

prof. dr hab. Stanisław Piątek
Uniwersytet Warszawski

Opinia

**w sprawie przepisów dotyczących transmisji obowiązkowej programów telewizyjnych
w projekcie ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej .**

Spis treści

1. Podstawa i przedmiot opinii
2. Obowiązek transmisji MCMO w świetle dotychczasowego i nowego prawa krajowego oraz prawa Unii Europejskiej
 - 2.1. Implementacja prawa UE
 - 2.2. Zakres obowiązku transmisji MCMO
 - 2.3. Obowiązek wyeksponowania programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO
 - 2.4. Ograniczenia dotyczące umów pomiędzy nadawcami i podmiotami rozprowadzającymi oraz pomiędzy tymi podmiotami a odbiorcami programów
3. Unijne wymagania w zakresie obowiązku transmisji MCMO
4. Ocena zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej
 - 4.1. Ocena zgodności z wymaganiami dotyczącymi nakładania obowiązku transmisji MCMO
 - 4.2. Poziom harmonizacji praw użytkowników końcowych
5. Ocena zgodności projektu z przepisami Konstytucji RP
 - 5.1. Naruszenie wymogów wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego
 - 5.2. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej
 - 5.3. Ograniczenie praw majątkowych
 - 5.4. Naruszenie zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji
 - 5.5. Naruszenie zasady proporcjonalności
6. Konkluzje

1. Podstawa i przedmiot opinii

Opinia została przygotowana na zlecenie TVN S.A. Przedmiotem opinii jest ocena zgodności art. 10 pkt 8 oraz 9 projektu ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo komunikacji elektronicznej z prawem Unii Europejskiej oraz przepisami Konstytucji RP.

Opinia została przygotowana na podstawie następujących dokumentów:

- 1) projekt ustawy Prawo komunikacji elektronicznej, z uzasadnieniem oraz oceną skutków regulacji, dostępny na stronie Sejmu jako druk nr 2861, (dalej „Pke”),
- 2) projekt ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej, z uzasadnieniem oraz oceną skutków regulacji, dostępny na stronie Sejmu jako druk 2862 (dalej „PwPke”),

- 3) ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1722) (dalej „urt”),
- 4) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 321/36 z 17.12.2018) (dalej „EKŁE”),
- 5) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniająca 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 (Dz. Urz. UE L 303/69 z 28.11.2018) (dalej „DAUM”).

Ponadto wykorzystano inne akty prawne krajowe oraz prawa Unii Europejskiej powołane w opinii.

2. Obowiązek transmisji MCMO w świetle dotychczasowego i nowego prawa krajowego oraz prawa Unii Europejskiej

2.1. Implementacja prawa UE

Projekt ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej przewiduje zasadnicze zmiany w ustawie o radiofonii i telewizji w sprawach dotyczących obowiązku transmisji programów telewizyjnych, określanego jako obowiązek „Must carry – Must offer” (MCMO). Obowiązek transmisji MCMO wynikający z art. 43 urt oznacza, iż operatorzy rozprowadzający programy w sieciach telekomunikacyjnych są obowiązani do rozprowadzania wszystkich programów objętych tym obowiązkiem, a nadawcy tych programów nie mogą odmówić operatorom zgody na rozprowadzanie programu, ani też uzależnić udzielenia takiej zgody od uiszczenia jakiegokolwiek wynagrodzenia, w tym w szczególności z tytułu udzielenia licencji za korzystanie z nadania. Programy objęte obowiązkiem transmisji są obecnie wymienione bezpośrednio w ustawie o radiofonii i telewizji. Nadawca jest obowiązany do nieodpłatnego udostępniania programu na wniosek operatora rozprowadzającego program, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku.

Obowiązek transmisji niektórych programów telewizyjnych przewidziany w urt został wprowadzony na podstawie w art. 31 dyrektywy 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) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002 ze zm.). Dyrektywa ta została zastąpiona dyrektywą ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej (EKŁE), która również zawiera w art. 114 przepisy przewidujące obowiązkową transmisję programów radiowych i telewizyjnych. Przepisy art. 114 EKŁE zasadniczo powtarzają wcześniejsze rozwiązania zawarte w art. 31 dyrektywy o usłudze powszechnej, rozszerzając jedynie obowiązek transmisji o dane wspierające usługi telewizji hybrydowej i elektroniczne przewodniki po programach. **Ograniczony zakres zmian przepisów unijnych dotyczących transmisji obowiązkowej umożliwia, co do zasady, kontynuację dotychczasowych rozwiązań zawartych w przepisach krajowych dotyczących transmisji obowiązkowej.** Tymczasem zmiany przewidziane w art. 10 PwPke

obejmują całkowicie nową treść art. 43 urt, którego dotyczy art. 10 pkt 8 PwPke oraz dodanie nowych przepisów art. 44c i art. 44d, które zostały zamieszczone w art. 10 pkt 9 PwPke. Proponowane zmiany zmierzają do całkowitej przebudowy sposobu realizacji obowiązku transmisji MCMO w prawie krajowym. Proponuje się również uzupełnienie implementacji dyrektywy DAUM w zakresie art. 7a, który dopuszcza zastosowanie środków zapewniających odpowiednią ekspozycję audiowizualnych usług medialnych świadczonych w interesie ogólnym. Dyrektywa ta została wdrożona do prawa krajowego ustawą z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii (Dz. U. z 2021 poz. 1676) i wówczas ustawodawca nie uznał za celowe uwzględnienia przepisu art. 7a w prawie krajowym.

Dokonanie oceny postanowień zawartych w art. 10 pkt 8 i pkt 9 PwPke, dotyczących art. 43 oraz art. 44 c i art. 44d urt wymaga najpierw zidentyfikowania zakresu i charakteru zmian przewidzianych tymi przepisami, a następnie oceny tych zmian w świetle przepisów prawa Unii Europejskiej oraz przepisów Konstytucji RP odnoszących się do proponowanych regulacji krajowych.

2.2. Zakres obowiązku transmisji MCMO

Obecnie obowiązkiem transmisji MCMO objęte są na podstawie art. 43 ust. 1 urt programy "Telewizja Polska I", "Telewizja Polska II", jeden regionalny program telewizyjny rozpowszechniany przez Telewizję Polską S.A. (dalej „TVP”) oraz programy rozpowszechniane w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej, na podstawie koncesji, w sposób analogowy drogą rozsiewczą naziemną przez Telewizję Polsat S.A., TVN S.A., Polskie Media S.A. i Telewizję Puls Sp. z o.o., czyli programy Polsat, TVN, TV Puls i TV 4. **W obecnym stanie prawnym zakres obowiązku transmisji jest wyznaczony bezpośrednio przepisami ustawowymi poprzez wskazanie konkretnych programów objętych tym obowiązkiem. Zakres ten jest określony w sposób przejrzysty i jednoznaczny.**

Projektowane nowe brzmienie art. 43 urt przewiduje, że obowiązkiem MCMO z mocy ustawy objęte zostaną jedynie programy telewizji publicznej: ogólnokrajowe programy ogólnotematyczne I i II (TVP1, TVP2), wyspecjalizowany program informacyjno-publicystyczny (TVP Info), program o tematyce kulturalno-artystycznej (TVP Kultura) oraz regionalny program właściwy dla danego obszaru (TVP3). Ponadto, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (KRRiT) będzie na podstawie art. 43 ust. 4 urt uprawniona do określenia w rozporządzeniu nie więcej niż 30 programów objętych obowiązkiem rozprowadzania. W ramach tej listy KRRiT powinna uwzględnić kolejne programy nadawcy publicznego określone w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 urt. Dotyczy to co najmniej programów telewizji publicznej skierowanych do odbiorców za granicą oraz innych programów TVP realizujących misję publiczną, w tym programów wyspecjalizowanych, dostępnych drogą rozsiewczą naziemną. Misja publiczna określana jest w karcie powinności nadawcy publicznego. Karta powinności określająca programy nadawane przez nadawcę publicznego jest ustalana na podstawie projektu przedstawionego przez publicznego nadawcę oraz po dokonaniu z nim uzgodnień, w formie porozumienia między nadawcą publicznym a Przewodniczącym KRRiT. Oznacza to, że poza pięcioma progra-

mami telewizji publicznej wskazanymi w ustawie, KRRiT będzie zobowiązana do rozszerzenia obowiązku transmisji na każdy kolejny program nadawcy publicznego, który zostanie objęty rozsiewem naziemnym w przyszłości.

Porównanie zakresu obowiązku transmisyjnego w obecnym stanie prawnym oraz po zmianach przewidzianych projektowaną ustawą prowadzi do następujących ustaleń. Obecnie ustawowym obowiązkiem transmisji objęte są trzy programy TVP oraz cztery programy koncesjonowane, rozpowszechniane przez nadawców komercyjnych. Po zmianach, ustawowy obowiązek transmisji będzie obejmował pięć programów TVP, a ponadto obowiązek ten będzie automatycznie rozszerzany na kolejne programy TVP objęte kartą powinności, które zostaną objęte rozpowszechnianiem rozsiewczym naziemnym. Ustawowe rozstrzygnięcia w zakresie obowiązku transmisji nie będą obejmowały żadnego programu koncesjonowanego. Dotyczy to także programów tego rodzaju objętych obecnie obowiązkiem transmisji. Możliwe będzie uwzględnienie programów koncesjonowanych w rozporządzeniu KRRiT przewidzianym w art. 43 ust. 4, ale bez jakichkolwiek gwarancji ustawowych, w szczególności bez ochrony praw nabytych nadawców programów koncesjonowanych, objętych dotychczas obowiązkiem transmisji.

2.3. Obowiązek wyeksponowania programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO

W obecnie obowiązujących przepisach krajowych nie występują obowiązki dotyczące wyeksponowania programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO. Obowiązek transmisji zostaje zrealizowany poprzez włączenie programu do oferty operatora, natomiast kolejność występowania programów w elektronicznym przewodniku po programach ustala dostawca usługi telewizyjnej czyli operator.

Zgodnie z projektem PwPke wszystkie programy objęte obowiązkiem MCMO powinny być odpowiednio wyeksponowane. Ma to nastąpić, zgodnie z art. 43 ust. 4 znowelizowanej ustawy, poprzez określenie w rozporządzeniu KRRiT sposobu umieszczenia programów, w układzie programów w elektronicznym przewodniku po programach. Obowiązek odpowiedniego wyeksponowania będzie zatem realizowany poprzez odpowiednie umiejscowienie programu w elektronicznym przewodniku po programach. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 9 Pke, elektroniczny przewodnik po programach oznacza środek lub rozwiązanie techniczne stosowane w systemach telewizji cyfrowej, umożliwiające wybór programów, zawierające dodatkowe dane opisujące programy występujące w cyfrowym sygnale telewizyjnym. Kluczową cechą elektronicznego przewodnika po programach jest ustalenie kolejności poszczególnych programów w sygnale telewizyjnym w powiązaniu z mechanizmem wyboru programów oglądanych przez odbiorcę. W typowym przypadku odbiornika telewizyjnego przyłączonego do dekodera sygnału (np. kablowego, satelitarnego), obsługiwanego za pomocą pilota, wyeksponowanie programu oznacza przypisanie mu określonej kolejności na liście oferowanych programów oraz odpowiednich przycisków pilota służącego do wyboru oglądanego programu.

Wymagania wynikające z PwPke w zakresie wyeksponowania programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO są następujące. Pierwsze pięć programów TVP powinno być umieszczone w elektronicznym przewodniku na pozycjach od 1 do 5 w następującej kolejno-

ści TVP1, TVP2, TVP3, TVP Info oraz TVP Kultura. Oznacza to przypisanie im przycisków pilota od nr 1 do nr 5. Programy TVP objęte obowiązkiem MCMO na podstawie rozporządzenia KRRiT, powinny być umieszczone w elektronicznym przewodniku po programach na kolejnych pozycjach, po pozycji 5. **Liczba pozycji zajmowanych w przewodniku przez programy nadawcy publicznego nie daje się obecnie przewidzieć, gdyż kolejne programy publiczne mogą być uruchamiane w transmisji rozsiewczej naziemnej, a to automatycznie będzie przesunęło wszystkie pozostałe programy na dalsze pozycje w elektronicznym przewodniku po programach oraz blokowało kolejne przyciski pilota dla programów nadawcy publicznego. Kwestia ta ma bardzo istotne znaczenie dla oglądalności poszczególnych programów, gdyż odbiorcy mają skłonność do korzystania w pierwszej kolejności z programów powiązanych z jednym przyciskiem pilota. Konieczność stosowania kombinacji przycisków pilota w celu wyboru programu ma wpływ na oglądalność programu, a w konsekwencji na przychody nadawcy z przekazów handlowych takich jak reklama, telesprzedaż, czy lokowanie produktów.**

Porównanie stanu obecnego w zakresie eksponowania programów objętych obowiązkiem MCMO oraz planowanej regulacji wskazuje, iż obecnie obowiązek tego rodzaju nie obciąża dostawców usług telewizyjnych. Natomiast w przyszłości, przywilej odpowiedniego wyeksponowania obejmie pięć programów telewizji publicznej oraz niemożliwą obecnie do ustalenia liczbę kolejnych programów nadawcy publicznego objętych rozpowszechnianiem naziemnym. Wszystkim tym programom rozporządzenie KRRiT ma przypisać początkowe miejsca w elektronicznym przewodniku po programach i przyciski pilota. Żadne ustawowe gwarancje w tym zakresie nie są przewidziane dla koncesjonowanych programów komercyjnych, które mogą uzyskać przypisanie dalszych pozycji w przewodniku, jeżeli zostaną zakwalifikowane rozporządzeniem KRRiT do kategorii programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO.

2.4. Ograniczenia dotyczące umów pomiędzy nadawcami i podmiotami rozprowadzającymi oraz pomiędzy tymi podmiotami a odbiorcami programów

Całkowicie nowe obowiązki zostaną nałożone na nadawców i podmioty rozprowadzające programy w zakresie zawierania umów na rozprowadzanie programów. Projektowany przepis art. 44c ust. 1 zakazuje nadawcy uzależniania zawarcia umowy na rozprowadzanie programu od zawarcia umowy na rozprowadzanie programu lub pakietu programów innego niż ten, o który wystąpił podmiot rozprowadzający (operator). Oznacza to, że nadawcy zostaną pozbawieni możliwości formułowania oferty programów rozprowadzanych i będą zobowiązani do zawierania umów obejmujących tylko program lub programy wskazane przez podmiot rozprowadzający. Zakaz ten dotyczy wszystkich programów rozpowszechnianych przez nadawców, co w praktyce ogranicza swobodę nadawców przede wszystkim w zakresie programów, które nie są objęte obowiązkiem transmisji MCMO.

Przepis art. 44c ust. 2 zakazuje nadawcom różnicowania opłat za udostępnienie tego samego programu lub pakietu tych samych programów podmiotom rozprowadzającym programy. Zakaz ten odnosi się tylko do programów nie objętych obowiązkiem transmisji MCMO, gdyż tylko za udostępnienie tych programów nadawca może pobierać opłaty. Oznacza to, że nadawcy nie będą mogli pobierać opłat za udostępnienie tych samych programów różnym podmiotom rozprowadzającym programy.

cza to niedopuszczalność różnicowania opłaty za program w zależności od okoliczności transakcji, liczby odbiorców programu, pakietu w jakim program ma być udostępniany i innych uwarunkowań handlowych.

Zakazy i wymagania przewidziane w art. 44d dotyczą umów zawieranych między podmiotem rozprawdającym programy a odbiorcami programów. Zgodnie z art. 44d ust. 1 operator rozprawdający program nie może uzależniać zawarcia z odbiorcą umowy o świadczenie usług rozprawdania programów od zawarcia umowy o świadczenie usług innych niż rozprawdanie programów lub nabycia urządzenia. Zgodnie z art. 44d ust. 2 podmiot rozprawdający program jest obowiązany oferować odbiorcy możliwość zakupu pojedynczych programów i nie może uzależniać zawarcia umowy o świadczenie usług rozprawdania tych programów od zawarcia umowy na rozprawdanie innych programów lub pakietów programów, za wyjątkiem programów objętych obowiązkiem MCMO na podstawie ustawy i rozporządzenia KRRiT. Zakazy i wymagania przewidziane w art. 44d odnoszą się do wszystkich programów, a w praktyce ograniczają swobodę podmiotów rozprawdających programy w zakresie programów nieobjętych obowiązkiem transmisji MCMO, gdyż programy objęte tym obowiązkiem muszą być dostarczone do odbiorców.

Obecne prawo nie przewiduje takich ograniczeń w relacjach pomiędzy nadawcami i podmiotami rozprawdającymi programy, ani w relacjach pomiędzy podmiotami rozprawdającymi programy i odbiorcami programów. Ograniczenia przewidziane w art. 44c i art. 44d stanowią nowe ograniczenia wolności działalności gospodarczej i swobody umów, które dotychczas nie występowały.

3. Unijne wymagania w zakresie obowiązku transmisji MCMO

Dotychczas przepisy ustawy o radiofonii i telewizji w sprawie obowiązku transmisyjnego MCMO były oparte na art. 31 dyrektywy 2002/22/WE o usłudze powszechnej. Dyrektywa ta utraciła moc w związku z wejściem w życie Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej, który reguluje sprawę obowiązku transmisyjnego w art. 114 i omawia tę sprawę w motywach 308 – 310. Z motywu 308 wynika, że państwa członkowskie mogą nakładać proporcjonalne zobowiązania do transmisji obowiązkowej, w interesie uzasadnionym względami polityki publicznej. Takie obowiązki powinny być nakładane tam, gdzie są one konieczne do osiągnięcia celów wynikających z interesu ogółu, wyraźnie określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem Unii, oraz powinny być proporcjonalne i przejrzyste. 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 tak aby takie zobowiązania były przejrzyste, proporcjonalne i jasno określone. Zgodnie z art. 114 ust. 1 „[p]aństwa członkowskie mogą nakładać uzasadnione obowiązki dotyczące transmisji obowiązkowej 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 [ang: distribution] 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.”

Istotnym elementem oceny projektu jest zgodność z przepisami EKŁE określającymi wymagany poziom harmonizacji prawa krajowego z wymaganiami EKŁE. Sprawę tę reguluje art. 101 zawarty w tytule III EKŁE określającym „Prawa użytkowników końcowych” i omówiony w motywie 257 EKŁE. Zgodnie z art. 101 ust. 1 EKŁE „Państwa członkowskie nie utrzymują w swoim prawie krajowym ani do niego nie wprowadzają przepisów dotyczących ochrony użytkowników końcowych, odbiegających od art. 102–115, w tym bardziej lub mniej rygorystycznych przepisów w celu zapewnienia różnego poziomu ochrony, chyba że przepisy niniejszego tytułu stanowią inaczej.” Zgodnie z art. 101 ust. 2 EKŁE, do dnia 21 grudnia 2021 r. państwa członkowskie mogły nadal stosować bardziej rygorystyczne krajowe przepisy dotyczące ochrony konsumentów, pod warunkiem że te przepisy obowiązywały w dniu 20 grudnia 2018 r., a państwo członkowskie powiadomiło Komisję do dnia 21 grudnia 2019 r. o wszelkich krajowych przepisach, które nie spełniały wymogu pełnej harmonizacji. Żaden warunek dotyczący stosowania przepisów bardziej rygorystycznych nie został spełniony. Jak wyjaśniono w motywie 257, harmonizacja w zakresie ochrony użytkownika końcowego ma pokonać bariery dla funkcjonowania rynku wewnętrznego wynikające z takich krajowych przepisów dotyczących praw użytkownika końcowego, które jednocześnie chronią dostawców krajowych przed konkurencją z innych państw członkowskich.

Przepisy art. 114 EKŁE dotyczące transmisji obowiązkowej są objęte dyspozycją art. 101 ust. 1 EKŁE, z którego wynika że w zakresie praw użytkowników końcowych należy stosować pełną harmonizację. Wymóg pełnej harmonizacji odnosi się także do tzw. ofert wiązanych, polegających na łączeniu m.in. linearnych usług medialnych wymienionych wyraźnie w motywie 283 EKŁE z innymi usługami, jako elementów składowych takich ofert.

Kwestia wyeksponowania treści za pomocą elektronicznego przewodnika po programach została uregulowana w powołanej na wstępie nowelizacji dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych (DAUM). Zagadnienia tego dotyczy art. 7a DAUM, który stanowi, że „Państwa członkowskie mogą stosować środki, by zapewnić odpowiednią ekspozycję audiowizualnych usług medialnych świadczonych w interesie ogólnym.” Jednocześnie dyrektywa ta w motywie 25 wyjaśnia na czym polega realizacja interesu ogólnego w zakresie eksponowania poszczególnych usług. Zgodnie z tym motywem dyrektywa „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 członkowskie zdecydują o wprowadzeniu takich przepisów, powinny zapewnić, by nałożone na przedsiębiorców obowiązki były proporcjonalne do interesu

uzasadnionego względami polityki publicznej.” Motyw ten identyfikuje na czym polega interes ogólny w zakresie audiowizualnych usług medialnych, jakimi są programy telewizyjne. Interes ten jest realizowany jest poprzez pluralizm mediów, wolność słowa oraz różnorodność kulturową.

4. Ocena zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej

4.1. Ocena zgodności z wymaganiami dotyczącymi nakładania obowiązku transmisji MCMO

Zgodnie z przepisami EKŁE oraz DAUM obowiązek transmisji jest wprowadzany by osiągnąć cele wynikające z interesu ogólnego, wyraźnie określone przez państwo członkowskie, zgodnie z prawem Unii. Obowiązek transmisji powinien być proporcjonalny i przejrzysty oraz obejmować rozsądny zakres. Państwa członkowskie powinny podać obiektywne uzasadnienie zobowiązań do transmisji obowiązkowej, tak aby takie zobowiązania były przejrzyste, proporcjonalne i jasno określone. Dyrektywa DAUM wyjaśnia, że realizacja interesu ogólnego w zakresie audiowizualnych usług medialnych obejmuje takie cele jak pluralizm mediów, wolność słowa oraz różnorodność kulturowa.

Zastosowanie tych kryteriów do oceny sposobu uregulowania obowiązku transmisji MCMO w projekcie PwPke prowadzi do następujących wniosków.

Proponowany zakres obowiązku transmisji obowiązkowej trudno uznać za określony w sposób przejrzysty i jasny. Brak przejrzystości i jasności jest następstwem drastycznego ograniczenia dotychczasowej praktyki polegającej na określaniu programów objętych obowiązkiem MCMO w ustawie. Ustawowe rozstrzygnięcia dotyczące tych programów zostały ograniczone do programów nadawcy publicznego, natomiast zasadnicza część listy programów objętych obowiązkiem transmisji zostaje powierzona Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji. Wytyczne do wydania rozporządzenia przez KRRiT, zawarte w proponowanym art. 43 ust. 4 urt, uwzględniają wprawdzie różne interesy wymienione w tym przepisie, ale w praktyce umożliwiają KRRiT dowolne rozstrzygnięcie.

Brak przejrzystości i jasności jest również wynikiem automatycznego rozszerzania listy programów objętych obowiązkiem MCMO o programy publiczne, które uzyskają rozsiew naziemny w przyszłości. Mechanizm automatycznego rozszerzania zestawu programów publicznych korzystających z obowiązkowej transmisji został rozciągnięty na programy nieistniejące w momencie wejścia w życie analizowanych przepisów. Będą one uruchamiane w przyszłości na podstawie karty powinności negocjowanej pomiędzy nadawcą publicznym a Krajową Radą. W konsekwencji lista programów objętych obowiązkiem transmisji będzie automatycznie modyfikowana w wyniku procesów decyzyjnych dotyczących formułowania karty powinności nadawcy publicznego, które pozostają całkowicie poza wymaganiami związanymi z regulowaniem transmisji obowiązkowej. Proponowany przepis art. 43 ust. 4 nie spełnia w tej części wymogu przejrzystości i jasności. Motyw 308 EKŁE, który wymaga aby państwo członkowskie podało obiektywne uzasadnienie zobowiązań do transmisji obowiązkowej zapewniające przejrzystość, proporcjonalność i jasne określenie obowiązku transmisji, nie może być zrealizowany w odniesieniu do programów automatycznie obejmowanych tym obowiązkiem, których tematyka, walory i związki z interesem publicznym nie mogą być oce-

nione, gdyż będą dopiero kształtowane w przyszłości. **Wymóg przejrzystości i jasnego określenia obowiązku transmisji MCMO jest w rażąco sposób naruszony przepisem art. 43 ust. 4, określającym sposób kształtowania przez KRRiT listy programów objętych obowiązkową transmisją.**

Proponowany zakres obowiązku transmisji MCMO trudno byłoby uznać za zakres proporcjonalny i uzasadniony, czego wymaga przepis art. 114 ust. 1 oraz rozsądny, czego wymaga motyw 308 EKŁE. W obecnym stanie prawnym obowiązek ten obejmuje 7 programów. Proponowany nowy zasięg tego obowiązku może objąć łącznie 35 programów telewizyjnych. Oznacza to, że zakres tego obowiązku może ulec pięciokrotnemu zwiększeniu. Oznacza to wielokrotne zwiększenie ograniczeń dotyczących swobody dostawców usługi rozprowadzania programów w zakresie kształtowania oferty. W przypadku mniejszych sieci (np. osiedlowych, spółdzielczych), a także w przypadku użytkowników korzystających z tzw. podstawowych pakietów programowych, określanych niekiedy jako pakiety socjalne, zapewniających najniższą cenę, proponowany zakres obowiązku transmisji MCMO w praktyce eliminuje jakąkolwiek swobodę dostawcy w sprawie przygotowania oferty zgodnie z zainteresowaniami odbiorców. W tych przypadkach Krajowa Rada w całości lub niemal w całości określi zawartość oferty programowej podmiotu rozprowadzającego programy. Rozwiązania tego nie można uznać ani za proporcjonalne i uzasadnione, ani za rozsądne.

Proponowane rozwiązania należy ocenić również ze względu na charakter celów leżących w interesie ogólnym w dziedzinie audiowizualnych usług medialnych, takich jak pluralizm mediów, wolność słowa oraz różnorodność kulturowa. **Na poziomie ustawowym, który może zapewnić trwale rozwiązania, niezależne od uznaniowych rozstrzygnięć KRRiT, pluralizm mediów nie znajduje żadnego odzwierciedlenia. Wszystkie rozwiązania ustawowe są nakierowane wyłącznie na promowanie programów nadawcy publicznego, zarówno tych istniejących, jak również tych, które mogą dopiero zostać uruchomione w przyszłości w systemie nadawania naziemnego.** Na poziomie rozstrzygnięć ustawowych zastosowano jedno kryterium wyznaczania programów do transmisji obowiązkowej, jakim jest publiczny status nadawcy tych programów. Zlikwidowano ustawowe gwarancje włączenia koncesjonowanych programów nadawców komercyjnych do katalogu programów objętych obowiązkiem rozprowadzania. Wskazana wyżej okoliczność, iż lista 35 programów ustalonych przez KRRiT może w całości wyczerpywać ofertę programów rozprowadzanych w mniejszych sieciach, w pakietach podstawowych (socjalnych) powoduje, że pewna część odbiorców zostanie pozbawiona wpływu na dobór programów im oferowanych, co może zagrażać wskazanym w DAUM interesom ogólnym w zakresie pluralizmu mediów, wolności słowa i różnorodności kulturowej. Art. 7a DAUM pozostawia państwu członkowskiemu ustalenie sposobu zapewniania odpowiedniej ekspozycji programom świadczonym w interesie ogólnym, z zastrzeżeniem dotyczącym uwzględniania tych wartości. Ponieważ zastosowanie środków służących ekspozycji programów ma charakter fakultatywny, tylko niektóre państwa UE uregulowały tę sprawę w prawie krajowym. Z raportów i opracowań poświęconych doświadczeniom w tym zakresie wynika, że odpowiednia ekspozycja może być zapewniana zarówno programom publicznym, jak i komercyjnym. Ekspozycja zapewniana jest przede wszystkim programom ogólnotematycznym, wykazującym szczególne cechy jakościowe,

oferującym zróżnicowane opinie i treści programowe, szczególnie w zakresie audycji informacyjnych, wyróżniające się odpowiednimi proporcjami produkcji własnej i producentów niezależnych, udogodnieniami dla osób niepełnosprawnych, udziałem audycji europejskich.

4.2. Poziom harmonizacji praw użytkowników końcowych

Poziom ochrony praw użytkowników końcowych w sprawach objętych przepisami EKŁE podlega wymogowi pełnej harmonizacji. Zgodnie z art. 101 ust. 1 EKŁE, jeżeli określone uprawnienia zostały przewidziane w EKŁE, to prawo krajowe nie może zawierać bardziej lub mniej rygorystycznych przepisów.

Proponowany przez PwPke art. 44d ust. 1 urt zakazuje uzależniania zawarcia z odbiorcą umowy o świadczenie usług rozprowadzania programów od zawarcia umowy o świadczenie innych usług niż rozprowadzanie programów. Tymi innymi usługami mogą być m.in. usługi komunikacji interpersonalnej, usługi dostępu do internetu, usługi transmisji maszyna – maszyna. Przepisy EKŁE, uznając coraz powszechniejszą praktykę oferowania pakietów różnych usług komunikacji elektronicznej, wprowadzają szczegółowe regulacje chroniące prawa użytkowników końcowych, którzy zawierają takie umowy dotyczące usług i ofert wiązanych. Oczywiście oferty wiązane przewidują korzystniejsze warunki dostarczenia całego pakietu usług, niż oferty odrębne dla każdej usługi. Prawa użytkownika korzystającego z oferty wiązanej są wszechstronnie chronione przepisami EKŁE, implementowanymi w Pke, w szczególności w zakresie uprawnień do rozwiązywania takich umów, skutków nienależytego wykonywania jednej z usług wchodzących w skład pakietu, okresu obowiązywania takich umów.

Projekt art. 44d ust. 1 zakazuje natomiast zawierania umów, w których usługa rozprowadzania programów, czyli tzw. linearnych usług medialnych jest uzależniana od nabycia innych usług komunikacji elektronicznej (np. dostępu do internetu). Uzależnienie umowy o rozprowadzanie programów od umowy dotyczącej innej usługi znajduje wyraz w warunkach nabycia tych usług, które co do zasady są korzystniejsze niż odrębny zakup poszczególnych usług. Art. 44d ust. 1 urt proponowany przez PwPke zakazuje zawierania takich umów, natomiast przepisy EKŁE nie tylko dopuszczają ich zawieranie, ale także regulują szczegółowo uprawnienia nabywcy usługi pakietowej, chroniąc je w odpowiedni sposób. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 44d ust. 1 narusza wymóg pełnej harmonizacji wynikający z art. 101 ust. 1 EKŁE w odniesieniu do praw użytkowników końcowych dotyczących usług wiązanych.

5. Ocena zgodności projektu z przepisami Konstytucji RP

Proponowane rozwiązania w art. 43 oraz art. 44c i art. 44d wymagają oceny pod względem zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP), zasadą wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3), zasadą równego traktowania przez władze publiczne i zakazu dyskryminacji (art. 32) oraz zasadą ochrony własności i praw majątkowych (art. 64).

Przepisy art. 43 ust. 1 i 4 określają programy, w stosunku do których obowiązują daleko idące ograniczenia wolności gospodarczej podmiotów, które je wytwarzają (nadawców) i

rozprowadzają. Przepisy art. 44c w istotny sposób ograniczają swobodę nadawców programów w zakresie zawierania umów na rozprowadzanie programów. Ograniczenie to dotyczy formułowania oferty programów udostępnianych do rozprowadzania (art. 44c ust. 1) oraz ustalania opłat za udostępnienie programu podmiotom rozprowadzającym program (art. 44c ust. 2). Ograniczenia wolności działalności gospodarczej przewidziane w art. 44d dotyczą podmiotów rozprowadzających programy. Zakaz zawarty w art. 44d ust. 1 dotyczy łączenia usługi rozprowadzania programów z innymi usługami komunikacji elektronicznej w ramach jednego pakietu usługowego. Obowiązek zawarty w art. 44d ust. 2 polega na zobowiązaniu podmiotów rozprowadzających programy do oferowania pojedynczych programów i zakazie łączenia programów w pakiety, z wyjątkiem programów objętych obowiązkiem transmisji. Żaden z tych wymogów, zakazów i ograniczeń nie występuje w aktualnym stanie prawnym. Ich wprowadzenie spowoduje konieczność całkowitej zmiany powiązań umownych w stosunkach pomiędzy nadawcami programów i podmiotami rozprowadzającymi programy oraz w stosunkach pomiędzy podmiotami rozprowadzającymi programy i odbiorcami programów. Należy podkreślić, iż wprowadzane w art. 44c i art. 44d wymagania, ograniczenia i zakazy dotyczą nie tylko programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO, ale wszystkich programów telewizyjnych rozprowadzanych w sieciach telekomunikacyjnych.

5. 1. Naruszenie wymogów wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika szereg konsekwencji obowiązywania zasady demokratycznego państwa prawnego. Jedną z nich jest zakaz naruszania interesów w toku. Zasada ta zapewnia ochronę interesów przedsiębiorcy w sytuacjach, w których rozpoczął on określone przedsięwzięcia na gruncie dotychczasowych przepisów. Szczególne wymagania należy stosować do przypadków, w których prawodawca wyznaczył pewne ramy czasowe prowadzenia określonych przedsięwzięć według z góry ustalonych reguł, a przedsiębiorca rozpoczął realizację danego przedsięwzięcia w okresie obowiązywania danej regulacji.¹ Zasadnicza zmiana warunków zawierania umów pomiędzy nadawcami a podmiotami rozprowadzającymi programy oraz pomiędzy tymi podmiotami a odbiorcami programów narusza omawianą zasadę. Umowy z odbiorcami usługi płatnej telewizji są zawierane z reguły na czas określony, który zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego nie powinien przekraczać 2 lat. Warunki prowadzenia działalności przez nadawców oraz związane z tym wysokie opłaty koncesyjne są powiązane z okresem koncesjonowania w wymiarze 10 lat. Przepisy art. 44c i art. 44d zupełnie ignorują te okresy, w których nadawcy i przedsiębiorcy rozprowadzający programy mają prawo oczekiwać stabilności warunków zawierania umów, tym bardziej że większość umów zawartych z odbiorcami programów to umowy zawarte na czas określony. Przepisy projektu nie przewidują żadnych okresów przejściowych na dostosowanie obowiązujących obecnie umów z podmiotami rozprowadzającymi oraz z odbiorcami programów do nowych wymagań. Nowe wymagania dotyczą zaś milionów gospodarstw domowych korzystających z płatnej telewizji, gdyż jak wskazano w uzasadnieniu PwPke aż 63% odbiorców w Polsce korzysta z usług płatnej telewizji. Wymóg ochrony interesów w toku wynikający z zasady demokratycznego państwa prawnego jest w tej sprawie wyraźnie naruszony.

¹ Wyrok TK z 25 listopada 1997 r., K 26/97, OTK 1997, Nr 5–6, poz. 64).

W związku z zasadniczą zmianą programów objętych transmisją obowiązkową w porównaniu z obecnymi zasadami, wymaga rozpatrzenia również zasada ochrony praw słuszenie nabytych. Z przepisów o transmisji obowiązkowej wynikają dla nadawcy pewne ograniczenia dotyczące możliwości pobierania opłat, ale jednocześnie korzysta on z obowiązkowej transmisji swojego programu. Dotychczas obowiązkowa transmisja obejmowała cztery programy koncesjonowane, określone pierwotnie w art. 24 ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej. Nadawcy tych programów uzyskali w słuszny sposób ten status w związku z wdrażaniem w odniesieniu do swoich programów naziemnej telewizji cyfrowej, gdyż było to związane z poważnymi, dodatkowymi nakładami na rozpowszechnianie tych programów. Nadawcy tych programów zostają pozbawieni ustawowego prawa do korzystania z transmisji obowiązkowej, a jedyny przepis przejściowy zawarty w art. 93 ust. 2 projektu PwPke obejmuje w stosunku do tych programów okres do czasu wydania rozporządzenia KRRiT ustalającego listę programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO. Nie negując potrzeby dokonania oceny przesłanek nabycia tych uprawnień oraz ich trwałości, uważam że zastosowany w projekcie PwPke sposób potraktowania dotychczasowych uprawnień w zakresie obowiązkowej transmisji może naruszać zasadę ochrony praw słuszenie nabytych.

Z zasady demokratycznego państwa prawnego wyprowadzana jest zasada prawidłowej (przyzwoitej) legislacji. Najszerzej została ona rozwinięta w odniesieniu do ustaw podatkowych, ale wymóg respektowania proceduralnych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego odnosi się do wszelkich aktów ustawowych. Istotnym elementem zasady prawidłowej legislacji jest przeprowadzenie konsultacji publicznych projektu ustawy oraz przedstawienie oceny skutków regulacji (OSR). Obowiązki projektodawców aktów ustawowych wynikają z Regulaminu prac Rady Ministrów (t.j. M.P. z 2022 poz. 348). Zgodnie z § 28 ust. 1 tego Regulaminu odrębną część uzasadnienia projektu aktu normatywnego stanowi ocena skutków regulacji, która przedstawia wyniki oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych. OSR wskazuje m.in. podmioty, na które oddziałuje projektowany akt normatywny oraz przedstawia wyniki analizy wpływu projektowanego aktu normatywnego na te podmioty. OSR powinna zawierać informacje o konsultacjach przeprowadzonych przed opracowaniem projektu. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej wymaga w art. 34 ust. 3 przedstawienia wyników przeprowadzanych konsultacji w związku z przedstawieniem projektu ustawy. Wszystkie te wymagania zostały całkowicie zignorowane w odniesieniu do tej części projektu PwPke, która dotyczy transmisji obowiązkowej MCMO oraz zawierania umów dotyczących płatnej telewizji. Konsultacje publiczne były wprawdzie prowadzone w odniesieniu do projektu PwPke, ale nigdy nie objęły one sprawy transmisji obowiązkowej. Zaniechano również w tej sprawie oceny skutków regulacji. Dokument OSR nie wymienia nawet nadawców jako podmiotów, których dotyczy projekt i nie ocenia w jakimkolwiek zakresie skutków wpływu przepisów o transmisji obowiązkowej na funkcjonowanie nadawców, podmiotów rozprowadzających i konkurencję na rynku płatnej telewizji. Naruszenie wymogów dotyczących przeprowadzenia konsultacji publicznej i oceny skutków regulacji nie powoduje wprawdzie niekonstytucyjności projektu, ale powinno skutkować skierowaniem projektu do uzupełnienia w tych sprawach.

5.2. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej

Nie ulega wątpliwości, że przedstawione wyżej rozwiązania zawarte w PwPke bezpośrednio ograniczają wolność działalności gospodarczej w odniesieniu do sektora telewizyjnego. Ogranicza się w szczególności swobodę umów, z której obecnie korzystają nadawcy, podmioty rozprawdzające programy oraz odbiorcy programów. Art. 20 Konstytucji RP stanowi, że społeczna gospodarka rynkowa oparta m.in. na wolności działalności gospodarczej stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Wolność działalności gospodarczej stanowi jedną z podstaw ustroju gospodarczego RP, a ponadto jest jednym z praw podstawowych jednostki. Z art. 22 Konstytucji wynika, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne „*tylko w drodze ustawy*” i tylko ze względu na ważny interes publiczny, ale gdy ograniczenie dotyczy korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, to zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP może być ustanawiane „*tylko w ustawie*”.

Dotychczasowy standard ograniczania wolności działalności gospodarczej poprzez zobowiązanie nadawcy do udostępniania programu do rozprawdzania, a podmiotu rozprawdzającego do transmisji takiego programu, jest oparty w całości na ustawie. Obowiązujący obecnie art. 43 ust. 1 urt wskazuje wprost siedem programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO. Ustawodawca przyjął w tej sprawie stanowisko, iż obowiązek transmisji MCMO należy do ograniczeń wolności i praw przedsiębiorców, które zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „*mogą być ustanawiane tylko w ustawie*”. Projekt PwPke przenosi podstawowy element ograniczeń wolności związany z obowiązkiem transmisji MCMO, polegający na określeniu programów objętych tym obowiązkiem, do aktu podustawowego. Standard ustawowy zachowano jedynie w odniesieniu do pięciu programów nadawcy publicznego. Wszystkie pozostałe programy objęte obowiązkiem transmisji MCMO będą określane w akcie wykonawczym, w formie rozporządzenia KRRiT, na podstawie niejasnych i nieprzejrzystych kryteriów. Rozwiązanie to narusza potwierdzony dotychczasową praktyką sposób traktowania obowiązku transmisji MCMO, wymagający ustanawiania takiego ograniczenia „*tylko w ustawie*”. W sprawach gospodarczych dopuszcza się uregulowanie kwestii wykonawczych w formie rozporządzenia opartego na szczegółowym upoważnieniu przez właściwy organ. Jednak rozgraniczenie wymogu regulacji „*w drodze ustawy*” oraz „*tylko w ustawie*” jest, jak się wskazuje w doktrynie, „*wprost uzależnione od wchodzącej w dany przypadku w grę dziedziny życia oraz rodzaju materii, której dotyczy dana ustawa i rozporządzenie.*”². Regulacja obowiązku transmisji MCMO nie ogranicza się do wywołania jedynie skutków gospodarczych, ale jest wprost powiązana z prawami obywatelskimi w zakresie wolności słowa, prawa do informacji i wolności komunikowania się. Ustawodawca trafnie zatem regulował dotychczas sprawę obowiązku transmisji MCMO „*tylko w ustawie*”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się na kryterium „*istotności*”, które powinno określać zakres spraw przewidzianych do regulowania w ustawie. Do uregulowania w formie rozporządzenia można przekazywać kwestie, które nie mają zasadniczego znaczenia z punktu widzenia założeń ustawy i które dlatego nie zostały unormowane w niej wyczerpująco, a są niezbędne do

² Konstytucja RP. Komentarz, Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. M. Safjan, L. Bosek, C. H. Beck 2016, Legalis nb. 76.

realizacji norm ustawy³. Przepisy podustawowe, wydane z upoważnienia ustawy i w celu jej wykonania, mogą stanowić jedynie dopełnienie tych podstaw, zawierając szczegółowe, nie zasadnicze elementy regulacji prawnej⁴. Zakres obowiązku transmisji MCMO jest najistotniejszą kwestią projektowanej zmiany urt. Nie odpowiada temu standardowi konstytucyjnemu przesunięcie kluczowego rozstrzygnięcia w sprawie zakresu obowiązku MCMO do aktu wykonawczego. Z tego względu uważam, iż projektowane przepisy art. 43 ust. 1 oraz ust. 4 urt naruszają art. 20 w związku z art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

5.3. Ograniczenie praw majątkowych

Przepis art. 20 Konstytucji RP wskazuje, że społeczna gospodarka rynkowa oparta m.in. na własności prywatnej stanowi podstawę ustroju gospodarczego RP. Przepisy art. 64 Konstytucji RP deklarują, iż każdy ma prawo do własności i innych praw majątkowych, które podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.

Obowiązek transmisji MCMO w odniesieniu do programu telewizyjnego oznacza bardzo poważne ograniczenie praw majątkowych nadawcy. Zgodnie bowiem z art. 43a ust. 1 urt nadawca, który rozpowszechnia program objęty obowiązkiem transmisji, jest obowiązany do nieodpłatnego udostępniania tego programu na wniosek operatora rozprowadzającego program. Z art. 43a ust. 1 wynika zakaz pobierania opłat za udostępnienie programu podmiotowi rozprowadzającemu. Przepis art. 43a urt nie jest objęty nowelizacją, ale zostanie zastosowany do wszystkich programów objętych obowiązkiem transmisji na podstawie art. 43 ust. 1 i rozporządzenia wydanego na podstawie ust. 4. Rozszerzenie zakresu transmisji obowiązkowej z 7 programów do 35 programów oznacza masowe pozbawienie nadawców prawa do pobierania opłaty za udostępnienie programów do rozprowadzania. Zmiana ta uderza przede wszystkim w przychody nadawców programów koncesjonowanych. O ile w przypadku nadawcy publicznego koszty działalności programowej są w znacznym stopniu pokrywane ze środków pochodzących z opłat abonamentowych i dotacji państwowych, to dla nadawców programów koncesjonowanych przychody z opłat od podmiotów rozprowadzających programy są jednym z głównych źródeł finansowania działalności, obok przychodów z przekazów handlowych.

W wyniku nowelizacji i wydania rozporządzenia przez KRRiT, nadawcy programów koncesjonowanych mogą zostać pozbawieni przychodów z opłat za udostępnianie nawet 30 programów telewizyjnych. W obecnym stanie prawnym zakaz pobierania opłat dotyczy 4 programów koncesjonowanych. Zatem skala ograniczenia praw majątkowych nadawców do tworzonych przez nich programów jest całkowicie nieproporcjonalna do celów nowelizacji przepisów o transmisji obowiązkowej. Projektodawcy w ogóle nie dostrzegli tego skutku w uzasadnieniu do projektu zmian w rozdziale 6 urt. Nie uwzględniono tego w żaden sposób w ocenie skutków regulacji. Nadawcy nie zostali nawet wymienieni wśród jednostek, na które projekt oddziałuje. Nie oceniono w żaden sposób skutków takiego rozszerzenia zakresu obowiązku transmisji na sytuację finansową i zdolność do prowadzenia działalności programowej przez nadawców.

³ Orzeczenie TK z 22 kwietnia 1987 r., K 1/87, OTK 1987, Nr 1, poz. 3.

⁴ Orzeczenie TK z 22 września 1997 r., K 25/97, OTK 1997, Nr 3–4, poz. 35.

Pozbawienie nadawców praw majątkowych w takiej skali, bez wyraźnego uzasadnienia interesem publicznym, stanowi jaskrawe naruszenie konstytucyjnej ochrony praw majątkowych.

5.4. Naruszenie zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji

Przepis art. 32 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że wszyscy mają prawo do równego traktowania przez własne publiczne. Zgodnie z przepisem ust. 2 tego artykułu nikt nie może być dyskryminowany m.in. w życiu gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada równości *"polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących (...)"*⁵. Z zasady równości wynika więc *"nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii)"*⁶.

Nadawcy programów telewizyjnych należą do tej samej kategorii ze względu na rodzaj prowadzonej działalności, jaką jest tworzenie i rozpowszechnianie programów telewizyjnych. Kategoria ta została wewnętrznie zróżnicowana przepisami urt przez to, że w rozdziale 4 urt określono szczególne obowiązki publicznej radiofonii i telewizji. Obowiązki nałożone na publicznych nadawców, zostały powiązane ze szczególnymi zasadami finansowania działalności tych nadawców, które obejmują opłaty abonamentowe, dotacje z budżetu państwa i pokrywanie kosztów niektórych programów z budżetu państwa. Wyodrębnienie nadawców publicznych jako szczególnej kategorii ze względu na realizowaną misję publiczną zostało skompensowane preferencjami w zakresie finansowania programów tych nadawców ze środków publicznych. Nie ma natomiast uzasadnienia dla traktowania programów nadawców publicznych i programów koncesjonowanych jako programów należących do odrębnych kategorii (klas) w zakresie uzyskiwania przychodów z przekazów handlowych (reklam, teleprzedaży i lokowania produktów). Nadawcy publiczni i nadawcy programów koncesjonowanych konkurują na rynku sprzedaży czasu przeznaczanego na przekazy handlowe, a przychody z tego tytułu są uzależnione od oglądalności poszczególnych programów. Przychody z tego tytułu są istotnym źródłem finansowania działalności programowej wszystkich nadawców, a szczególnie nadawców programów koncesjonowanych. Równe traktowanie nadawców publicznych i nadawców programów koncesjonowanych w zakresie możliwości sprzedaży czasu przeznaczanego na przekazy handlowe jest w pełni uzasadnione w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i poglądów doktryny.

Rozwiązania zaproponowane w projekcie PwPke naruszają wymóg równego traktowania nadawców publicznych i nadawców programów koncesjonowanych w tej sprawie i prowadzą do dyskryminacji nadawców programów koncesjonowanych. **Dyskryminacja w tej sprawie jest konsekwencją nieproporcjonalnego rozszerzenia obowiązku transmisji na**

⁵ Orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, Nr 1, poz. 1, orzeczenie TK z 20 grudnia 1994 r., K 8/94, OTK 1994, Nr 1, poz. 43.

⁶ Wyrok TK z 18 kwietnia 2000 r., K 23/99, OTK 2000, Nr 3, poz. 89

programy nadawcy publicznego oraz wyeksponowania tych programów na początkowych miejscach w elektronicznym przewodniku po programach, co wynika z projektowanego art. 43 ust. 4 urt. Programy nadawcy publicznego mają zagwarantowane pięć początkowych pozycji w elektronicznym przewodniku po programach i przyciski od 1 do 5 na pilocie, a kolejne miejsca przypadną automatycznie następnym programom nadawcy publicznego uruchamianym w rozsiewie naziemnym. To spowoduje przesunięcie programów nadawców koncesjonowanych na dalsze miejsca, a zatem wybranie takiego programu będzie wymagało zastosowania odpowiedniej kombinacji klawiszy pilota, co w świetle powszechnie znanych doświadczeń znacznie ogranicza korzystanie z tych programów w porównaniu z programami oznaczonymi przyciskami 1-9. Jest oczywiste, że wyeksponowanie programów na pozycjach 1- 9 w elektronicznym przewodniku po programach i na pilocie może dotyczyć tylko dziewięciu programów, natomiast sprzeczne z zasadą równego traktowania jest zapewnienie w tym zakresie nieproporcjonalnej przewagi programom nadawców publicznych, w sposób dyskryminujący nadawców programów koncesjonowanych. Konsekwencje tej dyskryminacji będą dotyczyły możliwości programowych tych nadawców i ograniczą ich zdolności do realizacji ustawowych zadań telewizji określonych w art. 1 urt.

Z tego względu uznaję, że przewidziane w projektowanym art. 43 ust. 4 urt zasady umieszczania programów nadawcy publicznego, w tym programów które mogą być dopiero uruchomione w przyszłości, w elektronicznym przewodniku po programach, naruszają zasadę równego traktowania przedsiębiorców w zakresie warunków sprzedaży czasu przeznaczanego na przekazy handlowe oraz prowadzą do dyskryminacji nadawców programów koncesjonowanych, co narusza przepisy art. 32 Konstytucji RP.

5.5. Naruszenie zasady proporcjonalności

Wymóg przestrzegania zasady proporcjonalności przy nakładaniu obowiązku transmisji MCMO wynika bezpośrednio z art. 114 ust. 1 EKŁE. Państwa członkowskie mogą nakładać tylko „uzasadnione” obowiązki, „przy czym obowiązki te muszą być proporcjonalne”. Motyw 308 EKŁE podkreśla dopuszczalność nakładania tylko „proporcjonalnych zobowiązań” w zakresie transmisji obowiązkowej, które mogą dotyczyć wyłącznie celów wyraźnie określonych przez państwa członkowskie zgodnie z prawem Unii, oraz powinny być proporcjonalne i przejrzyste. Wymóg proporcjonalności dotyczy zatem zarówno celów realizowanych poprzez obowiązek transmisji, jak i obowiązków nakładanych dla ich osiągnięcia.

Wymóg proporcjonalności w Konstytucji RP jest odnoszony do ograniczeń wolności działalności gospodarczej i innych praw oraz wolności. Ograniczenia wolności i praw, aby były ograniczeniami usprawiedliwionymi muszą nie tylko realizować „ważny interes publiczny” (art. 22 Konstytucji RP) ale także muszą też być względem tego ważnego interesu publicznego proporcjonalne. Wymóg proporcjonalności wynika z art. 31 ust. 3, który wymaga aby ustanawiane ograniczenia były „konieczne”. Wymóg proporcjonalności z art. 31 ust. 3 stosuje się równolegle z wymogiem ważnego interesu publicznego z art. 22 Konstytucji RP. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wymóg „konieczności” jest spełniony, jeżeli zastosowane ograniczenia wolności i praw są zgodne z zasadą proporcjonalności. Wielokrotnie powoływane stanowisko TK w sprawie zasady proporcjonalności wskazuje, że: 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do za-

mierzonych celów; 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane; 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela.⁷ Warunki te powinny być spełnione łącznie. Zasadnicze zastrzeżenia dotyczą spełnienia warunku drugiego i trzeciego. Cel nowelizacji rozdziału 6 urt, związany z realizacją interesu publicznego dotyczącego transmisji obowiązkowej, został przedstawiony w uzasadnieniu projektu PwPke w punkcie „Cel i potrzeba nowelizacji” (str. 15-16 uzasadnienia). Ogranicza się on do odpowiedniego wyeksponowania programów objętych obowiązkiem transmisji w elektronicznych przewodnikach po programach, rozszerzenia tego obowiązku na programy publiczne TVP Info i TVP Kultura oraz potrzeby działań na rzecz bezpieczeństwa informacyjnego i cybernetycznego Państwa. Żaden element uzasadnienia związanego z interesem publicznym nie wyjaśnia niezbędności pięciokrotnego rozszerzenia zakresu obowiązku transmisji z obecnych 7 programów do 35 programów. **Żaden element uzasadnienia nie wskazuje na czym polega niezbędność pozbawienia czterech koncesjonowanych programów statusu programu objętego obowiązkiem transmisji.** Żaden element uzasadnienia nie wskazuje na to, aby w obecnym stanie prawnym odbiorcy programów rozprawdanych w sieciach telekomunikacyjnych nie mieli dostępu do programów cieszących się największym zainteresowaniem i tylko pięciokrotne rozszerzenie zakresu transmisji obowiązkowej może im zapewnić taki dostęp. Żaden z elementów uzasadnienia projektu nie wyjaśnia niezbędności ograniczeń wolności umów i praw majątkowych nadawców oraz podmiotów rozprawdających programy w art. 44c i art. 44d. Relacja między celami określającymi interesy ogólne deklarowane w nowelizacji a poszczególnymi przepisami nie wskazuje na niezbędność proponowanych rozwiązań ograniczających wolność gospodarczą, swobodę umów oraz prawa majątkowe nadawców i podmiotów rozprawdających programy.

Jeszcze bardziej rażący brak proporcjonalności występuje w zakresie wymogu, iż efekty zastosowanych ograniczeń muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na regulowane podmioty. Bardzo ograniczone cele interesu publicznego dotyczące nowelizacji w zakresie transmisji obowiązkowej, pozostają w rażącej dysproporcji do ciężarów wynikających z ograniczeń nałożonych na nadawców programów i podmioty rozprawdające. Przepisy art. 44c zmieniają całkowicie zasady zawierania umów o udostępnienie programów pomiędzy nadawcami a podmiotami rozprawdającymi. Przepisy art. 44d zmieniają całkowicie zasady zawierania umów z odbiorcami programów. Zmiany w obydwu obszarach polegają na pozbawieniu oferenta (nadawcy, podmiotu rozprawdającego) swobody w zakresie formułowania oferty poprzez zakaz sprzedaży programów w formie pakietów i zobowiązaniu oferenta do sprzedaży poszczególnych programów wskazanych przez drugą stronę umowy (podmiot rozprawdający, odbiorca programu). Zakaz sprzedaży pakietów nie będzie dotyczył jedynie pakietu programów objętych obowiązkiem transmisji MCMO. Zmiany te całkowicie burzą wieloletnią praktykę udostępniania programów do rozprawdania oraz praktykę sprzedaży praw do korzystania z programów przez odbiorców. Dotychczas w obrocie dostępne są zarówno pakiety programów, jak poszczególne programy oferowane za dodatkową opłatą. Nadawcy oraz dostawcy usługi rozprawdania programów konkurują zestawami w

⁷ M.in. wyrok TK 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50, wyrok TK 26 kwietnia 1999 r., K 33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71; wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., K 34/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 94.

poszczególnych pakietach programowych oraz programami oferowanymi odrębnie, w różnych konfiguracjach.

Zakaz udostępniania i sprzedaży pakietów programów i wymóg stosowania transakcji dotyczących poszczególnych programów spowoduje obciążenie nadawców oraz podmioty rozprawdzające wieloma dodatkowymi ciężarami. Będą one związane ze sposobem zawierania umów, rozliczania opłat, udostępniania sygnału programów podmiotom rozprawdzającym oraz dostępu do programów odbiorcom, administrowania uprawnieniami do poszczególnych programów. Wykonanie dyspozycji art. 44c i art. 44d będzie wymagało zasadniczej zmiany praktyki kontraktowej w sektorze usług telewizyjnych, reorganizacji sprzedaży, zmiany oprogramowania i rozwiązań technicznych związanych z dostępem przedsiębiorców do sygnału oraz odbiorców do poszczególnych programów. Na stronie 26 uzasadnienia PwPke omówiono jedynie treść art. 44c i art. 44d, ale nie wskazano żadnego uzasadnienia dla takich obciążeń. **Nowelizacji, prowadzącej w praktyce do zmiany wszystkich umów pomiędzy nadawcami a podmiotami rozprawdzającymi, oraz zmiany umów z milionami odbiorców programów, nie poświęcono nawet jednego zdania uzasadnienia w projekcie i całkowicie pominięto w ocenie skutków regulacji.** Można jedynie przypuszczać, że projektodawcy oczekują dzięki tym rozwiązaniom obniżenia opłat odbiorców programów za wykorzystywane programy telewizyjne. Obciążenia nadawców i podmiotów rozprawdzających związane z takimi wymaganiami w odniesieniu do praktyki kontraktowej, administrowania tak ukształtowanymi uprawnieniami oraz kontrolą dostępu do sygnału i programu mogą prowadzić do przeciwnego efektu. Należy ponadto wskazać, iż analizy i raporty dotyczące opłat za telewizję płatną wskazują, iż opłaty w Polsce są jednymi z najniższych w UE oraz w porównaniu z innymi państwami OECD.

Na cenotwórcze oczekiwania projektodawców w tej sprawie wskazuje przepis art. 44c ust. 2, zgodnie z którym nadawca nie może różnicować opłat za udostępnienie tego samego programu lub pakietu operatorom rozprawdzającym program. Ograniczenie to bardzo głęboko ingeruje w swobodę umów, eliminuje możliwość uwzględnienia okoliczności towarzyszących transakcji, skali tej transakcji, zobowiązań przyjmowanych przez nabywcę w sprawach źródła sygnału, rozliczeń i innych istotnych okoliczności.

Porównanie ciężarów i ograniczeń nałożonych art. 44c i art. 44d na nadawców oraz podmioty rozprawdzające, z oczekiwanymi efektami regulacji wskazuje, że zasada proporcjonalności została w tej sprawie naruszona w szczególnie rażący sposób.

6. Konkluzje

Przedstawione wyżej kwestie dotyczące oceny projektu ustawy PwPke w zakresie transmisji obowiązkowej MCMO, w świetle prawa Unii Europejskiej oraz Konstytucji RP wskazują, iż projekt jest obarczony licznymi wadami i nie powinien być uchwalony w proponowanym kształcie.

Projekt narusza wymóg pełnej harmonizacji przepisów chroniących prawa konsumentów w zakresie umów i ofert wiązanych, wynikający z Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej. Sposób uregulowania obowiązku transmisji nie spełnia wymogów przejrzystości i jasności. Jest to następstwem ograniczenia ustawowych rozstrzygnięć dotyczących programów objętych obowiązkiem transmisji do programów nadawcy publicznego oraz automa-

tycznego rozszerzania listy programów objętych obowiązkiem MCMO o kolejne programy publiczne, które uzyskają rozsiew naziemny. Zasadnicza część listy programów objętych obowiązkiem transmisji zostaje powierzona Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji, na podstawie bardzo nieprecyzyjnych wytycznych do wydania rozporządzenia. Proponowanego zakresu obowiązku transmisji MCMO nie można uznać za zakres proporcjonalny i uzasadniony, gdyż zakres tego obowiązku ulega pięciokrotnemu zwiększeniu w porównaniu z obecnym stanem.

Negatywnie wypada ocena projektowanych rozwiązań ze względu na charakter celów leżących w interesie ogólnym w dziedzinie audiowizualnych usług medialnych, takich jak pluralizm mediów, wolność słowa oraz różnorodność kulturowa. Na poziomie ustawowym, który może zapewnić trwałe rozstrzygnięcia, niezależne od uznaniowych uregulowań KRRiT, pluralizm mediów nie znajduje żadnego odzwierciedlenia, gdyż wszystkie rozwiązania ustawowe są nakierowane wyłącznie na promowanie programów nadawcy publicznego. Tymczasem pluralizm mediów, obejmujący oferty nadawców publicznych i komercyjnych, jest podstawowym wymaganiem dotyczącym odpowiedniej ekspozycji programów w świetle art. 7a DAUM.

Wynikające z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego konsekwencje obowiązywania zasady demokratycznego państwa prawnego są naruszane w różny sposób. Konieczność dokonania zmian w umowach z podmiotami rozprawdzającymi i odbiorcami programów powoduje, że nie jest uwzględniany zakaz naruszania interesów w toku, szczególnie w zakresie tych umów, które zgodnie z obowiązującymi wymaganiami są umowami zawartymi na czas określony. Zastosowany w projekcie sposób potraktowania dotychczasowych uprawnień w zakresie obowiązkowej transmisji może naruszać zasadę ochrony praw słusnie nabytych. Naruszona została zasada prawidłowej (przyzwoitej) legislacji wynikająca z zasady demokratycznego państwa prawnego. Całkowicie pominięto obowiązek konsultacji publicznej projektu oraz oceny skutków regulacji, mimo że przepisy o transmisji obowiązkowej i ograniczeniach dotyczących zawierania umów dotyczą milionów gospodarstw domowych, wszystkich nadawców i podmiotów rozprawdzających programy. Ponieważ regulacja obowiązku transmisji MCMO nie ogranicza się do wywołania jedynie skutków gospodarczych, ale jest wprost powiązana z prawami obywatelskimi w zakresie wolności słowa, prawa do informacji i wolności komunikowania się, ustawodawca powinien utrzymać dotychczasowy sposób regulacji obowiązku transmisji MCMO „tylko w ustawie”, a nie w akcie wykonawczym. Wielokrotne rozszerzenie zakresu obowiązku transmisji MCMO oznacza bardzo poważne ograniczenie praw majątkowych nadawców, podlegających ochronie zgodnie z art. 64 Konstytucji RP. Obowiązek nieodpłatnego udostępniania tak wielu programów narusza konstytucyjną zasadę ochrony własności i innych praw majątkowych. Rozwiązania zaproponowane w projekcie naruszają wymóg równego traktowania nadawców publicznych i nadawców programów koncesjonowanych w sprawie sprzedaży czasu przeznaczanego na przekazy handlowe i prowadzą do dyskryminacji nadawców programów koncesjonowanych. Dyskryminacja w tej sprawie jest konsekwencją nieproporcjonalnego rozszerzenia obowiązku transmisji na programy nadawcy publicznego oraz wyeksponowania tych programów na początkowych miejscach w elektronicznym przewodniku po programach oraz na pilocie telewizyjnym.

Proponowane rozwiązania w różny sposób naruszają wymóg proporcjonalności ograniczeń wolności i praw wynikający z Konstytucji RP. Wymóg proporcjonalności narusza pięciokrotne rozszerzenie zakresu obowiązku transmisji. Brak proporcjonalności cechuje także wielokrotne rozszerzenie tego obowiązku w sytuacji, w której odbiorcy programów rozprowadzanych mają szeroki dostęp do programów cieszących się największym zainteresowaniem. Rażący brak proporcjonalności występuje w zakresie ciężarów wynikających z ograniczeń nałożonych na nadawców programów i podmioty rozprowadzające. Zmuszają one do całkowitej zmiany zasad zawierania umów o udostępnienie programów pomiędzy nadawcami a podmiotami rozprowadzającymi oraz pomiędzy tymi podmiotami a odbiorcami programów. Jest to wynikiem nieproporcjonalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej i swobody umów.



Michałów-Grabina, dnia 16 grudnia 2022 r.