

PRZEDMIOTOWY I TERYTORIALNY ZAKRES DYREKTYWY

1. Przedmiotowy zakres dyrektywy

Nowe regulacje w tej dziedzinie są w istocie powodem prac nad nową dyrektywą i wprowadzą najszerszy zakres zmian w stosunku do dyrektywy obecnie obowiązującej.

Wobec powstawania coraz to nowych form i sposobów dostarczania zawartości audiowizualnej, szczególnego znaczenia nabiera zarówno określenie przedmiotowego zakresu dyrektywy, jak i precyzyjne określenie *ratio legis*, tj. uzasadnienie objęcia regulacją pewnych form rozpowszechniania zawartości audiowizualnej. Konieczne jest uzyskanie pewności prawnej i wprowadzenie zasad zrozumiałych oraz przekonujących dla opinii publicznej i nadawców/dostawców zawartości audiowizualnej.

KRRiT popiera zasadnicze założenie, że nowa dyrektywa powinna zawierać technologicznie neutralne regulacje uwzględniające konwergencję mediów oraz że potrzebne jest kompleksowe, zintegrowane podejście do usług Społeczeństwa Informacyjnego i do audiowizualnych usług medialnych. Popiera też – co do zasady – przyjęcie dwóch poziomów regulacji – dla wszelkich usług audiowizualnych oraz dla linearnych usług audiowizualnych.

KRRiT nie widzi natomiast uzasadnienia dla objęcia nową dyrektywą radia i stwierdza, że zaproponowana definicja usług audiowizualnych objętych nową dyrektywą wyklucza taką możliwość. KRRiT stwierdza, że poza istniejącym już w dyrektywie zróżnicowaniem przepisów odnośnie różnych typów nadawców telewizyjnych nie istnieje uzasadnienie dla dalszego różnicowania ich dla nadawców o dużej (high impact) i małej (low impact) sile oddziaływania (tzw. primary i secondary channels).

Jednocześnie jednak należy stwierdzić, że „Issues Paper” pt. „Rules Applicable to Audiovisual Content Services” pozostawia wiele wątpliwości ponieważ:

1. Określa zakres przedmiotowy nowej dyrektywy w sposób nieprecyzyjny, nie tworzący pewności prawnej, zwłaszcza przez brak precyzyjnego określenia nielinearnych usług audiowizualnych podlegających regulacji dyrektywy;
2. Jednocześnie nie podaje *ratio legis* objęcia regulacją wszelkich nielinearnych usług audiowizualnych o pozamedialnym charakterze. W odniesieniu do usług linearnych wyraźnie podkreśla się, że będą to usługi medialne (odniesienie do ramówki; odpowiedzialnego redaktora, odpowiedzialności redakcyjnej itp.) Podejście to zasługuje na poparcie. Natomiast w odniesieniu do usług nielinearnych, brakuje określenia ich charakteru i to rodzi zastrzeżenia wymagające wyjaśnienia.

1.1. Nieprecyzyjne określenie zakresu przedmiotowego

„Issues Paper” stwierdza, że regulacji podlegać będą „usługi dostarczające zawartości audiowizualnej” (audiovisual content services), tj.

- Usługi w rozumieniu Traktatu (art. 49 i 50);
- Dostarczające ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego;
- Do powszechnego odbioru
- Rozpowszechniane poprzez sieci komunikacji elektronicznej.

W „Issues Paper” wyjaśnia się dodatkowo, że określenie „usługi w rozumieniu Traktatu” wyklucza „niekomercyjne lub prywatne komunikowanie masowe”. Wątpliwości budzą oba człony tego wyjaśnienia.

Teza o wykluczeniu „niekomercyjnego komunikowania masowego” z zakresu nowej dyrektywy nie jest zgodna ani z Traktatem, ani z rzeczywistością. Art. 50 Traktatu definiuje usługi jako świadczenia wykonywane z reguły odpłatnie, czyli – wbrew tezie zawartej w „Issues Paper” – nie wyklucza z tego pojęcia świadczeń wykonywanych nieodpłatnie, a zatem niekomercyjnych. Należy też założyć, że regulacją dyrektywy będą objęte zarówno programy nadawców publicznych bądź środowiskowych albo społecznych nie finansowanych z reklamy czy sponsoringu, jak i audiowizualna oferta internetowa, dostępna bez żadnych opłat. W wielu przypadkach są to usługi niekomercyjne.

Określenie „prywatne komunikowanie masowe” jest wewnętrznie sprzeczne. Komunikowanie prywatne nie może być masowe – i odwrotnie. Właściwsze byłoby określenie „komunikacja prywatna”.

Bez wyjaśnienia tych wątpliwości, proponowany zapis nie będzie zapewniał pewności prawnej. W tym kształcie nie może więc zostać zaakceptowany.

1.2. Brak pełnej definicji usług nielinearnych

Jako przykład nielinearnych usług audiowizualnych, które mają być objęte regulacją nowej dyrektywy, podaje się „video-on-demand, internetowe serwisy informacyjne itp., niezależnie od platformy dystrybucji”. Wyjaśnienie to może rodzić wątpliwości. „Internetowy serwis informacyjny” jest zwykle multimedialny, ale przede wszystkim oparty na informacji tekstowej. Czy zatem takie serwisy też będą podlegały regulacji dyrektywy? Określenie to wymaga więc daleko idącego doprecyzowania – zwłaszcza jeżeli idzie o audiowizualne usługi internetowe.

O ile podejście neutralne technologicznie uzasadnia objęcie wszelkich form telewizji dostępnych w Internecie takim samym zakresem regulacji, jak w przypadku innych platform rozpowszechniania (naziemnej, kablowej czy satelitarnej), o tyle obejmowanie regulacją internetowych usług audiowizualnych o charakterze pozamedialnym wymaga szczególnego uzasadnienia. „Issues Paper” nie wyklucza takiej możliwości, a tym samym sprawia wrażenie, że nowa dyrektywa obejmie wszelkie formy działalności audiowizualnej w Internecie. Ta niejasność musi być usunięta poprzez wykluczenie tej opcji – co jednak nie usuwa możliwości promowania samo- i współ-regulacji dostawców usług i zawartości internetowej.

1.3 Przepisy odnoszące się do usług audiowizualnych

W „Issues Paper” przedstawiono koncepcję dwóch poziomów regulacji: dla wszystkich usług audiowizualnych i dla usług linearnych. KRRiT popiera tę koncepcję (z wyrażonym wcześniej zastrzeżeniem odnośnie regulowania audiowizualnej zawartości Internetu) i akceptuje zakres i formy „podstawowych uregulowań” przewidzianych dla wszystkich usług audiowizualnych.

2. Terytorialny zakres dyrektywy

2.1 Usługi linearne

Polska popiera propozycje zawarte w „Issues Paper” obejmujące:

- Bardziej precyzyjną definicję pojęć „znacząca część siły roboczej” i „decyzje redakcyjne”;
- Zamianę kolejności dodatkowych kryteriów ustalania jurysdykcji (zamiana kolejności pkt. c i b w art. 4).

Sprawa terytorialnego zakresu dyrektywy jest od dawna przedmiotem kontrowersji, czego wyrazem jest „Oświadczenie” przyjęte w maju 2004 r. przez szereg Państw Członkowskich (Austrię, Belgię, Czechy, Estonię, Holandię, Irlandię, Litwę, Łotwę, Polskę, Słowenię i Szwecję), wzywające do dyskusji nad przepisami dyrektywy w tym zakresie oraz apelujące do Komisji Europejskiej, aby zaproponowała rozwiązania w procesie nowelizacji dyrektywy.

Można wymienić kilka podstawowych powodów niezadowolenia Państw Członkowskich z obecnej sytuacji w dziedzinie telewizji ponadgranicznej pod rządami dyrektywy:

1. Programy zagraniczne zawierają treści niezgodne z przepisami państwa odbierającego (zgodnie z Art. 3 dyrektywy Państwa Członkowskie mogą wprowadzić bardziej szczegółowe lub ostrzejsze przepisy w dziedzinach objętych postanowieniami Dyrektywy w odniesieniu do nadawców podlegających jurysdykcji danego Państwa Członkowskiego, jednak ewentualnych ograniczeń w zakresie treści czy reklamy nie można wyegzekwować w przypadku programów pochodzących z innych krajów). Zjawisko to można określić jako nadużywanie swobody wyboru “country of establishment” w celu omijania przepisów kraju, do którego program jest adresowany.
2. Małe państwa uważają, że ich interesy gospodarcze są zagrożone przez adresowaną do ich rynków reklamę zawartą w zagranicznych programach, czy tzw. oknach programowych;
3. Nadawca programu adresowanego do danego kraju uzyskuje koncesję w innym kraju, po to by uniknąć podporządkowania przepisom kraju, do którego nadaje;
4. Przypadki, kiedy nie można ustalić w czyjej jurysdykcji znajduje się nadawca.

Trzy pierwsze przypadki dotyczą kluczowej sprawy zdolności Państw Członkowskich do realizowania własnej polityki audiowizualnej, a zatem równowagi między narodową i wspólnotową polityką audiowizualną. Jak wskazuje rozwój wypadków, coraz więcej krajów uważa, że równowaga ta została naruszona na niekorzyść polityki narodowej.

Zasada, że nadawca podlega jurysdykcji kraju, w którym jest ustanowiony, jest jednym z podstawowych uregulowań dyrektywy i nie może być zmieniona. Niemniej, należy rozważyć wprowadzenie do nowej dyrektywy metod pozwalających na poszukiwanie rozwiązań wymienionych wyżej problemów.

W sprawie 1 (bardziej szczegółowe lub ostrzejsze przepisy narodowe) możliwe jest zastosowanie mechanizmu już obecnie przewidzianego w art. 3a dyrektywy dla krajowych list ważnych wydarzeń: państwo członkowskie przedstawia swoje przepisy stosownej strukturze do rozpatrzenia i jeżeli zostaną one uznane za zgodne z normami wspólnotowymi, będą

obowiązujące dla nadawców ustanowionych w innych krajach i nadających programy w całości lub w większości adresowane do danego kraju.

W sprawie 2 należy rozpocząć od zapewnienia zgodności reklamy kierowanej wyłącznie lub głównie do jednego państwa członkowskiego z przepisami tego kraju, jeżeli są one inne od przepisów wspólnotowych. Często podnoszona kwestia destabilizacji danego rynku reklamowego i zagrożenia interesów lokalnych nadawców, w sytuacji, gdy znacząca część dochodów reklamowych przejmowanych jest przez zagranicznych nadawców, wymaga dalszej pogłębionej dyskusji z punktu widzenia ewentualnych nowych regulacji w dyrektywie.

W sprawie 3 pożądanym byłoby wprowadzenie do dyrektywy przepisów wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, pozwalających państwu członkowskiemu na podporządkowanie swojej jurysdykcji nadawców ustanowionych w innym kraju jeżeli nadają wyłącznie na jego terytorium, lub gdy nadawcę ustanowiono w innym kraju, by uniknąć podporządkowania jurysdykcji kraju, do którego emitowany jest program. Jednocześnie art. 2a powinien zostać rozszerzony o prawo państwa członkowskiego do podjęcia działań przeciwko nadawcy nadużywającemu prawa swobody wyboru „country of establishment”, jeżeli nie podporządkuje się jego jurysdykcji.

Niezależnie od tego, właściwe wydaje się rozszerzenie zakresu rozdziału VIa dyrektywy przez dodanie przepisów określających tryby bezpośredniej współpracy między Państwami Członkowskimi w zakresie realizacji dyrektywy. należy poszukiwać drogi przeciwdziałania temu zjawisku – np. przez współpracę między organami regulacyjnymi z kraju nadawania i odbioru. Celem tej współpracy mogłoby być takie ukształtowanie koncesji przyznawanej nadawcy w country of establishment, by – zgodnie z duchem orzeczeń ETS w sprawach *Van Binsbergen i TV 10 S.A. vs. Coommissariaat voor de Media* - aby kluczowych sprawach (np. ochrona interesów ekonomicznych, lub ochrona małoletnich i godności ludzkiej) nadawca nie był zwolniony od przestrzegania przepisów, którym by podlegał, gdyby ustanowił siedzibę w kraju, do którego nadaje. Mogłaby też ona stanowić dla organu koncesyjnego w jednym kraju źródło informacji o wnioskodawcy chcącym nadawać do innego kraju, pozwalających ustalić, że stanowi on przykład nadawcy pragnącego uniknąć podporządkowania przepisom innego kraju.

Formuła takiej współpracy powinna zostać starannie przemyślana i określona w samej dyrektywie. Wymiana informacji i współpraca między rządami i organami regulacyjnymi pomogłyby rozwiązać wiele problemów związanych z problemem jurysdykcji. Są one teoretycznie możliwe także dziś, jednak wyraźne ich usankcjonowanie w dyrektywie sprzyjałoby ich rozwojowi.

2.2 Usługi nieliniarne

Odniesienie się do problemu jurysdykcji nad nieliniarnymi usługami audiowizualnymi jest utrudnione przez brak precyzyjnej definicji tych usług (patrz pkt. 1.2). W odniesieniu do nieliniarnych usług audiowizualnych dostępnych w Internecie, KRRiT stoi na stanowisku, że dyrektywa powinna odnosić się jedynie do usług o charakterze medialnym, natomiast inne usługi powinny podlegać samo- lub współ-regulacji z udziałem dostawców usług i zawartości. Dyrektywa mogłaby do tego zachęcać a wraz z nią można by przyjąć rozszerzoną wersję proponowanego Zalecenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony nieletnich i ludzkiej godności oraz prawa do odpowiedzi w związku z konkurencyjnością europejskiego przemysłu usług audiowizualnych i informacyjnych online.

Odnosnie nielinearnych usług medialnych dostępnych w Internecie, Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, a w szczególności handlu elektronicznego, dostarcza wielu pożytecznych instrumentów regulacji tego typu usług. Możliwe jest też zastosowanie rozwiązań przewidzianych w dyrektywie 2002/38/EC Rady z 3 grudnia 2002 zmieniającej i tymczasowo zmieniającej dyrektywę 77/388/EEC w zakresie zmian opodatkowania usług radiowych i telewizyjnych i określonych usług świadczonych drogą elektroniczną.