

Warszawa, 15 grudnia 2022 r.

**Prof. ucz. dr hab. Piotr Bogdanowicz**  
**Wydział Prawa i Administracji**  
**Uniwersytet Warszawski**

**Opinia prawna w sprawie zgodności art. 10 pkt 8 projektu ustawy  
wprowadzającej przepisy ustawy Prawo komunikacji elektronicznej  
z prawem Unii Europejskiej, w zakresie dotyczącym obowiązku  
*must carry* oraz kolejności programów w EPG**

**I. Wprowadzenie**

1. Niniejszą opinię prawną ("**Opinia**") przygotowałem na zlecenie TVN S.A.
2. Przedmiotem Opinii jest ocena zgodności art. 10 pkt 8 projektu ustawy wprowadzającej przepisy ustawy Prawo komunikacji elektronicznej<sup>1</sup> z prawem Unii Europejskiej ("**Projekt**").
3. Projekt przewiduje, między innymi, zmiany w zakresie kształtowania obowiązków *must carry* i *must offer* ("**MCMO**" lub "**must carry**") określonych w art. 43-43a ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji ("**Ustawa**"). Kluczowe – z perspektywy przedmiotu Opinii – zmiany są omówione poniżej.
4. **W aktualnym stanie prawnym**, zgodnie z art. 43 ust. 1 Ustawy, operator rozprowadzający program, z wyłączeniem podmiotu rozprowadzającego program w sposób cyfrowy drogą rozsyłczą naziemną w multipleksie, jest obowiązany do rozprowadzania programów "Telewizja Polska I", "Telewizja Polska II" i jednego regionalnego programu telewizyjnego rozpowszechnianego przez Telewizję Polską S.A. oraz programów rozpowszechnianych w sposób analogowy drogą rozsyłczą naziemną przez Telewizję Polsat S.A., TVN S.A., Polskie Media S.A., Telewizję Puls Sp. z o.o. w 2011 r. (łącznie 7 programów).

---

<sup>1</sup> Druk sejmowy nr 2862.

5. **W przypadku wejścia w życie Projektu**, operator taki ("rozprowadzający programy w sieci telekomunikacyjnej") obowiązany będzie na własny koszt do rozprowadzania, a także do odpowiedniego wyeksponowania i zapewnienia łatwego dostępu dla wszystkich odbiorców jego usługi w zakresie rozprowadzania programów do następujących programów: "Telewizja Polska I", "Telewizja Polska II", "TVP Info", "TVP Kultura" oraz regionalnego programu rozpowszechnianego przez Telewizję Polską S.A, właściwego dla danego obszaru (łącznie 5 programów). Obowiązek MCMO obejmować ma również inne programy, w tym "co najmniej programy, o których mowa w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 [Ustawy]". Programy, o których mowa w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 Ustawy to rozpowszechniane przez TVP S.A. programy skierowane do odbiorców za granicą oraz programy realizujące misję publiczną w rozumieniu art. 21 ust. 1 Ustawy. W przeciwieństwie do ww. 5 programów, które mają zostać określone na poziomie ustawowym, pozostałe programy objęte obowiązkiem rozprowadzania mają być określone w rozporządzeniu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji ("**Krajowa Rada**" lub "**KRRiT**"), po przeprowadzeniu otwartych konsultacji publicznych oraz uwzględniając interes społeczny w zakresie dostępu do informacji, dóbr kultury i sztuki, upowszechniania sportu, dorobku nauki, edukacji obywatelskiej, potrzeb mniejszości narodowych i etnicznych, a także zachowanie pluralizmu źródeł informacji i zwiększenia różnorodności ogólnodostępnej oferty programowej oraz konieczności promowania programów objętych tym obowiązkiem, zapewniając odpowiednie wyeksponowanie i łatwy dostęp odbiorców do tych programów. Liczba programów określonych w rozporządzeniu KRRiT nie może być większa niż 30.
6. Zgodnie z Projektem, ww. 5 programów ma zostać umieszczonych w układzie programów w elektronicznym przewodniku po programach ("**EPG**") na pozycjach od 1 do 5 w kolejności: "Telewizja Polska I", "Telewizja Polska II", regionalny program rozpowszechniany przez Telewizję Polską S.A., "TVP Info" oraz "TVP Kultura". Programy, o których mowa w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 Ustawy, po ich określeniu w rozporządzeniu KRRiT, mają zajmować kolejne pozycje po pozycji 5. Oznacza to, że ewentualne inne programy (w tym nadawców prywatnych), w przypadku określenia ich w rozporządzeniu KRRiT, byłyby wyznaczane na dalszych (ostatnich) pozycjach.
7. Rozpaczynam od przedstawienia konkluzji.

## **II. Konkluzje**

- 1. Art. 10 pkt 8 Projektu jest niezgodny z art. 114 ust. 1 Dyrektywy 2018/1972, w zakresie w jakim nakłada obowiązki dotyczące transmisji obowiązkowej (MCMO) w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, który nie jest niezbędny do realizacji celów leżących w interesie ogólnym. Ponadto, wbrew wymogom wynikającym z art. 114 ust. 1 Dyrektywy 2018/1972, cele te nie zostały wyraźnie (konkretnie) określone w Projekcie (o czym może świadczyć, że cele wskazane w Projekcie są szersze niż całość zadań radiofonii i telewizji wynikających z art. 1 pkt 1 i 1a) Ustawy).**
- 2. Mając na uwadze, że wprowadzane przez art. 10 pkt 8 Projektu ograniczenia w świadczeniu usług nie mają charakteru proporcjonalnego, a cele interesu ogólnego nie zostały określone w sposób wystarczająco wyraźny (konkretny), art. 10 pkt 8 Projektu narusza również art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.**
- 3. Art. 10 pkt 8 Projektu w zakresie w jakim nakłada obowiązki dotyczące transmisji obowiązkowej (MCMO) nie spełnia standardów przewidzianych przez unijne zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych interesów (oczekiwań).**
- 4. Art. 10 pkt 8 Projektu jest niezgodny z art. 7a Dyrektywy 2010/13 w zw. z motywem 25 Dyrektywy 2018/1808, w zakresie w jakim reguluje kolejność programów telewizyjnych w EPG , w sposób, który z jednej strony jest dyskryminacyjny względem programów nadawców prywatnych, a z drugiej nie jest niezbędny do realizacji określonych celów leżących w interesie ogólnym, a wręcz może mieć negatywne skutki dla pluralizmu mediów, interesów konsumentów oraz uczciwej konkurencji. Ponadto, wbrew wymogom wynikającym z Dyrektywy 2018/1808, cele te nie zostały konkretnie określone w Projekcie, ale tak samo jak w przypadku MCMO są szersze niż całość zadań radiofonii i telewizji wynikających z art. 1 pkt 1 i 1a) Ustawy.**

### III. Ocena zgodności Projektu z prawem Unii Europejskiej

#### **Regulacja MCMO na poziomie prawa unijnego i w świetle orzecznictwa**

1. Możliwość wprowadzenia obowiązków MCMO wynika obecnie z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej: "**Dyrektywa 2018/1972**"). Zgodnie z jej art. 114 ust. 1:

*"państwa członkowskie mogą nakładać uzasadnione obowiązki dotyczące transmisji obowiązkowej związane z nadawaniem określonych kanałów radiowych i telewizyjnych oraz powiązanych usług uzupełniających, w szczególności usług ułatwiających odpowiedni dostęp użytkownikom końcowym z niepełnosprawnościami i zapewniających dane wspierające usługi telewizji hybrydowej i elektroniczne przewodniki po programach, na przedsiębiorstwa, które podlegają ich jurysdykcji i udostępniają sieci i świadczą usługi łączności elektronicznej wykorzystywane do rozpowszechniania wśród ogółu obywateli kanałów radiowych lub telewizyjnych, w przypadku gdy dla znacznej liczby użytkowników końcowych takie sieci i usługi są głównym sposobem odbierania kanałów radiowych i telewizyjnych. Takie obowiązki nakłada się jedynie wtedy, gdy są one niezbędne do realizacji celów leżących w interesie ogólnym, wyraźnie określonych przez każde państwo członkowskie, przy czym obowiązki te muszą być proporcjonalne i przejrzyste." (wszystkie podkreślenia w Opinii własne).*

2. Ostatnie zdanie art. 114 ust. 1 Dyrektywy 2018/1972 jest wyrazem wskazanej w motywie 5 i uszczegółowionej w art. 12 ust. 1 zasady, że Dyrektywa 2018/1972 tworzy ramy prawne dla zapewnienia swobody w zakresie dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej, które podlegają wyłącznie warunkom określonym w niej oraz ograniczeniom zgodnie z art. 52 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ("TFUE"). Przepisy TFUE dotyczące swobód rynku wewnętrznego, w tym swobody przedsiębiorczości (którego częścią jest wspomniany art. 52 ust. 1) oraz swobody świadczenia usług, jak również wydane na podstawie art. 114 TFUE przepisy służące urzeczywistnieniu rynku wewnętrznego, takie jak Dyrektywa 2018/1972, nie mają bowiem charakteru bezwzględnego. Oznacza to, że państwa

członkowskie mogą wprowadzać ograniczenia swobód (w przypadku Dyrektywy 2018/1972 – swobody w zakresie dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej). Ograniczenia te muszą być jednak usprawiedliwione interesem publicznym (nadrzędnym interesem ogólnym) oraz być proporcjonalne, a więc być odpowiednie i współmierne do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału takie ograniczenia podlegają ścisłej wykładni<sup>2</sup>.

3. Powyższe potwierdza motyw 308 Dyrektywy 2018/1972, który w kontekście obowiązku MCMO kilkakrotnie odwołuje się do względów interesu ogólnego i zasady proporcjonalności<sup>3</sup>. Zgodnie z tym motywem:

*"państwa członkowskie powinny mieć możliwość nakładania proporcjonalnych zobowiązań do transmisji obowiązkowej ("must carry") na przedsiębiorstwa podlegające ich jurysdykcji, w interesie uzasadnionym względami polityki publicznej, ale takie obowiązki powinny być nakładane tam, gdzie są one konieczne do osiągnięcia celów wynikających z interesu ogólnego, wyraźnie określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem Unii, oraz powinny być proporcjonalne i przejrzyste. Powinna istnieć możliwość stosowania transmisji obowiązkowej do określonych kanałów radiowych i telewizyjnych oraz usług uzupełniających, dostarczanych przez określonego dostawcę usług medialnych. Nakładane przez państwa członkowskie obowiązki powinny mieć rozsądny zakres, to znaczy powinny być proporcjonalne i przejrzyste w świetle jasno określonych celów interesu ogólnego. Państwa członkowskie powinny podać obiektywne uzasadnienie zobowiązań do transmisji obowiązkowej, które nakładają w przepisach prawa krajowego, tak aby takie zobowiązania były przejrzyste, proporcjonalne i jasno określone. Zobowiązania te powinny być sformułowane w taki sposób, aby dostarczyły wystarczających zachęt do wydajnych inwestycji w infrastrukturę."*

---

<sup>2</sup> Zob. przykładowo wyrok z 26 lutego 2019 r. w sprawie C-135/17 X GmbH, ECLI:EU:C:2019:136, pkt 60 i powołane tam orzecznictwo.

<sup>3</sup> Oraz do zasady przejrzystości, o czym szerzej mowa w dalszej części Opinii.

4. W związku z tym, że Dyrektywa 2018/1972 została uchwalona stosunkowo niedawno, jak dotąd Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ("TSUE" lub "Trybunał") nie wypowiedział się na temat wykładni jej przepisów, w tym art. 114 ust. 1. Należy jednak podkreślić, że Trybunał wielokrotnie orzekał w przedmiocie obowiązku MCMO w oparciu o przepisy TFUE poprzednio obowiązującą dyrektywę 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) ("**Dyrektywa 2002/22**")<sup>4</sup>. Poniżej wskazuję najważniejsze, z perspektywy przedmiotu Opinii, wnioski wynikające z właściwych orzeczeń TSUE<sup>5</sup>.
5. **Wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni*** dotyczył sporów pomiędzy telewizjami kablowymi a państwem belgijskim dotyczących obowiązku rozpowszechniania w dwujęzycznym stołecznym regionie Brukseli programów telewizyjnych nadawanych przez określonych nadawców prywatnych wyznaczonych przez władze tego państwa. W odpowiedzi na pytania prejudycjalne belgijskiej Rady Stanu, Trybunał orzekł, że obowiązek *must carry* stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług, które może jednak zostać uzasadnione, o ile odpowiada nadrzędnym względom interesu ogólnego, jest odpowiednie do tego, by zapewnić osiągnięcie zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia<sup>6</sup>. W ocenie TSUE, wprowadzające obowiązek *must carry* przepisy belgijskie zmierzały do "zachowania pluralistycznego charakteru oferty programowej telewizji

---

<sup>4</sup> Wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni*; wyrok z dnia 22 grudnia 2008 w sprawie C-336/07 *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*; wyrok z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-134/10 *Komisja przeciwko Belgii*; wyrok z dnia 13 grudnia 2018 r. w sprawie C-298/17 *France Télévisions* oraz wyrok z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie C-87/19 *TV Play Baltic*. Szerzej na temat trzech pierwszych orzeczeń zob. również N. van Eijk, B. van der Sloot, *Must-carry regulation: a Must or a Burden*, "Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-02".

<sup>5</sup> Należy jednocześnie pamiętać, że w ocenie TSUE również przy nakładaniu obowiązków *must carry* na przedsiębiorstwa, które nie podlegają postanowieniom art. 31 ust. 1 dyrektywy o usłudze powszechnej, państwa członkowskie muszą przestrzegać prawa Unii, w szczególności przepisów dotyczących swobody świadczenia usług ustanowionej w art. 56 TFUE. Tak Trybunał w sprawach C-298/17 *France Télévisions* oraz C-87/19 *TV Play Baltic*.

<sup>6</sup> Pkt 38 i 39.

w dwujęzycznym regionie Bruxelles-Capitale i w ten sposób stanowiły element polityki kulturalnej mającej na celu zachowanie, w sektorze audiowizualnym, wolności wyrażania opinii w ramach różnych istniejących w tym regionie nurtów, w szczególności społecznych, kulturowych, językowych, religijnych i filozoficznych"<sup>7</sup>. TSUE przypomniał jednak, że **wymagania wynikające ze środków służących wdrożeniu takiej polityki nie mogą w żadnym razie być nieproporcjonalne do tego celu, a sposób ich stosowania nie może wiązać się z dyskryminacją wobec obywateli innych państw członkowskich i wyznaczyć kierunki do oceny tych wymagań:**

- a. takie wymagania **nie mogą legitymizować dyskrejonalnych decyzji władz krajowych** pozbawiających skuteczności przepisy wspólnotowe dotyczące podstawowej swobody<sup>8</sup>;
- b. przyznanie statusu *must carry* musi podlegać **przejrzystej procedurze** i opierać się na **znanych z góry przez nadawców kryteriach** w celu uniknięcia, by władza uznaniowa, którą dysponują państwa członkowskie, była wykonywana w sposób arbitralny; w szczególności każdy nadawca powinien być w stanie określić z góry rodzaj i zakres szczegółowych warunków, które należy spełnić, oraz zobowiązań dotyczących świadczenia usług publicznych, które musi w razie potrzeby na siebie przyjąć, aby otrzymać ten status; w tym względzie **zwykle przytoczenie w uzasadnieniu do krajowych przepisów deklaracji dotyczących zasad i celów w zakresie ogólnej polityki nie może zostać uznane za wystarczające**<sup>9</sup>;
- c. przyznanie statusu *must carry* musi opierać się na **obiektywnych kryteriach właściwych do zapewnienia pluralizmu** i umożliwiających w razie potrzeby, za pomocą zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, dostęp w szczególności do informacji krajowych i lokalnych na danym obszarze; tego rodzaju statusu **nie można przyznawać automatycznie wszystkim kanałom telewizyjnym** rozpowszechnianym przez tego samego prywatnego nadawcę, lecz

---

<sup>7</sup> Pkt 42.

<sup>8</sup> Pkt 45.

<sup>9</sup> Pkt 46.

musi on być ściśle ograniczony do tych kanałów, których całkowita treść programowa jest odpowiednia do osiągnięcia takiego celu; Ponadto liczba kanałów zastrzeżonych dla prywatnych nadawców posiadających ten status nie może w oczywisty sposób przekraczać tego, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu<sup>10</sup>;

d. kryteria przyznawania statusu *must carry* muszą być **niedyskryminacyjne**<sup>11</sup>.

6. Ocenę czy wszystkie te warunki zostały spełnione, TSUE zostawił sądowi krajowemu.
7. Kolejny wyrok – z dnia 22 grudnia 2008 w sprawie C-336/07 *Kabel Deutschland Vertrieb und Service* dotyczył wykładni art. 31 ust. 1 Dyrektywy 2002/22<sup>12</sup> w świetle przepisów niemieckich zobowiązujących operatora sieci kablowej do wprowadzenia do swojej analogowej sieci kablowej kanałów i usług telewizyjnych, które są już rozpowszechniane drogą naziemną, co skutkowało zajęciem ponad połowy dostępnych w tej sieci kanałów oraz, w razie niedoboru kanałów, narzucającą kolejność wnioskodawców, która prowadziła do pełnego zajęcia dostępnych w tej sieci kablowej kanałów. Trybunał zwrócił m.in. uwagę, że wspomniany art. 31 ust. 1 Dyrektywy 2002/22 wymaga od państw członkowskich **wskazania konkretnych programów**, które otrzymają status *must carry* <sup>13</sup>. Konieczne jest również uwzględnienie gospodarczych konsekwencji wynikających z obowiązków nałożonych na operatora sieci kablowej i zbadanie czy mieszczą się one w granicach rozsądku i nie uniemożliwiają spełnienia ich na możliwych do przyjęcia z ekonomicznego punktu widzenia warunkach, biorąc pod uwagę w razie potrzeby całość działalności operatora<sup>14</sup>.
8. Ocenę czy tak było, TSUE ponownie pozostawił sądowi krajowemu, który skierował do TSUE pytania prejudycjalne.

---

<sup>10</sup> Pkt 47.

<sup>11</sup> Pkt 48.

<sup>12</sup> Przepis ten, co do zasady, odpowiada art. 114 ust. 1 Dyrektywy 2018/1972.

<sup>13</sup> Pkt 24.

<sup>14</sup> Pkt 46.



9. **Wyrok z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-134/10 Komisja przeciwko Belgii** zasługuje na uwagę z tego powodu, że jako jedyny dotąd dotyczył orzeczenia wydanego nie w trybie prejudycjalnym, ale na skutek skargi Komisji Europejskiej ("Komisja") przeciwko państwu członkowskiemu na podstawie (obecnego) art. 258 TFUE. W związku z tym, że ostatecznie TSUE uznał skargę Komisji za zasadną, orzekając, iż Belgia nieprawidłowo wdrożyła do prawa krajowego art. 31 Dyrektywy 2002/22, **wyrok pokazuje wprost, jakich przepisów krajowych nie mogą uchylać państwa członkowskie**. Komisja zarzuciła Belgii m.in., że cele interesu ogólnego wskazane w przepisach krajowych jako uzasadnienie wprowadzenia obowiązku *must carry* są niejasne oraz ogólnikowe i nigdzie nie zostały określone konkretne kryteria, na podstawie których władze krajowe dokonują wyboru programów telewizyjnych oraz, że z powodu braku obiektywnych kryteriów zapewniających konieczne minimum przejrzystości i pewności prawa, procedura przyznania statusu beneficjenta obowiązku rozpowszechniania nie jest zgodna z zasadą przejrzystości. W przedmiocie pierwszego zarzutu TSUE przyznał, że belgijska ustawa stanowi, że w celu zapewnienia pluralizmu i różnorodności kulturowej operator jest zobowiązany do rozprowadzania, równocześnie z ich nadawaniem i w całości, określonych programów rozpowszechniania telewizyjnego podległych wspólnotom belgijskim. Trybunał dodał jednak, że **samo sformułowanie celu ogólnej polityki, nieoparte żadnym dodatkowym elementem mogącym umożliwić operatorom określenie z góry charakteru i zasięgu szczegółowych warunków, jaki należy spełnić ubiegając się o przyznanie statusu beneficjenta obowiązku rozpowszechniania, jest niewystarczające**<sup>15</sup>. W przedmiocie drugiego zarzutu TSUE zwrócił uwagę, że prawo belgijskie wyznaczało nadawców, których programy korzystają z obowiązku rozpowszechniania. Przepisy te dotyczyły każdego nadawcy podległego wspólnotom francuskiej i belgijskiej, którego król wyznaczył w drodze zarządzenia poddanego pod obrady rady ministrów. W ocenie TSUE, **przepisy te nie określały zatem żadnego obiektywnego i znanego z wyprzedzeniem kryterium, na podstawie którego władze belgijskie wyznaczały programy wspomnianych**

---

<sup>15</sup> Pkt 54.

**nadawców jako beneficjentów obowiązku rozpowszechniania.** W związku z tym, że kryteria nie są znane niepublicznym nadawcom, procedura określona w przepisach belgijskich została uznana przez Trybunał za niezgodną z zasadą przejrzystości<sup>16</sup>.

10. W świetle powyższego należy ocenić, czy przepisy Projektu wprowadzające obowiązki MCMO: (i) realizują cel leżący w interesie ogólnym (ii) są proporcjonalne oraz (iii) są przejrzyste.

### ***Realizacja celu leżącego w interesie ogólnym***

11. Jak wskazano powyżej, określenie przez Krajową Radę listy programów podlegających obowiązkowi rozprowadzenia ma – zgodnie z Projektem – uwzględniać *"interes społeczny w zakresie dostępu do informacji, dóbr kultury i sztuki, upowszechniania sportu, dorobku nauki, edukacji obywatelskiej, potrzeb mniejszości narodowych i etnicznych, a także zachowanie pluralizmu źródeł informacji i zwiększenia różnorodności ogólnodostępnej oferty programowej oraz konieczności promowania programów objętych tym obowiązkiem"*.
12. Teoretycznie, prawodawca wskazuje zatem cel leżący w interesie ogólnym, mający uzasadnić nałożenie obowiązku MCMO. Jednak wskazany cel jest równy lub nawet szerszy niż całość zadań radiofonii i telewizji wynikających z art. 1 pkt 1 i 1a) Ustawy<sup>17</sup>.
13. Tymczasem w orzecznictwie TSUE wyraźnie zastrzeżono, że samo sformułowanie celu ogólnej polityki nie jest wystarczające, aby spełnić wymagania wynikające z prawa unijnego. W przeciwnym przypadku wystarczyłoby, że dla spełnienia tych wymagań państwo odwołało się wyłącznie do względów nadrzędnego interesu ogólnego. Byłoby to nie do pogodzenia z naturą ograniczeń jako wyjątków od swobód rynku wewnętrznego i koniecznością ścisłej ich wykładni.
14. Nie jest również jasne, dlaczego analizowane zmiany miałyby zostać wprowadzone. Z uzasadnienia Projektu wynika, że *"są [one] związane [...] z*

---

<sup>16</sup> Pkt 60.

<sup>17</sup> W przepisie tym wskazano, że zadania radiofonii i telewizji są realizowane przez m.in. rozprowadzanie programów telewizyjnych i obejmują: dostarczanie informacji; udostępnianie dóbr kultury i sztuki; ułatwianie korzystania z oświaty, sportu i dorobku nauki; upowszechnianie edukacji obywatelskiej; dostarczanie rozrywki i popieranie krajowej twórczości audiowizualnej.

*pilną potrzebą działań na rzecz bezpieczeństwa informacyjnego i cybernetycznego Państwa, w obliczu znaczących zagrożeń dezinformacyjnych*"<sup>18</sup>. Twierdzenia te są jednak gołostowne – nie wiadomo o jakie zagrożenia dezinformacyjne chodzi, jakie działania na rzecz bezpieczeństwa informacyjnego i cybernetycznego Polski miałyby zostać podjęte i jak do tego miałyby odnosić się Projekt. Należy przypomnieć, że w ocenie TSUE zwykłe przytoczenie w uzasadnieniu do krajowych przepisów deklaracji dotyczących m.in. celów w zakresie ogólnej polityki państwa nie jest wystarczające.

15. W związku z tym należy uznać, że w sposób niezgodny z prawem unijnym w art. 10 pkt 8 Projektu w zakresie obowiązku MCMO brakuje wyraźnie określonych konkretnych celów interesu ogólnego, które uzasadniałyby uchwalenie tego przepisu w obecnym brzmieniu.

#### ***Proporcjonalność***

16. Uważam, że art. 10 pkt 8 Projektu w zakresie obowiązku MCMO jest również nieproporcjonalny do celu w interesie ogólnym, ze względu na który miałyby zostać przyjęte. Wprowadzenie podziału na, aby posłużyć się językiem uzasadnienia Projektu, "listę ustawową" (5 programów nadawcy publicznego) oraz "listę uzupełniającą" (pozostałe programy, przy czym niekoniecznie muszą to być programy nadawców prywatnych) nie znajduje żadnego wyjaśnienia w tym uzasadnieniu. Tymczasem prowadzi ono do sytuacji, w której decyzje KRRiT mogą być przyjmowane w sposób dyskrecyjny, co jest sprzeczne z przywołanym powyżej orzecznictwem TSUE.

17. W przeciwieństwie do listy ustawowej, wymagającej podjęcia prac legislacyjnych, przeprowadzenia konsultacji czy głosowań w obu izbach parlamentu, lista uzupełniająca miałyby być określana (w tym zmieniana i uchylana) jednostronnie przez Krajową Radę. Decyzje takie mogą być podejmowane w każdym momencie. W braku obiektywnych kryteriów Krajowa Rada będzie zatem dysponowała bardzo dużym zakresem swobodnego

---

<sup>18</sup> Uzasadnienie, s. 16.

uznania, które potencjalnie może być wykorzystywane w sposób arbitralny przy określaniu programów z listy uzupełniającej.

18. Na ryzyko arbitralności, jako niedopuszczalne w świetle przepisów prawa unijnego, zwrócił uwagę TSUE w ww. wyroku w sprawie C-134/10 *Komisja przeciwko Belgii*. Jak się wydaje, nie oznacza to, zdaniem Trybunału, że wprowadzanie obowiązków MCMO nie może odbywać się za pośrednictwem aktów wykonawczych. Trybunał nie zakwestionował takiej formuły m.in. w sprawie C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium SA i inni*, w której przedmiotem oceny TSUE były zarządzenia właściwego ministra. Konieczne jest jednak, aby wydawanie aktów wykonawczych nie umożliwiało w takim przypadku podejmowania dyskrecyjnych i arbitralnych działań. **Przepisy Projektu nie tylko tego nie gwarantują, ale też nie uwzględniają specyficznego kontekstu, w którym funkcjonuje od lat Krajowa Rada, tj. organu regulacyjnego, który nie wykonuje swoich uprawnień w sposób bezstronny, którego członkowie są powoływani w procedurze w pełni upolitycznionej i którego upolitycznienie personalne przekłada się na stronniczość w podejmowaniu decyzji**<sup>19</sup>. Tymczasem, zgodnie z art. 30 ust. 2 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ("**Dyrektywa 2010/13**"), *"państwa członkowskie zapewniają, by krajowe władze lub organy regulacyjne wykonywały swoje uprawnienia w sposób bezstronny i przejrzysty oraz zgodnie z celami niniejszej dyrektywy, w szczególności pluralizmem mediów, różnorodnością kulturową i językową, ochroną konsumentów, dostępnością, niedyskryminacją, realizacją zasad rynku wewnętrznego i wspieraniem uczciwej konkurencji"*.
19. **W związku z powyższym należy uznać, że określanie listy uzupełniającej programów MCMO przez Krajową Radę w drodze rozporządzenia nie jest środkiem proporcjonalnym (odpowiednim) do celu w interesie ogólnym,**

---

<sup>19</sup> Por. S. Ananicz, *Upolitycznienie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji: nowy front w konflikcie Polski z Unią Europejską o praworządność*, Warszawa 2021, s. 2-3; dostępne na [https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/07/S.Ananicz\\_Upolitycznienie-KRRiT.nowy\\_front\\_w.konflikcie.Polski.z.UE\\_.pdf](https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/07/S.Ananicz_Upolitycznienie-KRRiT.nowy_front_w.konflikcie.Polski.z.UE_.pdf)

ze względu na który miałyby zostać przyjęty. Tym samym, lista programów – bez podziału na listę ustawową i uzupełniającą – powinna być ustalana jedynie w drodze przepisów ustawowych.

### **Przejrzystość**

20. **Artykuł 10 pkt 8 Projektu w zakresie obowiązku MCMO nie spełnia moim zdaniem również wymogu przejrzystości.** Przygotowanie listy programów podlegających obowiązkowi rozprowadzania określonej w drodze rozporządzenia KRRiT, a tym samym przyznanie statusu *must carry*, nie podlega żadnej przejrzystej procedurze. **Wbrew wymogom wynikającym z Dyrektywy 2018/1972 oraz z orzecznictwa TSUE cała procedura nie opiera się na znanych z góry przez nadawców, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach.** Zamiast tego Krajowa Rada miałaby wydać akt wykonawczy, który – decyzją prawodawcy – pozwoliłby temu organowi na dysponowanie dużym zakresem swobodnego uznania. W świetle orzecznictwa TSUE, każdy nadawca powinien być w stanie co najmniej określić z góry rodzaj i zakres szczegółowych warunków, które należy spełnić, oraz zobowiązań dotyczących świadczenia usług publicznych, które musi w razie potrzeby na siebie przyjąć, aby otrzymać status *must carry*. Przy takim brzmieniu Projektu nie będzie to możliwe.
21. Należy przy tym po raz kolejny zauważyć, że nie chodzi tutaj jedynie o formę aktu, za pomocą którego tworzona jest lista programów objętych obowiązkiem MCMO. Brzmienie art. 10 pkt 8 Projektu, w zakresie w jakim zmierza do ustalenia nowego brzmienia art. 43 ust. 4 Ustawy, nie pozostawia wątpliwości, że **określając w drodze rozporządzenia, po przeprowadzeniu otwartych konsultacji publicznych, listę programów podlegających obowiązkowi rozprowadzania, Krajowa Rada może poprzestać jedynie na programach, o których mowa w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 Ustawy, tj. nie umieścić na liście programu któregośkolwiek z nadawców prywatnych.** Oznacza to, że taki nadawca nie tylko nie jest w stanie ocenić, czy spełnia warunki do objęcia jego programów statusem *must carry*, ale też nie ma jakiegokolwiek pewności, że może w ogóle znaleźć się na takiej liście.

### ***Naruszenie zasady pewności prawa i uzasadnionych oczekiwań***

22. Jeżeli państwo członkowskie powołuje się na względy interesu publicznego w celu uzasadnienia przepisów, które mogą ograniczać korzystanie ze swobód rynku wewnętrznego, takie uzasadnienie powinno być interpretowane także w świetle ogólnych zasad prawa Unii, a w szczególności praw podstawowych zagwarantowanych obecnie w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej ("**Karta**"). Odnośne przepisy krajowe mogą zatem być objęte przewidzianymi wyjątkami, wyłącznie jeżeli są zgodne z prawami podstawowymi, nad których przestrzeganiem czuwa Trybunał<sup>20</sup>.
23. Mając na uwadze, że wprowadzane przez art. 10 pkt 8 Projektu ograniczenia nie mają charakteru proporcjonalnego, a cele interesu ogólnego nie zostały określone w sposób wystarczająco wyraźny i konkretny, **art. 10 pkt 8 Projektu narusza art. 16 Karty**, na mocy którego uznaje się wolność prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi.
24. Moim zdaniem, **art. 10 pkt 8 Projektu nie spełnia również standardów przewidzianych przez unijne zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych interesów (oczekiwań)**.
25. Zasada pewności prawa, której konsekwencją stanowi zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, wymaga, by przepisy prawne były jasne i precyzyjne, a ich skutki przewidywalne, zwłaszcza wówczas, gdy pociągają one za sobą niekorzystne konsekwencje dla jednostek i przedsiębiorstw. Trybunał orzekł, że podmiot gospodarczy nie może oczekiwać całkowitego braku zmian ustawodawczych, może jedynie kwestionować sposób wprowadzenia takiej zmiany. Jednocześnie zasada pewności prawa nie wymaga braku zmian ustawodawczych, ale wymaga w szczególności, aby ustawodawca wziął pod uwagę szczególną sytuację podmiotów i w razie potrzeby dostosował odpowiednio stosowanie nowych przepisów prawnych<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Zob. podobnie wyroki TSUE: z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *ERT*, pkt 43; z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 *Familiapress*, pkt 24 oraz z dnia 1 lipca 2014 r. w sprawie C-573/12 *Ålands Vindkraft*, pkt 125.

<sup>21</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C-98/14 *Berlington*.

26. Jak wskazano powyżej, w aktualnym stanie prawnym operator rozprowadzający program, z wyłączeniem podmiotu rozprowadzającego program w sposób cyfrowy drogą rozświeczną naziemną w multipleksie, jest obowiązany do rozprowadzania 7 programów, w tym programów nadawców prywatnych. Po wejściu w życie Projektu, na liście ustawowej znajdują się wyłącznie programy nadawcy publicznego. Co prawda, zgodnie z art. 93 ust. 2 Projektu, do czasu wydania rozporządzenia, o którym mowa w art. 43 ust. 4 Ustawy w brzmieniu nadanym Projektem, obowiązek *must carry* stosować się będzie także do niewymienionych w Ustawie programów, o których mowa w art. 43 ust. 1 zdanie pierwsze Ustawy w dotychczasowym brzmieniu. Jak już jednak wyjaśniono, zmiana tego stanu rzeczy może nastąpić w każdej chwili, wystarczające będzie bowiem, że Krajowa Rada wyda rozporządzenie i nie umieści na zawartej w nim liście uzupełniającej programów nadawców prywatnych.

27. Należy jednocześnie przypomnieć, że jak wynika z orzecznictwa TSUE, ustanowienie obowiązku rozpowszechniania niesie za sobą ryzyko gospodarcze dla usługodawców nieposiadających statusu *must carry*, tzn. wywiera względem nich konieczność prowadzenia negocjacji z operatorami w celu uwzględnienia ich w swojej ofercie, przy czym nieuniknione jest konkurowanie z innymi nadawcami. Niewątpliwie, zagwarantowanie pozycji wśród nadawców objętych statusem *must carry* ma duże znaczenie z perspektywy zawieranych w przyszłości umów między nadawcami a operatorami, a także w ogóle znajdowania się w ofercie danego operatora.

28. Bez znaczenia jest przy tym, że większość operatorów może być zainteresowana, ze względu na dużą popularność i oczekiwania społeczeństwa, aby programy nadawców prywatnych nadal były w ich ofercie. Czym innym jest ugruntowana pozycja na rynku, jaką posiadają ci nadawcy i na którą sami zapracowali, a czym innym jest określenie w przepisach ustawowych, że programy tego nadawcy zostaną uwzględnione w ofercie danego operatora.

### ***Kolejność programów w EPG***

29. Jak wskazano powyżej, Projekt zakłada, że programy z listy ustawowej będą umieszczone w układzie programów w EPG na pozycjach od 1 do 5.

Rozporządzenie KRRiT miałyby uzupełniać tę regulację. Oznaczałoby to, że w pierwszej kolejności rozporządzenie określiłoby pozycję w EPG innych programów telewizji publicznej dostępnych naziemnie (pozycje od 6), a dopiero na samym końcu, pod warunkiem umieszczenia ich na liście uzupełniającej, programów nadawców prywatnych objętych MCMO.

30. W uzasadnieniu Projektu powołano się na połączenie regulacji transmisji obowiązkowej z regulacją odpowiedniego wyeksponowania programów objętych *must carry* w ramach "wykonania kompetencji Państwa, potwierdzonych art. 7a [Dyrektywy 2010/13]"<sup>22</sup>. Wskazano również powód takiego połączenia, a mianowicie "znaczłą liczbą programów dostępnych w ofercie operatorów rozprowadzających programy i ryzykiem spychania programów o wartości publicznej na trudniej dostępne dla odbiorcy pozycje"<sup>23</sup>. W ocenie prawodawcy "sam obowiązek rozprowadzania nie zapewni dogodnego dla odbiorcy dostępu do programów o wartości publicznej"<sup>24</sup>.
31. Artykuł 7a dodano do Dyrektywy 2010/13 w 2018 r.<sup>25</sup> Zgodnie z tym przepisem, "państwa członkowskie mogą stosować środki, by zapewnić odpowiednią ekspozycję audiowizualnych usług medialnych świadczonych w interesie ogólnym". Ten lakoniczny przepis uzupełniony jest przez motyw 25 Dyrektywy 2018/1808:

*"Dyrektywa 2010/13/UE nie narusza prawa państw członkowskich do nakładania obowiązków mających zapewnić odpowiednie wyeksponowanie treści istotnych dla ogółu społeczeństwa w ramach realizacji określonych celów leżących w interesie ogólnym, takich jak pluralizm mediów, wolność słowa oraz różnorodność kulturowa. Takie obowiązki powinny być nakładane tylko wtedy, gdy są niezbędne do realizacji celów leżących w interesie ogólnym, jasno określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem unijnym. Jeżeli państwa*

---

<sup>22</sup> Uzasadnienie, s. 21.

<sup>23</sup> Uzasadnienie, s. 22.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Por. Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniającą dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku ("Dyrektywa 2018/1808").



*członkowskie zdecydują o wprowadzeniu takich przepisów, powinny zapewnić, by nałożone na przedsiębiorców obowiązki były proporcjonalne do interesu uzasadnionego względami polityki publicznej."*

**32. Analiza art. 7a Dyrektywy 2010/13 w zw. z motywem 25 Dyrektywy 2018/1808 prowadzi do wniosku, że przewidziane w Projekcie przepisy regulujące kolejność programów w EPG nie spełniają warunków wynikających z prawa unijnego.** Jest tak z następujących względów.

**33. W pierwszej kolejności** warto zwrócić uwagę, że prawodawca wydaje się błędnie utożsamiać pojęcie programu nadawcy publicznego z treściami istotnymi dla ogółu społeczeństwa. Nie każda treść zawarta w programie nadawcy publicznego ma charakter istotny dla ogółu społeczeństwa (np. programy rozrywkowe)<sup>26</sup>. Ponadto, mając na uwadze wyrażane wątpliwości co do niezależności polskich mediów publicznych<sup>27</sup>, nie ma żadnych podstaw do tego, aby twierdzić, że uprzywilejowany dostęp do programów nadawcy publicznego miałby być "dogodny dla odbiorcy". Niezależnie od tego, rzekome ryzyko "spychania" programów "o wartości publicznej" na trudniej dostępne dla odbiorcy pozycje nie zostało nawet uprawdopodobnione przez prawodawcę.

**34. Po drugie**, regulacja kolejności programów w EPG będzie miała raczej negatywne skutki dla takich wartości jak pluralizm mediów, a nie przyczyniała się do ich realizacji, jak wymaga tego motyw 25 Dyrektywy 2018/1808. Promowanie znacznej liczby kanałów MCMO jednego nadawcy w ofercie każdego operatora (co najmniej 5 programów z listy ustawowej, a następnie programy telewizji publicznej dostępne naziemnie) może ograniczyć możliwość dotarcia do programów nieobjętych MCMO (albo objętych, ale umieszczonych na samym końcu listy uzupełniającej), a w konsekwencji ograniczyć pluralizm mediów, co do którego, jak wynika z ostatniego sprawozdania Komisji Europejskiej, już istnieje zagrożenie<sup>28</sup>. Dodatkowo, nie ulega wątpliwości, że lista programów i to w jaki sposób są one ułożone na niej stanowi czynnik

---

<sup>26</sup> Por. Ł. Róg, *Gospodarka finansowa i majątkowa TVP*, "Kontrola Państwowa" nr 6/II/2021, s. 911.

<sup>27</sup> Por. DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI Sprawozdanie na temat praworządności z 2022 r. Rozdział dotyczący sytuacji w zakresie praworządności w Polsce, s. 25.

<sup>28</sup> Jw., s. 24.

różnicujący ofertę rynkową i mogący warunkować wybór konsumentów. **Proponowane rozwiązanie może mieć więc negatywny wpływ na interesy konsumentów i uczciwą konkurencję, a więc kolejne ze względów interesu ogólnego**, które prawodawca powinien chronić, a nie ja naruszać. Pod pretekstem rzekomo "dogodnego dla odbiorcy" rozwiązania, zapewniając preferencyjne traktowanie do programów nadawcy publicznego, prawodawca chce wdrożyć rozwiązanie, którego sposób stosowania będzie dyskryminacyjny wobec programów nadawców prywatnych, w tym podmiotów korzystających ze swobody przedsiębiorczości i wykonujących działalność gospodarczą w Polsce za pomocą spółek zależnych. Działanie takie jest wprost sprzeczne z art. 30 Dyrektywy 2010/13, na mocy którego państwa członkowskie muszą zapewnić, by krajowe władze wykonywały swoje uprawnienia w sposób bezstronny oraz zgodnie z celami tej dyrektywy, w szczególności pluralizmem mediów, ochroną konsumentów, dostępnością, niedyskryminacją, i wspieraniem uczciwej konkurencji.

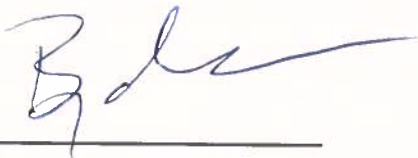
35. **Po trzecie**, nie sposób uznać, analizując treść Projektu oraz uzasadnienia do niego, aby cele leżące w interesie ogólnym zostały w tym kontekście jasno określone przez władze polskie, jak tego wymaga motyw 25 Dyrektywy 2018/1808. Wskazane w Projekcie cele (te same co dla objęcia programu obowiązkiem MCMO) są szersze niż całość zadań radiofonii i telewizji, tymczasem powinny być konkretne.
36. **Po czwarte**, nawet gdyby uznać, że istnieją cele publiczne uzasadniające wprowadzenie kolejności programów w EPG, z czym opiniujący się nie zgadza, z Projektu w żaden sposób nie wynika, dlaczego takie rozwiązanie miałoby być **niezbędne** (proporcjonalne). Podobnie jak przy ustalaniu programów objętych obowiązkiem MCMO, Projekt uniemożliwia nadawcom uprzednie zapoznanie się z warunkami, na jakich przyjdzie im prowadzić działalność nadawczą. W szczególności, nadawca nie jest w stanie określić czy jego programy zostaną objęte regulacją kolejności, a jeśli tak, to która pozycja zostanie im przypisana. W konsekwencji, ustalenie odgórne kolejności programów w EPG, która wcześniej mogła zostać uzgodniona pomiędzy nadawcami a operatorami, może spowodować straty finansowe każdej ze stron. Tymczasem, jak wynika z wyroku C-336/07 *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, przy nakładaniu obowiązków na operatora, konieczne jest uwzględnienie gospodarczych

konsekwencji i zbadanie czy mieszczą się one w granicach rozsądku i nie uniemożliwiają spełnienia obowiązków na możliwych do przyjęcia z ekonomicznego punktu widzenia warunkach, biorąc pod uwagę w razie potrzeby całość działalności operatora.

37. **Po piąte**, ustalenie kolejności programów w EPG (poza pierwszymi 5 programami nadawcy publicznego) zostało powierzone KRRiT, co wiąże się ze wszystkimi przytoczonymi wyżej zastrzeżeniami co do dyskrejonalnego podejmowania rozstrzygnięć i politycznego umotywowania działań.

#### **IV. Zastrzeżenia**

1. Nie wyrażam żadnej opinii co do faktów.
2. Opinia dotyczy tylko kwestii wskazanej powyżej w punkcie I.2.
3. Opinia odnosi się do stanu prawnego z dnia jej wystawienia.
4. Opinia dotyczy wyłącznie przepisów prawa Unii Europejskiej.
5. Jakkolwiek wnioski zaprezentowane w Opinii wynikają z analizy przepisów oraz wypowiedzi prezentowanych w doktrynie prawniczej, a także tez orzeczeń sądowych, jednakże sąd wydający orzeczenie w konkretnej sprawie nie musi uwzględniać poglądów wyrażonych przez autora Opinii, przez organy władzy publicznej sformułowane w związku z wydawaniem orzeczenia w innej sprawie ani stanowiska prezentowanego w literaturze prawniczej.



Prof. ucz. dr hab. Piotr Bogdanowicz