



Warszawa, dnia 18 września 2008 r.

Pan

Witold Kołodziejski

Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji

ul. Sobieskiego 101

00-763 Warszawa

PTK Centertel sp. z o.o.
ul. Skierniewicka 10a
01-230 Warszawa

Tel 0 22 594 70 00
Fax 0 22 634 29 29
www.orange.pl

Stanowisko

Polskiej Telefonii Komórkowej – Centertel sp. z o.o. w sprawie implementacji dyrektywy 2007/65/EC, która zmieniła dyrektywę 89/552/EEC (tzw. dyrektywa „O telewizji bez granic”) nadając jej tytuł: dyrektywa „O audiowizualnych usługach medialnych”.

W odpowiedzi na ogłoszone przez Przewodniczącą Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej KRRiT) konsultacje z dnia 2 lipca 2008 roku dotyczące planowanej implementacji Dyrektywy 2007/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej – w nawiasach umieszczając numer dokumentu problemowego przedstawionego do konsultacji przez KRRiT oraz numer zagadnienia, Polska Telefonia Komórkowa – Centertel sp. z o.o. (dalej „PTK Centertel”) przedstawia poniżej stanowisko w przedmiotowej sprawie.



„Polska Telefonia Komórkowa Centertel Spółka z o.o.” z siedzibą w Warszawie, adres: 01-230 Warszawa ul. Skierniewicka 10 a, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy - Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000006107, o kapitale zakładowym 2.690.501.964,00 PLN, (NIP 527-020-68-72)

Masowy przekaz (dokument 1, 5.1.1)

Dyrektywa dotyczy usług „masowego przekazu”, czyli „przeznaczonych do odbioru przez znaczną część ogółu odbiorców”, które „mogłyby mieć na nią wyraźny wpływ”. Z kolei jak stanowi motyw 15, „żaden przepis niniejszej dyrektywy nie powinien zobowiązywać ani zachęcać państw członkowskich do wprowadzania nowych systemów koncesjonowania lub administracyjnego zatwierdzania jakiegokolwiek rodzaju audiowizualnych usług medialnych”. Należy zatem precyzyjnie określić próg wpływu na opinię publiczną tak, aby nie wprowadzać nowego systemu udzielania koncesji dotyczącego usług o znikomym wpływie na znaczną część odbiorców. Usługi, które nie są przeznaczone do odbioru przez znaczną część ogółu odbiorców, nie są audiowizualnymi usługami medialnymi w rozumieniu Dyrektywy. Dlatego też m.in. usługi testowe, usługi o limitowanym wąskim gronie odbiorców w implementacji Dyrektywy powinny znaleźć się poza zakresem regulacji. Za usługi przeznaczone do odbioru przez znaczną część odbiorców postulowalibyśmy uznać wyłącznie usługi otwarte dla nieograniczonej liczby odbiorców

Usługi linearne (dokument 1, 5.1.2)

W przypadku near-video-on-demand, ze względu na odmienne unormowania w Dyrektywie, postulowalibyśmy precyzyjne określenie granicy pomiędzy NVOD a VOD. Pragnęlibyśmy uniknąć sytuacji, w której VOD umieszczone w krótkim odstępie czasu od transmisji na żywo (np. minuta) mogłoby zostać uznane za NVOD (lub obejście przepisów ustawy) i obłożone obowiązkami usługi linearnej.

Definicja dostawcy (dokument 1, 5.1.4)

Usługi linearne

W związku z planowaną implementacją pojęcia „dostawcy audiowizualnych usług medialnych” pragnęlibyśmy podkreślić, że samo „zestawianie programów” (a nie poszczególnych audycji), które stanowi jeden z elementów definicji nadawcy w obowiązującej ustawie o radiofonii i telewizji, w rozumieniu dyrektywy nie powinno stanowić działalności „dostawcy usług audiowizualnych”. Zestawiający całe, zamknięte programy nie może brać za nie odpowiedzialności redakcyjnej, nie ma bowiem wpływu na ich treść.

Jak stanowi art. 1 c) Dyrektywy:

Odpowiedzialność redakcyjna oznacza sprawowanie faktycznej kontroli zarówno nad wyborem audycji, jak i nad sposobem ich zestawienia w chronologicznym układzie 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.

Dla porównania, w polskim prawie prasowym, redaktorem jest dziennikarz decydujący lub współdecydujący o publikacji materiałów prasowych. Redaktor naczelny odpowiada za treść przygotowywanych przez redakcję materiałów prasowych i ponosi odpowiedzialność cywilną za naruszenie prawa spowodowane opublikowaniem materiału prasowego.

Trudno zatem uznać, że podmiot wyłącznie dobierający gotowe programy może mieć faktyczną kontrolę nad ich budową. Postulujemy wyraźne zaznaczenie tego w treści implementacji Dyrektywy poprzez zmianę definicji „nadawcy”.

VOD

Jak wynika z praktyki:

- często gotowe, zamknięte Pakiety Usług Na Żądanie („Pakiety”) stworzone i zestawione przez dostawcę, nie są sprzedawane bezpośrednio przez dostawcę, ale przez podmiot pośredniczący w sprzedaży,
- oferta każdego pośrednika może składać się z Pakietów (katalogów) różnych dostawców,
- z racji wielkiej ilości treści audiowizualnej w ofercie pośrednik często nie ma technicznych możliwości weryfikowania treści dostarczanej w Pakietach przez dostawcę; często dostawca sam zmienia treść, którą pośrednik próbuje sprzedać konsumentom.

Jeżeli za „katalog” w rozumieniu Dyrektywy uznać całą ofertę dostępną u pośrednika sprzedającego VOD konsumentom, każdy pośrednik w sprzedaży VOD będzie ponosił odpowiedzialność redakcyjną, chociaż tylko dostawca będzie miał (zgodnie z prawem) wpływ na treść, reszta podmiotów będzie ją przekazywać bez zmian. Zdaniem PTK Centertel, w przypadku usług medialnych na żądanie warto byłoby podkreślić, że pośrednik pozbawiony wpływu na treść nie powinien stanowić dostawcy usług w rozumieniu Dyrektywy lub, ewentualnie, uznać możliwość istnienia różnych katalogów u tego jednego sprzedawcy.

VOD na podstawie przekazu linearnego (dokument 1, 5.1.4)

Jak stanowi motyw 20 zd. 2 Dyrektywy:

Zasadniczo wymogi niniejszej dyrektywy mające zastosowanie do rozpowszechniania telewizyjnego lub audycji telewizyjnych, które są udostępniane przez tego samego dostawcę usług medialnych także jako audiowizualne usługi medialne na żądanie, powinno się uważać za spełnione, jeżeli spełnione są wymogi mające zastosowanie do przekazu telewizyjnego, tzn. transmisji linearnej. Jeżeli jednak usługi różnego rodzaju udostępniane są równoległe, ale mają charakter wyraźnie odrębny, niniejsza dyrektywa powinna mieć zastosowanie do każdej z danych usług z osobna.

Dyrektywa nie wyjaśnia, co dzieje się, jeśli audycje telewizyjne są udostępniane nie bezpośrednio przez samego dostawcę usługi linearnej (np. telewizję), ale przez podmiot, który nabył od niego taką treść. Nie jest jasne, czy należy wówczas uznawać istnienie osobnego obowiązku wobec dostawcy usługi linearnej, a osobnego obowiązku dla dostawcy usługi na żądanie. W naszej ocenie, nie powinno się w ustawie nakładać obowiązku podwójnej kontroli tych samych treści. Powodowałoby to sytuację, w której każdy sprzedawca usług VOD, kupujący od programów telewizyjnych poszczególne audycje, zanim udostępniłby je w VOD powinien oglądać je i weryfikować pod kątem zgodności z Dyrektywą – niezależnie od tego, że za wprowadzenie usługi linearnej odpowiadał już dostawca usługi. W praktyce podmiot nabywający treść dostawcy nie ma możliwości ingerencji w kształt audycji, trudno byłoby go uznać za osobę odpowiedzialną za audycję.

W związku z tym proponowalibyśmy następujące sformułowanie przepisu:

1. Jeżeli treści będące przedmiotem audiowizualnej usługi medialnej na żądanie były wcześniej przedmiotem audiowizualnej usługi medialnej linearnej świadczonej na terytorium Unii Europejskiej przez podmiot podlegający jurysdykcji państwa członkowskiego Unii Europejskiej, podmiotu udostępniającego je bez zmian w formie usługi na żądanie nie uznaje się za dostawcę audiowizualnej usługi medialnej.
2. W rozumieniu ust. 1 za zmiany treści nie uznaje się drobnych zmian wynikających z konieczności dostosowania treści do innego formatu ani podziału treści na mniejsze części.

W ocenie PTK Centertel, na gruncie zasady prawa europejskiego swobodnego przepływu towarów i usług, pewnym modelem dla uregulowania odpowiedzialności za treść mogłyby być przepisy o „wprowadzeniu do obrotu” w rozumieniu dyrektywy 2006/115/WE: legalne „wprowadzenie do obrotu” programu zapewniałoby zgodność z wymaganiami Dyrektywy (w kwestii reklamy, lokowania produktu etc.) dla każdego kolejnego podmiotu korzystającego z tej treści (oprócz obowiązku nabycia sublicencji od dostawcy usługi medialnej). Rozwiązanie takie wydaje się najlepiej gwarantować konkurencję na rynku Wspólnoty Europejskiej.

Obowiązki koncesyjne i rozprowadzanie (dokument 1, 5.1.5)

Jak stanowi motyw 19 Dyrektywy:

Do celów niniejszej dyrektywy definicja dostawcy usług medialnych nie powinna obejmować osób fizycznych ani prawnych dokonujących jedynie transmisji audycji, za które odpowiedzialność redakcyjną ponosi osoba trzecia.

O ile Dyrektywa koncentruje się na dostawcach usług, o tyle kluczowym zagadnieniem dla jej funkcjonowania jest dystrybucja usług medialnych. W kontekście implementacji dyrektywy i zmiany polskiej ustawy o radiofonii i telewizji pragnęlibyśmy podnieść kwestię obowiązków nakładanych na podmioty wyłącznie rozprowadzające treść. Według Dyrektywy nie ma podstaw, aby podmiot, który nie dostarcza usług, a wyłącznie je rozprowadza bez zmian, ponosił odpowiedzialność za te usługi (utrata koncesji etc.). Zdaniem PTK Centertel, z przepisów dyrektywy wynika, iż w przypadku, w którym np. treści rozprowadzane naruszałyby postanowienia dyrektywy, państwo członkowskie powinno egzekwować zaprzestanie naruszania od dostawcy usług, lub, jeśli dostawca podlega jurysdykcji innego państwa członkowskiego, od tego państwa członkowskiego.

Wskutek implementacji Dyrektywy wzrosła liczba usług medialnych objętych wyraźną regulacją prawną. W świetle zasady swobodnego przepływu usług kontrowersyjne byłoby ustanawianie obowiązków utrudniających obrót usługami na terytorium UE (np. obowiązków regulacyjnych dla każdego pośrednika wyłącznie przekazującego treść). W naszej ocenie, zgodne z aksjologią prawa europejskiego byłoby rozwiązanie analogiczne do art. 12 Dyrektywy o handlu elektronicznym, w którym podmioty pośredniczące w przekazywaniu treści między dostawcą usługi a użytkownikiem końcowym zwolnione byłyby z odpowiedzialności związanej z przekazywaną treścią, jeśli nie modyfikowałyby informacji zawartych w przekazie.

W związku z powyższym proponowalibyśmy wprowadzenie przepisu w następującym brzmieniu:

„Dostawca audiowizualnych usług medialnych ponosi odpowiedzialność za treść będącą przedmiotem usługi udostępnienia użytkownikowi końcowemu, którą dostarczył na podstawie umowy podmiotowi dokonującemu udostępnienia takiej treści użytkownikowi końcowemu, a w szczególności na dostawcy audiowizualnych usług medialnych spoczywa obowiązek zapewnienia zgodności treści z prawem oraz uzyskania odpowiednich zgód lub licencji od podmiotów praw autorskich i pokrewnych do treści, a jeżeli wymaga tego

państwo członkowskie – zgod lub licencji właściwych organizacji zbiorowego zarządzania obejmujących udostępnianie treści użytkownikowi końcowemu.”

Odpowiedzialność dostawcy (dokument 1, 5.1.4)

Jak stanowi motyw 23 Dyrektywy:

Niniejsza dyrektywa powinna pozostawać bez uszczerbku dla przypadków wyłączenia odpowiedzialności ustanowionych w dyrektywie 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)

Wspomniana Dyrektywa o handlu elektronicznym wyraźnie stanowi, że usługi wideo na żądanie są usługami społeczeństwa informacyjnego. W związku z poszerzeniem liczby usług objętych regulacją Dyrektywy na Internet i inne media, wydaje się istotne, aby rozgraniczyć pola odpowiedzialności dostawców audiowizualnej usługi medialnej i pośredników technicznych, tak aby – na przykład w przypadku dostawcy sieci internetowej – nie było wątpliwości, kto rozpowszechnia treść audiowizualną.

Dlatego, aby zwiększyć pewność prawną, proponujemy umieszczenie poniższego przepisu w ustawie:

„Podmiot, który zapewnia środki komunikacyjne umożliwiające użytkownikowi końcowemu połączenie się z serwerem lub innym źródłem danych oraz odebranie lub przestanie tych danych (pośrednik techniczny) nie ponosi odpowiedzialności za treść będącą przedmiotem udostępnienia użytkownikowi końcowemu, a w szczególności za zgodność treści z prawem, uzyskanie odpowiednich zgód lub licencji od podmiotów praw autorskich i pokrewnych do treści, a jeżeli wymaga tego państwo członkowskie – zgod lub licencji właściwych organizacji zbiorowego zarządzania. Pośrednik techniczny świadczący usługę telekomunikacyjną może doliczyć do opłaty za usługę telekomunikacyjną opłatę za dostęp do treści.”


Koncesjonowanie programów (dokument 1, 5.1.5)

Ponieważ zarówno Dyrektywa, jak i inne akty prawa wspólnotowego opierają się na zasadzie neutralności technologicznej (stosowanej przez KRRiT m.in. w stanowisku regulacyjnym z 31 maja 2006 r. w sprawie TVoDSL), należy podkreślić, że stosowanie tej zasady powinno uzależniać stopień regulacji danej usługi wyłącznie od jej „wpływu na opinię publiczną”, a nie od technologii. Dlatego, mając na uwadze pełne i skuteczne zrealizowanie celów Dyrektywy, postulujemy, aby rodzaj regulacji faktycznie zależał wyłącznie od popularności usługi. Dlatego, w naszej opinii, co do zasady takie same kryteria powinny odnosić się do nadawania rozsywczego naziemnego, jak i webcastingu. Niewykluczone jest bowiem, że istnieć mogą programy nadawane drogą rozsywczą naziemną mające taki sam wpływ na opinię publiczną jak programy dostępne w webcastingu. Wymagałoby to wyraźną zmianę zakresu obowiązku koncesyjnego.

PTK Centertel stoi na stanowisku, iż dla audiowizualnych usług na żądanie należy przyjąć możliwie liberalny próg regulacji. Ponieważ każde umieszczenie utworu audiowizualnego w Internecie stanowi świadczenie audiowizualnej usługi na żądanie, wprowadzenie jakichkolwiek barier w rodzaju zezwoleń, koncesji, po pierwsze, utrudniałoby w sposób dokuczliwy legalny przepływ usług, a po drugie, w praktyce pozostałoby zapewne nieskuteczne.

Dla audiowizualnych usług linearnych postulowalibyśmy przyjęcie określonych progów, od przekroczenia których zależałoby objęcie surowszym reżimem prawnym danej usługi. W ten sposób można byłoby zapewnić możliwie proporcjonalną regulację do wpływu usługi na opinię publiczną. Projektując rodzaj regulacji należy mieć na uwadze jej skuteczność, zwłaszcza w środowisku internetowym. Dlatego w przypadku dostarczania większości usług linearnych (np. programów telewizyjnych dostępnych w systemie DVB-H) wystarczającym wymaganiam, równoważącym interesy regulacyjne i rynkowe, byłoby wprowadzenie obowiązku zgłoszenia faktu nadawania programu do odpowiedniego organu.

Krzysztof Kawalek


Dyrektor Pionu Spraw Prawnych i Regulacji