

*Dawid Miąsik*

## **Kontrola koncentracji kapitału w środkach masowego przekazu<sup>1</sup>**

### **I. Wprowadzenie**

W prawidłowo funkcjonującej gospodarce rynkowej celem przedsiębiorców jest dążenie do uzyskania przewagi nad konkurentami<sup>2</sup>. Jednym ze sposobów osiągnięcia takiej przewagi jest łączenie się z innymi podmiotami, dlatego koncentracja (fuzja) jest jedną z najważniejszych opcji strategicznych w gospodarce rynkowej<sup>3</sup>. Uważa się, że zjawisko to prowadzi do osiągnięcia różnych korzyści<sup>4</sup>, przede wszystkim pozwala uzyskać dostęp do nowego rynku oraz wykorzystać *know-how* dotychczasowego konkurenta. Na strategię fuzji w różnych dziedzinach gospodarki wpływają następujące zjawiska: presja konkurencji, globalizacja, liberalizacja przepi-

---

<sup>1</sup> Pojęciem „środków masowego przekazu” posługuje się ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji. Natomiast, zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, programy telewizyjne, radiowe oraz prasę drukowaną należy określać mianem „prasy”. Zob. J. S o b c z a k, *Ustawa prawo prasowe – komentarz*, Warszawa 1999, s. 111-120.

<sup>2</sup> Szerzej o przewadze konkurencyjnej M.E. P o r t e r, *Strategia konkurencji, metody analizy sektorów i konkurentów*, Warszawa 1992 oraz J. K a y, *Podstawy sukcesu firmy*, Warszawa 1996.

<sup>3</sup> S. G r o n o w s k i, *Polskie prawo antymonopolowe – zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 173-175.

<sup>4</sup> E. J a n t o Ń - D r o z d o w s k a, *Strategia fuzji przedsiębiorstw a konkurencja*, RPEiS 1994, nr 2, s. 15-17.

sów, rozwój technologiczny, cykl rynkowy, oczekiwania akcjonariuszy wywołane zmianą w kulturze korporacji („ideologia” wartości dla akcjonariuszy) oraz ograniczony dostęp do zasobów<sup>5</sup>.

W skali makroekonomicznej wysoki poziom koncentracji i duży udział rynkowy przedsiębiorstw może prowadzić, tak jak chcą zwolennicy liberalnej kontroli fuzji, do zwiększonej efektywności, poprawy wydajności, wprowadzenia nowych produktów, zwiększenia nakładów na badania i rozwój. Koncentracja nie zawsze jest zjawiskiem pożądanym, bowiem prowadzi do ograniczenia konkurencji. Bardzo często straty poniesione przez interes publiczny przewyższają korzyści, jakie połączenie przyniosło gospodarce, dlatego jedną z funkcji prawa konkurencji jest kontrola powstawania struktur gospodarczych posiadających znaczną siłę rynkową.

Ponieważ w mijającym stuleciu mass media, a zwłaszcza media elektroniczne, stały się najważniejszym środkiem przetwarzania i przekazywania informacji i poglądów, odgrywającym bardzo istotną rolę w kształtowaniu procesów demokratycznych, problematyka kontroli koncentracji kapitału na rynku środków masowego przekazu wymaga szczególnej uwagi. Nadmierna koncentracja kapitału w telewizji, radiu i prasie nie tylko ogranicza konkurencję, zagraża także podstawowym wartościom konstytucyjnym: prawu do wypowiedzi, prawu do informacji, a zwłaszcza pluralizmowi informacyjnemu. Dlatego szczególna regulacja zagadnienie koncentracji kapitału na tym rynku jest konstytucyjnie usprawiedliwiona stanowi realizację obowiązku nałożonego na państwo przez konstytucję.

## **II. Pluralizm środków masowego przekazu**

Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny, pluralizm środków masowego przekazu polega na dostępie do rynku mediów oraz swobodzie wyboru między programami reprezentującymi różne prądy społeczno-polityczno-ekonomiczne<sup>6</sup>. Wyróżnia się pluralizm wewnętrzny oraz zewnętrzny. O tym pierwszym mówimy, gdy nadawca emituje program przedstawiający

---

<sup>5</sup> W przypadku telewizji ograniczony jest dostęp do odpowiedniej jakości programów. Zob. A. Graham, G. Davies, *Broadcasting, Society and Policy in the Multimedia Age*, Luton 1997, s. 21-25.

<sup>6</sup> M. Schelenberg, *Pluralismus: zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien*, Archiv des Öffentlichen Rechts 119/1994, s. 439.

poglądy reprezentatywne dla różnych grup społecznych, natomiast drugi polega na istnieniu wielu kanałów informacyjnych, z których każdy reprezentuje określoną grupę społeczną lub polityczną. Liberalizacja polityki medialnej w Europie opierała się na koncepcji pluralizmu zewnętrznego.

Do mierników poziomu pluralizmu zalicza się: treść, liczbę kanałów radiowych bądź telewizyjnych, tytułów prasowych oraz liczbę kontrolerów mediów<sup>7</sup>. Największe znaczenie zdaje się mieć ten ostatni. Wydaje się, że pod pojęciem „niezależnego kontrolera mediów” należy rozumieć podmiot działający na rynku środków masowego przekazu, który nie ma bezpośrednich lub pośrednich (za pośrednictwem akcjonariusza lub udziałowca) powiązań kapitałowych lub personalnych z bezpośrednimi (jeżeli mowa o danym segmencie rynku) lub pośrednimi (jeżeli mowa o innych segmentach rynku) konkurentami. Stanowisko to opiera się na założeniu, że im więcej jest autonomicznych i niezależnych podmiotów działających na danym rynku, tym większy i lepszy jakościowo jest wybór, a tym samym lepszy dostęp i jakość informacji. Ponieważ pluralizm postrzegany jest niekiedy jako koncepcja ograniczająca wolność wypowiedzi<sup>8</sup>, należy odwołać się do orzecznictwa europejskich sądów konstytucyjnych, które konsekwentnie, jeżeli chodzi o środki masowego przekazu, wysuwają zasadę pluralizmu przed inne prawa konstytucyjne (jak np. swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, poszanowanie prawa własności), by zagwarantować opinii publicznej różnorodność informacji<sup>9</sup>.

U podstaw wprowadzenia szczególnych zasad regulujących kontrolę struktury rynku środków masowego przekazu leżała obawa przed zastąpieniem monopolu państwowego monopolem prywatnym, wysokie koszty wejścia na rynek, stwarzające ryzyko dużej koncentracji kapitału oraz ograniczona liczba częstotliwości, mająca bezpośrednie przełożenie na liczbę

---

<sup>7</sup> C. Miąsik, *Media masowe w prawie wspólnotowym*, Toruń 1999, s. 485.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Zob. orzeczenia sądów konstytucyjnych: Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec: 12BVerfGE205 (1961), 31BVerfGE314 (1971), 57BVerfGE295 (1981), 73BVerfGE118 (1986), 74BVerfGE297 (1987), 83BVerfGE238 (1991) oraz Sądu Konstytucyjnego Republiki Włoskiej Dec. 59/1960 *Giur. Cost.* 759/1960, Dec. 225/1974 *Giur. Cost.* 1775/1974, Dec. 226/1974 *Giur. Cost.* 1791/1974, Dec. 148/1981 *Giur. Cost.* 1379/1981, Dec. 231/1985 *Giur. Cost.* 1185/1985, Dec. 194/1987 *Giur. Cost.* 1437/1987.

potencjalnych stacji telewizyjnych, nie pozwalały na za-pewnienie takiego poziomu różnorodności opinii, jak w przypadku prasy<sup>10</sup>.

### **III. Kontrola koncentracji kapitału w środkach masowego przekazu w systemach prawnych wybranych państw**

Pomimo konstytucyjnych podstaw oraz nakazów przyjęcie odpowiednich rozwiązań prawnych, a następnie wprowadzenie ich w życie napotykało i napotyka wiele trudności. Polityka władz największych państw europejskich pozwoliła na zbudowanie kilku krajowych imperiów medialnych: we Francji Canal Plus, Hachette i Havas, we Włoszech Berlusconi, w Wielkiej Brytanii Pearson i Murdoch, w Niemczech Bertelsmann oraz Kirch i Springer Verlag<sup>11</sup>. Potentaci ci wykorzystali okazję, jaką stworzyła im liberalizacja zasad funkcjonowania środków masowego przekazu w pozostałych państwach, rozwój rynków kapitałowych oraz postęp technologiczny, przekształcając się w ponadnarodowe konglomeraty, prowadzące szeroko zdywersyfikowaną działalność.

Ponieważ w poszczególnych państwach obowiązują różne rozwiązania, konieczne jest krótkie przedstawienie uregulowań trzech najważniejszych rynków telewizyjnych.

#### **Republika Federalna Niemiec**

Podział kompetencji w ramach Republiki Federalnej Niemiec sprawił, że za regulowanie działalności stacji radiowych i telewizyjnych odpowiedzialne są poszczególne państwa związkowe. Oprócz przepisów znajdujących się w ustawach związkowych, kwestie dotyczące kontroli koncentracji kapitału na największym rynku medialnym w Europie uregulowano w trzech Międzyzwiązkowych Traktatach o Radiofonii i Telewizji z 1987 r., 1991 r. i 1996 r.

Brak rozwiązania na poziomie federalnym, niechęć landów do współpracy oraz rywalizacja o względy nadawców sprawiły, że niemiecki rynek środków masowego przekazu jest jednym z najbardziej skoncentrowanych. Na przykład Hirschman-Herfindhall Index na rynku telewizyjnym mieści

---

<sup>10</sup> 12 BVerfGE 205 (1961).

<sup>11</sup> Zob. A. Sanchez-Tabernero, P.Y. Lochon, *La concentrazione dei media in Europa*, Problemi Dell'Informazione 12/1993, s. 105-114.

się w przedziale od 2200 do 4400<sup>12</sup> (w zależności od tego, czy mierzy się oglądalność stacji, czy też udziały w rynku reklamowym oraz czy uwzględnia się nadawców publicznych), co oznacza, że rynek ten jest wysoce skoncentrowany. Nie należy się temu dziwić, skoro ok. 60% widzów oraz 85% wpływów reklamowych przypada na trzy kanały telewizji prywatnej SAT1, RTL, Pro7.

Kontroli koncentracji kapitału poświęcone są art. 25-32 III Traktatu o Radiofonii i Telewizji. W art. 25 przyjęto zasadę zapewnienia pluralizmu w telewizji, którą rozwijają kolejne postanowienia. Obecnie jeden podmiot może posiadać dowolną liczbę koncesji na świadczenie usług radiowych lub telewizyjnych do momentu, aż programy, które można mu „przyrzędukować”, uzyskują średnioroczną oglądalność na poziomie 30% (art. 26). W takim przypadku lub gdy nadawca ma pozycję dominującą na innym rynku medialnym bądź też ocena jego działalności wskazuje, że pomimo nieprzekroczenia wspomnianego progu taki wpływ uzyskał, nie może ubiegać się o kolejne koncesje ani nabywać udziałów w innych stacjach. Zgodnie z art. 26 ust. 4, takiego przedsiębiorcę będzie można zmusić do zbycia części udziałów lub do rezygnacji z prowadzenia działalności na innych rynkach medialnych, aż do momentu obniżenia poziomu oglądalności jego programów. Bardzo korzystną dla nadawców alternatywą jest, w zamian za rezygnację z zastosowania ww. środków, udostępnienie części czasu antenowego „niezależnym stronom trzecim” (art. 31) bądź utworzenie Doradczej Rady Programowej (art. 32).

Interesująco przedstawia się instytucja „przyrzędukowania programu” danemu podmiotowi, która w założeniu ma wyeliminować próby obchodzenia przepisów antymonopolowych przez bardzo rozpowszechnione w gospodarce niemieckiej wymienianie się udziałami przez największe przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 28, oglądalność programów danej stacji można przypisać nadawcy lub podmiotowi, który posiada w nim bezpośrednio lub pośrednio 25% kapitału. Jednak w przypadku niższego udziału, danego nadawcę uważa się za podmiot niezależny. Między innymi z tego powodu władze Szlezwika-Holsztynu sprzeciwiały się przyjęciu Traktatu, słusznie

---

<sup>12</sup> P. Humphreys, M. Lang, *Pluralism and German Broadcasting: the symbolic re-regulation of German media ownership*, Manchester 1998, s. 4.

argumentując, że takie rozwiązanie wypacza sens dokonywanych zmian<sup>13</sup>. Ponadto, w przypadku rozproszenia pozostałych udziałów lub akcji, pakiet nieznacznie mniejszy od 25% może stanowić pakiet kontrolny. Wydaje się, że ochronie pluralizmu lepiej służyłoby obniżenie wspomnianego progu lub przypisanie podmiotowi posiadającemu poniżej 25% udziałów odpowiedniej części oglądalności programu stacji, jeżeli bezpośrednio albo pośrednio posiada on udziały w innych przedsiębiorstwach medialnych lub podmiotach uczestniczących kapitałowo w takich przedsiębiorstwach.

Na straży pluralizmu stoi specjalny urząd – Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). W jego skład wchodzi 6 członków wybieranych przez premierów landów spośród osób będących ekspertami w dziedzinie mediów i biznesu, z których przynajmniej trzech musi posiadać kwalifikacje wymagane dla urzędu sędziego. Decyzje KEK podejmowane są większością 4 głosów. Kadencja członków wynosi pięć lat. Ułomnym rozwiązaniem jest ograniczenie kompetencji władczych KEK, bowiem musi ona korzystać z pośrednictwa krajowych władz, które z natury są podatne na *lobbying* nadawców<sup>14</sup>. Każdy wniosek o przyznanie koncesji podlega badaniu przez KEK, jednak w przypadku gdy władze krajowe nie zgadzają się z wydaną przez ten urząd opinią, sprawa trafia pod obrady Konferencji Dyrektorów Krajowych Rad Radiofonii i Telewizji (Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten – KDLM), która może zmienić decyzję KEK większością 3/4 głosów.

### **Włochy**

We Włoszech batalia o wprowadzenie zasad kontroli koncentracji kapitału środków masowego przekazu<sup>15</sup> toczyła się od momentu uprawomocnienia się orzeczeń Sądu Konstytucyjnego z 1974 r. i 1976 r., w których uznał on monopol publicznej RAI za sprzeczny z Konstytucją z 1948 r. Przepisy, które uregulowały w sposób satysfakcjonujący Sąd Konstytucyjny zasady dotyczące koncentracji na tym rynku, znalazły się dopiero w

---

<sup>13</sup> H. R o p e r, *Mehr Spielraum für Konzentration und Cross ownership im Mediensektor*, Media Perspektiven 12/96, s. 612.

<sup>14</sup> H. N e f t, *KEK und KDLM – unorthodoxe Organkonfigurationen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Fernsehen*, ZUM 2/1999, s. 97.

<sup>15</sup> Szerzej N. P a m p a n i n, *La disciplina dell'attività televisiva in Italia: parametri costituzionali e modelli legislativi*, ZNUJ – Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1998, z. 68, s. 29-44.

ustawie nr 249 z dnia 31 lipca 1997 r.<sup>16</sup> Wieloletni brak, a następnie niedoskonałość przyjętych rozwiązań, pozwoliły zdominować rynek stacjom należącym do Berlusconi, którego głównym rywalem pozostała telewizja publiczna. Pozostałe stacje działają na rynkach niszowych.

Z art. 2 ustawy nr 249 wynika zakaz wszelkiego rodzaju umów oraz działań, których celem lub skutkiem jest utworzenie lub utrzymanie pozycji dominującej na rynku audiowizualnym (obejmującym radiofonię i telewizję, niekodowaną i płatną, analogową, jak i cyfrową).

W myśl obowiązujących przepisów, jeden podmiot może posiadać nie więcej niż 20% częstotliwości przeznaczonych w tzw. „planie częstotliwości” na użytek stacji radiowych lub telewizyjnych. Dodatkowo każdy, kto prowadzi działalność na rynku mediów audiowizualnych, nie może osiągnąć więcej niż 30% ogółu przychodów segmentu rynku, na którym działa. Natomiast przedsiębiorstwa multimedialne nie mogą osiągać przychodów wyższych niż 20% sumy wartości wszystkich rynków, na których są obecne. W przypadku przekroczenia ww. progów domniemywa się, że dany podmiot ma pozycję dominującą na którymś z segmentów rynku mediów lub na całym rynku. Wówczas można nakazać podział przedsiębiorstwa, chyba że udział w rynku przekroczył wspomniany pułap nieznacznie, a ponadto nie zagraża to pluralizmowi ani konkurencji.

Kompetencje kontrolne należą do regulatora rynku, którym jest Autorita per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGC). Jest to organ kolegialny, w którego wchodzi 9 członków. Po czterech wybierają członkowie Izby Deputowanych oraz Senatu, natomiast przewodniczącego mianuje Prezydent Republiki na wniosek Prezesa Rady Ministrów złożony w porozumieniu z Ministrem Łączności.

### **Wielka Brytania**

W Wielkiej Brytanii przepisy regulujące koncentrację kapitału w środkach masowego przekazu pojawiły się w ustawie o radiofonii i telewizji z 1990 r., znowelizowanej w 1996 r.<sup>17</sup>, w której po raz pierwszy pozwolono na przejmowanie stacji telewizyjnych oraz na dokonywanie fuzji z ich udziałem.

---

<sup>16</sup> *Official Gazette 177/1997*, tekst dostępny na stronie: [www.agcom.it/eng/l\\_249\\_97.htm](http://www.agcom.it/eng/l_249_97.htm).

<sup>17</sup> Broadcasting Act 1990, HMSO 1990; Broadcasting Act 1996, HMSO 1996.

W 1996 r. ograniczenie dopuszczalnej liczby posiadanych koncesji zastąpiono wskaźnikiem uzyskania oglądalności programu na poziomie 15%. Posiadaczowi koncesji przypisuje się cały wskaźnik oglądalności stacji, podobnie jak podmiotowi, który sprawuje kontrolę nad nadawcą, natomiast osobie posiadającej 20% udziałów połowę tego wskaźnika. Przekroczenie wspomnianego poziomu uniemożliwia ubieganie się o kolejne koncesje oraz nie pozwala angażować się kapitałowo w innych spółkach telewizyjnych.

Powyższe ograniczenie stosuje się do stacji Independent Television (ITV), Channel 5, telewizji satelitarnej, programów telewizji cyfrowej oraz innych koncesjonowanych usług serwisowych. Natomiast nie obowiązuje ono nadawców publicznych.

Koncentracje multimedialne uregulowano następująco: podmioty, które posiadają koncesję na rozpowszechnianie programu Channel 5 lub w ramach sieci ITV, nie mogą posiadać koncesji na radio ogólnokrajowe. Ponadto koncesjonariusze ITV, która zachowała częściowo swój regionalny charakter, nie mogą ubiegać się o przyznanie koncesji na radio lokalne (analogowe i cyfrowe) na terytorium, na którym dostępny jest program stacji.

Wydawcy prasy, których udział w rynku prasowym przekracza 20% nakładu, nie mogą posiadać koncesji na rozpowszechnianie programów regionalnych i krajowych, natomiast ich udział w podmiotach działających na ww. rynkach nie może przekraczać 20%. Takich ograniczeń nie ma w przypadku innych usług medialnych.

Wydawcy prasy lokalnej nie mogą kontrolować podmiotu posiadającego koncesję na rozpowszechnianie programów telewizji regionalnej lub krajowej na rynku, w którym ich udział przekracza 20%. Jeżeli udział w rynku nie przekracza wspomnianego progu, możliwość kontrolowania stacji telewizyjnej zależy od uznania, że nie stoi to w sprzeczności z interesem publicznym<sup>18</sup>.

Na straży pluralizmu w mediach elektronicznych stoi niezależna Independent Television Commission, składająca się z 10 do 12 członków powoływanych na 5-letnią kadencję przez Sekretarza Stanu ds. Dziedzictwa Narodowego. Działalność regulatora rynku wspierana jest przez agendy

---

<sup>18</sup> Zob. N. Reville, *Broadcasting law and practice*, London 1997, s. 381-411.



rządowe: Office of Fair Trading oraz Competition Commission, do których wyłącznej kompetencji należą kontrola połączeń na rynku prasowym.

#### **IV. Kontrola koncentracji kapitału w środkach masowego przekazu w prawie wspólnotowym**

Początkowo do połączeń przedsiębiorstw działających na rynku środków masowego przekazu, podobnie jak w innych dziedzinach gospodarki, dochodziło głównie na rynkach krajowych. Wspomniane na wstępie czynniki zmieniły ten stan rzeczy i w mijającej dekadzie, a zwłaszcza w ciągu ostatnich dwóch lat, procesy koncentracyjne przekroczyły granice państwowe (stąd mowa o tzw. fuzjach transgranicznych). Tym samym uregulowanie ich statusu prawnego stało się konieczne na poziomie ponadnarodowym.

We Wspólnocie Europejskiej zasady świadczenia usług telewizyjnych reguluje dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich nr 89/552 z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji określonych przepisów prawnych i administracyjnych krajów członkowskich w zakresie wykonywania działalności telewizyjnej<sup>19</sup>. W tym ramowym akcie prawnym nie ma postanowień regulujących zagadnienie koncentracji na rynku środków masowego przekazu, dlatego połączenia przedsiębiorstw medialnych kontroluje się na podstawie rozporządzenia 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r.<sup>20</sup> Rozporządzenie to ma zastosowanie ogólne do wszystkich procesów koncentracji (fuzji pełnej, fuzji częściowej, przejęcia kontroli oraz utworzenia przedsiębiorstwa wspólnego). Głównym warunkiem jego zastosowania jest wspólnotowy wymiar połączenia, o którym przesądza kryterium obrotów (suma przychodów z działalności na rynku światowym wynosi 5 mld euro, przy czym obrót uzyskiwany na terytorium Wspólnoty przez przynajmniej dwa przedsiębiorstwa uczestniczące w połączeniu wynosi 250 mln euro).

Rozmiar spółek medialnych sprawia, że praktycznie w każdym przypadku<sup>21</sup> będziemy mieli do czynienia z koncentracją o takim wymiarze, czego konsekwencją jest wyłączenie, na podstawie art. 21 ust. 2, stosowa-

---

<sup>19</sup> *O.J. 1989, L 298* oraz *O.J. 1997 L 202/60*.

<sup>20</sup> *O.J. 1989, L 395*, z późn. zm. Szerzej T. S k o c z n y, *Kontrola połączeń przedsiębiorstw*, seria: *Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regulami konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 1995.

<sup>21</sup> W dotychczasowej praktyce jedyny wyjątek stanowiła sprawa RTL/Veronica/Edemol, decyzja Komisji z dnia 20 września 1995 r., *O.J. 1996, L 134*.

nia przepisów prawa państw członkowskich do kontroli połączeń. Od tej zasady istnieje jeden wyjątek. Zgodnie z art. 21 ust. 3, państwa członkowskie mogą chronić pewne „uprawnione interesy”, które nie są uwzględniane przez Komisję. Jednym z takich interesów jest pluralizm środków masowego przekazu. Tak więc, jeżeli państwu uda się przekonać Komisję, że jego działanie ma na celu ochronę tej wartości, a ponadto jest niezbędne dla realizacji tego celu oraz nie narusza prawa wspólnotowego (zwłaszcza swobody), możliwe będzie zastosowanie przepisów prawa krajowego.

Pierwszym organem wspólnotowym, który uznał specyfikę środków masowego przekazu wymagającą odrębnej regulacji, był Parlament Europejski. W odpowiedzi na wydaną przez niego w 1990 r. rezolucję o przejmowaniu i fuzjach przedsiębiorstw medialnych, Komisja przedłożyła w 1992 r. *Zieloną Księgę w sprawie Pluralizmu i Koncentracji Mediów na Rynku Wewnętrznym*. Ideą przewodnią tego dokumentu była propozycja przyjęcia wspólnotowego aktu prawnego regulującego kontrolę koncentracji, dopasowanego do szczególnych wymogów tego rynku<sup>22</sup>.

Przyjęcie wspólnotowej regulacji w tej dziedzinie, podobnie jak tzw. dyrektywy telewizyjnej, napotyka na wiele przeszkód. Pierwszą z nich są daleko idące odrębności nie tylko w sferze regulacji prawnych, jakie obowiązują w poszczególnych państwach, ale także w strukturze i charakterystyce poszczególnych rynków medialnych. Kolejną, nie mniej istotną jest podstawa kompetencyjna proponowanego aktu prawnego. Ochrona pluralizmu wypowiedzi oraz zapewnienie prawa do informacji, leżące u podstaw tej inicjatywy legislacyjnej, nie tylko nie znajdują wyrażonej wprost podstawy kompetencyjnej (zgodnie z zasadą enumeratywnego upoważnienia jednostkowego), ale także nie mieszczą się w ogólnych klauzulach kompetencyjnych z art. 94 i 95 (d. 100 i 100a) oraz 308 (d. 235). Trudno bowiem uzasadnić ochronę wyżej wymienionych wartości wymogami rynku wewnętrznego lub wspólnego.

Przekładając potrzeby rynku wewnętrznego na treść proponowanego aktu prawnego, stwierdzić trzeba, że wymagają one zwiększenia konkurencyjności europejskiego przemysłu medialnego, a w konsekwencji ujednoczenia zasad pod kątem zwiększenia efektywności<sup>23</sup>. Natomiast wola ochrony

---

<sup>22</sup> Zob. C.Mik, *op. cit.*, s. 475-511.

<sup>23</sup> G. Doyle, *Towards a pan-European Directive? From Concentration and Pluralism to Media Ownership*, Communications Law, Vol. 3, No. 1/1998, s. 13-14.

pluralizmu kładzie nacisk na przyjęcie rozwiązań prawnych, które usunęłyby groźbę nadmiernej koncentracji władzy w rękach jednego lub kilku podmiotów. Nie pierwszy raz względy natury gospodarczej rywalizują ze względami natury społecznej.

Przyjęcie wspólnotowego aktu prawnego o proponowanej treści spotyka się z oporem przedsiębiorstw medialnych, które w państwach członkowskich posługują się często szantażem, grożąc przeniesieniem działalności<sup>24</sup>. Z kolei państwa członkowskie straciłyby dość istotny instrument polityki medialnej. Poza tym przyjęcie wspólnotowego aktu prawnego mogłoby stanowić wstęp do przejścia nie tylko uprawnień kontrolnych, ale także decyzyjnych w procesie koncesyjnym na rzecz Brukseli.

Wykształcona na podstawie rozporządzenia 4064/89 polityka Komisji w zakresie koncentracji środków masowego zbliżona jest do postępowania Komisji z innymi gałęziami gospodarki – w odpowiedzi na liberalizację amerykańskich przepisów prawa antymonopolowego Komisja wydaje decyzje uznające różnego rodzaju koncentracje za zgodne ze wspólnym rynkiem<sup>25</sup>. Tylko w nielicznych przypadkach zakazano połączenia z powodu nadmiernego ograniczenia konkurencji<sup>26</sup>.

Ponieważ prace legislacyjne utknęły w martwym punkcie, w 1996 r. Komisja zaproponowała odejście od próby ujednoczenia przepisów antymonopolowych w dziedzinie środków masowego przekazu na rzecz ich harmonizacji<sup>27</sup>. Ostatnie propozycje zmierzają do ustanowienia górnego limitu 30% udziału w rynku w przypadku koncentracji monomedialnych oraz 10% w przypadku koncentracji multimedialnych. Miarą wysokości udziału w rynku ma być oglądalność programu, natomiast geograficznym

---

<sup>24</sup> Np. Murdoch w Wielkiej Brytanii; zob. E.M. Barendt, *Broadcasting law: a comparative study*, Oxford 1995, s. 132.

<sup>25</sup> Zob. D. Frey, *Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt*, ZUM 12/1998, s. 985-1001. Do tej pory na około 950 decyzji tylko w 12 przypadkach uznano koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem – *Weto Brukseli*, Rzeczpospolita z dnia 15 marca 2000 r., s. B 3.

<sup>26</sup> Sprawy MSG Media Service IV/M.469, O.J. 1994, L 364; Nordic Satellite Distribution IV/M.490, O.J. 1996, L 134; Bertelsmann/Kirch/Premiere IV/M.993, O.J. 1999, L 053 oraz Deutsche Telekom/Beta Research IV/M.1027, O.J. 1999, L 053.

<sup>27</sup> G. Doyle, *op. cit.*, s. 13-14.

rynkiem odniesienia byłby obszar, na którym odbierane są programy przedsiębiorstw uczestniczących.

Przyjęte progi opierają się na założeniu, że pluralizm informacyjny będzie dostatecznie chroniony, gdy na danym rynku medialnym będzie funkcjonowało 4 dostawców, zaś w przypadku ogólnego rynku mediów 10 podmiotów. Ponieważ zaproponowane progi są mało adekwatne do sytuacji, jaka panuje na rynkach regionalnych lub w małych państwach, w 1997 r. zgłoszono możliwość wyłączenia zastosowania ww. limitów w odniesieniu do nadawcy, który przekracza je tylko w jednym państwie. Pozwoli to, do pewnego stopnia, zachować narodowy charakter telewizji, utrudniając zdobywanie rynku ponadnarodowym koncernom.

Na obecnym etapie rozwoju integracji europejskiej nie wydaje się także możliwe satysfakcjonujące uregulowanie zagadnienia kontroli koncentracji na poziomie wspólnotowym. Jak trafnie skonstatował C. Mik, jest to skutkiem postrzegania mediów masowych przez organy Wspólnoty tylko i wyłącznie z ekonomicznego punktu widzenia<sup>28</sup>. Dlatego zmiana obecnego stanu rzeczy w dziedzinie kontroli koncentracji kapitału w mediach wymaga pogłębienia integracji oraz wprowadzenia katalogu praw podstawowych do Traktatów Założycielskich.

## **V. Kontrola koncentracji kapitału w środkach masowego przekazu w prawie polskim**

Przystępując do analizy rozwiązań obowiązujących w Polsce, należy zaznaczyć, że kwestia kontroli pochodzenia kapitału (czyli udziału kapitału zagranicznego w stacjach telewizyjnych) jest indyferentna w stosunku do kontroli koncentracji. Inne są bowiem cele obu regulacji. Podczas gdy ta pierwsza ma za zadanie ochronę narodowego charakteru środków masowego przekazu, funkcje drugiej sprowadzają się do zapewnienia pluralizmu.

W porównaniu do ustawodawstwa innych państw europejskich, w prawie polskim *de lege lata* brak jest szczegółowych rozwiązań dotyczących kontroli koncentracji mediów. Ustawa prawo prasowe z dnia 26 stycznia 1984 r.<sup>29</sup> pomija to zagadnienie milczeniem. Wydaje się więc, że koncen-

---

<sup>28</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 603-605.

<sup>29</sup> Dz.U. z 1988 r. Nr 41, poz. 24 z późn. zm.

tracja na rynku prasowym podlega kontroli na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym<sup>30</sup>, jako przepisu o charakterze ogólnym<sup>31</sup>. Odmiennie jest przypadku ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, choć i tu przyjęte rozwiązanie dalekie jest od doskonałości<sup>32</sup>.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 2, koncesji na rozpowszechnianie programów nie udziela się, gdyby mogło to spowodować osiągnięcie przez nadawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie. Ogólny charakter tego zakazu daje Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji (KRRTV) duży zakres swobody w kształtowaniu struktury rynku audiowizualnego. Przy rozstrzyganiu kwestii, czy dany podmiot ma taką pozycję na rynku środków masowego przekazu, należy uwzględnić zawartą w art. 2 pkt 7 definicję tego pojęcia, zgodnie z którą pozycję dominującą ma przedsiębiorca, który nie spotyka się z istotną konkurencją na relewantnym rynku (np. ogólnokrajowych, regionalnych lub lokalnych stacji telewizyjnych albo radiowych). Specyfika środków masowego przekazu sprawia jednak, że pozycję dominującą będzie miał podmiot, którego udział w rynku nie tylko nie przekracza 40%, ale jest dużo niższy.

Z literalnej wykładni art. 36 u.r.tv. wynika, że zakaz przyznania koncesji dotyczy tylko sytuacji, gdy dany podmiot ma pozycję dominującą na rynku regionalnym. Wydaje się jednak, że wyrażenie „na danym terenie” nie stwarza przeszkód dla odmowy przyznania koncesji z powodu zbyt dużej siły wnioskodawcy na rynku krajowym, ponieważ może ono odnosić się do terytorium całego państwa.

KRRTV, jako regulator rynku, sprawuje nadzór nad strukturą rynku nie tylko w momencie wydawania koncesji, ale także w trakcie jej obowiązywania. Na podstawie art. 38 koncesja może zostać cofnięta, jeżeli okazało się, że nadawca osiągnął pozycję dominującą na danym terenie lub kontrolę nad nim przejęła w sposób pośredni lub bezpośredni inna osoba.

Z powyższego uprawnienia, które stanowi daleko idącą ingerencję w prawo własności, KRRTV powinna korzystać w ostateczności, wykorzy-

---

<sup>30</sup> Tekst jednolity: Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547.

<sup>31</sup> A. Nowińska, M. du Vall, *Media w świetle prawa konkurencji*, ZNUJ – Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 1998, z. 68, s. 52.

<sup>32</sup> Dz.U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34 z późn. zm.

stując uprzednio możliwości, jakie daje jej art. 10 ustawy (wezwanie do zaniechania oraz wydanie decyzji Przewodniczącego Rady na podstawie uchwały Rady nakazującej nadawcy zaniechanie działań naruszających przepisy ustawy, warunki koncesji lub uchwały KRRTV). Jest to uprawnienie zbliżone do przysługującego Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta (UOKiK), który na podstawie art. 11a ust. 2 u.p.p.m., przed wydaniem decyzji odmawiającej zgody na połączenie, może przedstawić przedsiębiorcom warunki, od spełnienia których zmiana negatywnej oceny koncentracji<sup>33</sup>.

Z ustawy o radiofonii i telewizji wynika także, że KRRTV dysponuje uprawnieniami niezbędnymi do uzyskania odpowiednich informacji dla celów kontroli koncentracji kapitału. Oprócz dokumentacji przedstawianej przez wnioskodawcę w procesie koncesyjnym oraz składanych przez niego wyjaśnień, Przewodniczący Rady może żądać od nadawcy przedstawienia wszelkiego rodzaju materiałów, dokumentów oraz złożenia wyjaśnień niezbędnych do kontroli zgodności działalności nadawcy z przepisami ustawy i warunkami koncesji, w tym z jej przepisami antymonopolowymi.

Kwestią sporną jest także stosunek przepisów ustawy o radiofonii i telewizji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Zdaniem A. Nowińskiej i M. du Vall, kontrola koncentracji mediów elektronicznych dokonuje się wyłączenie w trybie koncesyjnym<sup>34</sup>.

Bez wątpienia jest tak, gdy łączą się nadawcy telewizyjni lub radiowi. W przypadku koncentracji z udziałem innych mediów wydaje się, że użyte w art. 36 i 38 u.r.tv. pojęcia „pozycja dominująca w dziedzinie środków masowego przekazu” oraz „przejęcie kontroli nad działalnością nadawcy” dają KRRTV podstawę do kontroli takich zachowań rynkowych, zawsze gdy jedną ze stron jest koncesjonowany nadawca. Tym samym określone w art. 11 u.p.p.m. uprawnienia Prezesa UOKiK zostały wyłączone.

Za uznaniem wyłączności kompetencji KRRTV przemawia nie tylko szczególny charakter u.r.tv., ale także treść jej przepisów, które dają większą swobodę przy sprawowaniu nadzoru nad strukturą rynku. Ich zastosowanie nie jest uzależnione, jak w przypadku u.p.p.m., od przekroczenia przez łączące się przedsiębiorstwa progu obrotów w wysokości 25 mln euro.

---

<sup>33</sup> Por. A. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 52.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

## VI. Propozycje *de lege ferenda*

W świetle rozwiązań przyjętych na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustaw medialnych innych państw, głębszej analizy wymaga odpowiedź na pytanie, jaki model rynku środków masowego przekazu należy przyjąć oraz jaki podmiot powinien kontrolować procesy koncentracji zachodzące na tym rynku.

Prasa drukowana co do zasady cieszy się daleko idącą wolnością. Dlatego wprowadzenie tak daleko idącej regulacji, jak w przypadku telewizji, mogłoby zostać uznane za próbę wprowadzenia cenzury. Niemniej, w świetle doświadczeń innych państw, zasada wolności prasy nie będzie naruszona w przypadku poddania procesów koncentracji z udziałem wydawców prasy publicznoprawnej kontroli.

Od strony instytucjonalnej istnieją trzy możliwości kontroli procesu koncentracji na rynku mediów: kompetencje w tej dziedzinie można powierzyć specjalnemu urzędowi, powołanemu do wykonywania tylko tej funkcji (KEK w Niemczech); nadzór może sprawować istniejący organ regulujący, (KRRTV w Polsce, ITC w Wielkiej Brytanii, AGC we Włoszech); ostatni wariant polega na pozostawieniu odpowiedzialności za zapewnienie pluralizmu mediów w gestii organu stojącego na straży konkurencji.

Specyfika mediów wymaga, by procesy gospodarcze zachodzące na tym rynku, w tym koncentracja kapitału, regulowane były przez odrębne przepisy, a ich egzekwowanie należało do niezależnego urzędu, pełniącego funkcję regulatora rynku. Z drugiej strony szeroki zakres swobodnego uznania nie sprzyja<sup>35</sup>, jeżeli uprawniony podmiot nie chce korzystać z posiadanych uprawnień, dokonywaniu zmian w strukturze rynku, zwłaszcza gdy osiągnięty poziom koncentracji wymaga zarządzenia podziału przedsiębiorstwa, ewentualnie cofnięcia koncesji. By temu zapobiec, organ odpowiedzialny za ochronę konkurencji powinien dysponować prawem do występowania wobec regulatora z żądaniem wszczęcia postępowania w przedmiocie zbadania, czy dany podmiot osiągnął pozycję dominującą, oraz prawem do zaskarżania decyzji wydanych w przedmiocie koncentracji kapitału, jeżeli będzie to w interesie publicznym.

---

<sup>35</sup> Zob. W. Hoffman Riem, *Regulating the media – the licensing and supervision of broadcasting in six countries*, New York 1996, s. 92 oraz C. Veljanovski, *Regulators and the law*, London 1991, s. 16-18.

W obrębie rynku środków masowego przekazu można wyróżnić następujące rynki relewantne w znaczeniu przedmiotowym, które z kolei dzieli na dalsze segmenty: rynek telewizji (naziemnej, kablowej, satelitarnej, ogólnodostępnej, płatnej, analogowej i cyfrowej, nadającej program o charakterze ogólnym, informacyjnym, hobbystycznym), rynek radiowy (głównym kryterium będzie w tym przypadku zasięg, bowiem trudno jest wyróżniać rynek pod względem treści emitowanego programu), rynek prasowy (pod względem terytorialnym) oraz rynek praw do programów i transmisji wydarzeń sportowych.

O wiele więcej kontrowersji wywołuje model rynku, a zwłaszcza sposób pomiaru udziałów poszczególnych podmiotów oraz dostosowania pojęcia pozycji dominującej do wymogów rynku środków masowego przekazu. Pierwszą kwestią sporną jest ustalenie tego, czy przy ocenie stopnia koncentracji na rynku należy uwzględniać udziały stacji telewizji publicznej. Ma to bardzo istotne znaczenie, które dobrze zilustruje przykład rynku polskiego. Według danych KRRTV za rok 1998, średnioroczna oglądalność programu Polsatu wynosiła 25,2%, natomiast mierzony tym sposobem udział telewizji publicznej w rynku wynosił 52,3%. Decyzja ustawodawcy lub KRRTV o ograniczeniu pomiaru oglądalności rynku tylko do nadawców prywatnych spowoduje, że udział Polsatu będzie przekraczał 50%. Doświadczenie Niemiec, gdzie nadawcy prywatni skutecznie zabiegali o odzrucenie przyjmowania takiego rozwiązania, mimo spadku oglądalności programów telewizji publicznej do ok. 35%, wskazuje, że na przyjęcie podobnego rozwiązania na rynku polskim jest jeszcze za wcześnie<sup>36</sup>.

Problemy występują także przy sposobie określania udziału w rynku. Generalnie istnieją trzy możliwości: liczba kontrolowanych przez jeden podmiot częstotliwości (jako % ogółu dostępnych częstotliwości dla radia albo telewizji), oglądalność lub słuchalność programów, które można porządkować jednemu podmiotowi (w przypadku prasy drukowanej – nakład lub ilość sprzedanych egzemplarzy) oraz udział w przychodach osiągniętych na danym rynku.

Z kolei dywersyfikacja działalności liderów na poszczególnych rynkach sprawi, że coraz częściej konieczne będzie całościowe spojrzenie na rynek środków masowego przekazu. Wtedy najlepszym rozwiązaniem wydaje się

---

<sup>36</sup> P. Humphreys, M. Lang, *op. cit.*, s. 10-17.



ocena poziomu koncentracji za pomocą procentowego udziału przychodów uzyskiwanych przez multimedialne koncerny w wartości całego rynku, zaś 10-procentowy próg, powyżej którego działalność podmiotu będzie można w sposób administracyjnoprawny ograniczyć, zdaje się być najbardziej właściwym. Jest to zbieżne z propozycjami wysuwanymi przez Komisję Europejską, a w perspektywie przystąpienia do Unii Europejskiej stanowiłoby wyraz realizacji ciężącego na Polsce obowiązku dostosowywania prawa oraz usunęłoby konieczność przeprowadzania kolejnej nowelizacji u.r.tv.<sup>37</sup>

Kolejnym zagadnieniem wymagającym dyskusji jest liczba tzw. „niezależnych kontrolerów mediów”, którą można uznać za dostateczną dla zapewnienia pluralizmu. Przedstawione powyżej rozwiązania obowiązujące w wybranych państwach dostosowane są do struktury funkcjonujących tam rynków. Są także efektem bardzo skutecznego *lobbyingu* ze strony zainteresowanych przedsiębiorców.

W poszczególnych państwach związkowych RFN obowiązuje zasada, że do momentu, gdy na danym rynku geograficznym dostępne są programy 3 prywatnych stacji telewizyjnych, każdy nadawca musi kierować się wymogami pluralizmu wewnętrznego. Natomiast w III Międzyzwiązkowym Traktacie o Radiofonii i Telewizji za satysfakcjonującą uznano liczbę 4 kontrolerów (ponieważ przyjęto próg 30% oglądalności).

Podobne rozwiązanie funkcjonuje na gruncie włoskiej ustawy o radiofonii i telewizji z 1997 r., gdzie za dostateczną uznano liczbę 4 kontrolerów na jednorodnym rynku telewizyjnym oraz radiowym. Takie samo rozwiązanie zawiera propozycja Komisji z 1997 r. Z kolei w Wielkiej Brytanii obowiązuje 15% próg oglądalności, ponieważ z powodu odmiennej od kontynentalnej struktury rynku, udziały poszczególnych stacji telewizyjnych i kontrolujących je podmiotów są stosunkowo rozproszone.

W odniesieniu do Polski dostępne dane wskazują, że rynek mediów elektronicznych przechodzi do fazy dojrzałości, o której będzie można mówić z momentem rozpoczęcia działalności przez Telewizję Familijną. Wejście rynku telewizyjnego w kolejną fazę rozwojową będzie ostatnim momentem na wprowadzenie odpowiednich przepisów antymonopolowych, jeżeli chcemy uniknąć negatywnych doświadczeń innych państw.

---

<sup>37</sup> R. Skubisz, *Wprowadzenie*, [w:] M. Daus, *Prawo gospodarcze w Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. XVI.