Ministra Administracji i Cyfryzacji nie tyle jako podmiotu prawa cywilnego działającego w sferze *dominium*, ale jako podmiot zobowiązanego do ochrony albo ujawnienia informacji o sprawie publicznej pod rygorem pozakodeksowej sankcji karnej (art. 23 UDIP⁵⁷ oraz art. 23 ustęp 1 UZNK⁵⁸). Z relacji pracowników Ministerstwa Cyfryzacji wnoszę, że urzędnicy administracji rządowej nie posiadali szczegółowej wiedzy o faktycznych przesłankach kwalifikowania zawartości Ugody do kategorii informacji poufnej, co w dalszej perspektywie postawiło ich w bardzo trudnej sytuacji faktycznej i prawnej: w momencie wpływu kolejnych wniosków o udostępnienie Ugody nie posiadali informacji o spełnieniu przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 UZNK i art. 35 UFP, lecz pozyskiwali ją *post factum* prowadząc wymianę korespondencji (nie należy tego mylić z postępowaniem dowodowym w trybie KPA, ponieważ jego prowadzenie jest wykluczone; przepisów KPA nie stosuje się do chwili wydawania decyzji odmownej). Świadczy o tym zawartość korespondencji wymienianej przez MC z prywatnoprawnymi stronami Ugody w celu weryfikacji potencjalnych ograniczeń z art. 5 UDIP.

Przedmiotem niniejszej opinii nie jest dokonanie oceny ważności Ugody, niemniej jednak trudno uciec od tego wątku po analizie cywilnoprawnych konsekwencji art. 353¹ KC. W nauce prawa cywilnego wskazuje się na dwie odmienne rodzajowo konsekwencje obowiązywania normy prawa publicznego (do których UDIP i UFP niewątpliwie się zaliczają). Pragnę przywołać w tym miejscu pogląd *Adama Olejniczaka*, który stwierdza, że *"swobodę umów ograniczają również przepisy, zwłaszcza prawa publicznego, jeżeli ich wykładnia i proces wnioskowania z norm o normach prowadzi do określenia normy prawnej zakazującej dokonywania pewnych czynności cywilnoprawnych"*⁵⁹.

Patrząc przez ten pryzmat na art. 5 ust. 1 i 2 UDIP trzeba skonstatować, że ten przepis ustawy nie zakazuje stosowania klauzul poufności w obrocie gospodarczym, nie wartościuje ich, nie wprowadza testu interesu publicznego umożliwiającego "przełamanie" skutków ważnego zastrzeżenia poufności drogą zdarzenia prawnego (zob. art. 72¹ KC) lub czynności cywilnoprawnej.

Wręcz przeciwnie, art. 5 ust. 1 i 2 KC zdaje się w pełni szanować żądanie strony do poufności wytworzone mocą czynności lub zdarzenia prawnego. Budowa gramatyczna przepisów art. 5 UDIP opiera się na pewnym imperatywie. Przepisy art. 5 ust. 2 zdanie pierwsze UDIP można odczytywać w sposób dający duży margines dla ochrony prywatności i tajemnicy przedsiębiorcy. Z językowego punktu widzenia trudno nie dostrzec, że ustawodawca posłużył się dość radykalnym sformułowaniem *"prawo do informacji podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy"*. Skoro przepis nie mówi, iż np. prawo do informacji *"podlega ograniczeniu ze względu na nieuzasadnione/nadmierne/szkodliwe (etc.) naruszenie prywatności lub tajemnicy przedsiębiorcy"*, to nie jest wcale takie irracjonalne bronienie poglądu o bezwzględnej ochronie przed ujawnieniem jakiegokolwiek dobra wchodzącego w sferę prywatności osoby fizycznej nie pełniącej funkcji publicznej i tajemnicy przedsiębiorcy (*a contrario* z art. 5 ust. 2 zdanie drugie UDIP). Przypomnę, że

⁵⁷ "Kto, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi, nie udostępni informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku".

⁵⁸ "Kto, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2".

⁵⁹ A. Olejniczak, komentarz do art. 353¹ Kodeksu cywilnego (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna pod redakcją naukową Andrzeja Kidyby*, Warszawa 2014.

na takim stanowisku oparł się Sąd Rejonowy w Warszawie dla W-wy Śródmieście z 5 maja 2009 r. (sygn. akt VI C 98/08) w sprawie dostępu do informacji o przebiegu kontroli w sprawie tzw. "afery corhydronowej". Sąd wyraźnie wskazał, że UDIP nie zawiera klauzuli interesu publicznego pozwalającej przełamać skutki objęcia jakiejś informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (dodam, że sąd rejonowy potraktował tajemnicę z art. 5 ust. 2 zd. 1 UDIP jako synonim art. 11 ust. 4 UZNK). Oczywiście prowadzi to do istotnego osłabienia społecznej roli UDIP, zwłaszcza jeśli chcemy przypisać jej rolę narzędzia kontroli, wykrywania konfliktów interesów lub innych pozamerytorycznych, korupcyjnych relacji pomiędzy państwem a obywatelami i przedsiębiorcami.

Podsumowując ten wątek: uważam, że artykuł 5 UDIP nie stanowi *per se* punktu odniesienia dla oceny ważności klauzuli poufności umieszczonej w Ugodzie. Istotniejsze znaczenie ma zatem art. 35 UFP. W nauce prawa cywilnego zwraca się uwagę, że od nieważności wywołanej naruszeniem zakazującej normy prawa publicznego należy odróżnić sytuację, w której przepisy prawa publicznego określają własne, szczególne, dodatkowe konsekwencje określonych czynności cywilnoprawnych w obszarze prawa publicznego⁶⁰. Wydaje się zatem, że art. 35 UFP może być traktowany jako przepis wyłączający niektóre skutki umowy cywilnoprawnej w zakresie przywołanej klauzuli poufności. Punkt 7.2. Ugody wskazuje, że Minister Cyfryzacji poniesie "*własne koszty i wydatki związane z podpisaniem i wykonaniem niniejszej Ugody*", przy czym nie budzi moich wątpliwości, że owe koszty i wydatki były lub są one pokrywane ze środków publicznych. Środki publiczne, o których mowa w art. 35 UFP zostały określone w art. 5 ust. 1 UFP.

Podkreślam, że zasada finansów publicznych ograniczająca klauzulę poufności (niejawności) nie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa (tak wyraźnie art. 35 UFP), co pokazuje skalę problemu postawionego mi do oceny w niniejszej opinii oraz fatalny poziom przepisów ograniczających dostęp do informacji publicznej. Niemniej jednak dostrzegam podstawę do ograniczenia skutków klauzuli poufności Ugody na podstawie art. 35 ustawy o finansach publicznych. Przemawiają za tym trzy grupy argumentów:

1) **Zasada jawności umieszczona w artykule 35 UFP nie obejmuje innych tajemnic ustawowo chronionych, a elementarne dyrektywy wykładni tekstu prawnego zakazują nam rozciągania użytego tam pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" na inne (niż "przedsiębiorstwa") tajemnice prawem przewidziane.** W literaturze komentarzowej stwierdzono wyraźnie, że omawiany przepis nie działa w stosunku do przepisów szczególnych tworzących odrębne rodzaje tajemnic, w tym przepisów prawa cywilnego i publicznego⁶¹. Na tym etapie sporów o dostęp do treści Ugody skoncentrowano się na właśnie na kwestii autonomii informacyjnej przedsiębiorcy.

2) Należy jednak zwrócić uwagę, że budowa przepisu art. 35 UFP zdaje się opierać na następującym założeniu: **sformułowanie "tajemnica przedsiębiorstwa" powołane w tym przepisie nie ogranicza się do definicji zwartej w art. 11 ust. 4 UZNK, lecz funkcjonuje jako kategoria zbiorcza dla tzw. pojęć pokrewnych.** Arkadiusz Michalak stwierdził, że "*pojęcie <<tajemnica przedsiębiorstwa>> nie jest jedynym terminem używanym dla oznaczenia chronionych informacji. W doktrynie, ustawodawstwie i praktyce obrotu bardzo często używa się innych pojęć, np. know-how — na oznaczenie poufnych informacji podlegających ochronie. W związku z tym powstaje pytanie: jaka jest relacja pojęcia*

⁶⁰ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 215–216.

⁶¹ L. Lipiec-Warzecha, komentarz do art. 35 ustawy o finansach publicznych, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, opubl. w Systemie Informacji Prawnej Lex Omega.

tajemnicy przedsiębiorstwa do pojęć pokrewnych używanych na oznaczenie informacji poufnych w doktrynie i w ustawach szczególnych"⁶². Autor dodaje, że "ze z punktu widzenia art. 11 u.z.n.k. takie ścisłe rozgraniczenie terminologiczne nie jest wymagane ze względu na fakt, że ochronie w świetle tego przepisu podlega każdy rodzaj informacji"⁶³, tyle że ta ostatnia teza potraktowana dosłownie pozbawiłaby art. 35 UFP jakiegokolwiek sensu. Chodzi tu raczej o każdą informację posiadającą pewną wartość gospodarczą, tzn. pozwalającą na "wykorzystanie takiej informacji w walce z konkurentami"⁶⁴. Ponadto budowa art. 35 UFP sugeruje, że o ile dla cywilistyki takie rozróżnienie może mieć drugorzędne znaczenie, to z punktu widzenia zasady jawności finansów publicznych i dostępu do informacji publicznej ma znaczenie kolosalne, ponieważ przesądza o dostępności opinii publicznej do informacji o działalności państwa i dysponowaniu środkami publicznymi. Uważam więc, przychyłając się do tezy uprzednio cytowanego Autora, że poza art. 11 ust. 4 UZNK istnieją co najmniej trzy pojęcia pokrewne w postaci:

- a) know-how,
- b) tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 55¹ KC (w doktrynie prawa cywilnego występuje polemika na temat odrębnego albo jednolitego traktowania tego pojęcia na gruncie UZNK i KC⁶⁵),
- c) informacji udostępnionych w trakcie negocjacji (art. 72¹ KC).

Jeżeli przyjmiemy, że brzmienie artykułu 35 UFP jest wyrazem uznania dla takiej "wielości tajemnic przedsiębiorstw", to pociąga to za sobą zróżnicowane skutki dla ewentualnych klauzul poufności dla tajemnic innych niż wskazane w art. 11 ust. 4 UZNK. Ustawa o finansach publicznych nie będzie więc chronić np. poufności negocjacji wynikających z art. 72¹ § 1 KC ("Jeżeli w toku negocjacji strona udostępniła informacje z zastrzeżeniem poufności, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów, chyba że strony uzgodniły inaczej"⁶⁶), o ile nie wykażemy jednocześnie cech limitacyjnych zaczerpniętych z UZNK do przepisu art. 35 UFP. Tymczasem w piśmiennictwie cywilistycznym zwrócono uwagę, że wymóg poufności informacji negocjacyjnych nie wymaga wcale podejmowania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, których oczekuje się na podstawie art. 11 ust. 4 UZNK oraz art. 35 UFP *in fine*⁶⁷. Co więcej, art. 72¹ § 1 wcale nie posługuje się pojęciem "przedsiębiorcy". Jednocześnie przypominam, że punkt 6.1 Ugody dosłownie odwołuje się do poufności informacji negocjacji. W dotychczasowych decyzjach administracyjnych oraz orzeczeniach WSA dotyczących spornej Ugody nie podejmowano w ogóle kwestii art. 71¹ KC, podczas gdy z brzmienia art. 5 ust. 1

⁶² A. Michalak, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*, Zakamycze 2003, s. 143.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem, s. 133.

⁶⁵ Ibidem, s. 144-145.

⁶⁶ Zgodnie z treścią art. 72¹ § 2 "W razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, o których mowa w art. 72¹ § 1, uprawniony może żądać od drugiej strony naprawienia szkody albo wydania uzyskanych przez nią korzyści".

⁶⁷ D. Rogoń stwierdziła, że "na gruncie art. 72¹ § 1 k.c. informacją, która może podlegać ochronie na podstawie tego przepisu, może być taka informacja, która została partnerowi udostępniona z zastrzeżeniem poufności, **mimo że podmiot, którego ona dotyczy, nie podjął <<niezbędnych działań w celu zachowania jej poufności>> w rozumieniu u.z.n.k.,** [podkreślenie własne - M.B.] wymaganych, aby informacja spełniała kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, np. w stosunku do innych osób (pracowników, innych kontrahentów). W przeciwieństwie do informacji należących do zakresu tajemnicy bankowej czy tajemnicy przedsiębiorstwa, zakres przedmiotowy informacji, które mogą być objęte tajemnicą negocjacji, nie jest określony przez przepis ustawy. Z punktu widzenia odpowiedzialności na podstawie art. 72¹ k.c. za doniesie należy zatem uznać to, że dana informacja nie jest upubliczniona i nastąpiło zastrzeżenie jej poufności w stosunku do konkretnego partnera w negocjacjach", D. Rogoń, *Problemy negocjacyjnego trybu zawarcia umowy po nowelizacji kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 10 z 2003 r., s. 4-11.

Opinia prawna sporządzona na podstawie umowy nr 1/DT/2016 z 17 lutego 2016 r.

UDIP wynika obowiązek ograniczenia prawa do informacji publicznej "w zakresie i na zasadach określonych w przepisach (...) o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych". Tak sformułowany przepis prowadzi do kolejnych dylematów, ponieważ otwiera to ogromne pole do dywagacji, jak rozumieć sformułowanie "w zakresie i na zasadach". Artykuł 72¹ Kodeks cywilny nie używa rzeczownika "tajemnica", nie określa sam w sobie zasad i zakresu poufności informacji poddając to - zgodnie z istotą prawa cywilnego - autonomii woli stron.

3) Trzecim zasadniczym wątkiem jest labilny stosunek dotychczasowych rozstrzygnięć sądowoadministracyjnych do kwestii zastosowania art. 11 ust. 4 UZNK jako przesłanki odmawiającej dostępu do informacji publicznej. Dotyczy to w szczególności wyroku WSA z dnia 19 lutego 2015 r. (II SA/Wa 1732/14), w którym przywołano i dość silnie powtarzano stanowisko Naczelnego Sąd Administracyjny w Warszawie z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt I OSK 511/13. Teza tego ostatecznego orzeczenia może być ujęta dość krótko: pojęcie z art. 5 ust. 2 UDIP (tajemnica przedsiębiorcy) nie jest tym samym, co tajemnica przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 UZNK). NSA skonstatował, że "tajemnicę przedsiębiorcy wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa i pojęcia te w zasadzie pokrywają się zakresowo, **choć tajemnica przedsiębiorcy w niektórych sytuacjach może być rozumiana szerzej.** Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności (**nie jest wymagana przesłanka gospodarczej wartości informacji jak przy tajemnicy przedsiębiorstwa**)"⁶⁸. Jednocześnie sąd ustalił bardzo liberalne przesłanki wdrożenia tej tajemnicy: "informacja staje się <<tajemnicą>>, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań"⁶⁹. W sprawie II SA/Wa 1732/14 również zaakceptowano cytowane poglądy.

Problemem niewyjaśnionym przez NSA i poważnie komplikującym stosowanie UDIP stało się twierdzenie o "możliwości szerszego rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa" z akcentem na wolę podmiotu (przedsiębiorcy), nie zaś na wartość i użyteczność informacji w konkurencyjnej walce⁷⁰.

Rodzi się tu zasadnicza kwestia: czy owemu szerszemu rozumieniu przyświecała chęć potraktowania art. 5 ust. 2 zd. 1 UDIP jako źródła nowej, niedookreślonej "tajemnicy" o skrajnie dyspozytywnym charakterze? Odnoszę wrażenie, że WSA w sprawie II SA/Wa 1732/14 dostrzega płynące stąd niebezpieczeństwa i skłania nas do odpowiedzi przeczącej ("(...) tajemnica przedsiębiorcy jest oceniana przez sąd administracyjny w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. **W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co**

⁶⁸ Opubl. w CBOSA.

⁶⁹ Opubl. w CBOSA.

⁷⁰ Por. następujący wywód P. Kozłowskiej-Kalisz: "Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są bowiem chronione przede wszystkim z powodu ich przydatności i roli w określonej działalności gospodarczej, którą przedsiębiorca prowadzi. Świadczy o tym fakt, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie posługuje się terminem <<tajemnica przedsiębiorcy>> (co przenosiłoby punkt ciężkości na potrzebę ochrony głównie z uwagi na wolę podmiotu - dysponenta informacji), lecz <<tajemnica przedsiębiorstwa>> (co oznacza, że informacje są ściśle związane z jego charakterem i stanowią jego składnik niematerialny - w rozumieniu art. 55¹ k.c. - obok np. patentów, wzorów użytkowych czy oznaczeń indywidualizujących). Tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się za niematerialny składnik przedsiębiorstwa, przy czym to przedsiębiorca podejmuje decyzję, jakie informacje zachowa w poufności", P. Kozłowska-Kalisz, Odpowiedzialność karna za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, Zakamycze 2006, s.48-49.

arbitralnie on za nią uzna, i w każdym przypadku mógłby zatem odmówić udzielenia informacji publicznej, zastępując się tajemnicą przedsiębiorstwa"). Nie możemy zatem wykluczyć, że ocena "tajemnicy przedsiębiorcy" z art. 5 ust. 2 UDIP ewoluuje w kierunku uznania jej za pojęcie pokrewne, lecz nie identyczne z desygnatem art. 11 ust. 4 UZNK⁷¹. A skoro tak, to informacje publiczne objęte tajemnicą przedsiębiorcy powinny być traktowane przez pryzmat art. 35 UFP, tzn. jako niewywołujące efektu "tajności" w przypadku zawierania umów z jednostką sektora finansów publicznych i realizowanych ze środków publicznych, chyba że przedsiębiorca wskaże wyjątki określone w art. 11 ust. 4 UZNK lub w przypadku, gdy jednostka sektora finansów publicznych wykáže, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa (art. 35 UFP *in fine*). Opisany sposób wykładni prawa wydaje mi się spójny, ale za niepokojące zjawisko uznaję brak jakiegokolwiek odniesienia w dotychczasowych wyrokach WSA do przepisów ustawy o finansach publicznych (podczas gdy w myśl art. 134 § 1 PPSA sądy rozstrzygały w granicach danej sprawy nie będąc jednak związane zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną). Zalecam więc, aby wyraźnie sygnalizować te zagadnienia prawne w toku postępowania przed wojewódzkim sądem administracyjnym.

Wrocław, 26 lutego 2016 r.

radca prawny dr hab. Michał Bernaczyk



⁷¹ Jeśli zaś uznać odmiennie, tzn. przyjąć, że art. 5 ust. 2 UDIP jest synonimem tajemnicy przedsiębiorstwa z UZNK, to horyzont sporu o jawność Ugody zostaje zredukowany tylko i wyłącznie do oceny przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 UZNK.