



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-691496-V-12/VP

00-090 Warszawa Tel. centr. 22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 22 827 64 53

Warszawa, 27 VI 2012

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności :

- 1) art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r., Nr 43, poz. 226 ze zm.) w części zawierającej zwrot „w szczególności” z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy wymienionej w pkt 1 z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,

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

Uzasadnienie

W związku z badanymi przez Rzecznika Praw Obywatelskich sprawami postępowania koncesyjnego dotyczącego rozpowszechniania programu telewizyjnego drogą rozszewczą naziemną w sposób cyfrowy ujawnił się problem konstytucyjności przepisów regulujących materię koncesji na rozpowszechnianie programów.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r., Nr 43, poz. 226 ze zm.) rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, z wyjątkiem programów publicznej radiofonii i telewizji, wymaga uzyskania koncesji. Organem właściwym w sprawach koncesji jest Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 33 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji). Przewodniczący Krajowej Rady 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).

Przewodniczący Krajowej Rady ogłasza w „Monitorze Polskim” informacje o możliwości uzyskania koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozszewczy naziemny programu radiowego lub telewizyjnego oraz ustala termin, nie krótszy niż 45 dni od dnia ogłoszenia, do składania wniosków o udzielenie koncesji (art. 34 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji). Elementy treściowe tego ogłoszenia zostały określone w art. 34

ust. 1a ustawy o radiofonii i telewizji. Natomiast art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji określa krąg podmiotów, którym może być udzielona koncesja.

Z punktu widzenia postępowania koncesyjnego kluczowe znaczenie mają zaś przepisy art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji. W myśl art. 36 ust. 1 tej ustawy 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.

Z art. 36 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji wynika z kolei, 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.

Zwrócić też trzeba uwagę na art. 52 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.), zgodnie z którym 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.

W orzecznictwie sądowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., sygn. akt III RN 34/98, OSNAPiUS z 1999 r., Nr 5, poz. 157; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 lutego 1995 r., sygn. akt II SA 1835/93, Wokanda z 1995 r., Nr 7, s. 37) 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. Wskazuje się (por. C. Kosikowski, „Prawo działalności gospodarczej. Komentarz”, Warszawa 2000, s. 58), że koncesja to akt administracyjny, który po pierwsze, stanowi wyraz zgody państwa na podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej zastrzeżonej na rzecz państwa lub mającej szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli; po drugie, akt ten został wydany na podstawie przepisów określających warunki oraz tryb wydawania koncesji; po trzecie, ustanawia on prawo do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej na warunkach ustalonych w koncesji; po czwarte, akt ten został wydany na wniosek przedsiębiorcy; po piąte, ma on zapewnioną prawną trwałość.

Koncesjonowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych stanowi niewątpliwie nie tylko wyraz ograniczenia wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP), lecz także wyraz ograniczenia wolności słowa (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Podmiot, który chce korzystać z tych konstytucyjnych wolności poprzez prowadzenie działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów musi bowiem uzyskać od organu władzy publicznej stosowne uprawnienie. Na wprowadzenie takiego ograniczenia w korzystaniu z wymienionych konstytucyjnych wolności zezwala jednak wprost Konstytucja RP. Z art. 54 ust. 2 zd. drugie Konstytucji RP wynika bowiem, że ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

Art. 54 ust. 2 zd. drugie Konstytucji RP przewiduje więc możliwość reglamentacji wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, jeśli wolność ta jest realizowana poprzez prowadzenie stacji radiowych lub telewizyjnych. Sam fakt koncesjonowania tego typu działalności nie może być kwestionowany, gdyż znajduje on bezpośrednie oparcie w Konstytucji RP. Natomiast testowi zgodności z Konstytucją RP może być poddana jakoś prawa określającego warunki, które powinien spełnić podmiot ubiegający się o koncesję na rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych.

Z art. 22 Konstytucji RP wynika, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Art. 54 ust. 1 Konstytucji RP stanowi zaś, że każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania

informacji. Ograniczenia w zakresie korzystania z tych wolności mogą być ustanowione 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. Ze względu na to, że sama Konstytucja RP przewiduje możliwość wprowadzenia ograniczenia wolności określonych w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP poprzez wprowadzenie systemu koncesyjnego, poza zakresem rozważań pozostawić można materialne przesłanki tego ograniczenia. Zwrócić natomiast trzeba uwagę, że art. 22 Konstytucji RP zezwala na wprowadzenie ograniczenia określonej w nim wolności „tylko w drodze ustawy”. Także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przewiduje, iż ograniczenia mogą być ustanawiane „tylko w ustawie”. Co prawda zamieszczenie w art. 22 Konstytucji RP określenia „tylko w drodze ustawy” nie jest zwykłym powtórzeniem wyrażenia „tylko w ustawie” (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09, OTK z 2010 r., Nr 8/A, poz. 74), to jednak z punktu widzenia problemu pojawiającego się w tej sprawie, zagadnienie to nie ma decydującego znaczenia. Zasadnicze znaczenie należy bowiem przypisać temu, czy wszystkie istotne elementy ograniczenia konstytucyjnych wolności (art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP) zostały określone przez ustawodawcę. Z punktu widzenia standardu konstytucyjnego decydujące znaczenie ma więc to, czy ustawa nie zawiera upoważnień blankietowych, a więc takich upoważnień, które pozostawiają organom władzy wykonawczej swobodę normowania ostatecznego kształtu ograniczeń konstytucyjnych wolności, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, OTK z 2000 r., Nr 1, poz. 3). Analizy wymaga więc to, czy ograniczenia w korzystaniu z wolności

określonych w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP rzeczywiście zostały wprowadzone w drodze ustawy i czy ustawa ta zawiera dostatecznie precyzyjne kryteria reglamentowania owych konstytucyjnych wolności. Brak dostatecznej precyzji w tym zakresie powodowałaby bowiem zagrożenie, że proces koncesyjny może zostać nasycony arbitralnością. W rezultacie wolność słowa stanowiąca gwarancję pluralizmu i demokracji podlegałaby wówczas niepożądanym ograniczeniom.

Jak już wskazano, warunki, jakie musi spełnić wnioskodawca ubiegający się o koncesję zostały określone w przepisach art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Szczególnej analizy wymaga treść art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji. Otóż w pkt 1-5 art. 36 ust. 1 tej ustawy wyliczone zostały owe warunki. Jednakże treść tych przepisów nie pozostawia żadnej wątpliwości, że warunki te nie tworzą katalogu zamkniętego, skoro „w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się w szczególności” kryteria wymienione w pkt 1-5. W rezultacie przedmiotem oceny organu koncesyjnego mogą być także inne, bliżej niezdefiniowane przez ustawodawcę kryteria. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 16 marca 2010 r. (sygn. akt II GSK 336/09, LEX nr 596766) „(...) wyliczenie w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii i telewizji przesłanek, które powinny zostać w szczególności poddane ocenie w trakcie postępowania, nie ma charakteru enumeratywnego. Oznacza to, że w czasie postępowania nie może zostać pominięta żadna z przesłanek wymienionych ww. przepisie. Nie oznacza to jednak, że tylko te przesłanki mogą stać się przedmiotem oceny. Użyty w art. 36 ust. 1 zwrot „w szczególności” należy interpretować w ten sposób, że organ koncesyjny zobligowany jest w pierwszym rzędzie do oceny okoliczności wymienionych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5, ale powinien także brać pod uwagę

wszelkie inne przesłanki, które mogą być istotne dla oceny zasadności wniosku o przyznanie koncesji."

Z powyższego wynika, że stosując art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji organ koncesyjny może brać pod uwagę także takie przesłanki, które nie zostały wysłowione w tekście ustawy. W istocie więc ustawodawca pozostawił organowi koncesyjnemu dowolność kształtowania ostatecznego kształtu ograniczeń wolności określonych w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Ograniczenia te nie zostały więc, czego wymaga konstytucyjny standard, uczynione „tylko w drodze ustawy” czy też „ustanowione tylko w ustawie”, lecz wynikają z praktyki przyjętej przez organ koncesyjny. Organ ten może bowiem brać pod uwagę nie tylko przesłanki sformułowane przez ustawodawcę w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 i ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, lecz także wszelkie inne przesłanki, które uzna za istotne dla oceny zasadności wniosku o przyznanie koncesji. Dlatego też - zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich - 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. Organ koncesyjny może wychodząc poza granice wyznaczone przez ustawodawcę w pkt 1-5 art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji dookreślić, nie będąc w tym zakresie związany jakimikolwiek postanowieniami ustawy, rzeczywiste granice konstytucyjnych wolności. Stąd też - w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich - uzasadniony jest zarzut, że art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji w części zawierającej zwrot „w szczególności” jest niezgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Odrębnej analizy - zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich - wymaga treść art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie koncesji ocenia się możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu. Niewątpliwie chodzi tutaj o inwestycje mające na celu rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych oraz o finansowanie tych programów. Odwołanie się przez ustawodawcę do kryterium „możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu” jest mało precyzyjne, zwłaszcza, że dotyczy materii wymiernej (finansowej) , a więc dającej się wyrazić w bardziej konkretny sposób. W związku z tym wymaga oceny to, czy redagując art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji ustawodawca dochował konstytucyjnego nakazu określoności przepisów prawa mającego swoją podstawę w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Dokonując tej oceny trzeba zaś mieć na uwadze to, 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 RP. Okoliczność ta powinna zaś powodować podwyższenie standardu precyzji norm prawnych ograniczających owe wolności.

Norma konstytucyjna nakazująca zachowanie odpowiedniej określoności regulacji prawnych ma charakter zasady prawa. Ustawodawca powinien dążyć do możliwie maksymalnej realizacji wymogów składających się na tę zasadę. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (por. wyrok z dnia 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09, OTK z 2009 r., Nr 9/A, poz. 138; wyrok z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt K 10/09, OTK z 2011 r., Nr 6/A, poz. 56) używa się pojęcia „określoności prawa” w

znaczeniu szerokim, co oznacza zarówno precyzyjność przepisu, jak i jasność prawa, które musi być zrozumiałe i komunikatywne dla jak największej liczby adresatów.

Zasada określoności przepisów prawa nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi. Znaczenie tych zwrotów w konkretnej sytuacji nie może jednak 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 (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 30/05, OTK z 2006 r., Nr 1/A, poz. 2). W interesującym zakresie z pozoru takie gwarancje procesowe istnieją, skoro wnioskodawca może złożyć do sądu administracyjnego skargę na decyzję o odmowie udzielenia koncesji. Wskazać jednak trzeba, że postępowanie mające na celu ocenę posłużenia się przez organ koncesyjny zwrotem nieostrym nie wstrzymuje samego procesu koncesyjnego. W rezultacie może więc okazać się, iż dobro rzadkie jakim jest administracyjna zgoda na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych zostanie rozdzielone ostatecznie jeszcze przed zbadaniem przez sądy administracyjne legalności posługiwania się zwrotami nieostrymi przez organ koncesyjny. Stąd też - w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich - taka regulacja kształtu postępowania koncesyjnego nie stwarza rzeczywistej gwarancji przejrzystości praktyki koncesyjnej. W efekcie mając na uwadze tę okoliczność, znacznie wyższe wymogi powinny charakteryzować przepisy prawa określające przesłanki udzielania koncesji. W szczególności pożądane byłoby zapewnienie maksymalnej precyzji tych przepisów, czego na poziomie ustawowym nie uczyniono.

Skoro ustawodawca powierzył organowi koncesyjnemu ocenę możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, która - jak 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. Jednak na poziomie ustawowym nie zostało to uczynione. W rezultacie ocena spełnienia przesłanki zawartej w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji następuje poprzez analizę danych zawartych we wniosku o udzielenie koncesji.

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. Powyższe 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. W efekcie w omawianym zakresie Krajowa Rada została wyposażona w istocie w nieograniczone przez ustawodawcę możliwości regulacyjne. Dokumentowanie możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu może więc odbywać się na podstawie dowolnie ustalonego w rozporządzeniu katalogu danych. Przykładem jest zobowiązanie podmiotu ubiegającego się o koncesję do ujawnienia danych jego wierzycieli i dłużników, a więc danych podmiotów, które w ogóle nie uczestniczą w procesie koncesyjnym (§ 5 pkt 6 lit. e rozporządzenia Krajowej Rady

Radiofonii i Telewizji z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych - Dz. U. Nr 5, poz. 41 ze zm.), pomimo że Konstytucja (art. 51 ust. 1) przewiduje, że takie dane mogą być ujawniane wyłącznie na podstawie ustawy. Dookreślenie nieostrej przesłanki zawartej w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji zostało więc zamiast uregulowania już w ustawie przekazane organowi koncesyjnemu przez ustawodawcę do uregulowania w akcie wykonawczym na podstawie upoważnienia, które nie jest szczegółowe (kryterium szczegółowości nie spełnia bowiem zwrot „określi dane, które powinien zawierać wniosek”) i nie zawiera wytycznych. W rezultacie bez wyraźnych wskazówek zawartych w ustawie także dookreślenie granic konstytucyjnych wolności, o których mowa w art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP nastąpiło w rozporządzeniu, a nie w ustawie. Pozostaje to w opozycji do konstytucyjnego wymogu kompletności regulacji ustawowej wprowadzającej ograniczenie konstytucyjnych wolności.

W orzecznictwie (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia , sygn. akt K 36/06, OTK z 2007 r, Nr 11/A, poz. 154) zwraca się uwagę, że ustawodawca musi uregulować w sposób zrozumiały i precyzyjny wszystkie sprawy o istotnym znaczeniu z punktu widzenia realizacji konstytucyjnych wolności i praw człowieka i nie może w tym zakresie upoważnić organów władzy wykonawczej do doprecyzowania w drodze rozporządzeń regulacji ustawowych, które nie spełniają tego wymogu. Adresaci norm prawnych muszą mieć możliwość ustalenia wszystkich zasadniczych elementów ustanowionych ograniczeń na podstawie samych tylko przepisów ustawy. Zamieszczenie w ustawie ogólnikowo ujętych ograniczeń wolności konstytucyjnych

przy jednoczesnym udzieleniu upoważnienia do wypełnienia treści tych regulacji w drodze rozporządzenia narusza konstytucyjną zasadę wyłączności ustawy w sferze praw i wolności człowieka.

W związku z powyższym w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich opisany kontekst normatywny musi mieć znaczenie z punktu widzenia oceny art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji. Nie negując możliwości posłużenia się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, zauważyć należy, że w opisanym stanie prawnym brak jest na poziomie ustawy rzeczywistych gwarancji uniknięcia arbitralności w postępowaniu o udzielenie koncesji. Stąd też - zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich - art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji jest niezgodny z art. 22 i art. 54 ust. 1 w zw. z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Odrębnej analizy wymaga zaś cała treść art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji. Jak już wspomniano, przepis ten uprawnia Krajową Radę, po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, do określenia, w drodze rozporządzenia, danych, które powinien zawierać wniosek, oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawie udzielania i cofania koncesji.

W myśl art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Interpretując art. 92 ust. 1 Konstytucji RP Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyjaśniał, że upoważnienie do wydania rozporządzenia musi mieć charakter szczegółowy pod względem podmiotowym, przedmiotowym oraz treściowym.

Niewątpliwie umocowanie do wydania rozporządzenia w tym zakresie zostało skierowane do organu wskazanego w Konstytucji (art. 213 ust. 2), spełnia więc warunek szczególowości pod względem podmiotowym. Konstytucyjne wątpliwości dotyczą natomiast tego, czy upoważnienie zawarte w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji ma szczególny 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 zakresie dotyczącym upoważnienia do określenia w rozporządzeniu danych, które powinien zawierać wniosek o udzielenie koncesji upoważnienie nie wykazuje jednak 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 ustawy o radiofonii i telewizji w rozporządzeniu możliwe jest określenie dodatkowych danych, które powinien zawierać wniosek, skoro katalog przesłanek ocenianych w procesie koncesyjnym jest katalogiem otwartym. W tym ostatnim przypadku to poprzez dane określone w rozporządzeniu w istocie formułowane byłyby kryteria oceny wniosku o udzielenie koncesji. Prowadzi to do konkluzji, że w tym zakresie upoważnienie ustawowe nie odpowiada wymogom precyzji pod względem przedmiotowym.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich również dalsza część upoważnienia zawartego w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie spełnia konstytucyjnego wymogu konkretności pod względem przedmiotowym. Z tej części upoważnienia wynika, że Krajowa Rada określi, w drodze rozporządzenia, 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.) 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 na poziomie rozporządzenia. Jeśli zaś ustawodawca zamierzał powierzyć ze względu na przedmiot postępowania Krajowej Radzie kompetencję do wprowadzenia w drodze rozporządzenia modyfikacji w procedurze postępowania administracyjnego, to wyraźnie powinien zaznaczyć swoją wolę w treści upoważnienia ustawowego. Tymczasem ustawa poprzestaje na ogólnym stwierdzeniu, iż przedmiotem regulacji w akcie wykonawczym powinien być „szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji”. W związku z tym pojawia się pytanie czy ten „szczegółowy tryb postępowania” należy odnosić do ustawy o radiofonii i telewizji, ustawy o swobodzie działalności gospodarczej czy też do Kodeksu postępowania administracyjnego czy może łącznie do wszystkich wymienionych ustaw.

Brak konkretności upoważnienia ustawowego w powyższym zakresie może być więc interpretowany przez organ upoważniony jako zezwolenie nie tylko na

uszczegółowienie materii zawartej w samej ustawie o radiofonii i telewizji, ale jako ogólne zezwolenie na uszczegółowienie w rozporządzeniu wszelkich kwestii proceduralnych związanych z udzielaniem i cofaniem koncesji.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, upoważnienie zawarte w art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nie ma charakteru szczegółowego pod względem treściowym. Nie określa bowiem jak ma być uregulowana materia rozporządzenia. Wyznaczenie zakresu spraw przekazanych (zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich bez należytej precyzji) do unormowania w rozporządzeniu nie przesądza jeszcze, jakie rozwiązanie przyjmie twórca rozporządzenia.

Art. 92 ust. 1 Konstytucji RP nie definiuje pojęcia „wytycznych”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wytyczne określa się jako wskazania i ograniczenia kształtowania treści rozporządzenia. Wytyczne są wskazówkami co do kierunku merytorycznych rozwiązań, które mogą znaleźć wyraz w rozporządzeniu. Wytyczne mogą przybierać różną postać redakcyjną. Mogą mieć zarówno charakter pozytywny (np. wskazywać kryteria, którymi powinien kierować się organ rozporządzający, cele regulacji podustawowej czy funkcje, jakie ma spełniać dana instytucja), jak i negatywny (wykluczać pewne rozwiązania).

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny (m. in. wyrok z dnia 26 października 1999 r., sygn. akt K 12/99, OTK z 1999 r., Nr; 6, poz. 120; wyrok z dnia 18 marca 2003 r., sygn. akt K 50/01, OTK z 2003 r., Nr 3/A, poz. 21; wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt K 12/11) brak wskazówek w przepisie zawierającym delegację ustawową, chociaż świadczy o jego legislacyjnej ułomności, nie dyskwalifikuje jej, jeżeli organ

wykonawczy może dekodować wytyczne w drodze analizy całokształtu zapisów ustawowych. Jednak w zakresie objętym wnioskiem zdaniem Rzecznika nie można w sposób jednoznaczny określić, jakimi kryteriami powinien kierować się organ wydający rozporządzenie.

W szczególności nie sposób ustalić, jakimi kryteriami powinien kierować się organ upoważniony ustalając katalog danych, które powinien zawierać wniosek o koncesję. Skoro w postępowaniu koncesyjnym mają zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, to w konsekwencji w postępowaniu tym stosuje się także art. 75 § 1 k. p. a. Zgodnie z jego treścią jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny. Kwestia szczegółowych wytycznych w tym zakresie nabiera więc istotnego znaczenia, skoro materia rozporządzenia ma ograniczać ogólną regułę dowodową wynikającą z ustawy (art. 75 § 1 k. p. a.). Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich nie można jednak precyzyjnie ustalić, czym powinien kierować się organ wydający rozporządzenie wprowadzając ograniczenia w tej ogólnej regule dowodowej.

Również w zakresie dotyczącym określenia w rozporządzeniu szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji upoważnienie (ani też inne przepisy ustawy o radiofonii i telewizji) nie pozwala na zdekodowanie wytycznych. Na jego podstawie nie można określić, w jakim kierunku powinny podążać merytoryczne rozwiązania rozporządzenia dotyczące postępowania w sprawie udzielania i cofania koncesji.

W świetle powyższego - zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich - uzasadniony jest zarzut, iż art. 37 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji z opisanych powodów jest niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

W związku z przedstawionymi zarzutami, wnoszę jak na wstępie.

Załącz. 6 kopii
+ płyta

Jana Jipowia