

Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr: 482)

Proponowane zmiany w ustawie o radiofonii i telewizji

Niniejsza opinia dotyczy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr 482).

W myśl art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020 r. poz. 805 ze zm.; dalej: ustawa o radiofonii i telewizji) rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych wymaga uzyskania koncesji.

Zgodnie z obecnie obowiązującą regulacją koncesja dla spółki z udziałem osób zagranicznych może być udzielona, gdy „udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub 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%” (art. 35 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji). Dodatkowo, w myśl art. 35 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji, niezależnie od ograniczenia zawartego w ust. 1, koncesja może być również udzielona „1) osobie zagranicznej lub 2) spółce zależnej, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej - których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego”.

Ustawa, do której odnosi się niniejsza opinia, znacząco zmienia warunki uzyskiwania koncesji, a także stwarza możliwość cofnięcia koncesji podmiotom, które tych nowych warunków nie spełniają. W myśl nowelizacji, nowe brzmienie otrzymałby art. 35 ust. 2 pkt 1. Proponuje się dlań następujące brzmienie:

ust. 2: „2. Koncesja dla spółki z bezpośrednim lub pośrednim udziałem kapitałowym osób zagranicznych może być udzielona, jeżeli:”

pkt 1: „1) 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%,”

Proponowane nowe brzmienie art. 35 ust 3 ustawy o radiofonii i telewizji jest zaś następujące:

„3. Koncesja może być również udzielona osobie zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim 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 państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego”.

Co szczególnie istotne w świetle niniejszej opinii, nowelizacja przewiduje zastosowanie powyższych, nowych warunków uzyskania koncesji, także do podmiotów, które koncesję już uzyskały, stwarzając w istocie furtkę do cofnięcia udzielonych im koncesji. W myśl art. 2 ustawy nowelizującej bowiem, „Osoby zagraniczne oraz spółki zależne, o których mowa w

art. 35 ust. 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym, posiadające w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, dostosują swoją strukturę kapitałową oraz swoje umowy lub statuty do ograniczeń, o których mowa w art. 35 ust. 2 i 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”.

Ustawa przewiduje też trzydziestodniowe *vacatio legis* dla ustawy nowelizującej, za wyjątkiem art. 3 ustawy, który wchodzi w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia.

W opinii HFPC, z powodów przedstawionych poniżej, przedłożona ustawa jest niezgodna z gwarancjami swobody wypowiedzi, zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz unijną zasadą swobody przepływu kapitału.

Zgodność ustawy z gwarancjami swobody wypowiedzi

Zarówno Konstytucja RP, jak i Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej również: EKPC, Konwencja) wprost dopuszczają wprowadzenie wymogu uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej (odpowiednio w art. 54 ust. 2 Konstytucji oraz art. 10 ust. 1 Konwencji). Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC, Trybunał) w swoim orzecznictwie uznaje, że państwo jest upoważnione do kontrolowania na swoim terytorium sposobu organizowania działalności nadawczej i może uzależniać uzyskanie koncesji od spełnienia określonych warunków – przede wszystkim natury technicznej, ale również odnoszących się do innych kryteriów, np. celów proponowanej rozgłośni czy praw i potrzeb poszczególnych grup odbiorców¹. W żadnym wypadku nie oznacza to jednak blankietowego upoważnienia do wprowadzenia dowolnych zasad przyznawania koncesji. W orzecznictwie strasburskim podkreśla się, że „system koncesjonowania, który nie spełniałby wymagań pluralizmu, tolerancji i ducha otwartości, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo, pozostaje w sprzeczności z art. 10 ust. 1 Konwencji”, gwarantującym swobodę wypowiedzi². ETPC uznaje, że odmowa przyznania koncesji (licencji nadawczej) stanowi ograniczenie wolności słowa, które może być dopuszczalne wtedy, gdy spełnia kryteria wynikające z art. 10 Konwencji, tzn. jeżeli jest przewidziane przez ustawę, służy uprawnionemu celowi oraz jest niezbędne w demokratycznym społeczeństwie.³ Proponowane rozwiązania dotyczące struktury własnościowej spółek ubiegających się o koncesję również musi być ocenione zgodnie ze wskazanymi kryteriami.

Warto przy tym odnotować, że Komitet Ministrów Rady Europy, nie wykluczając dopuszczalności ograniczenia udziału kapitału zagranicznego we własności, bezpośrednio dostrzegł ryzyko, że tego rodzaju regulacje mogą w pewnych okolicznościach być wykorzystywane w nieuprawniony sposób – i wprost zastrzega, że takie rozwiązania „nie mogą być wprowadzane w sposób arbitralny oraz muszą odpowiadać obowiązkom państw w

¹ Wyrok ETPC (Wielkiej Izby) z 7 czerwca 2012 r., *Centro Europa 7 S.R.L i Di Stefano p. Włochom*, skarga nr 38433/09, § 139, wyrok ETPC z 5 listopada 2002 r. w sprawie *Demuth p. Szwajcarii*, skarga nr 38743/97, § 33.

² Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 16 października 1986 r., *Verein Alternatives Lokalradio Bern i Verein Radio Dreyeckland Basel p. Szwajcarii*, skarga nr 10746/84.

³ Wyrok ETPC z 28 marca 1990 r. w sprawie *Groppera Radio AG i inni p. Szwajcarii*, skarga nr 10890/84, § 61.

świecie prawa międzynarodowego, w szczególności zaś pozytywnemu obowiązkowi zagwarantowania pluralizmu mediów”⁴. W opinii HFPC, ustawa nie spełnia wskazanych warunków z powodów przedstawionych poniżej.

Przede wszystkim należy zauważyć, że rozwiązania przedstawione w ustawie w istocie nie mają na celu realizacji uprawnionych celów, które zgodnie z EKPC mogłyby uzasadniać ograniczenie swobody wypowiedzi. Zgodnie z przedstawionym uzasadnieniem projektu, proponowana nowelizacja ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa prawnego, ochronę interesu publicznego w dziedzinie radiofonii i telewizji, zagwarantowanie równości praw i obowiązków dla spółek polskich i zagranicznych, a także, co jest też szczególnie podkreślane przez przedstawicieli projektodawców w wypowiedziach publicznych, ochronę przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa państwa związaną z tzw. działaniami państw trzecich spoza obszaru EOG. Jednakże szereg okoliczności wskazuje, że przytoczone uzasadnienie ma charakter pozorny, a w rzeczywistości głównym celem ustawy jest zmiana właściciela jednego z największych prywatnych nadawców telewizyjnych w Polsce, TVN S.A., w taki sposób, by partia rządząca mogła mieć wpływ na rozpowszechniane przez niego treści. Tym samym nowelizacja może być uznana za kolejny rażący przejaw instrumentalizacji prawa dla realizacji interesów partyjnych. Świadczy o tym publiczna wypowiedź głównego przedstawiciela projektodawców, Marka Suskiego: „(...) jeśli się uda tę ustawę przeprowadzić i jakaś część tych udziałów zostanie być może wykupiona też przez polskich biznesmenów, i będziemy mieli jakiś tam wpływ na to, co się dzieje w tej telewizji (...)”⁵. Wskazuje na to również sama konstrukcja ustawy. Obecnie jedynym podmiotem, do którego znalazłaby zastosowania norma wynikającej z art. 2 ustawy, który nakazuje m.in. dostosowanie struktury kapitałowej do nowych wymogów podmiotom posiadającym koncesję w dniu wejścia w życie ustawy, jest wskazany prywatny nadawca, TVN S.A. Ustawę więc można zakwalifikować jako przykład ustawy ukierunkowanej przeciwko określonemu indywidualnemu podmiotowi, zbliżony w tym zakresie np. do węgierskiej ustawy wymierzonej w Uniwersytet Środkowoeuropejski (tzw. lex CEU)⁶ czy również węgierski projekt dotyczący podatku od mediów, który był wymierzony w stację RTL Klub⁷.

Niewątpliwie cel w postaci uzyskania kontroli nad przekazem stacji telewizyjnej przez partię rządzącą nie może uznany za uprawniający do ograniczenia swobody wypowiedzi w świetle prawa międzynarodowego i Konstytucji. Komitet Ministrów Rady Europy i Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wielokrotnie podkreślały fundamentalne znaczenie niezależności mediów dla demokracji⁸, wzywając państwa by „ściśle przestrzegały zasady

⁴ Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy z 7 marca 2018 r. w sprawie pluralizmu mediów i przejrzystości w zakresie własności mediów, CM/Rec(2018)1, pkt. 37.

⁵ Tw, Marek Suski o efektach zmiany ustawy medialnej: będziemy mieli jakiś wpływ na to, co się dzieje w TVN, „Wirtualne media”, 12 lipca 2021 r., <https://www.wirtualnemedial.pl/artykul/tvn-koncesja-nowelizacja-ustawy-radiofonii-marek-suski>.

⁶ Gábor Halmai, *Legally sophisticated authoritarians: the Hungarian Lex CEU*, VerfassungsBlog, 31 marca 2017, <https://verfassungsblog.de/legally-sophisticated-authoritarians-the-hungarian-lex-ceu/>.

⁷ *Government throttles media with new tax on advertising*, 12 czerwca 2014, Reporterzy bez granic, <https://rsf.org/en/news/government-throttles-media-new-tax-advertising>.

⁸ M.in.: Zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 29 kwietnia 1999 r. w sprawie mediów i kultury demokratycznej, 1407 (1999), pkt 1-2; zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy z 11 września 1996 r. w sprawie gwarancji niezależności mediów publicznych, R (96) 10.

niezależności redakcyjnej i odpowiednio powstrzymywały się od wywierania jakiegokolwiek presji na media”⁹. Również ETPC zwracał uwagę, że sytuacje, w których potężne grupy gospodarcze lub polityczne w społeczeństwie są w stanie wywierać presję w celu ograniczenia wolności redakcyjnej „osłabiają fundamentalną rolę wolności słowa w społeczeństwie demokratycznym”¹⁰. Cel taki byłby również oczywiście niedopuszczalny na gruncie konstytucyjnej zasady wolności środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji). Jak zauważa się w doktrynie, „zasada wolności środków społecznego przekazu wyklucza istnienie jakichkolwiek mediów (w tym także – a może nawet przede wszystkim – mediów audiowizualnych) prawnie podporządkowanych władzom politycznym (w pierwszej kolejności – rządowi) i przez nie kontrolowanych. **Regulacje prawne zmierzające do ustanowienia takiego prawnego lub faktycznego podporządkowania mogą a limine wywoływać wątpliwości w świetle art. 14 konstytucji. Naruszałoby to bowiem zasadę równowagi i swobodnej konkurencji sił politycznych, będącą podstawą demokratycznego pluralizmu [wyróżnienie – HFPC]**”¹¹.

Co więcej, cel taki byłby także niedopuszczalny w świetle zasady pluralizmu mediów, której, zgodnie z orzecznictwem ETPC, ostatecznym gwarantem jest państwo¹². Należy bowiem zauważyć, że w związku z podporządkowaniem władzy mediów publicznych na skutek tzw. reformy mediów publicznych z 2016 r. oraz w związku z przejęciem większości prasy regionalnej przez spółkę Skarbu Państwa w bieżącym roku, rząd kontroluje istotną część sektora medialnego – i dodatkowe uzyskanie kontroli nad jednym z największych nadawców telewizyjnych w Polsce drastycznie uderzyłoby w dostęp społeczeństwa do zróżnicowanych źródeł informacji i opinii. Tymczasem, jak podkreśla ETPC, dla zapewnienia prawdziwego pluralizmu mediów nie wystarczy dopuszczenie do istnienia kilku kanałów telewizyjnych lub stworzenie samej teoretycznej możliwości potencjalnego wejścia na rynek nowych nadawców – konieczne jest zapewnienie skutecznego dostępu do rynku tak, by gwarantować zróżnicowany charakter programów, możliwie najpełniej odzwierciedlający mnogość opinii w społeczeństwie¹³. Dlatego też samo dalsze istnienie stacji, która byłaby kolejnym medium podporządkowanym w swoim przekazie woli władzy, nie można w żadnym stopniu uznać za realizujące zasadę pluralizmu.

W związku z pozornym charakterem uzasadnienia wskazanym w kontekście odnowienia koncesji nadawczej, warto przywołać też wyrok Międzypaństwowej Komisji Praw Człowieka (MTPC) w sprawie *Granier i inni (Radio Caracas Television) p. Wenezueli*¹⁴. Sprawa dotyczyła odmowy przedłużenia koncesji jednej z najpopularniejszych stacji telewizyjnych w Wenezueli, która jednocześnie zachowywała krytyczny stosunek do ówczesnego rządu. Władze oficjalnie uzasadniły tę decyzję koniecznością zapewnienia

⁹ Deklaracja Komitetu Ministrów Rady Europy z 2 marca 2005 r. w sprawie wolności słowa i informacji w mediach w kontekście walki z terroryzmem, 1706 (2005).

¹⁰ Wyrok ETPC z 17 września 2009 r. w sprawie *Manole i inni p. Mołdawii*, ETPCz, skarga nr 13936/02, § 98.

¹¹ L. Garlicki, P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, wyd. II*, red. M. Zubik, Warszawa 2016, art. 14.

¹² Wyrok ETPC z 24 listopada 1993 r. w sprawie *Informationsverein Lentia i inni p. Austrii*, skargi nr 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89 i 17207/90, § 38.

¹³ Wyrok ETPC z 7 czerwca 2012 r., w sprawie *Centro Europa 7 S.R.L i Di Stefano p. Włochom*, skarga nr 38433/09, § 130.

¹⁴ Wyrok MTPC z 22 czerwca 2015 r. w sprawie *Granier i i inni. (Radio Caracas Television) p. Wenezueli*.

większego zróżnicowania programowego w telewizji – co MTPC uznał za uprawniony cel. Trybunał jednak dostrzegł, że w istocie realne motywy decyzji o odmowie przedłużenia koncesji były inne i wiązały się z zamiarem ukarania stacji za jej krytyczne podejście do władz i uciszenia tej krytyki. Kluczowe znaczenie dla dostrzeżenia prawdziwego celu tej decyzji miały publiczne wypowiedzi ówczesnego prezydenta Wenezueli odnoszące się do kwestii przedłużenia koncesji i wskazujące inne powody niż te deklarowane oficjalnie. MTPC uznał, że tego rodzaju ingerencja podjęta w nieuprawnionym celu jest formą nadużycia władzy i tym samym stanowi naruszenie gwarancji swobody wypowiedzi. Choć Europejski Trybunał Praw Człowieka nie miał jeszcze okazji orzekać w podobnej sprawie dotyczącej systemu koncesyjnego telewizji w kontekście ukrytych, nieuprawnionych motywacji wprowadzanych ograniczeń, to należy podkreślić, że również Europejska Konwencja Praw Człowieka wprost zakazuje ograniczania zagwarantowanych w niej praw w innych celach niż te dopuszczalne na gruncie tego aktu (art. 18).

Nawet jednak jeżeli uznać, że oficjalnie deklarowane cele projektu nie mają charakteru pozornego, to proponowane w nim rozwiązania nie spełniają konstytucyjnych i konwencyjnych warunków dopuszczalnej ingerencji w swobodę wypowiedzi. Choć bowiem kwestia bezpieczeństwa państwowego jest jednym z uprawnionych celów, który może uzasadniać ograniczenie wolności słowa, to ograniczenie to musi być ponadto także konieczne w demokratycznym państwie (niezbędne w demokratycznym społeczeństwie, stosując terminologię EKPC), co w szczególności oznacza, że musi być ono proporcjonalne do takiego celu. Jeżeli osiągnięcie danego celu możliwe jest przy zastosowaniu mniej dolegliwych środków (mniej ograniczających prawa i wolności), to sięgnięcie po dalej idące rozwiązania jest nieproporcjonalne, wykracza poza to co konieczne w demokratycznym państwie. ETPC stosował już taki test również bezpośrednio w kontekście działań państwa związanych z systemem koncesyjnym, badając, czy wobec działań stanowiących silną ingerencję w wolność słowa istnieją mniej dotkliwe alternatywy, które również umożliwiałyby osiągnięcie pożądanego celu w ramach regulacji licencji nadawczych¹⁵.

W tym kontekście należy zauważyć, że ustawa o radiofonii i telewizji już w obecnym kształcie przewiduje możliwość odmowy udzielania (w tym przedłużenia) koncesji, jak i możliwość cofnięcia już udzielonej koncesji z powodu zagrożeń dla bezpieczeństwa i obronności państwa (odpowiednio art. 36 ust. 2 pkt 1 oraz art. 38 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji). Istniejące rozwiązania stwarzają już zatem możliwość ochrony przed działalnością nadawcy, która mogłaby uderzać w bezpieczeństwo państwa, a zarazem środek ten w dużo mniejszym zakresie ogranicza wolność słowa (dotyczy konkretnych podmiotów stwarzających zagrożenie, a nie wszystkich nadawców z wszystkich krajów spoza obszaru EOG). Co istotne, istniejącym środkiem towarzyszą również pewne gwarancje proceduralne chroniące przed arbitralnością – decyzja Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w przedmiocie odmowy udzielenia lub cofnięcia koncesji podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego, co umożliwia sądową kontrolę prawidłowości powołania się przez organ na przesłankę zagrożenia dla bezpieczeństwa. Natomiast w przypadku proponowanych rozwiązań, wystarczającą przesłanką byłby fakt kontrolowania nadawcy przez podmiot z

¹⁵ Wyrok ETPC z 24 listopada 1993 r. w sprawie *Informationsverein Lentia i inni p. Austrii*, skargi nr 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89 i 17207/90, §§ 39-43.

siedzibą w państwie spoza obszaru EOG, niezależnie od czy tego dany nadawca (czy nawet dane państwo) stwarza jakiegokolwiek zagrożenie dla bezpieczeństwa.

Co więcej, ustawa nie tylko przewiduje środki, które stanowiłyby ingerencję w wolność słowa nieproporcjonalną do osiągnięcia zamierzonego celu – proponowane rozwiązania mogą wręcz wywołać skutki odwrotne do zamierzonych, tzn. zamiast służyć ochronie bezpieczeństwa, mogą stwarzać większe zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, szczególnie w kontekście „tzw. działań hybrydowych państw trzecich”, do którego odwołuje się uzasadnienie projektu. Jak zauważył bowiem Parlament Europejski w rezolucji z 10 października 2019 r. w sprawie zewnętrznych ingerencji w wybory i dezinformacji w procesach demokratycznych państw członkowskich i Unii Europejskiej, wolność słowa i ochrona pluralizmu mediów należą do środków najlepiej chroniących przed „przed kampaniami dezinformacyjnymi i wrogą propagandą”¹⁶. Również szereg innych międzynarodowych instytucji zauważało, że to właśnie niezależne i pluralistyczne środowisko medialne stanowi kluczowy sposób na przeciwdziałanie dezinformacji i propagandzie¹⁷. Tymczasem ustawa w istocie, jak wskazano wyżej, zmierza do ograniczenia niezależności i pluralizmu mediów i przez to czyni Polskę bardziej podatną na działania hybrydowe przyjmujące postać kampanii dezinformacyjnych, tym samym zwiększając zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.

Przedstawiciele obozu rządzącego w debacie publicznej wokół projektu wskazywali, że podobne rozwiązania odnoszące się do kapitału zagranicznego w mediach można znaleźć również w niektórych innych państwach członkowskich Unii Europejskiej¹⁸. Rzeczywiście, w kilku państwach UE istnieją regulacje ograniczające udział kapitału zagranicznego we własności mediów¹⁹. Jednakże okoliczności przedstawienia projektu (w tym przytoczona wypowiedź publiczna przedstawiciela projektodawców), a także zmiany w otoczeniu instytucjonalnym i środowisku medialnym obserwowane od kilku lat w Polsce – w szczególności podporządkowanie mediów publicznych władzy na skutek tzw. reformy z 2016 r. i przejście kontroli nad większością prasy regionalnej i licznymi portalami regionalnymi przez spółkę Skarbu Państwa – wskazują, że bardziej adekwatnym punktem odniesienia dla przedłożonej ustawy jest rosyjska ustawa medialna z 2014 r.²⁰ Ustawa ta również zastrzyła wcześniej istniejące regulacje dotyczące ograniczenia udziału zagranicznych podmiotów w strukturze właścicielskiej rosyjskich mediów i także oficjalnie była uzasadniona potrzebą ochrony bezpieczeństwa państwa. Jednocześnie ustawa ta była

¹⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 10 października 2019 r. w sprawie ingerencji zewnętrznej w wybory i dezinformacji w krajowych i unijnych procesach demokratycznych, (2019/2810(RSP)), pkt 1.

¹⁷ Np. Wspólna deklaracja w sprawie wolności słowa i „fałszywych wiadomości”, dezinformacji i propagandy Specjalnego Sprawozdawcy ds. Wolności Słowa ONZ, Przedstawiciela OBWE ds. Wolności Mediów, Specjalnego Sprawozdawcy ds. Wolności Mediów Organizacji Państw Amerykańskich i Specjalnego Sprawozdawcy ds. Wolności Słowa Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów z 3 marca 2017 r.

¹⁸ Rafał Białkowski, *Müller o projekcie medialnym: Analogiczne rozwiązania są w Niemczech, Austrii i we Francji i tam nikt nie bije na alarm*, PAP, 12 lipca 2021, <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C908449%2Cmuller-o-projekcie-medialnym-analogiczne-rozwiazania-sa-w-niemczech-austrii>

¹⁹ Elda Brogi, Pier Parcu, Mario Viola de Azevedo Cunha, *Media ownership rules in Europe : a focus on EU Member States' legislation on foreign ownership*, 2017, <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/52844>.

²⁰ Ustawa federalna z 14 października 2014 r. o zmianie ustawy Federacji Rosyjskiej o środkach masowego przekazu, N 305-FZ .

odbierana przez komentatorów, w tym przez międzynarodowe organizacje zajmujące się ochroną praw człowieka, jako próba zwiększania kontroli władzy nad systemem medialnym i jeszcze dalszego ograniczenia pluralizmu poprzez zmuszenie zagranicznych właścicieli do sprzedaży swoich udziałów krajowym podmiotom powiązanim z władzą²¹. Odpierając krytykę tej regulacji, rzecznik prasowy prezydenta Federacji Rosyjskiej również podkreślał, że tego rodzaju rozwiązania są stosowane przez różne kraje na świecie²². Dalsze losy mediów przejętych przed podmioty krajowe w związku z wejściem w życie ustawy z 2014 r. niestety potwierdziły obawy o ograniczenie niezależności²³.

Podsumowując tę część opinii HFPC zauważa, że rozwiązania proponowane w ustawie nie mogą być uznane za zgodne z konstytucyjnymi i międzynarodowymi gwarancjami swobody wypowiedzi. Cel, który najprawdopodobniej w istocie ma realizować ustawa, czyli uzyskanie kontroli nad nadawcą przez partię rządzącą, jest sprzeczny z zasadą wolności mediów i jako taki nie może uzasadniać proponowanych rozwiązań. Nawet jednak w przypadku przyjęcia, że cele deklarowane w uzasadnieniu mają charakter rzeczywisty (a nie pozorny), rozwiązania te nie spełniają wymogów proporcjonalności i również z tego powodu nie mogą być uznane za dopuszczalne ograniczenie swobody wypowiedzi. Jest również wątpliwe, czy proponowane regulacje będą mogły rzeczywiście przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa państwa, ponieważ osłabienie niezależności i pluralizmu mediów może w istocie osłabić ochronę przed kampaniami dezinformacyjnymi.

Zgodność ustawy z art. 2 Konstytucji RP, w tym „regułami przyzwoitej legislacji”

Przedstawiona ustawa budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia zgodności z ustrojową zasadą demokratycznego państwa prawnego, wyrażoną w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) przyczyniło się do wywiedzenia z tej zasady szeregu reguł obowiązujących ustawodawcę zwykłego, odnoszących się zarówno do jakości stanowionego prawa, jak i sposobu jego kształtowania. Trybunał określa te reguły mianem „reguł przyzwoitej legislacji”²⁴. Jak wynika z uwag poczynionych poniżej, nie można uznać, że przedmiotowa ustawa jest zgodna z tymi regułami.

Klauzula demokratycznego państwa prawnego zawiera w sobie zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa, z czym związane jest zagadnienie pewności prawa. Pewność

²¹ *Russia: Drop New Media Law. New Media Law Threatens Freedom of Expression*, Human Rights Watch, 1 października 2014 r., <https://www.hrw.org/news/2014/10/01/russia-drop-new-media-law>; *Proposed media ownership requirements could further damage media pluralism in Russia, OSCE Representative says*, OBWE, 24 września 2014 r., <https://www.osce.org/fom/124143>; Jadwiga Rogoża, *Rosja: kolejne uderzenie w opiniotwórcze media*, Ośrodek Studiów Wschodnich, 1 października 2014 r., <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2014-10-01/rosja-kolejne-uderzenie-w-opiniotworcze-media>.

²² Artur Bartkiewicz, *Kreml: W Rosji nie ma cenzury mediów*, „Rzeczpospolita”, 6 lutego 2019 r., <https://www.rp.pl/Polityka/190209573-Kreml-W-Rosji-nie-ma-cenzury-mediow.html?cid>.

²³ Zob. np. *RSF backs Forbes Russia's fight for editorial independence*, Reporterzy bez granic, 1 sierpnia 2018 r., <https://rsf.org/en/news/rsf-backs-forbes-russias-fight-editorial-independence>; *Russia: Forbes magazine repeatedly censored by publisher*, Article 19, 8 sierpnia 2018 r., <https://www.article19.org/resources/russia-forbes-magazine-repeatedly-censored-by-publisher/>.

²⁴ Zob. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2000 r., SK 7/00.

prawa, w rozumieniu, w jakim TK wywiódł ją z zasady demokratycznego państwa prawnego, oznacza takie kształtowanie porządku prawnego, by podmioty wolności i praw miały możliwość przewidywania działań organów państwa oraz dostosowywania do nich swego postępowania i racjonalnych oczekiwań. Tak rozumiana pewność prawa w założeniu ma gwarantować swego rodzaju ufność obywateli, że ich interesy nie zostaną gwałtownie naruszone przez arbitralne działanie państwa. Ustawodawca ma więc „obowiązek unikania rozwiązań zaskakujących obywatela unormowaniami prawnymi niekorzystnie zmieniającymi jego sytuację”, co też „[...] odnosi się w równej mierze do praw podmiotowych już nabytych, jak i do zgodnego z prawem oczekiwania ich nabycia przez spełnienie określonych w ustawie warunków”²⁵.

Z powyższego wynikają bardziej szczegółowe reguły przyzwoitej legislacji: ochrony praw słusznie nabytych oraz interesów w toku. W praktyce, reguły te wymagają od ustawodawcy takiego stanowienia prawa, by nowo wprowadzone przepisy stwarzały podmiotom prawa warunki ku temu, by mogły one prowadzić swe sprawy w zaufaniu, że ich prawa, uzyskane na podstawie działań podejmowanych w zgodzie z obowiązującymi przepisami, będą także uznawane przez prawo obowiązujące w przyszłości²⁶. W procesie stanowienia jak i stosowania prawa nie można więc arbitralnie znosić praw (ani tzw. ekspektatyw praw maksymalnie ukształtowanych), które zostały uzyskane przez ich podmioty w sposób zgodny z obowiązującym prawem.

Przytoczone wymogi w sposób oczywisty nie są dochowane w proponowanej nowelizacji, która bez należytego uzasadnienia (zob. uwagi poniżej) może doprowadzić do arbitralnego pozbawienia osób fizycznych i prawnych praw nabytych na podstawie przepisów dotychczasowych (tj., uzyskanych na podstawie decyzji Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji [dalej: KRRiT] koncesji), a także usprawiedliwionych i racjonalnych oczekiwań uzyskania tych praw w przyszłości²⁷. Proponowana nowelizacja zatem, poprzez stworzenie legislacyjnej furtki do odebrania koncesji podmiotom, które słusznie uzyskały je na podstawie dotychczasowych przepisów, stanowi w tym zakresie rażące naruszenie zasady ochrony praw nabytych, poprzez którą konkretyzuje się zasada demokratycznego państwa prawnego. Rolę tego rodzaju furtki w nowelizacji pełni jej art. 2, zgodnie z którym osoby zagraniczne i spółki zależne, których dotyczą proponowane ograniczenia, będą miały zaledwie 6 miesięcy na dostosowanie do nich swojej struktury kapitałowej.

Oczywiście, ochrona praw nabytych nie ma charakteru absolutnego. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, „odstąpienie od ochrony praw nabytych jest dopuszczalne w szczególnych okolicznościach, gdy przemawia za tym inna zasada prawnokonstytucyjna.”²⁸. Tym niemniej, brak jest normy konstytucyjnej, która mogłaby zostać racjonalnie i w dobrej wierze powołana jako uzasadniająca proponowaną nowelizację. Jak wskazano wyżej, projektodawcy, w uzasadnieniu projektu ustawy, powołują bezpieczeństwo prawne, interes publiczny, równość praw i obowiązków dla spółek polskich i zagranicznych a także, jak każe przyjąć treść uzasadnienia, bezpieczeństwo państwa jako wartości mające uzasadniać

²⁵ Wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

²⁶ Wyrok TK z 7 lutego 2001 r., K 27/00.

²⁷ Zob. Wyrok TK z 4 stycznia 2000 r., K 18/99.

²⁸ Wyrok TK z 22 czerwca 1999 r., K 5/99.

konieczność proponowanych zmian. Pomijając nawet wcześniej zauważony prawdopodobnie pozorny charakter tego uzasadniania, żadna z powołanych przez projektodawców wartości nie może być jednak zasadnie powołana celem uzasadnienia regulacji o proponowanej treści.

Odwołanie się przez projektodawców do bezpieczeństwa prawnego uznać należy za chybione. Jak wskazano już powyżej, proponowana nowelizacja stoi w sprzeczności z zasadą pewności prawa, z której wynika obowiązek unikania przez ustawodawcę „zmian reguł w trakcie gry” oraz zagwarantowania obywatelom dozy pewności, że słusznie uzyskane przez nich prawa nie zostaną im arbitralnie odebrane w przyszłości. Proponowana nowelizacja w istocie prowadziłaby zaś do takiej, sprzecznej z art. 2 Konstytucji, niesłusznej zmiany reguł gry, a to poprzez arbitralne umożliwienie władzom publicznym odebrania podmiotom praw słusznie nabytych wcześniej. Prawa te zostały im zaś przyznane i potwierdzone przez KRRiT, która jest organem udzielającym koncesji.

W kwestii interesu publicznego, projektodawcy nie wskazali, w jaki sposób nowelizacja miałyby się przyczynić do jego urzeczywistnienia, ani nawet w czym, zdaniem projektodawców, ma się realizować interes publiczny w radiofonii i telewizji. Powołanie się na kategorię interesu publicznego w uzasadnieniu do projektu ustawy wydaje się więc jedynie czysto formalnym zabiegiem, po który sięgnięto próbując wywiązać się z obowiązku uzasadnienia projektu ustawy, jednak w żaden sposób nie podjęto próby określenia tego interesu.

Odnosząc się do równości, która została przywołana przez projektodawców jako wartość mająca, ich zdaniem, uzasadniać proponowane zmiany, należałoby raczej przyjąć, że nowelizacja, jeśli weszłaby w życie, stanowiłaby zróżnicowanie sytuacji podmiotów prawa (tj. podmiotów polskich i zagranicznych) i to po stronie projektodawców leży obowiązek wykazania, że zróżnicowanie to jest dopuszczalne w świetle konstytucyjnej zasady równości. Innymi słowy, od uzasadnienia projektu nowelizacji należałoby oczekiwać wskazania, czy zaproponowane zróżnicowanie można uznać za relewantne, proporcjonalne i pożądane w świetle innych niż zasada równości norm konstytucyjnych²⁹. Projektodawcy nie podjęli jednak próby uzasadnienia wpływu nowelizacji na zasadę równości. Powołali jedynie równość praw i obowiązków spółek polskich i zagranicznych jako wartość mającą uzasadniać uchwalenie ustawy, jednakże bez jakiegokolwiek objaśnienia, w jaki sposób regulacja miałyby się przyczynić do równości tej zagwarantowania.

Co się tyczy natomiast bezpieczeństwa państwa, jak już wskazano powyżej, ustawa o radiofonii i telewizji, w swym obecnym brzmieniu, zawiera już przepisy umożliwiające odmowę udzielenia koncesji, jeśli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby zagrozić bezpieczeństwu i obronności państwa, a także cofnięcie już udzielonej koncesji z tych samych powodów. Uzasadnianie proponowanych zmian względami bezpieczeństwa państwowego uznać więc należy za pozorne.

W świetle powyższego, uznać należy, że nie spełniona została przesłanka dopuszczalnego odstąpienia od zasady ochrony praw nabytych w postaci istnienia innej zasady konstytucyjnej

²⁹ Zob. zestaw kryteriów, pozwalających ocenić dopuszczalność dyferencjacji sytuacji prawnej podmiotów wypracowany przez Trybunał Konstytucyjny; np. wyrok TK z 3 września 1996 r., K 10/96.

uzasadniającej proponowane zmiany. Tym samym, nowelizacja ustawy o radiofonii i telewizji nie odpowiada regułom przyzwoitej legislacji, a zatem jest oczywiście sprzeczna z zasadą demokratycznego państwa prawnego wyrażoną przez art. 2 Konstytucji.

Zgodność ustawy z unijną zasadą swobody przepływu kapitału

Wbrew deklaracjom projektodawców oraz opinii Biura Analiz Sejmowych trudno zgodzić się z konstatacją, że przedmiotowa ustawa ma charakter ambiwalentny z punktu widzenia unijnej swobody przepływu kapitału, chronionej na gruncie art. 63 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) .

W swoim orzecznictwie, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wielokrotnie wskazywał na znaczenie pojęcia „przepływ kapitału”, który jest chroniony wspomnianą wyżej regulacją. Ochroną tą objęte są zarówno inwestycje „bezpośrednie”, umożliwiające zarządzanie danym przedsiębiorstwem lub sprawowanie nad nim kontroli, a także inwestycje „portfelowe”, związane wyłącznie z lokatą kapitału³⁰.

Należy przy tym zauważyć, że kwestia swobody przepływu kapitału na gruncie prawa UE nie ma charakteru bezwzględnie i sam Traktat dopuszcza jej ograniczenia pod pewnymi warunkami.

Jak wskazuje doktryna, TSUE niezwykle szeroko definiuje przy tym ograniczenia swobody przepływu kapitału³¹. Ograniczenia te obejmują zasadniczo wszelkie przeszkody w przepływie kapitału występujące zarówno pomiędzy państwami członkowskimi, jak również pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi³². W szczególności, pojęcie to obejmuje środki państwowe, które mają charakter dyskryminujący, ponieważ ustanawiają, bezpośrednio lub pośrednio, rozróżnienie w traktowaniu krajowych i transgranicznych przepływów kapitału, które nie odpowiada obiektywnej różnicy sytuacji³³.

Warto przy tym wskazać, że TSUE podkreśla, że każde ograniczenie przepływu kapitału musi mieć charakter uzasadniony przez okoliczności wskazane w art. 64-65 TFUE lub przez nadrzędne wymogi interesu publicznego³⁴.

Jak zauważono wyżej, na gruncie omawianej ustawy, proponowane rozwiązania uzasadnione są bardzo lakonicznie. Projektodawca wyjaśnia, że przyjęcie projektu ma służyć zapewnieniu „potencjalnym i aktualnym koncesjonariuszom bezpieczeństwa prawnego, a jednocześnie chronić interes publiczny w dziedzinie radiofonii i telewizji oraz zagwarantować równość praw i obowiązków dla spółek polskich oraz zagranicznych”. Trudno natomiast uznać, aby

³⁰ Wyrok TSUE (GC) z 22 października 2013 r. w sprawie Essent NV i inni, pkt 40, połączone sprawy od C-105/12 do C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677.

³¹ M. Mataczyński [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (art. 1-89)*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, art. 63.

³² Wyrok TSUE (GC) z 22 października 2013 r. w sprawie Essent NV i inni, pkt 40, połączone sprawy od C-105/12 do C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677.

³³ Wyrok TSUE (GC) z 18 czerwca 2020 r. w sprawie Komisja p. Węgrom, ECLI:EU:C:2020:476, pkt 53.

³⁴ M. Mataczyński [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (art. 1-89)*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, art. 63.

inne wskazane wartości uzasadniające ograniczenie swobody kapitału stanowiły dostateczny powód do ich wprowadzenia w świetle prawa unijnego.

Jak wyjaśniono we wcześniejszej części tej opinii, trudno uznać za wskazane z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego sytuacje, w których zmiany dotyczą już rozpoczętych procedur koncesyjnych, a podmiot starający się o koncesję zaskakiwany jest w trakcie postępowania koncesyjnego nowymi rozwiązaniami, zmuszającymi go do zmiany struktury właścicielskiej.

Co więcej, jak już wskazano, projektodawcy w ogóle nie próbują wykazać, w jaki sposób interpretują oni pojęcie „interesu publicznego w radiofonii i telewizji”. Biorąc pod uwagę przytoczoną wcześniej treść zasad ustrojowych wynikających z polskiej Konstytucji, w szczególności z gwarantowanej w art. 14 zasady wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, nie sposób uznać, że w zakresie tego interesu mieści się faktyczne podporządkowanie mediów prywatnych jednej opcji politycznej, a więc wyrażanego wprost przez jednego z projektodawców celu przyjmowania niniejszej regulacji³⁵. Podobnie na tę kwestię spojrzeć należy z punktu widzenia art. 11 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE³⁶.

Dodatkowo, projektodawcy, uzasadniając omawiane rozwiązanie, posiłkują się wskazaniem na tzw. działania hybrydowe państw trzecich. Można więc domniemywać, że wspomniany interes publiczny uzasadniany jest kwestią bezpieczeństwa państwa i w największym stopniu odnosi się do działań Federacji Rosyjskiej.

Kwestia ta, przy spełnieniu dalszych warunków, na gruncie prawa UE teoretycznie mogłaby stanowić uzasadnienie dla wprowadzanych regulacji³⁷. Tym niemniej, pojęcie bezpieczeństwa publicznego należy wyklądać ściśle³⁸. Wprowadzane ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału winny zaś mieć charakter zasadny i proporcjonalny w stosunku do celu, jaki uzasadniać ma ustanowione ograniczenie³⁹.

W tym miejscu warto powtórzyć, że omawiane ograniczenie będzie miało niezwykle szerokie zastosowanie, odnoszące się do inwestorów pochodzących ze wszystkich państw nienależących do EOG. W kręgu tym znajdują się więc również inwestorzy z państw sojusznicych (np. Stanów Zjednoczonych Ameryki) lub nastawionych względem Polski neutralnie lub wręcz przyjaźnie (np. Japonia czy Australia). W kontekście tych państw trudno uznać, aby materializowała się obawa wymieniona w uzasadnieniu projektu. Nie sposób więc przyjąć, że omawiane ograniczenie swobody przepływu kapitału ma charakter zasadny.

³⁵ Tw, *Marek Suski o efektach zmiany ustawy medialnej: będziemy mieli jakiś wpływ na to, co się dzieje w TVN, „Wirtualne media”*, 12 lipca 2021 r., <https://www.wirtualnemedial.pl/artykul/tvn-koncesja-nowelizacja-ustawy-o-radiofonii-marek-suski>.

³⁶ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).

³⁷ Wyrok TSUE (GC) z 18 czerwca 2020 r. w sprawie Komisja p. Węgrom, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, pkt 91.

³⁸ Wyrok TSUE (GC) z 18 czerwca 2020 r. w sprawie Komisja p. Węgrom, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, pkt 91.

³⁹ Wyrok TSUE (GC) z 18 czerwca 2020 r. w sprawie Komisja p. Węgrom, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, pkt 76.

W kontekście zasady proporcjonalności warto ponownie zwrócić uwagę, że projektodawcy w ogóle nie rozważają innych mechanizmów pozwalających na zagwarantowanie bezpieczeństwa publicznego w zakresie, którego dotyczy projekt nowelizacji. W szczególności należy jeszcze raz przypomnieć, że obecne rozwiązania ustawy o radiofonii i telewizji już teraz zezwalają KRRiT na odmówienie udzielenia koncesji, „jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować m.in. „zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa informacji niejawnych”. Projektodawcy nie wskazują, jak proponowana nowelizacja ma się do przywołanej, istniejącej już w ustawie o radiofonii i telewizji, regulacji.

Podsumowując tę część rozważań, należy podkreślić, że przedmiotowa ustawa budzi uzasadnione wątpliwości pod kątem jego zgodności z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą swobody przepływu kapitału. Proponowane ograniczenia mają charakter niezasadny i nieproporcjonalny w stosunku do deklarowanych celów regulacji. Jako takie stanowią niedozwoloną ingerencję w swobodę przepływu kapitału.