

Zespół Doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu Rzeczypospolitej Polskiej X kadencji

w składzie:

prof. dr hab. Marek Chmaj - przewodniczący Zespołu;
dr hab. Ryszard Balicki, prof. Uwr;
dr hab. Agnieszka Bień-Kacała, prof. UMK;
dr hab. Jacek Barcik, prof. UŚl.;
dr hab. Mariusz Bidziński, prof. Uniwersytetu SWPS;
dr hab. Marcin Dąbrowski;
dr hab. Radosław Grabowski, prof. UR;
dr hab. Bartłomiej Nowotarski, prof. UE we Wrocławiu;
dr hab. Sławomir Patyra, prof. UMCS;
dr hab. Ryszard Piotrowski, prof. UW;
prof. dr hab. Andrzej Rzepliński;
prof. dr hab. Bronisław Sitek;
dr Tomasz Zalasinski.

OPINIA PRAWNA

W PRZEDMIOCIE:

***zgodności ustawy uchwalonej przez Sejm RP 11 sierpnia 2021 r.
o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji
z Konstytucją RP z 1997 r.
oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między
Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki
z 21 marca 1990 r.***

sprawozdawcy sporządzający opinię:

dr hab. Agnieszka Bień-Kacała, prof. UMK;
dr hab. Marcin Dąbrowski.

Warszawa, 25 sierpnia 2021 r.

I. ŹRÓDŁA PRAWA

- (1). Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.
(Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- (2). Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 97, poz. 467 z późn. zm.).
- (3). Ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji
(t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 805).
- (4). Ustawa z 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1526 z późn. zm.).
- (5). Uchwalona przez Sejm 11 sierpnia 2021 r. ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (ustawa w trakcie procesu legislacyjnego, brak publikacji).
- (6). Uchwała Sejmu RP z 30 lipca 1992 r. (t.j. M.P. z 2021 r. poz. 483 z późn. zm.).

II. DEFINICJE I SKRÓTY

DEFINICJE:

- | | | |
|------|------------------|---|
| (1). | „Konstytucja RP” | Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) |
| (2). | „Sejm RP” | Sejm Rzeczypospolitej Polskiej |
| (3). | „Senat RP” | Senat Rzeczypospolitej Polskiej |
| (4). | „Opiniujący” | Zespół Doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu RP X kadencji |

SKRÓTY:

- | | | |
|------|---------------------|--|
| (1). | „ds.” | do spraw |
| (2). | EOG | Europejski Obszar Gospodarczy |
| (3). | KRRiT | Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji |
| (4). | k.s.h. | Ustawa z 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1526 z późn. zm.). |
| (5). | rtv | radiowo-telewizyjny |
| (6). | UoRiT | Ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020 r. poz. 805). |
| (7). | Ustawa zmieniająca, | Uchwalona przez Sejm 11 sierpnia 2021 r. |

- | | | |
|------|-------------------------------|--|
| | ustawa nowelizująca | ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (brak publikacji) |
| (8). | Traktat, umowa międzynarodowa | Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 97, poz. 467 z późn. zm). |

III. WYKAZ DOKUMENTÓW

- (1). Projekt ustawy zmieniającej wraz z uzasadnieniem (druk sejmowy 1389).
- (2). Uchwalona przez Sejm RP w dniu 11 sierpnia 2021 r. Ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (ustawa w trakcie procesu legislacyjnego, brak publikacji).
- (3). Opinia Rzecznika Praw Obywatelskich z 12 lipca 2021 r. (VII716.24.2021.ST).
- (4). Opinia Przewodniczącego KRRiT z 19 lipca 2021 r. (DS.071.78.5.2021).
- (5). Opinia Przewodniczącego KRRiT z 26 lipca 2021 r. (DS.071.78.9.2021).
- (6). Opinia Zastępcy I Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego z 20 lipca 2021 r. (PK I BP 0280.185.2021).
- (7). Opinia dra hab. Jacka Zalesnego z 19 lipca 2021 r. (BAS-1752/21A).

IV. PRZEDMIOT OPINII

Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza zgodności uchwalonej przez Sejm RP 11 sierpnia 2021 r. ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji z przepisami:

- 1) Konstytucji RP z 1997 r.;
- 2) Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 21 marca 1990 r.

V. STAN PRAWNY i STAN FAKTYCZNY

1. Podstawy prawne ekspertyzy

Art. 2. Konstytucji RP

Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Art. 9. Konstytucji RP

Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego.

Art. 14. Konstytucji RP

Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu.

Art. 54. Konstytucji RP

1. Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

2. Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

Art. 89 Konstytucji RP

1. Ratyfikacja przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej i jej wypowiedzenie wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie, jeżeli umowa dotyczy:

- 1) pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych,*
- 2) wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji,*
- 3) członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w organizacji międzynarodowej,*
- 4) znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym,*
- 5) spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja wymaga ustawy.*

2. O zamiarze przedłożenia Prezydentowi Rzeczypospolitej do ratyfikacji umów międzynarodowych, których ratyfikacja nie wymaga zgody wyrażonej w ustawie, Prezes Rady Ministrów zawiadamia Sejm.

3. Zasady oraz tryb zawierania, ratyfikowania i wypowiedzania umów międzynarodowych określa ustawa.

Art. 91. ust. 1 i 2 Konstytucji RP

1. Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy.

2. Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.

Art. 241 ust. 1 Konstytucji RP

Umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji.

Art. II Traktatu - Traktowanie inwestycji (wyciąg)

ust. 1 Każda ze Stron zezwoli, zgodnie ze swym mającym zastosowanie ustawodawstwem, i będzie traktowała inwestycje oraz działalność towarzyszącą w sposób niedyskryminacyjny, z zastrzeżeniem prawa każdej ze Stron do ustanawiania lub utrzymywania wyjątków mieszczących się w jednym z sektorów lub dziedzin wymienionych w aneksie do niniejszego traktatu. Każda ze Stron poinformuje drugą Stronę przed lub w dniu wejścia w życie niniejszego traktatu o wszystkich znanych jej ustawach i aktach wykonawczych dotyczących sektorów lub dziedzin wymienionych w aneksie. Ponadto każda ze Stron powiadomi drugą o jakichkolwiek przyszłych wyjątkach odnoszących się do sektorów lub dziedzin wymienionych w aneksie i ograniczy ustanawianie takich wyjątków do minimum. Jakikolwiek wyjątek wprowadzony w przyszłości przez którąkolwiek ze Stron nie będzie miał zastosowania względem inwestycji już istniejących w danym sektorze lub dziedzinie w momencie wejścia w życie tego wyjątku. Z zastrzeżeniem odmiennych postanowień aneksu, traktowanie przyznane zgodnie z którymkolwiek z wyjątków nie może być mniej korzystne niż to, jakie w podobnych warunkach jest stosowane wobec inwestycji i działalności towarzyszącej, obywateli lub spółek któregośkolwiek państwa trzeciego, z wyjątkiem własności nieruchomości. Prawa do wydobywania kopalin na gruntach państwowych będą uzależnione od przyznania wzajemności.

ust.6. Inwestycja będzie zawsze traktowana w sposób sprawiedliwy i równy oraz korzystała z pełnej ochrony oraz bezpieczeństwa i w żadnym wypadku nie będzie traktowana gorzej, niż to wynika z prawa międzynarodowego. Żadna ze Stron nie naruszy w jakikolwiek arbitralny i dyskryminacyjny sposób zarządu, prowadzenia, utrzymywania, użytkowania, korzystania, nabywania, rozwijania lub rozporządzania inwestycją. Każda ze Stron będzie przestrzegać jakichkolwiek zobowiązań, które mogła zaciągnąć w odniesieniu do inwestycji.

Artykuł VII ust. 1 Traktatu - Odszkodowanie za wywłaszczenie (wyciąg)

Inwestycje nie zostaną wywłaszczone lub znacjonalizowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez środki równoznaczne z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją ("wywłaszczenie"), chyba że nastąpi to w celu publicznym, w sposób niedyskryminacyjny, za bezzwłoczną wypłatą odpowiedniego i skutecznego odszkodowania...

Aneks do Traktatu (ust. 4 - wyciąg)

4. Zgodnie z artykułem II ustęp 1, Rzeczpospolita Polska zastrzega sobie prawo do ustanawiania lub utrzymywania ograniczonych wyjątków w następujących sektorach lub dziedzinach: transporcie powietrznym, żegludze oceanicznej i przybrzeżnej, bankowości, ubezpieczeniach, subwencjach rządowych, rządowych ubezpieczeniach i programach kredytowych, produkcji energii, pośrednictwie celnym, własności i użytkowaniu nieruchomości, własności i prowadzeniu stacji nadawczych radiowych i stacji telewizyjnych...

2. Opis stanu faktycznego i wprowadzonych zmian

W dniu 7 lipca 2021 r. do Sejmu RP wpłynął poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389). Pierwotnie składał się on z trzech artykułów i zakładał zmianę tylko art. 35 UoRiT. Ostatecznie Sejm uchwalił nowelizację czterech artykułów tego aktu normatywnego - art. 7 ust. 1 i 3 (skład KRRiT), art. 27 ust. 3 (powołanie i odwołanie członków zarządu i prezesa zarządu Telewizji Polskiej SA), art. 35 (podmioty uprawnione do uzyskania koncesji), art. 40a ust. 5 (zezwolenie na nabycie lub objęcie udziałów). Podczas prac w Sejmie dodano jeszcze jeden artykuł. Finalnie ustawa nowelizująca składa się z 4 artykułów jednego zmieniającego UoRiT i trzech przepisów przejściowych i końcowych. Po otrzymaniu projektu Marszałek Sejmu skierował go do I czytania, które odbyło się w Komisji Kultury i Środków Przekazu w dniu 27 lipca 2021 r. II i III czytanie projektu odbyło się 11 sierpnia 2021 r. Tego dnia Sejm RP uchwalił ustawę zmieniającą (za było 228 posłów, przeciwko 216 posłów, 10 posłów wstrzymało się od głosu).

Podczas obrad Sejmu miało miejsce jeszcze jedno istotne zdarzenie, które może być oceniane w kontekście niniejszej sprawy. 11 sierpnia 2021 r. przed rozpoczęciem głosowania nad ustawą nowelizującą posłowie opozycji złożyli wniosek o odroczenie 36 posiedzenia Sejmu do września 2021 r. Wniosek został poddany pod głosowanie i został przyjęty (głosowało 456 osób, za było 229 posłów, 227 posłów było przeciwko, nikt nie wstrzymał się od głosu, 4 posłów nie głosowało). Posłowie PiS złożyli wniosek o reasumpcję głosowania, gdyż 4 parlamentarzystów oświadczyło, że podczas pierwszego głosowania się pomylili. Marszałek Sejmu zarządziła głosowanie wniosku o reasumpcję

wcześniejszego głosowania nad odroczeniem posiedzenia Sejmu (głosowało 231 parlamentarzystów, za było 229 osób, jedna się wstrzymała i jedna osoba była przeciwko). W związku z decyzją o powtórzeniu głosowania w sprawie o odroczenie 36 posiedzenia Sejmu Marszałek zarządziła ponowne głosowanie tego wniosku. Tym razem wniosek został odrzucony (głosowało 455 posłów, za było 225, przeciwko 229 i jedna osoba wstrzymała się od głosu). W związku z odrzuceniem w powtórnym głosowaniu wniosku o odroczenie posiedzenia - Sejm kontynuował swoje prace i w jednym z kolejnych głosowań Sejm uchwalił w całości ustawę zmieniającą. W dniu 13 sierpnia 2021 Marszałek Sejmu przekazał tak uchwaloną ustawę do Senatu. Marszałek Senatu zwrócił się do Opiniującego o sporządzenie niniejszej ekspertyzy.

Zgodnie z art. 33 ustawy o radiofonii i telewizji rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych wymaga uzyskania koncesji, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji. Art. 35 UoRiT określa krąg podmiotów, które mogą się ubiegać o uzyskanie koncesji. Zmiana treści tego przepisu polega na wprowadzeniu dodatkowych wymogów odnoszących się do podmiotu ubiegającego się o uzyskanie koncesji (lub już posiadającego odpowiednie zezwolenia na emisję programów). Zgodnie z art. 35 ust. 1 (który nie został zmieniony) koncesję może uzyskać osoba fizyczna posiadająca obywatelstwo polskie oraz osoba prawna i osobowa spółka handlowa, które mają siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej. Pozostałe ustępy art. 35 (znowelizowane) określają wyjątki od powyższej zasady, tj. wskazują, kiedy obcokrajowcy, lub obce spółki mogą otrzymać koncesję. Wynika z nich m.in., że koncesja może być udzielona osobie zagranicznej, jeżeli „bezpośredni lub pośredni udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub bezpośredni lub pośredni udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, a w przypadku prostej spółki akcyjnej – w ogólnej liczbie akcji tej spółki, nie przekracza 49%” (w dalszej części tego przepisu przewidziano dodatkowe wymogi odnoszące się do zarządzania takim podmiotem jego reprezentacji – art. 35 ust. 2 pkt 2). Drugi wyjątek został zawarty w art. 35 ust. 3, wynika z niego, że koncesja może być również udzielona osobie zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie należącym do Europejskiego Obszaru

Gospodarczego, pod warunkiem, że osoba taka nie jest zależna, w rozumieniu kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie niebędącym członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Kodeks spółek handlowych w art. 4 § 1 pkt 4 zawiera definicję spółki dominującej i spółki zależnej. Z treści tego przepisu wynika, że spółka dominująca to spółka handlowa, która:

a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami;

b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami;

c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami;

d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej);

e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami;

f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej,

Podsumowując istota zaproponowanych zmian sprowadza się do tego, że w świetle znowelizowanego art. 35 UoRiT koncesji nie otrzyma (lub ją utraci) podmiot emitujący programy telewizyjne w Polsce, który ma siedzibę na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, jeżeli jest spółką zależną w rozumieniu przepisów k.s.h. od spółki zarejestrowanej w państwie trzecim (tj.

poza EOG). Ustawa o radiofonii i telewizji w obecnym brzmieniu takiego ograniczenia nie przewiduje.

W uzasadnieniu ustawy nowelizującej m.in. wskazano, że „Projekt ustawy ma na celu (...) efektywne przeciwdziałanie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami rtv przez dowolne podmioty spoza Unii Europejskiej, w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa”.

W ocenie Opiniującego wskazany w uzasadnieniu projektu cel ustawy ma istotne znaczenie, niemniej jednak powinien zostać poparty analizą stanu faktycznego, ewentualnych zagrożeń oraz wskazaniem jego aktualności. W przeciwnym razie powstać może wrażenie, że prawdziwy cel planowanej regulacji jest inny i nie został ujawniony, a rzeczywiste skutki ustawy nowelizującej znacznie wykraczają poza założenia wskazane w uzasadnieniu projektu. Ważny bowiem jest fakt, że ustawa nowelizująca i jej skutki będą odnosić się również do podmiotów, które od kilku lat nadają w Polsce programy telewizyjne na podstawie legalnie uzyskanych koncesji. Zagadnienie to w ogóle nie zostało poruszone w uzasadnieniu ustawy zmieniającej. Równocześnie nie wskazano jak zmiany odnoszące się do obecnie nadających w Polsce podmiotów przyczynią się do realizacji podstawowego celu ustawy tj. zwiększenia bezpieczeństwa państwa. Ponadto nie wskazano, czy i w jakim zakresie w obecnym stanie faktycznym nadawanie programów telewizyjnych, przez spółki zależne od podmiotów zarejestrowanych poza państwami EOG, stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.

Analiza stanu faktycznego oraz rynku mediów pozwoliła ustalić, że w Polsce działają przedsiębiorstwa, które mają swoją siedzibę poza krajami Europejskiego Obszaru Gospodarczego i które są podmiotami dominującymi wobec spółek emitujących programy telewizyjne w Polsce. Należy do nich m.in. amerykańska spółka Discovery inc., która ma zarejestrowane swoje oddziały m.in. w Holandii oraz w Wielkiej Brytanii. Do tego podmiotu należą spółki prawa handlowego emitujące w Polsce takie programy jak: TVN, TVN24, TVN Style, TVN Sport, Discovery itp. W wyniku prowadzonych zmian Discovery inc. zmuszony zostanie do pozbycia się większościowego udziału

nad spółkami rtv operującymi i nadającymi w Polsce i przestanie być podmiotem dominującym. W przeciwnym wypadku w świetle znowelizowanych przepisów UoRiT Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji nie przyzna spółkom zależnym od Discovery inc. koncesji do nadawania programów telewizyjnych w Polsce. Ewentualnie po upływie terminów wynikających z przepisów przejściowych ustawy zmieniającej koncesje te wygasną lub Przewodniczący KRRiT będzie zobowiązany do cofnięcia spółkom zależnym od Discovery inc. posiadanych koncesji. Podobnie rzecz będzie się miała ze spółkami zależnymi od innych przedsiębiorców zarejestrowanych poza EOG.

Zgodnie z treścią art. 2 ustawy zmieniającej osoby zagraniczne oraz spółki zależne emitujące programy w Polsce mają dostosować swoją strukturę kapitałową i własnościową oraz wewnętrzne przepisy do ograniczeń wynikających z ustawy w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej, co będzie miało miejsce 30 dni po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw. Ustawa zmieniająca nie zawiera sankcji za naruszenie tego przepisu. Jednakże po upływie ww. terminów nadawca będący podmiotem zagranicznym oraz spółki zależne będą emitować swoje programy z naruszeniem przepisów ustawy. W konsekwencji otworzy to drogę przewodniczącemu KRRiT do wydania decyzji cofającej koncesję z uwagi na wykonywanie koncesji w sposób sprzeczny z ustawą (art. 38 ust. 1 pkt. 2 i 4 UoRiT).

W art. 2 ust. 2 ustawy zmieniającej wskazano jeszcze, że zbywane przez podmioty zagraniczne lub spółki zależne udziały nie mogą być przejmowane przez Skarb Państwa i państwowe jednostki organizacyjne lub spółki z udziałem Skarbu Państwa. Takie nabycie byłoby nieważne z mocy prawa (ust. 3). Przepis ten ma na celu przeciwdziałanie nacjonalizacji majątku zbywanego przez zagranicznych przedsiębiorców.

Bardzo istotne znaczenie ma art. 3 ustawy nowelizującej. Stanowi on, że koncesje podmiotów zagranicznych spoza EOG lub zależnych od nich spółek, które wygasają z upływem 9 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej zostają wydłużone o 7 miesięcy od dnia wygaśnięcia koncesji. Z

przepisu tego wynika również, że zawieszeniu ulegają postępowania koncesyjne wszczęte przez te podmioty i niezakończone przed uchwaleniem i wejściem w życie ustawy zmieniającej. Założeniem tej regulacji jest wstrzymanie toku postępowań koncesyjnych w okresie przejściowym i uniemożliwienie udzielenia koncesji w oparciu o przepisy w brzmieniu sprzed nowelizacji. W konsekwencji, od chwili ogłoszenia ustawy zmieniającej, o koncesję skutecznie będą mogły się ubiegać tylko podmioty, które spełniają warunki znowelizowanego art. 35 UoRiT.

Zgodnie z treścią art. 4 ustawa zmieniająca wchodzi w życie po upływie 30 dni od ogłoszenia z wyjątkiem art. 3, który wejdzie w życie z chwilą jej ogłoszenia.

VI. Zgodność ustawy zmieniającej z Konstytucją RP

- uwaga ogólna co do zarzutów zgłaszanych w postępowaniu ustawodawczym toczącym się w Sejmie

Opiniujący pragnie przyłączyć się do zarzutów zgłoszonych w postępowaniu sejmowym, zwłaszcza przez Rzecznika Praw Obywatelskich w uwagach z 12 lipca 2021 r. oraz przez dra hab. Jacka Zalesnego w opinii z 19 lipca 2021 r. Zgłoszone mankamenty konstytucyjne nie zostały usunięte w dotychczas prowadzonym postępowaniu legislacyjnym i wymagają uwzględnienia podczas senackich prac nad ustawą. Obejmują one zwłaszcza:

- Naruszenie wynikającej z art. 2 Konstytucji zasady zaufania obywateli do państwa i prawa, której istotą jest lojalność państwa wobec jednostki. Jak zauważył RPO „zmienione warunki koncesyjne mają znaleźć zastosowanie do podmiotów już prowadzących zgodnie z obowiązującym prawem działalność gospodarczą polegającą na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych”. Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oznacza przede wszystkim konieczność ochrony i respektowania praw słusznie nabytych i ochrony interesów w toku (zob. m. in. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 2 marca 1993 r., sygn. akt K 9/92, OTK z 1993 r. Nr 1, poz. 6; wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 24 października 2000 r., sygn. akt SK 7/00, OTK z 2000 r., Nr 7, poz. 256; z 15 lutego 2005 r., sygn. Akt K 48/04,

OTK z 2005 r., Nr 2/A, poz. 15, z 29 września 2014 r., sygn. akt K 49/12, OTK z 2014 r., Nr 8, poz. 94). Zgodnie z orzecznictwem TK treść zasady przejawia się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, „aby nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 lutego 2001 r., sygn. Akt K 27/00, OTK z 2001 r., Nr 2, poz. 29).

- Naruszenie wynikającej z art. 2 Konstytucji RP zasady ochrony praw słusznie nabytych. Jak podniósł RPO „prawa słusznie nabyte zostały skonkretyzowane w indywidualnym akcie administracyjnym przybierającym zewnętrzną formę decyzji koncesyjnej, wydanym w imieniu państwa polskiego przez konstytucyjny organ, jakim jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji”. Zgodnie z orzecznictwem TK zasada ochrony praw słusznie nabytych zakazuje arbitralnej ingerencji w prywatne i publiczne prawa podmiotowe przysługujące jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym (m. in. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 22 czerwca 1999 r., sygn. akt K 5/99, OTK z 1999 r., Nr 5, poz. 100; z 20 grudnia 1999 r., sygn. akt K 4/99, OTK z 1999 r., Nr 7, poz. 165; z 7 maja 2014 r., sygn. akt K 43/12, OTK z 2014 r., Nr 5/A, poz. 50). Jak zauważył RPO nie zaszły żadne nadzwyczajne okoliczności, które uzasadniałyby wkroczenie przez ustawodawcę w sferę praw słusznie nabytych w drodze koncesji. W konsekwencji ingerencja ustawodawcza wydaje się nosić cechy arbitralności.

- Naruszenie wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP). Zgodnie a art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wolność działalności gospodarczej może podlegać ograniczeniom ustanowionym w ustawie tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Jak zauważa RPO „wprowadzenie projektowanego

rozwiązania nie jest konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa, zagrożonego przez bliżej niesprecyzowane przez projektodawców działania państw trzecich spoza obszaru Unii Europejskiej”. Zdaniem Rzecznika obowiązujący art. 38 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji zawiera bowiem już wystarczające środki (cofnięcie koncesji) do zgodnego z Konstytucją zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z orzecznictwem TK ograniczenie nie jest konieczne, gdy cel, do którego dąży ustawodawca można osiągnąć przy pomocy środków równie skutecznych, ale mniej dolegliwych (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 11 kwietnia 2000 r., sygn. Akt K 15/98, OTK z 2000 r., Nr 3, poz. 86; z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04, OTK z 2005 r., Nr 6/A, poz. 64).

- Naruszenie art. 21 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w zakresie ochrony własności. Jak zauważa dr hab. J. Zalesny w opinii z 19 lipca 2021 r. ustawodawca ma względną swobodę w zakresie dokonywania zmian w regułach przyznawania koncesji, niemniej jednak „zmiana prawa powinna być w ten sposób dokonywana, aby podmioty, których ona dotyczy, miały odpowiedni czas na racjonalne rozporządzenie swoimi interesami. Tego wymagają ochrona interesu w toku i zasada odpowiedniej *vacatio legis*. Musi to być czas odpowiedni do sytuacji polegającej na dostosowaniu przede wszystkim struktury kapitałowej koncesjonariuszy (oraz swoich umów lub statutów) do ograniczeń przewidzianych w ustawie. Biorąc pod uwagę specyfikę rynku telewizyjnego [...] *vacatio legis* jest oczywiście nieodpowiednia. Uniemożliwia podmiotowi objętemu regulacją prawną racjonalne rozporządzenie własnymi interesami. Ma cechy pozornej *vacatio legis*. Jest pułapką zastawioną przez posłów-wnioskodawców w postaci uniemożliwienia podmiotowi objętemu regulacją prawną dostosowania się do zmienionych regulacji i racjonalnego podjęcia decyzji co do dalszego postępowania. [...] Skutkując niekorzystnym rozporządzaniem własnym mieniem, narusza prawo własności spółki-koncesjonariusza, która nie spełnia i spełnić nie może proponowanych rozwiązań prawnych.”

Opiniujący pragnie zwrócić uwagę na dalsze wątpliwości konstytucyjne dotyczące analizowanej ustawy:

- naruszenie art. 2. Konstytucji RP

Zgodnie z art. 2 Konstytucji Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Jak wskazał TK w wyroku z 20 listopada 2002 r. sygn. akt K (41/02) „z zasady tej w orzecznictwie konstytucyjnym i w doktrynie wyprowadza się daleko idące konsekwencje, zarówno gdy chodzi o same wymagania co do techniki legislacyjnej (zasada przyzwoitej legislacji, określoności przepisów), jak i co do bezpieczeństwa prawnego (zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa, zasada ochrony praw nabytych). Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że teoretycznie wyróżnione i nazwane zasady na tle konkretnych stanów faktycznych splatają się ze sobą; niejasność przepisu w praktyce zwykle oznacza niepewność sytuacji prawnej adresata normy i pozostawienie jej ukształtowania organom stosującym prawo; z kolei zróżnicowanie indywidualnych rozstrzygnięć pociąga za sobą postrzeganie prawa jako niesprawiedliwego i utratę zaufania obywateli do państwa. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalony jest pogląd, iż ogólne zasady wynikające z art. 2 Konstytucji powinny być przestrzegane szczególnie restryktywnie, gdy chodzi o akty prawne ograniczające wolności i prawa obywatelskie oraz nakładające obowiązki wobec państwa. Ustawa zmieniająca dotyczy bezpośrednio wolności środków społecznego przekazu oraz wolności wyrażania poglądów i pozyskiwania informacji, a pośrednio wolności działalności gospodarczej oraz prawa własności. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, »naruszeniem Konstytucji jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań« (wyrok z 22 maja 2002 r., K. 6/02, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33, s. 448). Z zasady określoności wynika, że »każdy przepis prawny powinien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego – dopiero spełnienie tego warunku

podstawowego pozwala na jego ocenę w aspekcie pozostałych kryteriów« (wyrok z 22 maja 2002 r., K. 6/02, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33, s. 448).»

Z punktu widzenia jasności wypowiedzi ustawodawcy i sformułowania precyzyjnych norm prawnych należy ocenić art. 1 pkt 1 ustawy nowelizującej. Wprowadzenie nowych i odmiennych od obowiązujących reguł powoływanie członków KRRiT spowoduje brak spójności regulacji ustawowej w ramach jednego przepisu – art. 7 ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020r. poz. 805). Zgodnie z nowym uregulowaniem w skład Krajowej Rady wchodzić miałyby pięciu członków powoływanych przez Prezydenta RP za zgodą Sejmu i Senatu na wniosek Marszałka Sejmu albo grupy 35 posłów. Zmianie ulegnie zatem podmiot powołujący poszczególnych członków KRRiT. Dotychczas bowiem pięciu członków tego organu powoływanych było następująco: 2 przez Sejm, 1 przez Senat i 2 przez Prezydenta. W konsekwencji nowelizacji częściowej art. 7 ustawy o radiofonii i telewizji przepisy niezmienione będą wywoływały wątpliwości interpretacyjne, których nie można będzie usunąć przy zastosowaniu dostępnych reguł interpretacji prawniczej. Wątpliwości te będą dotyczyły art. 7 ust. 4, zgodnie z którym „członkowie Krajowej Rady pełnią swe funkcje do czasu powołania następców”, podczas gdy do ustawy ma zostać wprowadzony art. 7 ust. 1. 7) w brzmieniu: „dotychczasowy członek Krajowej Rady pełni swoje obowiązki do czasu objęcia stanowiska przez nowego członka Krajowej Rady”. Nie będzie jasne, do którego momentu „funkcja” czy „obowiązki” mają być pełnione. „Powołanie” i „objęcie stanowiska” nie są bowiem pojęciami tożsamymi. Niezrozumiała będzie również treść art. 7 ust. 6 UoRiT dotycząca organu uprawnionego do odwołania członka KRRiT. Nie jest jasne, czy odwołać członka KRRiT może Prezydent RP samodzielnie, czy też działając za zgodą Sejmu i Senatu, czy wreszcie każdy z tych organów.

Należy również wskazać, że nie została sprecyzowana relacja nowych przepisów w odniesieniu do kadencji obecnie urzędującej Rady. Zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem TK (wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06), KRRiT jest konstytucyjnym organem państwa wyposażonym w szereg

istotnych kompetencji, których realizacja (rozstrzygnięcia w formie uchwał i wydawanie decyzji administracyjnych) stanowi element wykonywania przez państwo jego funkcji. Natomiast prawidłowa realizacja konstytucyjnych funkcji Rady w odniesieniu do tak istotnych wartości, jak wolność słowa, prawo do informacji i publiczny interes w radiofonii i telewizji, wymaga zapewnienia niezależności jej członków. Jedną z najistotniejszych gwarancji tej niezależności jest stabilizacja na stanowisku oznaczająca zakaz dowolnego odwoływania przed upływem kadencji. Stabilizacja wyboru członków Krajowej Rady jest ściśle związana z gwarancją niezależności całego organu. W związku z tym, należy ocenić jako niedopuszczalne rozwiązania, które prowadzą do natychmiastowego wygaśnięcia mandatów członków Krajowej Rady bez jakiegokolwiek związku z istniejącymi w dotychczasowych przepisach przyczynami wygaśnięcia mandatów i bez istnienia szczególnych okoliczności, które uzasadniałyby takie rozwiązania.

Wskazana niespójność w zakresie sposobu powoływania członków KRRiT oraz brak precyzji co do kwestii wpływu nowej regulacji na kadencję członków obecnej Rady utrudniają lub wręcz uniemożliwiają zrozumienie znowelizowanego przepisu. Taka wada jest na tyle istotna, że dyskwalifikuje działalność parlamentu jako ustawodawczą, czyli wprowadzenie do porządku prawnego nowych norm prawnych ustawowych. Wady tej nie da się usunąć na obecnym etapie procesu prawodawczego poprzez podjęcie uchwały Senatu zawierającej poprawki do ustawy uchwalonej przez Sejm. Ustalenie nowego sposobu powoływania i odwoływania członków KRRiT jest na tyle istotne ustrojowo, że wymaga, aby materia ta przeszła przez całość procesu ustawodawczego na podstawie inicjatywy ustawodawczej.

Zgodna z konstytucyjną pozycją KRRiT jest natomiast zmiana w zakresie podmiotu powołującego członków zarządu i prezesa TP SA proponowana w art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji zastąpi w tym względzie Radę Mediów Narodowych. Rozwiązanie to przywraca stan zgodności z ustawą zasadniczą. Powyższa kwestia była przedmiotem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 13 grudnia 2016 r., K 13/16, (OTK-A z

2016, nr 101), w którym sąd konstytucyjny uznał, że niezgodne z Konstytucją RP z 1997 r. jest pozbawienie wpływu KRRiT na obsadzanie organów spółek publicznej radiofonii i telewizji.

W trakcie procedowania ustawy w Sejmie pojawiła się kwestia skuteczności odroczenia posiedzenia Sejmu i uchwalenia ustawy przez Sejm poza jego posiedzeniem. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie posiedzenia Sejmu (i Senatu) są jedynym forum publicznym, na którym przejawia się istota działalności Sejmu (i Senatu) przesądzająca o znaczeniu parlamentu w procesie legitymizacji władzy publicznej¹. Samo posiedzenie można zdefiniować jako zgromadzenie składu izby, czyli zebranie się posłów pod przewodnictwem Marszałka Sejmu w terminie ustalonym przez właściwy organ wewnętrzny izby lub jej własną uchwałą, w trybie przewidzianym regulaminem w celu obradowania nad sprawami objętymi porządkiem dziennym². Posiedzenie jest jedyną przewidzianą przez Konstytucję formą obrad plenarnych. Uprawnień całej izby nie mogą realizować ich organy, chyba, że mają wyraźną podstawę konstytucyjną. Uprawnienia całej izby nie mogą być realizowane w trybie obiegowym, w tym przez Internet. W kontekście tego stanowiska, należy zastanowić się, czy konstytucyjnie dopuszczalne jest obradowanie Sejmu poza posiedzeniem, gdy doszło do skutecznego jego odroczenia.

Jak wskazano wyżej przed rozpoczęciem głosowania nad ustawą nowelizującą posłowie opozycji złożyli wniosek o odroczenie 36 posiedzenia Sejmu. Wniosek został poddany pod głosowanie i został przyjęty (głosowało 456 osób, za było 229 posłów, 227 posłów było przeciwko, nikt nie wstrzymał się od głosu, 4 posłów nie głosowało). W przekonaniu Opiniującego głosowanie to było skuteczne i spowodowało odroczenie posiedzenia. W konsekwencji żadne czynności nie powinny zostać podjęte. Dotyczy to zwłaszcza uchwalenia ustawy będącej przedmiotem opinii.

¹ Zob. szerzej R. Piotrowski, *Komentarz do Działu III - Posiedzenia Sejmu*, [w:] *Komentarz do Regulaminu Sejmu RP*, Warszawa 1997, Dz. III - 1-2.

² Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 109 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 7; *Słownik wiedzy o Sejmie*, (red.) A. Preisner, Warszawa 2001, s. 125.

Niemniej jednak, już po odroczeniu posiedzenia, Marszałek Sejmu zarządziła przerwę w obradach, a następnie poddała pod głosowanie wniosek o reasumpcję głosowania nad odroczeniem posiedzenia.

W związku z brzmieniem art. 189 Regulaminu Sejmu należy podnieść wątpliwości dotyczące możliwości złożenia wniosku o reasumpcję głosowania we wskazanych okolicznościach faktycznych. Zgodnie z art. 189 ust. 1 Sejm może dokonać reasumpcji głosowania, gdy wynik głosowania budzi uzasadnione wątpliwości. Zdaniem Opiniującego wynik głosowania nie budził wątpliwości. Głosowanie zostało przeprowadzone prawidłowo, a posłowie nie zgłaszali problemów natury technicznej. Wskazano natomiast, że podstawą reasumpcji miała być pomyłka w głosowaniu. Zastosowanie art. 189 Regulaminu Sejmu nie dotyczy natomiast takich sytuacji. W związku z tym należy uznać, że nastąpiło odroczenie posiedzenia, a wniosek o reasumpcję nie mógł być już złożony. Zgodnie bowiem z art. 189 ust. 2 Regulaminu Sejmu, wniosek może być zgłoszony wyłącznie na posiedzeniu, na którym odbyło się głosowanie. Po prawidłowym i skutecznym odroczeniu posiedzenia 36 Sejmu RP dalsze procesowanie ustaw było niedopuszczalne i odbyło się z rażącym naruszeniem regulaminu Sejmu, kultury prawnej i porządku obrad. W konsekwencji doszło do naruszenia reguł postępowania legislacyjnego.

W świetle orzecznictwa TK (np. wyrok TK z 7 listopada 2013 r., K 31/12, OTK-A 2013 r. Nr 8, poz. 121) nie każde naruszenie zasad przyzwoitej legislacji skutkowało będzie niekonstytucyjnością regulacji prawnej, niemniej jednak może nastąpić taka sytuacja, w której dojdzie do przekroczenia pewnej masy krytycznej w zakresie nieprawidłowości w uchwalaniu ustawy. Zdaniem Opiniującego wskazane we wcześniejszych opiniach (RPO i dr. hab. J. Zalesnego) oraz w niniejszej ekspertyzie nieprawidłowości przekroczyły dopuszczalny konstytucyjnie próg i stanowią podstawę do kwestionowania ustawy skierowanej do Senatu i będącej przedmiotem ekspertyzy.

- naruszenie art. 14. Konstytucji RP

Zgodnie z art. 14 Konstytucji Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Wolność ta jest powiązana z wolnością słowa wyrażoną w art. 54 Konstytucji RP. Wolność środków społecznego przekazu oznacza więc swobodę wyrażania poglądów, swobodę pozyskiwania informacji oraz swobodę rozpowszechniania informacji za pośrednictwem środków masowego przekazu. Wolności te są ze sobą powiązane, wzajemnie się uzupełniają i wzmacniają (wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 57). Jak wskazuje się w doktrynie, zasada wolności mediów nakłada na państwo również inne obowiązki niezwiązane bezpośrednio z brakiem ingerencji w bieżącą działalność mediów³. Państwo ma nie tylko chronić tę wolność przez nieingerencję, ale również podejmować działania w sytuacji, gdyby faktyczna wolność środków społecznego przekazu była zagrożona (wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 128). Wolność środków społecznego przekazu ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia debaty publicznej, która powinna być swobodna i nieskrępowana, tak aby zapewnić przekazywanie i rozpowszechnianie informacji o sprawach budzących powszechne i szerokie zainteresowanie.

Wolność środków społecznego przekazu ma swój wymiar organizacyjny, który oznacza swobodę zakładania tych środków oraz swobodę tworzenia odpowiednich prawnie i materialnie struktur nakierowanych na rozpowszechnianie określonych treści (wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 57). Gwarancją tej swobody jest przy tym ograniczenie możliwości koncesjonowania działalności radiowej lub telewizyjnej wyrażone w art. 54 ust. 2 Konstytucji RP.

Wolność wyrażona w art. 14 Konstytucji RP oznacza także swobodę prowadzenia działalności medialnej obejmującą wolność prowadzenia działalności w formie przedsiębiorstwa medialnego i jest ściśle związana z zasadą wolności prowadzenia działalności gospodarczej. W doktrynie wskazuje się również, że z art. 14 Konstytucji wynika ponadto swoboda kreowania

³ Por. J. Sadowski, *Komentarz do art. 14 Konstytucja RP*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz Art. 1 – 86*, tom. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

struktury własnościowej, która z kolei związana jest z zasadą pluralizmu mediów⁴. Uznaje się, że zróżnicowanie własnościowe stanowi konieczny warunek istnienia rzeczywistej debaty publicznej niezbędnej dla właściwego funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego.

Zdaniem Opiniującego sytuacja prawna ukształtowana ustawą zmieniającą, godzi w wolność środków społecznego przekazu przez odniesienie regulacji do działających już na podstawie koncesji podmiotów i wymuszenie dostosowanie ich struktury własnościowej do nowych wymagań w nieodpowiednio krótkim czasie. Nowa regulacja godziła będzie zatem w wartości chronione przez art. 14 Konstytucji RP.

Opiniujący pragnie także przypomnieć, że skutki ustawy zmieniającej skierowane są przeciwko już nadającym w Polsce przedsiębiorcom, w tym Discovery inc. Konsekwencje wejścia w życie tego aktu normatywnego mogą wywołać efekt mrozący wobec innych podmiotów planujących w przyszłości inwestycje w rynek medialny w Polsce. Narusza to istotę wolności środków społecznego przekazu i związany z nią pluralizm mediów zapewniający jednostkom rzeczywisty dostęp do informacji o istotnych publicznie sprawach. Efektu mrozącego nie łagodzi nawet art. 2 ust. 2. ustawy zmieniającej w którym zawarto mechanizm zapobiegający nacjonalizacji zbywanych udziałów.

- naruszenie art. 54. Konstytucji RP

Zgodnie z art. 54 ust. 1. Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. W doktrynie podkreśla się, że wolność rozpowszechniania informacji obejmuje jej „udostępnianie” podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego oraz „upowszechnianie” informacji przez środki społecznego przekazu⁵. Wolność ta dotyczy każdego podmiotu w Polsce i nie jest uzależniona od obywatelstwa czy też struktury własnościowej podmiotu korzystającego w wolności słowa. Wolność ta może zostać ograniczona według

⁴ Por. J. Sadowski, *Komentarz do art. 14 Konstytucja RP*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz Art. 1 – 86*, tom. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

⁵ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 54 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej. Komentarz*, red. L. Garlicki, tom. 3, Warszawa 2002, s. 7.

reguł wskazanych w art. 54 ust. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W kontekście regulacji konstytucyjnej Opiniujący pragnie podkreślić, że planowana regulacja ingerować będzie w uprzednio uzyskane koncesje na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej, co obok naruszenia zasad wynikających z art. 2 Konstytucji RP godzi również w reguły ustalone w art. 54. 2. zd. 2 Konstytucji RP. Ustawodawca niweczy bowiem wcześniej i uprzednio przyznane koncesje podmiotom o określonej strukturze własnościowej.

VII. Zgodność ustawy zmieniającej z Traktatem z 1990 r.

Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony 21 marca 1990 r. w Waszyngtonie obowiązuje od 6 sierpnia 1994 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 97, poz. 467 z późn. zm.). Jest to ratyfikowana umowa międzynarodowa, która została zawarta przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. Zgodnie z treścią art. 241 ust. 1 obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej do takiej umowy stosuje się art. 91 Konstytucji RP, jeżeli z jej treści wynika, że dotyczy ona kategorii spraw wymieniony w art. 89 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r. Traktat z 1990 r. dotyczy w szczególności dwóch typów spraw z art. 89 ust. 1. Po pierwsze odnosi się on do wolności praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji (art. 89 ust. 1 pkt 2). Dotyczy on m.in. praw majątkowych, w tym własności, swobody działalności gospodarczej i handlu, wolności słowa i funkcjonowania spółek rtv. Po drugie Traktat odnosi się do spraw uregulowanych w ustawie, np. do funkcjonowania i reglamentowania działalności nadawców programów telewizyjnych i radiowych tj. kwestii uregulowanych w ustawie o radiofonii i telewizji. Podsumowując do Traktatu z 1990 r. zastosowanie ma art. 91 Konstytucji RP. W konsekwencji oznacza to, że jest prawem powszechnie obowiązującym (art. 87), stanowi część porządku prawnego RP i jest bezpośrednio stosowany (art. 91 ust. 1) oraz że ma pierwszeństwo przed ustawami, jeżeli treści ustaw nie da się pogodzić z Traktatem (art. 91 ust. 2).

- naruszenie art. II ust. 1 Traktatu z 1990 r.

Artykuł II ust. 1 jest bardzo rozbudowany i wynika z niego szereg wzajemnych obowiązków Polski i USA. Jego zakres przedmiotowy i zarazem zawarte w nim normy odnoszą się do dwóch kategorii spraw. Pierwsza kategoria obejmuje wszystkie typy inwestycji. Objęte są one ogólną ochroną i nakazem niedyskryminacyjnego traktowania inwestycji gospodarczych. Zgodnie z art. I ust. 1 pkt. f Traktatu niedyskryminacyjne oznacza odnoszenie się do inwestycji drugiej strony na co najmniej takich samych warunkach jak traktowanie inwestycji realizowanych przez rodzime podmioty (inwestycji narodowych).

Druga kategoria odnosi się do inwestycji obejmujących sprawy wymienione w aneksie do Traktatu. Są to dziedziny gospodarcze, w których państwa - strony mogą wprowadzać wyjątki od zasady niedyskryminacyjnego traktowania. Nadawanie programów telewizyjnych należy do tej drugiej kategorii spraw. W aneksie do Traktatu państwo polskie zastrzegło sobie prawo do ustanawiania wyjątków m.in. w sektorze własności i prowadzeniu stacji nadawczych radiowych i stacji telewizyjnych.

Opiniujący pragnie zwrócić uwagę na kwestię niejasności i nieprecyzyjności terminu „stacja telewizyjna”. Na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji oznacza ono urządzenie techniczne służące do dostarczania programów i usług telewizyjnych (por. np. art. 21 ust. 1a pkt.3; art. 37 UoRiT) i odróżniane jest od terminu „nadawca”, którym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa, która tworzy i zestawia program telewizyjny, rozpowszechnia go lub przekazuje innym podmiotom w celu rozpowszechniania. Sformułowanie „stacja telewizyjna” występuje również w art. 54 ust. 2 Konstytucji RP z 1997 r. i rozumiane jest jako przedsiębiorstwo zajmujące się tworzeniem i nadawaniem programów rtv. Takie rozumienie traktatowego terminu „stacja telewizyjna” przyjmuje Opiniujący jest ono bliższe ustawowemu pojęciu „nadawca”.

Na gruncie traktatowym prawo do ustanowienia wyjątków w sektorze audiowizualnym od niedyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorców

rodziny i pochodzących z USA nie ma absolutnego charakteru. Traktat w art. II ust. 1 nakłada na Rzeczpospolitą szereg obowiązków (ograniczeń) w odniesieniu do tego sektora, należą do nich:

- a) obowiązek powiadomienia o zamiarze ustanowienia przyszłych wyjątków, które będą się odnosić do sektorów wymienionych w aneksie;
- b) wyjątek wprowadzony po wejściu w życie Traktatu nie może mieć zastosowania względem już istniejących inwestycji;
- c) traktowanie przyznane zgodnie z którymkolwiek z wyjątków nie może być mniej korzystne niż to, jakie w podobnych warunkach jest stosowane wobec inwestycji i działalności towarzyszącej, obywateli lub spółek któregośkolwiek państwa trzeciego.

Ustawa nowelizująca naruszyła wszystkie trzy powyższe reguły.

Z dokumentów zamieszczonych na stronie sejmowej jasno wynika, że Polska nie dokonała notyfikacji, o której mowa w art. II ust. 1, tj. nie poinformowała Stanów Zjednoczonych o planowaniu wprowadzenia dodatkowego wyjątku (ograniczenia) w sektorze nadawania programów rtv. Przepisy Traktatu nie określają skutków braku notyfikacji. Przedmiotowe zaniechanie stanowi przejaw poważnego naruszenia procedury ustawodawczej. Na mocy Traktatu powinna ona obejmować notyfikację. Konstytucja RP z 1997 r. nie zawiera przepisów, które regulowałyby ten etap procedury legislacyjnej. Jednakże w świetle jej postanowień dopuszczalne jest uzupełniania ścieżki ustawodawczej o elementy wynikające z innych aktów normatywnych.

Traktat wprost zastrzega, że nowe ograniczenia (wyjątki od niedyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorców ze Stanów Zjednoczonych) nie mogą dotyczyć istniejących inwestycji. Tymczasem ustawa zmieniająca wprowadza dodatkowe ograniczenia, które w istotny sposób oddziałują na funkcjonowanie spółek obecnie nadających programy rtv w Polsce, które należą do grupy kapitałowej Discovery inc. Podmioty gospodarcze należące do tej grupy posiadają wcześniej uzyskane koncesje na nadawanie programów telewizyjnych. Traktat w art. II ust. 1 zakazuje wprowadzenia ograniczeń adresowanych jedynie do amerykańskich

przedsiębiorców, które równocześnie nie obejmowały by nadawców (narodowych). Przyjęcie takich rozwiązań jest niedopuszczalne i w konsekwencji sprzeczne z ww. przepisami ratyfikowanej umowy międzynarodowej.

Artykuł II ust. 1 Traktatu dopuszcza możliwość nierównego traktowania przedsiębiorców rodzimych i przedsiębiorców ze Stanów Zjednoczonych w sektorach wskazanych w aneksie, w tym w zakresie własności i prowadzenia stacji telewizyjnych. Z przepisu tego wynika nakaz równego traktowania przedsiębiorców amerykańskich i przedsiębiorców pochodzących z krajów trzecich tj. nie będących stronami Traktatu z 1990 r. Tymczasem znowelizowany art. 35 UoRiT w ust. 3 wskazuje, że koncesja może być udzielona osobie zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Przepis ten równocześnie wskazuje, że nie dotyczy on osób prawnych posiadających siedzibę w EOG, jeżeli są spółkami zależnymi od osoby prawnej mającej siedzibę poza EOG. Spółki należące do grupy kapitałowej Discovery inc. mają siedzibę w państwach EOG, jednakże Discovery inc. posiada siedzibę w USA. W konsekwencji na podstawie znowelizowanego art. 35 UoRiT spółki te nie będą mogły ubiegać się o koncesję nadawczą w Polsce. Podsumowując spółki amerykańskie lub podmioty gospodarcze zależne od nich, są inaczej traktowane przez prawodawcę polskiego niż przedsiębiorcy zagraniczni, którzy mają siedzibę w którymś z państw należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego i które nie są zależne od spółek mających siedzibę np. w USA. Stanowi to przejaw naruszenia traktatowego nakazu niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów amerykańskich i podmiotów pochodzących z krajów trzecich.

Na marginesie należy wskazać, że sam Traktat w aneksie dopuszcza taką możliwość Z ust. 4 i 5 aneksu wynika, że Rzeczpospolita zastrzega sobie prawo ustanowienia lub utrzymania wyjątków od niedyskryminacyjnego traktowania w przypadku, gdy jest to konieczne do wypełnienia przez nią zobowiązań wynikających ze środków przyjętych przez Unię Europejską. Z całą

odpowiedzialnością należy wskazać, że z przepisów prawa wspólnotowego nie wynikają żadne nakazy i dyrektywy, które uzasadniałyby (obligowałyby) wprowadzenie regulacji dyskryminujących nadawców telewizyjnych, którzy mają swoją siedzibę w Stanach Zjednoczonych.

- naruszenie art. II ust. 6 Traktatu z 1990 r.

Art. II ust. 6 stanowi w szczególności, że inwestycja będzie zawsze traktowana w sposób sprawiedliwy i równy oraz korzystała z pełnej ochrony oraz bezpieczeństwa (...) oraz że żadna ze Stron nie naruszy w jakikolwiek arbitralny i dyskryminacyjny sposób zarządu, prowadzenia, utrzymywania, użytkowania, korzystania, nabywania, rozwijania lub rozporządzania inwestycją.

Wprowadzone ustawą nowelizującą zmiany naruszają praktycznie wszystkie dyrektywy wynikające z treści ww. przepisu. Już na pierwszy rzut oka widać, że inwestycje amerykańskie w Polsce dotyczące sektora telewizyjnego zostały potraktowane niesprawiedliwie. Znowelizowane przepisy, w przypadku wejścia ich w życie, zmuszą Discovery inc. i tylko ten podmiot do pozbycia się pakietów większościowych umożliwiających kontrolę spółek emitujących programy telewizyjne w Polsce. Takie działanie jest nieuzasadnione i jest przejawem dyskryminacji. Rzeczpospolita w arbitralny sposób oddziałuje na sposób zarządu, prowadzenie, użytkowanie itp. przez Discovery inc. spółek, których jest właścicielem.

- naruszenie art. VII ust. 1 Traktatu z 1990 r.

Z art. II ust. 8 Traktatu wynika, że inwestycje nie zostaną wywłaszczone lub znacjonalizowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez środki równoznaczne z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją, chyba że nastąpi to w celu publicznym, w sposób niedyskryminacyjny, za bezzwłoczną wypłatą odpowiedniego i skutecznego odszkodowania. W rzeczywistości konstrukcja znowelizowanego art. 35 UoRiT oraz art. 2 i 3 ustawy zmieniającej obligują podmioty zagraniczne spoza EOG do pozbycia się udziałów, które umożliwiają kontrolę spółek będących nadawcami telewizyjnymi w RP. W przeciwnym wypadku

podmioty te nie będą miały szansy na przedłużenie posiadanej koncesji lub uzyskanie nowej. Natomiast te posiadane po upływie 6 miesięcy i 30 dni od wejścia w życie ustawy zmieniającej będą wykonywane z naruszeniem przepisów prawa. W konsekwencji przewodniczący KRRiT zobligowana będzie do wydania decyzji o cofnięciu koncesji (art. 38 ust. 1 ustawy o RiT). Ustawa zmieniająca tworzy pozory dobrowolności. W rzeczywistości jednak niewykonanie dyspozycji art. 2 ust. 1 ustawy zmieniającej (dostosowanie struktury kapitałowej do nowych wymagań) jest przymusowe i obarczone bardzo poważnymi sankcjami. Stanowi to przejaw *ekspropriacji* tj. przymusowego pozbawienia własności.

Traktat z 1990 r. zakazuje podejmowania takich działań w Polsce wobec amerykańskich przedsiębiorców. Dopuszczalne byłoby to tylko na cele publiczne. Jednakże sprzedaż udziałów i akcji w spółkach będących nadawcami TV w Polsce przez Discovery inc. w żadnym zakresie nie miałyby na celu realizacji jakiegokolwiek celu publicznego. Podsumowując konstrukcja wynikająca z ustawy zmieniającej, która zmusza Discovery inc. do wyzbycia się udziałów i akcji rażąco narusza art. VII ust. 1 Traktatu.

- skutki naruszenia postanowień Traktatu

Ustawa zmieniająca oraz znowelizowany art. 35 ustawy o RiT są sprzeczne z postanowieniami Traktatu polsko –amerykańskiego z 1990 r. Stanowi to przejaw naruszenia art. 9 Konstytucji RP z 1997 r., z którego wynika, że Polska zobowiązana jest do przestrzegania wiążącego ją prawa międzynarodowego.

Nie powoduje to automatycznej nieważności (derogacji) ustawy zmieniającej i znowelizowanych na jej podstawie przepisów UoRiT. Wadliwy akt normatywny może zostać uchylony przez prawodawcę lub przez Trybunał Konstytucyjny. Innymi słowy naruszenia procedury ustawodawczej (tj. brak notyfikacji) oraz szereg sprzeczności o charakterze materialnym nie wywołuje skutków w zakresie obowiązywania prawa. Ustawa mimo poważnych wad po jej ogłoszeniu przez Prezydenta RP w Dzienniku Ustaw będzie częścią polskiego porządku prawnego. Jednakże wskazane wady powodują szereg ważnych

konsekwencji w zakresie stosowania znowelizowanych przepisów UoRiT oraz ustawy zmieniającej. Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Konstytucji RP ratyfikowana umowa międzynarodowa ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy nie da się pogodzić z umową. W konsekwencji, jeżeli dojdzie do sporów pomiędzy amerykańskimi podmiotami bądź spółkami od nich zależnymi organy administracji oraz sądy nie będą mogły zastosować znowelizowanego art. 35 UoRiT i przepisów przejściowych ustawy zmieniającej.

VIII. KONKLUZJE

- I. **Art. 7 ustawy o radiofonii i telewizji w brzemieniu nadanym przez art. 1 ustawy uchwalonej przez Sejm RP w dniu 11 sierpnia 2021 r. jest niezgodny z:**
- art. 2 Konstytucji RP z 1997 r.;
- II. **Art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji w brzemieniu nadanym przez art. 1 ustawy uchwalonej przez Sejm RP w dniu 11 sierpnia 2021 r. jest niezgodny z:**
- art. 2, 9, 14, 54 Konstytucji RP z 1997 r.
 - art. II ust. 1, 6 oraz art. VII ust. 1 Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 21 marca 1990 r.;
- III. **Art. 2, 3, 4 ustawy zmieniającej ustawę o radiofonii i telewizji uchwalonej przez Sejm RP w dniu 11 sierpnia 2021 r. są niezgodne z:**
- art. 2, 9, 14, 54 Konstytucji RP z 1997 r.
 - art. II ust. 1, 6 oraz art. VII ust. 1 Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 21 marca 1990 r.

/...../

Skład zespołu przygotowującego ekspertyzę:

- 1) prof. dr hab. Marek Chmaj – przewodniczący Zespołu;
- 2) dr hab. Ryszard Balicki, prof. UW; 3) dr hab. Jacek Barcik, prof. UŚl.;
- 4) dr hab. Mariusz Bidziński, prof. Uniwersytetu SWPS;
- 5) dr hab. Agnieszka Bień-Kacała, prof. UMK - sprawozdawca;
- 6) dr hab. Marcin Dąbrowski - sprawozdawca; 7) dr hab. Radosław Grabowski, prof. UR;
- 8) dr hab. Bartłomiej Nowotarski, prof. UE we Wrocławiu;
- 9) dr hab. Sławomir Patyra, prof. UMCS; 10) dr hab. Ryszard Piotrowski, prof. UW;
- 11) prof. dr hab. Andrzej Rzepliński,
- 12) prof. dr hab. Bronisław Sitek; 13) dr Tomasz Zalasinski