

Zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru w Unii Europejskiej w kontekście zmiany warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych

1. Wstęp

Niniejszy artykuł został poświęcony zasadom pluralizmu mediów i swobody odbioru w Unii Europejskiej w kontekście koncesjonowania działalności nadawczej w Polsce. Inspiracją do podjęcia tematu stały się propozycje zmian polskiego prawa w zakresie warunków udzielania koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych. W dniu 11 sierpnia 2021 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389)¹ zwaną potocznie „lex TVN” (dalej: ustawa zmieniająca). Następnie 13 sierpnia 2021 r. ustawa została przekazana do Senatu, który na posiedzeniu w dniu 9 września 2021 r. rozpatrzył ustawę zmieniającą i podjął uchwałę o jej odrzuceniu. Powrót do prac nad ustawą zmieniającą miał nastąpić w bliżej nieokreślonym czasie. Niespodziewanie w piątek 17 grudnia 2021 r. ustawą zmieniającą zajęła się Sejmowa Komisja Kultury i Środków Przekazu, która zarekomendowała Sejmowi odrzucenie uchwały Senatu o odrzuceniu ww. nowelizacji. Tego samego dnia po południu Sejm uchwałę Senatu odrzucił, w konsekwencji czego uchwalił ustawę zmieniającą. Następnie nowelizacja trafiła do podpisu Prezydenta RP, który w dniu 27 grudnia 2022 r. zawetował ustawę zmieniającą². Celem artykułu jest analiza i ocena art. 1 pkt 3 ustawy zmieniającej dotyczącego warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych pod kątem zgodności tych przepisów z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą pluralizmu mediów i swobody odbioru, ale także w świetle fundamentalnych swobód gospodarczych UE. W artykule uwzględniono więc zarówno prawo pochodne UE dotyczące audiowizualnych usług medialnych, jak i prawo pierwotne UE odnoszące

* Dr hab. Sylvia Majkowska-Szulc, prof. Uniwersytetu Gdańskiego, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0002-4257-7030.

¹ Ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389). Podstawę analizy stanowił tekst ustawy zmieniającej zawarty w druku senackim nr 482. Niniejszy artykuł nie dotyczy zmian zaproponowanych tego samego dnia w druku sejmowym nr 1340, a które to zmiany weszły w życie częściowo 1 listopada 2021 r. i w pozostałym zakresie 1 stycznia 2022 r.

² Weto nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji – pismo i wniosek, https://www.prezydent.pl/storage/file/core_files/2022/1/5/d1cf2aa1d06a4b0a2d2ef18d3f322dc4/Weto%20-%20ustawa%20o%20zm.%20ustawy%20o%20radiofonii%20i%20telewizji.pdf [dostęp 3.07.2022].

się do swobodnego przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości. Temat zasługuje na pogłębioną analizę na wypadek rozważania przez polskiego ustawodawcę przyjęcia regulacji opartej na dyskryminacji kapitału obcego w ramach działalności audiowizualnej.

2. Zakres i uzasadnienie ustawy zmieniającej

Ustawa zmieniająca proponowała modyfikację warunków przyznawania koncesji ze względu na strukturę kapitałową podmiotów, którym miała być udzielona koncesja, co skutkowałoby wpływem na dotychczasowe i przyszłe struktury kapitałowe spółek zarejestrowanych w innych państwach EOG niż Polska. Artykuł 35 ust. 2 ustawy o radiofonii wskazuje szczególne wymagania, które muszą spełnić spółki z udziałem osób zagranicznych, by uzyskać koncesję. Jednocześnie należy podkreślić, 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 wyjątku³. W porównaniu do obowiązującego brzmienia proponowana zmiana wprowadzała warunek braku zależności osoby zagranicznej pochodzącej z EOG od osoby zagranicznej pochodzącej spoza EOG, przy czym wspomniany brak „zależności” miał być oceniany w świetle kryteriów przewidzianych w polskiej ustawie Kodeks spółek handlowych⁴ (dalej: k.s.h.). Ponadto przewidywane było dodanie ustępu 4 do art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji⁵. Przepis ten stanowił *novum*. Ustawodawca deklarował w nim traktowanie podmiotów z EOG na równi z podmiotami polskimi, ale pod warunkiem, że na potrzeby uzyskania koncesji nie będą zależne, w rozumieniu k.s.h., od podmiotów pochodzących spoza EOG. Równość ta przejawiać się miała w fakcie, że ten sam wymóg stawia się spółkom pochodzącym z Polski⁶.

3. Koordynacja audiowizualnych usług medialnych w UE

Na szczeblu Unii Europejskiej audiowizualne usługi medialne są koordynowane mocą dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych

³ Art. 1 pkt 3 lit. b ustawy zmieniającej.

⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.

⁵ Art. 1 pkt 3 lit. c ustawy zmieniającej.

⁶ Szczegółowo na ten temat: S. Majkowska-Szulc, *Opinia nt. zgodności z prawem UE ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr 482)*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2021, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5990/plik/oe-355_ost.pdf [dostęp 10.10.2021].

i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (tzw. dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)⁷. Działalność w sektorze audiowizualnych usług medialnych należy do działalności regulowanej. Celem polityki regulacyjnej w tym obszarze jest zabezpieczenie określonych interesów publicznych, w tym zapewnienie pluralizmu mediów. Ponadto regulowanie działalności w sektorze audiowizualnych usług medialnych ma na celu zabezpieczenie takich interesów publicznych, jak różnorodność kulturowa, prawo do informacji, ochrona małoletnich i konsumentów oraz zwiększanie świadomości społecznej i umiejętności korzystania z mediów⁸. Nieustannie zwiększająca się ilość informacji i ich zasięg stanowią wyzwanie, które wymaga jednoznacznej i wielowymiarowej polityki publicznej w celu zachowania wysokiej jakości wiadomości i pluralizmu mediów jako dobra publicznego niezbędnego dla demokracji⁹. Dodatkowo celem dyrektywy jest uniknięcie zakłóceń konkurencji, zwiększenie pewności prawnej, wsparcie dokończenia budowy rynku wewnętrznego oraz uproszczenie tworzenia jednolitej przestrzeni informacyjnej¹⁰. W związku z tym państwa członkowskie uzgodniły, że należy umożliwić przedsiębiorstwom rozwój w warunkach regulowanych jedynie w niezbędnym stopniu¹¹.

Wobec powyższego przepisy ww. dyrektywy nie pozostają bez wpływu na systemy koncesjonowania obowiązujące w państwach członkowskich. Z jednej strony, ww. dyrektywa nie wpływa na odpowiedzialność państw członkowskich i ich organów w zakresie czynności organizacyjnych, w tym systemu koncesjonowania¹². Jest więc oczywiste, że za działania organów krajowych nie odpowiadają organy Unii Europejskiej, tylko władze danego państwa członkowskiego. 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 medialnych¹³. 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 medialne¹⁴.

⁷ Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010, s. 1-24.

⁸ Motyw 12 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

⁹ P.L. Parcu, *New Digital Threats to Media Pluralism in the Information Age*, "Competition & Regulation in Network Industries" 2020, vol. 21, no. 2, s. 91, 92, 99, EBSCOhost, doi:[10.1177/1783591719886101](https://doi.org/10.1177/1783591719886101) [dostęp 10.10.2021].

¹⁰ Motyw 11 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹¹ Motyw 14 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹² Motyw 19 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

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

¹⁴ Motyw 2 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Tradycyjne systemy koncesyjne w znacznej mierze przestały spełniać swoje dotychczasowe funkcje w związku z rozwojem technologii. Generalnie koncesjonowanie oparte na zasadzie terytorializmu stanęło pod znakiem zapytania¹⁵. Faktem stała się postępująca konwergencja usług medialnych, która oznacza stopniowe łączenie się tradycyjnych usług nadawczych i Internetu. Stwarza to możliwości oglądania programów za pomocą odbiorników telewizyjnych z dostępem do Internetu oraz zapewnia dostęp do audiowizualnych usług medialnych za pomocą komputerów stacjonarnych, laptopów, tabletów i innych urządzeń przenośnych. Granice między znanym z XX w. linearnym modelem konsumpcji treści audiowizualnych za pomocą odbiorników telewizyjnych a usługami na żądanie dostarczanych do komputerów już się zatarły¹⁶. Internet ułatwia dostęp do informacji, co sprzyja wolności wypowiedzi i zwiększa pluralizm poglądów, ale jednocześnie pojawiają się nowe wyzwania związane ze sposobem docierania do informacji i ich oceniania. Z tych względów już w 2014 r. Rada podkreślała, że należy zwrócić szczególną uwagę na ewentualne negatywne skutki zarówno nadmiernej koncentracji własności w tym sektorze, jak i rosnącej pozycji selekcjonerów informacji¹⁷. Była to reakcja na pojawiające się w Europie zagrożenia dla pluralizmu mediów.

W 2010 r. Węgry przyjęły nową ustawę medialną, powszechnie uważaną za zagrażającą wolności mediów. Na jej podstawie utworzono organ kontroli mediów – Narodowy Urząd ds. Mediów i Telekomunikacji – składający się z członków wyznaczonych przez partię rządzącą w parlamencie. W pierwotnym brzmieniu ustawy, aby móc działać na Węgrzech, wszystkie organizacje medialne musiały zarejestrować się w ww. Urzędzie. Organ miał prawo nakładać grzywny w wysokości do 700 000 euro na przedsiębiorstwa medialne za „niezrównoważony zasięg wiadomości” (*imbalanced news coverage*) lub materiały, które uznał za obrażające „moralność publiczną”. Rażąco naruszenia mogły skutkować cofnięciem rejestracji. W wyniku zdecydowanej interwencji UE i Rady Europy ustawa węgierska została nieznacznie zmieniona, ale wiele zaleceń nie zostało wdrożonych¹⁸. Z kolei w 2011 r. w Wielkiej Brytanii wybuchła „afery hakerska”, która ujawniła niebezpieczeństwo koncentracji zbyt dużej władzy medialnej w zbyt małej liczbie rąk. Wydarzenia te spowodowały zmianę w podejściu Komisji Europejskiej do kwestii zaangażowania UE w regulację pluralizmu mediów¹⁹.

Wobec pojawienia się nowych technologii transmitowania audiowizualnych usług medialnych ramy regulacyjne dotyczące wykonywania działalności transmisyjnej powinny uwzględniać wpływ zmian strukturalnych, rozpowszechnienia

¹⁵ F. Cunningham, *Entertainment Licensing*, „Licensing Journal” 2019, vol. 39, no. 5, s. 16-17.

¹⁶ Por. Komisja Europejska, *Zielona Księga Przygotowanie do nadejścia w pełni zintegrowanych mediów audiowizualnych: wzrost gospodarczy, twórczość i wartości*, COM/2013/0231 final.

¹⁷ Konkluzje Rady i przedstawiciele rządów państw członkowskich zebranych w Radzie w sprawie wolności i pluralizmu mediów w otoczeniu cyfrowym, Dz. Urz. UE C 32 z 4.02.2014 r., s. 6-7.

¹⁸ Human Rights Watch, *Hungary: Media Law Endangers Press Freedom, Problematic Legislation Part of Wider Concern About Country's Rights Record*, January 7, 2011.

¹⁹ E. Komorek, *The Problem Which Refuses to Go Away. Recent Developments in the EU Approach to Media Pluralism*, „Communications Law: Journal of Computer, Media & Telecommunications Law” 2014, vol. 19, no. 2, s. 40-42.

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 językowej²⁰. Z czasem rozszerzono zakres dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych o regulacje dotyczące platform udostępniania wideo, zwłaszcza w celu nałożenia pewnych obowiązków na dostawców takich platform²¹. Przykład platform udostępniania wideo potwierdza, że rozwój technologii spowodował zniknięcie pewnych istotnych powodów, dla których audiowizualne usługi medialne były objęte systemem koncesjonowania w konkretnym państwie. Ważne i pilne jest znalezienie odpowiednich narzędzi regulacyjnych, by zapewnić pluralistyczne i zróżnicowane rynki mediów w Europie w nowej rzeczywistości²².

4. Zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru

Wolność i pluralizm mediów są podstawowymi wartościami chronionymi przez Kartę praw podstawowych, więc znajdują swoje oparcie w prawie pierwotnym UE²³. Prawa te mają swój odpowiednik także w art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁴. Wolność i pluralizm mediów są jednym z filarów demokracji, bowiem media odgrywają ważną rolę w zapewnianiu przejrzystości i rozliczalności, a także mają wpływ na opinię publiczną oraz na udział obywateli w procesach decyzyjnych i ich wkład w te procesy²⁵. Wsparciu wolności i pluralizmu mediów służy także dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych. Z kolei pluralizm informacji powinien być, w ocenie państw członkowskich, podstawową zasadą Unii²⁶, a instrumenty przyjmowane przez państwa członkowskie powinny przyczyniać się do upowszechniania pluralizmu mediów²⁷. Kluczową rolę w egzekwowaniu przepisów ww. dyrektywy mają właściwe audiowizualne organy regulacyjne w państwach członkowskich, w tym Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji w Polsce.

²⁰ Motywy 4-5 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²¹ Komunikat Komisji, *Wytoczne w sprawie stosowania w praktyce kryterium zasadniczej funkcji w odniesieniu do definicji „usługi platformy udostępniania wideo” zgodnie z dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych*, C/2020/4322, Dz. Urz. UE C 223 z 7.07.2020 r., s. 3-9.

²² K. Rozgonyi, *Negotiating New Audiovisual Rules for Video Sharing Platforms: Proposals for a Responsive Governance Model of Speech Online*, „Revista Catalana de Dret Públic” 2020, no. 61, s. 83, EBSOhost, doi:[10.2436/rcdp.i61.2020.3537](https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3537) [dostęp 15.11.2021].

²³ Art. 11 ust. 2 Karty praw podstawowych.

²⁴ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

²⁵ Konkluzje Rady i przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie w sprawie wolności i pluralizmu mediów w otoczeniu cyfrowym, Dz. Urz. UE C 32 z 4.02.2014 r., s. 6-7.

²⁶ Motyw 34 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²⁷ Motyw 94 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Jednocześnie jedną z najważniejszych zasad, na których opiera się dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych, jest swoboda odbioru. Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia na swoim terytorium swobody odbioru, przy jednoczesnym nieograniczaniu retransmisji audiowizualnych usług medialnych z innych państw członkowskich²⁸. Dyrektywa ustanawia zatem zasadę uznawania przez odbierające państwo członkowskie funkcji kontrolnych państwa pochodzenia wobec telewizyjnych programów nadawców telewizyjnych podlegających jego jurysdykcji. Kontrola stosowania prawa państwa członkowskiego pochodzenia mającego zastosowanie do programów telewizyjnych i kontrola przestrzegania postanowień dyrektywy należy wyłącznie do państwa członkowskiego, z którego programy pochodzą. Z tych względów państwo członkowskie będące odbiorcą nie jest uprawnione do sprawowania własnej kontroli pod względami wchodzącymi w zakres dziedzin koordynowanych przez dyrektywę²⁹. Jednakże co do zasady dyrektywa 2010/13 nie sprzeciwia się zastosowaniu przepisów krajowych, które w sposób ogólny mają na celu ochronę interesu ogólnego, nie ustanawiają jednak powtórnej kontroli programów telewizyjnych występującej obok kontroli będącej obowiązkiem państwa członkowskiego, z którego programy są nadawane³⁰. Ponadto za niezgodne z unijną swobodą odbioru uznane zostały klauzule bezwzględnej ochrony terytorialnej stosowane w umowach dystrybucyjnych³¹. Dodatkowo unijna zasada swobody odbioru zadecydowała o kierunkach rozwoju ochrony praw autorskich do utworu nadawanego w ramach rozpowszechniania telewizyjnego³². Zakres zastosowania tej zasady jest wieloaspektowy, a jej skuteczność wymaga współpracy między organami różnych państw. 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. dyrektywy³³.

²⁸ Art. 3 ust. 1 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²⁹ Wyrok Trybunału (trzecia izba) z 22 września 2011 r., *Mesopotamia Broadcast A/S METV i Roj TV A/S p. Bundesrepublik Deutschland*, sprawy połączone C-244/10 i C-245/10, ECLI:EU:C:2011:607, pkt 35-36. Tezy aktualne, choć wyrok wydany na podstawie dyrektywy Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, Dz. Urz. UE L 298, s. 23, zmienionej dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r., Dz. Urz. UE L 202, s. 60.

³⁰ Wyrok Trybunału (druga izba) z 4 lipca 2019 r., *Baltic Media Alliance Ltd. vs. Lietuvos radijo ir televizijos komisja*, C-622/17, ECLI:EU:C:2019:566, pkt 73.

³¹ Wyrok Sądu (piąta izba) z 12 grudnia 2018 r., *Groupe Canal+ p. Komisji Europejskiej*, T-873/16, ECLI:EU:T:2018:904. Na ten temat: S. Mavroghenis, F. Pedro, *The Canal+ Judgment: Your Favourite Domestic Channels, in Luxembourg (Take 2) – Absolute Territorial Protection*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, vol. 10, no. 4, s. 228-231.

³² H. Ulianova, *Protection of Intellectual Property Rights in the Field of Television and the Internet. The Notion of Teleformat*, "Ius Humani" 2021, vol. 10, no. 1, s. 8, EBSCOhost, doi: [10.31207/ih.v9i2.264](https://doi.org/10.31207/ih.v9i2.264) [dostęp 10.10.2021].

³³ Motyw 95 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych określa dopuszczalne ograniczenia zasady swobody odbioru. Niezależnie od stosowania ogólnej zasady kraju pochodzenia, na której opiera się ww. dyrektywa, państwa członkowskie mogą podejmować działania, które ograniczają swobodę przepływu przekazów telewizyjnych, ale z zastrzeżeniem spełnienia warunków i w ramach procedury określonej w dyrektywie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości wszelkie ograniczenia swobody świadczenia usług, w tym wszelkie odstępstwa od podstawowej zasady Traktatu, podlegają wykładni zawężającej³⁴. Dotyczy to także szczególnego rodzaju usług, jakimi są audiowizualne usługi medialne. Procedura wprowadzania ograniczeń swobody odbioru 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 ww. dyrektywy, 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. Państwo może też tymczasowo ograniczyć swobodę odbioru, jeśli dochodzi do naruszenia art. 6a ust. 1, tj. ochrona małoletnich, lub szkodzi zdrowiu publicznemu, lub stwarza poważne i groźne ryzyko takiej szkody³⁵. 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 uszczerbku³⁶. We wszystkich wskazanych sytuacjach Komisja Europejska ostatecznie postanawia o zgodności podjętych środków z prawem unijnym. W przypadku decyzji negatywnej państwo członkowskie zostaje zobowiązane do pilnego odstąpienia od środków, których to dotyczy³⁷. Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych stwarza więc środki ochrony odbiorców przed nadawcami naruszającymi prawo.

5. Unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego w UE

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. Bezpośrednie inwestycje

³⁴ Motyw 43 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁵ Art. 3 ust. 2 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁶ Art. 3 ust. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁷ Art. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

zagraniczne wymienione zostały w nomenklaturze przepływu kapitału³⁸ i są one definiowane jako „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”³⁹. Zakres podmiotowy swobodnego przepływu kapitału regulują postanowienia traktatowe, w myśl których zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi⁴⁰. Tym samym zasada swobodnego przepływu kapitału jest otwarta na podmioty pochodzące z państw trzecich.

Rozporządzenie ustanawiające unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych⁴¹ weszło w życie 10 kwietnia 2019 r., a przewidziany w nim mechanizm współpracy ma zastosowanie od 11 października 2020 r. Rozporządzenie 2019/452 uzupełnia ogólne ramy polityki inwestycyjnej UE poprzez zapewnienie, że otwartość UE na bezpośrednie inwestycje zagraniczne jest zrównoważona przez odpowiednie kontrole potencjalnych zagrożeń. Wskazuje ono czynniki, które mogą być brane pod uwagę przez państwa członkowskie lub Komisję przy ustalaniu, czy bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny. Państwa członkowskie i Komisja mogą uwzględniać ewentualny wpływ danej inwestycji między innymi na fizyczną lub wirtualną infrastrukturę krytyczną, w tym infrastrukturę związaną z mediami, a ponadto na wolność i pluralizm mediów⁴². Dodatkowo rozporządzenie 2019/452 wskazuje na trzy przykładowe sytuacje, które mogą być brane pod uwagę przez państwa członkowskie i Komisję przy badaniu wpływu inwestycji na bezpieczeństwo lub porządek publiczny. Po pierwsze, chodzi o to, czy dany inwestor zagraniczny jest bezpośrednio lub pośrednio kontrolowany przez rząd, w tym organy państwowe lub siły zbrojne, państwa trzeciego, również poprzez strukturę własnościową lub istotny poziom finansowania. Po drugie, mogą badać, czy dany inwestor zagraniczny był już zaangażowany w działania mające wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny w państwie członkowskim. W końcu mogą sprawdzać, czy istnieje poważne ryzyko udziału danego inwestora zagranicznego w niezgodnej z prawem lub przestępczej działalności⁴³.

³⁸ Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz. Urz. UE L 178 z 8.07.1988 r., s. 5-18. Moc interpretacyjna nomenklatury zawartej w ww. dyrektywie: wyrok TS (pierwsza izba) z 21 maja 2015 r., *Finanzamt Ulm p. Ingeborg Wagner-Raith*, C-560/13, ECLI:EU:C:2015:347. Definicje pojęć z dyrektywy Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz. Urz. L 178 z 8.07.1988 r., s. 5-18.

³⁹ *Ibidem*, s. 5-18.

⁴⁰ Art. 63 ust. 1 TFUE.

⁴¹ 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. Urz. UE L 79 I z 21.03.2019 r., s. 1-14.

⁴² Art. 4 ust. 1 lit. a i e rozporządzenia 2019/452.

⁴³ Art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2019/452.

Powyższe oznacza, że odpowiednie organy krajowe mają możliwość ograniczenia pluralizmu mediów lub swobody odbioru w zakresie przewidzianym przez unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego w UE. Tymczasem polski ustawodawca, proponując ustawę zmieniającą, założył, że każda bezpośrednia lub pośrednia zależność kapitałowa od podmiotów pochodzących z państw spoza EOG stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, w związku z czym zaproponował automatyczne odmawianie udzielenia koncesji wszelkim podmiotom zależnym od podmiotów zagranicznych pochodzących spoza EOG. Jednocześnie wśród źródeł zagrożenia polski ustawodawca nie wskazał obiektywnych przesłanek, takich jak wymienione w rozporządzeniu, w tym na przykład kontrolowanie spółki nadawczej przez organy państwowe lub siły zbrojne państwa trzeciego. Polski ustawodawca przewidział badanie zależności od podmiotów zagranicznych w rozumieniu polskiego k.s.h., a nie w rozumieniu obiektywnych przesłanek. W konsekwencji polski ustawodawca, nie wskazując obiektywnych przesłanek uznania podmiotu za stanowiący zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego, dopuściłby się arbitralnego naruszenia prawa w zakresie stosowania wyjątków od zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru. Ponadto przewidziane w ustawie zmieniającej ograniczenia inwestycyjne w zakresie uzyskania w Polsce koncesji na usługi medialne nie stanowiły skutecznego środka ochrony bezpieczeństwa państwa, a tym bardziej nie mogły wypełniać tego celu skuteczniej niż działające wspólnie właściwe organy państw członkowskich i Komisja Europejska. W tym sensie ustawa zmieniająca była bezcelowa.

6. Ocena ustawy zmieniającej pod kątem jej zgodności z prawem UE

Proponowana zmiana była rewolucyjna, jeśli chodzi o ocenę zdolności spółek pochodzących z UE, i szerzej z EOG, do uzyskania koncesji w Polsce. W tym kontekście pojawia się wiele wątpliwości dotyczących zgodności ustawy zmieniającej zarówno z prawem polskim, jak i unijnym. Przede wszystkim ustawa zmieniająca była niezgodna z Konstytucją RP oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z dnia 21 marca 1990 r.⁴⁴, choć ten aspekt nie był przedmiotem niniejszego artykułu. Powód ten był natomiast podawany jako główna przyczyna zawetowania ustawy zmieniającej przez Prezydenta RP. Ponadto ustawa zmieniająca była niezgodna z pierwotnym i wtórnym prawem UE, w tym ze swobodą przedsiębiorczości, swobodnym przepływem kapitału oraz

⁴⁴ Zespół Doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu Rzeczypospolitej Polskiej X kadencji, *Opinia prawna w przedmiocie zgodności ustawy uchwalonej przez Sejm RP 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji z Konstytucją RP z 1997 r. oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 21 marca 1990 r.* (druk senacki nr 482), Kancelaria Senatu RP, Warszawa, 25.08.2021, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5989/plik/ekspertyza_zespolu_doradcow-lex_tvn.pdf [dostęp 10.10.2021].

z zasadą pluralizmu mediów i swobody odbioru. Dodatkowo ustawa zmieniająca naruszała obowiązujące na szczeblu UE procedury przewidziane na wypadek zagrożenia bezpieczeństwa publicznego ze strony bezpośrednich inwestycji zagranicznych.

Jeśli chodzi o unijną swobodę przedsiębiorczości, to zakazuje ona każdej dyskryminacji ze względu na siedzibę spółki. Z kolei dyskryminacja ma miejsce zarówno w przypadku stosowania różnych reguł w porównywalnych sytuacjach, jak i w przypadku stosowania tej samej reguły w odmiennych sytuacjach⁴⁵. Z tych względów art. 49 TFUE w związku z art. 54 TFUE zakazuje odmiennego traktowania, jeżeli spółki te znajdują się w obiektywnie porównywalnej sytuacji. Jednocześnie zakazuje stosowania tych samych reguł do spółek, które nie znajdują się w porównywalnej sytuacji. W tym kontekście przewidziane w ustawie zmieniającej kryterium zależności w rozumieniu k.s.h. stanowiło przejaw dyskryminacji, ponieważ w świetle polskiego prawa sytuacja spółki zarejestrowanej w Polsce i przewidzianej przez polski system prawny nie jest porównywalna z sytuacją spółki zarejestrowanej w innym państwie członkowskim UE i przewidzianej przez system prawny tego państwa. W państwach UE występują formy działalności gospodarczej znacznie różniące się w zależności od systemu prawnego, z którego pochodzą, a niektóre rodzaje spółek są nawet nieznane w innych systemach prawnych. W takiej sytuacji stosowanie kryterium rozróżniającego określonego w polskim prawie spółek jest dyskryminujące. Również samo pojęcie spółki dominującej i spółki zależnej jest różnie definiowane w różnych państwach członkowskich. Kodeks spółek handlowych definiuje pojęcie spółki dominującej jako spółki handlowej⁴⁶, a z kolei zdefiniowanie spółki handlowej jest możliwe poprzez analizę przepisów odnoszących się do określonych typów normatywnych spółek. Tymczasem systemy innych państw dopuszczają inne typy normatywne spółek albo podobnym typom spółek nadają inny charakter. W tej sytuacji w przypadku spółek wielonarodowych zarejestrowanych w innych państwach członkowskich, a korzystających z unijnej swobody przedsiębiorczości, wyłonienie spółki zależnej według kryteriów przewidzianych w k.s.h. może być utrudnione, a nawet niemożliwe. Wobec powyższego dalsza pogłębiona analiza przepisów k.s.h. jest zbędna.

Dodatkowo art. 49 TFUE zakazuje każdej pośredniej lub ukrytej dyskryminacji ze względu na siedzibę spółki, przy czym w przypadku dyskryminacji ukrytej chodzi o zastosowanie innego kryterium rozróżnienia niż siedziba spółki, które jednakże prowadzi w rzeczywistości do takiego samego dyskryminującego rezultatu⁴⁷. Kryterium rozróżniające w postaci braku zależności w rozumieniu polskiego

⁴⁵ Na przykład wyroki TS: z 14 lutego 1995 r., *Schumacker*, C-279/93, Rec. s. I-225, pkt 30; z 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Zb. Orz. s. I-11673, pkt 46; z 2 kwietnia 2009 r., *Elshani*, C-459/07, Zb. Orz. s. I-2759, pkt 36.

⁴⁶ Artykuł 4 § 1 pkt 4 k.s.h.

⁴⁷ Wyroki TS: z 5 lutego 2014 r., *Hervis Sport*, C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47, pkt 30; z 5 grudnia 1989 r., *Komisja p. Włochom*, C-3/88, Rec. s. 4035, pkt 8; z 13 lipca 1993 r., *Commerzbank*, C-330/91, Rec. s. I-4017, pkt 14; z 8 lipca 1999 r., *Baxter i in.*, C-254/97, Rec. s. I-4809, pkt 10; z 25 stycznia 2007 r., *Meindl*, C-329/05, Zb. Orz. s. I-1107, pkt 21; z 1 czerwca 2010 r., *Blanco Pérez i Chao Gómez*, sprawy połączone C-570/07 i C-571/07, Zb. Orz. s. I-4629, pkt 117 i n.

k.s.h. jest wprawdzie adresowane do wszystkich spółek wnioskujących o koncesję w Polsce, czy też teoretycznie jest stosowane na identycznych warunkach do wszystkich spółek wnioskujących, ale może stanowić przejaw dyskryminacji pośredniej z tych samych powodów, które zostały wskazane powyżej. W konsekwencji zastosowanie teoretycznie tych samych kryteriów określonych w polskim prawie spółek zarówno do spółek z Polski, jak i spółek z innych państw członkowskich UE, może prowadzić do położenia spółek z innych państw UE w gorszej sytuacji ze względu na siedzibę spółki poza Polską. Wspomniane przez polskiego ustawodawcę zapobieganie dyskryminacyjnemu traktowaniu polskich koncesjonariuszy ma więc wynikać z tego, że skoro wymóg braku zależności w rozumieniu k.s.h. 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 i podmiotów z EOG, a ze względu na swój dyskryminacyjny charakter jest niezgodne z prawem UE.

W końcu ograniczenia praw wynikających z prawa UE muszą zawsze spełniać kryterium proporcjonalności, czyli każdy wyjątek powinien być oceniany w świetle celu, któremu ma to służyć. W przypadku ustawy zmieniającej celem tym było rzekomo zapewnienie bezpieczeństwa państwa, czyli Rzeczypospolitej Polskiej. Powołanie się przez ustawodawcę krajowego na względy bezpieczeństwa publicznego celem wprowadzania ograniczeń w fundamentalnych swobodach UE, w tym w swobodnym przepływie kapitału i swobodzie przedsiębiorczości, jest obwarowane konkretnymi warunkami. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy zmieniającej, „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”⁴⁸. Z powyższego wynika, że polski ustawodawca zmierzał do wykluczenia możliwości wpływu na sprawy spółek świadczących audiowizualne usługi medialne przez podmioty pochodzące spoza EOG, a regulację tę uzasadniał względami bezpieczeństwa państwa. Znamienne, że wobec wspomnianego zagrożenia Prokurator Generalny uznał, że ustawa zmieniająca leży poza zakresem zadań i kompetencji Prokuratora Generalnego, więc postanowił nie przedstawiać uwag w sprawie projektu ustawy zmieniającej⁴⁹. Należy podkreślić, że obowiązuje przepis ustawy o radiofonii i telewizji, który wprost przewiduje, że koncesji nie udziela się, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować zagrożenie bezpieczeństwa państwa⁵⁰. Przepis ten dotyczy wszystkich wnioskodawców bez względu na strukturę własnościową, więc ma szerszy zakres

⁴⁸ 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].

⁴⁹ Opinia Prokuratora Generalnego do druku sejmowego nr 1389, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?documentId=D9BAEC0EDB4CBE93C125871F00436F0D> [dostęp 14.10.2021].

⁵⁰ Art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 805.

niż przepisy ustawy zmieniającej, jeśli chodzi o ochronę bezpieczeństwa publicznego. Konkludując, ustawa zmieniająca została oficjalnie uzasadniona względami bezpieczeństwa państwa, ale w rzeczywistości była motywowana innymi względami. Faktem pozostaje, że proponowała ona zmiany, które dyskryminowałyby podmioty z innych państw członkowskich UE. Nie bez znaczenia jest też fakt, że istnieją unijne ramy monitorowania inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa publicznego, o czym była mowa w punkcie poprzedzającym.

Ustawa zmieniająca poprzez wprowadzenie nowych ograniczeń inwestycyjnych w stosunku do nadawców ubiegających się o koncesję w Polsce przewidywała rozszerzenie polskiego systemu koncesji medialnych wbrew treści i celom dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. W kontekście systemu regulacyjnego proponowane zmiany pozostawały w sprzeczności m.in. z prawem do informacji i pluralizmem mediów, a jednocześnie w żaden sposób nie wpływały na zwiększenie ochrony małoletnich czy konsumentów. Bez wątplenia proponowane w ustawie zmieniającej ograniczenia w udzielaniu koncesji ze względu na strukturę własnościową nadawcy ograniczały 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.

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 publiczny⁵¹. 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. Na przykład odmowa udzielenia koncesji przez polskie organy nie skutkuje brakiem dostępu z terytorium Polski do usług świadczonych przez danego nadawcę. Pierwotnie, na etapie przyjmowania polskiej ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁵², 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. Obecnie 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*). Konkludując, system koncesyjny na etapie przyznawania koncesji nie jest ani proporcjonalnym, ani skutecznym środkiem osiągnięcia celu w postaci bezpieczeństwa państwa lub jego obywateli. W tym znaczeniu ustawa zmieniająca była bezcelowa i nie gwarantowała osiągnięcia celu w postaci braku możliwości prowadzenia działalności nadawczej przez podmiot, któremu koncesji nie udzielił polski organ administracji publicznej.

⁵¹ Art. 37 ust. 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców, Dz. U. z 2018 r. poz. 646, t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162.

⁵² Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34.

W świetle procedury ustanowionej w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych 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 każdą władzę krajową w walce z rzeczywistym zagrożeniem. Przewidziana w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych procedura daje też możliwość przeciwdziałania zagrożeniom wspólnie przez wszystkie państwa członkowskie, co jest istotne w dobie cyfryzacji. Jeśli więc 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 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych i uzyskać *de facto* zgodę Komisji Europejskiej. Do tej pory Polska nie zgłosiła Komisji Europejskiej tego rodzaju zagrożenia.

Zasada swobody odbioru ma kluczowe znaczenie dla podmiotów, które prowadzą działalność nadawczą w jednym państwie członkowskim na podstawie koncesji przyznanej w innym państwie członkowskim. Może to być przypadek TVN24 nadającego w Polsce na podstawie koncesji uzyskanej w Niderlandach⁵³. Zarówno obowiązująca regulacja, jak i ta proponowana w ustawie zmieniającej wykluczają możliwość uzyskania w Polsce koncesji przez osoby zagraniczne 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.

Analiza faktów, które zbiegły się w czasie z pracami nad ustawą zmieniającą, potwierdza tezę, że polski ustawodawca zmierzał do ograniczenia pluralizmu mediów. Prace legislacyjne rozpoczęły się w momencie, gdy Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji od ponad roku rozpatrywała wniosek o koncesję złożony przez TVN SA. Z doniesień medialnych wynikało, że problematyczna miała być pośrednia zależność kapitałowa TVN SA (Polska) od Discovery Inc. (Stany Zjednoczone). Tymczasem KRRiT nie tylko uchybiła wszelkim terminom administracyjnym, ale także pozbawiła wnioskodawcę prawa do sprawiedliwego procesu, ponieważ nie wydała decyzji odmownej, którą wnioskodawca mógłby zaskarżyć. W końcu 22 września 2021 r., po 19 miesiącach od dnia złożenia wniosku, KRRiT podjęła uchwałę o udzieleniu TVN SA koncesji na kolejny okres na rozpowszechnianie programu TVN24. Jednakże tego samego dnia KRRiT przyjęła uchwałę „w sprawie podjęcia działań mających

⁵³ 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].

na celu uporządkowanie zasad rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce w zakresie możliwości działania podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁵⁴.

W uchwale tej KRRiT zwróciła uwagę na problem dyskryminacyjnego traktowania polskich koncesjonariuszy w stosunku do koncesjonariuszy z innych państw EOG w zakresie nakładanych ograniczeń inwestycyjnych. Chodzi o art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, bowiem 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. Tymczasem aktualnie obowiązujące przepisy przewidują maksymalny próg 49% udziałów lub akcji podmiotu spoza EOG, który to próg stanowi granicę między zastosowaniem przepisów o swobodnym przepływie kapitału a swobodą przedsiębiorczości. Artykuł 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji dopuszcza bowiem maksymalnie 49% udział podmiotów z państw trzecich w spółkach ubiegających się o koncesję w Polsce. Jednocześnie art. 35 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji znosi wszelkie ograniczenia dla podmiotów pochodzących z państw EOG, ponieważ podmioty te mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości na zasadach przewidzianych dla podmiotów pochodzących z Polski. Jeśli chodzi zaś o badanie zależności podmiotu zagranicznego pochodzącego z EOG od podmiotów pochodzących spoza EOG, to niezgodny z prawem może być zarówno wymóg braku zależności, jak i sposób badania zależności w rozumieniu polskiego k.s.h. Ograniczenia swobód gospodarczych i zasad prawa UE podpadają konkretnym warunkom, o czym w innych punktach artykułu. Już samo potencjalne zagrożenie dyskryminacyjnego traktowania spółek pochodzących z UE ze względu na niespełnienie warunków stawianych spółkom znanym polskiemu systemowi prawa jest wystarczająco odstraszające, by mogło zostać uznane za niezgodne z traktatami.

7. Wnioski

Ustawa zmieniająca przewidywała wprowadzenie ograniczeń działalności nadawczej zarejestrowanych w Polsce spółek z udziałem osób zagranicznych, uzasadniając je względami bezpieczeństwa państwa, a na zasadzie równego traktowania wprowadza te same ograniczenia w stosunku do podmiotów pochodzących z państw członkowskich EOG. Jeśli intencją polskiego ustawodawcy byłoby zapewnienie równego traktowania polskich podmiotów i podmiotów z EOG, to zniósłby ograniczenia inwestycyjne obowiązujące aktualnie w ustawie o radiofonii i telewizji,

⁵⁴ Uchwała Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji Nr 230/2021 z dnia 22 września 2021 r. w sprawie podjęcia działań mających na celu uporządkowanie zasad rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce w zakresie możliwości działania podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego, <https://www.gov.pl/attachment/4024bf7b-7b7d-4d8d-bb4c-e1564688e58d> [dostęp 30.09.2021].

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 spełniała kilkanaście lat temu. Przedstawione przez polskiego ustawodawcę uzasadnienie zmian jest nieprzekonywujące. Wobec powyższego faktycznym celem ustawy zmieniającej jest ograniczenie pluralizmu mediów w Polsce. Jak zauważa Adam Bodnar, w porównaniu z Węgrami Polska nadal wydaje się toczyć pluralistyczną debatę w wielu kwestiach. Jednakże przestrzeń dla tej debaty kurczy się ze względu na presję na społeczeństwo obywatelskie, silną rolę kontrolowanych przez państwo mediów publicznych, jak również ze względu na zwiększanie kontroli nad mediami poprzez wykorzystanie państwowych spółek do przejmowania niezależnych spółek medialnych⁵⁵. Diagnozę tę można uzupełnić stwierdzeniem, że władza w Polsce zmierza do ograniczenia pluralizmu mediów poprzez zmiany warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych.

Przedstawiony w niniejszym artykule przypadek ustawy zmieniającej nie kończy problemu ograniczania pluralizmu mediów przez władzę publiczną w Polsce. W dniu 27 czerwca 2022 r. wprowadzono ostatni etap zmian nadawania bezpłatnej naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce DVB-T2/HEVC. W wyniku decyzji Urzędu Komunikacji Elektronicznej na wniosek Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji inaczej potraktowano telewizję publiczną i telewizję prywatną. Telewizja publiczna nie musiała zmienić standardu nadawania. Tymczasem nadawcy komercyjni musieli przejść na nowy standard nadawania DVB-T2, w wyniku czego około 2,5 mln widzów pozostało bez możliwości odbierania takich ogólnodostępnych kanałów jak Polsat czy TVN, ponieważ nie dostosowali odbiorników do nowej technologii⁵⁶.

⁵⁵ A. Bodnar, *Polish Road toward an Illiberal State: Methods and Resistance: Addison C. Harris Lecture, Indiana University, Maurer School of Law*, "Indiana Law Journal" 2021, vol. 96, no. 4, s. 1085.

⁵⁶ T.J., *Cały kraj w zasięgu nowego standardu telewizji cyfrowej. Nadawcy komercyjni protestują*, „Dziennik Gazeta Prawna” 26.06.2022, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/media/artykuly/8478998,naziemna-telewizja-cyfrowa-protest-tvn-tvp-zostaje.html> [dostęp 5.07.2022].

