

DP-025.16.2015

Warszawa, dnia 5 lutego 2015 r.

Pan Jan Dworak
Przewodniczący KRRiT

Szanowny Panie Przewodniczący,

W nawiązaniu do dyskusji dotyczącej uwarunkowań prawnych związanych ze zbyciem udziałów w spółce będącej koncesjonariuszem Departament Prawny przedstawia następujące wyjaśnienia, uzupełnione zgodnie ze wskazaniem sformułowanymi podczas posiedzenia KRRiT w dniu 27 stycznia 2015 r..

I. Nabycie przez osobę zagraniczną.

W przedmiotowym kontekście należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na treść art. 40a ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (dalej: „u.r.t.”). Stosownie do przepisów art. 40a ust. 1 i 3 u.r.t. nabycie lub objęcie udziałów albo akcji, bądź nabycie prawa z udziałów lub akcji przez osobę zagraniczną w spółce, która posiada koncesję na rozpowszechnianie programu, wymaga zezwolenia Przewodniczącego Krajowej Rady wydawanego na podstawie uchwały Krajowej Rady. Ustawodawca szeroko zakreśla krąg podmiotów i transakcji, które będą objęte dyspozycją w/w normy wskazując w ust. 2, iż nabycie lub objęcie udziałów albo akcji, bądź nabycie prawa z udziałów lub akcji przez podmiot, w stosunku do którego osoba zagraniczna jest podmiotem dominującym, w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, uważa się za czynność dokonaną przez podmiot dominujący. Zgodnie z art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h. spółką dominującą jest spółka handlowa w przypadku, gdy:

- a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

- b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
- e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
- f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7;

Należy w tym miejscu zauważyć, iż u.r.t. posługuje się w art. 40a ust. 2 terminem „osoba zagraniczna”, który w sposób oczywisty obejmuje nie tylko stosunek dominacji od spółki handlowej, jak definiuje go k.s.h., ale od każdej osoby lub podmiotu. W tym zakresie należy posługiwać się kryterium stałego miejsca zamieszkania w przypadku osób fizycznych oraz siedziby, w przypadku osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych (por. Piątek S. [w:] Piątek S. (red.), Dziomdziora W., Wojciechowski K., Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz., Warszawa 2014., s.423).

Na podstawie art. 40a ust. 1 u.r.t. do zezwolenia Przewodniczącego KRRiT stosuje się odpowiednio przepisy art. 33 ust. 3, art. 35 ust. 2, art. 36 ust. 2 oraz art. 38 u.r.t. Oznacza to, iż zezwolenie nie może być udzielone jeśli udział kapitałowy osób zagranicznych w spółce lub udział osób zagranicznych w kapitale zakładowym spółki przekroczy 49%, a umowa lub statut spółki nie będą zgodne z art. 35 ust. 2 pkt 2 u.r.t. Ponadto, zezwolenie nie zostanie udzielone jeśli wiązałoby się z zagrożeniem interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, bezpieczeństwa i obronności państwa oraz zagrożeniem dla bezpieczeństwa informacji niejawnych lub z osiągnięciem przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie. Odpowiednie stosowanie art. 38 u.r.t. oznacza, iż zezwolenia można odmówić w przypadku zaistnienia opisanych w tym przepisie przesłanek.

W przypadku dokonania czynności na udziałach lub akcjach bez wymaganego zezwolenia Przewodniczącego KRRiT, na podstawie art. 40a ust. 4 u.r.t., czynność taka będzie nieważna z mocy prawa.

Co jednak istotne, na mocy art. 40a ust. 5 u.r.t., opisanej wyżej procedury nie stosuje się do osób zagranicznych lub spółek zależnych do osób zagranicznych, których siedziby lub miejsce zamieszkania znajdują się w państwach będących członkami Europejskiego Obszaru Gospodarczego (państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz Islandia, Norwegia i Liechtenstein). Zatem w przypadku transakcji, o których mowa w art. 40a ust. 1 u.r.t. dokonywanych przez podmiot spełniający przesłanki z art. 40a ust. 5 u.r.t., zezwolenie Przewodniczącego KRRiT nie będzie wymagane.

W tym miejscu należy zauważyć, iż art. 4 pkt 11 u.r.t. definiujący „osobę zagraniczną” odsyła w tym zakresie do art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. W świetle tego przypisu przez osobą zagraniczną należy rozumieć:

- a) osobę fizyczną nieposiadającą obywatelstwa polskiego,
- b) osobę prawną z siedzibą za granicą,
- c) jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną posiadającą zdolność prawną, z siedzibą za granicą.

Osobą zagraniczną będzie więc każda osoba lub podmiot spełniający w/w przesłanki. Polski ustawodawca w sposób wyraźny rozróżnia natomiast osoby zagraniczne i osoby zagraniczne z państw będących członkami Europejskiego Obszaru Gospodarczego. W świetle treści art. 40a ust. 5 u.r.t. ograniczenia ustanowione w art. 40a ust. 1-3 u.r.t. nie będą w istocie miały zastosowania do:

- osób zagranicznych z Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
- spółek zależnych, których podmiot dominujący jest osobą zagraniczną pochodzącą z Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Osoba zagraniczna, której siedziba znajduje się w państwie będącym stroną porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz podmiot będący spółką zależną od osoby zagranicznej mającej siedzibę w państwie EOG nie musi uzyskać zezwolenia Przewodniczącego KRRiT na nabycie lub objęcie udziałów albo akcji, bądź nabycie prawa z udziałów lub akcji, spółki która posiada koncesję na rozpowszechnianie programu. Art. 40a ust. 5 u.r.t. wyłącza obowiązek uzyskania przedmiotowego zezwolenia przez osoby zagraniczne mające siedzibę w państwie EOG. Zgodnie art. 5 pkt 2 lit. b ustawy o swobodzie

działalności gospodarczej, do którego odwołuje art. 4 pkt 11 u.r.t., osobą zagraniczną jest osoba prawna z siedzibą za granicą. Jak widać miejsce siedziby spółki jest jedyną przesłanką rozpatrywaną przy kwalifikowaniu danego podmiotu jako osobę zagraniczną. W związku z powyższym, fakt kontrolowania spółki przez podmiot spoza EOG, nie pozbawia spółki przymiotu osoby zagranicznej mającej siedzibę w państwie EOG, a co za tym idzie nie podlega ona obowiązkowi uzyskania przedmiotowego zezwolenia Przewodniczącego KRRiT. W takim przypadku znaczenia nie ma art. 40a ust. 2 u.r.t. stwierdzający, że czynności wskazane w art. 40a ust. 1 u.r.t. dokonane przez podmiot, w stosunku do którego osoba zagraniczna jest podmiotem dominującym uważa się za czynność dokonaną przez podmiot dominujący, gdyż jego stosowanie do osób zagranicznych mających siedzibę w państwie EOG zostało wyłączone przez art. 40a ust. 5 u.r.t.

Przedmiotowe stanowisko znajduje potwierdzenie także w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji, uchwalonej w dniu 2 kwietnia 2004 r., którym wprowadzono m.in. wyżej omówione wyłączenie z art. 40a ust. 5 u.r.t. W uzasadnieniu wskazano, iż przepisy ustawy prowadzą do „całkowitej liberalizacji kapitałowej w odniesieniu do podmiotów pochodzących z krajów Unii Europejskiej”.

Czysto teoretyczna możliwość dokonywania wykładni przepisu art. 40a u.r.t. w kierunku uznania, iż o konieczności uzyskania zezwolenia Przewodniczącego KRRiT decydować będzie wyłącznie fakt pochodzenia spółki dominującej spoza EOG, stoi w sprzeczności z powyższym uzasadnieniem ustawodawcy, którego źródło wskazuje doktryna w „obowiązku Polski niewprowadzania ograniczeń w traktatowej swobodzie przedsiębiorczości” (Czarny-Drożdżejko E., Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz., Warszawa 2014, s.422).

II. Przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 pkt 4 u.r.t. fakultatywną przesłankę cofnięcia koncesji stanowi przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę. Jedyną legalną definicję przejęcia kontroli zawiera ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która w art. 4 pkt 4 wskazuje, iż przez przejęcie kontroli rozumie się rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich

okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiając wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Do takiego rozumienia przejęcia kontroli skłaniała się Krajowa Rada w stanowisku z dnia 12 czerwca 2007 r. w sprawie zapisów właścicielskich, w którym odwoływała się wprost do w/w przepisu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W przedmiotowym stanowisku Krajowa Rada wskazywała, że „przez przejęcie kontroli należy rozumieć taki stan, gdy inny podmiot bezpośrednio uzyskuje uprawnienia do wywierania wpływu na koncesjonariusza a także, gdy inny podmiot za pośrednictwem kolejnego(ych) podmiotu(ów) takie uprawnienie uzyskuje.”

W stanowisku z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie unifikacji programowej koncesjonowanych programów radiowych Krajowa Rada zwraca natomiast szczególną uwagę na aspekt programowy przejęcia kontroli stwierdzając, iż: „zgodnie z wolą ustawodawcy nie jest to przesłanka obligatoryjna, a fakultatywna cofnięcia koncesji. Oznacza to, iż dla zastosowania opisanej w przepisie sankcji niewystarczające jest samo stwierdzenie przejęcia kontroli nad działalnością nadawcy, ale wymagane jest dokonanie przez organ regulacyjny oceny tego faktu, która wykaże dopiero czy uzasadnione jest w konkretnym przypadku cofnięcie koncesji. Zdaniem Krajowej Rady podstawowe znaczenie ma w tym kontekście uwzględnienie wpływu zdarzeń gospodarczych dotyczących nadawców na sferę programową

rozpowszechnianego przezeń programu. Powzięcie przez Krajową Radę wiadomości o tak rozumianych i skutkujących zdarzeniach gospodarczych będzie stanowiło podstawę dla wszczęcia postępowania o cofnięcie koncesji. W ocenie Krajowej Rady, jeśli w programach, rozpowszechnianych w oparciu o odrębne decyzje koncesyjne, treści identyczne zajmować będą ponad 50%, taki sposób kształtowania programu może być uznany za spełniający przesłanki stwierdzenia przejęcia kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę.”

Niezależnie od przyjętego podejścia, podkreślenia wymaga, iż kompetencje KRRiT mają w powyższym zakresie charakter następczy względem zdarzeń gospodarczych powodujących przejęcie kontroli nad działalnością nadawcy.

Przesłanka przejęcia bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę może być także przedmiotem analizy uprzedniej względem zdarzeń gospodarczych. Tak należy interpretować art. 38a ust. 3 pkt 2 u.r.t., który ustanawia ją jako jedną z przyczyn odmowy wyrażenia przez KRRiT zgody na przejście uprawnień z koncesji na inny podmiot w przypadku łączenia, podziału albo innego rodzaju przekształceń spółek handlowych. Podobnie, uprzedni charakter będzie miała analiza przedmiotowej przesłanki w toku opisanego wyżej postępowania w sprawie wydania zezwolenia dla osoby zagranicznej w trybie art. 40a u.r.t, który jak wspomniano w ust. 1 odsyła do odpowiedniego stosowania art. 38 u.r.t.

Należy także zauważyć, iż zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK jeżeli:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1.000.000.000 euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50.000.000 euro.

Ustawodawca szeroko definiuje zamiar podlegający zgłoszeniu wskazując w art. 13 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, iż obowiązek zgłoszenia dotyczy zamiaru:

- 1) połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców;

- 2) przejęcia - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców;
- 3) utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy;
- 4) nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10.000.000 euro.

Na mocy art. 18 powołanej ustawy Prezes UOKiK w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Przeprowadzeniem opisanego postępowania i wydaniem stosownej decyzji o wyrażeniu zgody na dokonanie koncentracji (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 14 września 2012 r.) zakończyło się m.in. postępowanie w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez Groupe Canal+ SA z siedzibą w Issyles-Moulineaux oraz TVN S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnej kontroli nad podmiotem powstałym w wyniku połączenia Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ITI Neovision Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

III. Obowiązki informacyjne.

Zgodnie z art. 59 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca jest obowiązany zgłaszać organowi koncesyjnemu wszelkie zmiany danych zawartych we wniosku o udzielenie lub o zmianę koncesji, w terminie 14 dni od dnia ich powstania. Należy jednak zauważyć, iż od dnia 7 marca 2009 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw, art. 40b u.r.t. nie zawiera już ogólnego odesłania do przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a wskazuje jedynie zawężająco, iż przepisy rozdziału 5 tejże ustawy stosuje się do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, o której mowa w art. 33 u.r.t.

Co za tym idzie, koncesjonariusz nie jest zobligowany do informowania organu koncesyjnego o zmianach w strukturze własnościowej względem stanu podanego we wniosku o udzielenie, czy zmianę koncesji.

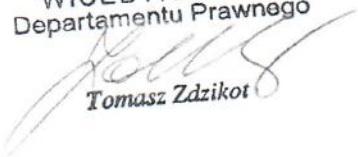
W przypadku spółek publicznych szeroki zakres obowiązków informacyjnych związanych ze zmianami kapitałowymi wynika z przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (dalej: „u.o.p.”). Przedmiotowa ustawa stanowi w art. 69 ust. 1, iż każdy kto:

- 1) osiągnął lub przekroczył 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33%, 33¹/₃ %, 50%, 75% albo 90% ogólnej liczby głosów w spółce publicznej albo
- 2) posiadał co najmniej 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33%, 33¹/₃%, 50%, 75% albo 90% ogólnej liczby głosów w tej spółce, a w wyniku zmniejszenia tego udziału osiągnął odpowiednio 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33%, 33¹/₃%, 50%, 75% albo 90% lub mniej ogólnej liczby głosów

jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym Komisję Nadzoru Finansowego oraz spółkę, nie później niż w terminie 4 dni roboczych od dnia, w którym dowiedział się o zmianie udziału w ogólnej liczbie głosów lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się o niej dowiedzieć, a w przypadku zmiany wynikającej z nabycia akcji spółki publicznej w transakcji zawartej na rynku regulowanym - nie później niż w terminie 6 dni sesyjnych od dnia zawarcia transakcji. Z mocy art. 69 ust. 2 u.o.p. powyższy obowiązek informacyjny ciąży także na inwestorach w przypadku opisanych w tym przepisie zmian dotychczas posiadanego udziału. Spółka zobowiązana jest zaś dyspozycją art. 70 pkt 1 u.o.p. do niezwłocznego przekazywania informacji, w zakresie określonym w art. 69, równocześnie do publicznej wiadomości, Komisji Nadzoru Finansowego oraz spółce prowadzącej rynek regulowany, na którym są notowane akcje tej spółki.

Z poważaniem,

WICEDYREKTOR
Departamentu Prawnego


Tomasz Zdzikot