



KANCELARIA
SENATU

BIURO ANALIZ,
DOKUMENTACJI
I KORESPONDENCJI

Opinia prawna
na temat zgodności
nowelizacji ustawy
o radiofonii i telewizji
z prawem
Unii Europejskiej

Opinie
i ekspertyzy

OE-353

WARSZAWA 2021

Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji zamawia opinie, analizy i ekspertyzy sporządzone przez specjalistów reprezentujących różne punkty widzenia. Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autorów. Korzystanie z opinii i ekspertyz zawartych w tym zbiorze bez zezwolenia Kancelarii Senatu dopuszczalne wyłącznie w ramach dozwolonego użytku w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 880 ze zm.) i z zachowaniem wymogów tam przewidzianych. W pozostałym zakresie korzystanie z opinii i ekspertyz wymaga każdorazowego zezwolenia Kancelarii Senatu.

© Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2021

Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji
Dyrektor – Agata Karwowska-Sokolowska
tel. 22 694 94 32, fax 22 694 94 28,
e-mail: Agata.Karwowska-Sokolowska@senat.gov.pl

Wicedyrektor – Danuta Antoszkiewicz
tel. 22 694 93 21,
e-mail: Danuta.Antoszkiewicz@senat.gov.pl

Dział Analiz i Opracowań Tematycznych
tel. 22 694 95 33, fax 22 694 94 28
Redaktor prowadzący – Jagoda Tracz-Drał

Opracowanie graficzno-techniczne
Centrum Informacyjne Senatu
Dział Wydawniczy

Kancelaria Senatu
sierpień 2021

dr Paweł Marcisz
Katedra Prawa Europejskiego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

Opinia prawna na temat zgodności nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji z prawem Unii Europejskiej

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem niniejszej opinii jest sporządzenie na zlecenie Komisji Ustawodawczej Senatu RP opinii prawnej dotyczącej następujących zagadnień:

1. Czy ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji jest zgodna z prawem Unii Europejskiej?
2. Czy w zakresie objętym ustawą projektowane są regulacje Unii Europejskiej, które należałoby uwzględnić w ocenie tej zgodności?

W dalszej części wywodu ustawa powołana w pkt 1 nazywana jest „Nowelizacją”.

II. Oceniane rozwiązania

W art. 1 pkt 3 Nowelizacja zmienia dotychczasowe zasady przyznawania koncesji na rozpowszechnianie programów spółkom z bezpośrednim lub pośrednim udziałem kapitałowym osób zagranicznych. Takie podmioty mogą otrzymać koncesję, jeśli bezpośredni lub pośredni udział osób zagranicznych nie przekracza 49% kapitału zakładowego lub akcji. Ograniczenie to nie dotyczy podmiotów, których siedziba znajduje się w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), jednakże pod warunkiem, że nie są one zależne od podmiotów z siedzibą (lub stałym miejscem zamieszkania) poza EOG.

Z kolei art. 2 ust. 1 Nowelizacji nakazuje spółkom zagranicznym i zależnym, które posiadają koncesje, dostosowanie struktury kapitałowej do powyższych ograniczeń.

Nowelizacja wprowadza również inne rozwiązania, jednak te właśnie powołane regulacje budzą wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym. Powodują one bowiem, że koncesji nie mogą otrzymać (a otrzymanej – nadal posiadać) spółki z EOG zależne od podmiotów spoza EOG. Oznacza to w szczególności, że koncesji na rozpowszechnianie programów nie może otrzymać ani posiadać spółka założona w jednym z państw Unii Europejskiej, jeśli jej właścicielami są podmioty spoza EOG.

III. Wzorzec kontroli

Regulacje takie jak przedstawione w poprzednim rozdziale podlegają w Unii Europejskiej kontroli pod kątem zgodności ze swobodą przedsiębiorczości, zagwarantowanej w art. 49 i nast. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Zgodnie z art. 49 TFUE, ograniczenia swobody przedsiębiorczości są co do zasady zakazane, przy czym swoboda ta obejmuje między innymi zakładanie przedsiębiorstw.

Artykuł 54 TFUE rozciąga swobodę przedsiębiorczości na szeroko rozumiane spółki, „założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii”.

Artykuł 52 TFUE wprowadza możliwość uzasadnienia przez państwa szczególnego traktowania cudzoziemców, uzasadnionego względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego. Nie są to jedyne dopuszczalne ograniczenia swobody przedsiębiorczości – z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika możliwość powołania się na tak zwaną doktrynę wymogów koniecznych¹. Umożliwia ona uzasadnienie ograniczeń swobody przedsiębiorczości istotnymi względami interesu publicznego.

Niezależnie od tego, czy państwo ogranicza swobodę przedsiębiorczości, powołując się na wyjątki traktatowe, czy też na wymogi imperatywne, konieczne jest dochowanie kilku warunków. Występują tu pewne teoretyczne różnice między dwoma rodzajami wyjątków, natomiast z punktu widzenia dalszych rozważań istotne jest, że w każdym wypadku wprowadzone przez państwo ograniczenie musi być proporcjonalne do zamierzonego celu.

1. Możliwość tę potwierdził pierwszy wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, *Reinhard Gebhard p. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411.

Wymóg proporcjonalności oznacza, że wprowadzane przez państwo członkowskie ograniczenie musi zdać trzy testy – musi być:

- 1) odpowiednie,
- 2) konieczne,
- 3) i współmierne

do zamierzonego celu, którym jest chroniony interes publiczny. Testy proporcjonalności ograniczenia występują w prawie unijnym od dziesiątków lat i wynikają ze stałej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości². Trybunał nie zawsze natomiast przeprowadza test współmierności. W nowszym orzecznictwie³ spotykamy za to uzupełnienie testów proporcjonalności o test spójności systemowej, który sprawdza, czy państwowe regulacje danego przedmiotu są spójne, zwłaszcza co do celów, które mają osiągnąć.

W dalszej części opinii przeprowadzone zostaną dwa pierwsze testy – test odpowiedniości (zwany też testem adekwatności) oraz test konieczności (niezbędności). W pierwszym teście należy odpowiedzieć na pytanie, czy zamierzony cel daje się osiągnąć przy pomocy ocenianych środków (regulacji krajowych). W drugim – czy „nie istnieją mniej restrykcyjne środki, które pozwoliłyby na równie skuteczne osiągnięcie tego celu”⁴.

IV. Analiza

Ograniczenie swobody

W pierwszej kolejności należy ustalić, czy podmioty, których działalność dotyczy Nowelizacja, korzystają w ogóle ze swobody przedsiębiorczości. Na gruncie art. 54 TFUE odpowiedź na to pytanie jest pozytywna.

O ile spółka została założona zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw członkowskich i ma siedzibę statutową, zarząd lub główne

2 Zapoczątkowanej jeszcze w latach '70 wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78, *Rewe-Zentral AG p. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

3 Test spójności systemowej wywodzi się z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01, *postępowanie karne przeciwko Piergiorgio Gambelli i in.*, ECLI:EU:C:2003:597.

4 Tak ujął ten test Trybunał Sprawiedliwości w najnowszym orzeczeniu dotyczącym swobody przedsiębiorczości: wyrok z dnia 11 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-407/19 i C-471/19, *Katoen Natie Bulk Terminals NV i General Services Antwerp NV p. Belgische Staat i Middlegate Europe NV p. Ministerraad*, ECLI:EU:C:2021:107.

przedsiębiorstwo w Unii, korzysta ona ze swobody przedsiębiorczości niezależnie od tego, kim są jej właściciele czy też wspólnicy. Tak więc kapitał w spółce może należeć do osób spoza Unii, czy też w ogóle spoza EOG. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, spółki są tworem prawa krajowego (*creatures of national law*)⁵ i to prawo krajowe, konkretnie zaś prawo państwa założenia, decyduje o tym, kto i pod jakimi warunkami może je założyć. Spółka założona w państwie Unii Europejskiej korzysta ze swobody przedsiębiorczości, a inne państwa niż państwo, w którym założono spółkę, nie mogą podważać jej zdolności do działania⁶. W szczególności państwa te nie mogą kwestionować tego, że spółka może korzystać ze swobody, przez rozszerzenie traktatowych przesłanek⁷.

Tak więc Nowelizacja, ograniczając możliwość działania spółek z przeważającym kapitałem spoza EOG, założonych w innych państwach Unii, wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości. Co więcej, ogranicza tę swobodę. Warunki dotyczące struktury kapitałowej spółek stanowią bowiem dodatkowe wymogi, które spełnić muszą spółki korzystające ze swobody przedsiębiorczości, żeby prowadzić w Polsce określoną działalność gospodarczą. Z tego powodu dochodzi do ograniczenia swobody unijnej.

Nowelizacja ogranicza dwie formy korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Po pierwsze, ogranicza możliwość uzyskania w Polsce koncesji na rozpowszechnianie programów przez spółki z innych państw Unii Europejskiej. Po drugie, ogranicza możliwość zakładania przez spółki z innych państw Unii Europejskiej spółek prawa polskiego, które mogłyby uzyskać koncesję na rozpowszechnianie programów. Taka polska spółka musi bowiem mieć określoną przez Nowelizację strukturę kapitałową.

Ograniczenia swobody przedsiębiorczości mogą być zarówno zgodne, jak i niezgodne z prawem unijnym, zależnie od tego, czy da się je uzasadnić. W związku z tym należy przeprowadzić dalszą analizę.

5 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87, *The Queen p. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail i General Trust plc.*, ECLI:EU:C:1988:456.

6 Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, *Centros Ltd p. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:126 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering BV p. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, ECLI:EU:C:2002:632.

7 Zob. wyrok w sprawie C-212/97, *Centros, ibid.*

Interes publiczny

Skoro mamy do czynienia z ograniczeniem swobody rynku wewnętrznego, należy rozważyć, czy uzasadnia je jakiś interes publiczny, a jeśli tak – czy ograniczenie jest proporcjonalne względem tego interesu.

Krótkie uzasadnienie projektu ustawy⁸ stwierdza, że ma ona umożliwić przeciwdziałanie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji przejmowaniu kontroli nad nadawcami RTV przez podmioty spoza Unii „w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa”. Wiąże się to ze zwiększeniem „zagrożeń dla interesów państwa wynikającym, z tzw. działań hybrydowych państw trzecich”. Uzasadnienie stwierdza, że projekt jest zgodny z prawem unijnym, nie towarzyszy temu jednak żadna analiza.

Bezpieczeństwo państwa z pewnością stanowi ważny interes publiczny, który w mojej ocenie można zakwalifikować jako bezpieczeństwo publiczne na gruncie art. 52 TFUE (jest to jednak bez znaczenia dla dalszej analizy; nawet jeśli zakwalifikowalibyśmy bezpieczeństwo państwa jako odrębny interes publiczny, byłby on dopuszczalnym uzasadnieniem ograniczenia swobody jako wymóg imperatywny i tak samo podlegałyby kontroli proporcjonalności). Bezpieczeństwo to może się wyrażać w ochronie przed propagandą i dezinformacją, która groziłaby w razie wrogiego przejęcia nadawcy RTV. Wobec tego, zbadać należy proporcjonalność wprowadzanych ustawą regulacji.

Odpowiedniość

Podejmując się prawnej analizy problemu, nie mam odpowiedniej wiedzy, by wypowiadać się co do tego, czy zwalczane zagrożenie ma charakter rzeczywisty. Na użytek wywodu zakładam, że tak jest i że istotnie występuje ryzyko przejęcia nadawców RTV przez wrogie podmioty. Zakładam również, że wrogiemu Polsce państwu łatwiej jest sterować takim nadawcą za pośrednictwem własnego obywatela tego państwa niż za pośrednictwem cudzoziemca z jednego z państw EOG. Nie jest to dla mnie zupełnie oczywiste, jednak jedynie przy tym założeniu dalsza analiza ma sens. Jeśli bowiem wrogie Polsce państwa równie dobrze mogą przejąć kontrolę nad polskimi mediami za pośrednictwem przychylnych sobie obywateli państw EOG, Nowelizacja nie jest odpowiednia do zamierzonego celu i analizę można w tym miejscu skończyć.

8 Druk sejmowy nr 1389.

Wykluczenie możliwości kontroli nadawców RTV przez podmioty (a ostatecznie obywateli) spoza EOG zmniejsza prawdopodobieństwo, że kontrolę nad nadawcami przejmie wrogi Polsce państwo, na przykład za pośrednictwem współpracowników swojego wywiadu lub przychylnych władzy oligarchów. Przy wcześniejszych założeniach, oznacza to, że Nowelizacja spełnia test odpowiedniości. Nie wynika z tego jednak, że jest proporcjonalna.

Konieczność

Oprócz odpowiedniości należy ocenić konieczność (inaczej niezbędność) ograniczenia, a więc to, czy zamierzony cel dałoby się – w podobnym stopniu – osiągnąć przy użyciu środków mniej ograniczających swobodę. Odpowiedź na tak postawione pytanie jest pozytywna, w związku z czym Nowelizacja nie spełnia testu konieczności.

To, że proponowana regulacja nie jest konieczna, wynika już z lektury samego uzasadnienia projektu Nowelizacji. Zakreśla ono jej cel jako wykluczenie przejęcia kontroli przez podmioty z państw „stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa”. Niezależnie jednak od tego, jak szeroko zakreślimy krąg takich wrogich Polsce krajów, na pewno nie każde państwo spoza EOG zagraża naszemu bezpieczeństwu. Poza EOG znajdują się nasi tradycyjni sojusznicy i kraje kulturowo nam bliskie, jak Stany Zjednoczone, Kanada, Australia, Nowa Zelandia, przynajmniej część krajów Ameryki Łacińskiej, ale też Wielka Brytania czy Szwajcaria. Bardzo trudno jest twierdzić, że z tych właśnie państw płynie zagrożenie dla naszego bezpieczeństwa, zwłaszcza że z częścią z nich znajdujemy się w sojuszu wojskowym, to jest w NATO. Co więcej, z części tych krajów pochodzą duże inwestycje w Polsce, co sprawia, że ograniczenia ich dotyczące mają charakter szczególnie dotkliwy. Tak więc uniemożliwienie przejmowania nadawców RTV przez inwestorów z *wszystkich* krajów spoza EOG nie jest konieczne.

Warto dodać, że problem nie sprowadza się do stworzenia szerszej niż EOG listy krajów, z których mogą pochodzić inwestorzy. Ustawodawca powinien co najmniej rozważyć (i dokładnie przeanalizować) możliwość zastąpienia blankietowego zakazu oceną zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa dokonywaną w odniesieniu do indywidualnego inwestora. Można na przykład wyobrazić sobie system, w którym polskie władze mogłyby zablokować przejęcie nadawcy przez inwestora spoza bezpiecznych krajów, stwarzającego zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, a decyzja ta podlegałaby kontroli sądowej.

Ponieważ przesłanki proporcjonalności regulacji muszą być spełnione łącznie, niespełnienie przesłanki konieczności oznacza, że Nowelizacja narusza prawo unijne.

Wobec tak ustalonej niezgodności zbędne jest badanie, czy Nowelizacja narusza również inne przepisy prawa unijnego, takie jak ochronę prawa własności (art. 17 ust. 1 Karty praw podstawowych) czy wolności wypowiedzi i informacji (art. 11 ust. 1 i 2 Karty), znajdujące zastosowanie z powodu zastosowania swobody przedsiębiorczości (na podstawie art. 51 ust. 1 Karty).

V. Projektowane regulacje unijne

Nie znam żadnych projektów regulacji unijnych, które mogłyby wpłynąć na konkluzję tej opinii. Zakres objęty Ustawą może stać się przedmiotem regulacji europejskiego prawa o wolności mediów (*European Media Freedom Act*), które zamierza zaproponować Komisja Europejska⁹. Prace nad tym prawem znajdują się na tak wczesnym etapie, że nie sposób obecnie powiedzieć, co ostatecznie obejmie. Tak czy inaczej, nie zmieni ono konkluzji opinii na pozytywną, a co najwyżej może dostarczyć dodatkowych powodów niezgodności Nowelizacji z prawem unijnym.

VI. Konkluzje

Odpowiadając na zadane pytania:

1. **Ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji jest niezgodna z prawem Unii Europejskiej, konkretnie zaś z art. 49 TFUE**, stanowi bowiem ograniczenie swobody przedsiębiorczości, które nie znajduje proporcjonalnego uzasadnienia.
2. Nie są mi znane projektowane regulacje Unii Europejskiej, które należałoby uwzględnić w ocenie tej zgodności.

9 Zob. np. przemówienie komisarza Thierry'ego Bretona z dnia 19 kwietnia 2021 r., ogłoszone w Komisji Kultury i Edukacji Parlamentu Europejskiego, dostępne pod adresem https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/breton/announcements/european-media-freedom-act_en.