



**KANCELARIA
SENATU**

**BIURO ANALIZ,
DOKUMENTACJI
I KORESPONDENCJI**

Opinia do ustawy
o zmianie ustawy
o radiofonii i telewizji
(druk senacki nr 482)
w świetle prawa
Unii Europejskiej oraz Traktatu
o stosunkach handlowych
i gospodarczych między
Rzeczpospolitą Polską
a Stanami Zjednoczonymi

Opinie
i ekspertyzy

OE-358

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 – Dorota Rutkowska

Opracowanie graficzno-techniczne
Centrum Informacyjne Senatu
Dział Wydawniczy

Kancelaria Senatu
wrzesień 2021

**Opinia do ustawy o zmianie ustawy
o radiofonii i telewizji
(druk senacki nr 482) w świetle
prawa Unii Europejskiej
oraz Traktatu o stosunkach handlowych
i gospodarczych między
Rzeczpospolitą Polską
a Stanami Zjednoczonymi**

SYNOPSIS OPINII

1. Ustawa nie jest zgodna z prawem Unii Europejskiej, ponieważ w wymiarze przekraczającym to, co mieści się w ramach ochrony interesu publicznego, narusza zasadę proporcjonalności. Przez to wykracza poza to, na co pozwala wyjątek określony w art. 52 TFUE w odniesieniu do ograniczeń swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług; narusza także analogiczny wyjątek przewidziany dla ograniczeń traktatowej swobody przepływu kapitałów.
2. Ustawa narusza postanowienia Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi w odniesieniu do przepisów, które mają albo mogą mieć skutki w postaci wyłączenia (albo skutku do wyłączenia równoważnego). Ustawa narusza przede wszystkim Artykuł VII Traktatu, który umożliwia takie wyłączenie jedynie w celu realizacji interesu ogólnego i z zachowaniem zasady niedyskryminacji oraz proporcjonalności.

3. **W kontekście Traktatu powoduje to powstanie podstawy do wszczęcia postępowania przeciw Polsce zarówno podmiotów prywatnych, których możliwe naruszenia mogłyby dotyczyć i które poniosłyby jakąś z tego powodu szkodę, jak – także równolegle - postępowania arbitrażowego pomiędzy państwami (Polską i USA) o samo naruszenie Traktatu.**
4. **Rozmiar podlegającej odszkodowaniu szkody nie jest pewny ani dla strony polskiej, ani amerykańskiej. Dla strony polskiej nie jest również w pełni pewna procedura, która będzie stosowana do wyliczenia i rozstrzygnięcia czy szkoda zaistniała, a jeśli tak, to jaki jest jej rozmiar.**

1. Cel i zakres opinii

Celem opinii jest ocena zgodności ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (dalej: „ustawa”) (druk senacki nr 482) z przepisami Unii Europejskiej oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki. W szczególności opinia ma odpowiedzieć na następujące pytania:

1. Czy ustawa jest zgodna z przepisami Unii Europejskiej? Czy w zakresie opiniowanego tematu są w UE projektowane regulacje, które należałoby uwzględnić?
2. Czy ustawa jest zgodna z traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych Polski z USA z 1990 r.? Czy Polska naraża się na odszkodowanie i jaki jest zakres odpowiedzialności odszkodowawczej?

Stan prawny uwzględniony w opinii to dzień 30 sierpnia 2021 r.

2. Istota interwencji regulacyjnej

Ustawa przewiduje zmiany:

- (a) przepisów w zakresie powoływania składu KRRiT oraz zarządu TVP S.A.;
- (b) warunków przyznawania koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozsiewczy naziemny programu radiowego lub telewizyjnego (dalej „koncesja”).

Pierwsza grupa przepisów mieści się w realizacji unijnej zasady autonomii proceduralnej. Nie wydaje się również naruszać wymagania

niezależności krajowego organu koncesjonującego wymaganej przez prawo UE, tj. w szczególności przez przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1972/UE z 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej „Dyrektywa EKŁE”)¹. Zmiany nie są zatem sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. Traktat także nie zawiera takich postanowień, które mogłyby powodować niezgodność z nim samym przepisów zawartych w Ustawie.

Drugą grupę przepisów stanowią natomiast te, które zmieniają warunki udzielania koncesji w ten sposób, że w ogóle wykluczają z możliwości jej uzyskania podmioty będące w rozumieniu Ustawy:

- (a) „spółkami z bezpośrednim lub pośrednim udziałem osób zagranicznych” – za takie osoby Ustawa uznaje te, w których „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, przekracza 49%, jeżeli podmiotem kontrolującym jest podmiot, którego siedziba albo stałe miejsce zamieszkania znajduje się poza Europejskim Obszarem Gospodarczym (EOG);
- (b) „osobami zagranicznymi, których siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się poza Europejskim Obszarem Gospodarczym”;
- (c) „osobami zagranicznymi, których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w EOG, ale które są zależne (w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych), od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie niebędącym państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

Ustawa gwarantuje traktowanie krajowe (tj. takie samo jak podmiotów polskich) jedynie takim osobom zagranicznym, które mają siedzibę lub stałe miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich EOG albo takim, które są zależne (w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych) od osób lub spółek, których – odpowiednio – stałe miejsce zamieszkania albo siedziba znajduje się w którymś z państw EOG.

Zgodnie z uzasadnieniem przedstawionym w odniesieniu do projektu ustawy (druk sejmowy nr 1389), celem regulacji jest eliminacja trudności, które miały pojawić się w jej wykładni oraz wprowadzenie mechanizmu „umożliwiającego efektywne przeciwdziałanie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami rtv przez dowolne podmioty spoza Unii Europejskiej, w tym podmioty stanowiące istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa”.

1 Dz. U. 2018, 321, s. 36.

Jej deklarowanym celem jest również eliminacja możliwości „dyskryminacyjnego traktowania polskich koncesjonariuszy w stosunku do koncesjonariuszy z Europejskiego Obszaru Gospodarczego, w zakresie nakładanych ograniczeń inwestycyjnych.” Inicjatorzy projektu ustawy, uznali zmiany za konieczne m. in. z uwagi na „obserwowane w ostatnim czasie zwiększenie zagrożeń dla interesów państwa wynikające z tzw. działań hybrydowych państw trzecich.” W uzasadnieniu zapewniali oni, że „[p]roponowane rozwiązanie ma zapewnić potencjalnym i aktualnym koncesjonariuszom bezpieczeństwo prawne, a jednocześnie chronić interes publiczny w dziedzinie radiofonii i telewizji oraz zagwarantować równość praw i obowiązków dla spółek polskich oraz zagranicznych.”

3. Ocena z punktu widzenia prawa Unii Europejskiej

Rozwiązania zawarte w ustawie należy w pierwszym rzędzie ocenić z punktu widzenia traktatowej regulacji dotyczącej swobody przedsiębiorczości. Ta jest zasadniczo uregulowana w art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Zgodnie z nim zakazane jest ograniczanie swobody przedsiębiorczości - rozumianej jako podejmowanie działalności gospodarczej przez przynależnych jednego z państw członkowskich na terytorium innego kraju Unii Europejskiej (przy czym kategoria przynależnych obejmuje obywateli oraz spółki danego państwa). Zakaz ten odnosi się także do stosowania jakichkolwiek środków ograniczających wykonywanie przez nich działalności poprzez założenie agencji, jak również zakładanie filii i oddziałów przedsiębiorstw mających swoją siedzibę w innym państwie UE. Dodatkowo w przepisie art. 49 TFUE zawarto zasadę, że swoboda prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje zarówno prawo jej prowadzenia w formach osobowych, jak i poprzez struktury natury korporacyjnej. Uprawnienia te mają być jednak wykonywane z „zachowaniem warunków ustalonych w prawodawstwie kraju, w którym działalność jest podejmowana” oraz z zastrzeżeniem przepisów szczególnych zawartych w samym TFUE.

Swobody przepływu usług dotyczy natomiast art. 56 TFUE, który zakazuje stosowania środków ograniczających ich świadczenie przez obywateli UE w różnych, wchodzących w jej skład państwach członkowskich. Zgodnie z przepisem art. 57 TFUE pod pojęciem „usługi” rozumie się świadczenia wykonywane z reguły odpłatnie, w zakresie nieuregulowanym w postanowieniach Traktatu dotyczących swobody przepływu towarów, kapitału i osób. W szczególności termin „usługi”

obejmuje działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, działalność rzemieślników oraz przedstawicieli wolnych zawodów.

Istnieje istotny związek pomiędzy postanowieniami traktatowymi dotyczącymi swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług, toteż wielu dopatruje się w obu zacytowanych wyżej przepisach swoście spójnej koncepcji swobody prowadzenia działalności zarobkowej na własny rachunek w ramach Unii Europejskiej (w odróżnieniu od swobody podejmowania zatrudnienia odnoszącej się do pracowników). Dokładniejsza analiza obu swobód wykazuje jednak pewne istotne różnice pomiędzy nimi, chociaż uwiadczenia także, że w wielu przypadkach granica pomiędzy tymi swobodami jest rozmyta. Z punktu widzenia ustawy nie jest to jednak kwestia zasadnicza.

Traktat nie zawiera ścisłej definicji lub wyczerpującej listy osób, które mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości. Pewne istotne rozróżnienie w nim wprowadzone dotyczy jedynie podziału różnych rodzajów działalności gospodarczej – na działalność wykonywaną samodzielnie (w ramach „samozatrudnienia”) i na działalność prowadzoną w ramach struktur korporacyjnych (przede wszystkim spółek, ich filii i oddziałów). W odniesieniu do swobody przedsiębiorczości wykonywanej przez osoby prawne należy przede wszystkim podkreślić, że art. 56 TFUE zawiera bliższe określenie katalogu podmiotów nią objętych. Stwierdza bowiem, że zasady tej swobody są odnoszone do „spółek, założonych zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mających swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii”, a jednocześnie, że przez pojęcie „spółki” należy rozumieć spółki prawa cywilnego i handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego. Podstawowym warunkiem objęcia tych podmiotów swobodą przedsiębiorczości (podobnie jak to jest w przypadku swobody przepływu usług) jest, by ich działalność w tym zakresie była „nastawiona na osiągnięcie zysków” (art. 56 drugi akapit TFUE). Liczy się więc podstawowy zamiar zasadniczo uwzględniony w misji podmiotów gospodarczych korzystających z tych swobód.

Z pewnością swoboda przedsiębiorczości dotyczy m. in.:

- (a) spółki mającej siedzibę w państwie członkowskim UE;
- (b) spółki, mającej siedzibę w państwie członkowskim UE, która została stworzona przez spółkę macierzystą mającą siedzibę w innym państwie członkowskim UE;
- (c) spółki mającej siedzibę w państwie członkowskim UE, która została stworzona przez spółkę macierzystą mającą siedzibę w innym państwie członkowskim UE, która – z kolei – sama jest spółką

utworzoną przez spółkę prawa państwa trzeciego, niebędącego członkiem UE ani Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Należy podkreślić, że dla zastosowania przepisu art. 56 TFUE wystarczy istnienie relacji kontrolnej pomiędzy spółką mającą siedzibę w jednym państwie członkowskim a spółką ustanowioną przez nią w innym państwie UE. Bez znaczenia dla tej zasady jest sposób ustanowienia albo relacje kapitałowe lub personalne, które ma ta pierwsza spółka. Oznacza to, że państwa członkowskie Unii nie mogą ograniczać możliwości korzystania przez spółki ze swobody przedsiębiorczości prawa unijnego z uwagi na jakiegokolwiek powiązania kapitałowe lub personalne podmiotu, który by z takiej swobody chciał korzystać. Innymi słowy, w rozumieniu prawa unijnego, spółka założona np. w Niderlandach przez inną spółkę utworzoną zgodnie z prawem któregośkolwiek państwa niebędącego członkiem EOG (np. Stanów Zjednoczonych), jest podmiotem, którego dotyczy swoboda przedsiębiorczości UE.

Implikuje to, że przepis prawa krajowego skutkujący utrudnieniem albo uniemożliwieniem korzystania ze swobody przedsiębiorczości przez spółkę taką, jak opisana tu w punkcie (c), jest niezgodny z traktatowymi przepisami (TSUE) ustanawiającymi tę właśnie swobodę, chyba, że wynika on z jakiegoś traktatowego upoważnienia udzielonego państwu członkowskiemu na zasadzie wyjątku, np. w celu ochrony legitymowanego interesu publicznego (tj. z art. 52 TFUE, o czym będzie jeszcze mowa).

Zasadniczą postacią realizacji swobody przedsiębiorczości jest ta, w której podmioty nią objęte mogą działać gdziekolwiek na terytorium UE, zaś państwa członkowskie muszą powstrzymać się od takiego regulowania jakiegokolwiek aspektu ich działalności lub od wprowadzania tego rodzaju praktyk urzędowych, które by to uprawnienie faktycznie ograniczały, chyba że dana kwestia objęta jest jakimś wyjątkiem. System koncesyjny – jako taki – musi być zawsze traktowany jako ograniczenie². Tym bardziej jako ograniczenie musi być traktowane wprowadzenie w krajowym systemie prawnym rozwiązań ograniczających dostęp do koncesji.

Jak już wspomniano, legitymowane ograniczenia stosowania zasady swobody przedsiębiorczości są możliwe m. in. na podstawie przepisu art. 52 TFUE. Ten uprawnia organy krajowe do stosowania wobec podmiotów mających siedzibę lub miejsce stałego zamieszkania w innym państwie członkowskim szczególnych środków prawnych, jeżeli tylko jest to uzasadnione względami „porządku publicznego, bezpieczeństwa

2 Zob. np. orzeczenie w sprawie C-660/11 i C-8/12 *Daniele Biasci et al. przeciwko Ministero dell'Interno i Questura di Livorno oraz Cristian Rainone et al. przeciwko Ministero dell'Interno et al.*, ECLI:EU:C:2013:550.

publicznego oraz zdrowia publicznego”. Interpretacja tego przepisu powinna być wąska. Zagrożenia stanowiące uzasadnienie zastosowania tego rodzaju środków muszą być realne i poważne – co wynika w szczególności z ogólnej reguły interpretacyjnej wyjątków od zasad swobód gospodarczych (zwłaszcza wyjątku zagrożenia porządku publicznego), wyrażonej w ugruntowanej linii orzeczniczej zapoczątkowanej przez orzeczenie w sprawie 30/77 *Regina przeciwko Pierre Bouchereau*³ (zasadniczo odnoszące się do swobody przepływu osób, a na gruncie regulacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wyrażonej w szczególności w orzeczeniu w sprawie C-225/15 *postępowanie karne przeciwko Domenicowi Politanò*⁴). W orzeczeniach tych TSUE wyraźnie potwierdził, że klauzule porządku publicznego należy interpretować wąsko.

W odniesieniu do oceny ustawy musi to oznaczać, że intencje prawotwórcze, które ma ona realizować w odniesieniu do ograniczenia możliwości uzyskania koncesji przez niektóre spółki ze względu na powiązania kapitałowe, które ich dotyczą, nie uzasadniają ograniczenia wobec takich podmiotów swobody przedsiębiorczości prawa UE. Nie da się takich ograniczeń uzasadnić w szczególności klauzulą porządku publicznego, zagrożeniem bezpieczeństwa czy potrzebą ochrony zdrowia, gdyż nie występują przesłanki wskazujące obiektywnie na istnienie poważnego i bezpośredniego zagrożenia, które mogłoby zostać oddalone w wyniku zastosowania przepisów przewidzianych w ustawie. W szczególności nie sposób zaakceptować poglądu, że wszystkie państwa niebędące członkami EOG są tymi, w których stwarzane są jakieś zagrożenia dla bezpieczeństwa Polski, o których mowa w uzasadnieniu do projektu ustawy.

Zasady korzystania ze swobody przedsiębiorczości i ewentualnych od niej wyjątków wynikających z zastosowania systemów koncesyjnych dotyczy Dyrektywa usługowa z 2006 r.⁵, która odnosi się także do swobody przedsiębiorczości (co akt ten przesądza już w swoim pierwszym artykule). Akt ten zakłada, że państwa członkowskie mogą stosować wobec usługodawców wymogi, od spełnienia których uzależnione jest podejmowanie lub prowadzenie działalności usługowej na ich terytorium. Mimo, że Dyrektywa nie ma bezpośredniego zastosowania do systemu zezwoleń objętych regułami Dyrektywy EKŁE (z uwagi na to, że ta druga jest *lex specialis*), to jednak jej przepisy wzmacniają interpretację

3 Zb. Orz. 1977, s. 1999, ECLI:EU:C:1977:172.

4 ECLI:EU:C:2016:645, pkt 39-40; zob. także orzeczenie w sprawie C-375/17 *Stanley International Betting i Stanleybet Malta*, ECLI:EU:C:2018:1026.

5 Dyrektywa 2006/123/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usług na rynku wewnętrznym Dz. U. UE 2006, L 376, s. 36.

przepisów właśnie tego aktu w odniesieniu do tego, jak powinno się stosować jego szczególny system zezwoleń. Jest tak tym bardziej, że sam art. 12 ust. 1 Dyrektywy EKŁE odwołuje do ogólnych kryteriów stosowania art. 52 ust. 1 TFUE w odniesieniu do systemu zezwoleń.

W tym zakresie Dyrektywa usługowa wymaga, by wymogi udzielenia zezwoleń nie były sprzeczne z następującymi zasadami:

- (a) niedyskryminacji – tzn. by wymóg nie dyskryminował (choćby pośrednio) ze względu na przynależność państwową, lub w przypadku osób prawnych ze względu na państwo członkowskie, w którym usługodawcy prowadzą przedsiębiorstwo;
- (b) konieczności – tzn. by wymóg był uzasadniony względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego lub ochrony środowiska naturalnego;
- (c) proporcjonalności – tzn. by wymóg był odpowiedni dla osiągnięcia wyznaczonego celu i nie wykraczał poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia.

Wspomniane zasady wynikają zarówno z motywów preambuły Dyrektywy usługowej (zob. zwłaszcza pkt 54 i 56) jak i z ogólnego przepisu jej art. 9 dotyczącego systemu zezwoleń. Przepis ten brzmi następująco:

„1. Państwa członkowskie nie uzależniają możliwości podejmowania lub prowadzenia działalności usługowej od jakiegokolwiek systemu zezwoleń, chyba że spełnione są następujące warunki:

- a) system zezwoleń nie dyskryminuje danego usługodawcy;
- b) potrzeba wprowadzenia systemu zezwoleń jest uzasadniona nadrzędnym interesem publicznym;
- c) wyznaczonego celu nie można osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków, w szczególności z uwagi na fakt, iż kontrola następcza miałaby miejsce zbyt późno, by odnieść rzeczywisty skutek.”

Na żadne inne rozumienie zasad kształtowania przez państwa członkowskie UE polityki koncesyjnej nie wskazują inne właściwe akty prawne, w tym w szczególności Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych, dalej DUM).⁶ Jej przytoczenie w tej opinii nie jest konieczne, gdyż dotyczy ona nie samej polityki koncesyjnej, co raczej materii świadczeń audiowizualnych usług medialnych. Jednak pewne elementy tej regulacji mogą wzmocnić już sformułowaną argumentację.

6 Dz. U. 2010, L 95, s. 1, pkt 33.

Zgodnie ze stwierdzeniami zawartymi w preambule DUM, jej regulacja musi być interpretowana w kontekście ogólnych, traktatowych zasad dotyczących swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług (tj. art. 49-55 TFUE). Zgodnie z tą logiką, preambuła wskazuje m. in., że:

- (a) państwa członkowskie mogą – w dziedzinach, które w ogóle podlegają koordynacji na podstawie DUM - stosować szczegółowe lub surowsze przepisy, byleby były one zgodne z podstawowymi zasadami prawa unijnego (pkt 41);
- (b) państwa członkowskie mogą, na podstawie DUM, ograniczać swobodę przekazów telewizyjnych, ale jedynie w ramach określonych w tej Dyrektywie warunków oraz z zastrzeżeniem określonej w niej procedury (pkt 42);
- (c) wszelkie ograniczenia swobód traktatowych należy interpretować wąsko (pkt 43 preambuły wskazuje wyraźnie na swobodę świadczenia usług, ale zasada jest szersza).

W żadnym jednak zakresie Dyrektywa DUM nie może uzasadniać jakiegokolwiek z wymagań takich, jak zawarte są w ustawie. Co więcej, ta właśnie dyrektywa wskazuje na konieczność wąskiej interpretacji przepisów, które mogłyby wpłynąć na ograniczenie swobód gospodarczych ustanowionych w TSUE.

W znacząco większym zakresie tych aspektów korzystania ze swobody przedsiębiorczości, na które w ogóle może wpłynąć ustawa, dotyczy wspomniana już w tej opinii regulacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/1972/UE ustanawiająca Europejski Kodeks łączności elektronicznej (Dyrektywa EKŁE)⁷, (która weszła w życie w miejsce całego szeregu uregulowań, w szczególności, Dyrektywy 2002/21/WE oraz Dyrektywy 97/33/WE <ONP>). Żadna z tych regulacji nie mogła i nie może stanowić podstawy do zmiany prawa krajowego takiego jak to zawarte w Ustawie. Jest tak przede wszystkim dlatego, że jakkolwiek to prawo krajowe określa procedurę udzielania koncesji – to jednak art. 12 ust. 1 Dyrektywy EKŁE, wpisuje działalność podlegającą koncesjonowaniu w ogólne ramy swobody przedsiębiorczości. Przepis ten brzmi następująco:

„Państwa członkowskie zapewniają swobodę dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie. W tym celu państwa członkowskie nie będą utrudniać przedsiębiorstwu dostarczania sieci łączności elektronicznej ani świadczenia usług łączności elektronicznej, chyba że jest to niezbędne z przyczyn określonych w art. 52 ust. 1 TFUE. Każde takie ograniczenie swobody dostarczania sieci łączności

7 Dz. U. 2018, L 321, s. 36.

elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej należycie uzasadnia się, a ograniczenie to zgłasza się do Komisji.”

Implikuje to również, że jedyną podstawą ograniczenia swobody przedsiębiorczości w tym zakresie są przepisy art. 52 ust. 1 TFUE. To znów nakazywałoby wskazać, że ustawa nie realizuje interesu publicznego w sposób, który w kontekście tejże regulacji traktatowej znajdował uzasadnienie i sprostął wymogowi spełniania kryteriów zasady proporcjonalności.

Zgodnie z Dyrektywą EKŁE państwa członkowskie mogą zmieniać warunki i procedury odnoszące się do wydawania koncesji, jednak – w myśl jej art. 18 – muszą czynić to w obiektywnie uzasadnionych przypadkach (przy czym uzasadnienie podlega podaniu do publicznej wiadomości, co wyklucza możliwość arbitralności inicjatywy prawodawczej albo oparcie jej na nieistniejących obiektywnie przesłankach) oraz w sposób proporcjonalny. Przesądzają o tym następujące uregulowania zawarte w art. 18 ust. 1 i 2, które brzmią następująco:

- „1. Państwa członkowskie zapewniają, aby prawa, warunki oraz procedury dotyczące ogólnych zezwoleń, praw użytkowania widma radiowego (...) mogły być zmieniane jedynie w obiektywnie uzasadnionych przypadkach oraz w sposób proporcjonalny (...)
2. (...) Zmiany podlegają publikacji z podaniem ich uzasadnienia.”

Należy podkreślić, że także w ogólnym ujęciu, odnoszącym się do każdego – także krajowego – wymogu przestrzegania w regulacji zasady proporcjonalności, wymóg ten jest spełniony gdy:

- (a) określone są społecznie legitymowane cele ustanawianej regulacji;
- (b) środki zastosowane do osiągnięcia tych celów są odpowiednie, tzn. funkcjonalnie umożliwiają realizację tych celów;
- (c) środki te są konieczne – tzn. naruszają legitymowane uprawnienia jedynie w zakresie koniecznym do realizacji wspomnianych celów;
- (d) przyjęty model interwencji spełnia wymóg proporcjonalności *sensu stricto* - w ostatecznym rozrachunku, po wzięciu pod uwagę niekorzyści wynikających z ograniczenia tych uprawnień – gwarantuje społeczną korzyść netto.⁸

W systemie krajowym mamy do czynienia z bezpośrednim stosowaniem unijnej zasady proporcjonalności w przypadku szeregu rozwiązań legislacyjnych, do których należy również sytuacja taka, jaką stwarza Dyrektywa EKŁE w odniesieniu do systemu koncesyjnego, tj. że wymaga ona wykonania (transpozycji) w krajowym systemie prawnym,

8 Zob. np. Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, “Cambridge Law Journal” 2006, Vol. 65, s. 181 (analiza tu przedstawiona jest w kontekście stosowania Powszechnej Konwencji Praw Człowieka).

co implikuje także istnienie pewnego obszaru uznaniowości niektórych rozwiązań⁹. W takim przypadku – właśnie w obszarze owej uznaniowości - krajowy system koncesyjny, jeżeli przewiduje jakieś ograniczenia nieprzewidziane w Dyrektywie EKŁE, to jednak musi zapewniać, by były one konieczne, niezbędne i adekwatne do zidentyfikowanego i zgodnego z TFUE interesu ogólnego. Z samej Dyrektywy EKŁE wynika, że działania te muszą być zgodne z zasadami rynku wewnętrznego.¹⁰

Środki przewidziane w ustawie naruszają zatem zasadę proporcjonalności, co powoduje, że nie mogą być uzasadnione poprzez odwołanie do art. 52 ust. 1 TFUE. Nawet z punktu widzenia potrzeby ochrony konkurencji na rynku, nie wykorzystują środków już dostępnych zarówno w systemie prawa krajowego, jak i unijnego. Z punktu widzenia realizacji jedynego sensownego celu określonego w traktatowo ujętych wyjątkach od zasady swobody przedsiębiorczości, wychodzą poza zakres uzasadnionej interwencji publicznej – w szczególności:

- (a) nie odnoszą się do obiektywnie stwierdzonych na rynku zagrożeń;
- (b) nie identyfikują ich konkretnie;
- (c) mają charakter radykalny – tzn.:
 - uniemożliwiają korzystanie ze swobody przedsiębiorczości tym spółkom, które są bezpośrednio lub pośrednio kapitałowo lub personalnie kontrolowane przez podmioty spoza EOG;
 - wobec co najmniej jednego obecnego uczestnika rynku, stwarzają efekt swoistego, wymuszonego przez władzę publiczną, *squeeze-out*, który – przynajmniej w niektórych możliwych sytuacjach faktycznych - może być interpretowany także jako wyłączenie części bądź całości praw akcjonariuszy/udziałowców;
 - w odniesieniu do co najmniej jednego obecnego uczestnika rynku, ingerują przez to w ukształtowany przez niego - w wyniku długoletniej realizacji jego określonych zamierzeń kapitałowych - porządek korporacyjny obejmujący w szczególności uznaną przez niego za właściwą strukturę kapitału, a - co za tym idzie – przyjętą politykę zarządzania spółką, w tym podziału zysków bądź pokrywania strat.

Radykalizm zastosowanych w ustawie środków wynika stąd, że proponowane w niej środki należą do grupy tych, które najbardziej ograniczają możliwość korzystania ze swobody przedsiębiorczości;

9 Takis Tridimas, *General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 125-126.

10 Zob. np. pkt 257 preambuły Dyrektywy EKŁE.

silniej na tę możliwość oddziaływałyby jedynie niewiele innych, dalej idących wymagań lub zakazów.

W ocenie ustawy istotnym zagadnieniem jest również to, że narusza ona zasady swobodnego przepływu kapitału (której zasadnicze ramy określa art. 63 TFUE). Ograniczającymi przepisami ustawy mają być przecież objęte spółki innych państw członkowskich UE – te, które bezpośrednio albo pośrednio są kontrolowane przez podmioty (spółki albo osoby) spoza EOG – co, jak już to podkreślono, nie ma żadnego znaczenia dla kwalifikacji owych spółek jako tych, które mogą korzystać ze swobód traktatowych. W odniesieniu do takich spółek wspomniane ograniczenie polega na tym, że mogą one posiadać udziały w spółkach polskich (branży objętej regulacją) jedynie w ograniczonym (procentowo) zakresie. Mowa jest tu zatem o ograniczeniu typowych inwestycji objętych traktatową regulacją swobody przepływu kapitałów.

Istotą regulacji art. 63 ust. 1 TFUE jest zakaz stosowania jakichkolwiek ograniczeń przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi oraz – co należy podkreślić – pomiędzy nimi a krajami trzecimi. Jest to oczywiste zważywszy na brzmienie tego postanowienia TFUE:

„W ramach postanowień niniejszego rozdziału [tj. rozdziału 4 TFUE dotyczącego kapitału i płatności – A. N-F.] zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między Państwami Członkowskimi oraz między Państwami Członkowskimi a państwami trzecimi”.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa TSUE inwestycje w spółki są przepływem kapitałów.¹¹ Za przepływ kapitału uważa się w *acquis* również transakcje nabywania nieruchomości.¹²

Biorąc pod uwagę podstawowy przepis art. 63 wyznaczającego zakres swobody przepływu kapitału i porównując go z przepisami dotyczącymi trzech pozostałych swobód należy podkreślić, że zakazy określone w art. 63 odnoszą się nie tylko do stosunków pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej (co jest właściwością także innych swobód), ale także do ich relacji z krajami trzecimi. Jest to więc jedyna traktatowa swoboda gospodarcza otwarta na kraje spoza UE. Takie ukształtowanie swobody przepływu kapitałów implikuje, że przepisy zaproponowane w ustawie są tym bardziej niezgodne z postanowieniami traktatowymi, że te odnoszą się także do spółek spoza UE (czy EOG).

11 Zob. w szczególności 203/80 *postępowanie karne przeciwko Guerrino Casatiemu*, Zb. Orz. 1981, s. 2595, ECLI:EU:C:1982:261 oraz 286/82 i 26/83 *Graziana Luisi i Giuseppe Carbone przeciwko Ministero del Tesoro*, Zb. Orz. 1984, s. 377. ECLI:EU:1984:35 .

12 Zob. np. orzeczenie w sprawie C-302/97 *Klaus Konle przeciwko Austrii*, Zb. Orz. 1999, s. I-309. ECLI:EU:C:1999:271.

Od reguły pełnej liberalizacji przepływów kapitałowych pomiędzy państwami członkowskimi nie ma takich wyjątków, które przemawiałyby za uznaniem prawidłowości przepisów zawartych w ustawie. Inwestycje w spółki, których działalność jest w jakimkolwiek zakresie koncesjonowana i podlega regulacji ustawy o radiofonii i telewizji nie należą do tych wyjątków.¹³ W szczególności ograniczenia przewidziane w ustawie nie realizują żadnej z przesłanek określonych w art. 65 TFUE, który uprawnia państwa członkowskie do wprowadzania środków ograniczających w zakresie:

- (a) polityki fiskalnej i nadzoru bankowego, a także zapewnienia przestrzegania prawa podatkowego;
- (b) organizowania sprawozdawczości do celów statystycznych i administracyjnych,
- (c) podejmowania środków szczególnych uzasadnionych względami ochrony ważnych interesów publicznych (*ordre publique*) lub bezpieczeństwa publicznego.

W szczególności – z powodów wskazanych już w tej opinii w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości – ustawa nie realizuje właściwie ewentualnego celu ochrony ważnych interesów publicznych (*ordre publique*). I na gruncie swobody przepływu kapitału narusza zasadę proporcjonalności.

W moim przekonaniu, dla rozwiązania zawartego w ustawie nie można znaleźć podstawy także w orzecznictwie – również tym przywołanym w opiniach przedstawionych Sejmowi. Nie jest taką podstawą w szczególności orzeczenie w sprawie C-719/18 *Vivendi SA przeciwko Autorità per la Garanzie nell Comunicazioni*¹⁴. To dotyczy bowiem krajowego zakazu osiągnięcia przez uczestników rynku telekomunikacyjnego przychodów przekraczających 10% całkowitych przychodów osiągniętych w zintegrowanym systemie łączności, w sytuacji gdy przedsiębiorstwa takie posiadają udziały w rynku przekraczające 40% (mierzonych jako udział całkowitych przychodów osiągniętych w sektorze łączności elektronicznej). Orzeczenie odnosi się zatem do Dyrektywy ONP¹⁵ (a obecnie Dyrektywy EKŁE) – w zakresie, w którym zasadniczą funkcją regulacji jest zapewnienie efektywnej konkurencji tam, gdzie – z uwagi na nowość sektora albo niekorzystną z punktu widzenia relacji konkurencyjnych

13 Przegląd np. w A. Nowak-Far, *Prawo i ekonomia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa 2013.

14 ECLI:EU:C:2020:627.

15 Tj. Dyrektywa 97/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usług powszechnych oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP), Dz.U. 1997, L 199, s. 32 (obecnie nie obowiązuje).

dynamikę jego rozwoju – niektóre podmioty mogą uzyskać relatywnie szybko pozycję dominującą i zacząć ją efektywnie nadużywać. Ustawa takiego celu wcale nie realizuje. Nie znajdujemy nawet deklaracji zamiaru osiągnięcia takiego celu w uzasadnieniu projektu ustawy.

Argumentów za uznaniem zgodności ustawy z prawem UE nie da się także wywieść z orzeczenia TSUE w sprawie C-206/19 „KOB” SIA przeciwko Madonas novada pašvaldības Administratīvo aktu strīdu komisja¹⁶. Nawet w najogólniejszym ujęciu, odnosi się ono do kwestii wykonywania przez podmioty przynależne do jednego z państw członkowskich UE swobód traktatowych, w tym dotyczących wykonywania przez nie przepisów prawa wtórnego (art. 8, 9, 10 i 14 Dyrektywy usługowej) w odniesieniu do nabywania aktywów położonych w innym państwie członkowskim. Co więcej, orzeczenie to uznaje wskazane przez strony postępowania krajowe ograniczenia regulacyjne w ich nabywaniu za niezgodne z prawem unijnym¹⁷. Pomijając to, że Dyrektywa usługowa nie ma zastosowania do rynku usług radiowych i telewizyjnych, omawiane orzeczenie nie zawiera żadnych wskazówek interpretacyjnych, które wsparłyby jakoś hipotezę o zgodności ustawy z prawem UE.

Last but not least, należy zauważyć, że ustawa realizuje zadeklarowane w uzasadnieniu intencje legislacyjne w sposób oczywiście wadliwy. Świadczy o tym dobitnie to, że jedynym podmiotem, którego – w obecnym stanie rynku radiowo-telewizyjnego w Polsce – proponowane przepisy ograniczające swobody traktatowe by dotyczyły jest spółka, w której udziały w całości objęte są przez niderlandzką spółkę kontrolowaną przez podmiot mający siedzibę w USA. Stany Zjednoczone nie są zaś tym państwem, w którym inicjatorzy ustawy chcieliby widzieć to „stanowiące istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.” Jeżeli jest inaczej, inicjatorzy powinni wykazać swą nieznaną opinii publicznej

16 ECLI:EU:C:2020:463.

17 Wyrok brzmi: „Artykuły 9, 10 i 14 dyrektywy 2006/123/WE (...) dotyczącej usług na rynku wewnętrznym należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie stosowaniu uregulowania państwa członkowskiego, które uzależnia prawo osoby prawnej, której wspólnik lub wspólnicy reprezentujący wspólnie więcej niż połowę kapitału spółki powiązanego z prawem głosu, i wszystkie osoby uprawnione do jej reprezentowania są obywatelami innych państw członkowskich, do nabycia prawa własności gruntu rolnego położonego na terytorium tego państwa członkowskiego od przedstawienia przez owych wspólników i osoby uprawnione do reprezentacji, po pierwsze, zaświadczenia o rejestracji w charakterze rezydentów państwa członkowskiego położenia nieruchomości, i po drugie, dokumentu poświadczającego posiadanie znajomości języka urzędowego owego państwa członkowskiego (...).”

przenikliwość w tej mierze już na etapie formułowania uzasadnienia do projektu ustawy. Nie sposób uznać także, że w sposób proporcjonalny, zapewnia realizację jakiegoś modelu równoważenia interesów uczestników rynku medialnego.

4. Ocena ustawy z punktu widzenia Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych zawartego ze Stanami Zjednoczonymi

Zgodnie z Artykułem II Traktatu zawartego ze Stanami Zjednoczonymi, Polska ma następujące zobowiązania dotyczące traktowania inwestycji:

- (a) umożliwiania, na warunkach swojego ustawodawstwa, dokonania inwestycji przez podmioty amerykańskie;
- (b) traktowania tych inwestycji (oraz działalności im towarzyszącej) w sposób niedyskryminacyjny (za wyjątkiem sektorów lub dziedzin, które są wymienione w aneksie do Traktatu i które obejmują działalność polegającą na prowadzeniu stacji radiowych i telewizyjnych);
- (c) traktowania inwestycji w sposób sprawiedliwy i równy;
- (d) umożliwienia korzystania przez te inwestycje „z pełnej ochrony oraz bezpieczeństwa” (szerokiej natury gospodarczej, z uwagi na użycie w wersji angielskiej określenia „*security*”) wedle standardów co najmniej takich, jakie gwarantuje prawo międzynarodowe (a zatem, przede wszystkim prawo WTO);
- (e) powstrzymania się od arbitralnego (tj. uznaniowego, niewymagającego wskazania rzeczywiście istniejących przyczyn) i dyskryminacyjnego ingerowania („przeszkadzania”, ang. *impair*) w sposób zarządzania, prowadzenia, utrzymywania, użytkowania, korzystania, nabywania, rozwijania lub rozporządzania inwestycją;
- (f) zapewnienia skutecznych środków dochodzenia roszczeń i ochrony uprawnień w odniesieniu do inwestycji;
- (g) niedyskryminacyjnego traktowania spółek w zakresie samej inwestycji oraz działalności towarzyszącej w odniesieniu m. in. do wydawania koncesji niezbędnych do prowadzenia działalności handlowej (co do których – w dodatku – Traktat wymaga, by zostały wydane w „jak najszybszym terminie” (tj. jak najszybciej, ang. *expeditiously*)).

W odniesieniu do wspomnianych wyjątków Traktat przewiduje:

- (a) informowanie strony amerykańskiej o jakichkolwiek nowych wyjątkach odnoszących się do sektorów lub dziedzin wymienionych we wspomnianym Aneksie, a zatem również o nowych regulacjach dotyczących prowadzenia stacji radiowych i telewizyjnych;
- (b) ograniczenia tych wyjątków do minimum, ale z zastrzeżeniem ust. 4 Aneksu, który przewiduje, że Polska ma prawo do ustanawiania lub utrzymywania „ograniczonych wyjątków” m. in. w zakresie dotyczącym regulacji działania stacji radiowych i telewizyjnych.

Drugie z wymienionych postanowień jest o tyle istotne dla rozważanej problematyki, że implikuje wyłączenie zastosowania reguły wyrażonej również w Artykule II Traktatu, zgodnie z którą „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.” Innymi słowy, zasada *stand-still* w ten sposób wyrażona nie ma zastosowania do amerykańskich inwestycji w dziedzinie prowadzenia stacji radiowych i telewizyjnych.

Dodatkowo w tym samym postanowieniu Artykuł II ust. 1, Traktatu przewiduje jednak, że:

„[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 (...)”

Tak więc Traktat ustanawia także w tym zakresie zasadę niedyskryminacji. W odniesieniu do działalności polegającej na prowadzeniu stacji radiowych i telewizyjnych (a zwłaszcza wymogów odnoszących się do struktury własnościowej ich kapitału) jest tak dlatego, że aneks nie przewiduje „odmiennych postanowień”, które tę zasadę jakoś by modyfikowały.

Inną ważną kwestią jest ta, że do materii uregulowanej w ustawie nie ma zastosowania istotny wyjątek ujęty w przepisie Artykułu I ust. 2 Traktatu, zgodnie z którym Polska może „odmówić jakiegokolwiek spółce korzyści wynikających z (...) traktatu, jeżeli obywatele któregośkolwiek trzeciego państwa kontrolują taką spółkę” albo ta spółka „nie prowadzi istotnej działalności handlowej na terytorium tej drugiej Strony lub jest kontrolowana przez obywateli państwa trzeciego, z którym Strona odmawiająca korzyści nie utrzymuje normalnych stosunków gospodarczych”. Żadna ze wspomnianych okoliczności wyłączających nie dotyczy istniejących w Polsce spółek (a właściwie

jednej spółki) prowadzących działalność polegającą na prowadzeniu stacji radiowej i telewizyjnej. Znajduje się ona bowiem w posiadaniu spółki zarejestrowanej w Niderlandach (a więc nie „obywateli”, którzy – zgodnie z definicją traktatową zawartą w Artykule I ust. 1 pkt (c) Traktatu mogą być tylko osobami fizycznymi), prowadzi działalność gospodarczą w Polsce (nie ma zatem charakteru czysto portfelowego), a także nie jest kontrolowana przez obywateli państwa trzeciego, z którym Polska (jako podmiot, który mógłby ewentualnie odmówić korzyści wynikających z Traktatu) nie utrzymuje normalnych stosunków gospodarczych.

O zastosowaniu – właśnie w tym kontekście – postanowień Traktatu do spółki utworzonej przez spółkę-córkę spółki prawa amerykańskiego przesądza ostatecznie sama definicja „inwestycji” zawarta w jego Artykule I. Zgodnie z tą definicją inwestycją objętą postanowieniami Traktatu jest „każdy rodzaj inwestycji na terytorium jednej ze Stron, będącej własnością lub znajdującej się pod bezpośrednią lub pośrednią kontrolą obywateli lub spółek drugiej Strony”.

Należy dodać, że „inwestycje” w rozumieniu Traktatu obejmują także wszelkie dobra materialne i niematerialne, samą spółkę, akcje lub inne udziały w spółce lub prawa do jej mienia, roszczenia pieniężne lub roszczenia o określone świadczenia mające wartość gospodarczą, związane z inwestycją, a także własność intelektualną.

Przepisem ochronnym w stosunku do amerykańskich inwestycji w Polsce jest także Artykuł VII Traktatu. Należy podkreślić, że w ust. 1 zakazuje on „wywłaszczenia lub nacjonalizacji” inwestycji, „bezpośrednio lub pośrednio”, w tym „przez środki równoznaczne z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją” za wyjątkiem przypadków, gdy te działania następują:

- (a) w celu publicznym;
- (b) w sposób niedyskryminacyjny;
- (c) za bezzwłoczną wypłatą odpowiedniego i skutecznego odszkodowania.

Odszkodowanie, o którym mowa, ma być wypłacone „zgodnie z prawem i ogólnymi zasadami dotyczącymi traktowania” określonymi w Artykule II ust. 6, tj. zgodnie ze wspomnianą już zasadą sprawiedliwego i równego traktowania (wedle standardów nie gorszych niż te wynikające z prawa międzynarodowego), w warunkach gwarancji ochrony i bezpieczeństwa inwestycji, gwarancji, bez arbitralnego i dyskryminacyjnego naruszania możliwości prawidłowego zarządzania inwestycją.

Zgodnie z Artykułem VII, wypłacone odszkodowanie musi być w kwocie „słusznej wartości rynkowej” wywłaszczonej inwestycji:

- (a) albo w chwili bezpośrednio poprzedzającej podjęcie działań wyłączeniowych;
- (b) albo w chwili, w której działania te stały się publicznie znane,
 - w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpiłoby wcześniej.

Odszkodowanie wyliczone zgodnie z tymi zasadami ma być wypłacone bezzwłocznie wraz z odsetkami (np. według LIBOR z uwzględnieniem „odpowiedniego marginesu”), liczonymi od daty wyłączenia. Ma być przy tym obliczone na podstawie przeważającego rynkowego kursu walutowego dla transakcji handlowych z daty wyłączenia.

Postanowienia Artykułu VII ust. 2 Traktatu wymagają, by właściwe sądy lub organy administracyjne mogły sprawdzić prawidłowość (z punktu widzenia standardów ustanowionych w Traktacie) decyzji o wyłączeniu, a także wysokość odszkodowania.

Metodą rozstrzygania sporów wynikających ze stosowania Traktatu jest – w odniesieniu do podmiotów gospodarczych - wejście w tzw. spór inwestycyjny (którego ramy określa Artykuł IX Traktatu). Taki spór może dotyczyć każdego aspektu interpretacji i stosowania tego aktu. Stronami sporu może być państwo-strona Traktatu oraz przedsiębiorca (w tym, co oczywiste, spółka) przynależny do drugiego państwa-jego strony. Spór może zatem być zainicjowany przez takiego przedsiębiorcę, jeżeli ten podniesie zarzut naruszenia jakichkolwiek uprawnień powstałych, w odniesieniu inwestycji, w wyniku bądź po prostu w kontekście stosowania postanowień Traktatu.

Procedura rozstrzygania sporów inwestycyjnych obejmuje zawsze fazę konsultacji i negocjacji (tj. fazę koncyliacyjną), także z zastosowaniem wiążących procedur z udziałem stron trzecich (a więc – w praktyce - różne postaci polubownego uzgodnienia sposobu rozwiązania sporu). Spór inwestycyjny, którego nie udało się załatwić poprzez polubowne uzgodnienie może być przekazany do rozstrzygnięcia arbitrażowego zgodnie z zasadami wyrażonymi w Traktacie oraz z zastosowaniem dokładniejszych procedur, które jego strony muszą dopiero uzgodnić. Zastosowane mają być tu również „odpowiednie postanowienia prawa krajowego oraz mające zastosowanie umowy międzynarodowe dotyczące wykonywania orzeczeń arbitrażowych”. Najpewniej zatem będą to przepisy prawa unijnego odnoszące się do tej kwestii (tj. Rozporządzenie nr 1215/2012¹⁸ – przynajmniej w zakresie wskazanym w orzeczeniu C-536/13 *Gazprom*

18 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. U. EU 2012, L 351, s. 1.

OAO *przeciwko Lietuvos Respublika*¹⁹) lub postanowienia Konwencji nowojorskiej z 1958 r.²⁰

Jak już wspomniano, do wszczęcia sporu inwestycyjnego uprawniony jest podmiot prywatny po upływie 6 miesięcy od powstania sporu. Może być nim także spółka stanowiąca wehikuł inwestycji w danym państwie-stronie Konwencji. Konwencja inwestycyjna daje podmiotowi, który wszczął spór uprawnienie do wyrażenia pisemnej zgody na poddanie sporu albo koncyliacji, albo arbitrażowi w Międzynarodowym Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID*)²¹ – co samo implikuje wyrażenie przez Polskę zgody na poddanie sporu rozstrzygnięciu w ramach systemu ICSID (głównego albo z zastosowaniem stworzonego dodatkowo Dodatkowego Ułatwienia <*Additional Facility*>) – ale tylko wtedy, gdyby Polska stała się stroną tejże Konwencji - albo zgodnie z Regulaminem Arbitrażowym Komisji do Spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego Narodów Zjednoczonych (UNCITRAL), albo zgodnie z regulaminem jakiegokolwiek innego arbitrażu instytucjonalnego, na który strony wyraziłyby zgodę. Implikuje to, że wyłączone jest zastosowanie w tym przypadku formuły arbitrażu *ad hoc*.

Należy jednak pamiętać, że jakkolwiek uzgodnienie w tym zakresie podlega wspólnej woli stron, to jednak w przypadku braku zgody, to strona skarżąca ma prawo ostatecznie wybrać właściwą procedurę (koncyliacyjną albo arbitrażową), która będzie zastosowana do rozstrzygnięcia sporu. Miejscem arbitrażu musi być którekolwiek z państw, które jest stroną wspomnianej już Konwencji nowojorskiej z 1958 r. Orzeczenia wydane w ramach którejkolwiek ze wspomnianych formuł proceduralnych muszą być wykonane bezzwłocznie.

Warto zauważyć, że Traktat zawiera również (w Artykule X) postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów, które powstałyby na tle jego stosowania i interpretacji, pomiędzy Polską a USA, a więc tylko pomiędzy jego państwami-stronami. Te mogą być zainicjowane przez jedno

19 ECLI:EU:2015:316.

20 Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., Dz. U. 1962, nr 9, poz. 41.

21 ICSID jest częścią składową Grupy Banku Światowego. Działa na podstawie Konwencji Arbitrażowej ICSID (tj. Konwencji o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw przyjętej 18 marca 1965 r. w Waszyngtonie. Misją ICSID jest oferowanie proceduralnego i instytucjonalnego wsparcia w rozstrzyganiu sporów arbitrażowych w ramach arbitrażu ustanowionego lub wybranego przez same strony sporu (także w ramach zastosowania mechanizmu rozstrzygania sporów UNCITRAL). ICSID zatem sam nie prowadzi postępowań.

z tych państw poprzez przekazanie drugiemu żądania stosownych konsultacji. Te mogą trwać do 6 miesięcy, po czym spór może być przekazany – na żądanie którejkolwiek ze stron Traktatu - do rozstrzygnięcia trybunałowi arbitrażowemu. Jego celem jest wtedy wydanie wiążącego rozstrzygnięcia sporu.

Trybunał arbitrażowy może być stworzony i działać według uzgodnionych przez państwa reguł, jednak gdyby do uzgodnienia nie doszło, zastosowanie będzie miał regulamin arbitrażowy Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego Narodów Zjednoczonych (UNCITRAL). Należy jednak i tu zastrzec, że sami arbitrzy (których ma być trzech – wyznaczanych przez państwa w sporze ale formalnie mianowani przez Sekretarza Generalnego ICSID) mają również kompetencje do modyfikacji w tej mierze. Postępowanie arbitrażowe pomiędzy państwami musi się zakończyć w ciągu sześciu miesięcy od dnia wyboru trzeciego arbitra, zaś trybunał arbitrażowy musi wydać orzeczenie w ciągu dwóch miesięcy od dnia ostatniego przedłożenia lub zakończenia przesłuchań, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpiło później.

Koszty arbitrażu (poza kosztem zastępstwa procesowego) muszą być pokryte przez strony sporu w częściach: albo ustalonych przez arbitrów, albo – jeżeli ci niczego nie ustalą – w częściach równych. Koszty zastępstwa procesowego każda ze stron pokrywa tak, jak je poniosła.

Na tle omówionych mechanizmów traktatowych, ustawa może stwarzać podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej Polski zarówno w sferze prywatnoprawnej (odnoszącej się do relacji pomiędzy działającą w Polsce spółką, w odniesieniu do której mechanizmy omawianej ustawy stwarzałyby bezpośrednio niekorzystne dla niej ograniczenia), jak i w sferze umownej (prawa międzynarodowego publicznego) pomiędzy Polską a USA.

Podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej Polski wobec USA może być naruszenie Artykułu VII Traktatu, poprzez uznanie, że pozbawienie obecnych, a nawet potencjalnych uczestników polskiego rynku regulowanego w ustawie, korzyści ustalonych w Traktacie jest jednostronnym ograniczeniem działania Traktatu, a także, że ma charakter pośredniego wyłączenia na cel publiczny, który jest realizowany nieprawidłowo, gdyż:

- (a) ustawa uznaje (zapewne w sposób niezamierzony) USA za państwo stwarzające zagrożenie bezpieczeństwa Polski – co, z uwagi na istniejące relacje i sieć sojuszków wiążących Polskę z USA - nie może być traktowane za zgodne z rzeczywistością;
- (b) nie można jednoznacznie wykazać (w niebudzącej wątpliwości argumentacji), że ustawa zapewnia/zwiększa równowagę podmiotów na rynku, która po pierwsze, musiałaby już obecnie

- być jakoś naruszona, a po drugie, której nie dałoby się osiągnąć za pomocą innych, nienaruszających Traktatu, środków;
- (c) zastosowane w ustawie środki wprowadzają zatem mechanizm realnie dyskryminujący podmioty amerykańskie, a potencjalnie także podmioty, które dopiero chciały skorzystać z dobrodziejstw mechanizmów Traktatu.

W zaprezentowanym ujęciu wywłaszczenie ma postać przymusowej rekonfiguracji struktury własnościowej, wynikającej z przewidzianego w ustawie, wymuszonego zbycia udziałów/akcji przez udziałowców/akcjonariuszy, którzy musieliby spełnić wymagane w proponowanych przepisach proporcje własności kapitału spółek medialnych.

Te same argumenty można sformułować także w odniesieniu do prywatnoprawnej płaszczyzny dochodzenia odszkodowania na podstawie Traktatu. Na tej płaszczyźnie należałoby także dodać, że - w odniesieniu do spółki, której istotne interesy gospodarcze byłyby negatywnie dotknięte w wyniku przyjęcia proponowanych w ustawie rozwiązań – mógłby dojść także argument opieszałego stosowania wobec niej prawa wewnętrznego (w postaci długotrwałego nierozpatrzenia wniosku koncesyjnego) – takiego, które w rezultacie sztucznie obniżyło wartość chronionej przez Traktat inwestycji. Implikuje to, że - w sporze prywatnoprawnym – spółka może wnioskować o nieuwzględnienie tego efektu w szacowaniu wielkości odszkodowania.

Jak wspomniano, zgodnie z Artykułem VII Traktatu, ewentualnie zasądzone odszkodowanie musi spełniać wymóg bezzwłoczności wypłaty, jej odpowiedniości i efektywności (w wersji angielskiej mowa jest o tym, że wypłata odszkodowania ma być *"prompt, adequate and effective"*). Wspomniany przepis przewiduje dodatkowo, że owo odszkodowanie musi odpowiadać "słusznej wartości rynkowej wywłaszczonej inwestycji w chwili bezpośrednio poprzedzającej podjęcie działań wywłaszczeniowych lub w momencie, w którym działania te stały się publicznie znane, w zależności od tego które z tych zdarzeń nastąpiło wcześniej" (*"fair value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became publicly known, whichever is earlier"*). Powinno ono dodatkowo uwzględniać odsetki, wedle stawek przyjętych w stosunkach handlowych, z uwzględnieniem „rozsądnego marginesu” (*"interest at a commercially reasonable rate, such as LIBOR plus an appropriate margin, from the date of expropriation"*). Gdyby wypłacono je w złotych, powinno ono być przeliczone wedle przeważającego kursu mającego zastosowanie do transakcji rynkowych z dnia dokonania wywłaszczenia (*"the prevailing market rate of exchange for commercial transactions on the date of expropriation"*).

Wszystkie te zmienne w zasadzie definiują obszary konfliktów, które w toku postępowania koncyliacyjnego albo arbitrażowego będą musiały zostać jakoś rozwiązane. Wspomniano już w tej opinii o możliwym zarzucie zawinionego przez stronę polską sztucznego zaniżenia wartości udziałów/akcji spółki, o którą tu może chodzić, co można przypisać opieszałemu załatwianiu wniosku koncesyjnego. Obszarem konfliktu może być także ujęcie „słusznej wartości” („*fair value*”) inwestycji. Tu – i to w najprostszym ujęciu - podstawą wyliczenia jest średnia cena/wartość rynkowa udziałów/akcji we wskazanym już tu momencie określonym w Traktacie. W przypadku jednak, gdyby było to – z jakichkolwiek powodów – niemożliwe (co, ze względów już w opinii wskazanych, jest prawdopodobne), należałoby dokonać szacowania wartości udziałów/akcji z uwzględnieniem opartej na ocenie wyników gospodarczych spółki (na które wskazują m. in. wskaźniki rentowności kapitału, produktywności aktywów, wielkość wypłacanej dywidendy, oczekiwane stopy wzrostu porównywalnych tytułów własności – z uwzględnieniem wszelkich istotnych różnic). Kwestię wyliczenia odszkodowania znacznie komplikuje także to, że trudno jest tu w ogóle oszacować rozmiary szkody, której zaistnienie – samo w sobie – jest bardzo prawdopodobne: owa szkoda może wynikać w szczególności z:

- (a) obniżenia wartości rynkowej całej spółki biorącego się z nieutrzymanie jej aktualnej struktury kapitałowej, którą obecnie przecież obniża szereg ryzyk i kosztów zarządzania wynikających z jednolitej kontroli właścicielskiej;
- (b) ze sprzedaży udziałów/akcji w warunkach, w których transakcja ta jest wymuszona, a więc nie jest związana z innymi niż regulacyjne motywami (np. motywami rynkowymi) – co znacząco zwiększa przewagę przetargowe potencjalnych nabywców;
- (c) ewentualnego wejścia przez spółkę w sytuację nieaktywności, tzn. niedokonywania żadnych zmian w strukturze kapitałowej, co spowodowałoby trwałą utratę możliwości uzyskiwania koncesji, a więc – w odniesieniu do spółek medialnych – skutek powodujący zupełną niemożliwość prowadzenia działalności gospodarczej w danym momencie i w przyszłości.

Z powyższych powodów nie da się – w ramach ekspertyzy prawniczej w zakresie wskazanym w rozdziale 1 – rozsądnie oszacować wielkości odszkodowania, którego podmioty amerykańskie mogłyby oczekiwać w przypadku uznania tych ich roszczeń, które mogłyby wynikać z przyjęcia przepisów zawartych w ustawie.

5. Wnioski

Ustawa nie jest zgodna z prawem Unii Europejskiej, ponieważ w wymiarze przekraczającym to, co mieści się w ramach ochrony interesu publicznego, narusza zasadę proporcjonalności w odniesieniu do tego, na co pozwala wyjątek określony w art. 52 TFUE w odniesieniu do ograniczeń swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Narusza także – z analogicznych powodów – traktatowe zasady dotyczące swobody przepływu kapitałów.

Ustawa narusza postanowienia Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi w odniesieniu do przepisów, które mają albo mogą mieć skutki w postaci wyłączenia (albo skutku do wyłączenia równoważnego) podmiotów amerykańskich albo kontrolowanych przez korporacyjne podmioty amerykańskie. Ustawa narusza przede wszystkim Artykuł VII Traktatu, który umożliwia takie wyłączenie jedynie w celu realizacji interesu ogólnego i z zachowaniem zasady niedyskryminacji oraz proporcjonalności. Ustawa nie spełnia wymagań tych zasad, gdyż związek pomiędzy deklarowanymi przez jego inicjatorów celami i środkami służącymi do ich osiągnięcia (tak, jak je w ogóle można odtworzyć, nawet wychodząc poza raczej wątle prawniczo deklaracje inicjatorów ustawy) może budzić znaczne wątpliwości. W kontekście Traktatu powoduje to powstanie podstawy do wszczęcia postępowania przeciw Polsce zarówno podmiotów prywatnych, których możliwe naruszenia mogłyby dotyczyć, jak i postępowania arbitrażowego pomiędzy państwami (Polską i USA).

Na zadane szczegółowe pytania należy odpowiedzieć zatem następująco:

Na pytanie 1, czy Ustawa jest zgodna z przepisami Unii Europejskiej? oraz czy w zakresie omawianego tematu są w UE projektowane regulacje, które należałoby uwzględnić?:

- że ustawa nie jest zgodna z prawem UE. W związku z tym, że niezgodność jest w tym zakresie ewidentna i dotyczy wręcz przepisów Traktatowych, których zmiany nie przewiduje się, zbędna jest odpowiedź na drugie pytanie, gdyż trudno sobie wyobrazić, by instytucje UE ustanawiały przepisy sprzeczne z TFUE na tak fundamentalnym poziomie. W każdym jednak razie, dokonany przegląd projektów zmian aktów prawa medialnego UE nie wskazuje, by obejmowały one takie modyfikacje, które mogłyby zmienić zasadniczą ocenę ustawy.

Na pytanie 2: czy ustawa jest zgodna z Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych Polski z USA z 1990 r.? czy Polska naraża się na odszkodowanie i jaki jest zakres odpowiedzialności odszkodowawczej?

- że przyjęcie zmian prawnych przewidzianych w ustawie prowadziło do złamania zasad określonych w Traktacie. W tym kontekście naraziłoby Polskę na obowiązek wypłaty odszkodowań podmiotom, które zostałyby przez jego przepisy poszkodowane, przy czym rozmiar podlegającej odszkodowaniu szkody ani nawet procedura, która w jego wyliczeniu i rozstrzygnięciu o jego istnieniu i wysokości nie są ani pewne dla strony polskiej, ani nawet w pełni przez nią kontrolowane.