

Kraków, dnia 1 grudnia 2019r.

Informacja prawna

W przedmiocie: Czy transmisja na YouTube, zamieszczona na stronie www gminy (wklejony player YouTube) spełnia warunki ustaw samorządowych czy też konieczne jest dedykowane rozwiązanie z gwarancją dostępności i przechowywania plików u profesjonalnego operatora?

Sporządzona dla: Prezes Zarządu Wojciech Dałętko, Nadaje Broadcasting sp. z o.o.

Założenia:

1. Nadaje Broadcasting oferuje usługi, w ramach których transmisja jest nagrywana na serwerach Nadaje Broadcasting i przechowywana w odpłatnym, lecz profesjonalnym CDN video (VOD).
2. YouTube nie gwarantuje przechowania plików, gdyż żadna gmina nie może z nim podpisać fizyczne umowy na gruncie prawa polskiego.
3. Zatem firmy/serwisy oferujące YouTube jako narzędzie dla gmin nie spełniają warunku koniunkcji.

Podstawa prawna:

1. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2018 r. poz. 994 j.t. z późn. zm.)(zwana dalej: "SamGminU");
2. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 995 j.t. z późn. zm.)(zwana dalej: "SamPowiatU");
3. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2018 r. poz. 913 j.t. z późn. zm.)(zwana dalej: "SamWojU");
(SamGminU, SamPowiatU, SamWojU zwane dalej łącznie: "ustawami samorządowymi");
4. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej (Dz.U. Nr 10, poz. 68)(zwane dalej: Rozporządzeniem);
5. Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1330 j.t. z późn. zm.)(zwana dalej: DostInfPubU).
6. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (zwane dalej: RODO).

I. Wymagania ustawy

Art. 20 ust. 1b SamGminU (art. 15 ust. 1a SamPowiatU, art. 21 ust. 1a SamWojU)

1b. Obrady rady gminy (rady powiatu, sejmiku województwa) są transmitowane i utrwalane za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk. Nagrania obrad są udostępniane w Biuletynie Informacji Publicznej i na stronie internetowej gminy (powiatu, samorządu województwa) oraz w inny sposób zwyczajowo przyjęty.

Ustawy samorządowe wprowadzają nowe wymogi odnośnie transmisji obrad:

- 1) transmisja obrad rady (sejmiku), czyli przekazywanie w czasie rzeczywistym obrazu i dźwięku z posiedzeń tego organu za pomocą publicznie dostępnego kanału,
- 2) udostępnianie nagrania odzwierciedlającego obraz i dźwięk na publicznie dostępnym nośniku.

Ustawy samorządowe nie określają jednak standardów realizacji wspomnianych obowiązków. Ustawodawca nie przesądził również przez jaki okres nagrania mają być udostępnione czy archiwizowane. Zdaniem Sebastiana Gajewskiego, udostępnienie przedmiotowych materiałów nagrań w BIP nie zwalnia z obowiązku zamieszczenia ich w pozostałych kanałach (nośnikach). Wystarczy jednak, **by okno transmisji i pliki obejmujące nagrania z obrad zamieszczono pod jednym z wymienionych adresów internetowych**, a pod drugim – jedynie odnośnik do niego (*Ustawy samorządowe. Nowe instytucje. Analiza z przykładami i wzorami dokumentów*; autor: dr Sebastian Gajewski; CH Beck rok 2018).

Ustawy samorządowe przesądzają natomiast katalog miejsc, w których nagrania mają być udostępniane, wskazując na **obowiązek ich umieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej** oraz na stronie internetowej gminy. Nie określił jednak żadnych dodatkowych wymogów, które takie udostępnienie ma spełniać. Przy czym cel wprowadzenia komentowanych zapisów to umożliwienie obywatelom dostępu do posiedzeń kolegialnych organów samorządowych, w tym w czasie rzeczywistym. W uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej również nie znajdujemy wskazówek odnośnie form udostępniania czy przechowywania plików.

Co do zasady, jak wskazano powyżej, przepisy nie przesądzają czy umieszczenie nagrań za pośrednictwem bezpłatnych serwisów streamingowych spełnia wymagania ustawowe, aby jednak to określić, należy przyjrzeć się przepisom regulującym funkcjonowanie Biuletynu Informacji Publicznej czy sposób i formę udzielenia informacji publicznej oraz jak działają tego typu serwisy. W szczególności należy wziąć pod uwagę, brak jakichkolwiek gwarancji co do nieprzerwanego świadczenia usług przez bezpłatne serwisy streamingowe czy też wyświetlanie przez nie reklam.

Zgodnie z komunikatem na stronie głównej Biuletynu Informacji Publicznej (BIP) został on stworzony w celu powszechnego udostępniania informacji publicznej w postaci elektronicznej. Biuletyn ten składa się z witryn WWW, na których władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne udostępniają **informacje publiczne wymagane przez polskie prawo**.

Zwracamy zatem uwagę, iż zgodnie z § 11 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej strona podmiotowa BIP **nie może zawierać reklam**. Z kolei zgodnie z § 20 ust. 1 Rozporządzenia Minister właściwy do spraw informatyzacji jest odpowiedzialny za zapewnienia ciągłości dostępu do informacji zgromadzonych na stronie głównej BIP, natomiast zgodnie z ust. 2 tego paragrafu to podmioty obowiązane do udostępnienia informacji publicznej, w tym organy władzy publicznej, są **zobowiązane do zapewnienia ciągłości dostępu do informacji zgromadzonych na ich stronach podmiotowych BIP**.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 DostInfPubU każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych we wspomnianej ustawie. Ustęp drugi ww. artykułu stanowi natomiast, iż przepisy tej ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. W myśl natomiast artykułu 7 DostInfPubU, udostępnianie informacji publicznych następuje m.in. w drodze ogłaszania informacji publicznych, w tym dokumentów urzędowych, w Biuletynie Informacji Publicznej, czy też poprzez zapewnienie wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów i udostępniania materiałów, w tym audiowizualnych i teleinformatycznych, dokumentujących te

posiedzenia. Sam przebieg posiedzenia przedmiotowych oraz informacje na nich przedstawione stanowią zatem informację publiczną w rozumieniu ww. ustawy.

Naruszenie obowiązku udostępnienia informacji publicznej stanowi natomiast przestępstwo, o którym mowa w art. 23 DostInfPubU. Zgodnie z tym przepisem, kto wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie udostępnia informacji publicznej podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W literaturze podkreśla się, że czyn ten może zostać popełniony bez względu na tryb udostępnienia informacji i jej wagę, a jako jego przykład przywołuje się **nieumieszczenie na publicznie dostępnym nośniku (np. w Biuletynie Informacji Publicznej) określonej informacji publicznej, gdy wymaga tego wprost i wyraźnie przepis prawa**. Przestępstwo to ma również charakter formalny, tzn. do jego popełnienia wystarczy **sam fakt nieudostępnienia, bez konieczności wykazania, że którykolwiek z podmiotów uprawnionych do uzyskania informacji o tę informację zabiegał** (zob. w szczególności: P. Szustakiewicz, Dostęp do informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, [w:] Obywatelskie prawo do informacji, red. T. Gardocka, Warszawa 2008, s. 34 oraz T.R. Aleksandrowicz, op. cit., s. 170). Również w ślad za komentatorami, jeśli informacja, którą ustawodawca nakazał udostępnić w Internecie, nie znalazła się na stronach BIP - należy uznać, iż przestępstwo zostało popełnione (zob. w szczególności: Autor: Tomasz R. Aleksandrowicz, Tytuł: Komentarz do art.23 ustawy o dostępie do informacji publicznej, Stan prawny: 2008.01.02). Przestępstwo to może być przy tym popełnione zarówno przez pracownika urzędu (starostwa) odpowiedzialnego za zorganizowanie i przeprowadzenie transmisji oraz umieszczenie nagrań na publicznie dostępnych nośnikach, jak i przez przewodniczącego rady (sejmiku) lub wójta (burmistrza, prezydenta miasta, starostę, marszałka województwa). Jako osoby upoważnione do wydawania poleceń pracownikom zajmującym się obsługą organu stanowiącego mają oni bowiem obowiązek zorganizować proces pracy w urzędzie.

II. Umowa z YouTube

Następnie należy zauważyć, iż dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy użytkownikiem a YouTube na gruncie prawa polskiego w formie Warunków korzystania. Każdy użytkownik podlega tym warunkom przy korzystaniu z usług oferowanych przez YouTube LLC.

Warunki korzystania z serwisu YouTube:

5.1. L „użytkownik zobowiązuje się uzyskiwać dostęp do Treści wyłącznie na własny użytek i nie w celach komercyjnych, jedynie zgodnie z przeznaczeniem wynikającym z **normalnego zakresu funkcji Usług** oraz wyłącznie w celu prowadzenia Streaming. „Streaming” oznacza jednoczesną cyfrową transmisję materiału przez YouTube za pośrednictwem Internetu do urządzeń z dostępem do Internetu obsługiwanych przez użytkownika w taki sposób, że dane są przeznaczone do oglądania w czasie rzeczywistym i **nie są przeznaczone do pobierania (stałego lub tymczasowego), kopiowania, przechowywania lub redystrybuowania przez użytkownika.**”

Mogą w tym miejscu pojawić się pytania na temat tego czy transmitowanie obrad mieści się w ramach pojęcia normalnego zakresu funkcji Usług, czy jest nim objęte sprawowanie funkcji publicznych, sprawowanie władzy samorządowej, wypełnianie obowiązków ustawowych poprzez organy władzy publicznej. Nie ulega jednak wątpliwości, że konta organów samorządowych czy Sejmu RP z powodzeniem działają w serwisie YouTube. Istnieją również specjalne konta komercyjne.

Zwrócić należy uwagę, iż pliki nie są przeznaczone do pobierania (stałego lub tymczasowego), kopiowania, przechowywania lub redystrybuowania przez użytkownika, więc kontrola nad nimi jest znikoma.

Wątpliwym jest również udzielenie przez użytkownika tak szerokiej licencji, jaka wynika z Warunków korzystania z serwisu:

„8. Prawa, na które użytkownik udziela licencji

8.1 Przesyłając do YouTube lub zamieszczając w jego witrynach Treści, użytkownik udziela:

- YouTube nieograniczonej terytorialnie, niewyłącznej, bezpłatnej, zbywalnej licencji (z prawem sublicencji) na korzystanie z Treści, powielanie takich Treści, ich rozpowszechnianie, opracowywanie na ich podstawie utworów zależnych, ich wystawianie bądź wykonywanie w związku ze świadczeniem Usług i prowadzeniem działalności YouTube, w tym m.in. do promowania i rozpowszechniania Usług w części lub całości (wraz z utworami zależnymi) niezależnie od formatu nośnika i sposobu przekazywania materiału;

- każdemu użytkownikowi Usług - nieograniczonej terytorialnie, niewyłącznej, bezpłatnej licencji na dostęp do jego Treści za pośrednictwem Usług oraz na korzystanie z takich Treści, ich powielanie i

rozpowszechnianie, opracowywanie na ich podstawie utworów zależnych, oraz ich wystawianie bądź wykonywanie w ramach zespołu funkcji oferowanych przez Usługi oraz w granicach dozwolonych na podstawie niniejszych Warunków.

8.2 Powyższe licencje udzielane przez użytkownika w odniesieniu do Treści wygasają z chwilą, gdy użytkownik usunie lub wykasuje je z Witryny Internetowej. Powyższe licencje udzielone przez użytkownika w odniesieniu do komentarzy tekstowych zgłoszonych jako Treść są nieograniczone w czasie i nieodwołalne, jednakże pod innymi względami pozostają bez znaczenia dla praw własności użytkownika określonych w artykule 7.2 powyżej.”

Kolejną istotną kwestią, na którą należałoby zwrócić uwagę, jest brak gwarancji przez YouTube, że korzystanie z usług będzie nieprzerwane czy wolne od usterek:

„12.3 W szczególności YouTube nie składa użytkownikowi oświadczeń ani zapewnień, że:

- a. (...)
- b. korzystanie przez użytkownika z Usług będzie nieprzerwane, terminowe, bezpieczne czy też wolne od usterek,**
- c. (...)
- d. wady działania lub funkcjonalności oprogramowania udostępnianego użytkownikowi w ramach Usług zostaną usunięte.”**

Profesjonalny dostawca hostingu (np. video CDN), może natomiast dać gminie pisemną gwarancję przechowywania plików na ustalony umową termin.

III. RODO

Kolejną regulacją, która musi być przestrzegana przez gminę w przypadku transmisji obrad, jest RODO. Należy przy tym zauważyć, że RODO będzie miało zastosowanie pomimo faktu, iż mamy tutaj do czynienia ze sprawowaniem funkcji społecznych przez polityków, czy też w pewnym zakresie również obecnych gości. Co prawda nie jest wymagana zgoda osób uczestniczących w nagraniu, gdyż podstawą przetwarzania będzie niezbędność takiego działania do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi

(art. 6 ust. 1 lit. e RODO), w związku z realizacją zasady dostępu do informacji publicznej, jednak nie zwalnia to z obowiązku informowania o takiej podstawie.

Wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozwiązało stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (zwanego dalej „PUODO”) wyrażone w dokumencie „Projektowanie ochrony danych osobowych w związku z transmisją i nagrywaniem obrad kolegialnych organów jednostek samorządu terytorialnego”¹. PUODO zwraca w nim uwagę na zapewnienie rzetelnej realizacji obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 13 RODO przez gminę (odpowiednio powiat, samorząd województwa).

Według PUODO gmina ma bowiem obowiązek uwzględniania RODO przy transmisjach. Osoby uczestniczące w obradach, przed rozpoczęciem tych obrad, powinny zostać poinformowane o samym fakcie i miejscu transmisji obrad oraz miejscu udostępnienia nagrania wraz ze wskazaniem okresu przechowywania znajdujących się w nagraniu danych osobowych. Informacje na ten temat powinny być upublicznione też np. przed wejściem na salę obrad czy też poprzez odczytanie na początku sesji.

Obowiązek informacyjny przewidziany w art. 13 RODO zakłada również, iż administrator musi przekazać **informacje o zamiarze przekazania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej oraz o stwierdzeniu lub braku stwierdzenia przez Komisję odpowiedniego stopnia ochrony lub w przypadku przekazania, o którym mowa w art. 46, art. 47 lub art. 49 ust. 1 akapit drugi, wzmiankę o odpowiednich lub właściwych zabezpieczeniach oraz o możliwościach uzyskania kopii danych lub o miejscu udostępnienia danych.**

W tym miejscu warto zauważyć, iż zasadą jest legalność transferu w sytuacji, gdy wymagania RODO zostają spełnione, o czym mówi art. 44 RODO. Ostatnie zdanie tego artykułu jednak brzmi: **Wszystkie przepisy niniejszego rozdziału należy stosować z myślą o zapewnieniu, by nie został naruszony stopień ochrony osób fizycznych zagwarantowany w niniejszym rozporządzeniu.** Oznacza to, iż administrator powinien mieć na uwadze wszelkie względy, które w danym przypadku mogą naruszać stopień ochrony.

¹ <https://uodo.gov.pl/pl/138/1258>

Motyw 116 RODO stanowi natomiast, że transgraniczne przekazywanie danych osobowych poza Unią może spowodować wzrost ryzyka, że osoby fizyczne nie będą mogły wykonywać prawa do ochrony danych osobowych, w szczególności w celu ochrony przed niezgodnym z prawem wykorzystaniem lub ujawnieniem tych informacji. Warto w tym kontekście wspomnieć o toczącej się przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej sprawie dotyczącej przesyłania danych użytkowników Facebooka z UE do USA, rozpatrywanej w wyniku pytania, jakie postawił sąd w Irlandii, w której tzw. Tarcza Prywatności (*Privacy Shield*) została podważona w związku z tzw. *surveillance laws* w Stanach Zjednoczonych². Przywołana sprawa rozpoczęła się od zakwestionowania przez Maxa Schremsa stosowanych przez firmy technologiczne metod przesyłu danych poza terytorium Unii Europejskiej, które jego zdaniem nie gwarantują europejskim użytkownikom dostatecznej ochrony przed nadzorem służb amerykańskich.

W jej wyniku firmy świadczące usługi łączności elektronicznej (takie jak Facebook, Google) potencjalnie mogą zostać zobowiązane, aby podjąć działania zgodnie z którymi dane pozostawałyby w Europie w momencie, gdy nie jest konieczny ich transfer do USA lub w związku z możliwością zastosowania zakwestionowanych tzw. *surveillance laws*. Na dzień sporządzania niniejszej opinii sprawa nie została prawomocnie zakończona, dlatego kwestia ta nie została przez nas szczegółowo zaprezentowana.

Również w kontekście ewentualnego przetwarzania danych osobowych przez YouTube, należy wskazać, iż zgodnie z art. 28 ust. 1 RODO, jeżeli przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, **korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi niniejszego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą.**

Ponadto, PUODO podkreśla, że zarówno transmisja, jak i udostępnienie w Internecie nagrań posiedzeń kolegialnych organów jednostek samorządu terytorialnego powinno się zatem koncentrować **przede wszystkim w wyszczególnionych w BIP oraz na stronie internetowej gminy (powiatu, samorządu województwa), a w innych jedynie w przypadku, gdy miejsce publikacji nagrania umożliwia administratorowi pełną kontrolę nad danymi osobowymi i realizację**

² Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court (Irlandia) w dniu 9 maja 2018 r. – Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems (Sprawa C-311/18).

wynikających z RODO obowiązków (np. obowiązku aktualizacji danych, usunięcia danych, sprostowania danych itp.). Przy wypełnianiu obowiązku transmisji gmina powinna unikać wszelkich zagrożeń związanych z brakiem kontroli nad danymi oraz niewystarczającymi informacjami dotyczącymi samej operacji przetwarzania. Gmina powinna dokonać analizy okresu przetwarzania danych zawartych w nagraniach zamieszczonych w Internecie.

Administrator nie ma zatem pełnej dowolności w kwestii doboru sposobu udostępniania **nagrań zawierających dane osobowe**. Odpowiada on bowiem za bezpieczeństwo przetwarzania tych danych na podstawie przepisów RODO.

Kolejno PUODO jasno wskazuje, iż w przypadku, gdy administrator przy realizacji swych zadań w zakresie transmisji czy udostępniania korzysta z podmiotów zewnętrznych, ma on **obowiązek zawarcia umowy powierzenia danych osobowych**, o której mowa w art. 28 RODO. Zgodnie z przywołanym stanowiskiem. **identyfikacja wskazanych podmiotów jako przetwarzających i zawarcie z nimi umowy powierzenia jest obowiązkiem administratora. Do niego należy także ściśle egzekwowanie realizacji tej umowy.** Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych musi obowiązkowo być zawarta na piśmie lub w drodze innego instrumentu prawnego (np. zarządzenia, uchwały), w tym w formie elektronicznej. Pojawia się zatem pytanie w jaki sposób formalnie gmina może z YouTube taką umowę zawrzeć. Gdyby nawet przyjąć, że może ona zostać zaakceptowana przez użytkownika ze strony gminy w formie regulaminu, to musiałaby to być osoba odpowiednio umocowana i uprawniona do reprezentacji danej jednostki w tym zakresie. Trudno także wyobrazić sobie sytuację, w której gmina negocjuje z YouTube warunki umowy powierzenia przetwarzania danych, aby dopilnować by znalazły się w niej wszystkie elementy przewidziane RODO, czy też audytuje/egzekwuje sposób jej realizacji.

IV. Podsumowanie

Dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy użytkownikiem a YouTube na gruncie prawa polskiego w formie Warunków korzystania. W przypadku jednak korzystania z ogólnodostępnych, bezpłatnych serwisów streamingowych, istnieje ryzyko niespełnienia warunków ustawowych, gdyż gmina nie ma w takim przypadku pełnej kontroli nad udostępnionymi plikami. Z punktu widzenia RODO, brak natomiast kontroli nad danymi osobowymi czy też brak możliwości zawarcia

odpowiedniej umowy o powierzeniu stanowią okoliczności, które powinny dyskwalifikować dostawcę usług transmisji.

Z uwagi na lakoniczność postanowień ustawy w zakresie rzeczoności obowiązku transmisji oraz udostępniania nagrań, w szczególności brak określenia konsekwencji wadliwego zastosowania się do tych przepisów, chociażby w postaci problemów technicznych, warto dochować należytej staranności w procesie wdrażania tych przepisów. Jest to niezmiernie istotne z uwagi na ocenę ważności przeprowadzonych obrad czy odpowiedzialność karną za nieudostępnienie informacji publicznej w rozumieniu DostInfPubU. Materiały dokumentujące posiedzenia organów kolegialnych, których obrady są jawne, są bowiem bez wątpienia informacją publiczną, w rozumieniu ww. ustawy.

Przepisy prawa prasowego nie zostały w niniejszej opinii analizowane, ponieważ nie mają one zastosowania do jednostek samorządu terytorialnego.