

Stanowisko z 26 lutego 2013 roku
Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji
w sprawie klasyfikacji usług *pay-per-view* - w świetle dyrektywy o audiowizualnych
usługach medialnych

Mając świadomość, że po zakończeniu procesu transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz. U. L 95 z 15.4.2010) [dalej określanej jako "dyrektywa"] do ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm.) [dalej określanej jako „ustawa”], powstać mogą wśród usługodawców wątpliwości do kwalifikacji prawnej nowych rodzajów usług medialnych, takich jak usługa *pay per view* [dalej określana także jako „PPV”], Krajowa Rada przedstawia następujące stanowisko interpretacyjne w przedmiotowej sprawie.

Klasyfikacja usług *pay per view*

Należy sądzić, iż usługa *pay per view* polegająca na transmisji za dodatkową opłatą przekazu audiowizualnego (np. wydarzenia sportowego, koncertu muzycznego lub filmu fabularnego) w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór tego przekazu przez odbiorców, w układzie ustalonym przez usługodawcę oferującego tę usługę (np. składającego się z audycji takich jak *trailer* zapowiadający wydarzenie sportowe, spot zawierający autoprezentację federacji sportowej, audycję zawierającą transmisję z wydarzenia sportowego wraz komentarzem słownym, audycję publicystyczną podsumowującą przebieg wydarzenia przez komentatorów sportowych, oraz z przekazów handlowych), za który to przekaz odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca - powinna być kwalifikowana w świetle postanowień dyrektywy jako program, a usługodawca świadczący tę usługę jako nadawca.

Warto przypomnieć, iż w świetle art. 1 lit. a) oraz c) – f) dyrektywy:

- „audiowizualna usługa medialna” oznacza:

(i) usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych i której podstawowym celem jest dostarczanie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a) dyrektywy 2002/21/WE – audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych. Taka audiowizualna usługa medialna jest przekazem telewizyjnym w rozumieniu lit. e) niniejszego ustępu albo audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu lit. g) niniejszego ustępu;

(ii) handlowy przekaz audiowizualny;

- „rozpowszechnianie telewizyjne” lub „przekaz telewizyjny” (tzn. linearna audiowizualna usługa medialna) oznacza audiowizualną usługę medialną świadczoną przez dostawcę usług medialnych, umożliwiającą równoczesny odbiór audycji na podstawie układu audycji;

- „odpowiedzialność redakcyjna” oznacza sprawowanie faktycznej kontroli zarówno nad wyborem audycji, jak i nad sposobem ich zestawienia w układzie chronologicznym w przypadku przekazów telewizyjnych lub w katalogu w przypadku audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Odpowiedzialność redakcyjna nie musi oznaczać odpowiedzialności prawnej na podstawie prawa krajowego za dostarczaną treść lub świadczone usługi;

- „dostawca usług medialnych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści,

- „nadawca” oznacza dostawcę usług medialnych mających formę przekazów telewizyjnych.

Ustawa dokonując transpozycji postanowień dyrektywy konsekwentnie określiła w art. 4 pkt 1 oraz 3 - 7, iż:

- „usługą medialną” jest usługa w postaci programu, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym zadaniem jest dostarczenie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy;

- „programem” jest usługa medialna stanowiąca uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie;

- „rozpowszechnianiem” jest emisja programu drogą bezprzewodową lub przewodową do odbioru przez odbiorców;

- „odpowiedzialnością redakcyjną” jest sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub w katalogu; nie uchybia to zasadom odpowiedzialności prawnej za treść audycji lub świadczenie usługi;
- „nadawcą” jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa, która tworzy i zestawia program oraz rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania;
- „dostawcą usługi medialnej” jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą;

W świetle prowsólnotowej wykładni prawa, pojęcia określone w ustawie transponujące postanowienia dyrektywy należy interpretować w świetle postanowień dyrektywy; nie jest zasadne nadawanie pojęciom określonym w prawie krajowym specyficznej interpretacji wynikającej ze szczególnego sposobu rozumienia określonych pojęć przyjętego w prawie krajowym.

Istotnym elementem przemawiającym za klasyfikacją PPV jako programu jest fakt, iż *pay per view* jest usługą nadawaną o stałym czasie tzn. wybranym przez dostawcę usługi, a nie przez użytkownika. Jest to usługa o charakterze medialnym, której podstawowym celem jest dostarczanie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej – audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych.¹ Usługa PPV jest usługą, w której za pomocą mediów masowy odbiorca otrzymuje dostęp do audycji o charakterze rozrywkowym i informacyjnym, choć ich walor edukacyjny także może zostać odnotowany w niektórych przypadkach (np. edukacja sportowa).

Ważne znaczenie ma sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji oraz nad sposobem ich zestawienia w układzie chronologicznym w przekazie oferowanym przez dostawcę usługi PPV. Jeśli spełnienie tego kryterium zostanie w danym stanie faktycznym potwierdzone, należy przyjąć, że usługodawca ponosi odpowiedzialność redakcyjną za przekazywane treści.

Odnosząc się do kwestii wyboru audycji i ich zastawienia w układzie chronologicznym należy zauważyć, iż nawet w hipotetycznej sytuacji, w której przekaz w ramach PPV składałby się tylko z

¹ Medialny charakter usług audiowizualnych preambuła dyrektywy przybliżyła w motywie 22: „Na użytek niniejszej dyrektywy definicja audiowizualnych usług medialnych powinna obejmować środki masowego przekazu jako nośnik informacji, rozrywki i edukacji dla ogółu odbiorców, w tym powinna ona obejmować handlowy przekaz audiowizualny, ale nie powinna obejmować żadnych form prywatnej korespondencji, takich jak wiadomości poczty elektronicznej wysyłane do ograniczonej liczby odbiorców. Definicja ta nie powinna także obejmować żadnych usług, których celem głównym nie jest dostarczanie audycji, to znaczy usług, w których przypadku przekaz treści audiowizualnej nie jest celem głównym, ale jedynie częścią uboczną usługi. Przykładem są strony internetowe zawierające elementy audiowizualne o charakterze jedynie pomocniczym, takie jak animowane elementy graficzne, krótkie spoty reklamowe lub informacje związane z produktem lub usługą niebędącą usługą audiowizualną. Dlatego też z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy powinno wykluczyć się także gry losowe, w których stawką są pieniądze, w tym loterie, zakłady i inne rodzaje usług hazardowych, a także gry i wyszukiwarki internetowe; z zakresu tego nie powinno się jednak wyłączać przekazów poświęconych hazardowi lub grom losowym.”

jednej audycji np. tylko z transmisji wydarzenia sportowego, bez spotów reklamowych, wskazań sponsorskich, bez autoprezentacji federacji sportowej, to i w takiej sytuacji usługę taką można kwalifikować jako program. Układ audycji może składać się, zależnie od okoliczności konkretnego przypadku i potrzeb, z wielu, kilku lub jednego elementu. Ważne jest czy jest to element wybrany przez dostawcę (wybór treści medialnych) oraz czy jest rozpowszechniany w całości o porze ustalonej przez dostawcę usługi. To jak obszerny ma być układ audycji jest swobodną decyzją usługodawcy.

Definicja rozpowszechniania telewizyjnego na gruncie dyrektywy – a więc także i ustawy, która powinna być interpretowana w świetle przepisów prawa unijnego, które transponuje do krajowego porządku prawnego – ma charakter elastyczny i neutralny technologicznie. Wraz z pojawianiem się nowych rodzajów usług linearnych spełniających jej kryteria definicyjne, definicja ta powinna obejmować także te usługi, choćby nawet nie były one znane na rynku w chwili powstawania dyrektywy usługi. Jak obrazowo określa preambuła dyrektywy w motywie 27 rozpowszechnianie telewizyjne obejmuje m.in. transmisję strumieniową na żywo (*live streaming*), nadawanie w Internecie (*webcasting*) oraz sekwencyjne udostępnianie audycji (*near-video-on-demand*). Analizując charakter *near-video-on-demand* i PPV, można uznać, iż PPV jest modyfikacją usługi *near-video-on-demand*.

PPV a implementacja art. 14 dyrektywy (transmisje z ważnych wydarzeń)

W celu zapewnienia prawa społeczeństwa do informacji i zapewnienia szerokiego dostępu widowni do telewizyjnej relacji z wydarzeń krajowych lub zagranicznych o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa, takich jak igrzyska olimpijskie, mistrzostwa świata i mistrzostwa Europy w piłce nożnej, dyrektywa, w zgodzie z postanowieniami art. 11 i 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., określiła możliwość określenia przez państwa członkowskie środków zgodnych z prawem unijnym, mających na celu regulację wykonywania wyłącznych praw do transmisji takich wydarzeń przez objętych ich jurysdykcją nadawców telewizyjnych. Ograniczenie swobodnego dysponowania własnością uzasadnione jest ochroną ważnych celów interesu ogólnego. Regulacja dyrektywy odnosi się do sytuacji wykonywania przez nadawców praw do transmisji na zasadzie wyłączności (zob. treść art. 14 dyrektywy, a także motywy 49 i 51 preambuły dyrektywy).

Art. 14 ust. 1 dyrektywy określa w tym celu iż: „Każde państwo członkowskie może podjąć środki zgodne z prawem unijnym w celu zapewnienia, by nadawcy podlegający jego jurysdykcji, którzy na prawach wyłączności rozpowszechniają wydarzenia uznawane przez to państwo członkowskie za

wydarzenia o zasadniczym znaczeniu społecznym, nie rozpowszechniali ich w sposób pozbawiający zasadniczą część odbiorców w tym państwie możliwości oglądania tych wydarzeń w ogólnodostępnej telewizji w przekazie na żywo lub z opóźnieniem. (...)”

Art. 14 ust. 3 dyrektywy dodaje: „Państwa członkowskie zapewniają w odpowiedni sposób, w ramach swojego ustawodawstwa, by nadawcy podlegający ich jurysdykcji nie wykonywali praw wyłącznych, które nabyli po dniu 18 grudnia 2007 r., w sposób pozbawiający zasadniczą część odbiorców w innym państwie członkowskim możliwości oglądania wydarzeń wytypowanych przez to inne państwo członkowskie zgodnie z ust. 1 i 2; możliwość oglądania tych wydarzeń dotyczy pełnego lub częściowego przekazu na żywo lub – jeżeli to konieczne lub wskazane z obiektywnych względów interesu publicznego – ich pełnego lub częściowego przekazu z opóźnieniem w ogólnodostępnej telewizji, zależnie od decyzji tego innego państwa członkowskiego zgodnie z ust. 1.”

Należy zauważyć, że pojęcie „praw wyłącznych” nie zostało zdefiniowane w treści dyrektywy. Jak jednak zauważa Komisję Europejska w dokumencie *Working Dokument: Implementation of Article 3a of Directive 89/552/EEC, as modified by directive 97/36/EC* (CC TVSF (97)9/3) w przypisie 1, należy sądzić, że nadawca może zostać uznany za posiadającego prawa wyłączne do transmisji z przebiegu danego wydarzenia na danym terytorium jeżeli żaden inny nadawca nie jest uprawniony do przedstawienia społeczeństwu zamieszkującemu dane terytorium pełnej telewizyjnej transmisji z danego wydarzenia. Natomiast odnosząc się do pojęcia „wykonywania” praw wyłącznych, o którym mowa w art. 14 ust. 3 dyrektywy należy przyjąć, że nadawca wykonuje przysługujące mu prawa wyłączne do wydarzenia na danym terytorium, gdy programy telewizyjne składające się z transmisji z przebiegu z tego wydarzenia i przeznaczone do odbioru przez widzów na tym terytorium są transmitowane na odpowiedzialność redakcyjną nadawcy.

Dyrektywa określa w art. 14 dwie kategorie nadawców: nadawcę ogólnodostępnego (tzn. nadawcę programu dostępnego dla widowni bez opłat, innych niż wynikające ze sposobów finansowania transmitowania, które są szeroko rozpowszechnione w każdym państwie członkowskim, jak opłata licencyjna lub abonament podstawowy w sieci kablowej, przy czym nie jest istotna droga rozpowszechniania programu czy forma właścicielska takiego programu²) oraz nadawcę niespełniającego tych kryteriów (tzw. nadawca niekwalifikowany).

² zob. motyw 53 preambuły dyrektywy: „Na użytek niniejszej dyrektywy „telewizja ogólnodostępna” oznacza transmisję na każdym kanale, publicznym lub komercyjnym, programów dostępnych dla widowni bez opłat, innych niż wynikające ze sposobów finansowania transmitowania, które są szeroko rozpowszechnione w każdym państwie członkowskim (jak opłata licencyjna lub abonament podstawowy w sieci kablowej).”

W sytuacji nabycia praw do transmisji na zasadzie wyłączności na danym terytorium krajowym przez nadawcę niekwalifikowanego, nadawca taki powinien zaoferować nadawcom ogólnodostępnym możliwość zakupu praw do transmisji z przebiegu wydarzenia (udzielić im sublicencji). Nadawca niekwalifikowany powinien zatem nabywając od właściciela praw, prawa wyłączne do transmisji z przebiegu ważnego wydarzenia na danym terytorium, zadbać w kontrakcie o możliwość udzielenia sublicencji nadawcy ogólnodostępnemu, który wyrazi zainteresowanie nabyciem prawa do transmisji za zapłatą uczciwej ceny.

System prawa krajowego powinien przewidzieć, w ramach efektywnej implementacji postanowień art. 14 ust. 3 dyrektywy; procedury wzajemnego uznawania list, sprawny system rozstrzygania sporów co do oceny czy spełnione zostały przesłanki pozwalające nadawcy niekwalifikowanemu na nadanie na zasadzie wyłączności transmisji z przebiegu wydarzenia określonego na liście ważnych wydarzeń (zob. *Discussion Paper for the Contact Committee on Article 3a TWF Directive (CC TVSF (2000)6*), str. 7 - 8). Zadanie to obarcza właściwy organ regulacyjny (sprawujący jurysdykcję nad nadawcą niekwalifikowanym) działającym w konsultacji z organem regulacyjnym państwa członkowskiego które przyjęło listę ważnych wydarzeń opublikowaną Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jakkolwiek, takie rozwiązanie jest niezbędnym elementem implementacji art. 14 ust. 3 dyrektywy, a więc w ramach procedury wzajemnego uznawania list ważnych wydarzeń, to istotne argumenty przemawiają za celowością zastosowania tej procedury także relacjach krajowych. Jak się wskazuje w powyżej przywoływanym dokumencie Komisji CC TVSF (97)9/3, str. 1, art. 14 ust. 1 dyrektywy nie określa wyczerpujących ram prawnych dla określenia przez państwo członkowskie kwestii korzystania z wyłącznych praw do transmisji z ważnych wydarzeń. W relacjach *stricte* krajowych państwa członkowskie mogą więc (biorąc także pod uwagę postanowienia art. 14 ust. 3 dyrektywy) określić np. zasady nabywania i korzystania z wyłącznych praw do transmisji wydarzeń sportowych i innych wydarzeń budzących duże zainteresowanie społeczne, o ile rozwiązania te są zgodne z prawem unijnym.

Jednakże, uzgodnione na forum unijnym wymogi, związane z prawidłową implementacją art. 14 ust. 3 dyrektywy, dotyczące sprawnego i szybkiego określania systemu rozstrzygania czy w danej sytuacji nadawca niekwalifikowany może przedstawić na zasadzie wyłączności transmisję wydarzenia określonego na liście ważnych wydarzeń, adekwatnie odpowiadają także potrzebom implementacji art. 14 ust. 1 dyrektywy. Należy bowiem pamiętać, iż prawidłowa implementacja postanowień art. 14 także w odniesieniu do relacji o wyłącznie wymiarze krajowym (a więc odnosząc się do relacji pomiędzy nadawcami podlegającymi tej samej jurysdykcji krajowej) powinna spełniać wymogi proporcjonalności i efektywności. Postanowienia dotyczące transmisji ważnych wydarzeń stanowią

ograniczenie – w ważnym interesie publicznym – prawa własności, a zatem zachowanie zgodności z prawem unijnym, wymaga aby rozwiązania systemowe były proporcjonalne. Należy zważyć tak słuszne interesy właścicieli praw, jak i potrzeby realizacji ważnych celów interesu ogólnego. Implementacja powinna przewidywać szybki i sprawny system rozstrzygania czy cena sublicencji jest ceną uczciwą uwzględniającą realia rynkowe.

W polskim systemie prawnym, ustawodawca określił to rozwiązanie systemowe w sposób jednolity w przepisie art. 20b ust. 6 ustawy odczytywanym łącznie z postanowieniami art. 10 ust. 2 („Przewodniczący Krajowej Rady może żądać od dostawcy usługi medialnej przedstawienia materiałów, dokumentów i udzielenia wyjaśnień w zakresie niezbędnym dla kontroli zgodności działania tego dostawcy z przepisami ustawy, warunkami koncesji lub wiążącymi go aktami samoregulacji.”), ust. 3 („Przewodniczący Krajowej Rady może wezwać dostawcę usługi medialnej do zaniechania działań w zakresie dostarczania usług medialnych, jeżeli naruszają one przepisy ustawy, uchwały Krajowej Rady lub warunki koncesji.”) i ust. 4 ustawy („Przewodniczący Krajowej Rady na podstawie uchwały Rady może wydać decyzję nakazującą zaniechanie przez dostawcę usługi medialnej działań w zakresie, o którym mowa w ust. 3.”).

Postanowienia art. 53 ust. 1 ustawy mają przyczyniać się do sprawnego realizowania postanowień dotyczących transponowanych do ustawy postanowień dotyczących zagwarantowania społeczeństwu jak najszerszego dostępu do transmisji z przebiegu ważnych wydarzeń.

Podsumowując, usługodawcy oferujący usługi PPV podobnie jak „tradycyjni” nadawcy podlegają obowiązkom określonym w art. 20b ustawy dotyczącym możliwości nadania transmisji z ważnych wydarzeń. Ocena przesłanek art. 20b ust. 6 (w tym ocena czy warunki cenowe zaoferowane nadawcom ogólnodostępnym przez nadawcę kwalifikowanego odzwierciedlały warunki rynkowe czy też były znacząco zawyżone, a oferta miała charakter pozorny) należy w świetle postanowień art. 10 i 53 ust. 1 ustawy do Przewodniczącego Krajowej Rady. Przewodniczący Krajowej Rady, działając na podstawie uchwały Rady, może więc wydać decyzję nakazującą zaniechanie przez dostawcę usługi medialnej działań naruszających przepisy art. 20b ust. 1 i 6 ustawy.



Przewodniczący KRRiT

Jan Dworak