

Warszawa, dnia 16 stycznia 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.

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.

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, umożliwiają 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 mieć 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.

III. Obowiązki informacyjne nadawcy.

Zgodnie z art. 59 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. 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