

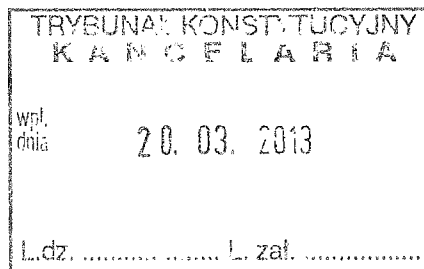


RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 19 marca 2013 r.

PG VIII TK 80/12

(K 29/12)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności:

1) art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.), w części zawierającej zwrot „w szczególności”, z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy wymienionej w pkt 1 z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

3) art. 37 ust. 4 ustawy wymienionej w pkt 1 z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

- na podstawie art. 27 pkt 5 w związku z art. 33 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) -

przedstawiam następujące stanowisko:

1) art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.), w części zawierającej

wyrażenie „w szczególności”, jest zgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy wymienionej w pkt 1 jest zgodny z art. 2 w związku z art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji;

3) art. 37 ust. 4 ustawy wymienionej w pkt 1 jest zgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Uzasadnienie

Rzecznik Praw Obywatelskich, dalej jako „Wnioskodawca” lub „RPO”, we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego zakwestionował konstytucyjność unormowań zawartych w art. 36 ust. 1, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, art. 36 ust. 1 pkt 2 oraz art. 37 ust. 4 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.), dalej jako „ustawa o radiofonii”, dotyczących przesłanek udzielania koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego lub telewizyjnego.

Uzasadniając zarzut niekonstytucyjności pierwszej ze wskazanych regulacji, RPO stwierdził, że w przepisach art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii zostały określone warunki, jakie musi spełnić podmiot ubiegający się o koncesję na rozpowszechnianie programu radiowego lub telewizyjnego.

Wnioskodawca, odnosząc się do ust. 1 art. 36 tej ustawy, wywiódł, że warunki te nie tworzą katalogu zamkniętego, ponieważ w tym przepisie określono, iż „w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się w szczególności” kryteria wymienione w pkt 1-5.

RPO uważa, że ustawodawca, wprowadzając zakwestionowaną regulację, pozostawił organowi koncesyjnemu dowolność ustalania ostatecznego kształtu ograniczeń wolności określonych w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji. Ograniczenia te, wbrew konstytucyjnemu standardowi, nie zostały wprowadzone „tylko w drodze ustawy” (art. 22 Konstytucji) lub też

„ustanowione tylko w ustawie” (art. 31 ust. 3 Konstytucji), lecz wynikają z praktyki przyjętej przez organ koncesyjny.

Zdaniem Wnioskodawcy, takie rozwiązanie prowadzi do sprzeczności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Kolejna poddana kontroli regulacja, tj. art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się „możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu” jest - w ocenie RPO - niezgodna z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wnioskodawca podnosi, że wskazane kryterium jest mało precyzyjne, mimo że dotyczy materii wymiernej (finansowej), a więc dającej się wyrazić w bardziej konkretny sposób. Jednocześnie podkreśla, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii zawiera normę ograniczającą konstytucyjne wolności określone w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji. Okoliczność ta powinna więc skutkować podwyższeniem standardu precyzji norm prawnych ograniczających te wolności.

RPO wskazuje, że zasada określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji) nie wyklucza możliwości używania przez ustawodawcę zwrotów niedookreślonych. Ich znaczenie w konkretnej sytuacji nie może jednak być ustalane arbitralnie, konieczne jest istnienie w prawie szczególnych gwarancji procesowych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełnienia nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący.

Zdaniem Wnioskodawcy, ukształtowane postępowanie koncesyjne nie stwarza takich gwarancji. RPO dowodzi, że Wnioskodawca może złożyć do sądu administracyjnego skargę na decyzję o odmowie udzielenia koncesji, jednakże postępowanie mające na celu ocenę posłużenia się przez organ koncesyjny zwrotem nieostrym nie wstrzymuje samego procesu koncesyjnego. W rezultacie może okazać się, że administracyjna zgoda na rozpowszechnianie

programów radiowych i telewizyjnych zostanie już ostatecznie rozdzielona przed zbadaniem przez sądy administracyjne legalności posługiwania się przez organ koncesyjny zwrotem nieostrym.

RPO wyraża pogląd, że skoro ustawodawca powierzył organowi koncesyjnemu ocenę możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, to również powinien, co najmniej w sposób ogólny, określić w ustawie narzędzia, za pomocą których ta prognoza jest weryfikowana przez organ koncesyjny. Jednak na poziomie ustawowym nie zostało to uczynione.

Ostatnim z zakwestionowanych we wniosku przepisów jest art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii, w którym ustawodawca upoważnił Krajową Radę Radiofonii i Telewizji, dalej jako „Krajowa Rada”, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, do określenia, w drodze rozporządzenia, danych, które powinien zawierać wniosek, oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach o udzielenie koncesji. Zdaniem RPO, wskazane upoważnienie ustawowe narusza art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Uzasadniając zarzut niekonstytucyjności wskazanej delegacji ustawowej, RPO podniósł, że w zakresie, dotyczącym upoważnienia do określenia w rozporządzeniu danych, które powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji, nie wykazuje ona szczególności pod względem przedmiotowym, ponieważ nie określa precyzyjnie co ma zostać uregulowane w akcie wykonawczym. Nie wiadomo zatem, czy dane te mają dotyczyć wszystkich podlegających ocenie przez organ koncesyjny przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii, czy też niektórych z nich, a jeśli tak - to jakich. Upoważnienie nie określa też, czy poza danymi dokumentującymi spełnianie przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii w rozporządzeniu można określić dodatkowe dane, które powinien zawierać wniosek, skoro katalog przesłanek ocenianych w procesie koncesyjnym jest katalogiem otwartym.

W ocenie Wnioskodawcy, upoważnienie ustawowe nie spełnia nadto konstytucyjnego warunku szczególowości pod względem treściowym, ponieważ nie wskazuje wytycznych co do tego, czym powinna się kierować Krajowa Rada określając dane, jakie powinien zawierać wniosek.

Zdaniem RPO, zawarta w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii dalsza część upoważnienia, z której wynika, że Krajowa Rada określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji także nie spełnia konstytucyjnych wymagań, dlatego, że nie odpowiada postulatowi konkretności pod względem przedmiotowym, ani nie pozwala na zdekodowanie wytycznych. W konsekwencji, na podstawie zakwestionowanego upoważnienia nie można określić, w jakim kierunku powinny podążać merytoryczne rozwiązania rozporządzenia w zakresie postępowania w sprawie przyznawania i cofania koncesji.

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie RPO uczynił regulacje, dotyczące procedury udzielania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, zamieszczone w art. 36 ust. 1 i art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii. Zaznaczyć należy, że pierwszy z wymienionych przepisów nie został zakwestionowany w całości. Wnioskodawca poddał go jedynie kontroli: a) w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, b) w zakresie odnoszącym się do jego pkt 2.

Pod adresem zakwestionowanych regulacji sformułowano we wniosku zarzuty, które sprowadzają się zasadniczo do dwóch problemów. Po pierwsze, naruszenia przez art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii - w zaskarżonych zakresach - wymagań formalnych ograniczenia konstytucyjnych wolności, wskazanych przez RPO. Jak bowiem stwierdzono w uzasadnieniu wniosku, testowi zgodności z Konstytucją należy poddać „jakość prawa określającego warunki, które powinien spełnić podmiot ubiegający się o koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych” (s. 5 wniosku). Drugim problemem

jest naruszenie przez przepis upoważniający, zawarty w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii, konstytucyjnego systemu źródeł prawa, ponieważ, zdaniem Wnioskodawcy, upoważnienie to nie odpowiada wymaganiom szczegółowości pod względem przedmiotowym i treściowym.

Przed przystąpieniem do oceny konstytucyjności regulacji zakwestionowanych we wniosku należy, w sposób zwięzły, odnieść się do zagadnienia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych.

W art. 54 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji przewidziano, że ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

W obecnym stanie prawnym taką ustawą jest ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.), dalej jako „ustawa o swobodzie działalności gospodarczej”. W art. 46 ust. 1 pkt 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, został wykreowany obowiązek uzyskania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych (z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, które nie są rozprowadzane naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych). Jednocześnie w art. 46 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ustawodawca wskazał, że szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw.

W przypadku koncesjonowania działalności gospodarczej, dotyczącej rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, takie szczególne przepisy zostały zamieszczone w ustawie o radiofonii. Przepis art. 2 ust. 1 tej ustawy stanowi, że prawo rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych przysługuje jednostkom publicznej radiofonii i telewizji oraz osobom fizycznym, osobom prawnym i osobowym spółkom handlowym, które

uzyskały koncesję na taką działalność, albo - w przypadku programów telewizyjnych rozpowszechnianych wyłącznie w systemach teleinformatycznych - wpis do rejestru takich programów.

Należy zauważyć, że pomiędzy ustawą o swobodzie działalności gospodarczej a ustawą o radiofonii zachodzi relacja *lex generalis - lex specialis* (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego w z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. akt P 9/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 59).

Postępowanie w przedmiocie udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych toczy się na podstawie przepisów: ustawy o radiofonii, kodeksu postępowania administracyjnego oraz rozporządzenia Krajowej Rady z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz. U. Nr 5, poz. 41 ze zm.), dalej jako „rozporządzenie z 2007 r.” (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2012 r., sygn. akt II GSK 1088/11, opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Warto zaznaczyć, że postępowanie dotyczące koncesji wyróżnia to, że o możliwości uzyskania koncesji zainteresowane osoby są informowane za pomocą ogłoszenia, a złożone wnioski są rozpatrywane w jednym postępowaniu.

W przypadku, gdy nie można uzyskać konsensusu w sprawie wyboru przedsiębiorcy w ramach wszczętego postępowania koncesyjnego, istnieje obowiązek zarządzenia przetargu. Kwestię tę reguluje art. 52 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym „[j]eżeli liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, organ koncesyjny zarządza przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji” (ust. 1).

Stosownie zaś do ust. 2 tego artykułu, „[w] postępowaniu o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych organ koncesyjny zarządza przetarg, o którym mowa w ust. 1, jeżeli w wyniku dokonania oceny wniosków w trybie art. 36 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (...) liczba przedsiębiorców pozostaje większa niż liczba koncesji.” Szczegółowe rozwinięcie przytoczonej regulacji zostało zawarte w § 19 rozporządzenia z 2007 r.

Organem właściwym w sprawach koncesji jest Przewodniczący Krajowej Rady, który - na podstawie uchwały Krajowej Rady - podejmuje decyzję w sprawie koncesji. Decyzja w tej sprawie jest ostateczna (art. 33 ust. 2 i 3 ustawy o radiofonii).

Wymaga zaakcentowania, że ani ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, ani ustawa o radiofonii nie zawierają definicji pojęcia koncesja.

W wyroku o sygn. akt P 9/09, dotyczącym zasad obliczania opłat za udzielenie koncesji dla nadawców radiowych i telewizyjnych, Trybunał Konstytucyjny, ustalając, jakim rodzajem świadczenia jest ta opłata, odniósł się także do charakteru koncesji i uznał, iż jest ona przyznaniem publicznoprawnego uprawnienia podmiotowego, związanego z dostępem do rynku reglamentowanego, na którym koncesjonariusz, prowadząc działalność gospodarczą, korzysta z rzadkiego dobra, jakim są ograniczone zasoby częstotliwości.

Z orzecznictwa sądowego wynika, że koncesja stanowi publicznoprawne uprawnienie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, przyznane określonemu podmiotowi, który spełnia wymagania przedmiotowe i podmiotowe (do wykonywania działalności koncesjonowanej), w drodze decyzji właściwego organu administracji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., sygn. akt III RN 34/98, OSNAPiUS 1999, nr 5, poz. 157).

W piśmiennictwie wskazuje się, że koncesja jest formą reglamentacji

działalności gospodarczej przez państwo. Wyraża akt zgody władzy publicznej na podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej przez danego przedsiębiorcę. Ma więc także cechy pozwolenia, lecz jednocześnie różni się od zezwolenia tym, że jest udzielana w pewnym tylko zakresie działalności gospodarczej oraz z odrębnych powodów i dla szczególnych celów, co uzasadnia także zastosowanie specjalnego trybu postępowania przy udzielaniu koncesji (C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej*, LexPolonica).

Wyróżnia się następujące charakterystyczne cechy koncesji: 1) ograniczony zakres przedmiotowy – działalnością koncesjonowaną jest objęta działalność strategicznych dziedzin gospodarki; 2) uznaniowość – przesłanki odmowy udzielenia koncesji, cofnięcia oraz jej zmiany i ograniczenia zakresu zostały poddane uznaniu administracyjnemu organu koncesyjnego; 3) procedura wydania – została określona w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej oraz innych aktach prawnych regulujących działalność koncesjonowaną (por. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 224).

K. Chałubińska-Jentkiewicz, określając charakter prawny koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych, wskazuje, że „koncesja <medialna> jest związana z monopolem państwa w zakresie częstotliwości, a jednocześnie stanowi instrument ochrony interesu publicznego w mediach, ponieważ to państwo przez ograny uprawnione decyduje komu i na jakich warunkach powierzyć realizację swoich zadań” (*Media audiowizualne. Konflikt regulacyjny w dobie cywilizacji*, LEX 2011).

Autorka ta, analizując na tle reglamentacji rynku mediów audiowizualnych takie instytucje prawne jak koncesja i zezwolenie, podkreśla, że zezwolenie różni się od koncesji tym, iż warunkiem prowadzenia danej działalności jest spełnienie określonych przesłanek, podczas gdy koncesja ma charakter przywileju dostępnego dla wybranych podmiotów – rozszerzając ich

naturalną zdolność prawną. Inaczej ujmując, podstawowe różnice pomiędzy tymi instytucjami sprowadzają się do tego, że koncesja jest udzielana w drodze konstytucyjnego aktu indywidualnego o charakterze uznaniowym oraz po spełnieniu przez koncesjonariusza warunków ustalonych przez organ koncesyjny. W przypadku natomiast zezwolenia konieczne jest spełnienie przez wnioskodawcę warunków ustawowych materialnych (*Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*, LEX 2013).

Należy przyjąć, że w przypadku koncesji organ koncesyjny ma bardzo szeroki zakres m.in. władzy dyskrecjonalnej, która pozwala mu decydować o przyznaniu lub nieprzyznaniu koncesji. W przypadku zezwoleń, w zasadzie jeżeli przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie spełnia wszystkie prawem przewidziane wymagania, organ administracyjny właściwy do jego udzielenia ma ograniczone możliwości wydania decyzji negatywnej (por. M. Zdyb, *Komentarz do ustawy prawo działalności gospodarczej*, Kraków 2000, s. 268-269.)

1. Odnosząc się do zarzutów Wnioskodawcy, dotyczących naruszenia art. 22, art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, należy stwierdzić, co następuje.

Art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii, w skład którego wchodzi regulacja zakwestionowana przez Wnioskodawcę, ma następujące brzmienie:

„W postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się w szczególności:

1) stopień zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją;

2) możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu;

3) przewidywany udział w programie audycji wytworzonych przez nadawcę lub na jego zamówienie albo we współdziałaniu z innymi nadawcami;

4) przewidywany udział audycji, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 3, w programie telewizyjnym albo utworów, o których mowa w art. 15 ust. 2, w programie radiowym lub telewizyjnym;

5) dotychczasowe przestrzeganie przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu.”

Przytoczony przepis został zamieszczony w rozdziale 5 ustawy o radiofonii, noszącym tytuł „Koncesje na rozpowszechnianie programów”.

Ustawa o radiofonii weszła w życie dnia 1 marca 1993 r. (za wyjątkiem przepisów karnych, zawartych w art. 52 tej ustawy, które weszły w życie dopiero z dniem 1 lipca 1993 r.). Już w jej pierwotnym brzmieniu ustawodawca, konstruując przepis art. 36 ust. 1, we wprowadzeniu do wyliczenia użył sformułowania „w szczególności”.

Zauważyć należy, że uchwaleniu (w dniu 29 grudnia 1992 r.) ustawy o radiofonii towarzyszyła zmiana przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (tzw. Małej Konstytucji), przez dodanie do nich nowego, składającego się z czterech ustępów, art. 36b poświęconego Krajowej Radzie.

Zgodnie z art. 22 Konstytucji, „[o]graniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

Artykuł 22 Konstytucji - uzupełniając treść art. 20 Konstytucji - proklamuje konstytucyjną wolność działalności gospodarczej. Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. akt K 22/09, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 74, stwierdził, że „[w]olność działalności gospodarczej jest publicznym prawem podmiotowym polegającym na swobodzie podmiotu

prywatnego podjęcia oraz wykonywania działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. (...) Przepis ten formułuje dwojakiego rodzaju przesłanki wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej. W płaszczyźnie materialnej wymaga, aby ograniczenia te znajdowały uzasadnienie w <ważnym interesie publicznym>, zaś w płaszczyźnie formalnej, aby były wprowadzone w drodze ustawy”.

Wnioskodawca, jako wzorzec kontroli konstytucyjnej zaskarżonej regulacji, wskazał również art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 54 ust. 1 Konstytucji stanowi, że „[k]ażdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.”

Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. akt SK 42/09, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 118, stwierdził, że „w art. 54 ust. 1 Konstytucji zawarte są w gruncie rzeczy trzy odrębne wolności jednostki, aczkolwiek wzajemnie ze sobą powiązane i współzależne, a mianowicie: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji, wolność rozpowszechniania informacji”. W wyroku tym Trybunał podkreślił, że wolności te, określane łącznie jako „wolność słowa” lub „wolność wypowiedzi”, mają zasadnicze znaczenie zarówno z punktu widzenia wolności samej jednostki, przysługującej jej z przyrodzonej natury i związanej silnie z jej godnością, jak i z punktu widzenia mechanizmów funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego.

W niniejszej sprawie podstawowe znaczenie ma ostatnia z wymienionych wolności, tj. wolność rozpowszechniania informacji. Jednakże ze względu na jej powiązanie i współzależność z dwiema wolnościami wymienionymi w art. 54 ust. 1 Konstytucji, w dalszej części będzie mowa o wolności słowa.

Określona w art. 54 ust. 1 Konstytucji wolność słowa, może podlegać ograniczeniom, zgodnym z wymogami konstytucyjnymi. W wyroku z dnia 30

października 2006 r., sygn. akt P 10/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128, Trybunał Konstytucyjny, uzasadniając konstytucyjne podstawy ograniczenia wolności słowa, stwierdził, że chociaż w tekście art. 54 Konstytucji nie ma wzmianki o art. 31 ust. 3 Konstytucji, to „[w] świetle ustalonego orzecznictwa Trybunału nie może to być jednak rozumiane w ten sposób, że wolność słowa i będąca jej przejawem wolność środków społecznego przekazu ma charakter absolutny i nie podlega ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 ma charakter zasady ogólnej, stosowanej nie tylko wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa wyraźnie przewiduje dopuszczalność ich ograniczenia, ewentualnie także poszczególne jej przesłanki (np. art. 64 ust. 3 Konstytucji), ale także wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa nie wspomina o możliwości wprowadzenia ograniczeń. Art. 31 ust. 3 jest zatem koniecznym dopełnieniem norm wyrażonych w art. 14 i art. 54 ust. 1 Konstytucji. Jego treść musiałaby być uwzględniona przez Trybunał Konstytucyjny, nawet gdyby ten przepis nie został wskazany (...) jako wzorzec kontroli konstytucyjności”.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji statuuje zasadę proporcjonalności, godząc się na limitowanie konstytucyjnych wolności i praw, w tym wolności działalności gospodarczej i wolności słowa, precyzuje też warunki dopuszczalności tego rodzaju ograniczeń. Należą do nich: a) ustawowa forma ograniczeń, b) istnienie konieczności ograniczeń, przy braku innych środków skutecznie służących temu celowi, c) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wartości wskazanych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób), d) zakaz naruszania istoty danej wolności lub prawa (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2004 r., sygn. akt K 2/04, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 117).

Jak już wspomniano, RPO, podważając zgodność zakwestionowanej regulacji z art. 22, art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, poza zakresem zaskarżenia pozostawił przesłanki materialne ograniczenia wolności

działalności gospodarczej oraz wolności słowa, ponieważ ustrojodawca dopuszcza koncesjonowanie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia stacji radiowej lub telewizyjnej (art. 54 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji). Zarzut kolizji ze wskazanymi wzorcami kontroli został sformułowany w aspekcie naruszenia wymogów formalnych ograniczenia tych wolności.

W kontekście tak ujętego zarzutu należy zaznaczyć, że w piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, iż wymóg ustawowego określania ograniczeń działalności gospodarczej „zawiera w sobie także nakaz dochowania odpowiedniej jakości unormowania ustawowego. Zarówno bowiem na tle klauzuli demokratycznego państwa prawnego (wynikających z niej <zasad przyzwoitej legislacji>), jak i na tle art. 31 ust. 3, wykluczone jest ustanawianie przepisów pozbawionych dostatecznego stopnia precyzji (...). Rzutuje to na sposób interpretacji przepisów obowiązującego prawa”. (L. Garlicki, Komentarz do art. 22 Konstytucji, [w:] red. L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2001, t. II, s. 13 i 14).

Zdaniem J. Zakolskiej, „zawarty w art. 31 ust. 3 zwrot <tylko w ustawie> nie oznacza wyłącznie obowiązku wskazania zakresu ograniczeń w akcie normatywnym tej rangi, ale również wyraża zakaz tworzenia tak niejasnych i nieprecyzyjnie sformułowanych przepisów, że ich adresaci nie mają pewności co do swoich praw i obowiązków. (...) Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych może być samoistną przesłanką stwierdzenia ich niezgodności zarówno z art. 31 ust. 3, jak i z art. 2 Konstytucji.” (*Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 123 i 124).

Należy zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, stanowienie prawa, a więc także wybór najważniejszych wariantów legislacyjnych, jest rolą parlamentu, a zadaniem Trybunału Konstytucyjnego jest jedynie ocena, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania nie naruszają norm, zasad i wartości konstytucyjnych. W wypadku

powołania art. 31 ust. 3 Konstytucji jako wzorca kontroli konstytucyjności punktem wyjścia rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego jest zawsze założenie racjonalności działań ustawodawcy i domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt K 8/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 23).

Zarzut Wnioskodawcy jest związany z zamieszczonym w zakwestionowanej regulacji wyrażeniem „w szczególności”. Zarzut ten został oparty na tezie, że na skutek użycia powyższego sformułowania warunki materialnoprawne udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego i telewizyjnego zostały określone na zasadzie katalogu otwartego, a zatem organ koncesyjny „może brać pod uwagę także takie przesłanki, które nie zostały wysłowione w tekście ustawy”. W przekonaniu RPO, takie rozwiązanie nie czyni zadość konstytucyjnym wymaganiom wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej i wolności słowa, odpowiednio, „tylko w drodze ustawy” (art. 22 Konstytucji) oraz „ustanowienia tylko w ustawie” (art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Takiego zapatrywania nie można zaakceptować z następujących powodów.

Art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii, w skład którego wchodzi część objęta wnioskiem, jest adresowany, po pierwsze, do Krajowej Rady, a po drugie – do podmiotów wymienionych w art. 35 ustawy o radiofonii (tj. osoby fizycznej, posiadającej obywatelstwo polskie i stałe miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej, mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), którym zgodnie ze wskazanym przepisem może być udzielona koncesja.

Krajowa Rada jest wyodrębnionym organem konstytucyjnym. Zgodnie ze swymi konstytucyjnie określonymi funkcjami, stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji (art. 213 ust. 1 Konstytucji). Zaznaczyć należy, że funkcjonowanie Krajowej Rady

stanowi doniosły element realizacji wolności środków społecznego przekazu, którą wyraża art. 14 Konstytucji.

Zgodnie z art. 215 Konstytucji, zasady i tryb działania tego organu, jego organizację oraz szczegółowe zasady powoływania członków Krajowej Rady określa ustawa o radiofonii.

W art. 6 ust. 1 tej ustawy, nawiązując do regulacji konstytucyjnej, wskazano, że „Krajowa Rada stoi na straży wolności słowa w radiu i telewizji, samodzielności dostawców usług medialnych i interesów odbiorców oraz zapewnia otwarty i pluralistyczny charakter radiofonii i telewizji”. Realizacji celów określonych w tym przepisie służyć ma spełnianie przez Krajową Radę zadań wymienionych w ust. 2 art. 6 ustawy o radiofonii. Sformułowane one zostały w postaci obszernego katalogu otwartego. Warto wskazać te, które zezwalają Krajowej Radzie i jej Przewodniczącemu na kształtowanie praw i obowiązków osób trzecich. Są to takie zadania jak:

- określanie, w granicach upoważnień ustawowych, warunków prowadzenia działalności przez dostawców usług medialnych (pkt 2);
- podejmowanie, w zakresie przewidzianym ustawą, rozstrzygnięć w sprawach koncesji na rozpowszechnianie programów, wpisu do rejestru programów, oraz prowadzenie tego rejestru (pkt 3);
- uznawanie za nadawcę społecznego lub odbieranie tego przymiotu, na warunkach określonych ustawą (pkt 3a);
- sprawowanie w granicach określonych ustawą kontroli działalności dostawców usług medialnych (pkt 4).

Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z dnia 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32, odnosząc się do pozycji Krajowej Rady, stwierdził, że jest ona „konstytucyjnym organem państwa wyposażonym w szereg istotnych kompetencji, których realizacja (rozstrzygnięcia w formie uchwał i wydawanie decyzji administracyjnych) stanowi element wykonywania przez państwo jego funkcji”. W tym wyroku Trybunał Konstytucyjny

jednocześnie podkreślił, że zadania Rady wyznaczają jej miejsce w systemie organów państwowych w taki sposób, aby mogła ona zachować charakter organu niezależnego. Znajduje to wyraz w uregulowaniach dotyczących powoływania i odwoływania członków Krajowej Rady oraz powoływania jej Przewodniczącego. Członkowie Krajowej Rady w okresie swojej kadencji muszą zawiesić swoje członkostwo w partiach politycznych oraz we władzach stowarzyszeń, związków zawodowych, związków pracodawców, organizacji kościelnych lub związków wyznaniowych. Osoby wchodzące w jej skład nie mogą również sprawować mandatu poselskiego lub senatorskiego.

O niezależności Krajowej Rady od Rady Ministrów i od bieżącej polityki rządu świadczy także fakt, że przedstawia ona sprawozdanie ze swej działalności Sejmowi, Senatowi i Prezydentowi, natomiast Prezesa Rady Ministrów jedynie informuje o swoich dokonaniach.

Zauważyć w tym miejscu należy, że ustawa o radiofonii jest aktem prawnym na którego kształt rzutuje niezależność Krajowej Rady. Dlatego w obrębie całej tej ustawy ustawodawca posłużył się konstrukcją przykładowego wyliczenia. Jak już wspomniano taką technikę legislacyjną zastosowano m.in. w przypadku określania w art. 6 ust. 2 ustawy o radiofonii zadań Krajowej Rady. Ponadto zawarte w art. 37 ust. 1 tej ustawy wyliczenie elementów, które zawierać winna koncesja, także nie ma charakteru enumeratywnego, czego RPO nie zakwestionował.

Należy stwierdzić, że ze względu na status prawny Krajowej Rady oraz specyfikę regulacji zawartej w ustawie o radiofonii, ani zadania organu koncesyjnego ani warunki samej koncesji nie mogły zostać ujęte w formie katalogu zamkniętego.

Według M. Wyrzykowskiego, „Warunki uzyskania koncesji są określone w ustawie o radiofonii i telewizji, i to ustawowe warunki uzyskania koncesji, a nie warunki samej koncesji określają zakres wolności słowa. Organ koncesyjny nie może wprowadzić dodatkowych, nieznanych ustawie, warunków

prowadzenia działalności radiowej lub telewizyjnej, które wprowadzałyby jakiegokolwiek dodatkowe ograniczenia wolności słowa. To, co może organ koncesyjny, decydując w miarę swobodnie, to ustalenie elementów technicznych (częstotliwość, minimalna długość programu, okres koncesji itd.), nigdy zaś warunków określających wolność słowa. Tym bardziej, że konstytucyjnym obowiązkiem Krajowej Rady i jej przewodniczącego jest stanie na straży wolności słowa jako koniecznego i niezbędnego warunku istnienia społeczeństwa demokratycznego.” (Głosa do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 marca 1993 r., sygn. akt W 3/93, Przegląd Sejmowy nr 3/1994, s. 311).

Z kolei M. Romanowski, wyjaśniając znaczenie art. 37 ust. 2 ustawy o radiofonii, zgodnie z którym „Koncesja może określać inne warunki prowadzenia działalności, niezbędne dla realizacji przepisów ustawy” stwierdził, że Krajowa Rada „nie może wprowadzać w koncesji dowolnych ograniczeń rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, ale wyłącznie takie, które są warunkiem niezbędnym dla realizacji przepisów ustawy o radiofonii i telewizji. Chodzi tu przede wszystkim o art. 1 ust. 1 ustawy określający zadania radiofonii i telewizji, art. 6 ust. 1 nakładający oznaczone zadania na KRRiT oraz [...] art. 36. W każdym razie wprowadzenie do koncesji dodatkowego warunku prowadzenia działalności na podstawie art. 37 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji wymaga wskazania konkretnego przepisu ustawy, którego realizacja jest niezbędna, oraz wykazania przez KRRiT adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy tym warunkiem a realizacją takiego przepisu.” (M. Romanowski, *Zasada swobody działalności gospodarczej w świetle praktyk KRRiT*, Przegląd Prawa Handlowego 5/2001, s. 36-43).

Autor ten także wskazuje, że „Kompetencja oznaczonego działania organu władzy publicznej (np. wydawania, zmiany lub cofania decyzji administracyjnej, formułowania nakazów lub zakazów) musi wyraźnie wynikać

z ustawy. Kompetencji takiej nie można domniemywać, jeżeli normy prawne nie przewidują jednoznacznie określonego uprawnienia organu państwowego do podejmowania oznaczonego działania. Pogląd ten stanowi logiczną konsekwencję obowiązywania fundamentalnej w państwie prawnym konstytucyjnej zasady legalizmu.”

W opinii M. Romanowskiego, „Wymóg wywodzenia istnienia kompetencji organu do podjęcia oznaczonego działania (np. wprowadzenia nakazu lub zakazu) nie jest sprzeczny z pojęciem tzw. uznania administracyjnego, z którego wynika pewien <luz interpretacyjny> dla organu wydającego decyzję. Również bowiem decyzje uznaniowe charakterystyczne przy wydawaniu, zmianie lub cofaniu koncesji mogą być wydawane wyłącznie na podstawie i w granicach przepisu prawnego o randze ustawowej kreującego uznanie administracyjne.”

Z przedstawionych poglądów doktryny wynika, że wbrew sugestii Wnioskodawcy, w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii nie sformułowano warunków uzyskania koncesji, bądź też, ściślej ujmując, przesłanek materialnoprawnych, które musi spełnić ubiegający się o udzielenie koncesji. Wskazany przepis ma charakter procesowy (czyli niematerialny). Ustawodawca określił w nim, w formie katalogu otwartego, kryteria, jakimi musi się posłużyć Krajowa Rada, a następnie jej Przewodniczący, przy analizie i ocenie wniosków koncesyjnych.

Zaznaczyć należy, że poza tymi kryteriami ocenie organu koncesyjnego podlegają także inne wybrane przez niego elementy. Ustalenia tego organu mogą bowiem znaleźć oparcie również w dowodach przewidzianych w kodeksie postępowania administracyjnego. Stosownie do art. 75 § 1 K.p.a., dopuszczalne jest, aby Krajowa Rada (a także Przewodniczący tej Rady), jeżeli uzna to za niezbędne na potrzeby wydania swej oceny, dokonała analizy zeznań świadków, powołała biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii, dokonała oględzin i w ogóle zbadała wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest

sprzeczne z prawem (zob. B. Z. Chludziński, *Koncesja i koncesjonowanie w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce. Zagadnienia administracyjnoprawne*. Toruń 2005, s. 75).

Zdaniem B. Z. Chludzińskiego, elementy wyszczególnione w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii należy poddać ocenie w pierwszym rzędzie. Zaniechanie natomiast takiej oceny w trakcie postępowania koncesyjnego niewątpliwie będzie musiało być uznane za istotne uchybienie w tym postępowaniu (*op.cit.*, s. 77).

Należy zaznaczyć, że przedstawione poglądy doktryny znalazły potwierdzenie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt II GSK 336/09, LEX nr 596766, z którego fragment tezy zacytowano w uzasadnieniu wniosku.

W wymienionym wyroku, Naczelny Sąd Administracyjny, rozpatrując wyłącznie zawarte w skardze kasacyjnej zarzuty, dotyczące naruszenia przepisów postępowania, wskazał, że „[w]yliczenie w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy z 1992 r. o radiofonii i telewizji przesłanek, które powinny zostać w szczególności poddane ocenie w trakcie postępowania, nie ma charakteru enumeratywnego. Oznacza to, że w czasie postępowania nie może zostać pominięta żadna z przesłanek wymienionych ww. przepisie. Nie oznacza to jednak, że tylko te przesłanki mogą stać się przedmiotem oceny. Użyty w art. 36 ust. 1 zwrot <w szczególności> należy interpretować w ten sposób, że organ koncesyjny zobligowany jest w pierwszym rzędzie do oceny okoliczności wymienionych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5, ale powinien także brać pod uwagę wszelkie inne przesłanki, które mogą być istotne dla oceny zasadności wniosku o przyznanie koncesji. Przed dokonaniem oceny wskazanych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy z 1992 r. o radiofonii i telewizji okoliczności KRRiT musi zebrać możliwie pełny materiał dowodowy stanowiący podstawę dla ustalenia stanu faktycznego. Ustalony stan faktyczny winien zostać następnie poddany wnikliwej ocenie”.

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu lub odmowie udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych Krajowa Rada, jako organ państwowy, działa w granicach uznania administracyjnego (zob. m.in. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 28 września 2004 r., sygn. akt GSK 550/04, oraz z dnia 24 lipca 2003 r. sygn. akt II SA 793/01, a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 25 października 2010 r., sygn. akt VI SA/Wa 1298/10, opublikowane w Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

W ostatnim z wymienionych wyroków, Wojewódzki Sąd Administracyjny wskazał, że do wydania decyzji w ramach uznania dochodzi „w sytuacji, gdy norma prawna zastosowanie jej uzależnia od uznania organu. W szczególności administracyjne uznanie występuje w przypadkach, w których w przepisach prawnych stanowi się, że organ może podjąć w sprawie rozstrzygnięcie, a nie ma w nich nakazu lub zakazu ustalenia określonej treści rozstrzygnięcia. Jednakże swoboda organu w zakresie administracyjnego uznania, przynajmniej na gruncie Kodeksu postępowania administracyjnego, ograniczona jest tym, że organ stosujący prawo zobowiązany jest w toku postępowania mieć na względzie interes społeczny lub słuszny interes obywateli (por. J. Borkowski (w:) Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, wydanie 8, str. 470-472). W konsekwencji sąd, dokonując oceny legalności takiej decyzji obowiązany jest zbadać czy organ przy wydaniu konkretnej decyzji nie dopuścił się przekroczenia granic uznania administracyjnego”.

Warto zaznaczyć, że w ustawie o radiofonii wprost przewidziano dwie negatywne przesłanki, które uniemożliwiają udzielenie koncesji. Chodzi tu o wypadki, w których rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować:

- 1) zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i

wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz naruszenie tajemnicy państwowej,

2) osiągnięcie przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie (art. 36 ust. 2 u.r.t.).

Jeżeli zatem w trakcie postępowania koncesyjnego Krajowa Rada stwierdzi możliwość wystąpienia wymienionych w nim zagrożeń ze strony konkretnego wnioskodawcy, powinna podjąć decyzję o odmowie udzielenia koncesji.

Reasumując, należy stwierdzić, że teza RPO o otwartym katalogu przesłanek materialnoprawnych udzielenia koncesji jest nietrafna. Została ona oparta na błędnym odczytaniu zakwestionowanej regulacji. Przede wszystkim zaznaczyć trzeba, że w tej regulacji jest mowa jedynie o sposobie prowadzenia postępowania dowodowego podczas dokonywania oceny merytorycznej wniosku o udzielenie koncesji, a nie o materialnoprawnych warunkach stanowiących podstawę nabycia publicznoprawnego uprawnienia do wykonywania koncesjonowanej działalności w dziedzinie rozpowszechniania programów radiowych lub telewizyjnych. W tej sytuacji również argumenty na poparcie zarzutów niekonstytucyjności zaskarżonej regulacji były chybione. Powodować to musi uznanie, że art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, nie narusza zasady swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) oraz wolności słowa w powiązaniu z zasadą proporcjonalności (art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

2. Odnosząc się do zarzutu niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii, zgodnie z którym „[w] postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się w szczególności: (...) możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu” należy stwierdzić, co następuje.

RPO, poddając kontroli przytoczony przepis, dowodzi, że narusza on zasady swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) oraz wolność słowa (art. 54 ust. 1 Konstytucji) w powiązaniu z zasadą określoności przepisów prawa, wywiedzioną z art. 2 Konstytucji, oraz zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wnioskodawca wskazuje, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii stanowi nieproporcjonalną ingerencję we wskazane wolności ze względu na małą precyzyjność sposobu sformułowania tego przepisu. Wnioskodawca argumentuje, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii przez to, że zawiera normy ograniczające konstytucyjne wolności określone w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji, powinien cechować się podwyższonym standardem precyzji normy prawnej ograniczającej te wolności.

Z uzasadnienia wniosku wynika, że niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu RPO upatruje przede wszystkim w naruszeniu zasady określoności, a zatem trzeba przyjąć, że art. 2 Konstytucji jest podstawowym wzorcem kontroli art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii. Pozostałe wskazane we wniosku wzorce kontroli, tj. art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji, należy potraktować jako pełniące rolę pomocniczą, a więc uznać je za wzorce związkowe.

W konsekwencji art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii należy poddać kontroli co do zgodności z art. 2 w związku z art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „przez precyzyjność regulacji prawnej należy rozumieć możliwość dekodowania z przepisów jednoznacznych norm prawnych (a także ich konsekwencji) za pomocą reguł interpretacji przyjmowanych na gruncie określonej kultury prawnej. Innymi słowy, nakaz określoności przepisów prawnych powinien być rozumiany jako wymóg formułowania przepisów w taki sposób, aby zapewniały dostateczny stopień precyzji w ustaleniu ich znaczenia i skutków prawnych” (wyrok

Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138 wraz z powołanym orzecnictwem). W powyższym wyroku Trybunał stwierdził, że: „W celu uznania niekonstytucyjności regulacji, której wnioskodawca stawia zarzut niedookreślonej, nie wystarcza tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie nieokreśloności tekstu prawa. Nieprecyzyjne brzmienie lub niejasna treść przepisu nie w każdym wypadku uzasadniają wyeliminowanie go z obrotu prawnego w wyniku orzeczenia Trybunału. Zdaniem Trybunału, niejasność lub nieprecyzyjność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności czy nieprecyzyjności powinno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany wtedy, gdy inne metody usuwania wątpliwości dotyczących treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację, okażą się niewystarczające”.

Konfrontując kwestionowany przez RPO przepis, z tak określonym wzorcem kontroli w powiązaniu z art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji, należy stwierdzić, że przedstawione przez Wnioskodawcę argumenty nie pozwalają na obalenie domniemania konstytucyjności zakwestionowanego art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii. Ocena tej regulacji pod względem jej zgodności z zasadą określoności przepisów prawa wskazuje, że podnoszone przez RPO zarzuty są nieuprawnione. Zaznaczyć należy, że Wnioskodawca nie dostarczył dowodów wskazujących na rozbieżności w stosowaniu tego przepisu, zwłaszcza na rozbieżności w orzecnictwie sądów administracyjnych w sprawach koncesyjnych na tle stosowania art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii. Nie wykazał nadto związku pomiędzy ewentualną nieprecyzyjnością kwestionowanej regulacji a jej wpływem na ograniczenie wolności działalności gospodarczej i wolności słowa.

Analiza treści normatywnej tego przepisu dowodzi, że nie występuje zarzucany przez RPO brak precyzji mający wpływ na określenie jednego z bardzo ważnych kryteriów oceny wniosków koncesyjnych. Wręcz przeciwnie, interpretacja treści zakwestionowanej regulacji, dotyczącej kondycji ekonomicznej wnioskodawcy ubiegającego się o koncesję, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia z 2007 r., uprawnia do stwierdzenia, że kryterium to ma dostatecznie rozwinięte ujęcie i czyni zadość wymaganiu dostatecznej „określoności”.

Jak wskazano w orzecznictwie, „posługiwania się w prawie (...) pojęciami nieostrymi nie można *a priori* traktować jako uchybienia legislacyjnego. Często bowiem skonstruowanie określonej normy prawnej przy ich pomocy stanowi jedyne rozsądne wyjście. Na straży właściwego stosowania takiej normy stoją przede wszystkim normy procesowe, nakazujące wskazanie przesłanek, jakie legły u podstaw zastosowania w konkretnej sprawie normy prawnej skonstruowanej przy użyciu tego rodzaju nieostrego pojęcia” (uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 listopada 1991 r., sygn. akt W. 2/91, OTK z 1991 r., poz. 20).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zwroty niedookreślone są co do zasady zgodne z Konstytucją, jeśli ich stosowaniu przez sądy towarzyszą określone gwarancje proceduralne, jak jawność postępowania lub ujawnianie motywów rozstrzygnięcia (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 30/05, OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 2).

Podkreślić należy, że w postępowaniu o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego lub telewizyjnego ustawodawca zagwarantował szczególne rozwiązania w zakresie jawności. Zgodnie bowiem z art. 34 ustawy o radiofonii, Przewodniczący Krajowej Rady, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, ma obowiązek ogłosić w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” informacje

o możliwościach uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego lub telewizyjnego oraz ustalić termin, nie krótszy niż 45 dni od dnia ogłoszenia, do składania wniosków o udzielenie koncesji. W ogłoszeniu tym określa się: przedmiot postępowania, warunki programowe rozpowszechniania programu, w tym w szczególności rodzaj i charakter programu; warunki techniczne rozpowszechniania programu, w szczególności częstotliwość bądź kanał oraz moc i lokalizację stacji nadawczych przeznaczonych do rozpowszechniania programu; liczbę koncesji; czas, na jaki może być udzielona koncesja; termin i miejsce składania wniosków (art. 34 ust. 1a ustawy o radiofonii). Przewodniczący Krajowej Rady, w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia ogłoszenia, zamieszcza w co najmniej 2 drukowanych dziennikach o zasięgu ogólnopolskim informację o tym ogłoszeniu. Rozpatrzeniu podlegają wyłącznie wnioski o udzielenie koncesji w związku z ogłoszeniem. Następnie Przewodniczący powinien podać do publicznej wiadomości listę wnioskodawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie koncesji. W przypadku złożenia większej liczby wniosków, przekraczających istniejące możliwości rozpowszechniania programów, powinny one zostać rozpatrzone w ramach jednego postępowania.

Koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych i radiowych, jak już wyżej była o tym mowa, jest udzielana w drodze decyzji administracyjnej podejmowanej przez Przewodniczącego Krajowej Rady na podstawie uchwały Krajowej Rady. Jest to niezwykle istotny fakt, ponieważ Krajowa Rada jest organem kolegialnym, który zapewnia obiektywność rozstrzygnięcia poprzez skupienie różnych interesów i szerokiej wiedzy.

Istnieje możliwość weryfikacji decyzji Przewodniczącego Rady w postępowaniu administracyjnym poprzez złożenie na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. W rezultacie złożenia tego wniosku, decyzja Przewodniczącego Krajowej Rady traci cechy ostateczności. Jego złożenie wszczyna postępowanie przewidziane w art. 127 § 3 k.p.a., które

będzie musiało się zakończyć wydaniem ponownej decyzji przez tego Przewodniczącego. W związku z postanowieniami *in fine* tego przepisu będzie to któryś z rodzajów decyzji przewidzianych w art. 138 § 1 k.p.a. Decyzja administracyjna, wydana w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy, będzie mogła podlegać kontroli w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Wprawdzie złożenie skargi nie wstrzymuje wykonania decyzji, jednak przepisy art. 61 § 2 i 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.) przewidują możliwość wstrzymania - z urzędu lub na wniosek skarżącego - jej wykonania w całości lub w części.

Podsumowując tę część stanowiska, należy stwierdzić, że nie można podzielić zapatrywania RPO, iż zamieszczone art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii kryterium służące do oceny wniosku koncesyjnego, narusza zasadę określoności (art. 2 Konstytucji) w powiązaniu z zasadami: swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) oraz wolności słowa (art. 54 ust. 1 Konstytucji).

3. Zajmując stanowisko w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii z art. 92 ust. 1 Konstytucji należy stwierdzić, co następuje.

Art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii stanowi: „Krajowa Rada, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, określi, w drodze rozporządzenia, dane, które powinien zawierać wniosek, oraz szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji”.

Przytoczony przepis upoważnia Krajową Radę do wydania, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, aktu wykonawczego do ustawy o radiofonii. Zakres spraw, które przekazano do uregulowania w rozporządzeniu, dotyczy określenia danych, które powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego i telewizyjnego, oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach

udzielania i cofania koncesji.

Na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w przytoczonym przepisie obecnie obowiązuje rozporządzenie z 2007 r.

Jako wzorzec kontroli zakwestionowanego przepisu RPO powołał art. 92 ust. 1 Konstytucji. Ustrojodawca określił w nim wymagania konstytucyjne w odniesieniu do konstruowania przepisów upoważniających do wydania rozporządzenia, a mianowicie, że przepisy te winny wskazywać jednoznacznie organy upoważnione do wydania rozporządzenia, określać zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu wydawanego na podstawie upoważnienia. Upoważnienie, zgodnie z art. 92 ust. 1 Konstytucji, powinno być „szczegółowe”, a wydana na jego podstawie regulacja prawna winna realizować cel wynikający z przepisów upoważniających (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. akt U 10/07, OTK ZU Nr 11/A/2009, poz. 163 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał również niejednokrotnie, że materie uregulowane w rozporządzeniu muszą być jednorodne z tymi, które są uregulowane w ustawie. Należy pamiętać, że sprawy przekazane do uregulowania w akcie wykonawczym nie powinny mieć zasadniczego znaczenia z punktu widzenia konstrukcji całej ustawy (por. wyrok z dnia 12 lipca 2007 r., sygn. akt U 7/06, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 76).

W świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wykonawczy charakter rozporządzenia determinuje treść upoważnienia do jego wydania. Upoważnienie to musi być sformułowane w taki sposób, aby odsyłało do unormowania tylko takich spraw, które są przedmiotem ustawy i które służą realizacji tych samych celów, jakie znajdują wyraz w przepisach ustawy. Dlatego przepisy ustawy upoważniającej, a w szczególności przepis upoważniający, powinny wyznaczać co najmniej w sposób ogólny, lecz jednocześnie dostatecznie wyraźny, kierunek unormowań, które mają nastąpić w

drodze rozporządzenia. Nie można bowiem wykonywać w drodze rozporządzenia tego, co nie zostało uregulowane w ustawie (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt K 28/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 28 oraz powołane tam orzecznictwo).

Zarzuty niekonstytucyjności kierowane przez RPO wobec przepisu art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii sprowadzają się w istocie do dwóch zagadnień: braku szczegółowości pod względem przedmiotowym oraz braku pod względem treściowym. Inaczej ujmując, Wnioskodawca twierdzi, że upoważnienie to nie określa zakresu spraw przekazanych do uregulowania w akcie wykonawczym oraz nie wskazuje wytycznych dotyczących jego treści.

Nie można podzielić zarzutu naruszenia przez art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii art. 92 ust. 1 Konstytucji, związanego z brakiem szczegółowości pod względem przedmiotowym. Organ wykonawczy ma określić „dane, które powinien zawierać wniosek” oraz „szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji”, a zatem ma odnieść się do materii uregulowanej w rozdziale 5 ustawy o radiofonii, zatytułowanym „Koncesje na rozpowszechnianie programów”.

Skoro w ustawie o radiofonii unormowany został pod względem podmiotowym i przedmiotowym tryb składania wniosków, to kierunek regulacji podustawowej co do określenia danych, które powinien zawierać wniosek jest dostatecznie wskazany. Podobnie jak w przypadku, gdy w upoważnieniu jest mowa o „uszczegółowieniu” trybu postępowania w sprawie udzielania koncesji, który w sposób ogólny uregulowany został w ustawie.

Z kolei, w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii przepisu art. 92 ust. 1 Konstytucji związanego z brakiem kolejnego elementu upoważnienia ustawowego, jakim są wytyczne dotyczące treści rozporządzenia, należy stwierdzić, co następuje.

Zgodzić się należy z twierdzeniem RPO, że art. 37 ust. 4 ustawy nie zawiera w swej treści wytycznych. Ich brak nie stanowi jednak warunku

wystarczającego do uznania niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu upoważniającego. Zaznaczyć należy, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego akceptowany jest pogląd, zgodnie z którym wytyczne nie muszą być zawarte w przepisie formułującym upoważnienie do wydania rozporządzenia – możliwe jest też ich pomieszczenia w innych przepisach ustawy, o ile tylko pozwala to na precyzyjne zrekonstruowanie treści tych wytycznych (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt P 23/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 82 i z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt K 28/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 28).

Taka sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie. Jak już wskazano, przepisy ustawy o radiofonii, obok zagadnień materialnoprawnych, normują także zagadnienia proceduralne. W ustawie o radiofonii zostały zamieszczone liczne przepisy normujące kwestie odnoszące się do udzielania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, jak też związane z cofnięciem koncesji.

Przepisy ustawy o radiofonii określają w szczególności:

- organ udzielający koncesję oraz jej formę (art. 33 ust. 2 i 3),
- sposób składania przez zainteresowane osoby wniosków o udzielenie koncesji oraz wniosków o udzielenie koncesji na kolejny okres (art. 33 i art. 35a),
- krąg podmiotów, którym może być udzielona koncesja (art. 35),
- przesłanki udzielenia koncesji oraz czasokres jej trwania, a także przesłanki odmowy przyznania koncesji (art. 36),
- składniki struktury koncesji (art. 37 ust. 1 i 2),
- warunki (obligatoryjne i fakultatywne) cofnięcia koncesji (art. 38).

Analiza uregulowań ustawy o radiofonii pozwala na odnalezienie wytycznych, a więc wskazówek co do kierunku merytorycznych rozwiązań, które mają znaleźć wyraz w treści rozporządzenia, dotyczących zarówno określenia „danych, które powinien zawierać wniosek” o udzielenie koncesji na

rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, jak również „szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji”.

Krytyczne stanowisko Wnioskodawcy co do braku w zaskarżonym przepisie wytycznych jest zatem nieuzasadnione.

Reasumując, należy stwierdzić, że art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii jest zgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Z powyższych względów, przedstawiam stanowisko jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Bernard
Zastępca Prokuratora Generalnego