



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 12-07-2021 r.

Adam Bodnar

VII.716.24.2021.ST

**Pani Elżbieta Witek
Marszałek Sejmu RP**

**Kancelaria Sejmu RP
ePUAP**

Szanowna Pani Marszałek,

w związku ze złożonym w dniu 7 lipca 2021 r. poselskim projektem ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389), wykonując konstytucyjny obowiązek stania na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych (art. 208 ust. 1 Konstytucji RP), przedstawiam uprzejmie uwagi do tego projektu. **W przedłożonym Sejmowi RP kształcie legislacyjnym projekt ten narusza bowiem konstytucyjne standardy stanowienia prawa, narusza też konstytucyjne wolności, a także godzi w gospodarcze interesy Polski.**

Stosownie do art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020 r. poz. 805 ze zm.; dalej jako: ustawa) rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 35 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji koncesja dla spółki z udziałem osób zagranicznych może być udzielona, jeżeli udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, a w przypadku prostej spółki akcyjnej – w ogólnej liczbie akcji tej spółki, nie przekracza 49%. Ponadto, w myśl art. 35 ust. 3 tej ustawy, koncesja może być również

udzielona: 1) osobie zagranicznej lub 2) spółce zależnej w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej – których siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie Europejskiego Obszaru Gospodarczego – bez stosowania ograniczeń zawartych w art. 35 ust. 2 ustawy.

Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji w istotny sposób zmienia warunki uzyskania koncesji. Projektodawcy proponują nadanie art. 35 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji nowego brzmienia. Proponują bowiem, aby koncesja dla spółki z bezpośrednim lub pośrednim udziałem kapitałowym osób zagranicznych mogła być udzielona, jeżeli bezpośredni lub pośredni udział kapitałowy 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%. Proponują także (nowe brzmienie art. 35 ust. 3), aby koncesja mogła być również udzielona osobie zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, pod warunkiem, że osoba taka nie jest zależna, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, od osoby zagranicznej, której siedziba lub stałe miejsce zamieszkania znajduje się w państwie niebędącym państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Co jest szczególnie istotne w kontekście proponowanej nowelizacji, zmienione warunki koncesyjne mają znaleźć zastosowanie do podmiotów już prowadzących zgodnie z obowiązującym prawem działalność gospodarczą polegającą na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych. Z art. 2 projektu ustawy nowelizującej wynika, że osoby zagraniczne oraz spółki zależne, o których mowa w art. 35 ust. 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym, posiadające w dniu wejścia w życie ustawy koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, dostosują swoją strukturę kapitałową oraz swoje umowy lub statuty do ograniczeń, o których mowa w art. 35 ust. 2 i 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu przewidzianym w ustawie, w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. Projektodawcy założyli też, że przedstawiona przez nich nowelizacja wejdzie w życie po upływie 30 dni od dnia jej ogłoszenia (art. 3).

Poselski projekt ustawy stanowi klasyczny przykład odejścia od cywilizowanych reguł stanowienia prawa, zakłada bowiem w uproszczeniu „zmianę reguł gry w trakcie trwania tej gry”. W związku z tym w sposób oczywisty rodzi się pytanie o to, czy ten sposób stanowienia prawa odpowiada zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Klauzula państwa prawnego zawiera bowiem w sobie także zasadę zaufania obywateli do państwa i prawa, której istotą jest lojalność państwa wobec jednostki (czy też szerzej wobec wszelkich podmiotów, którym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługują prawa lub wolności). Zasada ta oznacza przede wszystkim konieczność ochrony i respektowania praw słusznie nabytych i ochrony interesów w toku (zob. m. in. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 marca 1993 r., sygn. akt K 9/92, OTK z 1993 r. Nr 1, poz. 6; wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 października 2000 r., sygn. akt SK 7/00, OTK z 2000 r., Nr 7, poz. 256; z dnia 15 lutego 2005 r., sygn. akt K 48/04, OTK z 2005 r., Nr 2/A, poz. 15, z dnia 29 września 2014 r., sygn. akt K 49/12, OTK z 2014 r., Nr 8, poz. 94). Jej treść przejawia się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, „aby nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. akt K 27/00, OTK z 2001 r., Nr 2, poz. 29).

W związku z powyższym konstytucyjna zasada zaufania obywateli do państwa i prawa zawiera w sobie gwarancje bezpieczeństwa prawnego. Bezpieczeństwo to umożliwia przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych. Bezpieczeństwo prawne, przewidywalność prawa oraz respektowanie przez państwo działań podejmowanych na podstawie obowiązującego prawa, stanowią zaś gwarancję ochrony podstawowych wolności lub praw, w tym wolności działalności gospodarczej, która stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 20 Konstytucji RP).

Proponowana nowelizacja narusza tak rozumianą konstytucyjną zasadę zaufania obywateli do państwa i prawa, będącą na gruncie prawa publicznego odpowiednikiem cywilistycznej zasady *pacta sunt servanda*. Za pomocą tej nowelizacji państwo postanawia

bowiem zerwać publiczne przyrzeczenie zawarte w treści dotychczasowych przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, dając podmiotom posiadającym swoje „interesy w toku” ledwie 6 miesięcy na dostosowanie się do nowych warunków, umożliwiających dalsze legalne rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Proponowana nowelizacja w rażąco sposób narusza też zasadę ochrony praw słusznie nabytych wynikającą z art. 2 Konstytucji RP. W tym przypadku owe prawa słusznie nabyte zostały skonkretyzowane w indywidualnym akcie administracyjnym przybierającym zewnętrzną formę decyzji koncesyjnej, wydanym w imieniu państwa polskiego przez konstytucyjny organ, jakim jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (art. 213 ust. 1 Konstytucji RP). Podjęta próba legislacyjna, polegająca na doprowadzeniu za pomocą ustawy do zwolnienia się przez Rzeczpospolitą Polską ze złożonego za pomocą tego aktu administracyjnego słowa, podważa wiarygodność Polski. Decyzją koncesyjną związany jest przecież nie tylko podmiot, który koncesję otrzymał, lecz także organy państwa. Projektowana nowelizacja stanowi przy tym arbitralną ingerencję w sferę praw słusznie i w zgodzie z obowiązującym porządkiem prawnym nabytych. Zasada ochrony praw słusznie nabytych zakazuje arbitralnego znoszenia lub ograniczania praw podmiotowych przysługujących jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym. Zasada ochrony praw nabytych zapewnia ochronę praw podmiotowych – zarówno publicznych, jak też i prywatnych. Poza zakresem stosowania tej zasady znajdują się natomiast sytuacje prawne, które nie mają charakteru praw podmiotowych ani ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych (m. in. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 22 czerwca 1999 r., sygn. akt K 5/99, OTK z 1999 r., Nr 5, poz. 100; z dnia 20 grudnia 1999 r., sygn. akt K 4/99, OTK z 1999 r., Nr 7, poz. 165; z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt K 43/12, OTK z 2014 r., Nr 5/A, poz. 50).

Proponowana nowelizacja ustawy o radiofonii i telewizji stanowi oczywiste naruszenie zasady praw słusznie nabytych, nabycie tych praw i ich słuszność zostały potwierdzone w imieniu państwa przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w akcie koncesyjnym. Nie zaszły zaś żadne nadzwyczajne okoliczności, które uzasadniałyby wkroczenie przez ustawodawcę w sferę tych praw, proponowana ingerencja nosi w związku z tym wszelkie cechy arbitralności.

Arbitralność ta dotyka zaś w sposób bezpośredni sfery wolności szczególnie chronionej na poziomie Konstytucji RP, tj. wolności środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji RP) oraz wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Radiofonia i telewizja są bowiem instrumentami służącymi realizacji owych podstawowych wolności.

Zgodnie z art. 54 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej. Jednakże po udzieleniu takiej koncesji, państwo powinno powstrzymać się od ingerencji w realizację przez nadawcę jego uprawnień wynikających z udzielonej mu koncesji, o ile rozpowszechnia on swoje programy w zgodzie z obowiązującym porządkiem prawnym. Dlatego arbitralna interwencja ustawodawcza, podejmowana wobec nadawcy prowadzącego swoją działalność w sposób szanujący porządek prawny Rzeczypospolitej Polskiej, na podstawie udzielonej mu przez państwo koncesji, stanowi również naruszenie art. 14 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Państwo nie posiada bowiem swobody regulacyjnej wkraczania tę sferę, może jedynie czynić to wówczas, gdy jest to konieczne dla ochrony innych konstytucyjnych wartości. Tymczasem projektodawcy w uzasadnieniu do projektu ustawy ograniczyli się do gołosłownego odwołania się do klauzuli „bezpieczeństwa państwa”, w żaden sposób nie precyzując, w jaki sposób proponowana nowelizacja, stanowiąca ingerencję w konstytucyjną wolność słowa, wpłynie na poprawę bezpieczeństwa państwa. W istocie jednak, o czym będzie jeszcze mowa poniżej, to sami projektodawcy wnosząc ten projekt, stwarzają realne zagrożenie dla ekonomicznego bezpieczeństwa państwa.

Projektowana nowelizacja ustawy o radiofonii i telewizji narusza też konstytucyjnie chronioną sferę wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP). W myśl art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Do ograniczenia wolności działalności gospodarczej mają także zastosowanie klauzule zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Oznacza to, że wolność działalności gospodarczej może podlegać ograniczeniom ustanowionym w ustawie tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazuje się, że „projekt ustawy ma na celu doprecyzowanie regulacji umożliwiających efektywne przeciwdziałanie przez Krajową Radiofonię i Telewizję możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami rtv przez dowolne podmioty spoza Unii Europejskiej, w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. (...) Mając na względzie obserwowane w ostatnim czasie zwiększenie zagrożeń dla interesów państwa wynikające, z tzw. działań hybrydowych państw trzecich, proponowane zmiany należy uznać za konieczne.” Działania projektodawców motywowane są więc (przynajmniej w sferze werbalnej) bezpieczeństwem państwa. Przesłanka ta z pewnością mieści się w pojęciu „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP, uzasadniającego ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Przesłanka ta została także zwerbalizowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jednak już pobieżna lektura obowiązującej ustawy o radiofonii i telewizji prowadzi do wniosku, że wprowadzenie projektowanego rozwiązania nie jest konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa, zagrożonego przez bliżej niesprecyzowane przez projektodawców działania państw trzecich spoza obszaru Unii Europejskiej. Spełnienie przesłanki konieczności w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest zaś niezbędnym elementem dopuszczalności ograniczenia wolności działalności gospodarczej.

Z art. 38 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji wynika, że koncesja może być cofnięta, jeżeli rozpowszechnianie programu powoduje zagrożenie interesów kultury narodowej, bezpieczeństwa i obronności państwa lub narusza normy dobrego obyczaju. Na podstawie tego przepisu Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji może więc cofnąć koncesję każdemu podmiotowi, który rozpowszechnia programy stanowiące zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, niezależnie od tego czy podmiot ten pochodzi spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego czy też posiada swoją siedzibę na tym obszarze. Poszukując natomiast odpowiedzi na pytanie, czy ingerencja w sferę konstytucyjnego prawa jednostki jest zgodna z zasadą konieczności, należy zawsze rozważyć, czy cel, do którego dąży ustawodawca można osiągnąć przy pomocy środków równie skutecznych, ale mniej dolegliwych (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98, OTK z 2000 r., Nr 3, poz. 86; z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04, OTK z 2005 r., Nr 6/A, poz. 64).

W sposób oczywisty obowiązujący art. 38 ust. 2 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji realizuje cel eksponowany przez projektodawców *expressis verbis* w uzasadnieniu do projektu ustawy, tj. ochronę bezpieczeństwa państwa. Z pewnością środek ten, w postaci cofnięcia koncesji, jest skuteczny i mniej dolegliwy niż środek zaproponowany w projekcie ustawy. Środek ten pozwala bowiem na punktowe rozstrzygnięcie o dalszej możliwości rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w sytuacji, gdy pojawia się realne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. Stąd też projektowana ustawa narusza też art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przez to, że wprowadza ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które nie są konieczne w demokratycznym państwie.

Projektowana ustawa bywa nazywana w tytułach prasowych (m. in. „Gazeta Wyborcza” z dnia 9 lipca 2021 r.) „lex TVN”. W tym kontekście, a zwłaszcza w kontekście amerykańskiego kapitału zaangażowanego w tę stację telewizyjną, zwrócić trzeba uwagę, że projektowana ustawa narusza art. 118 ust. 3 Konstytucji RP. Z przepisu tego wynika, że wnioskodawcy, przedkładając Sejmowi RP projekt ustawy, przedstawiają skutki finansowe jej wykonania. Wnioskodawcy projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji wskazali w uzasadnieniu do projektu, że „przyjęcie projektowanych rozwiązań nie spowoduje dodatkowych wydatków budżetowych”. Jest to stwierdzenie nieprawdziwe w świetle postanowień Traktatu o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzonego w Waszyngtonie w dniu 21 marca 1990 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 97, poz. 467; dalej jako: Traktat). Z art. 91 ust. 1 Konstytucji RP wynika, że ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Naruszenie wymienionego Traktatu musi więc pociągnąć za sobą określone skutki prawne, w ich następstwie także skutki finansowe dla budżetu państwa.

Z art. II ust. 1 Traktatu wynika prawo każdej Strony do ustanowienia lub utrzymywania wyjątków mieszczących się w jednym z sektorów lub dziedzin wymienionych w aneksie do Traktatu. W punkcie 4 do aneksu Traktatu Rzeczpospolita Polska zastrzegła sobie prawo do ustanowienia wyjątków m. in. we własności i prowadzeniu stacji nadawczych radiowych i telewizyjnych. Jednak jakikolwiek wyjątek wprowadzony w przyszłości nie ma zastosowania względem inwestycji już istniejących

w danym sektorze lub dziedzinie w momencie jego wejścia w życie (art. II ust. 1 Traktatu). Nie ulega więc wątpliwości, że wprowadzana ustawa narusza te postanowienia Traktatu, w razie jej wejścia w życie będzie bowiem obejmowała także już istniejące inwestycje amerykańskie. Podkreślić należy, że Traktat gwarantuje niedyskryminacyjne traktowanie inwestycji amerykańskich w Polsce, także tych pozostających pod pośrednią jedynie kontrolą spółek amerykańskich. Ustanawiając wyjątki dotyczące stacji telewizyjnych nie można więc traktować inwestycji amerykańskich w sposób mniej korzystny niż analogicznych inwestycji pochodzących z któregośkolwiek innego państwa. Skoro wprowadzane ograniczenia nie znajdują zastosowania do spółek z obszaru Europejskiego Obszaru Gospodarczego, to nie powinny objąć również spółek amerykańskich.

Z art. VII ust. 1 Traktatu wynika zaś, że inwestycje nie zostaną wywłaszczone lub znacjonalizowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez środki równoznaczne z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją, chyba że nastąpi to w celu publicznym, w sposób niedyskryminacyjny, za bezzwłoczną wypłatą odpowiedniego i skutecznego odszkodowania.

Z pewnością więc w świetle powołanych postanowień Traktatu przyjęcie ustawy w proponowanym kształcie pociągnie za sobą skutki finansowe dla budżetu (przede wszystkim odszkodowawcze), spowodowane naruszeniem tej umowy międzynarodowej. W tym znaczeniu przedstawiony projekt godzi w bezpieczeństwo ekonomiczne państwa. Ponieważ jednak przewidywane w świetle Traktatu skutki finansowe tego projektu będą obciążać podatników, a nie wnioskodawców, wnioskodawcy z subtelną lekkością stwierdzają, że przyjęcie tej ustawy nie spowoduje dodatkowych wydatków budżetowych.

Skoro wnioskodawcy z naruszeniem art. 118 ust. 3 Konstytucji RP nie przedstawili rzeczywistych skutków wykonania przedłożonego projektu ustawy, to w ogóle nie powinien zostać nadany bieg temu projektowi.

Projektowana ustawa narusza także postanowienia Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2004.90.864/2 z dnia 30 kwietnia 2004 r.), tj. artykuły 49 i 54 TFUE. Gwarantują one swobodę przedsiębiorczości spółkom założonym zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw członkowskich (np. Królestwa Niderlandów) oraz mającym swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii.

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dopuszcza wprowadzić ograniczenia swobody przedsiębiorczości uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego, chodzi jednak o zagrożenia rzeczywiste i wystarczająco poważne. Jak wskazano wyżej, projektodawcy nie wykazali istnienia takiego realnego zagrożenia, w szczególności ze strony Stanów Zjednoczonych Ameryki. Nieuzasadnione formułowanie takich podejrzeń podważa natomiast zobowiązania wynikające z Traktatu Północnoatlantyckiego, sporządzonego w Waszyngtonie w dniu 4 kwietnia 1949 r., którego Rzeczpospolita Polska jest stroną, a który stanowi podstawy funkcjonowania organizacji bezpieczeństwa międzynarodowego, jaką jest NATO.

Uwagi powyższe przekazuję uprzejmie Pani Marszałek stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627), z prośbą o ich uwzględnienie w toku prac nad projektem zawartym w druku sejmowym nr 1389.

Łączę wyrazy szacunku

Adam Bodnar

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/