



KANCELARIA
SENATU

BIURO ANALIZ,
DOKUMENTACJI
I KORESPONDENCJI

Opinia nt. zgodności
z prawem UE
ustawy o zmianie
ustawy o radiofonii
i telewizji
(druk senacki nr 482)

Opinie
i ekspertyzy

OE-356

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 – Anna Stawicka

Opracowanie graficzno-techniczne
Centrum Informacyjne Senatu
Dział Wydawniczy

Kancelaria Senatu
sierpień 2021

**dr hab. Sylwia Majkowska-Szulc,
prof. Uniwersytetu Gdańskiego**

Opinia nt. zgodności z prawem UE ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr 482)

W dniu 11 sierpnia 2021 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji¹ (dalej „ustawa zmieniająca”), a 13 sierpnia 2021 r. ustawa została przekazana do Senatu. Niniejsza opinia została sporządzona na podstawie tekstu ustawy zmieniającej zawartego w druku senackim nr 482. Poddany ocenie problem prawny jest wieloaspektowy, dlatego prezentowana opinia nie ma charakteru kompleksowego. Analizie poddano przepisy art. 1 pkt 3) ustawy zmieniającej dotyczące warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych pod kątem zgodności tych przepisów z prawem Unii Europejskiej. Ocena tych przepisów odnosi się również do art. 1 pkt 4) ustawy zmieniającej, ponieważ dotyczy on zmian o tym samym charakterze i dostosowuje jedynie art. 40a ust. 5 ustawy o radiofonii i telewizji. Analizie poddano art. 2 i 3 ustawy zmieniającej zawierające przepisy przejściowe. Jednocześnie w opinii pominięto ocenę przepisów zawartych w art. 1 pkt 1) i 2) ustawy zmieniającej dotyczących odpowiednio składu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji oraz sposobu powoływania zarządu spółek tworzących radiofonie i telewizję publiczną.

W opinii uwzględniono prawo pierwotne Unii Europejskiej, w szczególności przepisy odnoszące się do swobodnego przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości oraz prawo wtórne, w tym przepisy dotyczące audiowizualnych usług medialnych. Jeśli zaś chodzi o skutki ewentualnej niezgodności ustawy zmieniającej z prawem UE, to należy je każdorazowo oceniać w świetle zasad ogólnych prawa UE, w tym zwłaszcza zasady prymatu prawa UE, zgodnie z którą organ stosujący prawo ma obowiązek zastosowania prawa UE i niestosowania niezgodnego z nim prawa krajowego. Oznacza to, że nawet je-

1 Ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389).

śli ustawa zmieniająca wejdzie w życie, to w konkretnym przypadku stwierdzenia jej niezgodności z prawem UE nie będzie mogła być stosowana.

1. Zakres i uzasadnienie zmian zawartych w ustawie z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji

Proponowane regulacje wprowadzają zmiany w wymaganiach stawianych podmiotom ubiegającym się o koncesję. Artykuł 1 pkt 3) lit a) ustawy zmieniającej wprowadza zmiany do art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji² nadając mu następujące brzmienie:

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

- 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%;

W porównaniu do aktualnego brzmienia tego przepisu dodano sformułowanie „bezpośredni i pośredni”. Art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii wskazuje szczególne wymagania, które muszą spełnić spółki z udziałem osób zagranicznych, by uzyskać koncesję. Należy zaznaczyć, że przewidziane w art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji ograniczenia w zakresie struktur kapitałowych spółek-koncesjonariuszy aktualnie nie dotyczą podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w EOG bez względu na to, czy są, czy też nie są zależne od osób zagranicznych mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie spoza EOG. Zmiana przewiduje zniesienie tego wyjątku, co następuje mocą art. 1 pkt 3) lit. b) ustawy zmieniającej, który reguluje na nowo warunki uzyskania koncesji przez osoby zagraniczne pochodzące z EOG. Przepis ten nadaje art. 35 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji następujące brzmienie:

„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,

2 Dz. U. z 2020 r. poz. 805.

od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie niebędącym państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.”

W porównaniu do aktualnego brzmienia proponowana zmiana wprowadza warunek braku zależności osoby zagranicznej pochodzącej z EOG od osoby zagranicznej pochodzącej spoza EOG, przy czym wspomniany brak „zależności” ma być oceniany w świetle kryteriów przewidzianych w polskiej ustawie Kodeks spółek handlowych.³ Aktualnie koncesja może być udzielona osobie zagranicznej lub spółce zależnej, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim EOG i to bez stosowania ograniczeń zawartych w art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji. W dotychczasowym brzmieniu wymóg siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego EOG był więc wystarczający do pozyskania koncesji w Polsce, a przepis opierał się na równoważności systemów prawnych państw członkowskich. Proponowana zmiana jest rewolucyjna, jeśli chodzi o ocenę zdolności spółek z EOG do uzyskania koncesji w Polsce. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ustawa o radiofonii i telewizji nie definiuje pojęcia osoby zagranicznej, wobec czego nie wiadomo, jakiej czy której definicji należy użyć. Jedną z możliwości jest wykorzystanie pojęcia osoby zagranicznej pojawiającego się w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁴, w której osoba zagraniczna oznacza: a) osobę fizyczną nieposiadającą obywatelstwa polskiego, b) osobę prawną z siedzibą za granicą, c) jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną posiadającą zdolność prawną, z siedzibą za granicą. Subsumpcja tej definicji może być problematyczna, bowiem jest to przepis przyjęty na potrzeby prawa prywatnego, w którym pojęcie siedziby czy zdolności prawnej może być definiowane w sposób szczególny. W każdym razie brak definicji legalnej osoby zagranicznej w ustawie o radiofonii i telewizji wprowadza sytuację niepewności prawnej i daje duże możliwości uznaniowości po stronie polskich organów stosowania prawa. Kontrowersyjne jest też odesłanie do polskiego Kodeksu spółek handlowych w kontekście spółek wielonarodowych. Można postawić pytanie, czy udziela się koncesji, jeśli osoba zagraniczna pochodząca z EOG jest

3 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037, ze zm.

4 Dz. U. z 2018 r. poz. 649.

zależna, w rozumieniu innym niż przewidziane w Kodeksie spółek handlowych, od osoby zagranicznej spoza EOG. Pytania te wynikają z niejasnego sformułowania proponowanego przepisu w kontekście europejskiego prawa spółek i swobody przedsiębiorczości.

Ponadto, art. 1 pkt 3 lit. c) ustawy zmieniającej przewiduje dodanie ustępu 4 do art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji, w związku z czym art. 35 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji otrzymałby brzmienie:

„4. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3, osoby zagraniczne, których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego i niebędące osobami zależnymi, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie niebędącym państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, są traktowane jak podmioty polskie. Zastosowanie przepisów ust. 1–3 nie może prowadzić do dyskryminacji podmiotów polskich w stosunku do osób zagranicznych.”

Przepis ten stanowi *novum*. Ustawodawca deklaruje w nim traktowanie podmiotów z EOG na równi z podmiotami polskimi, ale pod warunkiem, że na potrzeby uzyskania koncesji nie są zależne, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od podmiotów pochodzących spoza EOG. Równość ta przejawiać się ma w fakcie, że ten sam wymóg stawia się spółkom pochodzącym z Polski. Tymczasem warunkiem koniecznym równego traktowania jest porównywalność sytuacji prawnej podmiotów porównywanych, w tym przypadku „podmiotów polskich” i podmiotów z siedzibą EOG. Kluczowe jest na przykład pytanie, czy na potrzeby uzyskania koncesji w Polsce sytuacja polskiej spółki jest porównywalna do sytuacji 3420 spółek europejskich (*societas europea*) zarejestrowanych w UE⁵ lub tysięcy wielonarodowych spółek mających siedzibę w państwach UE. W jaki sposób przykładowa spółka europejska lub spółka wielonarodowa ma sprawić, by akcjonariusze spoza EOG pozbyli się swych akcji na rzecz podmiotów z siedzibą w EOG? Czy wymóg wyzbycia się akcji przez podmioty spoza EOG jest proporcjonalny do celu, któremu ma to służyć (rzekomo zapewnienie bezpieczeństwa państwa, czyli Rzeczypospolitej Polskiej)? W świetle powyższego, ustawa zmieniająca modyfikuje warunki przyznawania koncesji ze względu na strukturę kapitałową podmiotów, którym ma być udzielona koncesja, co skutkuje wpływem na dotychczasowe i przyszłe struktury kapitałowe

5 Baza spółek europejskich prowadzona przez European Trade Union Institute, uaktualniana codziennie, <http://ecdb.worker-participation.eu/> [dostęp 24.8.2021].

spółek zarejestrowanych w innych państwach EOG niż Polska. Z kolei wprowadzanie ograniczeń w fundamentalnych swobodach Unii Europejskiej, w tym w swobodnym przepływie kapitału i swobodzie przedsiębiorczości wymaga uzasadnienia, dlatego istotna jest właśnie treść uzasadnienia do ustawy zmieniającej.

Jak wskazano „Projekt ustawy ma na celu doprecyzowanie regulacji umożliwiających efektywne przeciwdziałanie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami rtv przez dowolne podmioty spoza UE, w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.”⁶ Z powyższego wynika, że polski ustawodawca zmierza do wykluczenia możliwości wpływu na sprawy spółek świadczących audiowizualne usługi medialne przez podmioty pochodzące spoza EOG, a regulację tę uzasadnia względami bezpieczeństwa państwa. Z kolei podmiotem odpowiedzialnym za skuteczne przeciwdziałanie wpływowi na sprawy spółki-koncesjonariusza czyni organ koncesyjny, którym jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. Na uwagę zasługuje fakt, że pomimo iż w grę wchodzi rzekomo istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, to Prokurator Generalny uznał, iż ustawa zmieniająca leży poza zakresem zadań i kompetencji Prokuratora Generalnego, wobec czego postanowił nie przedstawiać uwag w sprawie projektu ustawy, co wyraził w swej opinii z 20.07.2021.⁷ Należy zwrócić uwagę, że obecnie istnieje przepis ustawy o radiofonii i telewizji, który wprost przewiduje, że koncesji nie udziela się, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować zagrożenie bezpieczeństwa państwa.⁸ Przepis ten dotyczy wszystkich wnioskodawców bez względu na strukturę własnościową, więc ma możliwie najszerszy zakres.

Na uwagę zasługuje również fakt, że państwa członkowskie UE i Komisja mają obowiązek współpracy i wymiany informacji na temat inwestycji z państw trzecich, które mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny w UE, w tym w Polsce. Rozporządzenie ustanawiające unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji

6 Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (Druk sejmowy nr 1389) udostępnione na stronie Sejmu RP <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1389> [dostęp 18.08.2021].

7 Opinia Prokuratora Generalnego do druku sejmowego nr 1389. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?documentId=D9BAEC0EDB4CBE93C125871F00436F0D> [dostęp 18.08.2021].

8 Art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34, Tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 805.

zagranicznych⁹ weszło w życie 10 kwietnia 2019 r., a przewidziany w nim mechanizm współpracy ma zastosowanie od 11 października 2020 r. Rozporządzenie uzupełnia ogólne ramy polityki inwestycyjnej UE poprzez zapewnienie, że otwartość UE na bezpośrednie inwestycje zagraniczne jest zrównoważona przez odpowiednie kontrole potencjalnych zagrożeń. W świetle powyższego przewidziane w ustawie zmieniającej ograniczenia inwestycyjne w zakresie uzyskania w Polsce koncesji na usługi medialne nie stanowią ani odpowiedniego, ani skutecznego środka ochrony bezpieczeństwa państwa, a tym bardziej nie mogą skuteczniej wypełniać tego celu niż działające wspólnie właściwe organy państw członkowskich i Komisja Europejska. Oznacza to, że projektowane zmiany nie mogą być uzasadnione względami bezpieczeństwa państwa. Tym samym rzeczywiste powody projektowanych zmian nie zostały przedstawione przez ustawodawcę, a projekt jest *de facto* pozbawiony uzasadnienia.

Z dalszej części uzasadnienia do ustawy zmieniającej wynika, że polski ustawodawca ma na celu zapobieżenie dyskryminacyjnemu traktowaniu polskich koncesjonariuszy w stosunku do koncesjonariuszy z innych państw EOG w zakresie nakładanych ograniczeń inwestycyjnych. W uzasadnieniu znajduje się nawet wyjaśnienie, że „w proponowanej zmianie w art. 35 ust. 2 przede wszystkim wyrażono wprost, że wskazane w nim ograniczenia mają zastosowanie również do (polskich) spółek z pośrednim kapitałowym udziałem osób zagranicznych, czyli do (polskich) spółek, w których uczestniczy inna spółka polska mająca w charakterze swoich udziałowców lub akcjonariuszy osoby zagraniczne.” Wspomniane zapobieganie dyskryminacyjnemu traktowaniu polskich koncesjonariuszy ma więc wynikać z tego, że skoro wymóg braku zależności od podmiotów z państw trzecich stawia się podmiotom z Polski, to ten sam wymóg należy postawić podmiotom z EOG. Jak już wspomniano rozwiązanie to tylko z pozoru przewiduje równe traktowanie podmiotów z Polski z podmiotami z EOG. Należy przypomnieć, że dyskryminacja ma miejsce zarówno w przypadku stosowania różnych reguł w porównywalnych sytuacjach, jak i w przypadku stosowania tej samej reguły w odmiennych sytuacjach.¹⁰

9 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii, PE/72/2018/REV/1, Dz.U. L 79I z 21.3.2019, str. 1–14.

10 Na przykład wyroki: z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawie C-279/93 Schumacker, Rec. s. I-225, pkt 30; z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie C-374/04 Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Zb.Orz. s. I-11673, pkt 46; z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-459/07 Elshani, Zb.Orz. s. I-2759, pkt 36.

Łącząc w całość uzasadnienie projektowanych zmian można stwierdzić, że polski ustawodawca najpierw wprowadza ograniczenia działalności gospodarczej „polskich” spółek z udziałem osób zagranicznych uzasadniając je względami bezpieczeństwa państwa, by w konsekwencji na zasadzie równego traktowania wprowadzić te same ograniczenia w stosunku do podmiotów pochodzących z państw członkowskich EOG nadal uzasadniając te ograniczenia względami bezpieczeństwa państwa. Należy przy tym zaznaczyć, że wspomniane względy bezpieczeństwa państwa pojawiają się jedynie w uzasadnieniu do ustawy zmieniającej, a nie w samej ustawie. Jeśli polski ustawodawca zmierzałby do zapewnienia równego traktowania polskich podmiotów i podmiotów z EOG, to zniosłby ograniczenia inwestycyjne obowiązujące aktualnie w ustawie o radiofonii i telewizji, zamiast wprowadzać dodatkowe w stosunku do spółek z EOG narażając się na naruszenie prawa UE i pogorszenie stosunków gospodarczych z państwami trzecimi. Rozwiązanie to byłoby tym bardziej zasadne, że w świetle nowych technologii konieczne jest wdrożenie nowych sposobów przeciwdziałania zagrożeniom, a odmowa udzielenia koncesji już nie spełnia zadania, które spełniało kilkanaście lat temu. Konkludując, w świetle aktualnego stanu wiedzy niewiarygodne jest uzasadnienie zmian przewidzianych w ustawie zmieniającej względami równego traktowania podmiotów z Polski i z innych państw EOG.

2. Zakres koordynacji audiowizualnych usług medialnych w UE

Na wstępie należy zaznaczyć, że audiowizualne usługi medialne są koordynowane na szczeblu Unii Europejskiej mocą Dyrektywy 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 (tzw. dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych).¹¹ Przepisy te zostały przyjęte w celu uniknięcia zakłóceń konkurencji, zwiększenia pewności prawnej, wsparcia dokończenia budowy rynku wewnętrznego oraz uproszczenia tworzenia jednolitej przestrzeni informacyjnej.¹² Przyjmowane regulacje krajowe

11 Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L 95 z 15.4.2010, str. 1–24.

12 Motyw 11 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

powinny być zgodne z tym celem, podczas gdy ustawa zmieniająca zdaje się iść dokładnie w przeciwnym kierunku.

Z jednej strony ww. dyrektywa nie wpływa na odpowiedzialność państw członkowskich i ich organów w zakresie czynności organizacyjnych, w tym systemu koncesjonowania.¹³ Jest więc oczywistym, że za działania polskich organów nie odpowiadają organy Unii Europejskiej tylko Rzeczypospolita Polska. Z drugiej zaś strony, państwa członkowskie zadeklarowały, że żaden przepis ww. dyrektywy nie powinien zobowiązywać ani zachęcać państw członkowskich do wprowadzania nowych systemów koncesjonowania lub zatwierdzania administracyjnego jakiegokolwiek rodzaju audiowizualnych usług medialnych.¹⁴ Oznacza to, że nowe systemy koncesyjne nie powinny być przyjmowane przez państwa członkowskie, a zakres istniejących systemów koncesyjnych nie powinien być rozszerzany. Powyższe wynika z ustalonego wspólnie przez państwa członkowskie celu, jakim jest przejście od rynków krajowych do wspólnego rynku produkcji i dystrybucji programów przy jednoczesnym zagwarantowaniu warunków uczciwej konkurencji bez uszczerbku dla funkcji użyteczności publicznej pełnionej przez audiowizualne usługi medialne.¹⁵ Polityka regulacyjna w sektorze audiowizualnych usług medialnych powinna zabezpieczać określone interesy publiczne, takie jak różnorodność kulturowa, prawo do informacji, pluralizm mediów, ochronę małoletnich i konsumentów oraz zwiększanie świadomości społecznej i umiejętności korzystania z mediów.¹⁶ Należy umożliwić przedsiębiorstwom rozwój w warunkach regulowanych jedynie w niezbędnym stopniu.¹⁷ W świetle powyższego ustawa zmieniająca poprzez wprowadzenie nowych ograniczeń inwestycyjnych w stosunku do nadawców ubiegających się o koncesję w Polsce rozszerza polski system koncesji medialnych wbrew treści i celom ww. dyrektywy. W kontekście systemu regulacyjnego proponowane zmiany pozostają w sprzeczności między innymi z prawem do informacji i pluralizmem mediów, a jednocześnie w żaden sposób nie wpływają na zwiększenie ochrony małoletnich czy konsumentów.

13 Motyw 19 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

14 Motyw 20 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

15 Motyw 2 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

16 Motyw 12 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

17 Motyw 14 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Ponadto, ocena ustawy zmieniającej wymaga uwzględnienia zmiany warunków prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze audiowizualnych usług medialnych spowodowanej rozwojem technologii. Państwa członkowskie zgodziły się, że wobec pojawienia się nowych technologii transmitowania audiowizualnych usług medialnych ramy regulacyjne, dotyczące wykonywania działalności, transmisyjnej powinny uwzględniać wpływ zmian strukturalnych, rozpowszechnienia technologii informacyjno-komunikacyjnych („TIK”) i rozwoju technologicznego na sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, a w szczególności na finansowanie transmisji komercyjnych, oraz powinny zapewniać optymalne warunki konkurencyjności i pewność prawną w europejskich sektorach technologii informacyjnych i mediów, a także zapewniać poszanowanie różnorodności kulturowej i językowej.¹⁸ Powyższe wynika z faktu, że rozwój technologii spowodował zniknięcie pewnych istotnych powodów, dla których audiowizualne usługi medialne były objęte systemem koncesjonowania. Z założenia uzyskania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej wymaga się wyłącznie w dziedzinach mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny.¹⁹ Do takich dziedzin z pewnością nadal należy działalność w sektorze audiowizualnych usług medialnych, ale jej kontrolowanie poprzez przyznanie lub odmowę przyznania koncesji nie jest już możliwe, ponieważ odmowa udzielenia koncesji przez polskie organy nie skutkuje brakiem dostępu z terytorium Polski do usług świadczonych przez danego nadawcę. W tym znaczeniu ustawa zmieniająca jest bezcelowa. Pierwotnie, na etapie przyjmowania polskiej ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji²⁰, koncesjonowanie działalności medialnej spełniało wspomniane cele, ponieważ działalność nadawcza ograniczała się co do zasady do terytorium geograficznego danego państwa, które mogło skuteczniej kontrolować działalność nadawcy. Aktualnie rozpowszechnianie telewizyjne obejmuje oprócz telewizji analogowej i cyfrowej, także transmisję strumieniową na żywo (*live streaming*), nadawanie w Internecie (*webcasting*) czy sekwencyjne udostępnianie audycji (*near-video-on-demand*). Tym samym system koncesyjny na etapie przyznawania koncesji nie jest ani proporcjonalnym, ani skutecznym środkiem osiągnięcia celu w postaci bezpieczeństwa państwa

18 Motywy 4-5 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

19 Art. 37 ust. 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców, Dz. U. z 2018 r. poz. 646, t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162.

20 Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34.

lub jego obywateli, a na ten cel powołuje się polski ustawodawca w uzasadnieniu do ustawy zmieniającej. W konsekwencji ustawa zmieniająca nie wypełnia celu, który założył projektodawca.

Proponowane zmiany powinny być też ocenione w świetle podstawowych zasad ustanowionych w ww. dyrektywie, w tym w świetle zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru. Państwa członkowskie wspólnie zadeklarowały, że pluralizm informacji powinien być podstawową zasadą Unii²¹, a instrumenty przyjmowane przez państwa członkowskie powinny przyczyniać się do upowszechniania pluralizmu mediów.²² Bez wątplenia proponowane w ustawie zmieniającej ograniczenia w udzielaniu koncesji ze względu na strukturę własnościową nadawcy ogranicza pluralizm informacji zamiast go upowszechniać, jednocześnie polski ustawodawca nie uzasadnił proponowanych zmian żadnym z dopuszczalnych ograniczeń zasady pluralizmu mediów. Tymczasem żaden wyjątek nie może być przedmiotem arbitralnych naruszeń przez państwo członkowskie.

Kolejną, a zarazem jedną z najważniejszych zasad, jest swoboda odbioru. Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia na swoim terytorium swobody odbioru, przy jednoczesnym nieograniczeniu retransmisji audiowizualnych usług medialnych z innych państw członkowskich.²³ Dotyczy to podmiotów, które prowadzą działalność nadawczą w jednym państwie członkowskim w oparciu o koncesję przyznaną w innym państwie członkowskim.²⁴ Jeśli wśród motywów, którymi kierował się polski ustawodawca przyjmując ustawę zmieniającą, były względy bezpieczeństwa publicznego, to ustawa staje się bezcelowa w sytuacji przejścia na koncesję udzieloną w innym państwie członkowskim. Hipotetycznie, jeśli polskie władze zidentyfikują zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa ze strony nadawcy podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego, a w konsekwencji podejmą decyzję o ograniczeniu swobody odbioru, to będą zobowiązane zastosować procedurę z ww. dyrektywy i uzyskać *de facto* zgodę Komisji Europejskiej.

21 Motyw 34 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

22 Motyw 94 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

23 Art. 3 ust. 1 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

24 Może to być przypadek TVN24 nadającego w Polsce w oparciu o koncesję uzyskaną w Niderlandach. Oświadczenie Zarządu TVN z 16 sierpnia 2021 ws. koncesji TVN24, <https://tvn24.pl/polska/koncesja-dla-tvn24-oswiadczenie-zarzadu-tvn-sa-w-sprawie-koncesji-5192692> [dostęp 17.08.2021].

Dodatkowo, zgodnie z dyrektywą, niezbędna jest ścisła współpraca pomiędzy właściwymi organami regulacyjnymi państw członkowskich a Komisją w celu zapewnienia prawidłowego stosowania ww. dyrektywy. Równie ważna jest ścisła współpraca pomiędzy państwami członkowskimi oraz pomiędzy ich organami regulacyjnymi szczególnie z uwagi na wpływ, jaki nadawcy mający siedzibę w jednym państwie członkowskim mogą mieć na inne państwo członkowskie. W przypadku gdy prawo krajowe przewiduje udzielanie koncesji i jeżeli sprawa dotyczy więcej niż jednego państwa członkowskiego, wskazane jest, by przed przyznaniem takiej koncesji właściwe organy nawiązały kontakt. Współpraca ta powinna obejmować wszystkie dziedziny, które podlegają koordynacji na mocy ww. dyrektywy.²⁵ Oznacza to, że dyrektywa przewiduje środki umożliwiające zapobieganie negatywnym wpływom, jakie nadawcy mający siedzibę w jednym państwie członkowskim mogą mieć na inne państwo członkowskie. Jeśli polski ustawodawca wstrzymując wydanie koncesji miał na celu ochronę odbiorców, to okazało się to bezskuteczne w związku z możliwością kontynuowania nadawania na podstawie koncesji uzyskanej w innym państwie członkowskim.

Dyrektywa określa dopuszczalne ograniczenia zasady swobody odbioru, a procedura ich wprowadzania przewiduje obowiązkowy dialog z Komisją Europejską. Państwo członkowskie może tymczasowo ograniczyć swobodę odbioru, jeżeli audiowizualna usługa medialna świadczona przez dostawcę usług medialnych podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego stanowi jawne, poważne i groźne naruszenie art. 6 ust. 1 lit. a) (tj. nawoływanie do przemocy lub nienawiści wobec grupy osób lub członka grupy ze względów, o których mowa w art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej) lub art. 6a ust. 1 (tj. ochrona małoletnich) lub szkodzi zdrowiu publicznemu lub stwarza poważne i groźne ryzyko takiej szkody.²⁶ Podobnie dopuszczalne jest ograniczenie swobody odbioru, jeżeli audiowizualna usługa medialna świadczona przez dostawcę usług medialnych podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego stanowi jawne, poważne i groźne naruszenie art. 6 ust. 1 lit. b) lub przynosi uszczerbek bezpieczeństwu publicznemu, w tym bezpieczeństwu narodowemu i obronie narodowej, lub stwarza poważne i groźne ryzyko takiego uszczerbku.²⁷

25 Motyw 95 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

26 Art. 3 ust. 2 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

27 Art. 3 ust. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

We wszystkich ww. sytuacjach to Komisja Europejska ostatecznie postanawia, w terminie dwóch miesięcy od zawiadomienia o środkach podjętych przez państwo członkowskie, o zgodności podjętych środków z prawem unijnym. W przypadku decyzji negatywnej państwo członkowskie zostaje zobowiązane do pilnego odstąpienia od środków, których to dotyczy.²⁸ W konsekwencji, ww. dyrektywa stwarza środki ochrony odbiorców przed nadawcami naruszającymi prawo, ale ograniczenie swobody odbioru nie może pozostawać w dyskrejonalnej ocenie władz państwowych, stąd wspomniana rola Komisji Europejskiej. W świetle procedury ustanowionej w ww. dyrektywie ograniczenia odbioru celem ochrony odbiorców nie wydają się możliwe w stosunku do największych dostawców usług audiowizualnych działających w Polsce, ale w razie złamania wspomnianych przepisów ww. dyrektywy z pewnością Komisja Europejska wesprze polskie władze w walce z rzeczywistym zagrożeniem. Odbiorcy w Polsce mogą czuć się bezpiecznie wiedząc, że na straży przestrzegania prawa przez dostawców usług audiowizualnych stoją nie tylko polskie władze, ale także Komisja Europejska. Przedstawiona procedura daje też możliwość przeciwdziałania zagrożeniom wspólnie przez wszystkie państwa członkowskie, co w dobie cyfryzacji jest bardzo ważne.

3. Rozgraniczenie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału²⁹

Ustawa zmieniająca rozszerza dotychczasowe ograniczenia w udzielaniu koncesji podmiotom zależnym od osób zagranicznych mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza EOG, dlatego istotne jest dokładne przeanalizowanie proponowanych zmian w świetle unijnej swobody przepływu kapitału oraz swobody przedsiębiorczości. Z kolei rozgraniczenie między zakresem zastosowania przepisów o swobodzie przedsiębiorczości i o swobodnym przepływie kapitału jest kluczowe między innymi z punktu widzenia zastosowania odpowiednich przepisów w stosunku

28 Art. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

29 Niektóre z zawartych w opinii rozważań na temat ograniczeń w swobodnym przepływie kapitału są opublikowane w języku angielskim: S. Majkowska-Szulc, *Restrictions and admissible exceptions to the free movement of capital in the European Union in Court of Justice case law* [in:] M. Mataczyński (ed.), *The Takeover of Public Companies as a Mode of Exercising EU Treaty Freedoms*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main (Germany) 2017, p. 29-50. (w ramach grantu NCN 2013/09/B/HS5/00068 nt. "Przejęcie spółki publicznej jako forma korzystania ze swobód traktatowych").

do obrotu prawnego z państwami trzecimi, w tym w kontekście proponowanego braku zależności od osób zagranicznych spoza EOG.

Zakres przedmiotowy swobody przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Zakres podmiotowy swobody przedsiębiorczości wynika z przepisu, zgodnie z którym zakazane są ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego.³⁰ Ponadto, Załącznik II do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) wymienia kraje i terytoria zamorskie objęte postanowieniami Części IV TFUE „Stowarzyszenie krajów i terytoriów zamorskich”, a art. 199 pkt 5) TFUE przyznaje podmiotom pochodzącym z krajów i terytoriów zamorskich prawo korzystania z unijnej swobody przedsiębiorczości. W kontekście ustawy zmieniającej, osoby zagraniczne, które posiadają siedzibę lub miejsce zamieszkania w jednym z krajów i terytoriów zamorskich, nie posiadają siedziby na terytorium EOG, ale korzystają z unijnej swobody przedsiębiorczości na równi z obywatelami UE i spółkami mającymi siedzibę na terytorium EOG. Polski ustawodawca posługując się kryterium siedziby lub miejsca zamieszkania poza EOG zapomniał o krajach i terytoriach zamorskich, które na podstawie przepisów szczególnych korzystają nie tylko ze swobodnego przepływu kapitału, ale także ze swobody przedsiębiorczości. W konsekwencji ustawa zmieniająca pozostaje w sprzeczności z Częścią IV TFUE, w szczególności z art. 199 pkt 5) TFUE, zgodnie z którym: „W stosunkach między Państwami Członkowskimi oraz krajami i terytoriami prawo przedsiębiorczości obywateli i spółek jest regulowane zgodnie z postanowieniami i przy zastosowaniu procedur przewidzianych w rozdziale dotyczącym prawa przedsiębiorczości oraz na niedyskryminacyjnych podstawach, z zastrzeżeniem przepisów szczególnych przyjętych na podstawie art. 203.”

Dodatkowo swoboda przedsiębiorczości może przysługiwać osobom zagranicznym pochodzącym z państw trzecich na podstawie zobowiązań umownych zawartych między Unią Europejską a określonym państwem trzecim, czego również nie uwzględniono w ustawie zmieniającej. Na przykład, art. 41 ust. 1 protokołu dodatkowego do układu stowarzyszeniowego EWG-Turcja³¹ przewiduje, że umawiające się strony

30 Art. 49 TFUE.

31 Dz.U. UE. L.1972.293.4. Ponadto, Decyzja Rady 2005/672/WE z dnia 13 czerwca 2005 r. w sprawie podpisania Protokołu dodatkowego do Układu ustanawiającego

nie będą wprowadzać żadnych nowych ograniczeń w zakresie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Przepis ten wywołuje skutek bezpośredni, czyli spółki mające siedzibę w Turcji mogą się na niego powołać przed sądem polskim w sytuacji, gdy prawo polskie ogranicza korzystanie w Polsce ze swobody przedsiębiorczości przez spółki z siedzibą w Turcji. Wspomniany przepis ustanawia w sposób jasny, precyzyjny i bezwarunkowy jednoznaczłą klauzulę *standstill*, zawierającą nałożony na siebie przez umawiające się strony obowiązek, który pod względem prawnym sprowadza się do powstrzymania się od działań. W konsekwencji przed sądami państw członkowskich można powoływać się na prawa przyznane przez to postanowienie obywatelom i spółkom tureckim, w stosunku do których znajduje ono zastosowanie. W świetle ustawy zmieniającej osoby zagraniczne mające siedzibę w EOG mogą więc być zależne, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osób zagranicznych mających siedzibę w Turcji, ponieważ Turcja jest państwem spoza EOG, którego jednakże nie dotyczy ograniczenia w swobodzie przedsiębiorczości. Tymczasem dopuszczenie możliwości zależności od spółek z Turcji przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości zależności od spółek ze Stanów Zjednoczonych nie znajduje racjonalnego uzasadnienia w kontekście działalności w sektorze audiowizualnych usług medialnych.

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy swobodnego przepływu kapitału, to nie został on określony w przepisach traktatowych, ale zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości załącznik I do dyrektywy 88/361³² zawiera nomenklaturę przepływów kapitału mającą walor interpretacyjny wskazując w sposób niewyczerpujący listę transakcji, które mogą stanowić przepływ kapitału.³³ Do transakcji tych należą między innymi inwestycje bezpośrednie, czyli „wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa handlowe, przemysłowe bądź finansowe i które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej”.³⁴ Zakres

Stowarzyszenie między Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Turcją w następstwie rozszerzenia Unii Europejskiej, Dz.U. L 254 z 30.9.2005, str. 57–57.

32 Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz.U. L 178 z 8.7.1988, str. 5–18.

33 Na przykład: Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie C-560/13 Finanzamt Ulm przeciwko Ingeborg Wagner-Raith, ECLI:EU:C:2015:347.

34 Definicje pojęć z Dyrektywy Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz.U. L 178 z 8.7.1988, str. 5–18.

podmiotowy swobodnego przepływu kapitału regulują natomiast postanowienia traktatowe, w myśl których zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi.³⁵

Różnica w zakresie podmiotowym jest łatwiejsza do ustalenia, ponieważ polega na tym, że prawo przedsiębiorczości przysługuje wyłącznie podmiotom pochodzącym z państw członkowskich, podczas gdy swobodny przepływ kapitału obejmuje oprócz wymiany między państwami członkowskimi także przepływ kapitału między państwami członkowskimi a państwami trzecimi (spoza EOG). Jeśli chodzi natomiast o zakres przedmiotowy, to nawet jeśli swoboda przedsiębiorczości i swobodny przepływ kapitału są z założenia kierowane do innych transakcji transgranicznych, to i tak w znacznym stopniu obejmują ten sam zakres transakcji. Trudna do wyobrażenia jest sytuacja, w której przedsiębiorca podejmuje i wykonuje działalność prowadzoną na własny rachunek w innym państwie bez dokonywania transgranicznego przepływu kapitału, chociażby poprzez dystrybucję kapitału, zakup biur, fabryk czy innej własności, jak również bez pożyczania kapitału przez spółkę-matkę nowo powstałej spółce-córce.³⁶ Tym samym swoboda przedsiębiorczości i swobodny przepływ kapitału w znacznym stopniu obejmują ten sam zakres transakcji, przy czym jeśli podmiotowi przysługuje prawo korzystania ze swobody przedsiębiorczości, to automatycznie korzysta on z prawa do swobodnego przepływu kapitału. Jeśli natomiast danemu podmiotowi nie przysługuje prawo korzystania ze swobody przedsiębiorczości, to musi się on zadowolić prawem do swobodnego przepływu kapitału. Z punktu widzenia omawianego tematu kluczowe są ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału, ponieważ pozwalają na ocenę zgodności ustawy zmieniającej z prawem UE w zakresie ograniczeń w strukturach kapitałowych koncesjonariuszy.

Zasada swobodnego przepływu kapitału oznacza, że wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału i płatnościach między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi są zakazane. Zasada ta jest bezpośrednio skuteczna, to znaczy jednostki, w tym dostawcy audiowizualnych usług medialnych, mogą się na tę zasadę powoływać bezpośrednio przed sądami krajowymi, a do jej skuteczności nie ma potrzeby przyjmowania dodatkowych przepisów ani na szczeblu UE ani na szczeblu państw członkowskich. Obowiązek

35 Art. 63 ust. 1 TFUE.

36 M. Dahlberg, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and Free Movement of Capital*, Wolters Kluwer International, The Hague 2005, p. 335.

zniesienia ograniczenia w zakresie przepływów kapitału, dokonywanych między osobami zamieszkałymi lub mającymi siedzibę w państwach członkowskich został nałożony na państwa członkowskie mocą art. 1 dyrektywy 88/361 w sprawie wykonania art. 67 Traktatu.³⁷ Dyrektywa ta weszła w życie 7 lipca 1988 r., a jej data transpozycji upłynęła 1 lipca 1990 r. Dokonano w ten sposób pełnej liberalizacji przepływu kapitału, a Trybunał Sprawiedliwości uznał bezpośrednią skuteczność wspomnianego art. 1 ww. dyrektywy.³⁸ Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że do środków stanowiących ograniczenia w przepływie kapitału zaliczają się te, które mogą zniechęcić osoby niebędące rezydentami do dokonania inwestycji w danym państwie członkowskim, lub które mogą zniechęcić rezydentów tego państwa członkowskiego do dokonywania inwestycji w innych państwach.³⁹ Środki takie zostaną uznane za sprzeczne z ogólną zasadą swobodnego przepływu kapitału określoną w art. 63 TFUE. W tym znaczeniu ustawę zmieniającą należy zaliczyć do środków stanowiących ograniczenia w przepływie kapitału, ponieważ z pewnością ustawa ta może zniechęcić osoby niebędące polskimi rezydentami do dokonania inwestycji w Polsce i to bez względu na to, czy inwestorem jest podmiot z EOG czy spoza EOG.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przewiduje pewne dopuszczalne ograniczenia przepływu kapitału i to między innymi w ich świetle powinna być oceniana zgodność ustawy zmieniającej. Przede wszystkim tytułem odstępstwa od zakazu ograniczeń w przepływie kapitału i płatnościach państwa członkowskie mają prawo do stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsca zamieszkania lub inwestowania kapitału. Wyjątek ten nie znajduje zastosowania w komentowanej sprawie, ponieważ nie dotyczy ona odmiennego traktowania podatników.

37 Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz.U. L 178 z 8.7.1988, str. 5–18.

38 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 lutego 1995 w sprawach połączonych C-358/93 and C-416/93 Criminal proceedings against Aldo Bordessa, Vicente Marí Mellado and Concepción Barbero Maestre, pkt 32-35, European Court Reports 1995 I-00361. Ponadto: wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-364/01 The heirs of H. Barbier v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, pkt 57, European Court Reports 2003 I-15013; wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-157/10 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA v Administración General del Estado, pkt 24, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:813.

39 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-370/05 Postępowanie karne przeciwko Uwe Kay Festersen, pkt 24, ECLI:EU:C:2007:59.

Ponadto, państwa członkowskie mają prawo do podejmowania wszelkich środków niezbędnych do zapobiegania naruszeniom ich ustaw i aktów wykonawczych, zwłaszcza w sferze podatkowej i w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi lub ustanowienia procedur deklarowania przepływu kapitału do celów informacji administracyjnej, bądź statystycznej lub podejmowania środków uzasadnionych powodami związanymi z porządkiem publicznym lub bezpieczeństwem publicznym.⁴⁰ Jednocześnie środki i procedury przyjmowane przez państwa członkowskie w ramach wspomnianych odstępstw nie powinny stanowić arbitralnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału i płatności.⁴¹ Oznacza to, że przedstawione wyjątki, jako stanowiące odstępstwo od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału, muszą być przedmiotem ścisłej wykładni⁴², czyli należy je interpretować zawężająco.⁴³ W świetle powyższego przewidziane w ustawie zmieniającej ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału nie zostały prawidłowo uzasadnione, pomimo iż polski ustawodawca powołuje się w uzasadnieniu na względy bezpieczeństwa państwa. Kluczowa jest analiza ograniczeń i dopuszczalnych wyjątków w swobodnym przepływie kapitału w Unii Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem możliwych odstępstw przewidzianych wprost w Traktacie.

Z kolei, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, zakresem przedmiotowym postanowień Traktatu dotyczących swobody działalności gospodarczej objęte są przepisy krajowe, które znajdują zastosowanie, gdy obywatel danego państwa członkowskiego posiada udział w kapitale spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim pozwalający mu wywierać rzeczywisty wpływ na decyzje tej spółki i określać jej działalność. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości przepisy, które dotyczą wyłącznie relacji w ramach grupy spółek, wpływają w decydujący sposób na swobodę działalności gospodarczej i powinny być badane w świetle art. 49 TFUE (swoboda przedsiębiorczości). Jeśli natomiast przepisy te wywierają skutki ograniczające

40 Art. 65 ust. 1 lit. a) i b) TFUE.

41 Art. 65 ust. 3 TFUE.

42 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawach połączonych C-436/08 i C-437/08 Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08) i Österreichische Salinen AG (C-437/08) przeciwko Finanzamt Linz, pkt 56, ECLI:EU:C:2011:61.

43 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-190/12 Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, pkt 55.

swobodne świadczenie usług i swobodny przepływ kapitału, to skutki te są nieuniknioną konsekwencją ewentualnego ograniczenia swobody działalności gospodarczej i nie usprawiedliwiają odrębnej analizy tychże przepisów w świetle art. 56 TFUE (swobodny przepływ usług) i art. 63 TFUE (swobodny przepływ kapitału).⁴⁴ Pomimo przedstawionego utrwalonego orzecznictwa do Trybunału Sprawiedliwości nadal wpływają sprawy, których przedmiotem jest rozróżnienie tych dwóch swobód w kontekście konkretnych uregulowań krajowych. Wiąże się to między innymi z trudnościami w definiowaniu pojęcia „rzeczywistego wpływu na decyzje spółki” lub „określania jej działalności”. Kryteria te stanowią bowiem czynniki decydujące o rozgraniczeniu omawianych dwóch swobód.

W braku definicji legalnych wyjaśnienia pojęcia „rzeczywistego wpływu na decyzje spółki” lub „określania jej działalności” można poszukiwać przede wszystkim w prawie spółek, a to jest częściowo objęte harmonizacją, natomiast w pozostałym zakresie dopuszczalne są odmienne regulacje w poszczególnych państwach członkowskich. Mianem europejskiego prawa spółek określa się wspólny zbiór zasad, które gwarantują równoważną ochronę w całej UE akcjonariuszom i wspólnikom, wierzycielom oraz innym zainteresowanym stronom, których dotyczą działania spółek. Komisja Europejska podkreśla, że należy szanować różnice tradycji prawnych państw członkowskich i różnorodność struktur przedsiębiorstwa, niemniej harmonizacja podstawowych zasad ułatwia przedsiębiorstwom oferowanie usług i produktów wszystkim konsumentom w Unii.⁴⁵ Bez względu na stopień harmonizacji, prawo spółek poszczególnych państw członkowskich musi być zgodne z prawem Unii, a w tym kontekście jest ono najczęściej badane właśnie w świetle swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału. Swoboda przedsiębiorczości była też regularnie wykorzystywana przez Komisję do oceny zgodności z prawem UE krajowych zasad relokacji lub reorganizacji przedsiębiorstw w państwach członkowskich. Jednakże przedstawiciele doktryny zauważają, że ocena przepisów prawa spółek w świetle swobodnego przepływu kapitału daje potencjalnie o wiele większe możliwości ze względu na to, że nie ogranicza się do inwestycji gwarantujących kontrolę. Teoretycznie swobodny przepływ kapitału mógłby więc ob-

44 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* przeciwko Commissioners of Inland Revenue, pkt 27, ECLI:EU:C:2007:161.

45 European Commission, Press release: *European Company Law: what way forward?*, Brussels, 20 February 2012.

jąc wszystkie ogólne zasady prawa spółek. Tymczasem orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości jednoznacznie przesądza, że kryterium „kontroli” i „wyraźnego wpływu” na sprawy spółki wchodzi w zakres *ratione materiae* swobody przedsiębiorczości.⁴⁶

Zgodnie z logiką przyjętą przez Trybunał Sprawiedliwości ograniczenia swobodnego przepływu kapitału mogą być nieuniknioną konsekwencją dozwolonych ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Na przykład w odniesieniu do prawa weta wobec niektórych decyzji danej spółki Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że prawo weta dotyczy decyzji wchodzących w zakres zarządzania spółką, a zatem dotyczy wyłącznie akcjonariuszy mogących wywierać niewątpliwy wpływ na dane spółki, w ten sposób, że kryteria dotyczące wykonywania tego uprawnienia należy analizować pod kątem swobody przedsiębiorczości. Natomiast, jeżeli kryteria te wywierałyby skutki ograniczające swobodny przepływ kapitału, to skutki te byłyby nieuniknioną konsekwencją ewentualnego ograniczenia swobody przedsiębiorczości i w żadnym przypadku nie usprawiedliwiałyby odrębnej analizy powołanych przepisów w świetle art. 63 TFUE (swobodny przepływ kapitału).⁴⁷ W kontekście proponowanych zmian warto nadmienić, że z perspektywy przedsiębiorcy działającego na rynku międzynarodowym prawo weta stanowi kryterium obiektywne i nietrudne do wykazania w przeciwieństwie do konstrukcji braku zależności w rozumieniu polskiego Kodeksu spółek handlowych.

Trybunał Sprawiedliwości rozwija obrany kierunek. Najpierw stwierdzał, że co do zasady nabycie przez jedną lub kilka osób fizycznych mających miejsce zamieszkania w jednym państwie członkowskim udziałów w spółce utworzonej i mającej siedzibę w innym państwie członkowskim wchodzi w zakres postanowień traktatu odnoszących się do swobody przepływu kapitału, o ile to objęcie udziałów nie przyznaje tym osobom fizycznym niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i nie pozwala im na określenie jej działalności. Jeśli natomiast nabycie dotyczy całości udziałów w spółce posiadającej swoją siedzibę statutową w innym państwie członkowskim i przyznaje niewątpliwy wpływ na decyzje spółki oraz pozwala na określenie jej działalności, wtedy zastosowanie znajdują postanowienia traktatu odnoszące się do swobody

46 W. G. Ringe, *Company Law and Free Movement of Capital*, Cambridge Law Journal, 69(2), July 2010, p. 380-381.

47 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie C-326/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, pkt 36-39, ECLI:EU:C:2009:193.

działalności gospodarczej.⁴⁸ Konsekwentnie, nabycie przez jedną lub kilka osób fizycznych będących rezydentami jednego państwa członkowskiego wszystkich udziałów w spółce mającej siedzibę statutową w innym państwie członkowskim, przyznające tej osobie określony wpływ na decyzje tej spółki i umożliwiające jej określanie działalności tej spółki, należy do zakresu przepisów traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości. Idąc dalej, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że przepisy o swobodzie przedsiębiorczości mają zastosowanie także do sytuacji, w której wszystkie udziały w spółce posiadają pośrednio lub bezpośrednio członkowie jednej rodziny, którzy dążą do realizacji tych samych celów, podejmują decyzje dotyczące spółki i określają jej działalność na podstawie porozumienia za pośrednictwem jednego reprezentanta na zgromadzeniu wspólników.⁴⁹ Logika ta została w uproszczony sposób odzwierciedlona w art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, który dopuszcza maksymalnie 49% udział podmiotów z państw trzecich w spółkach ubiegających się o koncesję w Polsce, oraz w art. 35 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji znoszącym wszelkie ograniczenia dla podmiotów pochodzących z państw EOG, ponieważ podmioty te mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości na zasadach przewidzianych dla podmiotów pochodzących z Polski. Należy przy tym podkreślić, że oprócz badania pod kątem równego traktowania polskie przepisy będą podlegały ocenie merytorycznej pod kątem dopuszczalnych ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej jako takiej, w tym w świetle zasady proporcjonalności.

Konkludując, skutki zakwalifikowania konkretnego obrotu do innej swobody gospodarczej niż swobodny przepływ kapitału są mniej dotkliwe w przypadku wymiany wewnątrzunijnej niż w przypadku obrotu z państwami trzecimi. Zastosowanie do konkretnej wymiany z państwami trzecimi przepisów o swobodzie przedsiębiorczości może skutkować nawet całkowitym brakiem dostępu do rynku unijnego, podczas gdy tego rodzaju skutek nie wystąpi w przypadku wymiany wewnątrzunijnej. Zarówno aktualna, jak i projektowana regulacja wykluczają możliwość uzyskania w Polsce koncesji przez osoby zagraniczne

48 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, pkt 77, ECLI:EU:C:2002:632; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C. *Baars przeciwko Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, ECLI:EU:C:2000:205.

49 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 3 marca 2020 r. w sprawie C-75/18 *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, pkt 30-32, ECLI:EU:C:2020:139.

z państw trzecich, ale przepisy te nie spełniają już celu, dla którego zostały przyjęte. Wynika to bowiem z faktu, że podmioty te mogą prowadzić działalność nadawczą w Polsce na podstawie koncesji uzyskanej w jednym z tych państw członkowskich UE, które w związku z rozwojem technologii zniosły ograniczenia wobec podmiotów z państw trzecich, na przykład w Niderlandach, Francji czy w Niemczech.

Jeśli chodzi zaś o podmioty z EOG zależne od podmiotów spoza EOG, to w świetle przedstawionej analizy ustawa zmieniająca pozostaje w sprzeczności ze swobodą przedsiębiorczości w tym znaczeniu, że proponowane ograniczenia w strukturach kapitałowych są nieproporcjonalne do celu ochronnego, jaki ma pełnić koncesja na usługi audio-wizualne. Ponadto, proponowane zmiany nie uwzględniają otoczenia prawnego jednolitego rynku UE, gdzie spółka z EOG zależna od podmiotu spoza EOG prowadzi swą działalność w oparciu o koncesje uzyskane w różnych państwach członkowskich, ale chcąc uzyskać koncesję w Polsce zostaje zmuszona do zmiany swojej struktury kapitałowej, co z kolei wywołuje skutki nie tylko w Polsce, ale we wszystkich państwach członkowskich UE, w których spółka ta prowadzi działalność. Tym samym proponowane przez polskiego ustawodawcę przepisy wpływają na sposób wykonywania swobody przedsiębiorczości w innych państwach członkowskich. Spółka z EOG zostaje zmuszona do zerwania więzi kapitałowych z podmiotem spoza EOG i do pozyskiwania inwestorów z EOG, co ma być uzasadnione względami bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej. Sytuacje te są do przewidzenia już dziś, dlatego już dziś można stwierdzić, że projektowane przepisy są niezgodne z unijną swobodą przedsiębiorczości.

Nakaz niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów pochodzących z państw trzecich doskonale obrazuje sprawa, która wynikła na gruncie polskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.⁵⁰ Różnica w traktowaniu pomiędzy dywidendami wypłacanymi funduszom inwestycyjnym będącym rezydentami, a dywidendami wypłacanymi funduszom inwestycyjnym niebędącym rezydentami polegała na wykluczeniu zwolnienia podatkowego w stosunku do funduszy inwestycyjnych niebędących rezydentami, co zostało uznane za nieuzasadnione ograniczenie swobodnego przepływu kapitału.⁵¹ Polskie przepisy podatkowe przewidywały, że ze zwolnienia podatkowego nie mogą korzystać

50 Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. Nr 54, poz. 654.

51 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-190/12 *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy.

dywidendy wypłacane przez spółki mające siedzibę w Polsce na rzecz funduszu inwestycyjnego mającego siedzibę w Stanach Zjednoczonych, podczas gdy fundusze inwestycyjne mające siedzibę w Polsce korzystały z takiego zwolnienia. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził jednoznacznie, że obniżenie wpływów podatkowych nie może być postrzegane jako nadrzędny wzgląd interesu ogólnego, na który można się powołać w celu uzasadnienia przepisu co do zasady niezgodnego z jedną ze swobód podstawowych, jaką jest swobodny przepływ kapitału.⁵²

W sprawie tej pojawił się też problem, czy amerykański fundusz inwestycyjny można uznać za ekwiwalent polskiego funduszu inwestycyjnego w rozumieniu polskich przepisów podatkowych. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że istnieją ramy prawne wzajemnej pomocy administracyjnej ustanowione pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki umożliwiające wymianę informacji. W szczególności wspomniane ramy współpracy wynikają z art. 23 umowy w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu, a także z art. 4 Konwencji Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) i Rady Europy, podpisanej w Strasburgu w dniu 25 stycznia 1988 r. o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych. Z powyższego Trybunał Sprawiedliwości wywnioskował, że biorąc pod uwagę istnienie zobowiązań umownych pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, ustanawiających wspólne ramy prawne współpracy i przewidujących mechanizmy wymiany informacji pomiędzy danymi organami krajowymi, nie można wykluczyć *a priori*, że fundusze inwestycyjne z siedzibą na terytorium Stanów Zjednoczonych Ameryki mogą być zobowiązane do dostarczenia dowodów umożliwiających polskim organom podatkowym zweryfikowanie, we współpracy z właściwymi organami Stanów Zjednoczonych Ameryki, że wykonują one działalność na warunkach równoważnych z tymi, które mają zastosowanie do funduszy inwestycyjnych z siedzibą na terytorium Unii.⁵³ Powyższe oznacza, że Trybunał Sprawiedliwości mając okazję do orzekania w przedmiocie zgodności ustawy zmieniającej z prawem UE z pewnością uwzględni fakt istnienia między Polską a Stanami Zjednoczonymi zobowiązania umownego w postaci Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami

52 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-190/12 Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, pkt 102.

53 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-190/12 Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, pkt 85-88.

Zjednoczonymi Ameryki, sporządzonego w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 r.⁵⁴, w szczególności jego art. 2 dotyczący traktowania inwestycji.

Jeśli chodzi o wymóg różnego rodzaju zaświadczeń czy dowodów zgodnych z prawem państwa członkowskiego, Trybunał Sprawiedliwości uznał za sprzeczne ze swobodnym przepływem kapitału uregulowanie krajowe, zgodnie z którym stopień szczegółowości oraz forma przedstawienia dowodów, jakie powinien dostarczyć zainteresowany podmiot, powinny być takie same jak te wymagane, gdy spółka wypłacająca ma siedzibę w państwie członkowskim opodatkowania tego podmiotu. Sprawa dotyczyła stopnia szczegółowości, jaki powinny spełniać dowody wymagane w celu uzyskania zaliczenia na poczet podatku w odniesieniu do dywidend wypłaconych przez spółkę kapitałową mającą siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, w którym podmiot otrzymujący dywidendy podlega nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu. Tego rodzaju uregulowanie krajowe w sposób bezwzględny uniemożliwia osobom podlegającym nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych w tym państwie członkowskim, które dokonały inwestycji w spółki kapitałowe w innym państwie członkowskim, dostarczenia dowodów odpowiadających innym kryteriom i z tego względu jest sprzeczne z zasadą dobrej administracji oraz wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji celu skuteczności kontroli podatkowych.⁵⁵ W świetle powyższego, proponowane przez polskiego ustawodawcę zmiany wymagają przedstawienia różnego rodzaju zaświadczeń i dowodów zgodnych z prawem polskim, których dostarczenie będzie nadmiernie utrudniało lub nawet uniemożliwiało skorzystanie ze swobodnego przepływu kapitału lub swobody przedsiębiorczości. Wynika to z faktu, że podmiot wnioskujący o koncesję będzie musiał wykazać brak zależności w rozumieniu polskiego Kodeksu spółek handlowych od osoby zagranicznej pochodzącej spoza EOG, co w przypadku skomplikowanych struktur kapitałowych może być bardzo trudne lub niemożliwe. Ponadto, polski ustawodawca dodał sformułowanie „pośredni lub bezpośredni udział...”, ale nie zaznaczył w jakim znaczeniu ani nie sprecyzował, do którego stopnia badany będzie łańcuch powiązań.

Zasadniczo zależność spółki zarejestrowanej w Polsce od osoby zagranicznej ustala się na podstawie art. 4 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek

54 Dz. U. z 1994 r. Nr 97, poz. 467.

55 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-262/09 Wienand Meilicke i inni przeciwko Finanzamt Bonn-Innenstadt, pkt 29, 31, 34, 43, 53, sentencja wyroku, ECLI:EU:C:2011:438.

handlowych⁵⁶, który definiuje pojęcie spółki dominującej, ale to nie jedynie przepis regulujący zależność spółek. Pojęcie zależności w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych komplikuje się w przypadku badania spółek prawa obcego. Pomimo harmonizacji prawa spółek w UE nadal istnieją różnice w prawie spółek poszczególnych państw członkowskich, czego polski ustawodawca nie uwzględnił przygotowując komentowaną zmianę. Jeśli do tego dodać badanie zależności od spółek pochodzących z państw trzecich, to konieczne jest doprecyzowanie, w jaki sposób KRRiT będzie tę zależność badać, jeśli w grę wejdą nieobiektywne kryteria wpływu na sprawy spółki. Problemy mogą pojawić się na etapie stosowania projektowanych przepisów. Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 12 marca 2020 r.⁵⁷ przewiduje, między innymi, konieczność przedłożenia sprawozdań finansowych sporządzanych na podstawie ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości⁵⁸ za ostatnie dwa lata, jeżeli nie podlegały one obowiązkowi złożenia w repozytorium dokumentów finansowych, o którym mowa w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁵⁹, a w przypadku podmiotów niesporządzających sprawozdań finansowych roczne zeznania podatkowe za ostatnie dwa lata, wraz z dowodem złożenia przewidzianym właściwymi przepisami. Wymagany jest też analogiczny dokument dotyczący udziałowców, akcjonariuszy lub wspólników posia-

56 Art. 4 § 1. Użyte w ustawie określenia oznaczają (...) 4) spółka dominująca - spółkę handlową w przypadku, gdy: a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7.

57 Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 12 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych, Dz. U. z 2020 r. poz. 604.

58 Dz. U. z 2021 r. poz. 217 j.t. ze zm.

59 Dz. U. z 2021 r. poz. 112 j.t. ze zm.

dających ponad 10% udziałów, akcji lub wkładów w kapitale zakładowym wnioskodawcy będącego spółką handlową (nie dotyczy rozpowszechniania drogą rozsiewczą satelitarną). Należy zaznaczyć, że powiązania kapitałowe w znaczeniu prawa podatkowego nie są tożsame z zależnością w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych.

Wiele niejasności pozostaje zwłaszcza w kwestii sposobu badania zależności spółek z EOG od spółek spoza EOG. Czy KRRiT oceniając zależność, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, spółek z EOG od spółek spoza EOG może wymagać dokumentów wydanych przez spółkę z EOG zgodnie z procedurami przewidzianymi w Kodeksie spółek handlowych dla spółek zarejestrowanych w Polsce? Co w sytuacji, gdy w państwie pochodzenia spółki z EOG obowiązują inne procedury, a dokumenty wymagane przez KRRiT po prostu nie istnieją w prawie spółek tego państwa EOG, w którym spółka ubiegająca się o koncesję jest zarejestrowana? Co się stanie, jeśli spółka z EOG w ogóle nie posiada kapitału wymaganego przez Kodeks spółek handlowych? W takich przypadkach KRRiT najpewniej odmówi koncesji uniemożliwiając swobodę przedsiębiorczości.

Możliwość dochodzenia swych praw przed sądem nie zmienia sytuacji, ponieważ perspektywa postępowania sądowego dodatkowo zniechęca z korzystania w Polsce zarówno ze swobody przedsiębiorczości, jak i ze swobodnego przepływu kapitału. Konkludując należy stwierdzić, że badanie czy osoba zagraniczna pochodząca z EOG jest zależna, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej spoza EOG daje zbyt duże pole do uznaniowości pozostawione polskim organom władzy. Może więc zniechęcać przedsiębiorców z EOG do podejmowania działalności w sektorze audiowizualnych usług medialnych w Polsce, a w związku z tym może być uznane za niezgodne z prawem UE przez sąd krajowy lub Trybunał Sprawiedliwości.

4. Ograniczenia swobody przepływu kapitału uzasadnione środkami niezbędnymi do zapobiegania naruszeniom ustaw i aktów wykonawczych państw członkowskich

Państwa członkowskie mają możliwość podejmowania wszelkich środków niezbędnych do zapobiegania naruszeniom ich ustaw i aktów wykonawczych, zwłaszcza w sferze podatkowej i w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi lub

ustanowienia procedur deklarowania przepływu kapitału do celów informacji administracyjnej bądź statystycznej.⁶⁰ W kontekście uprawnień państw członkowskich do podejmowania środków w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi Trybunał Sprawiedliwości miał okazję wypowiedzieć się na temat przepisów polskiej ustawy o funduszach emerytalnych, która wprowadzała z jednej strony górną granicę inwestycji otwartych funduszy emerytalnych (dalej: OFE) dokonywanych poza granicami kraju na poziomie 5% wartości aktywów danego OFE, a z drugiej ustanawiała zakres dopuszczalnych inwestycji zagranicznych węższej niż zakres inwestycji na terytorium kraju. W ten sposób nałożono na OFE zarówno ilościowe, jak i jakościowe ograniczenia odnoszące się do inwestycji dokonywanych poza terytorium krajowym, a w szczególności w innych państwach członkowskich. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości fundusze emerytalne funkcjonujące według zasady kapitalizacji prowadzą działalność gospodarczą pomimo ich celu socjalnego i obowiązkowego charakteru przystąpienia do drugiego filaru systemu emerytalnego, do którego należą. Jest tak w wypadku otwartych funduszy emerytalnych, których aktywa są lokowane i zarządzane przez odrębne spółki, prowadzące działalność odpłatnie, w formie spółki akcyjnej. Sprawowany przez władze publiczne nadzór ostrożnościowy nad tymi funduszami i tymi spółkami oraz gwarancja pokrycia przez państwo ewentualnych niedoborów występujących w owych funduszach nie podważają gospodarczego charakteru omawianej działalności. Okoliczność, że wspomniane środki mają charakter publiczny, mimo że pochodzą ze składek emerytalnych odprowadzanych przez pracodawców danych pracowników, sama w sobie nie wystarcza do wyłączenia stosowania aktualnego art. 63 TFUE do operacji ich dotyczących, ponieważ według załącznika I do dyrektywy 88/361 pojęcie przepływów kapitału obejmuje w szczególności operacje odnoszące się do aktywów lub pasywów państw członkowskich lub innych organów administracji publicznej oraz agencji.⁶¹ Analogicznie dostawcy audiowizualnych usług medialnych wypełniają cele socjalne i kulturowe, ale także gospodarcze.

Trybunał Sprawiedliwości stwierdził ponadto, że polskie przepisy są w aspekcie materialnym źródłem zasad ostrożnościowych

60 Art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE.

61 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-271/09 Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, pkt 40-41, ECLI:EU:C:2011:855.

znajdujących zastosowanie do wspomnianych funduszy emerytalnych, ale w żaden sposób nie mają one na celu zapobiegania naruszeniom ustaw i aktów wykonawczych w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi i nie mogą wchodzić w zakres wyjątku przewidzianego w aktualnym art. 65 ust. 1 pkt b) TFUE. Odnośnie do kryterium interesu ogólnego, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że interes polegający na zagwarantowaniu stabilności i bezpieczeństwa aktywów zarządzanych przez fundusz emerytalny stanowi nadrzędny wzgląd interesu ogólnego mogący uzasadniać ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału. Tym niemniej tego typu ograniczenia powinny być właściwe dla zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Trudności otwartych funduszy emerytalnych z oszacowaniem ryzyka związanego z zagranicznymi inwestycjami nie mogą uzasadniać ograniczeń ilościowych odnoszących się do inwestycji w papiery wartościowe emitowane w państwach członkowskich. Podobnie ograniczenia kapitałowe przy pozyskiwaniu koncesji medialnej mogłyby stanowić nadrzędny wzgląd interesu ogólnego mogący uzasadniać ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału, ale tego typu ograniczenia powinny być właściwe dla zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.

Co do zasady w przypadku, gdy prawo pochodne Unii Europejskiej dokonuje harmonizacji lub koordynacji w wybranym obszarze wskazanym w Traktacie, Trybunał Sprawiedliwości w pierwszej kolejności ocenia sporne uregulowania krajowe w świetle odpowiednich przepisów prawa pochodnego. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości w sprawie OFE, ustawodawstwa państw członkowskich w dziedzinie ujawniania informacji o produktach finansowych oraz ochrony inwestorów i konsumentów podlegają harmonizacji na poziomie Unii. Podobnie nie można uzasadniać tego typu środków ilościowych faktem, że stanowią dla krajowych organów nadzoru rozwiązanie łatwiejsze do wdrożenia w kontekście nowo tworzonego systemu zabezpieczenia społecznego, ani na to, że niektóre z tych środków mają na celu ochronę funduszy przed ryzykiem ponoszenia dodatkowych lub nadmiernych kosztów, ponieważ tego rodzaju koszty muszą być brane pod uwagę przez inwestora przy wyborze inwestycji, niezależnie od ich miejsca. W rezultacie Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że utrzymując w mocy przepisy ustawowe, które wprowadzają ograniczenia zarówno ilościowe jak i jakościowe w inwestowaniu przez otwarte fundusze emerytalne poza granicami kraju, ograniczając tym samym inwestycje owych funduszy w innych państwach członkowskich, Polska uchybiła zobowiązaniom, jakie na niej ciążyą na mocy aktualnego

art. 63 TFUE.⁶² Ustawa zmieniająca dotyczy z kolei audiowizualnych usług medialnych, które podlegają koordynacji na poziomie Unii Europejskiej, o czym w osobnym punkcie niniejszej opinii.

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że w braku harmonizacji przepisów Unii w dziedzinie sankcji mających zastosowanie w danym obszarze, wybór odpowiednich sankcji jest kompetencją państw członkowskich. Wykonując swe kompetencje państwa członkowskie mają obowiązek przestrzegania prawa Unii, w tym jego zasad ogólnych, jak na przykład zasady proporcjonalności.⁶³ Środki administracyjne lub karne nie powinny wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów, a sankcja nie powinna pozostawać w dysproporcji w stosunku do ciężaru naruszenia tak, by stanowiła ograniczenie podstawowych swobód gospodarczych.⁶⁴ Surowość sankcji powinna być odpowiednia do powagi naruszeń, które podlegają karze, zwłaszcza poprzez zapewnienie rzeczywiście odstrasżającego skutku przy poszanowaniu ogólnej zasady proporcjonalności.⁶⁵ Naruszenie komentowanych przepisów w zakresie struktur kapitałowych będzie skutkowało odebraniem koncesji, dlatego też sankcja ta będzie przedmiotem oceny pod kątem jej proporcjonalności.

5. Ograniczenia swobody przepływu kapitału uzasadnione środkami związanymi z ochroną porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego

Wśród przewidzianych w Traktacie możliwych odstępstw od zasady podstawowej swobodnego przepływu kapitału znajdują się względy

62 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-271/09 Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, pkt 51–52, 56–58, 65–67, 69–71, 73 i sentencja, ECLI:EU:C:2011:855.

63 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-255/14 Robert Michal Chmielewski przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága, pkt 21-23, ECLI:EU:C:2015:475.

64 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 5 lipca 2007 r. w sprawie C-430/05 Ntónik Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis i Ioannis Michail Pikoulas przeciwko Eptropi Kefalaigoras, pkt 54, ECLI:EU:C:2007:410.

65 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-255/14 Robert Michal Chmielewski przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága, pkt 30-31, 33, ECLI:EU:C:2015:475.

porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.⁶⁶ Jako wyjątki od zasady ogólnej kryteria te muszą być interpretowane ściśle w taki sposób, że ich zakres nie może być określany jednostronnie przez każde państwo członkowskie bez kontroli instytucji Unii. Powołanie się na względy porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego może być dopuszczalne jedynie w przypadku wystąpienia rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia podstawowych interesów społeczeństwa. Ponadto, odstępstwa te nie mogą w rzeczywistości służyć wyłącznie celom czysto ekonomicznym. Dodatkowo każda osoba, której interesy zostały naruszone poprzez zastosowanie środka ograniczającego opartego na takim odstępstwie musi mieć dostęp do środków prawnych. Środki ograniczające swobodny przepływ kapitału mogą być uzasadnione względami porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego tylko, o ile są konieczne z punktu widzenia ochrony interesów, których zabezpieczenie mają na celu i tylko w takim zakresie, w jakim cele te nie mogą być osiągnięte przez mniej restrykcyjne środki.⁶⁷

Na przykład jednym z zasadniczych elementów bezpieczeństwa publicznego jest bezpieczeństwo dostaw energii, które wiąże się ściśle ze sprawnym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz z integracją odizolowanych rynków energii elektrycznej państw członkowskich.⁶⁸ Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się na temat przewidzianego w prawie krajowym zakazu prywatyzacji, podlegającego unormowaniu art. 345 TFUE. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości motywy stojące u podstaw decyzji ustawodawcy krajowego co do przyjętych zasad prawa własności można brać pod uwagę jako nadrzędne względy interesu ogólnego w celu uzasadnienia ograniczeń swobody przepływu kapitału. Ponadto, w odniesieniu do zakazu powiązań z przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w zakresie produkcji, dostarczania lub obrotu energią elektryczną i gazem, jak również zakazu działalności ubocznej mogącej niekorzystnie wpływać na zarządzanie systemem orzekł, że cele w postaci zwalczania szeroko pojętego wzajemnego subsydiowania, w tym wymiany strategicznych informacji, zapewnienia przejrzystości na rynku energii elektrycznej i gazu oraz zapobiegania

66 Art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE.

67 Wyrok Trybunału z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie C-54/99 Association Eglise de scientologie de Paris i Scientology International Reserves Trust przeciwko Premier ministre, pkt 17-19, ECLI:EU:C:2000:124.

68 Motyw 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz.U. L 211 z 14.8.2009, str. 55–93.

zakłóceniom konkurencji, mogą, jako nadrzędne względy interesu ogólnego, uzasadniać ograniczenia swobody przepływu kapitału wynikające z przepisów krajowych.⁶⁹ W świetle powyższego uzasadnienie do ustawy zmieniającej nawet nie uprawdopodobnia wystąpienia rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia podstawowych interesów społeczeństwa.

6. Różnice w interpretowaniu pojęcia ograniczenia przepływu kapitału w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi i w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi

Swobodny przepływ kapitału i płatności przewiduje zniesienie barier nie tylko między państwami członkowskimi, ale także w obrocie z państwami trzecimi. O ile odróżnienie państwa członkowskiego od państwa trzeciego jest oczywiste, to warto na marginesie wspomnieć, że kraje i terytoria zamorskie⁷⁰ korzystają z liberalizacji przepływu kapitału w charakterze państw trzecich.⁷¹ Kwestię tę rozstrzygnąć musiał Trybunał Sprawiedliwości, bowiem od ewentualnego zrównania krajów i terytoriów zamorskich z państwami członkowskimi lub państwami trzecimi zależy ustalenie, czy do krajów i terytoriów zamorskich znajdują zastosowanie ogólne postanowienia traktatów czy też nie. Co do zasady kraje i terytoria zamorskie nie korzystają z ogólnych przepisów prawa Unii bez wyraźnego odesłania, a takowego brak w przypadku swobodnego przepływu kapitału⁷², pomimo iż istnieje ono odnośnie do swobody przedsiębiorczości.⁷³ Należy jednak przypomnieć, że trudno wyobrazić sobie swobodne wykonywanie działalności gospodarczej bez

69 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 22 października 2013 r. w sprawach połączonych C-105/12 do C-107/12 Staat der Nederlanden przeciwko Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) i Delta NV (C-107/12), pkt 68 i sentencja, ECLI:EU:C:2013:677.

70 Kraje i terytoria pozaeuropejskie, które utrzymują szczególne stosunki z Danią, Francją, Niderlandami i Zjednoczonym Królestwem, a których lista zawarta jest w załączniku II do TFUE. Por. Art. 198 TFUE.

71 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie C-384/09 Prunus SARL i Polonium SA przeciwko Directeur des services fiscaux, pkt 31, ECLI:EU:C:2011:276.

72 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie C-384/09 Prunus SARL i Polonium SA przeciwko Directeur des services fiscaux, pkt 20, 29, 31, ECLI:EU:C:2011:276.

73 Art. 199 pkt 5) TFUE.

dokonywania inwestycji w postaci na przykład zakupu nieruchomości czy biur i w tym kontekście swoboda przedsiębiorczości daje o wiele szersze uprawnienia niż swoboda przepływu kapitału.

Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości pojęcie ograniczenia przepływu kapitału powinno być interpretowane w taki sam sposób w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi jak w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi, ale jednocześnie przyznaje, że cel i kontekst prawny różni się w zależności od tego, czy chodzi o stosunki pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi. Z jednej strony, w momencie gdy zasada swobodnego przepływu kapitału została rozciągnięta mocą traktatu na przepływ kapitału pomiędzy państwami trzecimi a państwami członkowskimi, państwa członkowskie opowiedziały się za ustanowieniem tej zasady w tym samym artykule i w ten sam sposób w odniesieniu do przepływów kapitału, które mają miejsce wewnątrz Unii Europejskiej, oraz tych, które dotyczą stosunków z państwami trzecimi. Wykładnia systemowa przemawia więc za interpretowaniem pojęcia swobodnego przepływu kapitału w ten sam sposób bez względu na to, czy obrót odbywa się między państwami członkowskimi czy też między państwami członkowskimi a państwami trzecimi.

Z drugiej zaś strony, ze wszystkich przepisów TFUE dotyczących kapitału i płatności wynika, że chcąc uwzględnić okoliczności, iż cel i kontekst prawny różni się w zależności od tego, czy chodzi o stosunki między państwami członkowskimi czy też między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, państwa członkowskie uznały za konieczne przewidzenie klauzul ochronnych i derogacyjnych, mających zastosowanie w szczególności do przepływu kapitału z lub do państw trzecich. Państwa członkowskie argumentują niekiedy, że jeżeli pojęcie ograniczenia przepływu kapitału byłoby interpretowane w taki sam sposób w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi co w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi, to otwierałoby to jednostronnie rynek unijny dla państw trzecich bez zachowania argumentów w negocjacjach koniecznych dla uzyskania takiej liberalizacji ze strony tych państw. Trybunał Sprawiedliwości nie uznaje tego argumentu za decydujący ze względu na przewidziane wprost w traktacie szczególne możliwości ograniczenia swobodnego przepływu kapitału w obrocie z państwami trzecimi.⁷⁴ W konsekwencji,

74 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-101/05 Skatteverket przeciwko A., pkt 31, 32 i 38, Zbiór Orzeczeń 2007 I-11531.

odnośnie do państw trzecich zasada swobodnego przepływu kapitału ma pierwszeństwo przed zasadą wzajemności i utrzymaniem przez państwa członkowskie przewagi negocjacyjnej w stosunku do państw trzecich.

W tym kontekście interesujące jest ustalenie, czy ograniczenie w przepływie kapitału do lub z państw trzecich mogłoby być uzasadnione przez okoliczność, która z kolei nie mogłaby stanowić dopuszczalnego uzasadnienia dla ograniczenia przepływu kapitału między państwami członkowskimi. Uregulowania danego państwa członkowskiego mogą na przykład uzależniać przyznanie korzyści podatkowej od spełnienia pewnych warunków. Wówczas spełnienie tych warunków musi być możliwe do zweryfikowania, a jest to możliwe jedynie w drodze uzyskania informacji od właściwych organów innego państwa. Na przykład konieczność zapewnienia skuteczności kontroli podatkowych może uzasadniać ograniczenie w przepływie kapitału, ale pod warunkiem, że rozpatrywany środek z jednej strony jest właściwy dla osiągnięcia założonego celu, a z drugiej nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia. W stosunkach między państwami członkowskimi i państwami trzecimi wskazana podstawa ograniczenia może uzasadniać uzależnienie przyznania prawa do ulgi podatkowej od istnienia konwencji podatkowej przewidującej wymianę informacji w przypadku, gdy takie prawo podlega w prawie krajowym warunkom, których spełnienia organy podatkowe zainteresowanego państwa członkowskiego nie są w stanie zbadać przy użyciu własnych środków.⁷⁵ W konsekwencji, jeśli uregulowanie danego państwa członkowskiego uzależnia przyznanie korzyści podatkowej od spełnienia warunków, których przestrzeganie może zostać zweryfikowane jedynie w drodze uzyskania informacji od właściwych organów państwa trzeciego, co do zasady prawnie uzasadniona jest odmowa przez dane państwo członkowskie przyznania takiej korzyści, jeżeli, w szczególności z powodu braku konwencyjnego zobowiązania dostarczenia przez to państwo trzecie informacji, niemożliwym okazuje się uzyskanie informacji od tego państwa. Nie można więc wykluczyć, że państwo członkowskie skutecznie wykaże, iż ograniczenie w przepływie kapitału do lub z państw trzecich jest uzasadnione przez okoliczność, która nie mogłaby stanowić dopuszczalnego uzasadnienia dla ograniczenia przepływu kapitału między państwami

75 Opinia rzecznika generalnego Bot przedstawiona w dniu 11 września 2007 r. w sprawie C-101/05 Skatteverket przeciwko A., pkt 7, ECLI:EU:C:2007:493.

członkowskimi.⁷⁶ W uzasadnieniu do ustawy zmieniającej nie znalazły się żadne wyjaśnienia w tym zakresie.

Zasady i procedury, zgodnie z którymi państwa członkowskie współpracują ze sobą w celu wymiany informacji, a które wydają się być istotne do celów stosowania i egzekwowania krajowych przepisów państw członkowskich dotyczących działalności w sektorze audiowizualnych usług medialnych, reguluje dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych. Przy Komisji Europejskiej został ustanowiony Komitet Kontaktowy złożony z przedstawicieli właściwych organów państw członkowskich, w tym z przedstawicieli KRRiT. Współpraca z organami z państw trzecich jest natomiast bardziej skomplikowana albo nie ma jej wcale, co zależy od zobowiązań umownych między UE a państwem trzecim lub między państwem członkowskim a państwem trzecim. W dziedzinie podatków współpracę organów państw członkowskich reguluje dyrektywa 2011/16 w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania.⁷⁷ Jak podkreślił Trybunał Sprawiedliwości tego rodzaju ujednolicone ramy współpracy nie obowiązują pomiędzy właściwymi organami państw członkowskich a właściwymi organami państwa trzeciego, jeśli nie przyjęto w tym zakresie żadnego zobowiązania do wzajemnej pomocy. W rezultacie, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące ograniczeń w wykonywaniu swobód przepływu w obrębie Unii Europejskiej nie może zostać w całości zastosowane do przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi, ponieważ te dwa rodzaje przepływów wpisują się w różne konteksty prawne.⁷⁸ Jeśli więc w obrocie z konkretnym państwem trzecim istnieje zobowiązanie umowne o współpracy, to znika argument braku możliwości współpracy z właściwymi organami państwa trzeciego, a w konsekwencji zasada swobodnego przepływu kapitału będzie miała w obrocie z tym konkretnym państwem trzecim taki sam wymiar jak w obrocie między państwami członkowskimi.

76 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-101/05 Skatteverket przeciwko A., pkt 36, 37, 60 i 63, Zbiór Orzeczeń 2007 I-11531.

77 Artykuł 1 i art. 2 dyrektywy Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylającej dyrektywę 77/799/EWG, Dz.U. L 64 z 11.3.2011, str. 1–12.

78 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawach połączonych C-436/08 i C-437/08 Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08) i Österreichische Salinen AG (C-437/08) przeciwko Finanzamt Linz, pkt 65-66, ECLI:EU:C:2011:61.

7. Bezpośrednie inwestycje zagraniczne w Unii Europejskiej

Ustawa zmieniająca winna być też oceniona pod kątem zgodności z przepisami o bezpośrednich inwestycjach zagranicznych. Poprzez utworzenie unii celnej Unia Europejska przyczynia się, we wspólnym interesie, do harmonijnego rozwoju handlu światowego, stopniowego zniesienia ograniczeń w handlu międzynarodowym i w bezpośrednich inwestycjach zagranicznych oraz do zmniejszenia barier celnych i innych barier.⁷⁹ Ponadto, Unia Europejska jest otwarta na inwestycje zagraniczne, które mają zasadnicze znaczenie dla wzrostu gospodarczego, konkurencyjności, zatrudnienia i innowacji. Wiele europejskich przedsiębiorstw jest w pełni zintegrowanych z globalnymi łańcuchami dostaw, którym należy zapewnić ciągłość funkcjonowania. Z tych względów Unia Europejska pragnie być atrakcyjnym celem dla bezpośrednich inwestycji zagranicznych (BIZ).⁸⁰ Dzięki audiowizualnym usługom medialnym istnieją w Unii znaczne możliwości zatrudnienia, szczególnie w małych i średnich przedsiębiorstwach. Dzięki tym usługom pobudzane są także wzrost gospodarczy i inwestycje. Duże znaczenie mają tu również konkurencja i rzeczywisty europejski rynek. Należy przestrzegać podstawowych zasad rynku wewnętrznego, między innymi, w celu zmniejszenia przeszkód uniemożliwiających wchodzenie na ten rynek.⁸¹ Ustawa zmieniająca idzie w kierunku przeciwnym, ponieważ wprowadza nowe bariery w dostępie do rynku i to także w stosunku do już działających przedsiębiorców. W tym kontekście jest niezgodna z Wytycznymi dla państw członkowskich dotyczącymi bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych.⁸²

Mocą Traktatu z Lizbony kompetencje wyłączne Unii w dziedzinie handlu międzynarodowego zostały poszerzone właśnie o bezpośrednie inwestycje zagraniczne.⁸³ Dwustronne umowy inwestycyjne zawarte przez państwa członkowskie z państwami trzecimi przed 1 grud-

79 Art. 206 TFUE.

80 Komunikat Komisji, Wytyczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych – sytuacja przed zastosowaniem rozporządzenia (UE) 2019/452 (rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ), C/2020/1981, Dz.U. C 99I z 26.03.2020, str. 1–5.

81 Motyw 10 preambuły do dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.

82 Komunikat Komisji, C/2020/1981, Dz.U. C 99I z 26.3.2020, str. 1–5.

83 C. Wren, J. Jones, *Foreign Direct Investment and the Regional Economy*, Ashgate, Aldershot Hampshire, 2006, p. 25.

nia 2009 r. mogą być utrzymane w mocy, dopóki nie wejdzie w życie dwustronna umowa inwestycyjna między Unią a danym państwem. Tymczasem do 2013 r. państwa członkowskie powiadomiły o 1 360 dwustronnych umowach inwestycyjnych zawartych przed przyjęciem Traktatu z Lizbony, które chciały utrzymać w mocy lub w przypadku których chciały pozwolić, aby weszły w życie.⁸⁴ Wykaz ten dowodzi, że państwa członkowskie zawierały dwustronne umowy inwestycyjne od kilkudziesięciu lat. Wykaz wyraźnie pokazuje również, że liczba umów zawartych przez poszczególne państwa członkowskie znacząco się różni. Do państw członkowskich, które w 2013 r. posiadały największą liczbę zawartych umów, należały Niemcy (123), Włochy (113), Francja (93), Zjednoczone Królestwo (93), Niderlandy (86), Belgia oraz Luksemburg (81) i Hiszpania (63). W świetle powyższego ustawa zmieniająca, zmuszając spółki z siedzibą w UE do pozbycia się zależności od spółek z państw trzecich, wywołuje negatywne skutki w obrocie między państwem siedziby spółki z EOG a państwem trzecim, z którego pochodzi partner inwestycyjny. W takim przypadku ustawy zmieniającej nie da pogodzić się z umownym zobowiązaniem wiążącym państwo UE z państwem trzecim.

Jeśli chodzi o umowy zawierane między Unią Europejską a państwami trzecimi, to wyróżnia się umowy o partnerstwie gospodarczym, umowy o wolnym handlu i układy o stowarzyszeniu. Unię i państwa trzecie wiąże wiele umów handlowych, a niektóre z nich przewidują ochronę inwestycji. Na podstawie nowych ram prawnych zawarte zostały na przykład umowy między UE a Kanadą (CETA – Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa między UE a Kanadą), UE a Japonią oraz UE a Singapurem. CETA przewiduje ochronę inwestycji i system sądów ds. inwestycji (ICS), podobnie jak umowa z Singapurem. Porozumienie z Meksykiem osiągnięto w 2018 r., a po ratyfikacji nowa umowa zastąpi obowiązującą ogólną umowę UE–Meksyk, która weszła w życie w 2000 r. Trwają negocjacje z Mercosurem w sprawie umowy handlowej, będącej częścią umowy stowarzyszeniowej. Z państwami południowoamerykańskiego bloku handlowego – Argentyną, Brazylią, Paragwajem i Urugwajem – zakończono je w 2019 r. Trwają negocjacje w sprawie unowocześnienia istniejącej umowy z Chile oraz w sprawie nowych umów o wolnym handlu z Australią i Nową Zelandią. Uwzględniając włączenie bezpośrednich inwestycji zagranicznych do wyłącznych kompetencji UE oraz zawieranie przez UE w imieniu państw członkowskich umów handlowych nowej generacji ustawa zmieniająca wiąże się z poważnym

84 Wykaz utrzymanych dwustronnych umów inwestycyjnych jest publikowany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i jest regularnie aktualizowany.

ryzykiem stwierdzenia naruszenia zobowiązań traktatowych przez Polskę. Co więcej, nawet dotychczasowe ograniczenia w udzielaniu koncesji polskim podmiotom zależnym od osób zagranicznych posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie trzecim mogą okazać się niezgodne z prawem UE. Tocząca się dyskusja może stanowić okazję do rozważenia dostosowania polskich przepisów do zmieniających się regulacji w zakresie obrotu międzynarodowego.

8. Stosunki transatlantyckie UE-USA

Unia Europejska i Stany Zjednoczone są dla siebie największymi inwestorami. Siłą napędową transatlantyckich stosunków handlowych są dwustronne inwestycje bezpośrednie, które ze swej natury są zobowiązaniami długoterminowymi. Handel pomiędzy spółkami dominującymi a spółkami zależnymi czy podmiotami powiązаныmi w UE i USA stanowią ponad jedną trzecią całkowitego handlu transatlantyckiego. Szacuje się, że spółki z UE i z USA działające na swoich wzajemnych terytoriach zapewniają pracę ponad 14 mln ludzi.⁸⁵ W ostatnich latach uwidoczono pewne negatywne zjawiska, które były efektem polityki gospodarczej Prezydenta Donalda Trumpa. Odkąd prezydentem Stanów Zjednoczonych został Joe Biden zarówno UE, jak i USA czynią wszystko, by ukształtować stosunki gospodarcze na nowo. W dniu 15 czerwca 2021 r. na szczycie USA-UE w Brukseli Przewodnicząca Komisji Europejskiej Ursula von der Leyen i Prezydent Stanów Zjednoczonych Joe Biden inaugurowali Radę ds. Handlu i Technologii UE-USA. Rada będzie służyć Stanom Zjednoczonym i Unii Europejskiej jako forum do koordynowania podejścia do kluczowych globalnych kwestii handlowych, gospodarczych i technologicznych oraz pogłębienia transatlantyckich stosunków handlowych i gospodarczych w oparciu o wspólne wartości demokratyczne. Nawet jeśli aktualnie stosunki handlowe między UE a USA opierają się o współpracę w ramach Światowej Organizacji Handlu, to wiele wskazuje na to, że UE i USA połączą wkrótce dwustronne zobowiązania umowne. UE zaproponowała nowej administracji USA między innymi współpracę w zakresie unikania zakłóceń na rynku w wymianie UE-USA. Z perspektywy przedstawionych kierunków rozwoju stosunków UE-USA ustawa zmieniająca podtrzymuje ra-

85 Dokumenty informacyjne o Unii Europejskiej - 2021, *Stosunki transatlantyckie: Stany Zjednoczone i Kanada*, www.europarl.europa.eu/factsheets/pl [dostęp 22.08.2021].

czej politykę gospodarczą typową dla administracji Donalda Trumpa, nie uwzględniając przy tym negatywnych skutków, jakie proponowane zmiany wywrą na obrót pomiędzy spółkami dominującymi, a spółkami zależnymi czy podmiotami powiązаныmi w UE i USA. Paradoksalnie, inwestycje te przetrwały politykę administracji Donalda Trumpa bez większych zakłóceń. Konkludując można stwierdzić, że ustawa zmieniająca pozostaje w sprzeczności z aktualnymi kierunkami rozwoju polityki handlowej między UE a USA, w konsekwencji czego może zostać uznana w niedalekiej przyszłości za niezgodną ze Wspólną Polityką Handlową UE, w szczególności z przepisami dotyczącymi rozwoju bezpośrednich inwestycji zagranicznych.

9. Ocena przepisów przejściowych

Ustawa zmieniająca zawiera przepisy przejściowe wskazujące terminy na dostosowanie struktur własnościowych spółek ubiegających się o koncesję oraz spółek posiadających ważną koncesję, ponieważ ustawa zmieniająca przewiduje obowiązek dostosowania, a ponadto niedostosowanie się koncesjonariusza do zmienionych przepisów może być potraktowane jako rażące naruszenie warunków określonych w ustawie, co skutkuje cofnięciem koncesji.⁸⁶ Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy zmieniającej osoby zagraniczne, których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim EOG, oraz spółki zależne posiadające koncesję w dniu wejścia w życie ustawy zmieniającej, dostosują swoją strukturę kapitałową oraz swoje umowy lub statuty do ograniczeń, o których mowa w art. 35 ust. 2 i 3 ustawy o radiofonii i telewizji w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej. Z kolei zgodnie z art. 3 ustawy zmieniającej koncesje udzielone podmiotom, o których mowa w art. 2 ustawy zmieniającej, które wygasają w okresie 9 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej zostają przedłużone na okres 7 miesięcy od dnia upływu terminu obowiązywania koncesji, a trwające w stosunku do tych podmiotów postępowania w przedmiocie udzielenia koncesji ulegają zawieszeniu do dnia upływu 7 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej. Przewidziany termin 6 miesięcy na dostosowanie struktur kapitałowych spółek dominujących jest zbyt krótki dla spółek działających na rynku globalnym czy europejskim, a o takie spółki chodzi. Chodzi o inwestycje o charakterze długoterminowym, więc zmiany powinny być wprowadzane z należytą

86 Art. 38 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji.

ostrożnością. Dostosowanie wymaga podjęcia czynności przez organy spółek, co podlega ogłoszeniu i wpisowi do stosownych rejestrów. Ponadto, konieczne jest znalezienie inwestora mającego siedzibę w EOG. Termin 6-miesięczny jest więc nieproporcjonalnie krótki, a polski ustawodawca naraża się na poniesienie odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu strat poniesionych przez nadawców, którzy poniosą szkodę w związku z tym, że nie zdążą dostosować swoich struktur kapitałowych w tym terminie. Powyższe jest tym bardziej prawdopodobne, że w świetle przeprowadzonej analizy ustawa zmieniająca może zostać uznana za niezgodną z prawem UE, ze zobowiązaniami umownymi między Unią Europejską a państwami trzecimi lub zobowiązaniami umownymi między Rzeczpospolitą Polską a państwami trzecimi, w tym z USA⁸⁷.

10. Wnioski

Analiza ustawy zmieniającej pod kątem jej zgodności z prawem UE ujawniła poważne ryzyko stwierdzenia jej niezgodności zarówno z pierwotnym prawem UE, jak i wtórnym prawem UE, a także z umowami międzynarodowymi zawartymi między UE a państwami trzecimi. Niezgodność tę stwierdzić mogą sądy polskie, Trybunał Sprawiedliwości lub sądy przewidziane przez umowy międzynarodowe. Wówczas na zasadzie prymatu prawa UE przed prawem krajowym każdy organ stosujący prawo będzie miał obowiązek zastosowania prawa UE i niestosowania prawa polskiego z nim sprzecznego. W stosunku do KRRiT jednostka będzie mogła powołać się bezpośrednio na dyrektywę, ponieważ KRRiT jest emanacją państwa i odpowiada jak państwo za brak implementacji dyrektyw. W związku z powyższym ustawa zmieniająca nie powinna wejść w życie.

Przy stosowaniu prawa UE należy przestrzegać zasady uzasadnionych oczekiwań i ochrony własności jako ogólnych zasad prawa. Z kolei zastosowanie się do tych zasad może pociągać za sobą konieczność naprawienia szkody wyrządzonej działającym nadawcom, których koncesje nie zostaną przedłużone. Z jednej strony dotychczasowy nadawca, któremu nie zostanie przedłużona koncesja w związku z przyjęciem ustawy niezgodnej z prawem UE, może dochodzić odszkodowania przed sądem polskim, który to sąd ma obowiązek zbadania sprawy w świetle

87 Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 r., Dz. U. z 1994 r. Nr 97, poz. 467.

wszystkich przepisów obowiązujących w Polsce, w tym w świetle prawa UE. Może przy tej okazji skorzystać z możliwości skierowania do Trybunału Sprawiedliwości wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Z drugiej zaś strony, Komisja Europejska może pozwać Polskę przed Trybunałem Sprawiedliwości (skarga z art. 258 TFUE), jeśli uzna, że Polska uchybiła jednemu ze zobowiązań, które na niej ciążyą na mocy Traktatów. W grę wchodzi zarówno działanie władz państwowych, jak i zaniechanie. Oznacza to, że uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego może polegać na przyjęciu ustawy lub jakiegokolwiek środka o charakterze ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, bądź na braku środków. Wydanie przez Trybunał Sprawiedliwości wyroku stwierdzającego uchybienie przez Polskę zobowiązaniom traktatowym w związku z przyjęciem ustawy zmieniającej skutkowałoby odmową stosowania jej przepisów, a dla zainteresowanych stron mogłoby otwierać drogę do wznowienia postępowania o wydanie koncesji z pominięciem polskich przepisów niezgodnych z prawem UE. Wyrok taki ułatwiłby także dochodzenie odszkodowania od Skarbu Państwa przed sądem polskim, jeśli takowe nie zostałyby przyznane wcześniej.

Ograniczenia i dopuszczalne wyjątki w swobodnym przepływie kapitału w Unii Europejskiej określone w pierwotnym i wtórnym prawie Unii są przedmiotem bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, które nie zostało uwzględnione w pracach nad ustawą zmieniającą. Z jednej strony pewne ograniczenia swobody przepływu kapitału mogą być uznane za nieuchronną konsekwencję ograniczeń wynikających z innych swobód gospodarczych, w szczególności prawa przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług, a państwa członkowskie mają możliwość podejmowania środków niezbędnych do zapobiegania naruszeniom ich ustaw i aktów wykonawczych. Z drugiej zaś środki ograniczające fundamentalne swobody UE muszą być zgodne z zasadami ogólnymi prawa UE, w szczególności z zasadą proporcjonalności.⁸⁸ W końcu, wśród dopuszczonych przez Traktat odstępstw od zasady swobodnego przepływu kapitału znajdują się względy porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, ale na wyjątek ten państwa członkowskie mogą się powołać jedynie w przypadku wystąpienia rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia podstawowych interesów społeczeństwa. W żadnym wypadku powoływanie się na wyjątki w ogólnych zasadach prawa UE nie może być przedmiotem arbitralnych naruszeń, a z takimi mamy do czynienia w przypadku braku należytego oficjal-

88 G. Moens, J. Trone, *Commercial Law of the European Union*, Springer, New York 2010, p. 140.

nego uzasadnienia ograniczeń wprowadzanych w obrocie zarówno wewnętrznym, jak i z państwami trzecimi.

Z punktu widzenia ekonomicznego ograniczanie swobodnego przepływu kapitału wpływa negatywnie na rynek wewnętrzny i handel zagraniczny. Dostęp do kapitału na inwestycje i innowacje jest warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym, rozwoju każdego rynku. W dobie globalizacji coraz silniejsze są argumenty przemawiające za równoległym stosowaniem swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału przynajmniej w odniesieniu do tych obszarów integracji europejskiej, które pozostają pod istotnym wpływem procesów globalizacyjnych. Takim obszarem jest bez wątpienia rynek audiowizualnych usług medialnych, a proponowana zmiana idzie dokładnie w przeciwnym kierunku, dlatego nie powinna wejść w życie.

Spis treści

1. Zakres i uzasadnienie zmian zawartych w ustawie z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji.	4
2. Zakres koordynacji audiowizualnych usług medialnych w UE.	9
3. Rozgraniczenie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału.	14
4. Ograniczenia swobody przepływu kapitału uzasadnione środkami niezbędnymi do zapobiegania naruszeniom ustaw i aktów wykonawczych państw członkowskich.	27
5. Ograniczenia swobody przepływu kapitału uzasadnione środkami związanymi z ochroną porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego .	30
6. Różnice w interpretowaniu pojęcia ograniczenia przepływu kapitału w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi i w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi.	32
7. Bezpośrednie inwestycje zagraniczne w Unii Europejskiej	36
8. Stosunki transatlantyckie UE-USA	38
9. Ocena przepisów przejściowych	39
10. Wnioski.	40