



Sygn. akt K 29/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 18 lutego 2014 r.

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Leon Kieres – przewodniczący
Wojciech Hermeliński – sprawozdawca
Teresa Liszcz
Małgorzata Pyziak-Szafnicka
Marek Zubik,

protokolant: Grażyna Szalygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniach 3 grudnia 2013 r. i 18 lutego 2014 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

- 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,
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy powołanej w punkcie 1 z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- 3) art. 37 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 z art. 92 ust. 1 Konstytucji,

o r z e k a:

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, Nr 85, poz. 459, Nr 112, poz. 654, Nr 153, poz. 903 i Nr 160, poz. 963 oraz z 2012 r. poz. 1209 i 1315), w części zawierającej zwrot „w szczególności”, rozumiany w ten sposób, że źródłem, uzupełniających wobec wymienionych w tym przepisie przesłanek, od których spełnienia zależy możliwość uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy, może być wyłącznie przepis ustawy, jest zgodny z art. 22 i z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 22 i z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji i wynikającą z niego zasadą prawidłowej legislacji.

3. Art. 37 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

U Z A S A D N I E N I E

I

1. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO lub Rzecznik) w piśmie z 27 czerwca 2012 r. wniósł 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.; dalej: ustawa o radiofonii i telewizji), w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji; 3) art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Rzecznik wskazał, że zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów

publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Organem właściwym w sprawach koncesji, zgodnie z art. 33 ust. 2 tej ustawy, jest Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, który podejmuje decyzję w sprawie koncesji na podstawie uchwały Krajowej Rady. Decyzja w tej sprawie jest ostateczna (art. 33 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji).

RPO podkreślił, że z punktu widzenia postępowania koncesyjnego podstawowe znaczenie mają uregulowania zawarte w art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji określa okoliczności, które podlegają ocenie w postępowaniu o udzielenie koncesji. Art. 36 ust. 2 tej ustawy wskazuje z kolei sytuacje, w których nie udziela się koncesji.

Rzecznik, nawiązując do brzmienia art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, ze zm.; dalej: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej), wskazał następnie, że „w postępowaniu o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych organ koncesyjny zarządza przetarg, jeżeli w wyniku dokonania oceny wniosków w trybie art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji liczba przedsiębiorców pozostaje większa niż liczba koncesji”.

Nawiązując do orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, Rzecznik podkreślił, że „koncesja jest traktowana jako publicznoprawne uprawnienie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej przyznane określonemu podmiotowi, który spełnia wymagania przedmiotowe i podmiotowe, w drodze decyzji właściwego organu administracji”. RPO wskazał, że koncesjonowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych stanowi nie tylko wyraz ograniczenia wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), lecz także wyraz ograniczenia wolności słowa (art. 54 ust. 1 Konstytucji). Stwierdził przy tym, że samo koncesjonowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych znajduje oparcie w art. 54 ust. 2 zdaniu drugim Konstytucji, zaś stanowienie ograniczeń korzystania z wolności gwarantowanych przez wskazane przepisy Konstytucji jest dopuszczalne. W tym kontekście RPO podkreślił, że „testowi zgodności z Konstytucją RP może być poddana jakość prawa określającego warunki, które powinien spełnić podmiot ubiegający się o koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych”.

RPO zauważył ponadto, że ograniczenia korzystania z praw konstytucyjnych gwarantowanych przez art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji mogą być stanowione jedynie

w ustawie. Podkreślił, że zasadnicze znaczenie należy tu „przypisać temu, czy wszystkie istotne elementy ograniczenia konstytucyjnych wolności (art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP) zostały określone przez ustawodawcę”. Jak przy tym wskazał: „Z punktu widzenia standardu konstytucyjnego decydujące znaczenie ma więc to, czy ustawa nie zawiera upoważnień blankietowych (...)”. Brak dostatecznej precyzji w tym zakresie powodowałby bowiem zagrożenie, że proces koncesyjny może zostać nasycony arbitralnością.

W dalszej części uzasadnienia wniosku Rzecznik, nawiązując do brzmienia zaskarżonego art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, podkreślił, że przepis ten, określa warunki, jakie ma spełniać wnioskodawca ubiegający się koncesję, ale nie tworzy katalogu zamkniętego. W konsekwencji przedmiotem oceny organu udzielającego koncesji mogą być także inne kryteria, bliżej nieokreślone przez ustawodawcę. W istocie więc ustawodawca pozostawił organowi koncesyjnemu „dowolność kształtowania ostatecznego kształtu ograniczeń wolności wskazanych w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP”. Ograniczenia te wynikają z praktyki przyjętej przez organ koncesyjny, który może brać pod uwagę nie tylko przesłanki określone w art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji, lecz także inne, które uzna za istotne dla oceny zasadności wniosku o przyznanie koncesji.

W ocenie RPO, art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, wprowadzając otwarty katalog przesłanek, które powinien brać pod uwagę organ koncesyjny w trakcie postępowania o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych, w istocie zawiera upoważnienie blankietowe dla tego organu.

Uzasadniając zarzut niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji, Rzecznik przypomniał na wstępie, że zgodnie z tym przepisem w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się możliwość dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu. W tym kontekście RPO stwierdził, że niewątpliwie chodzi tu o inwestycje mające na celu rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych oraz o finansowanie tych programów. Zarzucił przy tym, że odwołanie się przez ustawodawcę do kryterium „możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu” jest mało precyzyjne. W ocenie wnioskodawcy, takie budzi wątpliwości co do zgodności z nakazem określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji), zwłaszcza że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji zawiera normy ograniczające konstytucyjne wolności określone w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji. Okoliczność ta powinna zaś powodować podwyższenie standardu precyzji norm prawnych

ograniczających owe wolności. RPO podkreślił, że zasada określoności przepisów prawa nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, jednak znaczenie tych zwrotów w konkretnej sytuacji nie może być ustalane arbitralnie. Dlatego użycie zwrotu nieostrego wymaga istnienia w prawie szczególnych gwarancji procesowych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełnienia nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący. W ocenie RPO, regulacja kształtu postępowania koncesyjnego nie stwarza rzeczywistej gwarancji przejrzystości praktyki koncesyjnej. Skoro ustawodawca powierzył organowi koncesyjnemu ocenę możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, mimo że każda prognoza obarczona jest pewnym marginesem błędu, to powinien również co najmniej w sposób ogólny określić w ustawie narzędzia, za pomocą których owa prognoza jest weryfikowana przez organ.

W dalszej części uzasadnienia wniosku RPO wskazał, że zgodnie z art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji Krajowa Rada, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, określi, w drodze rozporządzenia, dane, które powinien zawierać wniosek, oraz szczegółowy tryb postępowania w sprawach o udzielenie koncesji. To upoważnienie ustawowe nie zawiera jednak dla Krajowej Rady (co prawdopodobnie jest wynikiem zawartego w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji otwartego katalogu przesłanek podlegających ocenie w procesie koncesyjnym) żadnych wskazówek co do tego, czym powinien kierować się ten organ, określając dane, które powinien zawierać wniosek. Katalog danych może tu być więc dowolny.

Dookreślenie nieostrej przesłanki zawartej w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji zostało przekazane organowi koncesyjnemu przez ustawodawcę do uregulowania w akcie wykonawczym, na podstawie upoważnienia, które nie jest szczegółowe i nie zawiera wytycznych. Pozostaje to w opozycji do konstytucyjnego wymogu kompletności regulacji ustawowej wprowadzającej ograniczenie konstytucyjnych wolności.

RPO podkreślił, że nie neguje możliwości posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, jednak w wypadku zakwestionowanego uregulowania brak jest na poziomie ustawy uregulowań, które zapobiegałyby arbitralności w postępowaniu o udzielenie koncesji.

W odniesieniu do zarzutu niekonstytucyjności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji, RPO wskazał na konstytucyjne wątpliwości co do tego, czy upoważnienie zawarte w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji ma szczegółowy charakter

pod względem przedmiotowym i treściowym, a więc czy upoważnienie szczegółowo określa zakres spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu oraz czy wskazuje wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego. W tym kontekście zarzucił, że upoważnienie to nie wykazuje szczególowości pod względem przedmiotowym. Nie określa bowiem precyzyjnie, co ma zostać uregulowane w akcie wykonawczym, a więc czy dane te mają dotyczyć wszystkich podlegających ocenie przez organ koncesyjny przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii i telewizji, czy też niektórych z tych przesłanek, a jeśli tylko niektórych, to jakich. Upoważnienie nie określa też, czy poza danymi dokumentującymi spełnianie przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 tej ustawy w rozporządzeniu możliwe jest określenie dodatkowych danych, które powinien zawierać wniosek. skoro katalog przesłanek ocenianych w procesie koncesyjnym jest katalogiem otwartym. Zarzucono ponadto, że z kwestionowanego upoważnienia wynika, że w drodze rozporządzenia zostanie ustalony szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji. Problem polega jednak na tym, że co do zasady postępowanie w sprawie udzielania i cofania koncesji jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.; dalej: kodeks postępowania administracyjnego, k.p.a.) z uwzględnieniem odrębnych regulacji w tym zakresie zawartych w ustawie o radiofonii i telewizji oraz w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Z natury rzeczy kodeks postępowania administracyjnego ma charakter regulacji kompleksowej i nie wymaga uszczegółowienia w rozporządzeniu. W związku z tym we wniosku RPO podniesiono wątpliwość co do tego, czy ten „szczegółowy tryb postępowania” należy odnosić do ustawy o radiofonii i telewizji, ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, czy do kodeksu postępowania administracyjnego, czy też może łącznie do wszystkich wymienionych ustaw.

Zdaniem RPO, upoważnienie zawarte w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie ma charakteru szczegółowego także pod względem treściowym, nie określa „jak ma być uregulowana materia rozporządzenia”. W zakresie objętym wnioskiem, zdaniem RPO, nie można zatem w sposób jednoznaczny określić, jakimi kryteriami powinien kierować się organ, wydając rozporządzenie.

W piśmie z 19 czerwca 2013 r. Rzecznik przedstawił dodatkowe uwagi dotyczące niektórych aspektów sprawy.

RPO podjął w szczególności polemikę ze stanowiskami Prokuratora Generalnego oraz Sejmu w zakresie, w jakim wywodzą, że art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji

nie określa materialnoprawnych przesłanek uzyskania koncesji. Rzecznik podtrzymał pogląd wyrażony we wniosku, którym zainicjowane zostało postępowanie w niniejszej sprawie, że przesłanki te mają charakter materialnoprawny, a brak ich powoduje, że „po stronie organu koncesyjnego powstaje prawny obowiązek odmowy udzielenia koncesji”. Nawiązując do orzecznictwa oraz piśmiennictwa, podkreślił: „Pominięcie w toku postępowania koncesyjnego jednej z tych przesłanek nie stanowi naruszenia administracyjnego prawa procesowego, lecz naruszenie prawa materialnego”.

Rzecznik podkreślił następnie, że w praktyce przesłanki określone w art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji służą wstępnej selekcji podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. Może się zdarzyć, że w wyniku zastosowania tych przesłanek „liczba podmiotów ubiegających się o koncesję pozytywnie zweryfikowanych w dalszym ciągu będzie przewyższała liczbę możliwych koncesji”. Do takiej sytuacji odnosi się art. 52 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Nawiązując do konstrukcji uznania administracyjnego, RPO podkreślił następnie szczególne znaczenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych wobec gwarancji wynikających z art. 54 ust. 1 oraz z art. 14 Konstytucji.

W dalszej części uzupełniającego stanowiska stwierdził, że w ramach uznania administracyjnego można zaakceptować posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem niedookreślonym, który daje organowi administracyjnemu pewną swobodę decyzyjną. W niniejszej sprawie problem polega jednak na tym, że ustawodawca w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji nie odwołał się do klasycznego zwrotu niedookreślonego, lecz używając wyrażenia „w szczególności” pozostawił otwarty katalog przesłanek podlegających ocenie w postępowaniu koncesyjnym.

Rzecznik nawiązał następnie do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC) z 17 czerwca 2008 r. w sprawie Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan przeciwko Armenii (skarga nr 32283/04), podkreślając, że z tego judykatu wynika, iż „kryteria stanowiące podstawę przyznania licencji na rozpowszechnianie programów muszą być ujęte z dostateczną precyzją”.

2. Marszałek Sejmu w piśmie z 16 marca 2013 r. wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji w części obejmującej wyrażenie „w szczególności”, jest zgodny z art. 22 Konstytucji, 2) art. 36 ust. 1 ustawy powołanej w

punkcie 1, w części obejmującej wyrażenie „w szczególności”, jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 3) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, 4) art. 37 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Ustosunkowując się do zarzutu niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji wskazano, że z punktu widzenia regulacji konstytucyjnej zawartej w art. 20 i art. 22 Konstytucji, koncesję należy traktować jako pewną usprawiedliwioną konieczność, bo: «Całkowite uwolnienie działalności gospodarczej w niektórych dziedzinach od wszelkich ograniczeń, pozbawiając państwo niezbędnych środków kontroli, zagrażać mogłoby jego bezpieczeństwu, porządkowi publicznemu i międzynarodowoprawnym zobowiązaniom Państwa Polskiego, a także zdrowiu obywateli» (wyrok TK z 10 października 2001 r., sygn. akt K 28/01). Stąd konieczność reglamentacji istotnych z punktu widzenia interesu publicznego dziedzin życia gospodarczego. Byt koncesji powinien być jednak wyjątkowy, a zasadą powinno być swobodne wykonywanie działalności gospodarczej (zob. wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06).

W stanowisku Sejmu podkreślono, że istota problemu konstytucyjnego podniesionego przez RPO dotyczy naruszenia wolności działalności gospodarczej i wolności słowa. Jak wskazano, wnioskodawca wiąże zarzut niekonstytucyjności z niezachowaniem formy ustawy dla prawodawczej ingerencji w sferę tych swobód.

W ocenie Sejmu, tak ujęty problem konstytucyjny wymaga ustalenia relacji pomiędzy ograniczeniem wolności „w drodze ustawy” a ograniczeniem wolności „tylko w ustawie”.

W piśmie Sejmu wskazano, że z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, iż ingerencja w wolności i prawa ekonomiczne może być głębsza niż w prawa i wolności polityczne, co oznacza możliwość ograniczenia wolności działalności gospodarczej w stopniu (zakresie) większym niż ograniczenia wolności słowa. Wymogi formalne ograniczenia wolności działalności gospodarczej określone w art. 22 Konstytucji należy przy tym traktować jako *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zakresy pojęć „w drodze ustawy” i „tylko w ustawie” w znacznej mierze pokrywają się, jednak nie zachodzi pomiędzy nimi pełna tożsamość. Nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, podkreślono: „Sformułowanie «w drodze ustawy» wskazuje, że do ograniczenia wolności dojść może w każdym razie przy wykorzystaniu ustawy, bez której konstruowanie ograniczenia w ogóle nie może mieć miejsca, ale która może

legitymować ograniczenie dokonane – na podstawie ustawy – w rozporządzeniu. Sformułowanie «tylko w ustawie» wskazuje na wolę ustrojodawcy wykluczenia możliwości, którą otwiera formuła «w drodze ustawy»¹. Jak przy tym wskazano, z formalnego punktu widzenia każda ingerencja w sferę wolności obywatelskich musi mieć oparcie w ustawie. W wypadku wolności politycznych ustawa powinna zawierać wszystkie istotne elementy regulacji. Natomiast w wypadku wolności działalności gospodarczej „droga ustawowa” nie wyłącza możliwości ingerencji na podstawie rozporządzenia mającego oparcie w ustawie.

W piśmie Sejmu stwierdzono, że zarzut niezgodności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 22 Konstytucji ze względu na użycie w zaskarżonym przepisie wyrażenia „w szczególności”, które pozwala organowi koncesyjnemu na dowolność kształtowania przesłanek nabycia koncesji, jest bezpodstawny. W tym kontekście podniesiono w szczególności, że decyzje koncesyjne są oparte na uznaniu administracyjnym, a zatem „ze swojej istoty nie mogą mieć one charakteru decyzji związanej, bowiem są narzędziami interwencji państwa działającego w warunkach gospodarki liberalnej”. Wskazano nadto, że: „upoważnienie do uznania administracyjnego jest specyficznym sposobem określenia kompetencji organu administracji, na podstawie którego organ ten może wybrać jedną z przynajmniej dwóch dopuszczalnych prawem konsekwencji prawnych stwierdzonego stanu faktycznego”, podkreślając przy tym, że upoważnienie do uznania musi mieć swoje źródło w ustawie w postaci odpowiedniej konstrukcji przepisu prawnego, bo z zasady praworządności wynika, iż władza działa na podstawie prawa i w granicach prawa. Uznaniowość KRRiT w wypadku postępowania koncesyjnego nie jest nieograniczona. limitują ją dyrektywy wyboru zawarte zarówno w przepisach proceduralnych, jak i materialnych. KRRiT jest w szczególności związana zasadą wyrażoną w art. 7 k.p.a. Przede wszystkim jednak granice uznaniowości KRRiT wyznacza zaskarżony art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, który zawiera szczegółowe dyrektywy wyboru. Ponadto nie udziela się koncesji, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować: zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa informacji niejawnych; osiągnięcie przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie (art. 36 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji).

Zdaniem Sejmu, RPO przyjął błędne założenie, że zaskarżony przepis ustala materialnoprawne przesłanki nabycia koncesji. W ocenie Sejmu art. 36 ust. 1 ustawy

o radiofonii i telewizji takich przesłanek nie formułuje, bo z jego brzmienia wynika wyraźnie, iż zawiera on „wytyczne”, według których organ administracji dokonuje oceny zebranego materiału dowodowego. Pozytywna ocena wniosku według tak określonych „wytycznych” nie przesądza jeszcze o przyznaniu koncesji lub jej odmowie. Gdyby odrzucić tę tezę, to każdy podmiot ubiegający się o koncesję miałby do niej prawo po spełnieniu określonych w tym przepisie warunków bez względu na liczbę ustalonych koncesji. Kryteria oceny merytorycznej wniosków mają charakter otwarty, gdyż z istoty koncesji wynika uznaniowość takiej decyzji, z tym że organ koncesyjny ma obowiązek wyczerpującego przedstawienia motywów decyzji, obejmujących kryteria, którymi kierował się oceniając fakty stanowiące podstawę rozstrzygnięcia. Jest to szczególnie istotne w sprawach, w których występuje kilka podmiotów – stron, konkurujących o określone dobro będące przedmiotem reglamentacji administracyjnej. Decyzja organu sprowadza się wówczas do wskazania (wyboru) jednego z podmiotów – tego, który w porównaniu z pozostałymi najpełniej odpowiada kryteriom przyznania określonego dobra.

Wobec powyższego, w ocenie Sejmu, należy przyjąć, iż art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji jest zgodny z art. 22 Konstytucji.

W odniesieniu do zarzutu niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji polegającego na tym, że zawierając wyrażenie „w szczególności”, pozwala KRRiT na swobodne kształtowanie przesłanek przyznania koncesji, a to powoduje, że przepis ten nie czyni zadość nakazowi zachowania formy ustawy dla ingerencji w wolność słowa, Sejm stwierdził, co następuje: Współcześnie wolność słowa musi obejmować swoim zakresem także wolność nadawania programów radiowych i telewizyjnych. Wolność słowa oznacza swobodne formułowanie i rozpowszechnianie poglądów w środkach masowego przekazu. Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, znacząca dla funkcjonowania demokratycznego państwa prawa rola mediów w przekazywaniu i upowszechnianiu treści pozostających w związku ze sprawami budzącymi szerokie i powszechne zainteresowanie przesądza o niewielkim marginesie ingerencji państwa w wolność wypowiedzi medialnej. Wolność formułowania poglądów i ich rozpowszechniania za pomocą programów telewizyjnych i radiowych wymaga, aby nadawanie programów było wolne od ingerencji państwa, co wiąże się z tradycyjną doktryną tzw. negatywnych obowiązków państwa. Z drugiej jednak strony, państwo musi podejmować działania pozytywne w celu zagwarantowania szerokiemu spektrum poglądów dostępu do środków masowego przekazu. Procedura koncesyjna zmierza

do wyłonienia nadawcy, który gwarantuje najlepsze warunki programowe. Kształtując ją, ustawodawca korzysta ze względnej jedynie swobody; art. 14 i art. 213 Konstytucji, nakazując zachowanie wolności słowa w mediach, wytyczają także kształt regulacji prawnych odnoszących się do radia i telewizji, w tym także do postępowania koncesyjnego.

Podkreślono nadto, że decydując się na udział prywatnych nadawców w kształtowaniu opinii publicznej, ustawodawca musi unormować zasady przyznawania koncesji tak, aby wyłonienie oferty odbywało się w sprawiedliwej, uczciwej i transparentnej procedurze służącej zachowaniu wolności słowa. Obowiązek ten nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy liczba ubiegających się przewyższa liczbę przewidzianych koncesji. Wówczas muszą istnieć przejrzyste reguły, na podstawie których organ koncesyjny dokonuje selekcji ofert, ponieważ tego wymaga zasada równości wobec prawa. Muszą to być jednak kryteria odpowiadające specyfice procedury koncesyjnej, której konstrukcja prawna oparta jest na uznaniu administracyjnym.

W opinii Sejmu, ustrojodawca, zastrzegając taką właśnie formę reglamentacji rynku mediów radiowych i telewizyjnych, przyzwolił jednocześnie na uznaniowość organu koncesyjnego. Ta uznaniowość nie może być jednak w żaden sposób utożsamiana z dowolnością czy też arbitralnością KRRiT.

W ocenie Sejmu zaskarżony art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, wiążącego się z niezachowaniem przez ustawodawcę zasady określoności prawa, Sejm stwierdził, że nie podziela stanowiska wnioskodawcy.

W tym kontekście w stanowisku Sejmu stwierdzono, że zasada określoności wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawnego nie wyklucza *a priori* posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, jeżeli ich desygnaty można ustalić. Znaczenie zwrotów niedookreślonych w konkretnej sytuacji nie może być jednak ustalane arbitralnie. Dlatego użycie zwrotu nicostrego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nicostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący o jego wypełnieniu.

Podniesiono ponadto, że z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika, że od wnioskodawcy wymaga się, aby posiadał niezbędne środki finansowe na uruchomienie i prowadzenie działalności objętej koncesją. Potencjalny nadawca powinien już we wniosku koncesyjnym wykazać, że dysponuje źródłami finansowania działalności objętej koncesją, o którą się ubiega. Mogą to być jego własne środki albo środki pochodzące od osób trzecich. W postępowaniu o udzielenie koncesji KRRiT ocenia przede wszystkim zdolność wnioskodawców do sfinansowania nakładów inwestycyjnych niezbędnych do uruchomienia działalności, do poniesienia ciężaru opłaty koncesyjnej oraz możliwość pokrycia kosztów działalności początkowej projektu.

W tym kontekście w piśmie Sejmu stwierdzono, że organy stosujące prawo są w stanie ustalić desygnaty „nieostrych pojęć”, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji.

Zdaniem Sejmu, nie jest tak, iżby kryterium zawarte w zaskarżonym przepisie było niewymierne. Ocena stanu technicznego i finansowego wnioskodawcy, na poziomie niezbędnym do uzyskania zdolności technicznej do nadawania programów oraz finansowania tych programów, opiera się na odpowiedniej dokumentacji (§ 5 pkt 6 rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji 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: rozporządzenie). Został tu także spełniony wymóg istnienia gwarancji proceduralnych, stanowiących warunek posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi. Rzecznik nie udowodnił też, iż nieprawidłowa wykładnia jest utrwalona w praktyce orzeczniczej tych organów sądowych. Art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji jest zatem zgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 92 ust. 1 Konstytucji, który określa zasady wydawania rozporządzeń jako aktów wykonawczych do ustawy, w piśmie Sejmu stwierdzono, że kwestionowane przez RPO upoważnienie zawarte jest w ustawie o radiofonii i telewizji, a więc „wydane na jego podstawie rozporządzenie ma z natury rzeczy służyć wykonaniu postanowień tylko tej ustawy”. Z treści upoważnienia nie wynika, iż zamiarem ustawodawcy było umocowanie KRRiT do wydania rozporządzenia wykonującego inne ustawy, mające związek z postępowaniem koncesyjnym. Ustawodawca wyraźnie

określa przedmiot regulacji aktu podstawowego, wskazując na „dane, które powinien zawierać wniosek”. Nie chodzi w tym wypadku o jakikolwiek wniosek, ale o wniosek na przyznanie koncesji na nadawanie programów radiowych i telewizyjnych, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 1a ustawy o radiofonii i telewizji. W ocenie Sejmu, bezzasadne jest twierdzenie, że KRRiT otrzymała *de facto* kompetencje do określenia w drodze rozporządzenia materialnoprawnych przesłanek koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. Zakres spraw przekazanych do regulacji w drodze rozporządzenia pozostaje zatem w związku z ustawą oraz spełnia nakaz szczegółowości przedmiotowej.

Rzecznik Praw Obywatelskich wiąże zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Konstytucji także z brakiem szczegółowości treściowej przez niezamieszczenie wytycznych do treści art. 37 ust. 4 ustawy. Ustosunkowując się do tak ujętego zarzutu, Sejm zauważył, że art. 37 ust. 4 ustawy zarówno określa podmiot uprawniony do wydania rozporządzenia, którym jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, jak i wyznacza zakres przedmiotowy materii, które mają zostać uregulowane. Tym samym wymagania szczegółowości podmiotowej i przedmiotowej upoważnienia zostały spełnione. Wskazany przepis nie zawiera wprawdzie ani tzw. wytycznych, ani postanowień wyznaczających kierunki rozwiązań, jakie mają znaleźć się w rozporządzeniu, jednak taki stan rzeczy jest zgodny z Konstytucją, ponieważ w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego problem „wytycznych” powinien być rozpatrywany w całym kontekście normatywnym ustawy. W ocenie Sejmu, rozdział 5 ustawy o radiofonii i telewizji, a w szczególności art. 33, art. 34, art. 35, art. 36 ust. 3, art. 37 tej ustawy, określają zasady i tryb postępowania w sprawie udzielenia koncesji.

W kwestiach nieunormowanych ustawą o radiofonii i telewizji, do postępowania koncesyjnego mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Zdaniem Sejmu, brak w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji wytycznych do treści aktu wykonawczego w zakresie „trybu postępowania” nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania tego przepisu za niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Zdaniem Sejmu, na podstawie powołanych przepisów możliwe jest precyzyjne zrekonstruowanie treści wytycznych do wydania aktu wykonawczego. Ta uwaga odnosi się także do określenia „danych, które powinien zawierać wniosek”, bo art. 35, art. 36 ust. 1 i 2, art. 37 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji wskazują na informacje i fakty niezbędne do podjęcia decyzji o przyznaniu koncesji. Stanowią więc wytyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 Konstytucji.

3. W piśmie z 19 marca 2013 r. stanowisko w sprawie zajął Prokurator Generalny. W jego ocenie: 1) art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, jest zgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji 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 o radiofonii i telewizji jest zgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Prokurator Generalny stwierdził, że nie podziela zarzutów wnioskodawcy odnoszących się do niezgodności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, z art. 22 oraz art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskazał w szczególności, że art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w skład którego wchodzi część objęta wnioskiem, jest adresowany, po pierwsze, do Krajowej Rady, a po drugie – do podmiotów wymienionych w art. 35 tej ustawy (tj. do 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 i 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). Zgodnie z art. 215 Konstytucji, zasady i tryb działania tego organu, jego organizację oraz szczegółowe zasady powoływania członków Krajowej Rady określa ustawa.

W ocenie Prokuratora Generalnego: „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”. Wbrew sugestii RPO, że w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji „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”. 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.

Prokurator Generalny stwierdził następnie, że teza RPO o otwartym katalogu przesłanek materialnoprawnych udzielenia koncesji została oparta na błędnym odczytaniu zakwestionowanej regulacji. Podkreślił, 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. 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).

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”, Prokurator Generalny stwierdził, że RPO 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. W tym kontekście, nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, przypomniał, że by stwierdzić niekonstytucyjność regulacji, której wnioskodawca stawia zarzut niedookreśloności, 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. 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 niejedności stosowania 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 w wyniku jego interpretacji, okażą się niewystarczające.

W ocenie Prokuratora Generalnego, przedstawione przez RPO argumenty nie pozwalają na obalenie domniemania konstytucyjności zakwestionowanego art. 36 ust. 1

pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Wnioskodawca nie dostarczył w szczególności dowodów wskazujących na rozbieżności w stosowaniu tego przepisu, zwłaszcza na rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach koncesyjnych na tle stosowania tego przepisu. Nie wykazał nadto związku pomiędzy ewentualną nieprecyzyjnością kwestionowanej regulacji a jej wpływem na ograniczenie wolności działalności gospodarczej i wolności słowa. W tym kontekście Prokurator Generalny zaakcentował gwarancję jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programu radiowego lub telewizyjnego (art. 34 ustawy o radiofonii i telewizji).

Prokurator Generalny podkreślił następnie, że koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych i radiowych jest udzielana w drodze decyzji administracyjnej podejmowanej przez Przewodniczącego Krajowej Rady na podstawie uchwały Krajowej Rady – organu kolegialnego, który zapewnia obiektywność rozstrzygnięcia przez skupienie różnych interesów i szerokiej wiedzy. Decyzja Przewodniczącego Rady jest weryfikowalna w postępowaniu administracyjnym przez złożenie na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. W rezultacie złożenia takiego wniosku, decyzja Przewodniczącego Krajowej Rady traci cechy ostateczności. Złożenie wniosku wszczyna postępowanie przewidziane w art. 127 § 3 k.p.a. Decyzja administracyjna, wydana w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy, podlega przy tym kontroli w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

Konkludując, Prokurator Generalny stwierdził, że nie można podzielić zapatrywania RPO, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji naruszał 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).

Zajmując stanowisko w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 92 ust. 1 Konstytucji, Prokurator Generalny przypomniał, że zaskarżony przepis upoważnia Krajową Radę do wydania, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, aktu wykonawczego do ustawy o radiofonii i telewizji. 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. Jak podkreślił, 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 celów wyrażonych 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.

W tym kontekście Prokurator Generalny uznał, że nie można podzielić zarzutu niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z 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 i telewizji, zatytułowanym „Koncesje na rozpowszechnianie programów”. Skoro w ustawie unormowany został pod względem podmiotowym i przedmiotowym tryb składania wniosków, to kierunek regulacji podustawowej określenia danych, które powinien zawierać wniosek, jest dostatecznie wskazany, podobnie jak w wypadku gdy w upoważnieniu jest mowa o „uszczegółowieniu” trybu postępowania w sprawie udzielania koncesji, w sposób ogólny uregulowanego w ustawie.

Prokurator Generalny zgodził się z twierdzeniem RPO, że art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie zawiera w swej treści wytycznych. Ich brak nie stanowi jednak warunku wystarczającego do uznania niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu upoważniającego; wytyczne nie muszą być bowiem zawarte w przepisie formułującym upoważnienie do wydania rozporządzenia. Możliwe jest też ich pomieszczenie w innych przepisach ustawy, o ile tylko pozwala to na precyzyjne zrekonstruowanie treści tych wytycznych. Zdaniem Prokuratora Generalnego, taka sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie. Przepisy ustawy o radiofonii i telewizji, oprócz zagadnień materialnoprawnych, normują także zagadnienia proceduralne. Zostały tam zamieszczone liczne przepisy normujące kwestie odnoszące się do udzielania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, jak też związane z cofnięciem koncesji.

4. Zarządzeniem przewodniczącego składu orzekającego z 9 stycznia 2014 r. na podstawie art. 38 pkt 4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym

(Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.), do udziału w rozprawie wezwana została Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji.

II

Na rozprawę 3 grudnia 2013 r. stawili się: przedstawiciel wnioskodawcy oraz przedstawiciele Sejmu i Prokuratora Generalnego. Na rozprawę 18 lutego 2014 r. stawili się: przedstawiciel wnioskodawcy oraz przedstawiciele Sejmu i Prokuratora Generalnego, a także przedstawiciel Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Uczestnicy postępowania podtrzymali swe pisemne stanowiska.

Przedstawiciel Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji udzieliła szczegółowych informacji dotyczących praktycznych aspektów postępowania toczącego się w przedmiocie udzielenia koncesji.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiotem zaskarżenia w badanej sprawie wnioskodawca uczynił trzy przepisy pomieszczone w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, ze zm.; dalej: ustawa o radiofonii i telewizji): 1) art. 36 ust. 1, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”; 2) art. 36 ust. 1 pkt 2 oraz 3) art. 37 ust. 4.

Wszystkie zaskarżone przepisy dotyczą koncesjonowania działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych. Zawarte są w rozdziale 5 ustawy o radiofonii i telewizji – „Koncesje na rozpowszechnianie programów”.

We wniosku RPO sprecyzowano, że objęte nim zarzuty konstytucyjne wiążą się z postępowaniem koncesyjnym dotyczącym „rozpowszechniania programu telewizyjnego drogą rozsiewczą naziemną w sposób cyfrowy”.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.; dalej: ustawa o swobodzie działalności gospodarczej) wykonywanie działalności w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych wymaga uzyskania koncesji, przy czym szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności

gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw. Uregulowanie szczególne stanowi tu ustawa o radiofonii i telewizji, która w art. 2 ust. 1 przewiduje, że prawo rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych przysługuje jednostkom publicznej radiofonii i telewizji oraz osobom, które uzyskały koncesję na taką działalność.

Z przywołanym powyżej uregulowaniem koresponduje art. 33 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którym rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Kolejne ustępy wskazanego powyżej przepisu określają, że organem właściwym do udzielenia koncesji jest Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, który decyzję co do koncesji podejmuje na podstawie uchwały Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Z art. 33 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji wynika, że decyzja wydana w tym przedmiocie jest ostateczna.

Postępowanie, w ramach którego możliwe jest uzyskanie koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozsiweczny naziemny programu radiowego lub telewizyjnego, rozpoczyna stosowna informacja, spełniająca wymogi określone w art. 34 ust. 1 i 1a ustawy o radiofonii i telewizji, ogłaszana przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Rozpatrzeniu podlegają wyłącznie wnioski o udzielenie koncesji w związku z takim ogłoszeniem (art. 34 ust. 1c ustawy o radiofonii i telewizji).

Uregulowania pomieszczone w rozdziale 5 ustawy o radiofonii i telewizji uzupełnia art. 52 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowiący, że w postępowaniu o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych organ koncesyjny zarządza przetarg, jeżeli w wyniku dokonania oceny wniosków w trybie art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji liczba przedsiębiorców pozostaje większa niż liczba koncesji. Koncesja jest udzielana terminowo, na 10 lat (art. 36 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji). Krąg podmiotów, które mogą skutecznie ubiegać się o koncesję, wyznacza art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, 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.

Przepis ustala zatem kryteria merytorycznej oceny wniosków o udzielenie koncesji na nadawanie programów radiowych i telewizyjnych.

Z art. 36 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji wynika, że koncesji nie udziela się, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować: 1) zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa informacji niejawnych, 2) osiągnięcie przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie.

W odniesieniu do art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji RPO podniósł dwa zarzuty konstytucyjne.

Po pierwsze stwierdził, że wskazany przepis, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, jest niezgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż: 1) nie określa wszystkich materialnoprawnych przesłanek uzyskania koncesji, 2) użyte przez ustawodawcę wyrażenie „w szczególności” pozwala organowi koncesyjnemu na dowolność kształtowania przesłanek nabycia koncesji, 3) otwarty katalog przesłanek w istocie zawiera upoważnienie blankietowe, przez co ingerencja w sferę wolności działalności gospodarczej i wolności słowa następuje w drodze prawotwórczej działalności Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

Po drugie podniósł, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji koliduje z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że ustawodawca powierzył organowi koncesyjnemu ocenę możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, mimo że każda prognoza obarczona jest pewnym marginesem błędu, bez wskazania jakichkolwiek narzędzi weryfikowania takiej prognozy przez ten organ.

Zakwestionowanemu art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji RPO zarzucił, że stanowiąc upoważnienie ustawowe dla Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji do określenia, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej,

w drodze rozporządzenia, danych, które powinien zawierać wniosek oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach o udzielenie koncesji, nie zawiera „wskazówek co do tego, czym powinien kierować się ten organ określając dane, które powinien zawierać wniosek”. W ocenie RPO powoduje to niezgodność wskazanego przepisu z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

2. Wzorcami kontroli konstytucyjnej w badanej sprawie były: 1) w odniesieniu do art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji w części zawierającej wyrażenie „w szczególności” – art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 2) w odniesieniu do art. 36 ust. 1 pkt 2 wskazanej powyżej ustawy – art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji; 3) w odniesieniu do art. 37 ust. 4 wskazanej powyżej ustawy – art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z art. 22 Konstytucji: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

Wskazany przepis wielokrotnie już był wzorcem kontroli konstytucyjnej w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym.

W badanej sprawie Sejm, nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny, wskazał, że dominuje pogląd, zgodnie z którym art. 22 Konstytucji pełni dwoją funkcję: z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie zasady ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej (i w tym zakresie stanowi konkretyzację ogólniejszych zasad, wyrażonych w art. 20), z drugiej strony – może stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 56; 7 maja 2001 r., sygn. K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82 oraz 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 20/01, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 89; por także B. Banaszak, *Konstytucja RP. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 125 i n.). W piśmie Sejmu podkreślono przy tym, że w doktrynie wolność działalności gospodarczej jest postrzegana jako „złożona sytuacja prawna, w jakiej poszczególne jednostki znajdują się względem państwa”, zawierająca w swojej strukturze prawnej „prawo do tego, by państwo podejmowało stosowne działania faktyczne i prawne chroniące podmioty tej wolności przed bezprawnymi działaniami innych podmiotów prywatnych, ingerujących w przedmiot działalności” (zob. także M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 56 i 59).

W kontekście zarzutów podniesionych przez Rzecznika należało na wstępie odnotować, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie już podkreślał w swoim orzecznictwie, że gwarantowana przez art. 22 Konstytucji wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego, a zatem może podlegać ograniczeniom (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00; z 7 maja 2001 r., sygn. K 19/00 oraz z 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 20/01). Ustawowe limitowanie tej wolności nie może być realizowane na zasadzie zupełnej dowolności. Można usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej tylko wtedy, gdy ograniczenie tej wolności jest uzasadnione ważnym interesem publicznym oraz respektuje zasadę proporcjonalności. Niezbędne jest nadto zachowanie ustawowej formy ingerencji (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1999 r., sygn. K 33/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 71).

Trzeba przypomnieć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego został wyrażony pogląd, że art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Trybunał wskazał, że jeżeli uznać, że wolność działalności gospodarczej jest jednym z konstytucyjnych praw i wolności jednostki, to art. 22 Konstytucji, stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza stosowanie go jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Trybunał dopuścił również przyjęcie, że z jednej strony każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22 Konstytucji. Uznał przy tym, że „patrzac z drugiej strony stwierdzić należy, że w zakresie «ważnego interesu publicznego» mieszczą się również wartości nie wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji” (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33; z 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 2).

W świetle powyższego należało stwierdzić, że podczas rozpatrywania dwóch pierwszych zarzutów sformułowanych w niniejszej sprawie, tj. 1) zarzutu niezgodności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2)

zarzutu niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 wskazanej powyżej ustawy z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, przesłanki limitowania praw i wolności konstytucyjnych, które wynikają z art. 31 ust. 3 Konstytucji, będą odnoszone tylko do gwarancji wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji, gdyż w odniesieniu do gwarancji wynikającej z art. 22 Konstytucji ustrojodawca przewidział szczególne przesłanki.

Art. 54 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

W uzasadnieniu wniosku RPO, w kontekście uregulowania zawartego w art. 54 ust. 2 zdaniu drugim Konstytucji, który przewiduje możliwość reglamentacji wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, jeśli wolność ta jest realizowana przez prowadzenie stacji radiowych lub telewizyjnych, podkreślono, że samo koncesjonowanie tego typu działalności nie może być kwestionowane. Znajduje bowiem bezpośrednie oparcie w Konstytucji. Wskazano przy tym, że „testowi zgodności z Konstytucją RP może być poddana jakość prawa określającego warunki, które powinien spełnić podmiot ubiegający się o koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych”.

W kontekście art. 54 ust. 1 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny wskazywał już w swoim orzecznictwie, że wolność gwarantowana przez ten przepis wywodzi się z istoty natury człowieka i stanowi fundamentalną wartość, którą winno uwzględniać prawo pozytywne (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 11).

Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie już wypowiadał się w kwestii rozumienia tego przepisu, stwierdzając w szczególności, że gwarantuje on trzy, powiązane ze sobą wolności: wyrażania poglądów, pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania. Nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, RPO trafnie wskazał w rozpatrywanej sprawie, że użyte w tym przepisie wyrażenie „pogląd” powinno być rozumiane nie tylko jako wyrażanie osobistych ocen, co do faktów i zjawisk we wszystkich przejawach życia, lecz również jako prezentowanie opinii, przypuszczeń i prognoz, w tym informowanie o faktach tak rzeczywistych, jak i domniemywanych. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż wolność wyrażania poglądów ma zasadnicze znaczenie w sferze życia publicznego, zwłaszcza politycznego, i wiąże się ściśle z innymi wolnościami konstytucyjnymi wyrażającymi łącznie wolność działania jednostki w życiu

publicznym (wolność tworzenia i działania związków zawodowych, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich; wolność tworzenia i działania partii politycznych; wolność zrzeszania się; wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich; wolność wyznawania i publicznego uzewnętrzniania swojej religii). Wolność pozyskiwania informacji, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, jest pojęciem szerszym niż prawo do uzyskiwania informacji (art. 61 Konstytucji). Obejmuje także wolność poszukiwania informacji, ważną szczególnie dla dysponujących środkami społecznego przekazu. Natomiast wolność rozpowszechniania informacji to zarówno udostępnianie podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego zebranych danych, jak i upowszechnianie informacji, tzn. podawanie ich do wiadomości publicznej, a więc adresatom niezindywidualizowanym, zwłaszcza przez środki masowego przekazu. Wolność rozpowszechniania informacji dotyczącej sfery życia prywatnego ma znacznie dalej posunięte ograniczenia niż wolność pozyskiwania informacji. W sferze życia publicznego wolność rozpowszechniania informacji ma granice identyczne jak wolność pozyskiwania takich informacji (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128; 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 11; 11 maja 2007 r., sygn. K 2/07, OTK ZU nr 5/A/2007, poz. 48; zob. także P. Sarnecki, Uwagi do art. 54 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003; W. Sokolewicz, *Wolność prasy i jej konstytucyjne ograniczenia*, „Państwo i Prawo” nr 6/2008, s. 22).

W kontekście rozważań dotyczących gwarancji wysłowionej w art. 54 ust. 1 Konstytucji na uwagę zasługuje także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 marca 2006 r. (sygn. K 4/06, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32) oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 maja 2008 r. (sygn. SK 43/05, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 57).

W pierwszym z powołanych powyżej wyroków podkreślono, że wolność gwarantowana przez art. 54 ust. 1 Konstytucji ma także zasadnicze znaczenie dla demokracji, której istota polega na nieskrępowanej dyskusji politycznej, zapewnia bowiem obywatelom informacje niezbędne do udziału w społecznych debatach i w sprawowaniu demokratycznych rządów.

W drugim z kolei wyroku wskazano, że gwarancja zawarta w art. 54 ust. 1 Konstytucji sprzyja procesowi identyfikacji interesów przez obywateli oraz ich reprezentantów, a także kształtowaniu prawidłowych relacji pomiędzy rządzonymi i rządzącymi, pozwalając w szczególności na krytykę osób sprawujących władzę, ich kontrolę w celu wycelowania korupcji oraz ograniczenie arbitralności władzy.

Trzeba podkreślić, że wskazany we wniosku RPO art. 54 ust. 1 Konstytucji pozostaje w ścisłym związku z art. 14 Konstytucji, który stanowi, że: „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazywano już, że na wolność prasy i innych środków społecznego przekazu, zwaną wolnością mediów, składa się: swoboda zakładania środków społecznego przekazu (tj. swoboda tworzenia odpowiednich prawnie i materialnie struktur nakierowanych na upowszechnianie określonych treści) oraz swoboda wyrażania opinii i pozyskiwania informacji. „Konstytucyjne gwarancje realizacji wolności mediów w tym zakresie polegają głównie na ograniczeniu możliwości koncesjonowania działalności radiowej i telewizyjnej (art. 54 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji) oraz bezwzględnym zakazie cenzury prewencyjnej środków społecznego przekazu oraz koncesjonowania prasy (art. 54 ust. 2 zdanie pierwsze Konstytucji)” (np. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 2 marca 1994 r., sygn. W 3/93 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05).

Choć w badanej sprawie nie powołano wzorca konwencyjnego, warto tu odnotować, że porównując treść normatywną art. 54 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: konwencja) wskazuje się, że zakres znaczeniowy art. 54 Konstytucji jest węższy niż art. 10 konwencji. W art. 10 konwencji chodzi bowiem o wolność wszelkiej wypowiedzi (ekspresji: „*freedom of expression*”, „*liberté d'expression*”), obejmującej nie tylko wyrażanie poglądów za pomocą mowy, ale także w formie pisanej, drukowanej lub artystycznej. Art. 10 konwencji zawiera więc wszystkie te formy ekspresji, które później zostały wymienione w art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167). W Konstytucji „wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury” – ujęte są w art. 73. Art. 54 ust. 1 Konstytucji obejmuje „wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” w formie słownej, pisemnej i drukowanej, także za pośrednictwem wszelkich środków społecznego przekazu. Ponadto, jak już wspomniano, wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o których mowa w art. 54 Konstytucji, obejmuje nie tylko wolność pozyskiwania i rozpowszechniania faktów, ale także poglądów i opinii innych. To znaczy, że treść normatywna art. 54 Konstytucji zawiera się w przyjętym współcześnie, demokratycznym standardzie „wolności ekspresji”, a w szczególności w określonym ogólnie, a jednocześnie

ujętych szerzej, art. 10 konwencji, w którym wyszczególnia się *expressis verbis* „informacje” i „idee” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06).

Zarzuty sformułowane przez RPO w rozpatrywanym wniosku wiążą się z tymi aspektami art. 54 ust. 1 Konstytucji, które poręczają gwarancję wyrażania oraz rozpowszechniania poglądów.

Podkreślić trzeba, że w treści art. 54 ust. 1 Konstytucji brak jest wzmianki wskazującej na możliwość stanowienia ograniczeń korzystania z wolności gwarantowanej przez ten przepis. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego eksponuje się szczególny charakter wolności gwarantowanej przez wskazany przepis Konstytucji (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54; zob. także A. Wiśniewski, *Znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. 7, s. 645-658). Myśl o szczególnym znaczeniu wolności gwarantowanej przez art. 54 ust. 1 Konstytucji nie powinna być opacznie rozumiana. Szczególna ochrona nie oznacza bowiem, że analizowana wolność jest absolutna. Dopuszczalne odstępstwa od wolności gwarantowanej przez art. 54 ust. 1 Konstytucji podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06 oraz z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06).

Jak wskazano powyżej, art. 31 ust. 3 Konstytucji, gwarantujący zasadę proporcjonalności może być w niniejszej sprawie postrzegany wyłącznie w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji. Art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowi: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

Zasada proporcjonalności, gwarantowana przez przywołany powyżej przepis Konstytucji, wyznacza dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw.

Nawiązując do dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, należy zauważyć, że art. 31 ust. 3 Konstytucji ma charakter zasady ogólnej, stosowanej nie tylko wtedy, gdy przepis gwarantujący określoną wolność lub prawo wyraźnie przewiduje

dopuszczalność limitacji, ale również wtedy gdy przepis gwarantujący określoną wolność lub prawo nie wspomina o możliwości ustanowienia ograniczenia (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 18 oraz z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06).

Nie oznacza to jednak całkowitej dowolności ograniczania możliwości pewnych osób bądź kręgu podmiotów korzystania z wolności gwarantowanych przez te przepisy. Ograniczenia muszą bowiem uwzględniać charakter danego prawa lub wolności i być kształtowane z uwzględnieniem nakazów płynących z zasady proporcjonalności.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności.

Granice ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności wyznacza zatem zasada proporcjonalności oraz koncepcja istoty poszczególnych praw i wolności.

Stwierdzając, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, trzeba rozważyć, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona (zasada konieczności), czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w ścisłym znaczeniu). Przesłanka proporcjonalności w znaczeniu ścisłym, niezbędna dla uznania zasadności wprowadzenia ograniczenia konstytucyjnych wolności lub praw, oznacza zatem dla ustawodawcy obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka. Tak treść zasady proporcjonalności jest formułowana w utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (zob. m.in. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 oraz wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2; 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3; 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86; 28 czerwca 2000 r., sygn. K 34/99, OTK ZU nr 5/2000, poz. 142; 20 października 2010 r., sygn. P 37/09, OTK ZU nr 8/A/2009, poz. 79; 24 marca 2003 r.,

sygn. P 14/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 22; 11 kwietnia 2006 r., sygn. SK 57/04, OTK ZU nr 4/A/2006, poz. 43; 6 marca 2007 r., SK 54/06, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 23).

Art. 2 Konstytucji jako wzorzec kontroli art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji został w badanej sprawie powołany w aspekcie wynikającej z tego przepisu Konstytucji zasady określoności przepisów prawa.

Trzeba przypomnieć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalił się pogląd, że zasada określoności zakorzeniona jest przede wszystkim w art. 2 Konstytucji, jako jeden z konstytutywnych elementów zasady państwa prawnego, a także w art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/08, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 69).

W rozpatrywanym wniosku Rzecznik wskazał, że zasada określoności (art. 2 Konstytucji) nie wyklucza możliwości posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, o ile zapewnione zostaną konkretne gwarancje przejrzystości i ocenności wypełnienia nieostrego zwrotu konkretną treścią. Podkreślił, że realizacja tej zasady wymaga w szczególności istnienia gwarancji procesowych zapewniających przejrzystość i możliwość dokonania oceny sposobów wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący.

Wnioskodawca wiąże zarzut niekonstytucyjności zakwestionowanego uregulowania wyłącznie z zakorzenioną w art. 2 Konstytucji zasadą określoności prawa. Z *petitum* wniosku oraz jego uzasadnienia wynika, że art. 2 Konstytucji, wbrew ujęciu *petitum* wniosku, został przez Rzecznika powołany jako samodzielny wzorzec kontroli.

Trybunał Konstytucyjny uznał za potrzebne przypomnienie dotychczasowej linii orzeczniczej dotyczącej rozumienia zasady określoności prawa.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady demokratycznego państwa prawnego wynika m.in. nakaz poprawnej legislacji. „to jest jasnego i zrozumiałego formułowania szczegółowych przepisów prawnych – konkretyzujących prawa i obowiązki obywateli, tak by zachowana była zasada zaufania do tworzonego prawa” (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4 oraz z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 83).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał w swoim orzecznictwie, że zasada określoności regulacji prawnych dotyczy w szczególności regulacji dotyczących podstawowych praw jednostki zagwarantowanych w Konstytucji. Zasada ta pozostaje

w ścisłym związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który ustanawia wymóg, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności były ustanawiane w ustawie. Ustawa dotycząca praw i wolności konstytucyjnych musi jasno i precyzyjnie ustanawiać ograniczenia tych praw, tak aby adresat na podstawie samej tylko ustawy mógł zorientować się co do treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa lub wolności (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/08 oraz z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w kontekście wzorca kontroli, którym jest art. 2 Konstytucji, wskazywano przy tym, że zarzut dotyczący posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi mógłby być uznany za zasadny tylko wtedy, gdyby niemożliwe było przypisanie użytemu wyrażeniu treści zgodnej z Konstytucją bądź też gdyby istniała utrwalona linia orzecznicza nadająca temu wyrażeniu niekonstytucyjne znaczenie (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4 oraz z 24 lipca 2013 r., sygn. Kp 1/13).

3. Jak już była o tym mowa, prawa i wolności gwarantowane przez art. 22 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji nie mają charakteru absolutnego. Ustawodawca ma pewną swobodę stanowienia wyjątków od określonych w tych przepisach wolności, pod warunkiem zachowania wymogu stanowienia odstępstw w formie ustawy.

Zarzuty konstytucyjne podniesione w rozpatrywanej sprawie, zarówno w kontekście wzorca kontroli, którym był art. 22 Konstytucji, jak i w kontekście wzorca kontroli, którym był art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie wiążą się z określeniem materialnoprawnych granic stanowienia dopuszczalnych odstępstw od korzystania z konstytucyjnych wolności: wyrażania swoich poglądów, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji) oraz swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Podniesione zarzuty pozostają w związku z formalnoprawnym wymogiem, nakazującym stanowienie ograniczeń korzystania z konstytucyjnych praw i wolności w formie ustawy.

W kontekście tego aspektu gwarancji wysłowionej w art. 22 oraz w art. 31 ust. 3 Konstytucji, z którą powiązane są zarzuty konstytucyjne podniesione w badanej sprawie, należało podkreślić, co następuje:

W piśmiennictwie podkreśla się, że wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada wyłączności regulacji ustawowej pełni funkcję gwarancyjną wobec praw i wolności człowieka, zabezpieczając jednostkę przed nadmierną ingerencją państwa (zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110). W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie precyzował, że zasada wyłączności ustawy nie polega na prostym zachowaniu ustawowej formy ograniczania wolności. Zapisane w art. 31 ust. 3 Konstytucji zdanie wskazujące, że jedną z przesłanek zgodnego z Konstytucją limitowania praw i wolności człowieka i obywatela jest zachowanie ustawowej formy ingerencji, zawiera nakaz zachowania kompletności unormowania ustawowego. Należy przez to rozumieć konieczność określenia wszystkich podstawowych elementów ograniczenia danego prawa lub wolności bezpośrednio w ustawie, tj. takiego ich określenia, aby już na podstawie samej analizy przepisów ustawy możliwe było wyznaczenie kompletnych konturów ograniczenia (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 25 maja 1998 r., sygn. U 19/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 47; z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98; z 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 2).

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że podczas oceny zarzutu niezgodności zaskarżonego uregulowania z art. 31 ust. 3 Konstytucji punktem wyjścia jest założenie racjonalności działań ustawodawcy i domniemanie konstytucyjności ustaw (zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 marca 2010 r., sygn. K 8/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 23).

Jak już była o tym mowa powyżej, w rozpatrywanym wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich nie zakwestionował samej dopuszczalności koncesjonowania działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów telewizyjnych i radiowych ani tego, że podmiot, który chce korzystać z konstytucyjnych wolności gwarantowanych przez art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji, prowadząc działalność polegającą na rozpowszechnianiu programów, musi uzyskać stosowne uprawnienie od właściwego organu władzy publicznej. Podkreślił jednocześnie, że na wprowadzenie takiego ograniczenia korzystania ze wskazanych konstytucyjnych wolności zezwala wprost art. 54 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji.

Należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym ustawą „wykonującą” wskazany powyżej art. 54 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji jest w szczególności ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, która w art. 46 ust. 1 pkt 5 przewiduje obowiązek uzyskania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej

w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych z wyjątkiem odnoszącym się do programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym, które nie są rozpowszechniane naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych. W art. 46 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ustawodawca przewidział, że szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw. Takie szczegółowe uregulowania w odniesieniu do działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych zawiera ustawa o radiofonii i telewizji. Przepisy ustawy o radiofonii i telewizji stanowią w tym zakresie *lex specialis* wobec uregulowań zawartych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (por. zwłaszcza wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r., sygn. P 9/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 59). W nawiązaniu do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego trafnie zwrócił na to uwagę Prokurator Generalny.

Uzasadniając zarzut niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, RPO zwrócił uwagę, że ze względu na to wyrażenie ustawodawca pozostawił organowi koncesyjnemu dowolność ustalania ostatecznego kształtu ograniczeń wolności gwarantowanych przez art. 22 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji. Ograniczenia te, wbrew konstytucyjnemu standardowi, nie zostały wprowadzone w ustawie; wynikają z praktyki organu udzielającego koncesji.

W odniesieniu do zarzutu drugiego – niekonstytucyjności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji – Rzecznik stwierdził, że zgodnie z tym uregulowaniem w postępowaniu w przedmiocie udzielenia koncesji ocenia się „możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu”. Według RPO, to mało precyzyjne kryterium koliduje z konstytucyjnym nakazem stanowienia odstępstw od korzystania z konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności (w badanej sprawie chodzi o gwarancje wysłowione w art. 22 i w art. 54 ust. 1 Konstytucji) w formie ustawy (art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji), a nadto pozostaje w sprzeczności z zasadą określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji).

4. Podczas oceny zasadności obydwu przedstawionych powyżej zarzutów niezbędne było nawiązanie do uregulowań wyznaczających pozycję Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

Zgodnie z art. 213 ust. 1 Konstytucji, „Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji”. Na płaszczyznę ustawową to uregulowanie przenosi art. 6 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którym: „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”.

Z art. 213 ust. 2 Konstytucji wynika, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji wydaje rozporządzenia, a w sprawach indywidualnych podejmuje uchwały. To uregulowanie na płaszczyźnie ustawowej rozwija art. 6 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, wskazując, że do zadań Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji należy między innymi: projektowanie w porozumieniu z Prezesem Rady Ministrów kierunków polityki państwa w dziedzinie radiofonii i telewizji; określanie, w granicach upoważnień ustawowych, warunków prowadzenia działalności przez dostawców usług medialnych; podejmowanie, w zakresie przewidzianym ustawą, rozstrzygnięć w sprawach koncesji na rozpowszechnianie programów, wpisu do rejestru programów oraz prowadzenie tego rejestru; sprawowanie w granicach określonych ustawą kontroli działalności dostawców usług medialnych; ustalanie wysokości opłat za udzielenie koncesji oraz wysokości opłat abonamentowych.

W kontekście przywołanych powyżej uregulowań wyznaczających kompetencje Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji należy przypomnieć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że KRRiT jest organem niezależnym, niejako zawieszonym pomiędzy władzą ustawodawczą i wykonawczą, z tym jednak że jego uprawnienia reglamentacyjne, polegające na wydawaniu decyzji w indywidualnych sprawach i na wykonywaniu kompetencji prawotwórczych w postaci wydawania rozporządzeń, zbliżają go do organów egzekutywy. Trybunał podkreślił, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji jest 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 (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06).

Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, jako organ państwa, jest związana zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji). Jej działania muszą być więc wyznaczone przez prawo, w którym winna być zawarta zarówno ich podstawa, jak też określone granice. W piśmie Sejmu zasadnie podniesiono nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, że wobec obowiązywania konstytucyjnej zasady legalizmu, brak regulacji upoważniającej

Krajową Radę Radiofonii i Telewizji do podjęcia danego działania należy uznać za równoznaczny z jego zakazem (zob. w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 1998 r., sygn. U 19/97), przy czym naruszenie zasady legalizmu następuje także wtedy, gdy przepisy adresowane do organu władzy publicznej są na tyle niejednoznaczne, że pozostawiają tym organom nadmierny zakres swobody i uznaniowości (zob. w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 maja 2009 r., sygn. K 21/08, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 67).

W doktrynie koncesja definiowana jest jako akt administracyjny stanowiący wyraz zgody państwa na podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej zastrzeżonej na rzecz państwa lub mającej szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli, wydany na podstawie przepisów określających warunki oraz tryb wydawania koncesji, który przy zapewnionej mu przez prawo trwałości, ustanawia prawo do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej na warunkach ustalonych w koncesji, wydawany na wniosek przedsiębiorcy (por. C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 580).

W orzecznictwie wskazuje się, że koncesja to publicznoprawne uprawnienie podmiotowe związane z dostępem do reglamentowanego rynku, na którym koncesjonariusz, prowadząc działalność gospodarczą, korzysta z rzadkiego dobra, jakim są ograniczone zasoby częstotliwości (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r., sygn. P 9/09 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 r., sygn. akt III RN 34/98, OSNP nr 5/1999, poz. 157). Podkreśla się również, że jest to publicznoprawne uprawnienie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej przyznane określonemu podmiotowi, który spełnia wymagania przedmiotowe i podmiotowe, w drodze decyzji właściwego organu administracji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 r., sygn. akt III RN 34/98, OSNP nr 5/1999, poz. 157 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 lutego 1995 r., sygn. akt II SA 1835/93, „Wokanda” nr 7/1995, s. 37).

Konstrukcja koncesji na nadawanie programów radiowych i telewizyjnych opiera się na uznaniu administracyjnym (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 lipca 2003 r., sygn. akt II SA 793/01, Lex nr 157653).

W kontekście przywołanego powyżej uregulowania zawartego w art. 34 ustawy o radiofonii i telewizji należy odnotować, że z jego treści „wynika nie prawo do koncesji, ale jedynie możliwość uzyskania koncesji”. Organ władzy publicznej może zatem podjąć decyzję o określonej treści, ale nie musi; jest uprawniony, po dokładnym zbadaniu stanu

faktycznego i prawnego (wniosku koncesyjnego), do wyboru jednej z dwóch dopuszczalnych konsekwencji prawnych (zob. także powołany w piśmie Sejmu artykuł A. Nałęcza, *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*, Warszawa 2010, s. 43). Stwierdzono nadto, że z przywołanym powyżej przepisem koresponduje art. 35 ustawy, który także stanowi o możliwości udzielenia koncesji osobie fizycznej, mającej obywatelstwo polskie i stałe miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osobie prawnej lub osobowej spółce handlowej, które mają siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika, że wykonywanie działalności w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych nie jest jedyną działalnością koncesjonowaną. Uzależnienie dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej od uprzedniego uzyskania koncesji przewidują jeszcze inne ustawy: ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1017), ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2012 r. poz. 1059; dalej: prawo energetyczne), ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221, ze zm.), ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2013 r. poz. 1393 ze zm.; dalej: prawo lotnicze), ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.).

Nie dokonując poziomej oceny uregulowania zawartego w kontrolowanym przepisie, porównawczo jedynie warto w tym miejscu odnotować, że ustawy przewidujące koncesjonowanie działalności różnie określają dostęp do koncesji. Odmienne uregulowanie tej kwestii wiąże się ze specyfiką poszczególnych rodzajów koncesjonowanej działalności.

Nie wnikając w szczegółowe kwestie dotyczące rozwiązań przyjętych w tym zakresie na gruncie ustaw niezaskarżonych w niniejszej sprawie, trzeba zauważyć, że w niektórych innych ustawach dotyczących działalności koncesjonowanej wyznaczając dostęp do koncesji ustawodawca też posłużył się wyrażeniem „w szczególności”.

W ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 163, poz. 981 ze zm.; dalej: prawo geologiczne i górnicze) zasady koncesjonowania zostały określone w dziale III, rozdziałach 1 i 2. Odmowy udzielenia koncesji dotyczy art. 29 ust. 1, zawarty w rozdziale 1 prawa geologicznego i górniczego oraz art. 45

połączony w rozdziale 2 tej ustawy. Wyznaczając dostęp do koncesji zwrotem „w szczególności” ustawodawca posłużył się tu w art. 29 ust. 1 prawa geologicznego i górnictwa. Zgodnie z ustępem pierwszym tego artykułu: „Jeżeli zamierzona działalność sprzeciwia się interesowi publicznemu, w szczególności związanemu z bezpieczeństwem państwa lub ochroną środowiska w tym z racjonalną gospodarką złożami kopalin, bądź uniemożliwiłaby wykorzystanie nieruchomości zgodnie z ich przeznaczeniem określonym odpowiednio przez miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego lub przepisy odrębne, a w przypadku braku tego planu – uniemożliwiłaby wykorzystanie nieruchomości w sposób określony w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy lub w przepisach odrębnych, organ koncesyjny odmawia udzielenia koncesji”. W ustępie drugim wskazany przepis stanowi: „Odmowa udzielenia koncesji na podziemne składowanie odpadów następuje również, jeżeli istnieje uzasadniona technicznie, ekologicznie lub ekonomicznie możliwość odzysku lub możliwość unieszkodliwiania odpadów w inny sposób niż przez ich składowanie”. Zwrotem „w szczególności” ani innym, znaczeniowo z nim zbieżnym, jako przesłanką ograniczającą dostęp do koncesji nie operuje art. 45 ust. 2 prawa geologicznego i górnictwa dotyczący koncesji na poszukiwanie lub rozpoznawanie złóż węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złóż; udzielenie koncesji na ten rodzaj działalności poprzedza się co do zasady przetargiem (art. 43 prawa geologicznego i górnictwa).

Szczególna, konstytucyjnie chroniona wolność formułowania poglądów i ich rozpowszechniania za pomocą programów telewizyjnych i radiowych niewątpliwie wymaga, aby nadawanie programów było wolne od ingerencji państwa, co wiąże się z tradycyjną doktryną tzw. negatywnych obowiązków państwa. Z drugiej jednak strony, państwo musi podejmować działania pozytywne w celu zagwarantowania osobom o różnych poglądach dostępu do środków masowego przekazu. Zawłaszczenie radia i telewizji przez jedną grupę społeczną lub jedną opcję polityczną przekreśla wolny charakter mediów. Dlatego też procedura koncesyjna powinna mieć na celu wyłonienie nadawcy, który gwarantuje najlepsze warunki programowe. Jak wskazano powyżej, ta okoliczność jest pomiędzy uczestnikami postępowania niesporna.

W ramach postępowania zmierzającego do udzielenia koncesji konieczne jest zachowanie dwóch istotnych zasad: 1) równości wobec prawa; chodzi tu o równe traktowanie wszystkich podmiotów ubiegających się o uzyskanie reglamentowanego dobra w postaci koncesji; 2) jawności decyzji w przedmiocie udzielenia koncesji oraz jej uzasadnienia.

Jak wskazano powyżej, koncesja charakteryzuje się uznaniowością: przesłanki przyznania koncesji, jej cofnięcia, zmiany, czy ograniczenia zakresu poddane są uznaniu organu koncesyjnego (organu administracyjnego) – por. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 224). W konsekwencji w wypadku koncesji organ koncesyjny ma szeroki zakres władzy dyskrejonalnej podczas podejmowania decyzji o przyznaniu bądź nieprzyznaniu koncesji. Odmienne bowiem aniżeli zezwolenie na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, które jest dostępne w wypadku spełnienia wymaganych przesłanek, koncesja to przywilej dostępny wyłącznie dla wybranych podmiotów (por. M. Zdyb, *Komentarz do ustawy. Prawo działalności gospodarczej*, Kraków 2000, s. 268-269; K. Chalubińska-Jentkiewicz, *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*, Lex 2013; R.W. Kaszubski, M. Olszak, *Koncesje a zasada wolności działalności gospodarczej*, Glosa nr 7/1998, s. 5).

Przywołany na wstępie art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji określa pozytywne przesłanki, których spełnienie stanowi warunek *sine qua non* uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. Użyte w tym przepisie, kwestionowane przez wnioskodawcę wyrażenie „w szczególności” jednoznacznie wskazuje, że katalog przesłanek zawarty w tym przepisie nie jest zamknięty. W postępowaniu w przedmiocie udzielenia koncesji ocenie podlega każda spośród przesłanek zawartych w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji oraz uwzględnia się inne jeszcze, niewskazane w tym przepisie, okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia wniosku o przyznanie koncesji (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 marca 2010 r., sygn. akt II GSK 336/09, Lex nr 596766).

W rozpatrywanym wniosku RPO zarzucił, że ograniczenia korzystania z praw i wolności gwarantowanych przez art. 22 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji nie zostały ustanowione w kompletnej postaci w ustawie, lecz wynikają z praktyki przyjętej przez organ koncesyjny.

Wyrażenie „w szczególności”, którym ustawodawca posłużył się w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, jednoznacznie wskazuje, że zawarte w tym przepisie wyliczenie przesłanek, które podlegają badaniu w postępowaniu toczącym się w przedmiocie uzyskania koncesji, nie ma charakteru zamkniętego.

Powyższe stwierdzenie nie powinno być jednak opacznie rozumiane. Nie powinno być w szczególności odczytywane jako potwierdzenie zasadności zarzutu

sformułowanego przez Rzecznika w odniesieniu do art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji.

Luz decyzyjny, jaki Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji (organowi administracyjnemu) wyznacza sformułowanie kwestionowane przez Rzecznika, nie oznacza dowolności decyzji co do udzielenia koncesji. Stosując zaskarżone uregulowanie, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji nie może naruszać praw podmiotowych wnioskodawców wynikających z innych przepisów, w tym w szczególności z przepisów rangi konstytucyjnej. Krępują ją zarówno przepisy o charakterze materialnoprawnym, jak i przepisy procesowe.

Oceniając złożony wniosek koncesyjny w kontekście możliwości uzyskania koncesji, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji działa nie tylko na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji oraz innych przepisów zawartych w tej ustawie. Podstawę prawną działania tego organu stanowią tu także inne przepisy, a w szczególności uregulowania zawarte w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267; dalej: k.p.a.). W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego stwierdza się, że udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych ma następować „w oparciu o obiektywne kryteria ustawowe, po precyzyjnym ustaleniu stanu faktycznego na podstawie całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego i jego wszechstronnej ocenie, zgodnie z [...] art. 7, 77 § 1 i 80 k.p.a.” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 lipca 2003 r., sygn. akt II SA 793/01, Lex nr 157653).

Trzeba zauważyć, że powołany przez Rzecznika wyrok ETPC z 17 czerwca 2008 r. w sprawie *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan przeciwko Armenii* (skarga nr 32283/04) nie dostarcza argumentów, które obalałyby konstytucyjność zaskarżonego uregulowania. Wskazany wyrok zapadł w kontekście odmiennego stanu faktycznego i prawnego. ETPC nie wypowiedział się w nim w sprawie warunków dopuszczalności limitowania dostępu do działalności gospodarczej polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych. We wskazanym wyroku ETPC wypowiedział się merytorycznie wyłącznie w kwestii powinności uzasadniania przez organ armeński, będący odpowiednikiem polskiej Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, decyzji o odmowie udzielenia licencji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, stwierdzając, że brak uzasadnienia nie chroni odpowiednio przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych w fundamentalne prawo do wolności wypowiedzi.

Jak wskazano powyżej, podejmując decyzję co do udzielenia koncesji Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji korzysta z pewnego zakresu swobody wpisanego w istotę uznania administracyjnego. Swoboda ta nie oznacza jednak akceptacji dowolności decyzji. Swobodę Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji krępują tu przepisy k.p.a. W postępowaniu koncesyjnym konieczne jest zapewnienie realizacji zasady równości wobec prawa (równego dostępu do reglamentowanego dobra w postaci koncesji) oraz jawności decyzji podjętej w przedmiocie udzielenia koncesji. Organ administracyjny, działając w granicach uznania administracyjnego, zanim zadecyduje, w jakim zakresie będzie korzystać ze swojej władzy, ma obowiązek wszechstronnego zbadania stanu faktycznego sprawy w perspektywie wszystkich przepisów prawa materialnego mogących mieć zastosowanie w sprawie (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 października 2001 r., sygn. akt II SA 1075/01, Lex nr 51033), a także musi uwzględnić tę okoliczność, by decyzja w przedmiocie udzielenia koncesji pozostawała w zgodzie z interesem społecznym oraz słusznym interesem obywateli.

Gwarancję realizacji zasady równości wobec prawa stanowi tu w szczególności art. 34 ustawy o radiofonii i telewizji; wszystkie wnioski koncesyjne złożone w terminie wskazanym przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji są rozpatrywane w jednym postępowaniu, jeżeli ich liczba przekracza liczbę możliwych do udzielenia koncesji. Wymóg rozpoznania wszystkich wniosków w jednym postępowaniu ułatwia prawidłową ocenę poszczególnych wnioskodawców w kontekście pozostałych, sprzyjając wyborowi najlepszych wnioskodawców.

Z art. 107 § 3 k.p.a. wynika, że uzasadnienie jest obligatoryjnym składnikiem decyzji administracyjnej. Ma ono zawierać dwa elementy konieczne: uzasadnienie faktyczne oraz uzasadnienie prawne. W ramach uzasadnienia faktycznego organ administracji jest zobligowany do wskazania faktów, które w rozpoznanej sprawie uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, rozstrzygając sprawę, oraz przyczyn odmówienia wiarygodności pozostałym dowodom. Obowiązek wynikający z art. 107 § 3 k.p.a. nabiera szczególnego znaczenia w wypadku, gdy organ administracji – tak jak w badanej sprawie – przyznaje uprawnienie jednemu tylko lub niektórym tylko spośród podmiotów ubiegających się o nie, zwłaszcza jeżeli kieruje się przy ich wyborze własną oceną opartą na ogólnie ujętych kryteriach.

Przepisy wskazane jako wzorce kontroli w sprawie, tj. zarówno art. 22, jak i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dopuszczają możliwość limitacji

gwarantowanych przez nie wolności wtedy tylko, gdy stosowane ograniczenie wynika z przepisu ustawy.

Mając powyższe na uwadze, Trybunał Konstytucyjny poczynił szczegółowe ustalenia dotyczące stosowania zakwestionowanego uregulowania.

Trzeba podkreślić, że przedstawicielka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, na rozprawie 18 lutego 2014 r., odpowiadając na pytania sędziów Trybunału zapewniła, że zarówno w praktyce Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych, kwestionowane wyrażenie „w szczególności” nie jest rozumiane „jako możliwość dopisania czy też określenia jakiejś dodatkowej przesłanki, nieznanej ustawie, przez przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w postępowaniu, w którym ocenia złożone wnioski koncesyjne”. Przedstawicielka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji powiedziała, że analizowane wyrażenie nie jest także rozumiane jako źródło, z którego mogłaby wynikać dopuszczalność określenia dodatkowej, nieokreślonej w ustawie przesłanki ograniczającej dostęp do koncesji. Stwierdziła przy tym, że nigdy nie zdarzyło się, aby w praktyce Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji jako kryterium w postępowaniu o udzielenie koncesji zostało wprowadzone jakiekolwiek wymaganie, które nie jest wskazane w art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji. Jak podkreśliła, treść ogłoszenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji zawiera katalog przesłanek zamkniętych. Ustawa determinuje z kolei treść ogłoszenia, tj. elementy, które mają się w nim znaleźć.

W świetle wszystkich powyższych argumentów Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zaskarżony przez Rzecznika art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, w części zawierającej wyrażenie „w szczególności”, rozumiany w ten sposób, że źródłem, uzupełniających wobec wymienionych w tym przepisie przesłanek, od których spełnienia zależy możliwość uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozсиwczą naziemną w sposób cyfrowy, może być wyłącznie przepis ustawy, nie pozostawia Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji jako organowi administracyjnemu nadmiernego zakresu swobody i uznaniowości i nie koliduje z konstytucyjną zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji) – (por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 maja 2009 r., sygn. K 21/08).

Jak wynika z przeprowadzonych przez Trybunał Konstytucyjny ustaleń, wskazany przepis nie jest wykorzystywany przez organy stosujące prawo w sposób sprzeczny z przepisami konstytucyjnymi, w tym w szczególności z zasadą legalizmu.

Trzeba zaznaczyć, że odmienne ustalenia w tym zakresie obligowałyby Trybunał do kontroli konstytucyjności kontrolowanego przepisu w brzmieniu nadanym mu w praktyce.

Mając na uwadze wszystkie powyższe argumenty, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji w zaskarżonym zakresie, rozumiany w sposób wskazany powyżej, jest zgodny z art. 22 i z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5. W odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny stwierdził, co następuje:

Rzecznik zarzucił, że kryterium selekcyjne, jakim posłużył się ustawodawca w art. 36 ust. 1 pkt 2 wskazanej ustawy, jest mało precyzyjne, mimo że dotyczy materii finansowej, która jest wymierna, a w konsekwencji możliwa do skonkretyzowania.

Zarzuty niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji w aspekcie wynikającej z tego przepisu zasady prawidłowej legislacji wymagały osobnej oceny. Punkt wyjścia musiał tu stanowić zarzut niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 2 Konstytucji.

Rozważając zarzut niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 2 Konstytucji w aspekcie prawidłowej legislacji, Trybunał Konstytucyjny nie podzielił argumentów przedstawionych przez Rzecznika.

Trafność stwierdzenia zawartego w rozpatrywanym wniosku, że ze względu na obowiązywanie konstytucyjnej zasady określoności prawa, zakorzenionej w art. 2 Konstytucji, ustawodawca powinien ostrożnie operować zwrotami niedookreślonymi, nie budzi wątpliwości. Trybunał stwierdził jednak, że treść kontrolowanego przepisu nie zawiera zwrotów niedookreślonych ani – tym bardziej – przepis nie operuje klauzulą generalną.

Art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji nakłada na Krajową Radę Radiofonii i Telewizji obowiązek dokonania oceny zdolności finansowej osoby ubiegającej się o koncesję.

Warto tu porównawczo odnotować, że ocena możliwości finansowania działalności stanowi kryterium dostępu do koncesji także w innych ustawach odnoszących się do działalności koncesjonowanej. Chodzi tu w szczególności o art. 33 ust. 1 prawa

energetycznego oraz art. 171b prawa lotniczego. W prawie lotniczym pojawienie się wyraźnych oznak problemów finansowych przewoźnika lub otwarcie postępowania upadłościowego także przeciwko przewoźnikowi lotniczemu posiadającemu koncesję obliguje do dokonania szczegółowej oceny sytuacji finansowej przewoźnika.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że kryterium odnoszące się do kondycji finansowej podmiotu ubiegającego się o koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych nie koliduje z art. 2 Konstytucji w aspekcie poprawnej legislacji.

Trzeba zauważyć, że kwestionowane wyrażenie wypełnia konkretną treścią orzecznictwo. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym stwierdza się, że w postępowaniu toczącym się w przedmiocie udzielenia koncesji Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji ocenia zdolność wnioskodawców do sfinansowania nakładów inwestycyjnych, opłaty koncesyjnej oraz działalności początkowej projektu. Wskazuje się przy tym, że podmiot wnoszący o udzielenie mu koncesji na nadawanie programów radiowych i telewizyjnych powinien wykazać we wniosku koncesyjnym, że dysponuje źródłami finansowania działalności objętej koncesją. Źródłem finansowania mogą tu być zarówno jego środki, jak i środki pochodzące od innych osób, przy czym w tym drugim wypadku zobowiązanie do finansowania działalności koncesyjnej powinno być jednoznaczne i zależne wyłącznie od uzyskania koncesji (żadne inne warunki nie są dopuszczalne) – (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24 maja 2004 r., sygn. akt II SA 1780/02, Lex nr 697583). Zgodnie z orzecznictwem, kryterium, o którym mowa jest w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji (możliwość dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu), jest możliwe do spełnienia niezależnie od wielkości posiadanego potencjału czy wartości poszczególnych wskaźników finansowych (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 maja 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 627/12, Lex nr 1225808).

Z przedstawioną linią orzecniczą koresponduje wypowiedź przedstawicielki KRRiT na rozprawie 18 lutego 2014 r. Stwierdziła ona mianowicie, że wnioskodawca ubiegający się o koncesję składa m.in. sprawozdanie obrazujące jego kondycję finansową. To sprawozdanie ma jednak wartość do pewnego stopnia historyczną, oddaje bowiem stan finansowy wnioskodawcy z przeszłości. Przedstawicielka Krajowej Rady Radiofonii podkreśliła przy tym, że wnioskodawca składa jednak również takie dokumenty, które pozwalają poznać jego aktualną sytuację finansową,

w szczególności poziom jego zobowiązań, poziom jego środków, zgromadzone środki finansowe, ale też możliwość pozyskania właściwych, niezbędnych środków. Jak zaznaczyła, wnioskodawca „projektuje sam program, przedstawia swój projekt, sam określa, jakie są dla niego niezbędne inwestycje i to, co ma pokazać organowi, czy jest w stanie to sfinansować. Jak to zrobi – to zależy już od inicjatywy wnioskodawcy. On może mieć środki własne, może mieć środki pozyskane od swojego akcjonariusza czy udziałowca, może mieć środki pozyskane, na przykład, z kredytu bankowego, ale też na dzień rozpatrywania zazwyczaj, może się tak zdarzyć, że tych środków jeszcze fizycznie nie ma. Ma na przykład promesę udzielenia kredytu przez bank, ale właśnie pod warunkiem otrzymania tej koncesji”.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, bardziej precyzyjne (np. kwotowe) ujęcie tej przesłanki, wbrew sugestiom Rzecznika, nie wydaje się możliwe do zrealizowania. Analizowana przesłanka zakłada bowiem możliwości finansowania działalności przez podmiot ubiegający się o koncesję w odniesieniu do wymagań inwestycyjnych konkretnego przedsięwzięcia.

W świetle powyższego Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji jest zgodny z art. 2 Konstytucji w aspekcie zasady poprawnej legislacji.

6. Wobec stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny, że kontrolowany art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie koliduje z art. 2 Konstytucji w aspekcie poprawnej legislacji, w odniesieniu do zarzutu niezgodności art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji aktualność zachowują poczynione powyżej rozważania odnoszące się do konstytucyjnych granic swobody wpisanej w istotę uznania administracyjnego.

Jak wskazano powyżej, podejmując decyzję co do udzielenia koncesji, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji korzysta z pewnego zakresu swobody wpisanej w istotę uznania administracyjnego. Ze względu na obowiązywanie przepisów k.p.a., swoboda ta nie oznacza akceptacji dowolności tej decyzji. W postępowaniu koncesyjnym konieczne jest zapewnienie realizacji zasady równości wobec prawa oraz jawności decyzji co do udzielenia koncesji. Dochowanie tych wymogów w postępowaniu administracyjnym toczącym się przed Krajową Radą Radiofonii i Telewizji podlega kontroli sądowoadministracyjnej.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zaskarżony przez Rzecznika art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji, nie pozostawiając Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji (organowi administracyjnemu) nadmiernego zakresu swobody i uznaniowości, jest zgodny z art. 22 i z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

7. Przechodząc do oceny podniesionego przez RPO zarzutu niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 92 ust. 1 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, co następuje:

Zaskarżony przepis 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”.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Konstytucji: „Rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu”.

Art. 92 ust. 1 Konstytucji był wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że rozporządzenie jest aktem wykonawczym, wydanym na podstawie ustawy i w celu jej wykonania. To znaczy, że: 1) rozporządzenie powinno być wydane na podstawie wyraźnego, szczegółowego upoważnienia ustawy w zakresie określonym w upoważnieniu, w celu wykonania ustawy (niedopuszczalne jest domniemanie kompetencji do wydania rozporządzenia); 2) akt ten nie może być sprzeczny z ustawą, na podstawie której został wydany, oraz z normami konstytucyjnymi, a także z wszelkimi obowiązującymi ustawami, które w sposób bezpośredni lub pośredni regulują materie będące przedmiotem rozporządzenia; 3) jeżeli rozporządzenie ma określić tryb postępowania, to powinna być zachowana spójność z innymi przepisami wyższej rangi (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 31 marca 2009 r., sygn. K 28/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 28 oraz 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12, OTK ZU nr 1/A/2013, poz. 1).

To, czy rozporządzenie jest aktem wykonawczym wobec ustawy, czy też ma charakter samoistny, jest determinowane przede wszystkim przez treść ustawowego upoważnienia do jego wydania. Upoważnienie to musi mieć charakter szczegółowy

pod względem: 1) podmiotowym (musi określać organ właściwy do wydania rozporządzenia), 2) przedmiotowym (musi określać zakres spraw przekazanych do uregulowania) oraz 3) treściowym (musi określać wytyczne do treści aktu; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 października 1999 r., sygn. K 12/99, OTK ZU nr 6/1999, poz. 120 oraz kilkanaście późniejszych orzeczeń). Brak któregoś z tych elementów może samodzielnie przesądzać o niezgodności badanego upoważnienia ustawowego z art. 92 ust. 1 Konstytucji (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zakres materii, która może być przekazana ustawą do regulacji w rozporządzeniu, powinien być określony „poprzez wskazanie spraw rodzajowo jednorodnych z tymi, które reguluje ustawa, lecz które nie mają zasadniczego znaczenia z punktu widzenia założeń ustawy i dlatego nie zostały unormowane w niej wyczerpująco, a są niezbędne do realizacji norm ustawy” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12 oraz powoływane tam wcześniejsze orzecznictwo). Minimalny stopień szczegółowości wytycznych zależy od regulowanej materii: „w niektórych dziedzinach (np. prawo karne, czy – mówiąc szerzej – regulacje represyjne) zarysowuje się bezwzględna wyłączność ustawy, nakazująca normowanie w samej ustawie właściwie wszystkich elementów definiujących stronę podmiotową czy przedmiotową czynów karalnych (...). W innych dziedzinach prawa ustawa może pozostawiać więcej miejsca dla regulacji wykonawczych. Nigdy jednak nie może to prowadzić do nadania regulacji ustawowej charakteru blankietowego (...). Innymi słowy – możliwe jest też sformułowanie ogólniejszej zasady konstytucyjnej: im silniej regulacja ustawowa dotyczy kwestii podstawowych dla pozycji jednostki (podmiotów podobnych), tym pełniejsza musi być regulacja ustawowa i tym mniej miejsca pozostaje dla odesłań do aktów wykonawczych. Przy czym minimum treściowe wytycznych nie ma charakteru stałego, a wyznaczane musi być *a casu ad casum*, stosownie do regulowanej materii i jej związku z sytuacją jednostki” (wyrok z 16 stycznia 2007 r., sygn. U 5/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3; stwierdzenia te powtarzają częściowo tezy wyroku z 9 listopada 1999 r., sygn. K 28/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 156; por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12). Co do zasady „ustawodawca nie może przekazywać do unormowania w drodze rozporządzenia spraw o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji. Wymienione sprawy muszą być regulowane bezpośrednio w ustawie” (wyrok z 28 czerwca 2000 r., sygn. K 34/99; teza powtórzona

następnie m.in. w wyrokach z: 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 3; 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62; 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12).

Jak już była o tym mowa powyżej, formułując zarzut niezgodności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z art. 92 ust. 1 Konstytucji, Rzecznik podniósł dwojakiego rodzaju zastrzeżenia dotyczące szczegółowości zawartego w zaskarżonym przepisie upoważnienia.

Wskazał po pierwsze, że jest ono nieprecyzyjne pod względem przedmiotowym, bo nie określa należycie materii, która ma zostać zawarta w akcie wykonawczym, a w szczególności, czy dane, o których mowa jest w zaskarżonym przepisie, mają dotyczyć wszystkich „przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii i telewizji, czy też niektórych z tych przesłanek, a jeśli tylko niektórych, to jakich”. Upoważnienie nie określa też, czy poza danymi dokumentującymi spełnianie przesłanek określonych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 tej ustawy w rozporządzeniu możliwe jest określenie dodatkowych danych, które powinien zawierać wniosek, skoro katalog przesłanek ocenianych w procesie koncesyjnym jest katalogiem otwartym. Zarzucił ponadto, że z kwestionowanego upoważnienia wynika, że w drodze rozporządzenia zostanie ustalony szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji, który jest określony w k.p.a., z uwzględnieniem odrębnych regulacji w tym zakresie zawartych w ustawie o radiofonii i telewizji oraz w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Wątpliwości wywołało to, czy „szczegółowy tryb postępowania” należy odnosić do ustawy o radiofonii i telewizji, ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, czy do k.p.a., czy też może łącznie do wszystkich wymienionych ustaw.

Po drugie, Rzecznik zarzucił, że kwestionowane upoważnienie jest wadliwe także w zakresie szczegółowości pod względem treściowym, nie zawiera bowiem wytycznych, którymi powinna się kierować Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, określając dane, jakie powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji.

Kwestionowany przepis zawiera upoważnienie do określenia w rozporządzeniu danych, które powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji, oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji.

W zakresie zarzutu dotyczącego danych, które powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji, Trybunał Konstytucyjny podzielił stanowisko Prokuratora

Generalnego, że skoro w rozporządzeniu mają zostać określone: 1) dane, jakie ma zawierać wniosek o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych oraz 2) szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji, to oczywiste jest, że ma się ono odnosić do materii uregulowanej w rozdziale 5 ustawy o radiofonii i telewizji – „Koncesje na rozpowszechnianie programów”. Wyrażenie „dane”, którym ustawodawca posłużył się w zaskarżonym art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji, należy wiązać z danymi niezbędnymi organowi koncesyjnemu do podjęcia decyzji o udzieleniu bądź nieudzieleniu koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych.

Z treści rozporządzenia wynika, że dotyczy ono wyłącznie kwestii o charakterze techniczno-proceduralnym. Nie ma w nim przepisów, które można by uznać za dalsze, pozaustawowe przesłanki dostępu do koncesji.

Jak wskazano powyżej, decyzja o udzieleniu koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych opiera się na uznaniu administracyjnym, niemniej jednak przesłanki uzyskania koncesji uregulowane są na płaszczyźnie ustawowej (bezpośrednio w ustawie o radiofonii i telewizji ustawodawca uregulował, zarówno pod względem podmiotowym, jak przedmiotowym, tryb składania wniosków o udzielenie koncesji; zastosowanie znajdują tu nadto przepisy k.p.a.). Trybunał Konstytucyjny stwierdził zatem, że wbrew zarzutowi Rzecznika, materia, która ma zostać uregulowana w rozporządzeniu, została wystarczająco sprecyzowana na płaszczyźnie ustawowej.

Jak wskazano powyżej w kontekście wzorca kontroli, którym był art. 92 ust. 1 Konstytucji, RPO sformułował jeden jeszcze zarzut. Zdaniem Rzecznika, upoważnienie zawarte w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie ma charakteru szczegółowego także pod względem treściowym; nie określa, „jak ma być uregulowana materia rozporządzenia”. W zakresie objętym wnioskiem, zdaniem RPO, nie można zatem w sposób jednoznaczny określić, jakimi kryteriami powinien kierować się organ, wydając rozporządzenie.

W odniesieniu do zarzutu braku ustawowych wytycznych dotyczących materii przekazanej do rozporządzenia należało stwierdzić, co następuje:

Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego mogą przybierać różną postać redakcyjną.

Dopuszczalne jest w szczególności ich ujęcie zarówno w sposób „negatywny” (przez ustalenie, których możliwych do zastosowania rozwiązań ustawodawca nie akceptuje w akcie wykonawczym), jak i w sposób „pozytywny” (np. przez wskazanie celów lub funkcji normowanej instytucji albo innych kryteriów, którymi powinien się kierować twórca rozporządzenia – por. np. powołany powyżej wyrok o sygn. K 28/08; zob. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 stycznia 2013 r., sygn. K 38/12).

Oprócz typowej konstrukcji przepisu upoważniającego, kompleksowo regulującego treść przewidywanego rozporządzenia, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dopuszczono także sformułowanie go w sposób lakoniczny, a zamieszczenie wytycznych w innych przepisach ustawy upoważniającej (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 czerwca 2008 r., sygn. P 23/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 82 oraz powołane powyżej wyroki Trybunału Konstytucyjnego o sygn. K 12/99, K 28/08 oraz o sygn. K 38/12), choć teza ta spotkała się z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny z uzasadnieniem, że umieszczanie wytycznych poza przepisem upoważniającym nie jest pożądaną techniką prawodawczą i nie pozwala na odtwarzanie wytycznych z przepisów ustaw innych niż ustawa upoważniająca (zob. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 77).

Zaskarżony art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie zawiera jakichkolwiek wytycznych dotyczących uregulowania, które ma zostać zawarte w akcie wykonawczym. Jak jednak wskazano powyżej, z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego nie wynika, że zawarcie wytycznych bezpośrednio w przepisie zawierającym upoważnienie do uregulowania określonej materii w rozporządzeniu stanowiło warunek niesprzeczności przepisu delegującego z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

W odniesieniu do przedstawionego powyżej zarzutu braku wytycznych Rzecznik nie zawarł w badanym wniosku bliższego uzasadnienia.

Jak już była o tym mowa, w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym obowiązuje zasada domniemania konstytucyjności prawa, z którą wiąże się zasada, że ciężar dowodu spoczywa na tym, kto kwestionuje konstytucyjność aktu normatywnego (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211; zob. także E. Siemieński, *Pozycja ustrojowa i właściwość Trybunału Konstytucyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 4/1985, s. 108).

Z poczynionych powyżej ustaleń wynika, że w ustawie o radiofonii i telewizji pomieszczone zostały nie tylko przepisy materialnoprawne, ale również przepisy o charakterze procesowym. Ich analiza pozwala na zdekodowanie wytycznych dotyczących materii przekazanej do uregulowania w akcie wykonawczym do tej ustawy (chodzi tu w szczególności o przepisy zawarte w rozdziale 5 ustawy – „Koncesje na rozpowszechnianie programów”).

Wobec powyższego Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w zakresie tego zarzutu, w niniejszym postępowaniu domniemanie konstytucyjności art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie zostało obalone.

Ze wszystkich powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Na oryginale właściwe podpisy.

Za zgodność:

Sekretarz Trybunału

Dorota Hajduk

