internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
7(4)
2015

SERIA REGULACYJNA

- Status prawny mediów spersonalizowanych
- Status prawny telewizji hybrydowej na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji
- Autopromocja dostawców audiowizualnych usług medialnych
- Prawa do transmisji z ważnych wydarzeń w świetle prawa Unii Europejskiej
- Regulacja audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Nowe rozwiązania dla „nowych mediów”?
- Rozprowadzanie programów jako usługa telekomunikacyjna
- Ochrona prywatności w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie
- Archiwa audiowizualne telewizji publicznej – od sejfu do kreatywności
- Zasadność wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości dla operatora multipleksu w okresie przed przyznaniem koncesji na rozpowszechnianie programów
- Polska lista ważnych wydarzeń i kontekst jej powstania

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
UNIWERSYTET WARSZAWSKI WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy
KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

7(4)
2015

65. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl
e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl
e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,
ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl
e-mail: elipsa@elipsa.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

1. Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.
2. Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; EBOR) – wiceprzewodniczący.
3. Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.
4. Doc. dr **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
5. Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
6. Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.
7. Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.
8. Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.
9. Prof. dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
10. Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
11. Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.
12. Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – członek.
13. Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.
14. Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.
15. Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
16. Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN) – członek.
17. Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.
18. Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – członek.
19. Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
20. Dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
21. Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM; sędzia NSA) – członek.
22. Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.
23. Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego; członek Zarządu T-Mobile) – członek.
24. Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
25. Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz docent w Instytucje Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.
26. Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
27. Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
28. Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; poseł na Sejm RP) – członek.

Kolegium Redakcyjne

1. Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz red. tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; adresy mailowe: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. stacj.: (22) 55.34.012.; tel. kom.: 604.759.706.
2. Dr hab. **Anna Fornalczyk** (COMPER) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz red. tematyczny ds. pomocy publicznej; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.
3. Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór na „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; adresy mailowe: piątek@wz.uw.edu.pl; piatek@supermedia.pl; tel. kom.: 601.214.611.
4. Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@wz.uw.edu.pl; tel. kom.: 602.245.591.
5. Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. wdrażania reguł konkurencji; adres mailowy: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. stacj.: (22) 55.34.126.
6. Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor jednego numeru „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej; adres mailowy: mczg@interia.pl; tel. kom.: 601.482.488.
7. **Łukasz Gołąb** (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji w sektorze transportu; adres mailowy: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom.: 664.257.487.
8. Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania) – redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej" oraz redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. kom.: 501.060.776.
9. Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.
10. Dr hab. **Anna Piszcz** (adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. ochrony konsumentów prawa ochrony konkurencji zagranicą; adres mailowy: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom.: 608.777.236.
11. Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; adres mailowy: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom.: 502.031.389.

Spis treści

Nowe usługi medialne w zmieniającym się porządku prawnym
(od redaktora prowadzącego) 6

Artykuły

Jędrzej Skrzypczak, **Status prawny mediów spersonalizowanych** 8

Tomasz Zdzikot, **Status prawny telewizji hybrydowej na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji** 19

Elżbieta Czarny-Drożdżejko, **Autopromocja dostawców audiowizualnych usług medialnych** 29

Małgorzata Pęk, **Prawa do transmisji z ważnych wydarzeń w świetle prawa Unii Europejskiej** 44

Katarzyna Klafkowska-Waśniowska, **Regulacja audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Nowe rozwiązania dla „nowych mediów”?** 57

Stanisław Piątek, **Rozprowadzanie programów jako usługa telekomunikacyjna** 70

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, **Ochrona prywatności w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie** 86

Robert Kroplewski, **Archiwa audiowizualne telewizji publicznej – od sejfu do kreatywności** 100

Artur Salbert, Anna Żochowska-Sychowicz, **Zasadność wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości dla operatora multipleksu w okresie przed przyznaniem koncesji na rozpowszechnianie programów** 116

Przegląd prawa i orzecznictwa

Albert Woźniak, **Polska lista ważnych wydarzeń i kontekst jej powstania** 127

Materiały wideo na stronie internetowej gazety a stosowanie dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.
Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (druga izba) z dnia 21 października 2015 r. w sprawie C347/14 – *New Media Online GmbH* (Andrzej Nałęcz) 135

Przegląd piśmiennictwa

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej.* Warszawa 2013, s. 356 (Michał Możdżeń-Marcinkowski) 139

Sprawozdania

Strategia rozwoju rynku medialnego w Polsce na lata 2015–2020 (Wojciech Dziomdziora) 148

Sprawozdanie z piątego spotkania w Dyrekcji Generalnej ds. technologii informacyjnych i komunikacyjnych na temat samo- i współregulacji (Bruksela, 12 czerwca 2015 r.) (Lidia Żebrowska) 150

Contents, summaries and key words 155

Nowe usługi medialne w zmieniającym się porządku prawnym
(od redaktora prowadzącego)

Prezentowany numer internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego poświęcony jest w całości sprawom mediów elektronicznych. Najbardziej charakterystycznym wspólnym rysem opracowań zamieszczonych w tym numerze jest poszukiwanie odpowiednich kwalifikacji prawnych dla nowych usług, które nie dają się jednoznacznie umiejscowić na ukształtowanej prawem mapie działalności usługowej w cyfrowym środowisku medialnym. Autorzy tych opracowań próbują ustalić, jak nowe usługi, będące przejawem konwergencji tradycyjnych mediów, mieszczą się w klasycznych kategoriach pojęciowych wypracowanych w unijnym i krajowym prawie dotyczącym mediów i komunikacji elektronicznej. Taki charakter ma artykuł Jędrzeja Skrzypczaka dotyczący statusu prawnego mediów spersonalizowanych, które choć mają charakter medialny, to zawierają przekazy adresowane do konkretnego odbiorcy, w odróżnieniu od tradycyjnego modelu opartego na komunikowaniu dla dużych grup. Próbą ustalenia charakteru prawnego nowej usługi, będącej wynikiem postępu technologicznego, jest artykuł Tomasza Zdzikota poświęcony statusowi prawnemu telewizji hybrydowej. Zmierza on do umiejscowienia tej nowej usługi na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji. Usytuowanie audiowizualnych usług medialnych na żądanie w prawie radiofonii i telewizji analizuje Katarzyna Klafkowska-Waśniowska, oceniając na ile wprowadzone niedawno rozwiązania prawne odpowiadają charakterystyce „nowych mediów". W tym samym nurcie utrzymany jest artykuł Stanisława Piątka poświęcony kwalifikacji prawnej usługi rozprowadzania programów jako usługi telekomunikacyjnej. Nowa kwalifikacja prawna jest następstwem zmian w orzecznictwie sądowym i zmierza do zapewnienia abonentom usług telewizyjnych takiego samego poziomu ochrony, jaki przysługuje użytkownikom usług telekomunikacyjnych. Określeniom terminologicznym i klasyfikacyjnym poświęcona jest, opracowana przez Andrzeja Nałęcza, glosa do bardzo ciekawego, prejudycjalnego wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE, na temat statusu usługi polegającej na publikowaniu materiałów wideo na stronie internetowej gazety w świetle dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.

Profil pozostałych artykułów i innych materiałow niewiele odbiega od tego głównego nurtu. Zmierzają one do sprecyzowania skutków zmian, jakie nastąpiły w wyniku dostosowania polskiego prawa radiofonii i telewizji do wymagań prawa unijnego. Prawo unijne wprawdzie odnosi się głównie do usług audiowizualnych, ale tradycyjna symetryczność krajowej regulacji radia i telewizji powoduje, że rozwiązania unijne przenoszone są częściowo również na usługi radiowe. Elżbieta Czarny-Drożdżejko analizuje rozwiązania zastosowane w zakresie autopromocji dostawców audiowizualnych usług medialnych, zmierzając do ustalenia stosunku przepisów o autopromocji do pozostałych przekazów handlowych. Z kolei opracowanie Katarzyny Chałubińskej-Jentkiewicz poświęcone zostało zastosowaniu przepisów o ochronie prywatności przy świadczeniu audiowizualnych usług medialnych na żądanie, które ukazują preferencje i profil odbiorcy w znacznie

większym stopniu niż typowe usługi linearne. Dwie pozycje poświęcone zostały instytucji ważnych wydarzeń, których transmisje podlegają szczególnemu reżimowi prawnemu. Małgorzata Pęk analizuje prawa do transmisji z ważnych wydarzeń w świetle prawa Unii Europejskiej i formułuje istotne postulaty dotyczące modyfikacji stanu prawa unijnego w odniesieniu do tej instytucji. Natomiast Albert Woźniak, w części poświęconej przeglądowi prawa, przedstawia tryb opracowania i kontekst powstania polskiej listy ważnych wydarzeń. Specyficznie krajowy kontekst ma sprawa archiwów wytworzonych przez Telewizję Polską przed jej przekształceniem w spółkę prawa handlowego. Robert Kroplewski omawia sytuację prawną archiwów audiowizualnych telewizji publicznej, zmierzając do zaproponowania rozwiązań, które służyłyby powszechnemu dostępowi do tych zasobów. Kwestii interpretacyjnej dotyczącej ponoszenia opłat za częstotliwości poświęcony jest artykuł Artura Salberta i Anny Żochowskiej-Sychowicz dotyczący zasadności wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości dla operatora multipleksu w okresie przed przyznaniem koncesji na rozpowszechnianie programów.

W części poświęconej przeglądowi piśmiennictwa publikujemy obszerną recenzję książki Katarzyny Chałubińskej-Jentkiewicz pt. *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*, opracowaną przez Michała Możdżenia-Marcinkowskiego. W części poświęconej sprawozdaniom z ważnych wydarzeń znajduje się przygotowane przez Wojciecha Dziomdziorę omówienie raportu Fundacji Sztuka–Media–Film pt. *Strategia rozwoju rynku medialnego w Polsce na lata 2015-2020*. Natomiast sprawozdanie, przygotowane przez Lidię Żebrowską, na temat piątego spotkania w Dyrekcji Generalnej ds. technologii informacyjnych i komunikacyjnych dotyczy spraw samo- i współregulacji.

Warszawa, 12 listopada 2015 r.

Stanisław Piątek

Jędrzej Skrzypczak*

Status prawny mediów spersonalizowanych

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Kwalifikacja prawna mediów spersonalizowanych w świetle prawa unijnego
III. Kwalifikacja prawna mediów spersonalizowanych w świetle prawa krajowego

Streszczenie

Rewolucja technologiczna wywiera ogromny wpływ na sposób funkcjonowania rynku medialnego, ale także na regulacje prawne w tym obszarze. Rozwój medialnych technologii cyfrowych doprowadził do stworzenia wielu nowych kategorii przekazów i modyfikacji tradycyjnych schematów komunikowania. Jednym z najciekawszych przykładów tych zjawisk są tzw. media spersonalizowane. Status prawny mediów spersonalizowanych może budzić spore wątpliwości, tym bardziej że odnosi się do wielu płaszczyzn regulacyjnych i rozmaitych instytucji prawnych. Artykuł próbuje rozstrzygnąć jak należy – z punktu widzenia obowiązującego prawa – kwalifikować taki rodzaj przekazów.

Słowa kluczowe: media spersonalizowane; media *on-demand*; status prawny mediów spersonalizowanych; status prawny *video-on demand*; status prawny *radio-on demand*.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

Rewolucja technologiczna wywiera ogromny wpływ na sposób funkcjonowania rynku medialnego, ale także na regulacje prawne w tym obszarze. Rozwój medialnych technologii cyfrowych doprowadził do stworzenia wielu nowych kategorii przekazów i modyfikacji tradycyjnych schematów komunikowania. Jednym z najciekawszych przykładów tych zjawisk są tzw. media spersonalizowane. Należy tu wyjaśnić, iż przez to pojęcie rozumie się wszelkie przekazy medialne charakteryzujące się schematem komunikowania *one-to-one*, czyli od nadawcy do konkretnego odbiorcy, w odróżnieniu od tradycyjnego modelu *one-to-many*[1]. Pozwala to na dostarczanie treści zindywidualizowanych, będących odpowiedzią na zapotrzebowanie konkretnego odbiorcy[2]. W obu

* Prof. UAM, dr hab. Jędrzej Skrzypczak – Kierownik Zakładu Systemów Prasowych i Prawa Prasowego, WNPiD UAM; wiceprzewodniczący Rady Nadzorczej Rozgłośni Regionalnej Polskiego Radia „Radia Merkury" w Poznaniu; radca prawny; e:mail: jedrzej.skrzypczak@amu.edu.pl.

[1] C.H. Stevens (1981). *Many to many Communication*. MIT, s. 11. Pozyskano z: https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/48404/manytomany-commun00stev.pdf?sequence=1. Warto dodać, że w tzw. nowych mediach mówi się o schemacie komunikowania *many-to-many*.

[2] Warto odnotować, że funkcjonują w doktrynie także takie pojęcia, jak *broadcasting* i *narrowcasting*. Pierwszy polega na tym, że nadawca transmituje program do odbioru publicznego (schemat komunikacji *one-to-many*). *Narrowcasting* z kolei charakteryzuje się schematem *one-to-one*, czyli od nadawcy do konkretnego odbiorcy. Patrz szerzej: W. Gogołek (2003). Media online, *Studia Medioznawcze*, *3*, s. 16.

jednak przypadkach mamy w istocie do czynienia z mediami masowymi, inaczej niż w przypadku telefonii czy poczty elektronicznej. Obecnie personalizacja treści medialnych możliwa jest zarówno w przekazach nielinearnych, jak i linearnych, a więc mogą one być dostępne w formie tzw. streamingu, jak również materiałów dostępnych na żądanie[3]. Cechą charakterystyczną jest to, że w każdej z powyższych sytuacji tradycyjny przekaz oparty na układzie audycji (tzw. ramówce) traci na znaczeniu na rzecz zestawienia treści zamówionych przez odbiorcę[4]. W przypadku tej pierwszej kategorii, każdy odbiorca przekazuje nadawcy swoje spersonifikowane preferencje, w zamian otrzymując dostosowany do tych oczekiwań zindywidualizowany program, ale w czasie rzeczywistym. Przykładem niech będzie projekt badawczo-rozwojowy Netradio[5]. Idea tego pomysłu polega na wprowadzeniu systemu automatycznego tworzenia indywidualnego programu radiowego na żywo, skonstruowanego zgodnie z oczekiwaniami odbiorcy i transmisji takiej spersonalizowanej oferty w sposób, który nie będzie się odróżniał od „normalnego" radiowego programu *live*. Zasadnicza różnica tego rozwiązania w stosunku do innych dostępnych na rynku polega na wprowadzeniu systemu automatycznego tworzenia indywidualnego programu radiowego na żywo, skonstruowanego zgodnie z oczekiwaniami odbiorcy. System ten funkcjonuje w taki sposób, iż z bazy nagrań archiwalnych (w których zamieszczone są audycje słowne podzielone na kategorie tematyczne oraz sprofilowane nagrania muzyczne), zawartość wędruje do bazy danych, która (poprzez system „kontrolerów", zdefiniowanych przez samych użytkowników) generuje *n* programów. Każdy z tych programów trafia do jednego odbiornika (jeden terminal komputerowy, smartfon, odbiornik radiowy w samochodzie – również działający jako terminal UMTS) [6].

W przypadku usług *on-demand* zamawiający „ściąga" w miejscu i czasie przez siebie wybranym na własne urządzenie konkretną audycję. Następuje w tym przypadku zmiana tradycyjnie rozumianego pasywnego komunikowania linearnego[7] w aktywny przekaz nielinearny. Mamy tu do czynienia z komunikacją asynchroniczną w tym sensie, że treści mogą być dostępne w momencie i miejscu wybranym swobodnie przez odbiorcę[8]. Do tej kategorii zalicza się takie rozwiązanie, jak *Video on Demand* (VoD) lub *Radio on Demand* (RoD)[9]. Warto tu wyjaśnić, że usługi tego typu są bardzo różnorodne. I tak, biorąc pod uwagę miejsce przechowywania zamówionych treści, można wyróżnić *Push VoD* oraz *Pull VoD*. W tym pierwszym przypadku chodzi o takie typy sieci, które nie zapewniają kanału zwrotnego (np. przekazy satelitarne, naziemne). Stąd też pewien pakiet audycji (treści) przekazywany jest do urządzenia odbiorcy, który wyposażony jest w twardy dysk magazynujący przesłane treści na tzw. PVR[10]. Widz w momencie przez siebie wybranym

[3] Należy tu wyjaśnić, że z technicznego punktu widzenia w istocie w obu przypadkach następuje przesył strumieniowy, choć odbywa się to w innej technologii. W przypadku tzw. streamingu następuje to z inicjatywy nadawcy (liniearnie), natomiast w przypadku przekazów on-demand to użytkownik decyduje o tym procesie (nielinearnie).

[4] E. Murawska-Najmiec i P. Popa (2007). *Telewizja mobilna: stan obecny i wyzwania na przyszłość*. Analiza Biura KRRTV, czerwiec. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/bip/Portals/0/publikacje/analizy/Analiza2007_03.pdf, s. 2.

[5] Projekt badawczo-rozwojowy realizowany był przez rozgłośnie regionalne Polskiego Radia S.A., Poznańskie Centrum Super Komputerowo-Sieciowe oraz Zakład Systemów Prasowych i Prawa Prasowego Instytutu Nauk Politycznych i Dziennikarstwa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

[6] Patrz szerzej na temat projektu w: J. Skrzypczak (2015). The legal status of personalized radio in Europe, as exemplified by the NETRADIO project in Poland. W: M. Oliveira, F. Ribeiro (eds.), *Radio, sound and Internet.* (s. 87–97). Braga: Universidade do Minho.

[7] Dla porządku wyjaśnijmy, iż usługami linearnymi nazywa się te postaci programów radiowych i telewizyjnych, które są dostarczane poprzez takie formy dystrybucji, jak: radiodyfuzja naziemna (zarówno analogowa, jak i cyfrowa), *streaming*, programy dostarczane poprzez Internet (*webcasting*) lub poprzez telefony komórkowe, a także paradoksalnie tzw. NVoD (*Near Video on Demand*).

[8] K. Jakubowicz (2007). *Media publiczne. Początek końca czy nowy początek?.* Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, s. 121.

[9] A. Sparrow (2007). *Film and Television Distribution and the Internet. A Legal Guide for the Media Industry*. Hampshire: Gower, s. 201; D. Tambini, D. Leonardi i Ch. Marsden (2008). *Codyfing cyberspace: communications self – regulation in the age of Internet convergence*. New York: Routledge, s. 34; M. Feintuck i M. Varney (2006). *Media Regulating, Public Interes and the Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, s. 218.

[10] PVR – ang. *Personal Video Recorder.*

korzysta z dowolnie określonych fragmentów tych treści, które zostały wcześniej umieszczone na PVR. Z kolei usługi typu *Pull VoD* funkcjonują wtedy, kiedy klient ma zapewnioną możliwość korzystania z kanału zwrotnego (np. w Internecie), dzięki któremu przedstawia swoje zamówienia na konkretną audycję. Wówczas operator usługi spośród zasobów, które umieszczone są na jego serwerze, przekazuje zamówioną audycję konkretnemu odbiorcy[11]. Jak widać, nowe możliwości technologii cyfrowych pozwalają w pełni na personalizację dostarczanych treści programowych i to w wielu odsłonach. W każdym przypadku w ten sposób słuchacz czy widz może sam decydować, co i kiedy chciałby otrzymać, a tradycyjny przekaz oparty na układzie audycji przygotowywanym przez nadawcę (tzw. ramówce) traci na znaczeniu na rzecz zestawienia treści zamówionych przez odbiorcę[12].

II. Kwalifikacja prawna mediów spersonalizowanych w świetle prawa unijnego

Status prawny mediów spersonalizowanych może budzić spore wątpliwości, tym bardziej że odnosi się do wielu płaszczyzn regulacyjnych i rozmaitych instytucji prawnych, a mianowicie z zakresu prawa radiofonii i telewizji, prawa prasowego, regulacji poświęconych świadczeniu usług drogą elektroniczną, ale także prawa autorskiego. Z pewnością wzrastająca popularność tego typu usług przekonuje o konieczności przygotowania kompleksowego opracowania tego zagadnienia. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania, należy zastrzec, iż analizie zostaną poddane jedynie wybrane kwestie, w szczególności zaś problem jak należy – z punktu widzenia obowiązującego prawa – kwalifikować taki rodzaj przekazów[13]. Kwalifikacja następuje poprzez pryzmat znaczenia istotnych terminów kluczowych aktów normatywnych prawa radiofonii i telewizji, wyznaczających zakres zastosowania tych regulacji, a zwłaszcza takich jak nadawanie radiowo-telewizyjne.

Warto w tym zakresie odnieść się na wstępie do aktów prawa europejskiego, tj. aktów Rady Europy i Unii Europejskiej, choć – co należy wyraźnie zaznaczyć, omówione poniżej akty prawne odnoszą się wyłącznie do przekazów audiowizualnych, a nie audialnych. W przyjętej przez Radę Europy Europejskiej konwencji z dnia 5 maja 1989 r. o telewizji ponadgranicznej[14], w art. 2a użyto określenia „transmisja" (*transmission*), które rozumie się jako „pierwotną emisję, za pomocą nadajnika naziemnego, kabla lub jakiegokolwiek rodzaju satelity, w postaci zakodowanej lub nie, telewizyjnych usług programowych[15] do odbioru masowego. Nie obejmuje usług komunikacyjnych świadczonych na życzenie indywidualne"[16]. Jak zatem można twierdzić, ostatnie zdanie tej definicji przesądza, iż takie usługi spersonalizowane, o których jest tu mowa (a więc dostępne w *streamingu* i *on-demand*), nie będą mieściły się w pojęciu „transmisja", a tym samym w zakresie stosowania tego aktu normatywnego[17]. W prawie Unii Europejskiej, w uchylonej, a właściwie

[11] P. Stępka (2009). *Rynek wideo na żądanie (VoD) w Polsce*. Analiza Biura KRRiT, 2009 (1), Warszawa, luty. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/bip/Portals/0/publikacje/analizy/Analiza2009_01_rynek_VOD.pdf, s. 3.

[12] E. Murawska-Najmiec i P. Popa (2007). *Telewizja mobilna*…, s. 2.

[13] Rozważania dotyczące statusu prawnego takich usług w świetle prawa autorskiego zostaną tu całkowicie pominięte, choćby z tego powodu, iż zasługują na odrębne opracowanie.

[14] Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160.

[15] Wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 2d pojęcie to oznacza „wszystkie części pojedynczej usługi świadczonej przez danego nadawcę".

[16] Tak art. 2 pkt a konwencji.

[17] Zob. art. 2 pkt c konwencji. Patrz szerzej: J. Skrzypczak (2011). *Polityka medialna w okresie konwersji cyfrowej radiofonii i telewizji*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Nauk Politycznych i Dziennikarstwa UAM, s. 191 i n. Mimo tej konkluzji warto przytoczyć także konwencyjne rozumienie

gruntownie znowelizowanej przez dyrektywę o audiowizualnych usługach medialnych, dyrektywie Rady z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej[18], w art. 1 pkt a „nadawanie programów telewizyjnych" (*television broadcasting*) definiowano jako „pierwotną emisję przewodową lub bezprzewodową, w tym także transmisję satelitarną, w formie kodowanej bądź niekodowanej, programów telewizyjnych przeznaczonych do powszechnego odbioru". Przez to określenie rozumiano także przesyłanie programów pomiędzy nadawcami w celu ich powszechnej emisji. Jak wyraźnie przesądzono, termin ten w ówczesnym brzmieniu nie obejmował usług komunikacyjnych zajmujących się dostarczaniem informacji lub innych treści na indywidualne zapotrzebowanie, takich jak: usługi telefaksowe, elektroniczne banki danych oraz inne podobne usługi. Jak z powyższego wynika, pojęcie nadawania programów telewizyjnych obejmowało przekazy naziemne, kablowe i satelitarne, z pewnością jednak nie spersonalizowane[19]. Wraz z postępem technologicznym próbowano adaptować zakres przedmiotowy tego pojęcia do nowych form przekazu. I tak, w orzeczeniu Trybunału w sprawie *Mediakabel*[20] uznano, iż sekwencyjne udostępnianie audycji w ramach tzw. usługi NVoD (*Near-Video-on-Demand*), mieści się także w zakresie dyrektywy „Telewizja bez granic"[21]. Nadto w doktrynie panował pogląd oparty o zasadę neutralności technologicznej, która przyświecała twórcom dyrektyw, iż także przekazy telewizyjne linearne obecne w Internecie mieściły się w zakresie tego aktu normatywnego[22]. Na marginesie warto odnotować, że z powyższej definicji wywodzono ponadto, iż termin „nadawanie programów telewizyjnych", obejmował emisje zarówno niekodowane, jak i kodowane. Istotną przesłanką w tym kontekście było sformułowanie „przesyłanie programów telewizyjnych[23] do powszechnego odbioru". W tym przypadku podkreślano, że przekaz musiał być równocześnie dostępny, przynajmniej potencjalnie, dla nieograniczonego kręgu widzów w tym samym czasie. Tym samym konkludowano, że pojęcie to nie obejmowało przekazów nielinearnych na indywidualne życzenie[24]. Zmiana tego aktu poprzez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 97/36 z 30 czerwca 1997 r.[25] nie spowodowała zmiany omawianej definicji, choć w art. 1 pkt b dodano pojęcie „nadawcy telewizyjnego" (*broadcaster*). Termin

pojęcia „nadawca" (*broadcaster*). Jest to osoba fizyczna lub prawna, która dokonuje układu telewizyjnych usług programowych do odbioru masowego i transmituje je lub zleca ich transmisję, w całości i w nie zmienionej postaci, stronie trzeciej.

18 Dyrektywa Rady z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (O.J. 1989, L 298, s. 23), powszechnie nazywana dyrektywą „Telewizja bez granic". Patrz szerzej: O. Castendyk i L. Woods (2008). Comments on Article 1 TWFD. W: O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer (eds.), *European Media Law*. Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands: Wolters Kluwer; P. Cavey (2008). *Media Law*. London: Sweet&Maxwell, s. 273–279; J. Skrzypczak, *Polityka medialna*…, s. 191 i n.

19 Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynikało jednak, że termin ten uwzględniał także reemisje kablowe. Zob. sprawę *C-11/95, ECR 1996, I-4153, Komisja WE przeciwko Królestwu Belgii* z 10.09.1996 r. Komisja zarzucała niewłaściwą transpozycję dyrektywy nr 89/552, Belgia bowiem nie uchyliła przepisów prawnych żądających uprzedniego zezwolenia na reemisję programów poprzez sieci kablowe do wspólnot francuskiej i flamandzkiej. W uzasadnieniu ETS podkreślił, że zakres przedmiotowy i podmiotowy dyrektywy obejmuje reemisje kablowe. Wskazano, że w motywie 9 preambuły do dyrektywy wyraźnie wymienia się przekazy kablowe. Zob. szerzej: C. Mik (1999). *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora", s. 251–254.

20 Wyr. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2005 r., sprawa *C-89/04 Mediakabel BV przeciwko Commissariaat voor de Media*.

21 Zob. też P. Stępka (2009). *Rynek wideo na żądanie*…, s. 2.

22 O. Castendyk, L. Woods (2008). Comments on Article…, s. 281.

23 Należy tu zaznaczyć, że pojęcie „programów telewizyjnych" nie zostało *explicite* w dyrektywie zdefiniowane, choć w piśmiennictwie podnoszono, iż w dyrektywie występuje ono w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, „program telewizyjny" utożsamiano z kanałem (tak art. 1a i 1b i 18 ust. 3), po drugie, rozumiano go jako układ audycji (np. w art. 1d). Zob. Ibidem, s. 283.

24 Ibidem, s. 285–287; J. Skrzypczak, *Polityka medialna*…, s. 191 i n.

25 Dyrektywa 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG. Charakterystykę nowelizacji znaleźć można w: C. Mik. (1999). Media masowe…, s. 256 i n. oraz w E.D. Sage (2004). *Usługi audiowizualne*. W: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej* (s. 1069). Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza. Patrz także: P. Keller (1997). The New Television Without Frontiers Directive. W: E. Barendt, S. Bate, T. Gibbons, J. Palca (eds.), The Yearbook of media & Entertainment Law (t. 8, s. 177–198). Oxford: Oxford University Press; J. Skrzypczak, *Polityka medialna*…, s. 191 i n.

ten, zgodnie z powyższym przepisem, oznaczał osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za układ telewizyjny programów w rozumieniu art. 1a i która transmituje je lub uzyskuje je transmitowane przez strony trzecie[26]. Odwołanie do art. 1a dyrektywy, a więc definicji nadawania programów telewizyjnych w brzmieniu ustalonym pierwotnie, w żaden sposób nie mogło zmienić powyżej scharakteryzowanej sytuacji. Reakcją prawodawcy europejskiego na wyzwania technologiczne była dyrektywa 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych[27]. Co niezmiernie istotne, wprowadza się w niej termin „audiowizualna usługa medialna". Otóż zgodnie z art. 1a dyrektywy pojęcie to definiuje się jako „usługę w rozumieniu art. 49 i 50 Traktatu[28], 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 może być albo przekazem telewizyjnym albo audiowizualną usługą medialną na żądanie lub handlowym przekazem audiowizualnym[29]. Jak z powyższego wynika, aby mówić o audiowizualnej usłudze medialnej, konieczne jest łączne spełnienie siedmiu przesłanek[30]. Pierwsza istotna kwestia to wymóg, aby działalność spełniała cechy stawiane usługom w rozumieniu art. 56 (dawnego art. 49) i art. 57 (dawnego art. 50) Traktatu. Oznacza to, że charakteryzowane pojęcie „nie powinno obejmować działalności zasadniczo niekomercyjnej i niestanowiącej konkurencji dla rozpowszechniania telewizyjnego, takiej jak prywatne witryny internetowe oraz usługi polegające na dostarczaniu lub dystrybucji treści audiowizualnej wytworzonej przez prywatnych użytkowników w celu jej udostępnienia lub wymiany w ramach grup zainteresowań"[31]. Drugą konieczną przesłanką jest wykazanie istnienia odpowiedzialności redakcyjnej ponoszonej przez dostawcę usług medialnych. Pojęcie „odpowiedzialności redakcyjnej"[32] zgodnie z brzmieniem art. 1c dyrektywy 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"[33]. Odpowiedzialność redakcyjna nie musi oznaczać odpowiedzialności prawnej

[26] Dodać trzeba, że w trakcie prac nad tą dyrektywą zwłaszcza ze strony Parlamentu Europejskiego pojawiły się propozycje wprowadzenia dwóch odrębnych pojęć: *television broadcasting i television programme*. Pierwsze pojęcie wedle sugestii uwzględniać już miało usługi VoD i NVoD. Termin ten definiowano bowiem jako *the initial transmission by wire or over the air, including that by satellite, in unencoded or encoded form, of television programmes intended for reception by the public whether for a mass audience or for transmission by the broadcaster for individual demand either simultaneously or sequentially*. Z kolei pojęcie *television programme* proponowano zdefiniować jako *an animated or non- animated sequence of images which may or may not be accompanied by sound*. Patrz C. Mik (1999). *Media masowe*…, s. 244; O. Castendyk, L. Woods (2008). Comments on Article…, s. 281. Taka sytuacja wynikała z przekonania większości uczestników rynku medialnego, iż z regulacją na szczeblu Unii Europejskiej należy poczekać na rzeczywisty rozwój tego sektora. Patrz szerzej: ibidem, s. 277.

[27] Dyrektywa 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), Dz.U. L 95 z 15.4.2010 r.

[28] Obecnie są to art. 56 (dawny art. 49) i 57 (dawny art. 50) wersji skonsolidowanej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 84 z 30.3.2010, s. 44–99). Zgodnie z art. 56 tego aktu „w ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia". Z kolei w myśl art. 50 Traktatu „usługami (…) są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza: a) działalność o charakterze przemysłowym b) działalność o charakterze handlowym c) działalność rzemieślniczą d) wykonywanie wolnych zawodów". Patrz szerzej: E. Barendt, L. Hitchens (2000). *Media Law. Cases and Materials*. Essex: Longman Law Series, s. 169–170.

[29] Tak art. 1a dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.

[30] Patrz motyw 29 preambuły dyrektywy 2010/13/EU. Patrz także szerzej: R. Chavannes, O. Castendyk, *Comments on Article 1 AVMSD*, w: idem, E. Dommering, A. Schener (ed.), op. cit., s. 812; J. Skrzypczak, *Polityka medialna*…, s. 191 i n.

[31] Motyw 21 *preambuły dyrektywy 2010/13/EU*. Zob. także M. Pęk (2007). *Nowe podejście regulacyjne do usług audiowizualnych w prawie wspólnotowym – w świetle zmian wprowadzonych dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych,*. Analiza Biura KRRiT, 2007(6). Warszawa, październik, s. 5.

[32] Co ciekawe definicja tego pojęcia nie była pierwotnie proponowana przez Komisję, lecz została zgłoszona jako poprawka Parlamentu Europejskiego. Patrz na ten temat R. Chavannes, O. Castendyk (2008). *Comments on Article*…, s. 812.

[33] Tak art. 1 c dyrektywy 2010/13/EU.

na podstawie prawa krajowego za dostarczaną treść lub świadczone usługi. Dyrektywa zawiera także objaśnienie terminu „dostawca usług medialnych". Jest nim osoba fizyczna lub prawna, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści takiej usługi i decyduje o sposobie zestawienia treści. Trzeba także dodać, że pojęcie „nadawcy" nawiązuje do terminu „dostawca usług medialnych", skoro w pkt f tego przepisu ustalono, że „nadawca" oznacza dostawcę usług medialnych mających formę przekazów telewizyjnych. Kolejne dwie przesłanki zostały wyrażone w komentowanym art. 1a, w sformułowaniu „usługa, której podstawowym celem jest dostarczanie audycji". Stąd też konieczne jest odwołanie do definicji „audycji" zamieszczonej w art. 1b dyrektywy. Przez to pojęcie należy rozumieć „ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość w układzie lub katalogu audycji przygotowanym przez dostawcę usług medialnych i mający formę i treść porównywalną z formą i treścią rozpowszechniania telewizyjnego. Przykładami audycji są: filmy pełnometrażowe, transmisje wydarzeń sportowych, seriale komediowe, filmy dokumentalne, audycje dla dzieci oraz filmy i seriale telewizyjne"[34]. Dodatkowo należy sięgnąć do pkt 22 preambuły, gdzie wyjaśniono, że „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[35]. Dlatego też z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy powinno wyłączyć 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"[36]. Ponadto w świetle przytoczonej definicji „audiowizualnymi usługami medialnymi" nie są jakiekolwiek formy „prywatnej korespondencji, takie jak wiadomości poczty elektronicznej wysyłane do ograniczonej liczby odbiorców"[37]. Kolejnym wymogiem stawianym przez dyrektywę jest konieczność posiadania przez takie przekazy charakteru informacyjnego, edukacyjnego lub rozrywkowego. Jak wyjaśniono w preambule, „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"[38]. Wreszcie ostatnią konieczną przesłanką jest dostarczanie audycji „ogółowi odbiorców". W doktrynie zwraca się uwagę na różnicę pomiędzy wcześniejszym brzmieniem tego przepisu w tym fragmencie i określeniu tej przesłanki a obecnym sformułowaniem, podkreślając, że poprzednie odwoływało się do technicznych kryteriów, czego nie ma w aktualnym stanie prawnym[39]. Jak z powyższego wynika, audiowizualne usługi medialne mogą być albo linearną albo nielinearną usługą medialną[40].

[34] Tak art. 1b dyrektywy 2010/13/EU.

[35] Jako przykład podać można informację zamieszczoną na stronach internetowych biura podróży na temat oferty imprezy turystycznej. Tak szerzej R. Chavannes, O. Castendyk (2008). *Comments on Article*…, s. 813.

[36] Zob. motyw 22 preambuły dyrektywy 2010/13/EU.

[37] Ibidem.

[38] Ibidem.

[39] R. Chavannes, O. Castendyk (2008). *Comments on Article*…, s. 817. W dyrektywie 89/552/WE używano sformułowanie „programów telewizyjnych przeznaczonych do powszechnego odbioru"; J. Skrzypczak, Polityka medialna…, s. 191 i n.

[40] Ibidem, s. 819.

Wyjaśnić tu należy, że zgodnie z art. 1e dyrektywy „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". W myśl art. 2g dyrektywy „audiowizualna usługa medialna na żądanie (tzn. nielinearna audiowizualna usługa medialna) oznacza audiowizualną usługę medialną świadczoną przez dostawcę usług medialnych, umożliwiającą użytkownikowi odbiór audycji w wybranym przez niego momencie i na jego życzenie w oparciu o katalog audycji przygotowany przez dostawcę usług medialnych". O ile zatem status audiowizualnych usług *on-demand*, a więc przekazów spersonalizowanych nie budzi w świetle powyższych uwag zastrzeżeń, jest bowiem *expressis verbis* określony postanowieniami tego aktu normatywnego, o tyle pewne wątpliwości dotyczą zindywidualizowanych przekazów dostępnych w *streamingu*, w kontekście przesłanek sprawowania „odpowiedzialności redakcyjnej", jak i „dostarczania audycji ogółowi odbiorców". Wydaje się jednak, w przypadku pierwszej z powyższej kwestii, że, podobnie jak przy usługach programowych dostępnych na żądanie, nadawca przy stosowaniu takich technologii zapewnia faktyczną kontrolę nad wyborem audycji (pewnego katalogu, z którego odbiorca wybiera interesujące dla siebie propozycje). Odnośnie do drugiej przesłanki, to zważywszy na obecne określenie tego warunku jako dostarczania audycji ogółowi odbiorców, odchodzące w sposób wyraźny od technicznych aspektów, należy takie usługi traktować jak przekazy linearne, o których mowa w dyrektywie.

II. Kwalifikacja prawna mediów spersonalizowanych w świetle prawa krajowego

Polski ustawodawca miał – jak się wydaje – pewien problem z implementacją postanowień dyrektywy 2010/13/EU, ponieważ w krajowym porządku prawnym funkcjonuje ustawa o radiofonii i telewizji[41](dalej: urtv) obejmująca przekazy audiowizualne i audialne. Stąd też zdecydowano się w określonym zakresie na zróżnicowane podejście do usług medialnych w zależności od ich charakteru. Inaczej będzie wyglądał status prawny przekazów audiowizualnych w zależności od tego czy będą to przekazy linearne, czy nielinearne. Natomiast zupełnie inaczej przedstawia się status przekazów audialnych. W ustawie wyraźnie przesądzono w art. 1 ust. 1a, wyznaczającym w istocie zakres pojęcia „radiofonia i telewizja", że zadania radiofonii i telewizji realizowane są przez dostarczanie usług medialnych. Z kolei, zgodnie z art. 4 pkt 1 urtv usługą medialną jest usługa w postaci programu (a więc usługa o charakterze linearnym) albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie (charakter nielinearny), za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych[42]. „Nadawca" wedle definicji ustawowej, to osoba prawna lub osobowa spółka handlowa, która tworzy i zestawia program oraz rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania. Trzeba tu przypomnieć, że ustawa posługuje się w art. 4 pkt 4 urtv szerszym pojęciem „dostawcy usługi medialnej", które rozumie jako podmiot ponoszący odpowiedzialność redakcyjną za wybór

[41] Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1531).

[42] Szerzej patrz: S. Piątek (2014). Komentarz do art. 4 urtv. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 33–34). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

treści usługi medialnej i decydującą o sposobie zestawienia tej treści. Może to być więc nadawca w znaczeniu wyżej opisanym lub podmiot dostarczający audiowizualne usługi medialne na żądanie. Takie rozróżnienie jest celowe i zasadne zważywszy na objęcie regulacją ustawową zarówno linearnych, jak i nielinearnych usług audiowizualnych. Podobnie zresztą jak rozróżnienie pomiędzy pojęciami rozpowszechniania programu i publicznego udostępniania audiowizualnej usługi na żądanie oraz dostarczania usługi medialnej. I tak, w myśl definicji ustawowej zamieszczonej w art. 4 pkt 7 urtv rozpowszechnianiem jest emisja programu drogą bezprzewodową lub przewodową do odbioru przez odbiorców. Z kolei, zgodnie art. 4 pkt 8a urtv publicznym udostępnianiem audiowizualnej usługi medialnej na żądanie jest jej świadczenie w sposób umożliwiający ogółowi użytkowników, w wybranym przez nich momencie i na ich życzenie, odbiór wybranej przez nich audycji z katalogu udostępnionego w ramach takiej usługi. Wreszcie zgodnie z pkt 9 tego przepisu dostarczaniem usługi medialnej jest rozpowszechnianie programu albo publiczne udostępnianie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Należy tu także przypomnieć, że zgodnie z art. 4 pkt 6 urtv programem jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie.

Należy także zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 33 ust. 1 urtv rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych wymaga uzyskania koncesji. Z kolei w myśl ust. 1a. tego przepisu nie będzie takiej konieczności w przypadku rozpowszechniania programów telewizyjnych wyłącznie w systemach teleinformatycznych[43], chyba że program taki ma być rozprowadzany naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych[44]. Gdyby zatem programy takie miały być rozpowszechnianie naziemnie, satelitarnie lub w sieciach kablowych wymagałyby uzyskania koncesji. Trzeba tu dodać, że program telewizyjny rozpowszechniany wyłącznie w systemie teleinformatycznym zgodnie z art. 41 ust 1 pkt 2 urtv wymaga zgłoszenia do rejestru prowadzonego przez Przewodniczącego KRRiT[45]. Jednak na skutek rozwiązania zamieszczonego w art. 33 ust. 1a nie byłoby konieczności uzyskiwania odrębnych koncesji, ale to tylko z tego powodu, że rozpowszechnianie następuje w systemach teleinformatycznych. Rodzi się wobec tego pytanie: czy w przypadku oferty polegającej na dostarczaniu zindywidualizowanych treści w *streamingu*, należy przyjąć, że tworzy się w ten sposób wiele odrębnych programów. Mamy tu do czynienia z uporządkowanym zestawem audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechnianym w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie. Gdyby przyjąć, iż funkcjonować będzie usługa audiowizualna oparta na *modus operandi* opisanego wyżej projektu NETRADIO, to pojawia się tu szereg wątpliwości. Po pierwsze, czy w tym przypadku układ audycji ustala nadawca, czy odbiorca. Ten ostatni wprawdzie wprowadza swoje osobiste preferencje, ale konkretna zawartość zależy jednak od układu nadanego przez nadawcę. Po drugie, przesłanka jednoczesnego odbioru odnosić się będzie do możliwości jednoczesnego odbioru przez odbiorcę, a nie tego, że w jednym czasie program (ten sam) jest odbierany jako

[43] Warto tu wyjaśnić, że pojęcie systemu teleinformatycznego zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1422) (dalej: uśude). Zgodnie z tym przepisem system teleinformatyczny to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne".

[44] S. Piątek (2014). *Komentarz do art. 33 urtv*…, s. 362.

[45] Ibidem.

uporządkowany zestaw audycji przez wielu użytkowników. Stąd też wydaje się, że konieczne będzie w takim przypadku zgłoszenie usługi do rejestru w trybie art. 41 ust. 1 pkt 2 urtv. Choć kwestią dyskusyjną jest czy obowiązek taki odnosić się będzie do każdego takiego spersonalizowanego programu, czy wystarczy dopełnienie takiej powinności odnośnie do takiej usługi *en bloc*. Choć pierwsze rozwiązanie wydaje się z formalnego punktu widzenia bardziej bezpieczne, to jednak opowiedzieć trzeba się raczej za drugą opcją. Wszak w tym przypadku treściowo jest to ten sam zestaw audycji, jedynie uporządkowany według zamówienia odbiorcy. Z kolei spersonalizowane treści audiowizualne dostępne na żądanie należy traktować według przepisów określonych w rozdziale 6a ustawy o radiofonii i telewizji.

W przypadku radiofonii ocena takich usług będzie zgoła odmienna. Pamiętać bowiem należy, że w art. 2 ust. 2 urtv wyraźnie wyłączono z zakresu normowania tego aktu normatywnego programy radiowe rozpowszechniane wyłącznie w systemach teleinformatycznych oraz audialne usługi na żądanie[46]. Konieczne jest w takim razie rozważenie jakie normy prawne znajdą zastosowanie odnośnie do takich usług. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, należy sięgnąć do ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną[47]. Przypomnijmy, że zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 2 pkt 4[48] tego aktu normatywnego, przez pojęcie „usługi świadczonej drogą elektroniczną" należy rozumieć „wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej[49] w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne"[50]. Wskazuje się, że konieczne jest wykazanie trzech elementów, aby przekaz mieścił się w przywołanym powyżej określeniu. Po pierwsze, świadczenie takiej usługi następuje bez obecności stron umowy, po drugie za pomocą systemów teleinformatycznych, oraz po trzecie, na indywidualne żądanie usługobiorcy[51]. Niemniej jednak, w art. 3 pkt 1 tego aktu normatywnego wyraźnie przesądzono, że rozwiązań w nim zawartych nie stosuje się do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiowych lub programów telewizyjnych i związanych z nimi przekazów tekstowych w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji. Jednocześnie do powyższej normy odnosi się wyłączenie, zgodnie z którym postanowienia tego aktu normatywnego stosować należy jednak

46 S. Piątek (2014). *Komentarz do art. 2 urtv*…, s. 25.

47 Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1422).

48 Tak art. 2 pkt 4 uśude. Patrz szerzej: P. Litwiński (2004). Świadczenie usług drogą elektroniczną. W: P. Podrecki (red.), *Prawo Internetu* (s. 171–173). Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis. Zob. także definicję tego pojęcia w art. 2 pkt 1 dyrektywy 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), O.J. L 178 z 17.7.2000 r., s. 1–16, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13, Tom 25, s. 399–414 oraz w dyrektywie 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. zmieniającej dyrektywę 98/34/WE ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych, O.J. L 217 z 5.8.1998, s. 18–26, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13, Tom 21, s. 8–16. Zgodnie z tym ostatnim aktem, „usługa" to każda usługa społeczeństwa informacyjnego, tzn. każda usługa normalnie świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Do celów niniejszej definicji: „na odległość" oznacza usługę świadczoną bez równoczesnej obecności stron, „drogą elektroniczną" oznacza, iż usługa jest przesyłana pierwotnie i otrzymywana w miejscu przeznaczenia za pomocą sprzętu elektronicznego do przetwarzania (włącznie z kompresją cyfrową) oraz przechowywania danych, i która jest całkowicie przesyłana, kierowana i otrzymywana za pomocą kabla, odbiornika radiowego, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych, „na indywidualne żądanie odbiorcy usług" oznacza, że usługa świadczona jest poprzez przesyłanie danych na indywidualne żądanie. Jak wyraźnie przesądzono, dyrektywa nie ma zastosowania do: usług radiowej emisji dźwięku, usług telewizyjnych, określonych w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG.

49 Pojęcie „sieć telekomunikacyjna" zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 35 prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z tym przepisem są to systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju.

50 T.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 243 z późn. zm.

51 Nie wymaga się natomiast, aby taka usługa miała charakter odpłatny, ani aby odbywała się w sposób zorganizowany. Nie ma też wymogu, aby świadczenie takich usług stanowiło „zasadę działania przedsiębiorstwa". P. Litwiński (2004). *Świadczenie usług drogą*…, s. 173–176.

do takich programów, które rozpowszechniane są wyłącznie w systemie teleinformatycznym[52]. Tu z kolei może pojawić się wątpliwość co do wykładni pojęcia rozpowszechniania, a mianowicie czy obejmować będzie wyłącznie spersonalizowane przekazy *streamingowe*, czy także *on-demand*[53]. Wydaje się, że w tym przypadku należy stosować powyższe przepisy do obu kategorii.

Konkludując, należy stwierdzić, że status prawny mediów spersonalizowanych, tak jak je na wstępie zdefiniowano, budzi szereg wątpliwości, co z pewnością nie zapewnia pewności prawnej uczestnikom rynku medialnego. Jedynie na usprawiedliwienie ustawodawcy można stwierdzić, że dynamika postępu technologicznego oraz wielość nowych form aktywności i ofert powodują, iż zawsze rozwiązania ustawodawcy będą o krok lub kilka kroków za funkcjonującymi usługami.

Bibliografia

Barendt, E. i Hitchens, L. (2000). *Media Law. Cases and Materials*. Essex: Longman Law Series.

Castendyk, O. i Woods, L. (2008). Comments on Article 1 TWFD. W: O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer (eds.), *European Media Law*. Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands: Wolters Kluwer.

Carey, P. (2008). *Media Law*. London: Sweet&Maxwell.

Chandler, S.H. (1981). *Many-to-many Communication*. MIT. Pozyskano z: https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/48404/manytomanycommun00stev.pdf?sequence=1.

Chavannes R., Castendyk O. (2008), *Comments on Article 1 AVMS,* W: O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer (eds.), *European Media Law*. Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands: Wolters Kluwer.

Feintuck, M. i Varney, M. (2006). *Media Regulating, Public Interest and the Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press.

Gogołek, W. (2003). Media online. *Studia Medioznawcze, 3*.

Jakubowicz, K. (2007). *Media publiczne. Początek końca czy nowy początek?*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.

Keller, P. (1997). The New Television Without Frontiers Directive. W: E. Barendt, S. Bate, T. Gibbons, J. Palca (eds.), *The Yearbook of Media & Entertainment Law* (t. 8, s. 177–198), Oxford: Oxford University Press.

Litwiński, P. (2004). Świadczenie usług drogą elektroniczną. W: P. Podrecki (red.), *Prawo Internetu* (s. 166–245). Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Mik, C. (1999). *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa Dom Organizatora.

Murawska-Najmiec, E. i Popa, P. (2007). *Telewizja mobilna: stan obecny i wyzwania na przyszłość*. Warszawa: Biuro KRRiT. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/bip/Portals/0/publikacje/analizy/Analiza2007_03.pdf.

Pęk, M. (2007). *Nowe podejście regulacyjne do usług audiowizualnych w prawie wspólnotowym – w świetle zmian wprowadzonych dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych.* Warszawa: Biuro KRRiT, 2007(6).

Piątek, S. (2014). Komentarz do art. 2, art. 4 i art. 33. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sage, E.D. (2004). Usługi audiowizualne. W: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza.

[52] J. Skrzypczak, *Polityka medialna*…, s. 191 i n.

[53] Zob. M. Świerczyński (2009). *Komentarz do art. 3 ustawy o świadczeniu usług droga elektroniczną.* LEX, t. 4. Autor stoi na stanowisku, iż postanowienia tej ustawy należy stosować także wobec usług VOD.

Skrzypczak, J. (2011). *Polityka medialna w okresie konwersji cyfrowej radiofonii i telewizji*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Nauk Politycznych i Dziennikarstwa UAM.

Skrzypczak, J. (2015). The legal status of personalized radio in Europe, as exemplified by the NETRADIO project in Poland. W: M. Oliveira, F. Ribeiro (eds.), *Radio, sound and Internet* (s. 87–97). Braga: Universidade do Minho.

Sparrow, A. (2007). *Film and Television Distribution and the Internet. A Legal Guide for the Media Industry*. Hampshire: Gower.

Stępka, P. (2009). *Rynek wideo na żądanie (VoD) w Polsce.* Warszawa: Biuro KRRiT, 2009(1). Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/bip/Portals/0/publikacje/analizy/Analiza2009_01_rynek_VOD.pdf.

Świerczyński, M. (2009). *Komentarz do art. 3. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną*. LEX.

Tambini, D., Leonardi, D. i Marsden, Ch. (2008). *Codyfing cyberspace: communications self – regulation in the age of Internet convergence*. New York: Routledge.

Tomasz Zdzikot*

Status prawny telewizji hybrydowej na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji

Spis treści

I. Czym jest telewizja hybrydowa?
II. Ramy prawne
III. Subsumpcja
IV. Perspektywa europejska
V. Wnioski

Streszczenie

Postępująca konwergencja mediów prowadzi zarówno do daleko idących zmian w sposobie odbioru treści oferowanych za pośrednictwem różnych kanałów komunikacji, jak i do łączenia przez dostawców usług funkcjonujących dotąd całkowicie odrębnie i podlegających odmiennym reżimom prawnym. Jest to źródłem wielu wątpliwości z punktu widzenia ram regulacyjnych nieprzystających do wysoce zaawansowanych technologicznie i innowacyjnych usług. Rozwój systemów hybrydowych łączących telewizję i Internet już dziś wymaga podejmowania prób subsumpcji występujących na rynku stanów faktycznych do obowiązujących przepisów prawa, wśród których w obrębie usług medialnych podstawowe znaczenie ma ustawa o radiofonii i telewizji.

Słowa kluczowe: telewizja hybrydowa; Hbb TV; Smart TV; Connected TV; rozpowszechnianie; telewizja.

JEL: K23.

I. Czym jest telewizja hybrydowa?

W Polsce termin „telewizja hybrydowa" nie zawsze słusznie używany jest na równi i często zamiennie z określeniem Smart TV czy Connected TV. Wspólnym mianownikiem jest efekt synergii uzyskiwany dzięki połączeniu linearnego sygnału telewizyjnego dostarczanego do odbiorcy w sposób rozsiewczy naziemny, satelitarny, czy z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej, z możliwościami uzyskiwanymi dzięki podłączeniu odbiornika telewizyjnego (lub też innego urządzenia elektronicznego zestawianego z telewizorem) do szerokopasmowej sieci Internet. Termin „Connected TV" zdaje się przy tym uwypuklać sam techniczny stan połączenia, podczas gdy „Smart TV" i „telewizja hybrydowa" skupiają się raczej na efekcie (inteligentnym, mieszanym) uzyskiwanym

* Tomasz Zdzikot – radca prawny; doktorant w Instytucie Nauk Prawnych PAN; wicedyrektor Departamentu Prawnego w Biurze Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji: e-mail: tzdzikot@tlen.pl. Artykuł przedstawia osobisty pogląd autora, który nie może być utożsamiany ze stanowiskiem instytucji, w której jest zatrudniony.

przez odbiorcę dzięki takiemu połączeniu. Przy próbach definiowania analizowanego zjawiska występuje co najmniej kilka ujęć. Możliwe jest podejście niejako techniczne, zaprezentowane m.in. przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (dalej: KRRiT) w raporcie „Telewizja hybrydowa: szanse, zagrożenia i wyzwania regulacyjne", gdzie przyjmuje się, iż „Telewizja tego typu to, opisując najprościej, odbiornik telewizyjny połączony z Internetem bezpośrednio lub przez przystawkę umożliwiającą taki dostęp"[1]. Z podobnego, opisowego modelu prezentacji zjawiska wychodzi także Komisja Europejska, zaznaczając jednak także występowanie wyżej wspomnianego efektu synergii poprzez wskazanie, iż „Connected TV", to „Urządzenia, które mogą być podłączone do Internetu. W szerszym znaczeniu, termin ten odnosi się do rozwiązań technicznych, które zbliżają do siebie linearną telewizję i świat Internetu, np. telewizor połączony z Internetem, dekodery dostarczające treści audiowizualne *over-the-top*[2], usługi audiowizualne świadczone za pośrednictwem tabletów lub smartfonów"[3]. W doktrynie również uwypukla się zjawisko łączenia przez usługi hybrydowe wielu „różnych elementów, do tej pory funkcjonujących osobno (np. telewizja hybrydowa, która składa się z elementów emisji sygnału telewizyjnego oraz portalu internetowego)"[4].

Dla dalszych rozważań istotne znaczenie mieć będzie faktyczna niejednorodność zamiennie używanych terminów „telewizja hybrydowa" i „smart TV". Należy zauważyć, iż usługi o charakterze hybrydowym mogą być oferowane w różnych standardach. W Polsce i w większości krajów europejskich stosowany jest standard HbbTV[5]. Właśnie na gruncie standardu HbbTV sformułowano interesującą, oddającą w moim przekonaniu istotę telewizji hybrydowej oraz niezwykle przydatną w analizie definicję, stwierdzającą, iż HbbTV „to nowy standard telewizji hybrydowej łączący w sobie typową emisję sygnałów telewizyjnych wraz z multimedialnymi treściami dostarczanymi do telewizora przez szerokopasmowy Internet". W dużym uproszczeniu można powiedzieć, że "HbbTV to multimedialny teletext kolejnej generacji bez ograniczeń co do ilości kolorów, rozdzielczości grafiki i sposobu nawigacji po treści. Jedną z zalet HbbTV jest integracja multimedialnych treści z przekazem telewizyjnym, co umożliwia przygotowanie interaktywnych aplikacji telewizyjnych dostarczających alternatywnych treści w trakcie transmisji telewizji na żywo. HbbTV nie konkuruje z platformami Smart TV, lecz w naturalny sposób je uzupełnia, szczególnie w zakresie udostępniania widzom interakcji"[6]. Nie dokonując w tym miejscu szczegółowej analizy poszczególnych elementów powyższego opisu, należy zwrócić szczególną uwagę na zastosowane tu wyraźne rozróżnienie HbbTV od Smart TV. W cytowanej już analizie KRRiT trafnie wskazuje się,

[1] K. Zalewski, S. Celmer, J. Firlej, E. Murawska-Najmiec i A.Woźniak (2013). *Telewizja hybrydowa: szanse, zagrożenia i wyzwania regulacyjne*. Warszawa: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, s. 5 (pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/publikacje/analizy/tv-hybrydowa_raport_2013-05-16_2_def-2.pdf (25.09.2015).

[2] „Serwisy OTT (*over-the-top*) dostarczają treści audiowizualne, lecz same nie są dostawcami usług łączności elektronicznej ani operatorami sieci" – Komisja Europejska (2013). *Zielona Księga „Przygotowanie do nadejścia w pełni zintegrowanych mediów audiowizualnych: wzrost gospodarczy, twórczość i wartości"*, COM (2013) 231 final), s. 3; „terminem telewizja OTT określa się sposób transmisji poza tradycyjnymi kanałami dystrybucji, jakimi są telewizja naziemna, satelitarna, kablowa. Telewizja OTT różni się od IPTV otwartością, ponieważ do transmisji wykorzystuje Internet zamiast dedykowanej sieci i uniwersalnością, bo OTT może być odbierana na wszystkich urządzeniach, które pozwalają na korzystanie z Internetu (komputery, telefony, telewizory wyposażone w moduł internetowy) – w przeciwieństwie do IPTV, która wymaga dedykowanych tunerów. Przykładami serwisów OTT są: YouTube, Google TV, Hulu, Ustream, Justin TV, Apple TV" – zob. K. Zalewski i in., *Telewizja hybrydowa*…, s. 11.

[3] Tłumaczenie własne, http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/glossary#o (25.09. 2015).

[4] K. Chałubińska-Jentkiewicz (2013). *Audiowizualne usługi medialne*. Warszawa: Wolters Kluwer LEX, s. 258.

[5] „HbbTV (*Hybrid Broadcast Broadband TV*) – zatwierdzony przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI) standard telewizji hybrydowej, łączący tradycyjną emisję sygnału telewizyjnego z multimedialnymi treściami dostarczanymi do końcowego użytkownika za pomocą szerokopasmowego Internetu w odbiornikach telewizyjnych. Rozwojem i promowaniem standardu zajmuje się Konsorcjum HbbTV"; zob. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (2013). *Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2012 roku*. Warszawa: KRRiT:, s.79; Standard HbbTV „umożliwia otwarty dostęp do tworzenia aplikacji dla telewizji hybrydowej bez konieczności tworzenia ich odrębnie dla każdej marki telewizora, a także możliwość dołączania przez nadawców linearnych bezpośrednio do programów dodatkowych informacji i serwisów nielinearnych (tzw. red buton)", zob. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (2012). *Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2011 roku*. Warszawa: KRRiT, s. 22.

[6] http://hbbtv.pl/co-to-jest-hbbtv/ (25.09.2015).

iż „W HbbTV za dobór wszystkich treści zarówno broadcastowych, jak i internetowych odpowiada nadawca (w sygnale broadcastingowym umieszczone są adresy stron internetowych, na które kierowany jest widz po przyciśnięciu odpowiedniego przycisku pilota). Z kolei producenci telewizorów umożliwiających odbiór treści internetowych za pośrednictwem specjalnie dedykowanych dla danej marki telewizora aplikacji telewizyjnych określają swoje produkty mianem „smart". W praktyce oznacza to, że za dobór tych treści *de facto* odpowiada producent sprzętu"[7].

Z punktu widzenia rozważań dotyczących charakteru prawnego usług hybrydowych wszystkie wyżej przedstawione okoliczności i stany faktyczne będą mieć istotne znaczenie. Niemniej jednak, w moim przekonaniu za najistotniejszy i najbardziej adekwatny do terminu „telewizja hybrydowa" uznać należy aspekt funkcjonalny akcentujący nie tyle techniczną dostępność na ekranie odbiornika telewizyjnego linearnych usług telewizyjnych, dostarczanych za pomocą jednego ze sposobów, o których mowa w art. 37 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (dalej: urt) oraz usług oferowanych dzięki dostępowi do szerokopasmowego Internetu, ile synergię osiąganą dzięki połączeniu w jedną spójną całość tych dwóch rodzajów usług. Wskazują na to czysto encyklopedyczne definicje pojęć składających się na termin „telewizja hybrydowa". Z jednej strony, mianem telewizji (greckie *téle* – „daleko", łacińskie – *visio* „widzenie") określa się „dział telekomunikacji zajmujący się przetwarzaniem obrazów scen ruchomych (z natury lub uprzednio zarejestrowanych na taśmie magnetycznej) na sygnały elektryczne, tzw. sygnały wizyjne, ich przesyłaniem łączami telekomunikacyjnymi oraz odtwarzaniem w miejscu odbioru"[8]. Hybrydą zaś nazywane jest „coś, co składa się z różnych elementów, często do siebie niepasujących"[9]. W sensie językowym telewizją hybrydową będzie więc przetwarzanie i przesyłanie obrazów scen ruchomych do odbioru w sposób powiązany z elementami usług oferowanych dzięki dostępowi do szerokopasmowego Internetu.

II. Ramy prawne

Kluczowym zagadnieniem prawnym wiążącym się z funkcjonowaniem usług telewizji hybrydowej jest zakres stosowania do tych usług regulacji wynikających z ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[10] w związku z przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2010 r. o audiowizualnych usługach medialnych[11] (dalej: dyrektywa).

W sprawie usług hybrydowych szczególnie istotna wydaje się słusznie dostrzegana w piśmiennictwie zmiana roli organów regulacyjnych właściwych w sprawach mediów. Rozwój nowych technologii prowadzi, jak już wspomniano, do łączenia w jedną i wspólnie dostępną dla odbiorcy całość usług będących dotąd domeną całkiem odrębnie funkcjonujących reżimów prawnych. Na gruncie prawa europejskiego wskazuje się w tym zakresie, iż „kontrola mediów w ich sensie nadawczym dzieli się na trzy strefy: nadzór telekomunikacyjny (*hardware*), nadzór medialny (w odniesieniu do ich zawartości *software*) oraz nadzór dotyczący zasad konkurencji i koncentracji (harmonizacja). Można przyjąć, że właśnie te trzy dziedziny tworzą wspólnie system prawa

[7] K. Zalewski i in., *Telewizja hybrydowa*…, s. 7.

[8] http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/telewizja;3986210.html (26.09.2015).

[9] http://sjp.pwn.pl/szukaj/hybrydowy.html (26.09.2015).

[10] Dz. U. z 2015 r., poz. 1513.

[11] Dyrektywa 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz. Urz. UE L Nr 95, s. 1).

audiowizualnego. Zmiany prawa medialnego, sposobów regulacji oraz nadzoru mediów zmierzają do przechodzenia od pionowego modelu regulacyjnego przejawiającego się w podziale na regulacje dotyczące zawartości programowej oraz regulacje dotyczące aspektów technicznych do poziomego modelu objawiającego się w neutralności technologicznej i obejmującego różne sfery działalności mediów”[12]. Niezwykle istotne znaczenie ma w tym kontekście zasada neutralności technologicznej, na której opiera się dyrektywa. Wymaga ona zapewnienia przez państwa członkowskie stosowania ustanowionych przez dyrektywę standardów we wszystkich audiowizualnych usługach medialnych, niezależnie od sposobu ich rozpowszechniania lub dostarczania. Implementując postanowienia dyrektywy do polskiego porządku prawnego także podkreślano, iż zamiarem było oparcie urt na „koncepcji technologicznie neutralnego „poziomego ładu regulacyjnego”, odnoszącego się do wszystkich elektronicznych usług medialnych, niezależnie od środka przenoszenia treści”[13]. Tym samym, w wyniku nowelizacji dokonanej w 2011 r., urt ma przełamać „archaiczny model „pionowego ładu regulacyjnego”, który stanowił przeszkodę w rozwoju tego sektora”[14].

Nie ulega wątpliwości, iż w ramach szeroko rozumianej telewizji hybrydowej, a więc w ramach definicji kładącej nacisk na faktyczną możliwość dostępu do poszczególnych usług na ekranie telewizora, w jej zakresie przedmiotowym znajdą się z pewnością takie usługi, które nie będą objęte zakresem regulacji ustawy. Dotyczyć to będzie przede wszystkim usług, z których będzie można skorzystać na ekranie telewizora, jednak nie będą one spełniać przesłanek pozwalających na objęcie ich zakresem przedmiotowym urt. Będą to przykładowo gry, w tym gry on-line, serwisy społecznościowe czy internetowe komunikatory, które nie mogą być uznane za usługi medialne, o których mowa w art. 4 pkt 1 urt. Należy jednak wyróżnić usługi medialne dostępne dla odbiorców na ekranie telewizora, lecz dostarczane przez podmiot niebędący nadawcą w rozumieniu art. 4 pkt 5 urt. Jednocześnie, także w zakresie usług dostarczanych w ramach telewizji hybrydowej przez samego nadawcę, część z nich może nie spełniać przesłanek pozwalających na uznanie ich za usługi medialne. W tym kontekście podstawowym zadaniem jest rozważenie kwestii objęcia przepisami urt przekazów, które są dostarczane przez nadawcę i są bezpośrednio związane z emitowanymi audycjami.

III. Subsumpcja

W przepisach urt nie przyjęto systematyki znanej z większości ustaw i nie określono jej zakresu przedmiotowego. W art. 1 ust. 1a urt ustawodawca stwierdził jedynie, że zadania radiofonii i telewizji, szeroko zakreślone w ust. 1, są realizowane przez dostarczanie usług medialnych. Należy zatem przyjąć, iż możliwość zastosowania przepisów urt uzależniona jest od stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z usługą medialną, która na gruncie art. 4 pkt 1 urt zdefiniowana została jako „usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy”. W każdym

[12] K. Chałubińska-Jentkiewicz (2013). *Audiowizualne usługi medialne*…, s. 259.

[13] *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, druk nr 3812. Pozyskano z: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3812 (26.09.2015).

[14] Ibidem.

przypadku, zgodnie z zasadą jurysdykcji krajowej wyrażoną w art. 1a pkt 1 urt, ustalenia wymaga czy dostawca usługi medialnej jest ustanowiony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Kryteria powyższego rozstrzygnięcia określa art. 1a w ust. 2 i 3 urt, przy czym na podstawie ust. 4 przepisy urt znajdą też w dwóch przypadkach zastosowanie do dostawców, którzy nie odpowiadają warunkom określonym w ust. 2 i 3 urt. W odniesieniu do usług hybrydowych należy także wziąć pod uwagę wyłączenia z reżimu urt zawarte w katalogu z art. 2 ust. 2 urt, wśród których wyróżnić należy pkt 4 i 6, z mocy których urt nie stosuje się do programów radiowych rozpowszechnianych wyłącznie w systemach teleinformatycznych oraz audialnych usług na żądanie (pkt 4) oraz elektronicznych wersji dzienników i czasopism oraz prasy udostępnianej w systemie teleinformatycznym pod warunkiem, że nie składają się w przeważającej części z audycji audiowizualnych (pkt 6)[15].

Nadto, pomimo braku jednoznacznego wyłączenia, należy co do zasady uwzględniać w interpretacji wykładnię wskazującą, iż w świetle definicji usługi medialnej oraz w związku z motywami 21–28 dyrektywy „za usługę medialną (…) nie można uznawać dostarczania treści audiowizualnych poza prowadzoną działalnością gospodarczą, w ramach przedsięwzięć niekomercyjnych i niestanowiących konkurencji dla rozpowszechniania telewizyjnego. Do zakresu pojęcia usługi medialnej, a także do zakresu przedmiotowego ustawy nie można więc zaliczyć w szczególności:

1) treści audiowizualnych dostarczanych za pomocą stron internetowych prywatnych użytkowników, blogów, forów dyskusyjnych i korespondencji elektronicznej;
2) usług, w których treści audiowizualne wytworzone przez prywatnych użytkowników są dystrybuowane w celu udostępnienia lub wymiany w ramach grup zainteresowań”[16].

Ustalając możliwość i właściwy zakres zastosowania przepisów urt do telewizji hybrydowej należy zatem w pierwszej kolejności stwierdzić czy mamy do czynienia z usługą medialną. Ustawodawca wyróżnia w art. 4 pkt 1 urt usługi medialne w postaci programu, zdefiniowanego następnie w art. 4 pkt 6 urt oraz audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, zdefiniowanej w art. 4 pkt 6a urt, a także przekaz handlowy, o którym mowa w art. 4 pkt 16 urt. Podkreślenia wymaga, że chociaż brzmienie przepisu art. 4 pkt 1 urt mogłoby sugerować, iż przekaz handlowy jest trzecią, obok programu i audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, kategorią usług medialnych, to „handlowy przekaz audiowizualny występuje w usłudze medialnej tylko w powiązaniu z audycjami. Definicja przekazu handlowego w art. 4 pkt 16 potwierdza, że handlowy przekaz audiowizualny towarzyszy audycji lub jest do niej włączony. Zatem przekazy takie nie tworzą samoistnie usługi medialnej, co mogłoby wynikać z definicji usługi medialnej w art. 4 pkt 1”[17].

Wyżej zakreślony zakres przedmiotowy i podmiotowy urt przesądza, iż możliwość objęcia usług telewizji hybrydowej przepisami urt uzależniona jest od ich zakwalifikowania jako wchodzących

[15] W odniesieniu do elektronicznych wersji dzienników i czasopism należy mieć także na uwadze rozszerzającą interpretację przedstawioną w dniu 1 lipca 2015 r. przez rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Macieja Szpunara w opinii wydanej w sprawie C-347/14 zainicjowanej wnioskiem złożonym dnia 18 lipca 2014 r. przez Verwaltungsgerichtshof (Austria) o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W wyniku przeprowadzonej na gruncie dyrektywy analizy rzecznik generalny zaproponował zajęcie przez Trybunał stanowiska stwierdzającego, iż przywołane w zapytaniu przepisy art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt (i) oraz lit. b) dyrektywy „należy interpretować w ten sposób, że ani strona internetowa gazety codziennej zawierająca materiały audiowizualne, ani żadna część tej strony internetowej, nie stanowi audiowizualnej usługi medialnej w rozumieniu wspomnianej dyrektywy”. W opinii rzecznika „multimedialny portal internetowy jest obecną postacią tego, co jeszcze w okresie prac nad dyrektywą o usługach audiowizualnych ustawodawca mógł określić jako `elektroniczna wersja gazet lub czasopism`”.

[16] *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy*…; Należy przy tym zaznaczyć, iż powyższa interpretacja zaczerpnięta wprost z motywu 21 dyrektywy, nie ma charakteru bezwzględnego i opisane nią wyłączenie uzależnione jest od spełnienia licznych przesłanek, w tym zwłaszcza w zakresie niekomercyjnego charakteru działalności. O ile zatem strony generowane przez użytkowników (*User Generated Content*) są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy, to niektóre kanały profesjonalnych podmiotów mogą być kwalifikowane jako komercyjna usługa medialna na żądanie (patrz: Sprawozdanie z 35. spotkania Europejskiej Platformy Organów Regulacyjnych, Portoroż, Słowenia, 30.05–1.06.2012 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/konferencje/sprawozdania/2012/sprawozdanie-epra_portoroz_website.docx (27.09.2015).

[17] S. Piątek. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 36). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

w zakres usług medialnych, w więc od zaistnienia sytuacji, w której będą one mogły być uznane za część programu lub audiowizualnej usługi medialnej na żądanie.

Niezależnie od wniosków dotyczących charakteru prawnego telewizji hybrydowej ogólnie jest oczywiste, iż w ramach szerokiego ujęcia, możliwe jest świadczenie w jej ramach typowych audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Zgodnie z art. 4 pkt 6a urt „audiowizualną usługą medialną na żądanie jest usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę". Usługa ma być świadczona w ramach działalności gospodarczej i być publicznie udostępniana, co oznacza „jej świadczenie w sposób umożliwiający ogółowi użytkowników, w wybranym przez nich momencie i na ich życzenie, odbiór wybranej przez nich audycji z katalogu udostępnionego w ramach takiej usługi" (art. 4 pkt 8a urt). Należy przy tym także zaznaczyć, iż termin „katalog" został przez ustawodawcę zdefiniowany w sposób niedostateczny i niepozwalający na pełne zdekodowanie jego znaczenia. Z treści art. 4 pkt 2 urt wynika bowiem, że „katalog" ma być: (1) stworzony przez dostawcę usługi medialnej; (2) zawierać audycje; (3) publicznie udostępniane w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Niezależnie od wątpliwości interpretacyjnych dotyczących audiowizualnych usług medialnych na żądanie, które nie są przedmiotem niniejszego artykułu, należy stwierdzić, iż możliwe jest wystąpienie problemów związanych z precyzyjnym oddzieleniem tych usług od innych przekazów „hybrydowych", a tym samym stwierdzeniem, które z nich podlegają wymaganiom określonym w rozdziale 6a urt. Problemy te nie są jednak specyficzne dla telewizji hybrydowej, a wynikają z istoty audiowizualnych usług medialnych na żądanie i mogą występować w innych sposobach świadczenia tych usług, np. za pośrednictwem strony internetowej[18]. W tym zakresie możliwe jest np. wystąpienie wątpliwości dotyczących rozstrzygnięcia czy treści „hybrydowe" bezpośrednio związane z emitowaną audycją będą stanowić część katalogu. Jest to wątpliwe, z uwagi na fakt, że audiowizualne usługi medialne na żądanie opierają się na udostępnianiu audycji w katalogu, a wspomniane przekazy mogą nie mieć charakteru audycji zdefiniowanej w art. 4 pkt 2 urt. Niemniej jednak, w przypadku stwierdzenia, iż oferowana w ramach „telewizji hybrydowej" usługa spełnia przesłanki pozwalające na uznanie jej za audiowizualną usługę medialną na żądanie, powinna być tak właśnie zakwalifikowana, z uwzględnieniem jednakże wspomnianej już jurysdykcji krajowej, która odgrywać będzie szczególne znaczenie w odniesieniu do usług tworzonych i wdrażanych np. przez producentów telewizorów.

W rozumieniu urt „programem jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie" (art. 4 pkt 6 urt). W świetle powyższej definicji, na program składają się trzy rodzaje przekazów: (1) audycje; (2) przekazy handlowe oraz (3) inne przekazy. Zauważyć trzeba, iż ustawodawca definiuje wyłącznie audycje (w art. 4 pkt 2 urt) oraz przekazy handlowe (we wspomnianym już art. 4 pkt 16 urt), brak natomiast ustawowej definicji „innego przekazu". Rozważenia wymaga więc, czy przekazy wchodzące w zakres pojęciowy „telewizji hybrydowej" mogą być uznane za inny przekaz, towarzyszący audycjom i przekazom handlowym i składający się wraz z nimi na „program". W tym kontekście warto odnotować, w jaki

[18] Co znalazło wyraźne odzwierciedlenie np. w cytowanej opinii rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Macieja Szpunara w sprawie C-347/14.

sposób ustawodawca definiuje pojęcia audiodeskrypcji. Zgodnie z art. 4 pkt 28 urt „audiodeskrypcją jest werbalny, dźwiękowy opis obrazu i treści wizualnych zawartych w audycji audiowizualnej przeznaczony dla osób niepełnosprawnych z powodu dysfunkcji narządu wzroku, umieszczony w audycji lub rozpowszechniany równocześnie z audycją". Jednoznacznie stwierdza się więc, że może być ona umieszczona w audycji lub rozpowszechniana równocześnie z nią. Użycie sformułowania „rozpowszechniana równocześnie z audycją" może wskazywać, że ustawodawca przewidział potencjalną możliwość istnienia przekazów będących częścią programu, emitowanych równocześnie z audycją, ale niebędących jej częścią.

Jednocześnie, definiując przekaz tekstowy, ustawodawca poczynił wyjątek uwzględniając w przepisach urt kategorię wprost niebędącą programem ani też niespełniającą przesłanek pozwalających na uznanie jej za audiowizualną usługę medialną na żądanie. W art. 4 pkt 24 urt stwierdza się bowiem, iż „przekazem tekstowym jest zbiór tekstów i nieruchomych obrazów, rozpowszechnianych za pomocą sygnału telewizyjnego lub radiowego równocześnie z programem". Z definicji tej wynika, że możliwe jest istnienie przekazu, który jest rozpowszechniany, a nie jest częścią programu[19]. Wydaje się, iż w systematyce przepisów urt „przekaz tekstowy" może być uznany za kategorię najbardziej zbliżoną do usług „telewizji hybrydowej" w ich znaczeniu akcentującym połączenie linearnego programu z oferowanymi przez jego nadawcę usługami opartymi o dostęp do szerokopasmowego Internetu. Należy jednak mieć przy tym na uwadze treść art. 19 ust. 2 urt, z mocy którego do przekazów tekstowych stosuje się odpowiednio przepisy o tworzeniu i rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych. Zatem możliwość poddania tych przekazów regulacjom urt wymagała zawarcia w jej przepisach jednoznacznego, przesądzającego w tym zakresie przepisu, którego brak oczywiście w odniesieniu do usług „telewizji hybrydowej".

W związku z powyższym rozważenia wymaga czy niektóre z przekazów dostarczanych w ramach telewizji hybrydowej mogą być uznane za „inne przekazy", mające charakter prawny zbliżony do audiodeskrypcji (zwłaszcza uwzględniając fakt, iż audiodeskrypcja może być udostępniana jako jeden z przekazów „hybrydowych"). Trzeba mieć jednak na uwadze, że warunkiem koniecznym dla stwierdzenia, że dany przekaz jest częścią programu jest uznanie, że odpowiedzialność redakcyjną[20] za ten przekaz ponosi nadawca[21]. Ten warunek z góry wyklucza każdy przekaz lub usługę dostarczaną przez podmiot trzeci, np. producenta odbiornika czy operatora telewizji kablowej. Jednocześnie, spośród przekazów „hybrydowych" dostarczanych przez nadawców tylko część jest związana z audycją i mogłaby być ewentualnie uznana za część programu. W celu stwierdzenia, że dany przekaz wchodzi w skład programu konieczne jest uznanie, że stanowi on część uporządkowanej całości oraz, że możliwy jest jego jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie (zgodnie z definicją pojęcia „program"). Wydaje się, że jest to możliwe w stosunku do niektórych przekazów „hybrydowych". Obecnie obowiązująca definicja programu nie przystaje jednak do usług, które mogą być personalizowane względem każdego odbiorcy. Z tego względu trudne do uzasadnienia może być stwierdzenie, że uzupełniony o takie

[19] Zgodnie z art. 4 pkt 7 urt rozpowszechnianiem jest emisja programu drogą bezprzewodową lub przewodową do odbioru przez odbiorców, co sugeruje, że każdy przekaz, który jest „rozpowszechniany" jest częścią programu.

[20] Jak stanowi art. 4 pkt 3 urt „odpowiedzialnością redakcyjną jest sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub w katalogu".

[21] Z definicji dostawcy usługi medialnej zawartej w art. 4 pkt 4 urt wynika bowiem, iż jest nim „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 lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie".

przekazy „hybrydowe" program, nadal stanowiłby „uporządkowany zestaw", rozpowszechniany „w całości", a jego odbiór możliwy byłby „jednocześnie". Należy mieć również na uwadze, że uznanie określonego „hybrydowego" przekazu za część programu, skutkować będzie nałożeniem na operatora rozprowadzającego ten program obowiązku rozprowadzania go w całości i bez zmian, czyli również z uwzględnieniem takiego przekazu hybrydowego. Niewypełnienie tego obowiązku skutkować będzie wykreśleniem takiego programu z rejestru (art. 45 ust. 3 pkt 2 urt). Ewentualnie możliwe byłoby uznanie, że program wzbogacony o przekazy „hybrydowe" jest osobnym programem, co z kolei skutkowałoby, m.in. obowiązkiem uzyskania koncesji na jego rozpowszechnianie. Takie rygorystyczne podejście mogłoby być jednak uznane za sprzeczne z celami regulacji, a praktycznie trudne do wykonania.

IV. Perspektywa europejska

Warto w tym miejscu zauważyć, iż kwestie dotyczące telewizji hybrydowej budzą także wiele wątpliwości na poziomie europejskim. Co istotne, dyrektywa nie posługuje się pojęciem „innego przekazu", definiując rozpowszechnianie telewizyjne (tzn. linearną audiowizualną usługę medialną) jako „audiowizualną usługę medialną świadczoną przez dostawcę usług medialnych, umożliwiającą równoczesny odbiór audycji na podstawie układu audycji" (art. 1 ust. 1 lit. e), natomiast audiowizualną usługę medialną na żądanie (tzn. nielinearną audiowizualną usługę medialną) jako „audiowizualną usługę medialną świadczoną przez dostawcę usług medialnych, umożliwiającą użytkownikowi odbiór audycji w wybranym przez niego momencie i na jego życzenie w oparciu o katalog audycji przygotowany przez dostawcę usług medialnych" (art. 1 ust. 1 lit. g). Program stanowi więc wypadkową audycji, zdefiniowanych w art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy oraz handlowych przekazów audiowizualnych, zdefiniowanych w art. 1 ust. 1 lit. h dyrektywy, które to stosownie do jej art. 1 ust. 1 lit. a ppkt ii także stanowią audiowizualną usługę medialną. Tak więc na podstawie dyrektywy możliwość zakwalifikowania przekazów hybrydowych jako stanowiących część programu jest jeszcze trudniejsza niż na podstawie przepisów urt.

Niemniej jednak, ewentualny brak możliwości zakwalifikowania treści „hybrydowych" jako stanowiących część programu lub audiowizualnej usługi medialnej na żądanie może skutkować istotnym utrudnieniem w realizacji celów przyświecających zarówno dyrektywie, jak i przepisom urt, w szczególności w odniesieniu do takich kwestii, jak ochrona małoletnich czy ograniczenia i wymogi związane z przekazami handlowymi. Zwłaszcza na tym polu widać wyraźnie wzmożoną aktywność poszczególnych uczestników rynku[22].

Powyższe problemy dostrzegają także instytucje Unii Europejskiej. W tym kontekście należy zwrócić uwagę m.in. na rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie telewizji hybrydowej, w której dostrzega się, iż „od dawna zapowiadana technologiczna konwergencja mediów stała się w międzyczasie rzeczywistością szczególnie w przypadku systemu radiofonii

[22] Jak podawał już w 2014 r. miesięcznik „Press" – „Po telewizję hybrydową sięgają też domy mediowe. Aplikacje wykorzystano już m.in. do reklamy marek Coca-Cola i Samsung. W kampanii Coca-Coli Zero dom mediowy Starcom przez cztery weekendy przy wybranych programach (np. seriale „Paradoks" i „Czas honoru") umieszczał w rogu ekranu logo tego napoju z czerwonym przyciskiem. „Każdy szanujący się gadżeciarz musiał spróbować, jak to działa" – stwierdza Starcom w podsumowaniu tej akcji. Kampania przerosła oczekiwania: przez osiem dni wygenerowano 256 tys. odsłon. Przekaz dotarł do 27,73 tys. użytkowników – to dwa razy więcej, niż estymowano", zob. E. Rutkowska (2014). Zysk na hybrydzie. *KOZ, Press*, *10*, s. 12. Co ciekawe, opisane powyżej zjawisko z regulacyjnego punktu widzenia zostało tez dostrzeżone przez Komisję Europejską, która w cytowanej już *Zielonej Księdze „Przygotowanie do nadejścia w pełni zintegrowanych mediów audiowizualnych: wzrost gospodarczy, twórczość i wartości"* stwierdza, że „została poinformowana o wątpliwościach dotyczących nakładek reklamowych (*commercial overlays*) dodawanych do usług linearnych. Uwagę zwrócono na fakt, iż zjawisko to może podważyć zasadniczy cel regulacji kwestii reklam oraz postawiono pytanie: czy takie nakładki mogą być pokazywane bez zgody widzów i nadawców, czy też za ich zgodą".

i telewizji oraz Internetu, a europejska polityka w zakresie mediów, kultury i Internetu musi dostosować ramy regulacyjne do nowych okoliczności, a przy tym zapewnić możliwość ustanowienia i wdrożenia jednolitego poziomu regulacji również w odniesieniu do nowych uczestników rynku z Unii Europejskiej oraz z państw trzecich", a „cele regulacyjne dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, w szczególności zagwarantowanie i wspieranie pluralizmu opinii i mediów, ochrona godności ludzkiej i nieletnich, zachęcanie dostawców usług medialnych do zapewnienia dostępu osobom niedosłyszącym i niedowidzącym, zapewnienie uczciwej konkurencji oraz określenie zasad emisji reklam, zasadniczo zachowują swoje znaczenie społeczne i uzasadnienie regulacyjne, ale jednocześnie skuteczność i możliwość egzekwowania tych przepisów ochronnych coraz częściej są ograniczone ze względu na możliwości korzystania wynikające z hybrydowych systemów odbioru", natomiast „możliwe zastosowania odbiorników hybrydowych podważają główne zasady dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, takie jak konieczność oddzielenia reklamy od programu i przepisy dotyczące umieszczania reklam". Parlament wzywa Komisję Europejską do dokonania przeglądu dyrektywy oraz innych aktów mających wpływ na rynek mediów tak, aby obecnie zachodzące zmiany technologiczne były korzystne zarówno dla odbiorców, jak i przedsiębiorców działających na rynku medialnym. Parlament opowiada się za utrzymaniem „regulacji stopniowalnej dla usług medialnych, jednak stopniowalności tej nie należy uzależniać od rozróżnienia między usługami nielinearnymi a linearnymi, lecz przede wszystkim powiązać z potencjałem działania danej usługi medialnej oraz z odpowiedzialnością redakcyjną za tę usługę, przy jednoczesnym przyznaniu państwom członkowskim odpowiedniego zakresu uznania". Parlament wzywa wprost do „przyjęcia przepisów regulujących działanie platform telewizji hybrydowej, zapewniających dostęp do treści rozpowszechnianych przez nadawców i ich integralność, przejrzystość na użytek konsumentów i stosowanie podstawowych zasad etycznych (ochrona nieletnich i życia prywatnego)".

Zmiany na rynku mediów elektronicznych, w tym dotyczące telewizji hybrydowej znajdują się w obszarze zainteresowania Komisji Europejskiej, której przejawem były m.in. konsultacje publiczne związane z opublikowaniem w dniu 24 kwietnia 2013 r. Zielonej Księgi „Przygotowanie do nadejścia w pełni zintegrowanych mediów audiowizualnych: wzrost gospodarczy, twórczość i wartości" (COM(2013) 231 final). Jak wskazano w tym dokumencie, celem Zielonej Księgi było „otwarcie zakrojonej na szeroką skalę debaty publicznej na temat skutków zmian zachodzących w dziedzinie mediów audiowizualnych, które charakteryzuje postępująca konwergencja usług medialnych oraz nowe sposoby wykorzystywania i świadczenia tych usług". Zdaniem Komisji, wyniki przeprowadzonych konsultacji mogą „utorować drogę do ewentualnych rozwiązań regulacyjnych i innych działań politycznych". Zakreślony w Zielonej Księdze zakres konsultacji związany bezpośrednio z nieprzystającymi do obecnej sytuacji na rynku mediów elektronicznych ramami regulacyjnymi może wskazywać, iż dyrektywa w jej obecnym brzmieniu może nie realizować wyznaczonych celów, co może oznaczać podjęcie prac zmierzających do wprowadzenia zmian w dyrektywie i innych związanych z nią aktach prawnych.

V. Wnioski

Podsumowując rozważania dotyczące możliwości ujęcia usług telewizji hybrydowej w ramy regulacyjne ukształtowane przepisami urt, należy stwierdzić, iż subsumpcja stanu faktycznego będącego przedmiotem konkretnej analizy do obowiązujących norm prawnych musi mieć

charakter kilkuetapowy. W pierwszej kolejności należy bowiem ustalić czy mamy do czynienia z usługą medialną. Jeśli tak, to uwzględniając wytyczne płynące z zasady neutralności technologicznej, rozstrzygnięcia wymaga czy spełnione są przesłanki pozwalające na zakwalifikowanie takiej usługi jako audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, która objęta będzie wówczas na zasadach ogólnych zakresem rozdziału 6a urt. W dalszej perspektywie konieczne jest ustalenie czy przekazy niestanowiące nawet samodzielnie usługi medialnej pochodzą od nadawców czy też od innych podmiotów. Następnie, spośród przekazów dostarczanych przez nadawców, należy wyróżnić przekazy bezpośrednio związane z treścią emitowanych audycji, które ewentualnie, przy spełnieniu wielu warunków, mogłyby być uznane za część programu, a co za tym podlegałyby one regulacjom urt. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż ze względu na duże zróżnicowanie i innowacyjny charakter omawianych usług każdorazowo ustalenie możliwości i właściwego zakresu zastosowania przepisów urt będzie uzależnione od analizy występującego w sprawie stanu faktycznego.

Niezależnie od powyższego, przedstawione w niniejszym artykule wątpliwości i praktyczne problemy wskazują na potrzebę postulowania *de lege ferenda* jasnego uregulowania omawianych kwestii i to zarówno na poziomie europejskim, jak i w przepisach urt. Należy bowiem mieć na względzie, że uwagi poczynione na gruncie ustawowych definicji audiodeskrypcji i przekazu tekstowego, wobec wspomnianego braku legalnej definicji „innego przekazu" i zasady *exceptiones non sunt extendendae*, mogą okazać się niewystarczające do objęcia usług telewizji hybrydowej zakresem regulacji urt. W wielu przypadkach może to stać na przeszkodzie realizacji celów zarówno dyrektywy, jak i polskiej urt.

Bibliografia

Chałubińska-Jentkiewicz, K. (2013). *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*. Warszawa: LEX Wolters Kluwer.

Piątek, S., Dziomdziora, W. i Wojciechowski K. (2014). *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Rutkowska, E. (2014). Zysk na hybrydzie. *KOZ. Press*, *10*(225), s. 12.

Zalewski, K., Celmer, S., Firlej, J., Murawska-Najmiec, E. i Woźniak, A. (2013). *Telewizja hybrydowa: szanse, zagrożenia i wyzwania regulacyjne*. Warszawa: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/publikacje/analizy/tv-hybrydowa_raport_2013-05-16_2_def-2.pdf (25.09.2015).

Elżbieta Czarny-Drożdżejko*

Autopromocja dostawców audiowizualnych usług medialnych

Spis treści

I. Uwaga wstępna
II. Regulacja autopromocji w prawie międzynarodowym i unijnym
III. Regulacja autopromocji w ustawie o radiofonii i telewizji
1. Definicja autopromocji
2. Przepisy szczegółowe dotyczące autopromocji
3. Regulacja autopromocji w rozporządzaniu o działalności reklamowej
4. Problematyka autopromocji w związku z ochroną małoletnich.
5. Zagadnienia autopromocji w audiowizualnych usługach na żądanie
6. Pozostałe zagadnienia związane z autopromocją
IV. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł przedstawia regulację zjawiska autopromocji w Konwencji o telewizji ponadgranicznej, dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych oraz na gruncie polskiej ustawy o radiofonii i telewizji. Autopromocja jest zjawiskiem złożonym i może przybrać różną formę – reklamy produktów dostawcy usług medialnych, zwiastunów, a niekiedy nawet zapowiedzi. Ustawodawca nie jest do końca konsekwentny w stosowanym nazewnictwie, jak również nie różnicuje tego zjawiska. Autopromocja jest formą przekazu handlowego, a więc takiego który z założenia ma zachęcić do promocji towarów czy usług nadawcy. Do autopromocji stosuje się wszystkie przepisy regulujące formę i treść przekazów handlowych. Szczegółowo została w Polsce unormowana kwestia ogłoszeń nadawcy, zawierających jedynie informację o jego audycjach oraz o dodatkowych produktach uzyskiwanych bezpośrednio z audycji. Szczególne problemy związane są z autopromocją dostawców usług audiowizualnych na żądanie. Artykuł ukazuje złożoność problematyki autopromocji, problemy interpretacji przepisów o autopromocji oraz konieczność wprowadzenia zmian w ustawie o radiofonii i telewizji.

Słowa kluczowe: autopromocja; ustawa o radiofonii i telewizji; audiowizualne usługi medialne na żądanie; zwiastuny; zapowiedzi.

JEL: K23.

* Dr Elżbieta Czarny-Drożdżejko – doktor nauk prawnych; adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Uniwersytetu Jana Pawła II w Krakowie; specjalista z zakresu prawa mediów i ochrony własności intelektualnej; e-mail: elzbieta.czarny_drozdzejko@upjp2.edu.pl.

I. Uwaga wstępna

Regulacja prawna dotycząca autopromocji pojawiła się w polskiej ustawie o radiofonii i telewizji stosunkowo niedawno. Została ona bowiem dodana na podstawie ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz niektórych innych ustaw[1]. Należy przy tym zauważyć, że stan prawny obowiązujący do 23 maja 2011 r. był niezgodny z obowiązującym Polskę prawem międzynarodowym i unijnym. Zarówno bowiem Konwencja o telewizji ponadgranicznej[2], jak i dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych[3] zawierały regulację dotyczącą autopromocji, traktowanej jako forma reklamy.

II. Regulacja autopromocji w prawie międzynarodowym i unijnym

Umową międzynarodową, która reguluje kwestię autopromocji jest wzmiankowana już Konwencja o telewizji ponadgranicznej. Dotychczas Konwencja ta była raz zmieniana. Pierwotnie, w wersji z 1989 r.[4] regulacja autopromocji tam nie występowała. Pojawiła się dopiero wraz z jej zmianą dokonaną 9 września 1998 r.[5], na którą miała wpływ zmiana dyrektywy unijnej z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej[6]. Obecnie trwają prace nad kolejną nowelizacją Konwencji mającą na celu dostosowanie jej do regulacji unijnej[7].

Zgodnie z obecnie obowiązującym Polskę art. 2 lit. f Konwencji o telewizji ponadgranicznej „reklama" to każdy publiczny przekaz nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia albo w celach autopromocji, zmierzający do promowania sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocji idei lub sprawy albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę lub samego nadawcę. Autopromocja pojawia się więc w samej definicji reklamy jako forma własnej promocji przez nadawcę. W Raporcie wyjaśniającym[8] do Protokołu Poprawek do Konwencji o telewizji ponadgranicznej[9] z 2002 r. wyraźnie wskazano, że promocję audycji czy programu należy uznać za reklamę w rozumieniu Konwencji. „Jednakże, należy ustanowić wyjątek dla zapowiedzi programów dokonywanych wyłącznie w celach informacyjnych i bez charakteru promocyjnego"[10]. Jak już wyżej wskazałam, obecnie trwają prace nad projektem zmiany Konwencji o telewizji ponadgranicznej. W raporcie wyjaśniającym do tego projektu zaznaczono, iż należy ustanowić wyjątek dla zapowiedzi programów dokonywanych wyłącznie w celu informacji. Podobnie, zwiastuny zawierające urywki programów powinny być traktowane jak programy. Tego typu reklamy nie

[1] Dz. U. z 2011 r., Nr 85, poz. 459.

[2] Konwencja sporządzona w Strasburgu dnia 5 maja 1989 r. (Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160 z późn. zm.).

[3] Dyrektywa z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz.U. L 95 z 15.4.2010, str. 1–24). Dyrektywa ta faktycznie pochodzi z 1989 r. z tym, że była kilkakrotnie zmieniana, a w 2010 r. został wydany akt ujednolicony. Polskę akt ten obowiązywał od czasu przystąpienia do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r.

[4] Zob. Konwencja z dnia 5 maja 1989 r. (Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160).

[5] Zob. Dz. U. z 2004 r., Nr 28, poz. 250.

[6] Dziennik Urzędowy L 202, 30/07/1997 P. 0060–0070.

[7] Zob. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/T-TT/T-TT_2009_009FIN_fr%20Rapport%20expli.%20CETT.pdf (09.07.2015).

[8] http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/171.htm (8.7.2015).

[9] Dz. U. z 2004 r., Nr 28, poz. 250.

[10] Punkt 103 Raportu. Pozyskano z: http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/132.htm (08.07.2015).

mogą zostać uznane za reklamę w rozumieniu artykułu 15[11]. Projektowany art. 15 Konwencji ma dotyczyć czasu trwania spotów reklamowych oraz spotów z telesprzedażą. Tak więc znamienne jest, że obok pojęcia autopromocji pojawiają się takie terminy, jak „zwiastun" oraz „zapowiedź". Zapowiedzi należy traktować jak audycję, a zwiastuny jak reklamę, tyle że do nich nie stosuje się przepisu dotyczącego godzinowego limitu jej trwania.

Przepisem, który w pewnym zakresie odnosi się do kwestii autopromocji, jest art. 12 Konwencji. Zasadniczo dotyczy on czasu trwania reklam i telesprzedaży, ale w ust. 4 stwierdza między innymi, że w rozumieniu niniejszego artykułu z pojęcia reklamy wyłącza się ogłoszenia wytworzone przez nadawcę w związku z jego własnymi programami i inne produkty bezpośrednio związane z realizacją celów tych programów.

Wzmiankowane ogłoszenia są więc generalnie reklamą, tyle że nie wlicza się czasu ich trwania do reklam i telesprzedaży. Wszystkie inne przepisy Konwencji dotyczące reklamy mają zastosowanie do tego typu ogłoszeń, które są jednocześnie autopromocją.

W art. 18a Konwencji stwierdza się natomiast, że usługa programowa nadawcy może się składać z samej autopromocji. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 lit. d usługa programowa to wszystkie części pojedynczej usługi świadczonej przez danego nadawcę w znaczeniu określonym w poprzednim ustępie, a więc program, jako pewna całość. W ramach kanału poświęconego jedynie autopromocji mogą się także znaleźć inne formy reklamowania, ale z uwzględnieniem ograniczeń określonych w artykule 12 ust. 1 i 2 Konwencji, a więc z uwzględnieniem dziennego i godzinowego limitu ich nadawania.

W prawodawstwie unijnym także pojęcie „autopromocji" nie funkcjonowało od samego początku[12]. Pojawiło się ono dopiero w związku ze zmianą dyrektywy dotyczącej działalności telewizyjnej w 1997 r.[13]. Obecnie po kolejnej zmianie z 2007 r.[14] została ona uznana za formę handlowego przekazu audiowizualnego, którego celem jest bądź osiągnięcie wynagrodzenia, bądź własna promocja (autopromocja) nadawcy. Termin „autopromocja" pojawia się także w definicji reklamy telewizyjnej, której celem jest również albo osiągnięcie wynagrodzenia przez nadawcę, albo promocja jego własnej osoby, czyli autopromocja.

W motywie 96 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych[15] stwierdzono, że niezbędne jest wyjaśnienie, że działania autopromocyjne stanowią szczególną formę reklamy, w których nadawca telewizyjny promuje własne produkty, usługi, programy lub kanały; w szczególności zwiastuny zawierające urywki programów powinny być traktowane jak programy. Z motywu tego wynika, że zwiastuny zawierające jedynie informacje o audycjach, należy traktować na gruncie dyrektywy jak audycję, a nie jak autopromocję. Należy zauważyć, że w polskim jej tłumaczeniu w końcówce posłużono się pojęciem „program", ale prawidłowo sformułowanie to powinno zostać

[11] Raport wyjaśniający do projektu Konwencji Rady Europy o telewizji ponadgranicznej, Pkt 134. Pozyskano z: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/T-TT/T-TT_2009_009FIN_fr%20Rapport%20expli.%20CETT.pdf (08.07.2015).

[12] Zob. Dyrektywa Rady z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz. Urz. L 298, z 17.10.1989, s. 0023–0030).

[13] Zostało ono wprowadzone do dyrektywy z dnia 30 czerwca 1997 r., zmieniającej dyrektywę Rady 89/552/EWG, w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz. Urz. L 202, 30/07/1997, s. 0060–0070).

[14] Dyrektywa 2007/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz. Urz. L 332, z 18.12.2007, s. 27 i n.).

[15] Dyrektywa z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (wersja ujednolicona) (Dz.U. L 95 z 15.4.2010, s. 1–24).

przetłumaczone jako „audycja". Tak we francuskim, jak i angielskim tłumaczeniu jednolicie w całej dyrektywie posłużono się pojęciem „program", który w tych językach odpowiada polskiemu określeniu „audycji" oraz „programu". W polskim tłumaczeniu nazewnictwo jest niejednolite. W niektórych miejscach słowo „program" przetłumaczono jako „audycja", a w innych, na przykład w motywie 96, jako „program". Jest to pewien rodzaj dezinformacji, zwłaszcza że w polskim systemie prawnym „audycja" i „program" to dwa odrębne terminy zdefiniowane w ustawie o radiofonii i telewizji. Wydaje się jednak, że z punktu widzenia prawa unijnego zwiastuny audycji powinny być wyłączone z pojęcia autopromocji. Stąd wszelkie przepisy dotyczące przekazów handlowych w ogóle nie powinny mieć do nich zastosowania.

Jednak treść dyrektywy, a zwłaszcza jej art. 23[16] wprowadza pewne wątpliwości. Należy wskazać, że wzmiankowany przepis odnosi się do godzinowego czasu nadawania spotów reklamowych i telesprzedażowych. Jego ust. 2 przewiduje, że do 20% dozwolonego czasu w ciągu godziny na rozpowszechnianie tychże spotów nie wlicza się między innymi ogłoszeń nadawcy w związku z jego własnymi audycjami ani w związku z produktami towarzyszącymi wywodzącymi się bezpośrednio z tych audycji. Nie ma więc wątpliwości, że ogłoszenia te stanowią autopromocję, tyle że nie wlicza się jej do godzinowego czasu trwania spotów reklamowych i z telesprzedażą. Problematyczne może się więc okazać rozróżnienie z jednej strony pomiędzy zwiastunami audycji (które należy traktować jak audycje), z drugiej zaś – ogłoszeniami nadawcy w związku z jego własnymi audycjami lub w związku z produktami towarzyszącymi wywodzącymi się bezpośrednio z tych audycji. W dyrektywie nie pojawia się natomiast pojęcie „zapowiedzi audycji".

Z kolei art. 25 dyrektywy stanowi, iż przepisy niniejszej dyrektywy stosuje się odpowiednio do kanałów telewizyjnych poświęconych wyłącznie reklamie i telesprzedaży oraz do kanałów telewizyjnych poświęconych wyłącznie autopromocji. Jednakże do kanałów tych nie stosuje się rozdziału VI[17], a także art. 20[18] i 23[19]. W motywie 101 stwierdzono, że niniejszą dyrektywę powinno się stosować do kanałów przeznaczonych wyłącznie na telezakupy lub na autopromocję, bez elementów zwykłych programów, takich jak informacje, transmisje sportowe, filmy, programy dokumentalne i teatralne, jedynie do celów niniejszej dyrektywy i bez uszczerbku dla włączenia tych kanałów w zakres innych instrumentów Unii. Także w tym przypadku aktualne pozostaje pytanie, czym jest autopromocja, skoro zwiastuny audycji są uważane za audycję (motyw 96 dyrektywy) i w ramach kanałów telewizyjnych poświęconych wyłącznie autopromocji, zgodnie z motywem 101, nie powinny być rozpowszechniane.

Co ciekawe w stosunku do kanałów poświęconych wyłącznie autopromocji, zgodnie z analizowaną dyrektywą, nie stosuje się przepisu określającego godzinowy limit nadawania reklam. Jest to rozwiązanie odmienne od tegoż przyjętego na gruncie Konwencji o telewizji ponadgranicznej. Jednak zgodnie z art. 27 ust. 1 Konwencji strony, będące członkami Unii Europejskiej, będą w stosunkach wzajemnych kierować się przepisami Unii, a więc tym samym nie będą stosować reguł wynikających z niniejszej konwencji, z wyjątkiem sytuacji, w której dana kwestia nie jest

[16] Art. 23 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.
1. Czas nadawania telewizyjnych spotów reklamowych i spotów telesprzedażowych nie może w danej godzinie zegarowej przekraczać 20%.
2. Ustępu 1 nie stosuje się do ogłoszeń nadawcy w związku z jego własnymi audycjami ani w związku z produktami towarzyszącymi wywodzącymi się bezpośrednio z tych audycji, do ogłoszeń sponsorowanych ani do lokowania produktu.

[17] Rozdział VI nosi tytuł: *Promocja dystrybucji i produkcji programów telewizyjnych*.

[18] Dotyczy możliwości przerywania audycji spotami z reklamą i telesprzedażą.

[19] Dotyczy maksymalnego godzinowego czasu rozpowszechniania reklam i telesprzedaży.

regulowana przepisami UE. W tym zakresie można więc stosować łagodniejsze przepisy wynikające z dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.

Na zakończenie tej części rozważań należy nadmienić, że w prawie unijnym brakuje pozytywnej definicji „autopromocji", jak również „zwiastuna" czy zapowiedzi. Istotne jest jednak rozważenie kwestii czy prawo krajowe może w zakresie autopromocji przewidzieć regulację surowszą i zaliczyć zwiastuny do reklamy. Zgodnie z art. 4 dyrektywy państwa członkowskie mogą zobowiązać dostawców usług medialnych podlegających ich jurysdykcji do przestrzegania bardziej szczegółowych lub surowszych przepisów w dziedzinach, które podlegają koordynacji na mocy niniejszej dyrektywy, pod warunkiem że przepisy takie są zgodne z prawem unijnym. O ile więc takie surowsze przepisy zostaną wprowadzone w celu ochrony interesu nadrzędnego, będzie to dopuszczalne i zgodne z art. 56 TFUE[20]. Interes ogólny to taki, którego celem jest realizacja jakiegoś celu ogólnospołecznego. Nie może mieć on charakteru gospodarczego. „Za wymogi imperatywne dotyczące interesu ogólnego Trybunał uznał dotychczas: ochronę konsumentów, ochronę ludności w odniesieniu do usług wykonywanych przez przedstawicieli wolnych zawodów, ochronę osób wykonujących działalność artystyczną przy pośrednictwie pracy, różnego rodzaju wartości w ramach polityki kulturalnej, na przykład ochronę pluralizmu rozgłośni radiowych, ochronę własności przemysłowej, ochronę w zakresie spraw socjalnych, spójność regulacji podatkowej"[21]. Sądzę, że przypadku uznania zwiastunów za autopromocję, celem wprowadzenia takiej surowszej regulacji może być dobro odbiorców, którzy są zmuszani do ich oglądania. Powoływanie się w tym przypadku na prawo do informacji społeczeństwa o tym, co będzie nadawane w najbliższym czasie, wydaje się być nieporozumieniem. Realizacji tego bowiem celu służą spisy programów telewizyjnych, które są powszechnie dostępne oraz zapowiedzi poszczególnych audycji. Interes widza zostaje naruszony poprzez epatowanie bez uprzedzenia zwiastunami, które dodatkowo nie są wprowadzone do siatki programowej tak, aby dla każdego odbiorcy było jasne, kiedy rozpocznie się audycja, którą chce obejrzeć. Są one traktowane jak niechciane reklamy. Każdy z nich ma bowiem taki charakter, gdyż polega na promowaniu przez dostawcę własnych usług. Uważam więc, że istnieje interes ogólny, który umożliwia zaliczenie zwiastunów do autopromocji i taka regulacja na gruncie prawa krajowego byłaby dopuszczalna z punktu widzenia prawa unijnego.

III. Regulacja autopromocji w ustawie o radiofonii i telewizji

1. Definicja autopromocji

W prawie polskim autopromocja została uregulowana w ustawie o radiofonii i telewizji[22]. Z uwagi na zakres przedmiotowy tej ustawy regulacja ta odnosi się tak do nadawców, jak i dostawców audiowizualnych usług na żądanie. Niemniej jednak zwraca uwagę, że nie stosuje się jej do radia internetowego dostępnego jedynie w systemie teleinformatycznym. Tam więc autopromocja może funkcjonować bez żadnych ograniczeń mających na celu ochronę odbiorców takiego radia.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 23 urt autopromocją jest każdy przekaz pochodzący od dostawcy usługi medialnej mający służyć bezpośrednio lub pośrednio promocji jego audycji,

[20] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana. Pozyskano z: http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14804&Itemid=946 (01.07.2015).

[21] Ibidem.

[22] Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 43, poz. 226 z późn. zm.).

towarów lub usług. Ponadto autopromocja została zaliczona do handlowych przekazów medialnych oraz do kategorii reklamy. Autopromocja ma więc polegać na zachęcaniu do skorzystania z usług dostawcy usług medialnych, z jego audycji oraz towarów. Niemniej jednak należy zauważyć, że promocja audycji zawiera się w promocji usług, gdyż udostępnianie programu lub audycji na żądanie jest samo w sobie usługą. Już na tym etapie definicyjnym pojawia się problem czy można odróżnić promocję audycji od zwiastuna, skoro nie zostały one w sposób wyraźny wyłączone z definicji autopromocji. W polskiej ustawie o radiofonii i telewizji nie została także sformułowana definicja zapowiedzi audycji. Stąd pojęcie autopromocji ma charakter niejednolity i może być rozmaicie interpretowane. Przykładowo autopromocja może polegać na promowaniu sprzedaży audycji umiejscowionych w katalogu na żądanie, filmów na płytach DVD, zakupu czasu antenowego przez reklamodawców, fundacji nadawcy czy też promowaniu własnych programów nadawcy, także rozpowszechnianych na innych kanałach. Nie jest także wykluczone, że autopromocja będzie polegała na promowaniu produktów niezwiązanych z działalnością medialną, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo nadawcy zajmuje się różnorodną działalnością gospodarczą w odmiennych segmentach rynku.

Zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego" „zwiastun" oznacza między innymi „krótkometrażowy film reklamowy, zmontowany z najciekawszych scen zapowiadanego filmu"[23]. W odniesieniu do audycji audialnych (na przykład słuchowiska) można sformułować analogiczną definicję, iż składa się on ze zmontowanych najciekawszych fragmentów zapowiadanego słuchowiska. Z definicji słownikowej wynika już, że zwiastun ma charakter promocyjny, gdyż ma na celu zachęcić do obejrzenia czy odsłuchania danej audycji. Trafnie więc Przewodniczący KRRiT zaznacza, iż aby dany przekaz był autopromocją musi mieć perswazyjny charakter[24]. Owa perswazyjność będzie odróżniać autopromocję od informacji o rozpowszechnianych audycjach. Z kolei o perswazyjnym charakterze świadczy użycie sformułowań „przetestuj swoją wytrzymałość w programie" (*Śmierć na tysiąc sposobów*), „daj się ponieść fantazji" (*Hirokin*), „zmierz się z mroczną tajemnicą w filmie Mroźny wiatr", „przetestuj swoją wytrzymałość w Szóstce", „jeśli podejmujecie wyzwanie – Strażnik Teksasu", „nie szukaj wymówek i nie pozwól by ktoś decydował za ciebie: weź los we własne ręce i przeżyj prawdziwą przygodę"[25]. Moim zdaniem jest to jednak interpretacja zbyt wąska. Każdy zwiastun, bez względu na użyte w nim sformułowanie ma charakter promocyjny, o którym decyduje sam fakt jego nadania oraz odpowiedni dobór fragmentów audycji, który ma zachęcić widzów do obejrzenia czy jej odsłuchania. Celem jego rozpowszechnienia jest zwiększenie oglądalności i zatrzymanie widza przed telewizorem na konkretnym kanale. Dzięki temu nadawca osiąga większe przychody z tytułu reklamy pochodzącej od innych podmiotów. Stąd uważam, że do zwiastunów powinno się stosować art. 16 urt i inne przepisy dotyczące przekazów handlowych. Z uwagi jednak na fakt, że taki zwiastun stanowi jednocześnie informację o audycji nadawcy, będzie zawsze traktowany jako wyjątek określony w art. 16 ust. 4 urt bez względu na zastosowane w nim zwroty zachęcające do oglądania. Wydzielenie z definicji autopromocji

[23] M. Szymczak (red.). (1989). *Słownik języka polskiego*, t. III. Warszawa: PWN, s. 1068.

[24] Zob. Decyzja Przewodniczącego KRRiT z dnia 23 lutego 2015 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/decyzje-krrit/decyzja-3-2015.pdf (03.07.2015). Identyczna decyzja zapadła 23 lutego 2015r., zob. http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/decyzje-krrit/decyzja-4-2015.pdf (05.07.2015).

[25] Ibidem.

zwiastunów nie sprawdza się także w odniesieniu do kanałów poświęconych autopromocji, które składają się wyłącznie z tego typu przekazów.

Uważam, że z uwagi na brak wyraźnego wyłączenia zwiastunów z pojęcia autopromocji należy przyjąć, że polski ustawodawca skonstruował szerszy zakres ograniczeń nakładanych na dostawcę usług medialnych, co moim zdaniem w świetle prawa unijnego jest dopuszczalne. Ponadto uważam, że wyłączenie zwiastunów z autopromocji, na gruncie prawa unijnego, jest nieco sztuczne i co więcej nie zostało wyraźnie wskazane w treści przepisów dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Skoro konkretny nadawca rozpowszechnia zwiastuny tylko własnych audycji, to w sposób oczywisty promuje swój program.

Z uwagi na powyższe od zwiastuna należy odróżnić zapowiedź audycji. Zgodnie z powołanym już „Słownikiem języka polskiego" zapowiedź oznacza „ogłoszenie, oznajmienie czegoś, co ma nastąpić". Musi być to więc forma pewnego komunikatu i albo przybiera on formę zapowiedzi ustnej, albo zapowiedzi wizualnej. Jednak wydaje się, że powinna ona mieć charakter statyczny, co ją odróżnia od zwiastuna. W tym przypadku faktycznie może ona mieć dwojaki charakter. Z jednej strony może być obiektywną informacją, że dana audycja zostanie nadana w określonym terminie. Jednak może też z drugiej strony, wystąpić zapowiedź o charakterze perswazyjnym, a więc promująca konkretną audycję. W pierwszym przypadku zapowiedzi informacyjnej będzie ona traktowana, jako „inny przekaz" i nie będzie podlegała w ogóle ograniczeniom przewidzianym w art. 16 urt. W drugim, w razie ujawnienia się jej perswazyjnego charakteru będzie ona traktowana jako autopromocja, z tym że skoro będzie to informacja o audycjach nadawcy, to będzie uznana za wyjątek określony w art. 16 ust. 4 urt.

Obok zapowiedzi istnieje także komunikat o programie, który składa się z informacji przybierającej formę uporządkowanego zestawu audycji z dookreśleniem godziny nadania kolejnych audycji. Obecnie nadawcy nie tracą już czasu antenowego na jego wygłoszenie przez lektora na antenie, tak jak było to dawniej, a jest on umieszczany miedzy innymi w telegazecie czy na EPG[26].

Wobec powyższego należy moim zdaniem zróżnicować zwiastuny, zapowiedzi i komunikaty o programie. O i le zapowiedź generalnie powinna być traktowana jako „inny przekaz" na gruncie polskiej ustawy o radiofonii i telewizji (pod warunkiem, że nie ma charakteru promocyjnego), o tyle zwiastun powinien być traktowany jako reklama, tyle że czasu jego trwania nie należy wliczać do godzinowego czasu nadawania reklam i telesprzedaży. Z kolei komunikat o programie najczęściej przybierze formę przekazu tekstowego. Może jednak być też tradycyjnie „zapowiedziany" przez lektora i wówczas będzie należał do tzw. innych przekazów.

2. Przepisy szczegółowe dotyczące autopromocji

Z uwagi na fakt, że autopromocja jest jednocześnie przekazem handlowym oraz reklamą stosuje się do niej wszystkie przepisy dotyczące tych elementów programu. Jednak na szczególną analizę zasługują te z nich, które w sposób specyficzny odnoszą się do autopromocji.

Art. 16 ust. 3 urt określa godzinowy limit nadawania reklam i telesprzedaży w programie nadawcy. Limit ten jest zgodny z wymogami zarówno dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, jak i Konwencji o telewizji ponadgranicznej i wynosi 12 minut w godzinie zegarowej. Z ograniczenia tego na podstawie art. 16 ust. 4 urt wyłączone zostały między innymi:

[26] Elektroniczny Informator Programowy, Elektroniczny przewodnik po programach (*Electronic Program Guide* – EPG).

– ogłoszenia nadawcy, zawierające jedynie informację o jego audycjach lub fragmenty tych audycji oraz
– ogłoszenia nadawcy zawierające jedynie informację o dodatkowych produktach uzyskiwanych bezpośrednio z audycji.

Niewątpliwie cały art. 16 urt został tak skonstruowany, że dotyczy tylko przekazów handlowych. Siłą rzeczy nie obejmuje więc tego, co przekazem handlowym nie jest, a więc i tego, co nie odpowiada definicji autopromocji, to jest przekazu o charakterze niepromocyjnym. Co więcej logicznie wynika to z samej jego konstrukcji, gdyż ust. 4 odsyła wprost do ustępu 3 art. 16 urt. Tak więc ogłoszenia, o których mowa właśnie w art. 16 ust. 4 urt, muszą być formą reklamy. Nietrafne jest moim zdaniem, doszukiwanie się odmiennego znaczenia terminu „ogłoszenie" na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji, tak jak na gruncie ustawy – Prawo prasowe[27], gdzie funkcjonuje ono niezależnie od terminu „reklama"[28]. Nie może więc wyłączenie określone w art. 16 ust. 4 urt dotyczyć takich komunikatów, które charakteru perswazyjnego nie mają. Stąd nie można zgodzić się z twierdzeniem K. Wojciechowskiego, iż „przepis ten (art. 16 ust. 4 urt – przyp. Autorki) znajduje zastosowanie do ogłoszeń wyłącznie o charakterze informacyjnym, dotyczącym audycji lub produktów pochodzących z audycji; oprócz informacji o audycji ogłoszenie może zawierać fragment audycji. Jeżeli natomiast przekaz nadawcy będzie zawierał elementy perswazji promocyjnej będzie stanowił autopromocję, zaliczaną do reklamy i podlegającą 12-minutowemu godzinowemu limitowi dla reklam i telesprzedaży"[29]. Stąd nietrafnie także w powołanej już decyzji Przewodniczący KRRiT dzieli zwiastuny na te, które mają charakter promocyjny, oraz takie, które nie mają takiego charakteru. Do tych pierwszych zastosowanie ma jakoby art. 16 ust. 3 urt, a do tych drugich – art. 16 ust. 4 urt. Uważam, że zwiastun może zostać potraktowany bądź jako autopromocja i wówczas w całości podlega ocenie z punktu widzenia art. 16 urt, bądź jako audycja (tak jak w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych) i wówczas w ogóle nie stosuje się do niego wskazanego przepisu.

Zgodnie z pkt 1 art. 16 ust. 4 urt ogłoszeń nadawcy, zawierających jedynie informację o jego audycjach lub fragmenty tych audycji nie wlicza się do czasu nadawania reklam i telesprzedaży. Wprawdzie ustawodawca posłużył się określeniem „jedynie", ale z wyżej zaprezentowanych względów nie można tego przepisu stosować do takich ogłoszeń, które promocyjnego charakteru nie mają. Gdyby ustawodawca chciał wyłączyć z kategorii przekazu handlowego ogłoszenia o jedynie informacyjnym charakterze to zrobiłby to w formie odrębnego przepisu. Wówczas takie ogłoszenia podlegałyby pod kategorię „innych przekazów". Moim zdaniem art. 16 ust. 4 urt dotyczy *stricte* autopromocji (w tym zwiastunów, które zaliczam do tej kategorii), a więc tego co ma charakter promocyjny. Z kolei art. 16 urt nie można stosować do tego, co jest pozbawione takiego charakteru, a więc na przykład w odniesieniu do zapowiedzi o jedynie informacyjnym charakterze czy komunikatów o programie.

[27] Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. (Dz. U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 z późn. zm.).

[28] Pojęcie ogłoszenia nie zostało zdefiniowane na gruncie tego aktu prawnego. Z kolei w doktrynie przyjęto, że dla odróżnienia reklamy od ogłoszenia „decydujące znaczenie ma mieć ich treść. (…) Sucha rzeczowa informacja o towarach i usługach, choćby nawet wyróżniała się graficznie nie została uznana w tych badaniach za reklamę, a za ogłoszenie"; zob. I. Dobosz (2011). *Prawo prasowe*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 163. Zob również I. Dobosz, E. Nowińska (1995). Odpowiedzialność mediów za reklamę. W: *Prawno-ekonomiczne aspekty reklamy prasowej* (s. 55). Kraków: Uniwersytet Jagielloński.

[29] K. Wojciechowski (2014). Komentarz do art. 16. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 152). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Zgodnie z pkt 2 ust. 4 art. 16 urt także ogłoszenia nadawcy zawierające jedynie informację o dodatkowych produktach uzyskiwanych bezpośrednio z audycji nie wlicza się do czasu nadawania reklam i telesprzedaży. Trudno sobie wyobrazić, aby z audycji można bezpośrednio coś uzyskać oprócz wiedzy, informacji na jakiś temat czy rozrywki. Wydaje się, że w praktyce do takich „produktów" należy zaliczyć nagrody, które można wygrać. Mogą to również być egzemplarze utrwaleń takiej audycji oferowane do sprzedaży czy też możliwość ściągnięcia audycji w ramach usług na żądanie. Mogą też wchodzić w grę usługi hazardowe (na przykład loteria) polegające na umożliwieniu widzom wzięcia udziału w grze w trakcie audycji lub po niej. Określenie „produkt" może bowiem dotyczyć zarówno towarów, jak i usług.

W odniesieniu do innych form autopromocji stosuje się zasadę ogólną wynikającą z art. 16 ust. 3 urt, a więc muszą się one mieścić w dopuszczalnym czasie przeznaczonym na reklamę i telesprzedaż.

Jednak przyjęcie, że zwiastuny w całości zaliczają się do ogłoszeń, o których mowa w art. 16 ust. 4 pkt 1 urt, jest tylko pozornie korzystnym rozwiązaniem dla dostawców usług medialnych. Zgodnie bowiem z art. 16 ust. 5 urt ogłoszenia, o których mowa w ust. 4 pkt 1 i 2, są emitowane pomiędzy audycjami i nie mogą zajmować więcej niż 2 minuty w ciągu godziny zegarowej. Przyjęte rozwiązanie nie ma swojego odpowiednika w prawie unijnym, a więc jest dodatkowym ograniczeniem dostawców usług medialnych podlegających prawu polskiemu. Dyskusyjne jest czy w związku z tym zmniejsza się ich konkurencyjność względem nadawców podlegających innemu państwu członkowskiemu Unii Europejskiej, skoro Polska może wówczas skorzystać ze specjalnej procedury przewidzianej w art. 4 ust. 2 i następnych dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, gdy dany dostawca celowo lokuje swoją siedzibę w innym państwie członkowskim celem obejścia surowszych przepisów obowiązujących w Polsce. Obecnie wydaje się, że taka sytuacja nie występuje, a w Polsce widzowie są zainteresowani programami nadawców krajowych. Z punktu widzenia ochrony widzów przed nadmierną ilością zwiastunów i innej autopromocji w programie dostawcy jest to korzystne rozwiązanie[30]. Gdyby tego ograniczenia nie było, zwiastuny nie podlegałyby żadnemu ograniczeniu w godzinie zegarowej.

Z art. 16 ust. 5 urt wynikają dwa rodzaje ograniczeń. Po pierwsze, ograniczenie dotyczy czasu trwania ogłoszeń określonych w art. 16 ust. 4 urt, a po drugie, ich usytuowania. Mogą one trwać tylko 2 minuty w ciągu godziny zegarowej oraz mogą zostać umieszczone jedynie pomiędzy audycjami. *A contrario* nie można ich ulokować pomiędzy blokami reklamowymi czy w ramach przerw w trakcie trwania audycji. Niestety jest to częsty proceder nadawców, którzy w przerwach audycji lokują zwiastuny, przedłużając ponad miarę czas ich trwania, co narusza prawa użytkowników do informacji, jak również skutecznie zniechęca do ich oglądania. Stoję na stanowisku, że wszystkich zwiastunów dotyczy norma zawarta w art. 16 ust. 5 urt, która ma na celu ograniczenie ich ilości w ciągu godziny zegarowej oraz zakazuje ich nadawania w trakcie rozpowszechniania audycji. Może się więc zdarzyć, że w godzinie zegarowej nadawca nie będzie mógł wykorzystać przysługujących mu 2 minut na nadanie ogłoszeń, o których mowa w art. 16 ust. 4 urt. Wówczas

[30] Nie podzielam obaw, jakoby polscy nadawcy tracili finansowo na surowszym unormowaniu prawnym dotyczącym autopromocji w zakresie rozpowszechniania zwiastunów audycji. Zob. B. Secler (2013). Autopromocja i ogłoszenia nadawców w radiofonii i telewizji – dotychczasowe doświadczenia i wnioski na przyszłość. W: A. Jupowicz-Ginalska (red.), *O własnej promocji środków przekazu w Polsce – między teorią a praktyką*, seria *Media początku XXI wieku* (t. 23, s. 123). Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Instytut Wydawniczy Dziennikarstwa UW.

będzie on pozbawiony przysługującego mu limitu, gdyż ustawodawca nie przewidział możliwości przenoszenia niewykorzystanego czasu na kolejną godzinę zegarową.

Do autopromocji (a więc i do zwiastunów) stosuje się także pozostałe przepisy dotyczące bądź ogólnie przekazów handlowych, bądź reklam, a więc choćby art. 16b urt. Należy jednak zauważyć, że również stosuje się do niej art. 16c urt. Zgodnie z tym przepisem zakazane są ukryte przekazy handlowe, a więc także ukryta autopromocja. Niestety z tym zjawiskiem spotykamy się na co dzień. Nadawcy w swoich audycjach promują własne kanały. Przykładowo w Wiadomościach TVP promuje się TVP Info poprzez rozpoczęcie rozmowy z zaproszonymi gośćmi w czasie trwania Wiadomości oraz wielki baner w tle zachęcający do przełączenia się na ten wyspecjalizowany kanał nadawcy publicznego. Tego typu ukryte autopromocje są obecne także u innych nadawców[31]. Niepokoi fakt, że dotychczas Przewodniczący KRRiT nie wszczął odpowiednich kroków prawnych na podstawie art. 53 urt przeciwko nadawcom stosującym zakazane przepisem art. 16c urt praktyki, które ewidentnie mają na celu zachęcenie do oglądania określonych audycji. Co więcej nie ma znaczenia czy przybierze to postać zwiastuna, czy zapowiedzi, gdyż sam kontekst decyduje o tym, że ma to charakter promocyjny.

3. Regulacja autopromocji w rozporządzaniu o działalności reklamowej

Na podstawie art. 16 ust. 7 urt zostało wydane rozporządzenie w sprawie sposobu prowadzenia w programach radiowych i telewizyjnych działalności reklamowej i telesprzedaży[32]. Zgodnie z delegacją ustawową rozporządzenie ma to dotyczyć jedynie tych dwóch form handlowego przekazu. Stąd Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji mogła unormować w nim miedzy innymi kwestie dotyczące autopromocji, która jest zaliczana do reklamy. Zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia oznaczenie autopromocji powinno zawierać słowo „autopromocja", chyba że jest ona nadawana łącznie z innymi reklamami w bloku oznaczonym zgodnie z ust. 1 i 2. Taki sposób oznaczania odnosi się także do sytuacji, gdy autopromocja występuje na podzielonym ekranie. Z kolei specyficzny sposób oznaczenia odnosi się do ogłoszeń nadawców telewizyjnych, o których mowa w art. 16 ust. 4 pkt 1 i 2 urt. Mianowicie powinny być one wyodrębnione od innych części programu oraz przekazów handlowych i oznaczone w sposób wizualny komunikatem „ogłoszenie nadawcy". Samych zaś oznaczeń nie wlicza się do czasu nadawania ogłoszeń, o których mowa w art. 16 ust. 5 urt, a więc do dozwolonych 2 minut na godzinę. Gdyby przyjąć, że owe ogłoszenia nie należą do autopromocji, a więc nie są formą autoreklamy, to Krajowa Rada w ogóle nie miałaby żadnej kompetencji do uregulowania tej kwestii w rozporządzeniu, gdyż delegacja udzielona przez ustawodawcę dotyczy tylko reklam i telesprzedaży.

Także w przypadku nadawania wszelkiej autopromocji na podstawie § 7 rozporządzenia nadawca powinien uwzględnić charakter audycji poprzedzających ich nadanie i następujących po nich.

Rozporządzenie dopuszcza możliwość wykorzystania głosu lub wizerunku osób, które prowadziły audycje informacyjne, publicystyczne lub audycje dla dzieci w programach radiowych lub telewizyjnych w okresie krótszym niż 3 miesiące przed nadaniem reklamy w ramach autopromocji. Jeżeli więc nadawca produkuje jednocześnie słodycze dla dzieci, to może wykorzystać w takiej autopromocji głos i wizerunek dziennikarza prowadzącego audycję dla osób małoletnich. Co

[31] Zob. na ten temat B. Secler (2013). *Autopromocja i ogłoszenia*…, s. 123

[32] Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 30 czerwca 2011r. (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 204).

ciekawe bowiem, w definicji autopromocji wyraźnie przewidziano promowanie własnych audycji, towarów i usług. Nie zaznaczył więc ustawodawca, że chodzi jedynie o takie towary i usługi, które są związane z działalnością nadawczą takiego dostawcy usług medialnych. W dzisiejszych czasach bardzo często mamy do czynienia z wielkimi przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność gospodarczą w różnych segmentach rynku jednocześnie, które często w ogóle nie są ze sobą powiązane. Nie jest więc wykluczone, że spółka będąca nadawcą jednocześnie prowadzi działalność budowlaną, produkuje słodycze czy też przybory do pisania[33]. W ramach autopromocji będzie więc mogła reklamować własne produkty, a więc słodycze, kredki czy apartamenty. Wówczas nie jest zakazane, aby do takiej autopromocji wykorzystać głos czy wizerunek dziennikarzy takiego nadawcy[34].

W odniesieniu do autopromocji będzie także mieć zastosowanie § 10 rozporządzenia dotyczący poziomu głośności reklam i telesprzedaży.

4. Problematyka autopromocji w związku z ochroną małoletnich

W zakresie autopromocji pewne zamieszanie wprowadza art. 18 urt. Należy na wstępie zaznaczyć, że przepis ten uległ ostatnio jedynie niewielkiej zmianie w ust. 1, dostosowującej polskie przepisy do przepisów unijnych. Wszystkie inne ustępy pozostały bez zmian, a w odniesieniu do autopromocji interesujący jest ust. 5b w art. 18 urt oraz wydane na podstawie art. 18 ust. 6 urt rozporządzenie Krajowej Rady. Zgodnie z powołanym art. 18 ust. 5b nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji i innych przekazów, innych niż te, o których mowa w ust. 5, z wyłączeniem serwisów informacyjnych, reklam, telesprzedaży, transmisji sportowych i przekazów tekstowych, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej, uwzględniając stopień szkodliwości danej audycji lub przekazu dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych. Zasadniczo cały art. 18 urt został poświęcony audycjom i innym przekazom. Nie odnosi się on do przekazów handlowych[35], które zostały unormowane w art. 16–17a urt. Odpowiednio art. 16b ust. 2 pkt 1–4[36], w ust. 3 pkt 4[37] oraz w ust. 3a[38] urt przewiduje ochronę małoletnich przed przekazami handlowymi, które mogłyby im potencjalnie szkodzić. Stąd nie ma potrzeby regulowania tej materii poprzez art. 18 ust. 4–6 urt. Nie jest więc prawidłowa treść art. 18 ust. 5b urt, który między innymi stanowi, iż reklamy oraz telesprzedaż nie muszą być oznaczane odpowiednią kategorią wiekową, gdyż wówczas należałoby przyjąć, że należą one do kategorii audycji czy innych przekazów. Należy w tym miejscu podkreślić, że z definicji programu wyraźnie wynika, że składa się on audycji, przekazów handlowych i innych przekazów, a tych kategorii, w pewnym

[33] Istnieje wprawdzie definicja dostawcy usług medialnych, ale wynika z niej, że to jest pewien podmiot zbiorowy lub indywidualny, który nie musi tylko zajmować się wyłącznie działalnością medialną. Nie zostało też w samej definicji zaznaczone, że dostawcą jest się tylko w zakresie takich usług jak nadawanie czy udostępnianie audiowizualnych usług na żądanie. Zresztą, podane przykłady można sprowadzić do mniej drastycznych, np. produkcja audycji edukacyjnych dla szkół czy kursów nauki języka obcego na DVD.

[34] Na marginesie należy zauważyć, że regulacja w rozporządzeniu (a więc w akcie normatywnym, który nie jest ustawą) ograniczająca możliwości posługiwania się własnym głosem i wizerunkiem (a więc korzystania z praw człowieka) jest sprzeczna z Konstytucją, gdyż narusza zasadę dotyczącą materii ustawowej. Zob. E. Czarny-Drożdżejko (2013). Rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji i ich zgodność z konstytucyjnym wzorcem na wybranych przykładach. *Zarządzanie mediami*, *1*(2), s. 105. Pozyskano z: www.ejournals.eu/ZM (05.07.2015).

[35] Odmiennie K. Wojciechowski (2014). *Komentarz do art. 16*…, s. 214.

[36] Zgodnie z powołanym ust. 2 art. 16b zakazane jest nadawanie przekazów handlowych:
1) nawołujących bezpośrednio małoletnich do nabywania produktów lub usług;
2) zachęcających małoletnich do wywierania presji na rodziców lub inne osoby w celu skłonienia ich do zakupu reklamowanych produktów lub usług;
3) wykorzystujących zaufanie małoletnich, jakie pokładają oni w rodzicach, nauczycielach i innych osobach;
4) w nieuzasadniony sposób ukazujących małoletnich w niebezpiecznych sytuacjach.

[37] Zgodnie z powołanym przepisem przekaz handlowy nie może zagrażać fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich.

[38] Audycjom dla dzieci nie powinny towarzyszyć przekazy handlowe dotyczące artykułów spożywczych lub napojów zawierających składniki, których obecność w nadmiernych ilościach w codziennej diecie jest niewskazana.

zakresie zdefiniowanych w słowniczku ustawowym, nie można ze sobą mieszać. Stąd regulacja dotycząca reklam i telesprzedaży w art. 18 ust. 5b urt jest pozbawiona znaczenia prawnego, gdyż gdyby jej nie było i tak nadawca nie miałby żadnego obowiązku oznaczać wskazanych przekazów handlowych określoną kategorią wiekową, gdyż nie dotyczy ich art. 18 urt[39]. Niestety odnosi się to także do autopromocji, a w ich ramach do zwiastunów audycji.

Na podstawie art. 18 ust. 6 urt zostało wydane rozporządzenie KRRiT w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich oraz audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi[40]. Nie zostało ono zmienione pomimo odmiennego uregulowania kwestii autopromocji w 2011 r. w ustawie o radiofonii i telewizji. Stąd nadal znajdują się tam przepisy (§ 4 i 7 rozporządzenia), dotyczące kwestii zwiastunów–zapowiedzi. Mianowicie zgodnie z brzmieniem § 4 rozporządzenia zapowiedzi, przez które rozumie się zwiastuny audycji lub innych przekazów, o których mowa w § 2, połączone z prezentacją ich treści, rozpowszechniane są wyłącznie w czasie, w którym dozwolone jest rozpowszechnianie tych audycji lub innych przekazów i:

1) w programach radiowych – poprzedzone są zapowiedzią słowną informującą o zakwalifikowaniu ich zgodnie z załącznikiem nr 1 do rozporządzenia;
2) w programach telewizyjnych – oznaczone są symbolem graficznym przez cały czas trwania zapowiedzi, według wzoru określonego w załączniku nr 1 do rozporządzenia.

Z kolei zgodnie z § 7 rozporządzenia zapowiedzi, przez które rozumie się zwiastuny audycji lub innych przekazów, o których mowa w § 5, połączone z prezentacją ich treści, rozpowszechniane są wyłącznie w czasie, w którym dozwolone jest rozpowszechnianie tych audycji lub innych przekazów i:

1) w programach radiowych – poprzedzone są zapowiedzią słowną informującą o zakwalifikowaniu ich zgodnie z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia;
2) w programach telewizyjnych – oznaczone są symbolem graficznym przez cały czas trwania zapowiedzi, według wzoru określonego w załączniku nr 2 do rozporządzenia.

Krajowa Rada w powyższym rozporządzeniu nie odróżnia więc od siebie zwiastunów i zapowiedzi, pomimo że na gruncie języka polskiego są to dwa odrębne terminy odnoszące się do dwóch różnych kategorii przekazów. Moim zdaniem regulacja tam przewidziana powinna dotyczyć tylko zapowiedzi o charakterze informacyjnym, które nie mieszczą się w kategorii autopromocji, a więc przekazu handlowego.

Pragnę zaznaczyć, że jestem zwolennikiem jak najszerszego obowiązku kwalifikowania wszelkich przekazów, w tym również handlowych z punktu widzenia ochrony małoletnich. Co więcej uważam, że także reklamy, informacje o sponsorowaniu czy telesprzedaż powinny być odpowiednio oznaczane, biorąc pod uwagę ich potencjalną szkodliwość dla rozwoju dzieci. Niemniej jednak uważam, że kwestia ta powinna zostać unormowana odrębnie w drodze rozporządzenia wydanego na podstawie osobnej delegacji ustawowej sprecyzowanej w art. 16 urt, a nie w art. 18 urt.

[39] Na marginesie jedynie należałoby może zastanowić się czy w związku z taką, a nie inną regulacją informacja o sponsorowaniu powinna być oznaczona odpowiednią kategorią wiekową, skoro wyraźnie nie została wyłączona w art. 18 ust. 5b urt.

[40] Rozporządzenie z dnia 23 czerwca 2005 r. (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 311).

5. Zagadnienia autopromocji w audiowizualnych usługach na żądanie

W odniesieniu do dostawców audiowizualnych usług na żądanie nie stosuje się art. 16 ust. 2–7 urt. Z uwagi na charakter prowadzonej działalności nie mają zastosowania limity godzinowe rozpowszechniania reklam (w tym autopromocji), telesprzedaży, jak również ogłoszeń, o których mowa w art. 16 ust. 4 urt. Nie ma również zastosowania rozporządzenie Krajowej Rady wydane na podstawie art. 16 ust. 7 urt. Stąd dostawcy audiowizualnych usług na żądanie nie mają obowiązku odpowiedniego oznaczania reklam, telesprzedaży i autopromocji (w tym ogłoszeń), chociaż przekaz handlowy ma być łatwo odróżnialny od samej audycji. Takie rozwiązanie nie wydaje się trafne i należy w stosunku do tych dostawców wprowadzić taki obowiązek. Co ciekawe, do dostawców audiowizualnych usług na żądanie nie stosuje się art. 16a urt, a więc przepisu, który odnosi się do kwestii dopuszczalności przerywania audycji. Powstaje wątpliwość, czy w takim razie audycje na żądanie mogą być przerywane blokami z reklamą, w tym z autopromocją czy telesprzedażą. Uważam, że skoro ustawodawca wyłączył możliwość stosowania art. 16 ust. 2–7 i art. 16a urt to oznacza, że dostawcy audiowizualnych usług na żądanie nie mogą stosować żadnych przerw reklamowych i stąd nie było potrzeby regulowania kwestii godzinowego czasu trwania spotów. Można jednak przyjąć odmienną interpretacje, iż brak regulacji oznacza, że dostawca audiowizualnych usług na żądanie może wprowadzać dowolne przerwy w wybranych przez siebie widełkach czasowych. Analiza art. 53c urt wyraźnie jednak ukazuje, że brak jest jakiejkolwiek sankcji za przerywanie blokami reklamowymi audycji na żądanie. Przewodniczący KRRiT nie może więc nałożyć kary pieniężnej. Nie można także w tym przypadku zastosować art. 10 urt, gdyż taki dostawca usług na żądanie nie narusza w sposób wyraźny przepisów ustawy – ta bowiem nie zakazuje wprost przerywania w takich przypadkach audycji reklamami czy telesprzedażą. Nie została także od czasu wejścia w życie nowelizacji dotyczącej właśnie audiowizualnych usług na żądanie, to jest od 2013 r. podjęta jakakolwiek inicjatywa ustawodawcza, która miałaby na celu uregulowanie tej sprawy. Moim zdaniem konieczna jest w tym zakresie interwencja ustawodawcy, gdyż brak regulacji, jak i przyjęcie, że dostawca audiowizualnych usług na żądanie ma w tym zakresie dowolność jest szkodliwe dla użytkowników takich mediów i godzi w wolność dokonywania przez nich wyborów pomiędzy różnorodnymi dostawcami VOD. Nie są oni bowiem wcześniej informowani, że udostępniane audycje będą przerywane reklamami czy autopromocją. Nie ma z kolei wątpliwości, że dopuszczalne jest rozpowszechnienie autopromocji przed i po wybranej przez użytkownika audycji na żądanie.

6. Pozostałe zagadnienia związane z autopromocją

Problematyce autopromocji został także częściowo poświęcony art. 39a urt, który przewiduje między innymi możliwość udzielenia koncesji na rozpowszechnianie w sieciach kablowych lub w sposób rozsiewczy satelitarny programu poświęconego wyłącznie autopromocji. Do tego typu programu nie stosuje się ograniczenia dopuszczalnego wymiaru czasowego reklam i telesprzedaży w ciągu godziny, określonego w art. 16 ust. 3, art. 16 ust. 6 oraz art. 16a urt[41]. Z uwagi na posłużenie się określeniem „wyłącznie" nadawca nie może w ramach takiego kanału rozpowszechniać audycji i innych przekazów – co jest zrozumiałe, jak również reklam czy telesprzedaży. Trudno

[41] Zob. na ten temat S. Piątek (2014). Komentarz do art. 39a. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 412–413). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

więc wobec takiego kanału stosować określenie „program", który powinien się składać z trzech kategorii przekazów: audycji, handlowych przekazów i innych przekazów. Poza tym mam wrażenie, że regulacja ta, zgodna z przepisami dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, w odniesieniu do pozostałych przekazów handlowych, nie jest właściwa. W zasadzie nie ma żadnych powodów, aby nie można było tworzyć jednego kanału poświęconego zarówno autopromocji, jak i reklamie czy telesprzedaży.

Z kolei art. 53 urt reguluje problematykę odpowiedzialności administracyjnej za sprzeczne z prawem rozpowszechnianie autopromocji. Na podstawie powołanego przepisu przewodniczący KRRiT może nałożyć karę pieniężną w wysokości do 50% rocznej opłaty za prawo do dysponowania częstotliwością przeznaczoną do nadawania programu, a w przypadku gdy nadawca nie uiszcza opłaty za prawo do dysponowania częstotliwością, karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym, w sytuacji naruszenia między innymi art. 16 ust. 1–6, art. 16c urt oraz przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 16 ust. 7 urt. Ustalając wysokość kary pieniężnej, bierze się pod uwagę zakres i stopień szkodliwości naruszenia, dotychczasową działalność nadawcy oraz jego możliwości finansowe. Termin przedawnienia karalności wynosi 1 rok, licząc od momentu naruszenia obowiązku przez nadawcę[42].

Jeżeli idzie z kolei o dostawców usług na żądanie, to ograniczone są możliwości nałożenia kary przez Przewodniczącego KRRiT w sytuacji przerywania audycji autopromocją, czy innymi przekazami handlowymi, gdyż jak już wspomniałam, art. 16 ust. 2–7 urt oraz 16a urt do nich się nie stosuje, a ustawodawca nie wprowadził odrębnej odpowiedzialności administracyjnej za tego typu naruszenie. Natomiast możliwe jest nałożenie kary w przypadku ukrytej autopromocji czy naruszenia art. 16b urt.

IV. Zakończenie

Na zakończenie, z oczywistych względów niepełnych rozważań dotyczących autopromocji, należy zauważyć, że regulacja prawna tej działalności jest niedostateczna. Autopromocja jest bowiem złożonym zjawiskiem, czego ustawodawca zdaje się nie dostrzegać. Skutkuje to licznymi nadużyciami, jak również problemami z właściwą interpretacją przepisów prawnych, na czym tracą jedynie odbiorcy. Stąd uważam, że konieczne jest stworzenie kompleksowej regulacji prawnej poświęconej temu zagadnieniu, poprzedzonej dyskusją w środowiskach nie tylko dostawców usług medialnych, lecz także naukowych.

Bibliografia

Dobosz, I. i Nowińska, E. (1995). Odpowiedzialność mediów za reklamę. W: *Prawno-ekonomiczne aspekty reklamy prasowej* (s. 55). Kraków: Uniwersytet Jagielloński.

Dobosz, I. (2011). *Prawo prasowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Czarny-Drożdżejko, E. (2013). Rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji i ich zgodność z konstytucyjnym wzorcem na wybranych przykładach. *Zarządzanie mediami*, *1*(2), 97–112. Pozyskano z: www.ejournals.eu/ZM (05.07.2015).

[42] Zob. na temat interpretacji tego przepisu E. Czarny-Drożdżejko (2013). *Rozporządzenia Krajowej Rady*…, s. 490 i n.

Piątek, S. (2014). Komentarz do art. 39a. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 412–413). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Secler, B. (2013). Autopromocja i ogłoszenia nadawców w radiofonii i telewizji – dotychczasowe doświadczenia i wnioski na przyszłość. W: A. Jupowicz-Ginalska (red.), *O własnej promocji środków przekazu w Polsce – między teorią a praktyką*, seria *Media początku XXI wieku* (t. 23, s. 115–130). Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Instytut Dziennikarstwa UW.

Szymczak, M. (red.) (1989). *Słownik języka polskiego*, t. III. Warszawa: PWN.

Wojciechowski, K. (2014). Komentarz do art. 16. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (s. 146–155). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Małgorzata Pęk*

Prawa do transmisji z ważnych wydarzeń w świetle prawa Unii Europejskiej

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Wymagania związane z kwalifikacją ważnych wydarzeń
III. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia analizę przyjętego w prawie unijnym modelu wykonywania prawa do transmisji z ważnych wydarzeń, w świetle interpretacji Trybunału Sprawiedliwości UE, wytycznych Komisji Europejskiej i dobrych praktyk implementacyjnych. Artykuł zmierza do wykazania celowości przyjęcia bardziej przejrzystych i jednolitych ram prawnych w tej dziedzinie. Przyjęte w praktyce reguły powinny zostać określone na poziomie dyrektywy, dotyczy to między innymi kryteriów kwalifikacji wydarzenia jako „wydarzenia o zasadniczym znaczeniu społecznym", innych pojęć niedookreślonych, uszczegółowienia kryteriów, jakimi kierować się powinna Komisja w procesie oceny zgodności notyfikowanej listy ważnych wydarzeń z prawem unijnym, określenia czytelnej, sprawnej procedury rozstrzygania sporów pomiędzy nadawcami kwalifikowanymi i niekwalifikowanymi, w tym pomiędzy nadawcami pochodzącymi z różnych państw.

Słowa kluczowe: prawo Unii Europejskiej; media; ważne wydarzenia; transmisje telewizyjne; sport.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

Unijne prawo medialne, dążąc do zapewnienia mieszkańcom EOG prawa do informacji, ingeruje w swobodę zawierania umów dotyczących praw do transmisji telewizyjnych z przebiegu wydarzeń cieszących się szczególnym zainteresowaniem społeczeństw państw członkowskich i wprowadza w tym zakresie ograniczenia w interesie publicznym. Zasady wykonywania praw do transmisji z ważnych społecznie wydarzeń oraz reżim opracowywania i notyfikowania Komisji Europejskiej krajowych list wydarzeń uznawanych za ważne dla społeczeństwa danego państwa członkowskiego określa art. 14 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dalej: DAUM lub dyrektywa), o następującej treści:

* Dr Małgorzata Pęk – doktor nauk prawnych, specjalizuje się w problematyce prawa Unii Europejskiej; e-mail: Malgorzata.Pek@krrit.gov.pl.

„1. 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.

Jeżeli państwo członkowskie podejmuje takie środki, sporządza ono wykaz wytypowanych wydarzeń, krajowych lub zagranicznych, które uznaje za wydarzenia o zasadniczym znaczeniu społecznym. Sporządza ten wykaz w jawny i przejrzysty sposób, w odpowiednim czasie. Równocześnie państwo członkowskie określa czy wydarzenia te powinny być dostępne w pełnym, czy częściowym przekazie na żywo lub – jeżeli to konieczne lub wskazane z obiektywnych względów interesu publicznego – czy powinny być dostępne w pełnym, czy częściowym przekazie z opóźnieniem.

2. Państwa członkowskie niezwłocznie powiadamiają Komisję o wszelkich środkach podjętych lub planowanych na mocy ust. 1. W terminie trzech miesięcy od otrzymania powiadomienia Komisja sprawdza czy środki takie są zgodne z prawem unijnym i powiadamia o nich inne państwa członkowskie. Komisja zasięga opinii Komitetu Kontaktowego ustanowionego na mocy art. 29. Niezwłocznie publikuje w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacje o podjętych środkach, a co najmniej raz w roku – zbiorczy wykaz środków podjętych przez państwa członkowskie.

3. 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."

Te ogólne postanowienia uzupełniają objaśnienia zawarte preambule dyrektywy. Istotnych wskazówek interpretacyjnych dostarczają także dokumenty robocze Komisji przygotowane na potrzeby prac Komitetu Kontaktowego DAUM (dalej: Komitet Kontaktowy) przedstawiające sposób rozumienia przywołanych przepisów przez Komisję w ramach oceny notyfikowanych list ważnych wydarzeń: *Working Dokument: Implementation of Article 3a of Directive 89/552/EEC* (*as modified by directive 97/36/EC*). *Evaluations of National Measures* (*CC TVSF (97) 9/3*), *Discussion Paper for the Contact Committee on Article 3a TWF Directive* (*CC TVSF (2000) 6*) oraz *Minutes of the 38th Meeting of the Contact Committee established by the Audiovisual Media Services Directive 30.05.2013* (*CC AVMSD (2013)2*).

W wyroku z 15 grudnia 2005 r. w sprawie T-33/01 *Infront WM AG* Sąd odniósł się do charakteru prawnego przywoływanych dokumentów. Komisja wniosła o wycofanie z akt sprawy dokumentu CC TVSF (2000) 6, twierdząc, iż jest to dokument wewnętrzy sporządzony przez Komisję dla celów dyskusji w ramach Komitetu Kontaktowego i ma on charakter poufny. Sąd jednakże

nie zgodził się z tym twierdzeniem, stwierdzając: „… nie można uznać, iż był on, lub w każdym razie, iż pozostaje dokumentem wewnętrznym instytucji o charakterze poufnym" (pkt 45 wyroku).

Niezwykle istotne znaczenie ma wykładnia Sądu i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej[1]. Wskazówek interpretacyjnych dostarcza też praktyka Komitetu Kontaktowego i Komisji w sprawach oceny projektów list ważnych wydarzeń oraz dobre praktyki krajowe w zakresie przygotowywania list ważnych wydarzeń, na przykład notyfikacja Irlandii ze stycznia 2003 r., notyfikacja Polski z lipca 2014 r., notyfikacja Danii ze stycznia 2015 r.

Objaśnienia celu regulacji i najważniejszych terminów określonych w powyżej przytoczonym przepisie zawierają motywy 48–53 preambuły DAUM. Regulacja ta w zamyśle prowadzić ma do „promowania pluralizmu dzięki [zagwarantowaniu] różnorodności źródeł i oferty audycji informacyjnych w całej Unii oraz przestrzegać zasad uznanych w art. 11 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [wolności wypowiedzi oraz otrzymywania i przekazywania informacji]" (motyw 48), przejawiającej się w możliwości podjęcia przez państwa członkowskie „środków mających na celu ochronę prawa do informacji i zapewnienia szerokiego dostępu widowni do telewizyjnej relacji z wydarzeń krajowych lub zagranicznych o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa" (motyw 49).

Cel regulacji unijnej objaśnił Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie C-201/11 P, zauważając, że choć zakwalifikowanie w sposób ważny danego wydarzenia jako wydarzenia o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa pociąga za sobą nieuchronne ograniczenia swobody świadczenia usług, swobody przedsiębiorczości, swobodnej konkurencji i prawa własności, to prawodawca Unii uznał te ograniczenia za uzasadnione leżącym w interesie ogólnym celem, jakim jest ochrona prawa do informacji i zapewnienie szerokiego dostępu widowni do telewizyjnej relacji owych wydarzeń (pkt 20 wyroku). Usankcjonowana przez dyrektywę ingerencja w zasadę swobody umów, usprawiedliwiona celami interesu ogólnego, dotycząca ważnych wydarzeń, musi jednak spełnić określone kryteria.

Kwestia ta była także przedmiotem wykładni Sądu m.in. w sprawie T-68/08. Sąd uznał, że: „Nawet jeśli (…) przepisy wydane przez państwa członkowskie na podstawie art. 3a ust. 1 dyrektywy 89/552 mają zastosowanie, w sposób wolny od dyskryminacji, w odniesieniu zarówno do przedsiębiorstw mających siedzibę na terytorium kraju, jak i do przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, wystarczy, by przepisy te były korzystne dla niektórych przedsiębiorstw mających siedzibę na terytorium kraju, aby można je było uznać za przejaw ograniczenia swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 49 WE (…). W podobny sposób przepisy te mogą również ograniczać swobodę przedsiębiorczości, w sytuacji gdy stawiają spółki z innych państw członkowskich w mniej korzystnej sytuacji faktycznej lub prawnej niż spółki z tego państwa członkowskiego, które wydało owe przepisy (…). Tego rodzaju ograniczenia gwarantowanych traktatowo swobód podstawowych mogą jednakże być uzasadnione, o ile odpowiadają nadrzędnym względom interesu ogólnego, są przy tym odpowiednie do tego, by zapewnić osiągnięcie zamierzonego celu i nie wykraczają poza to, co jest do jego osiągnięcia niezbędne (…). Należy w tej kwestii przypomnieć, że wolność wyrażania opinii, przewidziana w art. 10 Konwencji

[1] Zob. m.in. wyr. Sądu z 15.12.2005 r. w sprawie T-33/*01 Infront WM AG* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich*; wyr. Trybunału z 13.03.2008 r. w sprawie C-125/06 P *Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *Infront WM AG*; wyr. Sądu z 17.02.2011 r. w sprawie T-385/07 *Federation Internationale de Football Association (Fifa)* przeciwko *Komisji Europejskiej*; wyr. Sądu z 17.02.2011 r. w sprawie T-55/08 *Union des Associations Europeennes de Football (UEFA)* przeciwko *Komisji Europejskiej*; wyr. Sądu z 17.02.2011 r. w sprawie T-68/08 *Federation Internationale de Football Association (Fifa)* przeciwko *Komisji Europejskiej*; wyr. Trybunału z 18.07.2013 r. w sprawie C-204/11 P *Federation Internationale de Football Association (Fifa)* przeciwko *Komisji Europejskiej*; wyr. Trybunału z dnia 18.07.2013 r. w sprawie C-205/11 P *Federation Internationale de Football Association (Fifa)* przeciwko *Komisji Europej*skiej; wyr. Trybunału z 18.07.2013 r. w sprawie C-201/11 P *Union des Associations Europeennes de Football (UEFA)* przeciwko *Komisji Europejskiej*.

o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. znajduje się wśród praw podstawowych gwarantowanych na mocy wspólnotowego porządku prawnego i stanowi nadrzędny wzgląd interesu ogólnego, który może uzasadniać tego rodzaju ograniczenia (…). Ponadto zgodnie z art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wolność wyrażania opinii obejmuje także wolność otrzymywania informacji" (pkt 49–51 wyroku).

II. Wymagania związane z kwalifikacją ważnych wydarzeń

Dyrektywa określa pojęcia ważnych wydarzeń w sposób szeroki i elastyczny. Jak objaśnia preambuła, wydarzenia o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa powinny spełniać określone kryteria, to znaczy, że powinny to być:

– nadzwyczajne wydarzenia budzące zainteresowanie ogółu widowni w Unii lub w danym państwie członkowskim, czy też w znacznej części danego państwa członkowskiego,
– zorganizowane z wyprzedzeniem przez organizatora, który jest zgodnie z prawem upoważniony do sprzedaży praw dotyczących tych wydarzeń (motyw 52).

Preambuła przedstawia także przykłady trzech takich wydarzeń: igrzyska olimpijskie, mistrzostwa świata i mistrzostwa Europy w piłce nożnej (motyw 49). Za symptomatyczne można uznać, iż na tej krótkiej ilustracyjnej liście znalazły się wyłącznie wydarzenia sportowe. Model ten został powielony na krajowych listach ważnych wydarzeń. Większość z nich – nawet te najbardziej rozbudowane – nie zawiera żadnego innego rodzaju wydarzeń, jedynie nieliczne listy (włoska, austriacka) zawierają pojedyncze wydarzenia społeczno-kulturalne, jak Noworoczny koncert Orkiestry Filharmonii Wiedeńskiej, Bal w Operze Wiedeńskiej, spektakl otwierający sezon operowy w teatrze La Scala w Mediolanie, koncert noworoczny w teatrze La Fenice w Wenecji czy festiwal muzyki włoskiej w San Remo.

Uzupełniające kryteria kwalifikacyjne wynikają z przyjętej praktyki implementacyjnej odzwierciedlonej w dokumencie roboczym Komisji CC TVSF(97) 9/3. Przyjmuje się, że aby notyfikowana lista ważnych wydarzeń mogła zostać pozytywnie zaopiniowana przez Komisję – i w konsekwencji uzyskać ochronę międzynarodową – wydarzenia zawarte na tej liście powinny spełniać określone wymogi szczegółowe. Aby dane wydarzenie mogło zostać uznane za ważne, muszą zostać spełnione przynajmniej dwa z czterech poniższych kryteriów:

– wydarzenie lub jego wynik wywołuje szczególny oddźwięk wśród widowni danego państwa członkowskiego, wykraczający poza wpływ, jaki wykołuje na osoby, które zwykle śledzą transmisje z przebiegu danej dziedziny sportu lub z przebiegu innego rodzaju wydarzenia;
– wydarzenie ma szczególne, ogólnie uznane znaczenie kulturalne dla populacji danego państwa członkowskiego, w szczególności jako katalizator jego kulturowej tożsamości;
– wydarzenie obejmuje udział reprezentacji narodowej w danej dziedzinie sportu w wielkim turnieju międzynarodowym;
– relacja z danego wydarzenia była tradycyjnie nadawana w telewizji ogólnodostępnej i przyciągała dużą widownię telewizyjną w danym państwie członkowskim.

Uprawdopodobnienie pierwszego i czwartego kryterium wymaga wykazania odpowiedniego poziomu oglądalności danego wydarzenia cyklicznego. Wskaźnik ten, określany jako *audience share* oznacza oglądalność transmisji w odniesieniu do wszystkich mieszkańców kraju, a więc

nie tylko w stosunku osób oglądających w badanym okresie telewizję. Natomiast oglądalność określonego wydarzenia w stosunku do liczby wszystkich osób oglądających w tym czasie jakikolwiek program telewizyjny określana jest jako *market share* i nie ma wpływu ocenę Komisji. Za odpowiedni Komisja uznaje zasadniczo wskaźnik *audience share* wynoszący co najmniej 5%, co może się wydawać progiem niskim. Jednak w odniesieniu do wydarzeń niemających tradycji stałego nadawania w telewizji ogólnodostępnej lub wydarzeń, których popularność istotnie wzrasta dopiero od kilku lat, jak np. finały turniejów Wielkiego Szlema w przypadku Polski, próg ten może być trudny do osiągniecia. Wymóg ten Komisja wprowadziła w maju 2013 r. Wielu ekspertów zwracało wówczas uwagę, iż określenie progu *audience share* na tym właśnie poziomie powinno być należycie uzasadnione, a podstawa prawna dla określenia takiego progu – jasno wskazana. Ten dodatkowy wymóg ma oczywiście zastosowanie jedynie przy ocenie przez Komisję nowych list ważnych wydarzeń. W konsekwencji, obecnie obowiązują zatwierdzone przez KE w różnych okresach listy krajowe – poddane różnym, mniej i bardziej restrykcyjnym, procedurom oceny, wedle zmieniających się z czasem wymagań szczegółowych analizowanych w procesie oceny przez KE list ważnych wydarzeń.

Dalsze uprawdopodobnienie spełnienia pierwszego kryterium nie doczekało się jednolitej praktyki. Polska przyjęła za celowe obiektywne zbadanie tego kryterium i oparcie się na szeroko zakrojonym badaniu socjologicznym pn. „Analiza oddźwięku społecznego, wywoływanego przez wybrane wydarzenia prezentowane w mediach ogólnopolskich" przeprowadzonym przez Lokalne Badania Społeczne. Przedmiotem badania było oszacowanie czy i w jakim stopniu określone wydarzenia wywierają szerszy oddźwięk wśród polskiej widowni, nieograniczający się wyłącznie do osób śledzących bezpośrednie transmisje telewizyjne z tych imprez sportowych lub kulturalnych. Materiałem źródłowym były publikacje prasowe i internetowe, a przedmiotem badania sposób eksponowania wybranych wydarzeń w wiodących mediach papierowych i internetowych, w tym znaczenie przypisywane tym wydarzeniom. Rozwiązanie to to zostało bardzo dobrze ocenione tak przez Komisję, jak i inne państwa członkowskie. Wydaje się, że wykazanie spełnienia omawianego kryterium powinno zostać dookreślone na poziomie unijnym, a jego badanie zobiektywizowane.

Dyrektywa określa preferencyjne zasady dotyczące pokazywania transmisji z ważnych wydarzeń jedynie w telewizji ogólnodostępnej, definiowanej jako transmisja dowolną drogą techniczną, niezależnie od tego czy dokonuje jej nadawca publiczny, czy komercyjny, programów dostępnych dla widowni bez opłat, innych niż wynikające ze sposobów finansowania transmitowania, które są szeroko rozpowszechnione w każdym państwie członkowskim (jak abonament radiowo-telewizyjny z tytułu posiadania urządzeń do odbioru radia i telewizji lub abonament podstawowy w sieci kablowej) (motyw 53). Nadawca programu telewizji ogólnodostępnej określany jest jako nadawca kwalifikowany, nadawcy programów niespełniających kryteriów telewizji ogólnodostępnej – określani są mianem nadawców niekwalifikowanych.

Pojęcie zasadniczej części odbiorców w danym państwie nie zostało sprecyzowane ani przez dyrektywę, ani przez ustaloną praktykę. W praktyce wymóg ten odnosi się do minimalnego zasięgu telewizji ogólnodostępnej, w której transmisja z ważnego wydarzenia może być pokazywana. Także na poziomie krajowym nie zawsze próg ten jest określony wyraźnie przez wskaźnik procentowy, czasami wynika z analizy stanu faktycznego. Praktyka implementacyjna jest zróżnicowana; próg

ten wynosi co najmniej 60% na Litwie, 67% w Niemczech, 70% w Austrii, 80% we Włoszech, 90% w Finlandii i w Norwegii, 95% w Polsce.

Prawodawca unijny określił w preambule, iż możliwość podjęcia interwencji przez państwa członkowskie dotyczy jedynie tych ważnych wydarzeń, do których prawa wykonuje się na zasadzie wyłączności. Przy czym pojęcie wyłączności jest rozumiane w sposób funkcjonalny, a nie stricte formalny. Domniemywa się, że nadawca posiada wyłączne prawa nadawcze do określonego wydarzenia na danym terytorium, jeśli żaden inny nadawca nie jest uprawniony do przedstawienia transmisji z tego wydarzenia mieszkańcom tego terytorium.

Interwencja regulacyjna musi być zgodna z prawem unijnym. Wskazanie na zgodność z prawem unijnym, a nie jedynie z postanowieniami dyrektywy oznacza, iż konieczne jest dokonanie z krajowymi i zagranicznymi interesariuszami uzgodnień zapewniających, iż przyjęte rozwiązania nie spowodują niepewności prawnej ani nie zakłócą funkcjonowania rynku wewnętrznego (motyw 50). Co istotniejsze, art. 14 ust 2 dyrektywy mówi o badaniu projektowanych środków krajowych nie tylko pod względem zgodności z szczególnymi wymogami określonymi wyraźnie w dyrektywie, lecz także z ogólnymi zasadami określonymi w traktacie. Zgodnie z tym przepisem „Komisja sprawdza czy środki takie są zgodne z prawem unijnym". Zakres badania Komisji w istocie jest niedookreślony, a badanie może bardzo różnie przebiegać w odniesieniu do różnych krajowych rynków audiowizualnych różniących się wielością, dynamiką rozwoju i innymi cechami. Dlatego też nie funkcjonuje jeden standardowy model badania list ważnych wydarzeń.

Z jednej strony, w świetle wykładni TSUE, badanie dokonywane przez Komisję ma zakres ograniczony (pkt 12, 16–19 oraz 21 wyroku w sprawie C-201/11 P). Co niezwykle istotne, w sprawie C-201/11 P Trybunał potwierdził, iż określenie wydarzeń o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa leży wyłącznie w gestii państw członkowskich, które dysponują w tym względzie znacznym zakresem uznania. Komisja dysponuje uprawnieniem do kontroli legalności przepisów krajowych określających wydarzenia o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa, co umożliwia jej odrzucanie przepisów niezgodnych z prawem Unii. Jednak kontrola ta ma wymiar ograniczony, w jej ramach Komisja powinna w szczególności zbadać czy spełnione są następujące wymogi:

– dane wydarzenie zostało umieszczone w wykazie przewidzianym w art. 3a ust. 1 dyrektywy 89/552 w jawny i przejrzysty sposób, w stosownym i właściwym czasie;
– wydarzenie to można zasadnie uznać za wydarzenie o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa;
– określenie danego wydarzenia mianem wydarzenia o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa jest zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii, takimi jak zasady proporcjonalności i niedyskryminacji, z prawami podstawowymi, z zasadami swobodnego przepływu usług i swobody przedsiębiorczości, a także z regułami dotyczącymi swobodnej konkurencji.

Uprawienie kontrolne Komisji jest ograniczone w szczególności w odniesieniu do badania drugiego i trzeciego wymogu – stwierdza TSUE. Uprawnienie kontrolne Komisji powinno ograniczać się do identyfikacji oczywistych błędów w ocenie popełnionych przez państwa członkowskie przy kwalifikowaniu wydarzeń jako wydarzeń o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa. W celu sprawdzenia czy taki oczywisty błąd w ocenie został popełniony, Komisja musi zatem skontrolować w szczególności, czy dane państwo członkowskie starannie i bezstronnie zbadało wszystkie istotne okoliczności danego przypadku, na które powołano w celu poparcia wyciągniętych z nich wniosków.

Jak konkluduje TSUE, jeśli dane wydarzenie zostało w sposób ważny uznane przez zainteresowane państwo członkowskie za wydarzenie o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa, to Komisja zobowiązana jest zbadać wyłącznie te skutki dokonania takiej kwalifikacji dla swobodnego przepływu usług, swobody przedsiębiorczości, swobodnej konkurencji i prawa własności, które wykraczają poza skutki nierozerwalnie związane z umieszczeniem danego wydarzenia na liście ważnych wydarzeń.

Pozostawiona jednak Komisji sfera kontroli (zgodność z ogólnymi zasadami prawa Unii, takimi jak zasady proporcjonalności i niedyskryminacji, z prawami podstawowymi, z zasadami swobodnego przepływu usług i swobody przedsiębiorczości, a także z regułami dotyczącymi swobodnej konkurencji) – jest nadal bardzo rozległa i pozwala Komisji na istotny margines swobody interpretacyjnej.

W kwestii retroaktywności przyjmuje się, że postanowienia dyrektywy dotyczące ważnych wydarzeń stosuje się w odniesieniu do wydarzeń, które odbywają się po terminie wdrożenia dyrektywy określającej te postanowienia. W przypadku przedłużenia okresu obowiązywania wcześniejszych umów po opublikowaniu dyrektywy, umowy te są uważane za umowy nowe i podlegają reżimowi transmisji ważnych wydarzeń.

W stosunku do nowych wydarzeń wpisywanych na listy krajowe poszczególne państwa zastosowały różne rozwiązania, zgodnie z ogólnymi zasadami przyjętymi w prawie krajowym. Wybór określonego rozwiązania należy do prawodawcy krajowego. Część państw, np. Niemcy, przyjmuje, iż z uwagi na konstytucyjną zasadę ochrony praw nabytych listy obowiązują po ich publikacji w Dzienniku Urzędowym UE, ale nie wywierają skutku w odniesieniu do kontraktów już zawartych. Ograniczenia związane z wpisaniem określonego wydarzenia na listę znajdują zastosowanie jedynie w odniesieniu do praw nabytych po opublikowaniu listy. Inne państwa, w tym Polska przyjęły odmienne podejście; lista ma zastosowanie także do wydarzeń, do których prawa transmisji sprzedano przed datą wejścia w życie regulacji prawnej określającej listę ważnych wydarzeń. Jak zauważa się w doktrynie od zasady nieretroakcji prawa i ochrony praw nabytych możliwe są, w sytuacjach szczególnych i jasno określonych przez przepisy prawa, odstępstwa.

Komisja Europejska – pozostawiając co do zasady wybór właściwego rozwiązania prawodawcom krajowym – przychyliła się do następującego poglądu. W świetle prawa UE za dopuszczalne i celowe należy uznać rozwiązanie wskazujące, iż opublikowane listy – po uwzględnieniu stosownego *vacatio legis* – powinny mieć zastosowanie do wszystkich wydarzeń określonych na poszczególnych listach, niezależnie od tego kiedy sprzedano do nich prawa, przed czy po publikacji listy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Komisja wskazuje, że określając datę wejścia listy w życie, państwa członkowskie powinny kierować się zasadą proporcjonalności. Jeśliby przyjąć, że listy ważnych wydarzeń nie dotyczą transakcji już zawartych, to w sytuacji, gdy niektóre prawa do transmisji sprzedawane są nawet na kilkanaście lat przed datą wydarzenia sportowego, listy takie byłyby w praktyce pozbawione znaczenia. Należy uważnie wyważyć różne prawa. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, Komisja zaleca natomiast zastosowanie odpowiednio długiego *vactio legis* (12–18 miesięcy).

Jednakże można też znaleźć przykłady sytuacji[2], w których – z uwagi na specyfikę danych warunków rynkowych – Komisja zalecała, aby przepisy określające krajowa listę ważnych wydarzeń

[2] Zob. notyfikacja Litwy – doc. CC AVMSD (2012) 4 rev., „Government of the Republic of Lithuania Resolution on the approval of the list of events of major importance to society in the Republic of Lithuania". Lista litewska uzyskała pozytywną opinię Komitetu Kontaktowego w dniu 21 listopada 2012 r., jednak wkrótce potem Litwa wycofała propozycję listy ważnych wydarzeń i ponownie poddała ją krajowym pracom legislacyjnym.

były stosowane – w odniesieniu do transmisji z przebiegu ważnych wydarzeń, do których prawa zostały sprzedane przed spodziewaną datą publikacji zatwierdzonej listy – dopiero po wygaśnięciu już zawartych kontraktów, lecz nie później niż po upływie 2 lat po publikacji listy w Dzienniku Urzędowym UE. Jak zauważyła Komisja, o zaleceniu takiego rozwiązania decyduje specyfika rynku krajowego. Jest to przykład obostrzenia, które przy ocenie innych list raczej się nie pojawia i było uzasadniane specyficzną sytuacją na bardzo małym rynku nadawczym.

Dyrektywa pozwala na umieszczenie na liście także wydarzeń odbywających się poza granicami kraju; w innym państwie członkowskim lub w państwie trzecim. Zamieszczenie takich wydarzeń na krajowej liście będzie jednak przedmiotem szczególnego zainteresowania Komisji z uwagi na wkraczanie w sferę praw uprawnionych podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w innych państwach.

Wszystkie wydarzenia proponowane do zamieszczenia na przedmiotowej liście muszą zostać szczegółowo i jasno opisane albo przez wskazanie nazwy własnej konkretnego wydarzenia, albo przez odniesienie do jasno określonych kryteriów obiektywnych, np. mecze z udziałem reprezentacji narodowej danego państwa członkowskiego rozgrywane w ramach mistrzostw świata w piłce nożnej.

Procedura prowadząca do przygotowania listy ważnych wydarzeń powinna być transparentna, a wybór poszczególnych wydarzeń – należycie uzasadniony. Kryteria wyboru tych wydarzeń powinny zostać wyraźne określone i podane do publicznej wiadomości.

Kluczowe znaczenie ma przeprowadzenie odpowiednich konsultacji z zainteresowanymi stronami, w tym w szczególności z właścicielami praw. Spełnienie tego warunku wymaga przeprowadzenia konsultacji i gdy to nie wystarcza, także spotkań nie tylko z krajowymi interesariuszami, ale i międzynarodowymi.

W ramach procedury konsultacji ważne jest wysłuchanie wszystkich uczestników rynku, a w szczególności konsultacje należy przeprowadzić z:

– nadawcami, którzy nabyli prawa do transmisji z przebiegu wydarzeń określonych na projektowanej liście ważnych wydarzeń;
– nadawcami aktywnymi na rynku, na którym dana lista ma obowiązywać;
– stowarzyszeniami sportowymi, organizatorami wydarzeń i innymi uprawnionymi podmiotami tak krajowymi, jak i międzynarodowymi; konsultacje jedynie z krajowymi oddziałami międzynarodowych federacji sportowych nie są uznawane za wystarczające w przypadku wydarzeń o zasięgu międzynarodowym;
– widzami i stowarzyszeniami konsumentów;
– stowarzyszeniami sportowymi;
– organami regulacyjnymi w sprawach radiofonii i telewizji;
– innymi zainteresowanymi stronami.

Istotne znaczenie ma właściwe określenie *vacatio legis* regulacji prawnej określającej krajową listę ważnych wydarzeń. Każdy przypadek, zależnie od specyfiki danego rynku jest analizowany osobno. Nie ma w tym zakresie jednego, mającego powszechne zastosowanie modelu. Ważne jest umożliwienie organizatorom wydarzeń oraz nadawcom europejskim zaplanowania z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym strategii marketingowej i programowej (por. art. 3a ust. 1 dyrektywy: „Sporządza ten wykaz (…) w odpowiednim czasie"). Zasadniczo uznaje się *vacatio legis* od 12 do 18 miesięcy jako okres odpowiedni.

Istotne znaczenie ma poszanowanie traktatowej swobody świadczenia usług oraz unijnych zasad prawa konkurencji. Krajowe regulacje prawne powinny zostać zbadane pod kątem ich ewentualnego wpływu na wzmocnienie lub zachęcenie do antykonkurencyjnych zachowań właściwych podmiotów rynkowych. Krajowe środki prawne mogłyby bowiem zostać skonstruowane jako środki *de facto* kształtujące prawa specjalne lub wyłączne wobec określonych podmiotów lub kategorii podmiotów, naruszające postanowienia art. 106 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zgodnie z tym przepisem „Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 18 oraz 101–109".

Analizując spełnienie omawianego kryterium, należy stwierdzić, że krajowe środki prawne dotyczące list ważnych wydarzeń powinny spełniać cztery poniższe warunki:

– muszą służyć słusznym celom interesu ogólnego; w danym przypadku chronić prawo do informacji oraz zapewnić szeroki dostęp publiczności do relacji telewizyjnych z ważnych krajowych i międzynarodowych wydarzeń sportowych, takich jak Igrzyska Olimpijskie czy Europejskie Mistrzostwa Świata w Piłce Nożnej;
– muszą być odpowiednie do osiągnięcia celów interesu ogólnego;
– nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego; krajowe środki nie mogą stanowić form dyskryminacji lub wykluczania z danego rynku krajowego rynku nadawców pochodzących z innych państw członkowskich, właścicieli praw lub innych podmiotów gospodarczych;
– muszą być proporcjonalne; środki wykraczające poza rozwiązania niezbędne dla realizacji zakładanych celów interesu ogólnego uznawane są za niezgodne z prawem unijnym.

Kryterium dotyczące swobody świadczenia usług i przestrzegania prawa konkurencji ma szereg istotnych implikacji. Przy ocenie tego kryterium brany jest pod uwagę wpływ proponowanych środków na społeczne i gospodarcze obszary działalności związane z handlem prawami do transmisji, a także na ramy prawne określające swobodę świadczenia usług na rynku wewnętrznym.

Zakres przedmiotowego badania uwzględnia także zgodność z zasadami ogólnymi prawa Unii. Przy ocenie proporcjonalności projektowanych środków analizowany jest między innymi zakres ograniczeń nakładanych na wykonywanie praw wyłącznych, a więc czy proponowana regulacja nakłada obowiązek zapewnienia, aby transmisje z ważnych wydarzeń były dostępne w pełnym czy częściowym przekazie, na żywo lub z opóźnieniem. Wybór konkretnego rozwiązania powinien być obiektywnie uzasadniony i spełniać kryterium proporcjonalności. Interwencja regulacyjna w proces sprzedaży praw wyłącznych powinna być jak najmniejsza.

Elementem implementacji kryterium proporcjonalności jest także zapewnienie systemu arbitrażu w sprawach spornych związanych z oceną warunków umownych, w tym cenowych, na jakich nadawca niekwalifikowany, który nabył prawa wyłączne oferuje prawa do transmisji nadawcom kwalifikowanym. System rozstrzygania spraw spornych stanowi element skutecznej implementacji postanowień dyrektywy odnoszących się do ważnych wydarzeń. Jednym z trudniejszych elementów tego systemu jest ustalenie wysokości rekompensaty jaka powinna zostać uiszczona za możliwość korzystania z praw przez nadawcę spełniającego kryteria kwalifikacyjne określone w art. 14 dyrektywy, nadawcy niekwalifikowanemu posiadającemu prawa wyłączne do transmisji danego wydarzenia zamieszczonego na krajowej liście ważnych wydarzeń.

W swoich wytycznych (CC TVSF (2000) 6) Komisja podkreśla, że w krajowym systemie prawnym regulator rynku, ewentualnie organ właściwy do spraw konkurencji, powinien w sprawach spornych dokonywać oszacowania wartości praw do transmisji. System rozstrzygania sporów ma umożliwić nadanie transmisji z ważnego wydarzenia w telewizji ogólnodostępnej, a więc doprowadzić do rozstrzygnięcia sporu przed datą relacjonowanego wydarzenia.

Dokument CC TVSF (2000) 6 określa zalecany przez Komisję model postępowania w sprawach spornych, w którym zadanie związane z szacowaniem uczciwej ceny za możliwość skorzystania z praw do transmisji przypada regulatorowi rynku. W systemie tym regulator, w przypadku braku porozumienia pomiędzy nadawcami, określa uczciwą cenę. Należy podkreślić, że od przedmiotowych decyzji regulatora powinna zostać zapewniona możliwość odwołania, przy czym złożenie odwołania nie powoduje zawieszenia wykonania decyzji regulatora.

Wśród państw, które dość szczegółowo opisały kryteria określania opłat za prawa do transmisji w procesie rozstrzygania sporów związanych z transmisjami z ważnych wydarzeń można wymienić Wielką Brytanię (przyjety przez Ofcom *Code on Sports and Other Listed and Designated Events*) oraz Norwegię (wytyczne Medietilsynet pt. *Ustalanie stawek opłat za prawo do transmisji z wydarzeń o dużym znaczeniu społecznym*).

Code on Sports and Other Listed and Designated Events podlegał zmianom. Chociaż ostatnia redakcja tego dokumentu pochodzi z 4 lipca 2014 r., poczatki tej regulacji sięgają 1997 r., kiedy to poprzedni regulator brytyjskiego rynku medialnego – Independent Television Commission, na podstwie ustawy z 1996 r. – określił wstępną listę ważnych wydarzeń. Rozwiązania przyjęte w Wielkiej Brytanii zakładają, że cena żądana przez nadawcę niekwalifikowanego powinna być uczciwa, uzasadniona i niedyskryminująca. To, czym jest uczciwa cena, będzie zależało od oferowanych praw do transmisji oraz wartości tych praw dla nadawców. Za uczciwe będą prawdopodobnie uznawane ceny w szerokim zakresie, jednak w przypadku konieczności wyrażenia własnej opinii w tej kwestii Ofcom weźmie pod uwagę między innymi:

– poprzednie opłaty za takie lub podobne wydarzenie;
– porę dnia, o jakiej wydarzenie będzie bezpośrednio transmitowane;
– potencjalne przychody lub liczbę widzów związane z bezpośrednią transmisją wydarzenia (np. możliwość sprzedaży czasu reklamowego, sponsorowania, osiągnięcia dochodu z abonamentu);
– okres, na jaki oferowane są prawa, oraz
– konkurencję na rynku.

Warunkiem rzeczywistej możliwości nabycia praw do transmisji jest także zapewnienie nadawcom wystarczającego czasu na ich nabycie. To, czym jest „wystarczający czas", będzie zależało od okoliczności każdej sprawy, łącznie ze stopniem złożoności negocjacji oraz produkcji i emisji programu przed wydarzeniem i po nim, jak również bliskości w czasie daty wydarzenia i dnia, w którym oferowane są prawa. Dozwolony czas powinien dawać wszystkim stronom realną możliwość przeprowadzenia negocjacji i osiągnięcia porozumienia, jednakże nie powinien być w nieuzasadniony sposób przedłużany.

Rozwiązania przyjęte przez Norwegię i opisane w wytycznych noweskiego regulatora rynku medialnego z lipca 2014 r. (*Retningslinjer – Fastsettelse av vederlag for senderettigheter av vesentlig samfunnsmessig betydning, juli 2014*) są dość podobne, przy czym rozwiązania proceduralne są

bardziej rozbudowane, zwiekszając pewność prawną podmiotów działajacych na rynku. Zgodnie z § 5–3 lit. d) norweskiej znowelizowanej ustawy o nadawaniu radiowo-telewizyjnym (*Forskrift 9. august 2013 om endringer i forskrift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsforskriften)*), jeżeli strony nie dojdą do porozumienia o stawkach opłat za prawo do transmisji z wydarzenia, to każda ze stron, najpóźniej sześć miesięcy przed zaistnieniem wydarzenia, może zwrócić się do Medietilsynet o ustalenie stawki opłaty za prawo do transmisji z tego wydarzenia. Stawka opłaty za prawo do transmisji musi zostać ustalona zgodnie z zasadami rynkowymi. Medietilsynet ustala wytyczne odnośnie do ustalania stawki opłat na dalszą sprzedaż praw do wydarzeń ważnych zgodnie z zasadami rynkowymi. *Medietilsynet* ustali stawkę opłaty w oparciu o konkretną szacunkową ocenę faktycznej sytuacji. Istotnymi czynnikami są między innymi:

– wartość praw w momencie, kiedy niewyspecjalizowany program telewizyjny nabył prawa, w tym warunki zakupu wynikające z umowy;
– wartość praw od momentu, kiedy niewyspecjalizowany program telewizyjny nabył prawa aż do decyzji ze strony Medietilsynet o ustaleniu ceny;
– wartość praw w perspektywie historycznej, w tym kształtowania się cen w określonym czasie;
– potencjał dochodowy wydarzenia, jak na przykład dochody rynkowe i medialne oraz liczba widzów;
– czas transmisji;
– konkurencja na rynku, tzn. czy prawa nabyto na rynku zdominowanym przez konkurencję
– szczególne okoliczności związane z wydarzeniem.

Nadawcy powinni też zgodnie z ustawą niezwłocznie poinformować Medietilsynet o wszystkich nabytych wyłącznych prawach do całych albo do części wydarzeń, które są wymienione na zatwierdzonych listach ważnych wydarzeń państw UE/EOG. Obowiązek wchodzi w życie z chwilą, kiedy umowa o przeniesieniu praw została uznana za zawartą zgodnie z powszechnymi zasadami zawierania umów.

Jeśli kwalifikowany program telewizyjny występuje z zapytaniem o prawo do transmisji z wydarzenia, to niekwalifikowany program telewizyjny powinien podać pisemną ofertę cenową w sprawie przeniesienia prawa. Oferta musi zostać przedstawiona najpóźniej jeden miesiąc po wpłynięciu zapytania, a wyspecjalizowany program telewizyjny musi następnie odpowiedzieć na ofertę w ciągu jednego miesiąca. Jeśli strony nie osiągną porozumienia odnośnie do stawki opłaty za prawa do transmisji z ważnego wydarzenia, wówczas każda ze stron może najpóźniej sześć miesięcy przed zaistnieniem tego ważnego wydarzenia zwrócić się z prośbą do Medietilsynet o ustalenie ceny (ustawa § 5–3 lit. d).

Medietilsynet ma rozpatrzyć sprawę w oparciu o informacje zaczerpnięte od stron w czasie własnego dochodzenia. Organ ten może w dowolnym czasie żądać przedłożenia informacji oraz dokumentacji, mających znaczenie dla sprawy.

Decyzja Medietilsynet ustala jedynie stawkę opłaty za prawa do transmisji z wydarzenia. Praw do transmisji nie można przenosić na mocy decyzji, taki obowiązek przenoszenia praw do transmisji wynika bezpośrednio z noweskiej ustawy o nadawaniu radiowo-telewizyjny (§ 5–3 lit. a). Po tym, jak stawka opłaty została ustalona mocą decyzji Medietilsynet, samo przeniesienie prawa do transmisji musi nastąpić na mocy umowy cywilnej między nadawcą kwalifikowanym i niewalifikowanym.

Ocena zgodności projektowanych środków dotyczących krajowej listy ważnych wydarzeń z prawem unijnym, dokonywana przez Komisję stosownie do postanowień art. 14 ust. 2 dyrektywy, przybiera formę decyzji.

Początkowo forma prawna tej oceny nie była oczywista. Dopiero w 2005 r. Sąd w wyroku w sprawie *Infront*[3] przesądził, iż pismo Komisji o zgodności proponowanych środków krajowych z prawem unijnym wywołuje wiążące skutki prawne i stanowi decyzję w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską[4], a w konsekwencji jest aktem zaskarżalnym w rozumieniu art. 248 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską[5]. Sąd uznał, iż taka decyzja może dotyczyć bezpośrednio i indywidualnie także podmiotów niewymienionych imiennie w decyzji (niebędących jej adresatami), tzn. właścicieli praw wyłącznych do transmisji z przebiegu wydarzeń określonych na zaakceptowanej przez Komisję liście ważnych wydarzeń. Podmioty takie mogą mieć zatem legitymację procesową. Ta linia argumentacyjna została podtrzymana w późniejszych sprawach, w tym sprawie *Fify*[6].

Konsekwencją uznania opinii Komisji w przedmiotowej sprawie było potwierdzenie konieczności dopełnienia wszelkich wymogów formalnych dotyczących przygotowywania decyzji Komisji, w tym w zakresie kolegialności, delegacji uprawnień i wykonywania decyzji. Rażące naruszenie wymogów formalnych może skutkować stwierdzeniem nieważności decyzji.

Do problemu spełnienia wymogów formalnych decyzji Komisji Sąd wrócił w sprawie *Fify*, wskazując w pkt 67, 75–76 wyroku, iż treść uzasadnienia, choć powinna objaśniać jasno podstawy podjętej decyzji, nie musi uzasadniać wszystkich istotnych elemenów faktycznych i prawnych związanych z zamieszczeniem określonego wydarzenia na zaaprobowanej liście ważnych wydarzeń. W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem uzasadnienie, jakiego wymaga art. 253 WE, powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i przedstawiać w sposób zrozumiały i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt, pozwalając zainteresowanym podmiotom poznać podstawy podjętej decyzji, a właściwemu sądowi – dokonać jej kontroli. Wymóg uzasadnienia należy oceniać w odniesieniu do konkretnej sytuacji, w szczególności do treści aktu, charakteru przywołanych argumentów, a także interesu, jaki w uzyskaniu informacji mogą mieć adresaci aktu lub inne podmioty, których dotyczy on bezpośrednio i indywidualnie. Nie ma wymogu, by uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne elementy faktyczne i prawne, ponieważ ocena czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi art. 253 WE, winna opierać się nie tylko na jego brzmieniu, lecz także uwzględniać okoliczności jego wydania, jak również całokształt przepisów prawa regulującego daną dziedzinę „(…). Gdy chodzi o argument oparty na okoliczności, że dane w zakresie oglądalności mistrzostw świata z roku 1998 nie były dostępne w dniu 25 czerwca 1998 r., gdy władze Zjednoczonego Królestwa sporządziły wykaz (…), podczas gdy Komisja jakoby oparła swą ocenę na tych danych, należy stwierdzić, że nic nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie przekazało Komisji dane dotyczące okresu późniejszego w stosunku do dnia sporządzenia wykazu wydarzeń o doniosłym znaczeniu dla

[3] Wyr. Sądu z 15.12. 2005 r. w sprawie T-33/01 Infront WM AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 85–111.

[4] Obecnie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej: „W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. (…) Decyzja wiąże w całości. Decyzja, która wskazuje adresatów, wiąże tylko tych adresatów. (…)"

[5] Obecnie art. 263 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej: „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich. (…) Każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na warunkach przewidzianych w akapitach pierwszym i drugim, skargę na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie oraz na akty regulacyjne, które dotyczą jej bezpośrednio i nie wymagają środków wykonawczych. (…)"

[6] Wyr. Sądu z 17.02.2011 r. w sprawie T-68/08 *Federation Internationale de Football Association (Fifa)* przeciwko *Komisji Europejskiej*, pkt 31–42.

społeczeństwa ani też nic nie stoi na przeszkodzie, żeby Komisja uwzględniła tego rodzaju dane. Ponadto tego rodzaju dane mogły skłonić Komisję do zwrócenia się do zainteresowanego państwa członkowskiego o wprowadzenie zmian w przepisach, aby zapewnić ich zgodność z prawem wspólnotowym, biorąc za punkt wyjścia dane o największym stopniu aktualności. Wykładnię taką potwierdza okoliczność, że zgodnie z art. 3a ust. 2 dyrektywy 89/552 państwa członkowskie mogą przedkładać Komisji swoje przepisy także przed ich wydaniem. Wobec powyższego Komisja nie była zobowiązana do szczególnego wskazania w zaskarżonej decyzji przyczyn, dla których postanowiła uwzględnić dane, które nie były dostępne według stanu na chwilę sporządzania wykazu wydarzeń o doniosłym znaczeniu dla społeczeństwa Zjednoczonego Królestwa".

III. Podsumowanie

Przedstawione rozwiązania w istotny sposób przyczyniają się do zagwarantowania mieszkańcom EOG dostępu do ważnych wydarzeń oraz dostępu do informacji. Unijne ramy prawne dotyczące praw do transmisji z ważnych wydarzeń są jednak rozproszone po wielu dokumentach, często wynikają też z ustalonej praktyki implementacyjnej. Doceniając dorobek prawa unijnego w tym obszarze, za celowe należy uznać dookreślenie kluczowych pojęć i zasad w treści dyrektywy, przeniesienie naważniejszych reguł stosowania przepisów dyrektywy z poziomu dokumentow roboczych Komisji do dyrektywy, a także scalenie i modernizacja pozostałych wytycznych o charakterze technicznym związanych z notyfikacją i jej oceną w zmienionych i skonsolidowanych wytycznych Komisji.

Jakkolwiek wytyczne objaśniają jedynie sposób odczytywania przez Komisję postanowień dyrektywy w odniesieniu do oceny zgodności z prawem unijnym projektowanych środków – stosownie do postanowień art. 14 ust. 2 DAUM, obecnie, w praktyce wytyczne Komisji w istotny sposób dookreślają generalne zasady art. 14 ust. 1 i 3 DAUM. Dążąc do zapewnienia liście krajowej ochrony międzynarodowej – niezbędnej w warunkach powszechnej delokalizacji i rozwoju usług telewizyjnych o zasięgu ponadkrajowym – niezbędne jest uzyskanie pozytywnej opinii Komisji, a do tego konieczne jest zapewnienie spełnienia określonych standardów wymaganych przez KE.

W świetle zapowiadanego przez Komisję ogłoszenia w 2016 r. propozycji legislacyjnej zmiany DAUM należy oczekiwać, iż przepisy dyrektywy dotyczące ważnych wydarzeń zostaną uzupełnione i dookreślone. Nie negując niewątpliwie pozytywnej roli, jaką odegrała Komisja w procesie zharmonizowanej implementacji art. 14 DAUM – ogłaszając i poddając dyskusji na forum Komitetu Kontaktowego dokumenty robocze dotyczace przedmiotowego obszaru problemowego, można sądzić, iż najważniejsze – obecnie powszechnie przyjmowane zasady konstruwania list i uzupełniajcytch je rozwiazań prawnych, jak procedury rozwiazywania spraw spornych – powinny zostać określone w akcie wyższego rzędu niż dokument dyskusyjny.

Przedstwiony przez Komisję w 2000 r. w dokumencie CCTVSF (2000) 6 model zalecanego sposobu rozstrzygania sporów powinien zostać przepracowany, z uwzględnieniem realiów współczesnego obrotu i dobrych praktyk przyjętych w państwach EOG. Rozwiązanie modelowe zaproponowane przez Komisję pomija szereg aspektów procesu rozstrzygania spraw spornych, a niekóre z proponowanych rozwiazań (zob. diagram dotyczący stosowania art. 3a ust. 3 (obecny art. 14 ust. 3 dyrektywy) wymagają ponownego rozważenia, dookreślenia zasad poszczególnych etapów tego procesu (np. *Regulator authorises broadcast by qualified broadcaster*) i uszczegółowienia, zwłaszcza w relacjach transgranicznych.

Katarzyna Klafkowska-Waśniowska*

Regulacja audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Nowe rozwiązania dla „nowych mediów”?

Spis treści

I. Wstęp
II. Wyodrębnienie audiowizualnych usług medialnych na żądanie
III. Ochrona małoletnich
IV. Promocja utworów europejskich
V. Podsumowanie

Streszczenie

W artykule przedstawiono analizę przepisów ustawy o radiofonii i telewizji stanowiących implementację dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, w zakresie, w jakim uregulowane są w niej usługi na żądanie. Trzy główne problemy poruszone w artykule to określenie zakresu audiowizualnych usług na żądanie podlegających regulacji oraz ochrona małoletnich i promocja audycji europejskich w ramach tych usług. Określenie zakresu pojęcia audiowizualnej usługi medialnej na żądanie w drodze implementacji dyrektywy AUM budzi wiele wątpliwości, z których szczególnie zaznaczono te, które dotyczą rozgraniczenia sektora mediów audiowizualnych i prasy elektronicznej. W tym kontekście szczególnie omówiono przesłankę „porównywalności” audycji w usługach na żądanie i w programach. Reguły dotyczące ochrony małoletnich i promocji audycji europejskich analizowane są szczególnie w zakresie, w jakim dyrektywa AUM daje podstawy do wprowadzenia nowych rozwiązań dla „nowych” usług medialnych oraz pod kątem pytania, w jakim stopniu przyjęte regulacje są podobne do regulacji dotyczących usług telewizyjnych. W konkluzji wskazano w tym kontekście na rozwiązania w zakresie samoregulacji i podstawy do wprowadzania takich rozwiązań w urt.

Słowa kluczowe: audiowizualne usługi medialne na żądanie; ochrona małoletnich; promocja audycji europejskich.

JEL: K23.

I. Wstęp

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych (dalej: dyrektywa AUM)[1], wprowadzająca nową prawną kategorię audiowizualnych usług medialnych na żądanie, została przyjęta głównie

* Dr Katarzyna Klafkowska-Waśniowska – adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu; e-mail: kwasn@amu.edu.pl. Artykuł powstał w ramach badań sfinansowanych ze środków NCN UMO-2012/07/B/HS5/03921.

[1] Dyrektywa 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) (Dz. Urz. UE L 95, s. 1).

w celach związanych z rozwojem jednolitego rynku. Komisja Europejska widziała w niej szansę na „otwarcie" rynku wewnętrznego dla usługodawców świadczących usługi podobne do telewizyjnych, przez zastosowanie zasady państwa pochodzenia i wyznaczenie minimalnych standardów w odniesieniu do zawartości przekazów audiowizualnych. Komisja wyszła z założenia, że prawodawstwo unijne jest konieczne ze względu m.in. na wysoki poziom ochrony i różnorodność rozwiązań przyjętych w państwach członkowskich[2]. W Polsce implementacja dyrektywy AUM skutkuje poszerzeniem zakresu ustawy o radiofonii i telewizji (dalej: urt)[3] Zgodnie z art. 1a urt, zadania radiofonii i telewizji są realizowane przez dostarczanie usług medialnych, a usługą medialną jest usługa w postaci „programu" albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, oraz przekaz handlowy[4]. Z dyrektywy AUM wynika obowiązek państw członkowskich, do zapewnienia kontroli nad usługodawcami ustanowionymi na terytorium RP. W zakresie audiowizualnych usług na żądanie, ustawodawca realizuje ten obowiązek poprzez powierzenie KRRiT zadania monitorowania rynku audiowizualnych usług medialnych na żądanie i oceny wykonania obowiązków wynikających z ustawy, przez te podmioty[5]. Objęcie regulacją nowych usług medialnych postawiło przed ustawodawcami zarówno europejskim, jak i polskim kilka istotnych wyzwań. Po pierwsze, jest nim wyodrębnienie nowej kategorii usług, przy obawach, że dojdzie do „regulacji Internetu" oraz rozgraniczenie usług audiowizualnych od „prasy" czy np. usług radiofonii. Po drugie, należy do nich określenie zakresu obowiązków nałożonych na świadczących usługi na żądanie, przy uwzględnieniu, że nadmierne obciążenie może mieć efekt dławiący, powodujący utrudnienia w rozpoczęciu takiej działalności. W tym zakresie polski ustawodawca ma prawo wykroczyć poza minimum z dyrektywy, ale powinien wówczas rozważyć konieczność nakładania dodatkowych obowiązków również z perspektywy rozwoju rynku. I po trzecie, zmiany technologiczne pociągające za sobą zmiany w modelu świadczenia usług, liczba podmiotów świadczących audiowizualne usługi medialne, skłaniają do poszukiwania nowych rozwiązań regulacyjnych, np. sięgania do instrumentów samoregulacji i współregulacji, co ma prowadzić do wypracowania skutecznych i akceptowanych przez samych dostawców rozwiązań. Artykuł zawiera analizę tych postanowień urt, w których określono zakres „audiowizualnych usług medialnych na żądanie" i te obowiązki, które w dyrektywie AUM wyodrębniono specyficznie dla usług na żądanie, a więc dotyczące ochrony małoletnich i promocji utworów europejskich.

II. Wyodrębnienie audiowizualnych usług medialnych na żądanie

Ustalenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego było bez wątpienia jednym z kluczowych problemów przy uchwalaniu dyrektywy AUM. Co więcej, problem ten nie został całkowicie rozwiązany. Z jednej strony, wskutek konwergencji, mamy wątpliwości co do zakresu zastosowania dyrektywy w sytuacjach wymagających rozgraniczenia tradycyjnych sektorów medialnych, jak prasa i np. internetowe radio, od nowej kategorii audiowizualnych usług medialnych. Z drugiej strony, nadal otwarta jest dyskusja nad potencjalnym poszerzeniem zakresu dyrektywy AUM o przynajmniej niektórych tzw. pośredników, np. operatorów platform służących udostępnianiu

[2] Wniosek Komisji w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, KOM(2005)646 końcowy, s. 10.

[3] Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1531).

[4] Art. 4 pkt 1 urt.

[5] Art. 6 ust. 2 pkt 5a urt.

„treści" audiowizualnych przez tzw. użytkowników[6]. Również w Polsce odbyła się dyskusja nad zakresem zmian w urt, ale miała ona bardziej generalny charakter i dotyczyła ogólnie „sfery internetowej". Nie ma wątpliwości, że kontrola KRRiT musi dotyczyć również usługodawców działających w Internecie, regulacja jest technologicznie neutralna i obejmuje przekaz wszelkimi sposobami, poprzez sieci telekomunikacyjne. Natomiast, na ile „treści" rozpowszechniane w sieci podlegają kontroli zależy od przyjętych w ustawie kryteriów.

W urt wskutek implementacji dyrektywy AUM znacznie poszerzono liczbę definicji z art. 4, co więcej większość definicji przejęto prawie dosłownie. Oznacza to, że zakres zastosowania u.t nie powinien odbiegać od zakresu zastosowania dyrektywy AUM, ale jednocześnie niejasności i wątpliwości na tle dyrektywy zostały przeniesione na grunt polskiej ustawy. Dla omawianej regulacji kluczowe znaczenie mają definicje usługi medialnej i audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, audycji, dostawcy usługi medialnej i odpowiedzialności redakcyjnej. Dodanie definicji przeniesionych z dyrektywy AUM powoduje zbędne powtórzenia. Przykładowo: dostawcą usługi medialnej jest podmiot ponoszący odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści i decydujący o sposobie zestawienia tej treści (art. 4 pkt 4 urt). Odpowiedzialność redakcyjna, zgodnie z definicją, oznacza sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub w katalogu (art. 4 pkt 3 urt). Powtórzono więc wyjaśnienie dotyczące podejmowania decyzji stanowiących o tym, że podmiot „ponosi odpowiedzialność redakcyjną", niezależnie od odpowiedzialności prawnej za treść audycji czy świadczenie usługi. Ponadto w definicji nadawcy pozostawiono wyjaśnienia, że nadawcą jest osoba, która tworzy i zestawia program, co powinno mieścić się w zakresie pojęcia „odpowiedzialność redakcyjna", a jednocześnie może rodzić pytanie o znaczenie „tworzenia" jako elementu dodatkowego w świetle tej definicji.

O audiowizualnych usługach medialnych na żądanie możemy mówić wtedy, gdy podstawowym celem usługi jest dostarczanie audycji audiowizualnych, zdefiniowanych jako ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi katalogu (art. 4 pkt 2). Dostarczanie audycji ogółowi odbiorców ma się odbywać w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych, co można uznać za podkreślenie medialnego charakteru usług, w aspekcie funkcji jaką pełnią media, co akcentuje się również w kontekście definicji w dyrektywie AUM[7]. Przesłanka „podstawowego celu" usługi ma istotne znaczenie dla wyodrębnienia zakresu regulowanych usług. Pytanie o jej wykładnię skierował do Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) sąd austriacki w kontekście sporu o kwalifikację sekcji wideo elektronicznego portalu gazety *Tageszeitung* w Tyrolu[8]. Sąd zadał pytanie: czy badając „podstawowy cel" usługi, można brać pod uwagę tylko tę część usługi, w której udostępniane są w większości krótkie filmy wykorzystywane w innych działach witryny internetowej tylko do uzupełnienia artykułów tekstowych on-line. Tak zadane pytanie stanowi część szerszego problemu dotyczącego traktowania wydzielonych „sekcji" jako usług podlegających regulacji i realizacji w praktyce zawartego w dyrektywie AUM wyłączenia dotyczącego elektronicznych wersji gazet i czasopism[9]. Odpowiedź na to pytanie jest istotna tak-

[6] Konsultacje w sprawie dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych „Ramy dla mediów w XXI wieku", prowadzone od 05.07–30.09.2015 r.

[7] K. Jakubowicz (2013). Do we know a medium when we see one?. W: M.E. Price, S.G. Verhulst, L. Morgan (eds.), *Routledge Handbook of Media Law* (s. 447). London: Routledge.

[8] Wniosek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego złożony przez *Verwaltungsgerichsthof,* sprawa C-347/14 *New Media Online* GmbH.

[9] Motyw 28 preambuły dyrektywy AUM, zob. również: I. Katsirea (2015). Electronic press: 'Press-like' or 'television-like'. *International Journal of Law and Information Technology*, *23*, 134–156, s. 138.

że z punktu widzenia wykładni polskiej ustawy, w której zawarto wyłączenie zastosowania urt do elektronicznych wersji dzienników i czasopism oraz prasy udostępnianej w systemie teleinformatycznym, pod warunkiem że nie składają się one w przeważającej części z audycji audiowizualnych[10]. Wyłączeniu zastosowania urt służy zatem wskazanie na podstawowy cel usługi w postaci dostarczania audycji, jeśli jednocześnie stanowią one przeważającą część usługi. Dodano zatem kryterium o charakterze ilościowym. Rzecznik Generalny, M. Szpunar, w swojej opinii zaproponował Trybunałowi odpowiedź, iż w świetle definicji z art. 1 ust. 1 lit. a) ppkt i) dyrektywy AUM ani strona internetowa gazety codziennej, ani żadna część tej strony internetowej nie stanowi audiowizualnej usługi medialnej, wychodząc m.in. z założenia, że celem dyrektywy AUM jest objęcie tylko tych usług, które stanowią bezpośrednią konkurencję dla telewizji, „to znaczy oferujących te same treści w postaci nielinearnej"[11]. Organy regulacyjne w państwach członkowskich, w których omawiany problem wystąpił stosowały dotąd pogłębioną i szczegółową analizę w celu ustalenia nie tylko jaki jest podstawowy cel usługi, lecz także czy można mówić o wystarczającym stopniu „porównywalności" udostępnianych audycji z formą i treścią rozpowszechniania telewizyjnego[12]. Nie wiadomo jeszcze, jaką wykładnię przedstawi TS, natomiast należy zwrócić uwagę, że w urt nie przyjęto kryterium „porównywalności", wynikającego nie z preambuły, ale z definicji audycji w art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy AUM, wskazując w uzasadnieniu do projektu nowelizacji z 2011 r., że jest to sformułowanie mało precyzyjne[13]. Nacisk położono więc na aspekt formalny, fakt bycia „odrębną całością" w katalogu, bez akcentowania kwestii „porównywalności". W związku z wyodrębnianiem tych internetowych usług, które zostały określone w Wielkiej Brytanii jako „usługi programów na żądanie" (*on-demand programme service*), wskazuje się na takie elementy, jak: czas trwania, sposób opracowania materiału audiowizualnego oraz tematyka, pod kątem wyrażonego w dyrektywie AUM założenia, że chodzi o regulację usług „podobnych to telewizji"[14]. W Polsce tego typu rozważania można prowadzić albo w zakresie zadań „radiofonii i telewizji", albo wskazanego „medialnego" charakteru regulowanych usług, przy czym nie ma wyraźnego odniesienia do „podobieństwa" do telewizji. Potencjalnie nie tylko rodzi to problem rozróżnienia audiowizualnych usług medialnych od elektronicznych wersji dzienników i czasopism, ale wyodrębnienia usług regulowanych spośród wielu form rozpowszechniania treści audiowizualnych w Internecie.

Jeśli chodzi o podkreślony w dyrektywie AUM i w opinii rzecznika generalnego M. Szpunara aspekt konkurowania z usługami telewizyjnymi, łączna analiza definicji wskazujących na zakres zastosowania urt w odniesieniu do usług na żądanie, prowadzi do wniosku, że nacisk położono na fakt „prowadzenia działalności gospodarczej". Dostawcą usługi (podobnie jak nadawcą) może być tylko osoba fizyczna, osoba prawna i osobowa spółka handlowa, a audiowizualną usługą medialną może być tylko usługa świadczona w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. W związku z tym sięga się do pojęcia „działalności gospodarczej" w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, i pojęcia „przedsiębiorcy" jako podmiotu prowadzącego taką działalność[15]. Oznacza to koncentrację na zorganizowanej i świadczonej w sposób ciągły działalności

[10] Art. 2 ust. 2 pkt 6 urt.

[11] Pkt 52 opinii rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie C-347/14 New Media Online GmbH, z 01.07.2015 r.

[12] I. Katsirea porównuje w tym zakresie podejście regulatora brytyjskiego Ofcom w sprawie sekcji wideo na stronie dziennika „The Sun", oraz podejście austriackie w sprawie *Tiroler Tageszeitung Online*, *Electronic press: 'Press-like' or 'television-like'…*, s.144 i n.

[13] Uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji z 17.01.2011r., druk sejmowy nr 3812, s. 13.

[14] *ATVOD Guidance on who needs to notify? Application and Scope of the Regulations for Video On Demand (VOD) services.* ed. 4.1., February 2014, s. 8.

[15] S. Piątek (2014). W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz.* Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 43.

zarobkowej, nastawionej na zysk. Na pierwszy plan wysuwa się zatem aspekt ekonomiczny, gdyż tylko podmioty działające w ten sposób objęte są zakresem obowiązków wynikających z urt. Na drugim planie pozostaje „perswazyjny" charakter mediów jako uzasadnienie ich regulacji. Można powiedzieć, że oba elementy mają znaczenie w tym sensie, że tylko działalność gospodarcza i jednocześnie „medialna" jest objęta zakresem zastosowania urt. Jednak wydaje się, że z ustawy o radiofonii i telewizji nie wynikają bliższe wskazówki co do „medialnego" charakteru usług oraz ich wpływu na kształtowanie opinii publicznej. W świecie Internetu nietrudno o przekaz, również audiowizualny, adresowany do ogółu odbiorców, którego celem jest informowanie, rozrywka lub edukacja. Z jednej strony ustawodawca uniknął w ten sposób zarzutów o zbyt szeroki zakres zastosowania ustawy, obejmujący dużą grupę tak zwanych „użytkowników" sieci Web 2.0, z drugiej – położenie akcentu na gospodarczy charakter usługi nie rozwiązuje problemu zakresu ustawodawstwa medialnego. Warto też zauważyć, że dyrektywa AUM odwołuje się do pojęcia „usługi" w rozumieniu traktatu jako działalności świadczonej zwykle za wynagrodzeniem, a pojęcie to interpretuje się szeroko. Szeroka interpretacja jest podyktowana dążeniem do zapewnienia jak najszerszego zastosowania swobody przepływu usług, co służyć ma również realizacji swobody wypowiedzi. W ustawodawstwie krajowym można dostrzec inną perspektywę – nałożenie na zbyt szeroki krąg podmiotów obowiązków w zakresie treści przekazu, może być trudne do pogodzenia z wolnością wyrażania opinii jako fundamentalną, konstytucyjną zasadą.

III. Ochrona małoletnich

Zgodnie z dyrektywą AUM, w prawie polskim przyjęto, że nie wszystkie regulacje dotyczące rozpowszechniania telewizyjnego stosują się do audiowizualnych usług medialnych na żądanie. W dodanym w rozdziale 6a urt wprowadzono zarówno postanowienia znajdujące zastosowanie wyłącznie do audiowizualnych usług na żądanie, jak i odesłania do odpowiedniego stosowania niektórych przepisów dotyczących nadawania handlowych przekazów audiowizualnych (art. 47k urt). Mimo zasadniczo analogicznej treści obowiązku, przy zastosowaniu innej siatki pojęciowej wprowadzono odrębną regulację dotyczącą obowiązku informacyjnego dostawców usług na żądanie, lokowania produktu i sponsorowania (art. 47c i d urt).

W art. 12 dyrektywy AUM nałożono na państwa obowiązek przyjęcia środków implementujących, które zapewnią, że usługi na żądanie będą udostępniane tylko w sposób uniemożliwiający małoletnim, w normalnych okolicznościach, słuchanie czy oglądanie przekazów, które mogą poważnie zaszkodzić ich rozwojowi. W prawie polskim został on zinterpretowany jako obowiązek stosowania zabezpieczeń technicznych lub innych odpowiednich środków zabezpieczających przed odbiorem przez małoletnich (art. 47e urt). Ochrona przed odbiorem musi w praktyce oznaczać ochronę przed dostępem małoletnich do audycji lub innych przekazów, o których mowa w art. 18 ust. 4 urt i których rozpowszechnianie jest zakazane[16].

Pojęcie zabezpieczeń technicznych lub innych odpowiednich środków nie zostało w urt zdefiniowane. Zgodnie z art. 47e ust. 3 KRRiT ma możliwość, w porozumieniu z ministrem do spraw cyfryzacji, wydania rozporządzenia, w którym określone zostaną szczegółowe warunki, jakim muszą odpowiadać zabezpieczenia techniczne lub inne środki. Rozporządzenia takiego nie wydano. S. Piątek wskazuje, że kwestia warunków, jakim powinny odpowiadać zabezpieczenia

[16] Ibidem, s. 463.

techniczne może być przedmiotem samoregulacji dostawców usług[17]. W uzasadnieniu do projektu ustawy wyrażono założenie, że rozporządzenie powinno być wydane, jeśli samoregulacja okaże się niedostateczna[18]. Zgodnie z dyrektywą AUM, państwa członkowskie powinny popierać systemy samoregulacji lub współregulacji na szczeblu krajowym w dziedzinach, które podlegają koordynacji[19]. Również urt zobowiązuje KRRiT do inicjowania, wspierania i promowania kodeksów dobrych praktyk, które mogą być tworzone przez dostawców usług medialnych, w szczególności w wymienionych obszarach, do których zaliczono realizację obowiązków wynikających z art. 47e urt[20]. W ramach współpracy KRRiT i Związku Pracodawców Branży Internetowej przyjęto Kodeks dobrych praktyk VOD w zakresie ochrony małoletnich (dalej: Kodeks)[21]. Udostępnianie tzw. treści nieodpowiednich, zdefiniowanych w Kodeksie poprzez odwołanie do art. 18 ust. 4 urt, może mieć miejsce tylko przy zastosowaniu systemów umożliwiających weryfikację pełnoletności usługobiorcy przez podanie danych karty kredytowej w celu np. sprawdzenia jej ważności, preautoryzacji lub tymczasowego zablokowania symbolicznej kwoty lub przez uiszczenie płatności za pomocą karty kredytowej, bankowego przelewu elektronicznego lub innego równoważnego rozwiązania, np. PayPal, lub innych, o których należy powiadomić IAB Polska[22]. Przeciwko uznaniu, że takie rozwiązanie jest wystarczające, a przyjęcie kodeksu dobrych praktyk oznacza, że nie ma konieczności wydania rozporządzenia na podstawie art. 47e ust. 3, przemawia argument, że samoregulacja nie może być środkiem implementacji, ponieważ nie jest działaniem władz publicznych. Nie ustanowiono kontroli KRRiT ani żadnego łącznika pomiędzy nadzorem KRRiT a działaniami dostawców w tym zakresie. Przystąpienie do kodeksu jest dobrowolne i jak dotąd jest 7 sygnatariuszy, wobec kilkudziesięciu podmiotów, które skorzystały z opcji logowania na platformie utworzonej przez KRRiT, dla podmiotów identyfikujących się jako dostawcy VOD[23]. Już na etapie projektu wskazywano na kilkadziesiąt do kilkuset stron internetowych o charakterze pornograficznym, prawdopodobnie świadczonych przez podmioty polskie[24]. Ponadto stosowanie zabezpieczeń technicznych rodzi podstawowe wątpliwości co do skuteczności takich środków, ich adekwatności w stosunku do wolności wyrażania opinii i otrzymywania informacji, na co zwraca się uwagę w dyrektywie AUM[25]. Właściwe wyważenie, jakie środki można uznać za odpowiednie i które z nich obligatoryjnie powinni stosować dostawcy jest zadaniem trudnym, i wydaje się, że powinno być realizowane przez organy państwowe. Obowiązki takie muszą być narzucone wszystkim. KRRiT, zgodnie ze stanowiskiem Komisji, zapowiedziała określenie warunków technicznych dla zabezpieczeń lub innych środków w rozporządzeniu[26].

17 Ibidem, s. 464.

18 Projekt nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji wraz z uzasadnieniem, z 05.09.2012 r., druk sejmowy nr 693, s.13.

19 Art. 3 ust. ust. 7 dyrektywy AUM.

20 Art. 3a ust. 1 i 2 urt.

21 Kodeks dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie, z 26.06.2014 r., przyjęty przez Zarząd IAB Polska 26.06.2014 r. i przekazany KRRiT 13.10.2014 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/dla-abonentow-i-konsumentow/ochrona-maloletnich/aktualnosci-o-ochronie-maloletnich/news,1667,ochrona-maloletnich-w-internecie--kodeks-dobrych-praktyk.html.

22 Art. 3 *Kodeksu dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie*.

23 http://www.krrit.gov.pl/dla-nadawcow-i-operatorow/audiowizualne-uslugi-medialne-na-zadanie/platforma-do-logowania-dla-dostawcow-uslug-na-zadanie/.

24 Projekt nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji wraz z uzasadnieniem, z 05.09.2012 r., druk sejmowy nr 693, s. 22.

25 Motyw 60 preambuły dyrektywy AUM.

26 Departament Strategii Biura KRRiT, *Strategia regulacyjna KRRiT na lata 2014-2016*, s. 59. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/sprawozdania/strategia.pdf (18.09.2015).

Stosowanie zabezpieczeń i środków chroniących przed dostępem małoletnich do audycji i innych przekazów[27] dotyczy takich samych treści, jak określone w art. 18 ust. 4 urt. Wymienia się wśród nich przykładowo treści pornograficzne i w sposób nieuzasadniony eksponujące przemoc. Punktem wyjścia jest zatem wspólna kwalifikacja treści zagrażających małoletnim w programach i usługach na żądanie, przy czym inne są dotyczące ich ograniczenia. Pewnym problemem jest bliższe określenie, o jakie treści chodzi. W zakresie pornografii odwołuje się do rozumienia tego pojęcia w prawie karnym[28], gdzie na gruncie różnych teorii na uwagę zasługuje przedmiotowo-podmiotowe ujęcie pornografii, w którym istotny jest zarówno element ukazania czynności seksualnych człowieka lub organów płciowych w ich funkcjach seksualnych, w taki sposób, że seksualność jest odhumanizowana, sprowadzona do strony czysto technicznej i jako element dążenia autora do pobudzenia seksualnego odbiorcy[29]. Pojęcie scen w sposób nieuzasadniony eksponujących przemoc objaśnia się w doktrynie poprzez odwołanie nie tylko do prawa Unii, gdzie wyrażenia te zasadniczo pozostawia się do wypełnienia treścią przez państwa członkowskie, ale także do wyjaśnień do europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej i wykładni Trybunału EFTA[30]. Z dostępnego orzecznictwa sądów polskich dotyczącego art. 18 urt nie wynikają bliższe wskazówki dla rozumienia zakresu treści określonych w art. 18 ust. 4 urt. Nawet jeśli pewna, zgodna z założeniami urt praktyka wykształciła się co do nadawców, aktualnie potrzebna jest świadomość co do kwalifikacji treści w ramach szerokiego kręgu podmiotów udostępniających usługi na żądanie.

Zagadnienie kwalifikacji treści powinno być traktowane szerzej. Zgodnie z art. 47e ust. 2 urt na dostawców usług na żądanie nałożono, wykraczający poza minimum wymagane dyrektywą AUM, obowiązek odpowiedniego kwalifikowania i oznaczania audycji i innych przekazów, w taki sposób by odbiorca mógł się z nimi zapoznać w chwili dokonywania wyboru audycji i w czasie jej trwania. Wydanie rozporządzenia przez KRRiT, określającego cechy oraz szczegółowe warunki oznaczania i kwalifikowania audycji i innych przekazów jest w tym wypadku obligatoryjne, zgodnie z art. 47e ust. 4 urt. Nie jest jasne czy obowiązek ten dotyczy jedynie tych treści, które są udostępniane bez zabezpieczeń przed dostępem czy wszystkich audycji i przekazów w ramach usługi. Kwestia ta jest dość istotna. Zgodnie z art. 47e ust. 4 KRRiT wydała rozporządzenie[31], którego tytuł wskazuje na szeroki zakres zastosowania, skoro precyzuje ono zasady ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach na żądanie. W rozporządzeniu wskazano, że określa cechy i szczegółowe warunki kwalifikowania oraz oznaczania audycji i innych przekazów. W § 2 rozporządzenia wskazano, że obowiązek dostarczającego usługę dotyczy „publicznie udostępnianych audycji i przekazów", określając w załączniku kryteria przyporządkowania audycji do określonych kategorii wiekowych, w tym, m.in. kategorię „od lat 18". Wskazano w niej na audycje lub inne przekazy zawierające seks, zwłaszcza prezentowany w oderwaniu od emocjonalnych potrzeb człowieka, bezzasadną przemoc, audycje promujące jednoznacznie wadliwe zachowania wobec innych ludzi, nagradzanie przejawów społecznej patologii, prezentowanie pozornie atrakcyjnych postaci postępujących nagannie moralnie wobec innych ludzi, bez oceny niewłaściwości postępowania

[27] Na temat rozumienia pojęcia „inne przekazy" zob. S. Piątek (2014). W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii…*, s. 463.

[28] K. Wojciechowski (2014). *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz.* Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 223.

[29] M. Budyn-Kulik i M. Kulik (2013). W: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny. Część szczególna* (t. I). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 697.

[30] K. Wojciechowski (2014). *Ustawa o radiofonii i telewizji…*, s. 224.

[31] Rozporządzenie KRRiT z 05.02.2013 r., w sprawie szczegółowych zasad dotyczących ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach na żądanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 209).

takich osób. Kwalifikacja audycji do powyższej kategorii jest częściowo zbieżna z kwalifikacją audycji dozwolonych w godzinach 23–6 w usługach linearnych[32]. Zadeklarowano, że w art. 47e ust. 2 przewidziano rozwiązanie analogiczne do stosowanego do audycji rozpowszechnianych w programach telewizyjnych, wynikającego z art. 18 ust. 5–5b[33]. Rozporządzenie wydane na podstawie art.18 ust. 6 dotyczy kwalifikacji i oznaczania audycji, które mogą mieć negatywny wpływ na rozwój małoletnich, ale których rozpowszechnianie jest dozwolone. W przypadku usług na żądanie, zakres zastosowania rozporządzenia nie jest w pełni jasny.

W art. 47e ust. 4 wskazano, że wydając rozporządzenie, KRRiT bierze pod uwagę stopień szkodliwości audycji (przekazu) i specyfikę audiowizualnych usług medialnych. Podkreślaną w dyrektywie AUM specyfiką usług na żądanie jest możliwość wyboru konkretnej audycji i czasu jej emisji przez odbiorcę, a w związku z tym większa kontrola, jaką sprawuje on nad przekazem. To uzasadnia do pewnego stopnia różnicowanie obowiązków nałożonych na dostawców usług linearnych i nielinearnych. W rozporządzeniu dotyczącym usług na żądanie określono inne kategorie wiekowe, bez kategorii „od lat 7". Inaczej sformułowano zawarte w załączniku wskazówki co do kwalifikacji, choć w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia wskazano, że są to kryteria „przykładowe"[34]. Podstawowa różnica pomiędzy załącznikami do rozporządzeń dotyczących usług linearnych i nielinearnych, określającymi kryteria kwalifikowania audycji, polega na tym, że przy określaniu kategorii, np. „od lat 12", wskazano na przekazy, których **nie powinni oglądać** małoletni poniżej **12 roku życia**, natomiast w przypadku usług nielinearnych, w kategorii „od lat 12", wskazano na przekazy, których **nie powinni oglądać** małoletni poniżej **16 roku życia**. Można stąd wywnioskować, że w pierwszym przypadku opisano audycje, których nie można w danej kategorii umieścić, a w drugim, które można umieścić z oznaczeniem od 12 lat. Jest to inne podejście, przy zasadniczo analogicznych kryteriach kwalifikacji, poza innym określeniem kryteriów dla audycji nieodpowiednich poniżej 18 roku życia. W uzasadnieniu projektu zmiany ustawy o radiofonii i telewizji podkreślano, że obowiązki dla świadczących usługi na żądanie będą uproszczone w tym sensie, że audycje w większości były już kwalifikowane jako audycje telewizyjne[35]. Wydanie odrębnego rozporządzenia wraz z załącznikiem określającym kryteria kwalifikowania do danej kategorii podyktowane jest innymi obowiązkami, np. związanymi z emisją audycji i przekazów „od lat 18", oraz rezygnacją z oznaczania kategorii „od lat 7" w usługach nielinearnych. Pozostaje pytanie: czy zastosowany zabieg redakcyjny, jeśli chodzi o opis kategorii, jest sensowny i czy służy czytelnemu określeniu obowiązków dostawców usług na żądanie.

IV. Promocja utworów europejskich

Postanowienia dotyczące promocji utworów europejskich, wiązane z ochroną europejskiej różnorodności kulturowej, mają służyć rozwojowi europejskiego sektora produkcji audiowizualnych i poprawiać jego konkurencyjność w wymiarze globalnym. Jeszcze w trakcie debaty nad zmianami w dyrektywie o telewizji bez granic, do Trybunału Sprawiedliwości wpłynęło pytanie o zakres usług

[32] Rozporządzenie KRRiT z 23.06.2005 r. w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 311).

[33] Projekt nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji wraz z uzasadnieniem, z 05.09.2012 r., druk sejmowy nr 693, s.14.

[34] Uzasadnienie projektu rozporządzenia w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie, s. 1. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/news,899,zakonczone-konsultacje-rozporzadzenia-w-sprawie-ochrony-maloletnich-w-uslugach-vod.html.

[35] Projekt nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji wraz z uzasadnieniem, z 05.09.2012 r., druk sejmowy nr 693, s.14.

objętych dawną dyrektywą o telewizji bez granic, właśnie w kontekście obowiązków związanych z promocją utworów europejskich[36]. Szacując bilans „zysków i strat", oceniając potencjalny wpływ regulacji, Komisja wskazywała, że z jednej strony świadczący usługi linearne przestaną odczuwać skutki przewagi konkurencyjnej ze strony dostawców usług nielinearnych, a tym ostatnim z kolei nałożone obowiązki mogą utrudniać prowadzenie działalności. Jednak ryzyko takie jest minimalne w związku z naturą tych obowiązków, wynikającą z przewidywanej klauzuli „w granicach możliwości i w stosowny sposób"[37]. Zgodnie z art. 13 dyrektywy AUM, obowiązkiem państw członkowskich jest zapewnienie, aby dzięki audiowizualnym usługom medialnym na żądanie promowane były – w granicach możliwości i w stosowny sposób – produkcja utworów europejskich i dostęp do nich. Można przypomnieć, że jeśli chodzi o usługi linearne, obowiązki te są wyrażone w postaci tzw. kwot programowych, co odzwierciedla art. 15 urt. W wypadku usług na żądanie nie przewidziano obowiązku realizacji żadnych kwot dotyczących utworów europejskich, natomiast w dalszej części przepisu wskazano, że obowiązek promocji może być realizowany na przykład poprzez udział finansowy w produkcji utworów europejskich, nabywanie praw do ich rozpowszechniania, udostępnianie lub eksponowanie utworów europejskich w katalogach. Z preambuły dyrektywy AUM płyną dalsze wskazówki, że może to być np. zapewnienie minimalnego udziału utworów europejskich w katalogu czy ich prezentowanie w atrakcyjny sposób, np. w elektronicznych przewodnikach po programach. Podkreśla się przy tym, że audiowizualne usługi medialne na żądanie mogą w przyszłości częściowo zastąpić usługi telewizyjne, co można traktować jako podstawowe uzasadnienie dla ich regulacji[38]. Stąd można też wyprowadzać wniosek, że nałożenie tych obowiązków jest sensowne w przypadku takich usług, które mają potencjał do zastąpienia – choćby częściowego – usług telewizyjnych, co znów będzie niezwykle trudne do oceny. Sposób realizacji obowiązków wynikających z art. 13 dyrektywy AUM w dość dużym zakresie zależy zatem od państwa członkowskiego. Zasadniczo to ono powinno oceniać „granice możliwości i stosowny sposób" oraz dokonać wyboru spośród sugerowanych środków. Znaczenie gospodarcze, w sensie wzmacniania sektora produkcji unijnej oraz kontrowersje wokół art. 13 i charakter tego przepisu uzasadniają szczególną uwagę, jaką się przywiązuje do realizacji określonych w nim obowiązków. Dyrektywa przewiduje odrębne monitorowanie tych obowiązków przez Komisję i składanie specjalnych sprawozdań. W pierwszym złożonym sprawozdaniu brakuje jasnych konkluzji, gdyż Komisja nie uzyskała jeszcze informacji o pełnej implementacji od państw członkowskich, w tym z Polski[39]. Państwa członkowskie przyjmują różne podejście do klauzuli „w granicach możliwości i w stosowny sposób", niektóre powtarzają ją w ustawodawstwie krajowym, a inne wprowadzają szczegółowe obowiązki[40].

Ustawodawca polski zdecydował się skorzystać w dość szerokim zakresie z wachlarza rozwiązań dotyczących implementacji obowiązku promocji utworów europejskich. Nie wprowadzono

[36] Pkt 14 wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 02.06.2005 r., w sprawie C-89/04, *Mediakabel BV* przeciwko *Commissariaat voor de Media*, Zb.Orz. 2005, I-04891.

[37] Commission Staff Working Document. Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Council Directive 89/552/EEC, Impact Assesment – Draft Audiovisual Media Services Directive. COM (2005) 646 final, s. 34.

[38] Motyw 69 preambuły.

[39] Pierwsze sprawozdanie w sprawie stosowania art. 13, 16 i 17 dyrektywy 2010/13/UE w latach 2009–2010. Promowanie utworów europejskich w unijnych audiowizualnych usługach medialnych dostępnych w stałym programie i na żądanie, COM/2012/0522 final, s. 7.

[40] D. Graham, F. El-Husseini, O. Cousi, A. Entraygues, A. Dupont, B. Tessier Huort, G. Gangemi, A. de Gromard, S. MacGuire, T. Vimmerslev, D. Gray i G. Zaninetti (2011). *Study on the implementation of the Audiovisual Media Services Directive concerning the promotion of European works in the audiovisual media services.* Pozyskano z: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/art_13/final_report_20111214.pdf, s. 62.

wymogu tzw. kwot inwestycyjnych, co było proponowane w pierwszej wersji nowelizacji dotyczącej usług na żądanie[41]. W art. 47f urt wskazano na pierwszym miejscu, że podmioty dostarczające audiowizualne usługi medialne na żądanie mają obowiązek promowania audycji europejskich, w tym wytworzonych pierwotnie w języku polskim i wskazano przykładowe sposoby jego realizacji. Dostawcy usług mogą oznaczyć pochodzenie audycji i umożliwić wyszukiwanie audycji europejskich lub umieszczać materiały albo informacje promujące audycje europejskie, przy czym muszą realizować obowiązek promocji, korzystając przynajmniej z jednego ze wskazanych sposobów[42]. W art. 47f ust. 2 zawarto obowiązek zapewnienia, aby przynajmniej 20% zawartości katalogu, obliczanej zgodnie z ust. 3, stanowiły audycje europejskie, w tym wytworzone w języku polskim oraz ich eksponowania w katalogu. Postanowienie to jest kluczowe, gdyż w zasadzie odpowiednie oznaczanie pochodzenia audycji będzie miało sens pod warunkiem, że te audycje znajdują się w katalogu. Obowiązek promocji poprzez zamieszczanie informacji, formalnie nie musi dotyczyć audycji umieszczonych w katalogu konkretnego dostawcy. Teoretycznie mogłoby to oznaczać ponoszenie nakładów na promocję również innych audycji europejskich, ale w związku z istnieniem określonego minimum audycji europejskich, które muszą być udostępniane w ramach usługi, można się spodziewać realizacji obowiązku promocji w odniesieniu do oferty danej usługi.

Obowiązek „eksponowania", jako nowy obowiązek przewidziany dyrektywą AUM, rodzi pewne problemy co do jego zakresu. Eksponowanie, jak to wynika również z polskiej ustawy, dotyczy katalogu[43]. Polski ustawodawca nie zawarł bardziej precyzyjnych wskazówek, np. czy chodzi o wyeksponowanie informacji o danej audycji na stronie startowej. Dodatkowo wydaje się, że środki promocyjne, o jakich mowa w ust. 1 przyczyniają się również do eksponowania danej audycji w katalogu. S. Piątek wyjaśnia, że „eksponowanie" może wiązać się z pozycjonowaniem audycji w katalogu, określonym układzie audycji czy wyróżnieniu graficznym, które ogólnie służą wyróżnieniu audycji europejskich spośród innych[44]. Ze względu na to, że na dostawców usług na żądanie nałożono szereg obowiązków, wyszczególnienie obowiązków w zakresie „eksponowania" w ustawie wprowadzałoby nadmierne ograniczenia w kształtowaniu usługi. Takie ograniczenia już i tak istnieją, gdyż niezależnie od profilu usługi i tematyki, jej dostawcy są zobowiązani do wyróżnienia i promocji audycji europejskich. Nie ma gwarancji, że w każdym przypadku warunek taki będzie łatwy do spełnienia, szczególnie jeśli chodzi o usługi wyspecjalizowane. Przykładowo, gdyby w ramach usługi oferowano wyłącznie westerny, oferta mogłaby być ograniczona. Ustawodawca, mimo istniejącej możliwości, nie wziął pod uwagę takich wyspecjalizowanych usług, poza wyjątkiem, kiedy w ramach usługi w ogóle nie ma audycji europejskich, np. oferujących australijskie seriale lub tzw. kino bollywood. W takim wypadku, zgodnie z art. 47f ust. 4 nie stosuje się ust. 2, czyli nie trzeba zapewnić minimalnego udziału audycji europejskich ani ich eksponować. Nadal natomiast zastosowanie znajduje art. 47f ust. 1[45], ale wówczas możliwy do realizacji jest jedynie obowiązek wynikający z art. 47f ust. 1 pkt 2, jeśli przyjąć, że chodzi o jakąkolwiek działalność pro-

[41] Pierwotnie proponowany art. 20e, druk sejmowy nr 3812.

[42] S. Piątek (2014). W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii*…, s. 466.

[43] Ibidem, s. 467.

[44] Ibidem.

[45] S. Piątek uważa, że obowiązki wynikające z art. 47f ust. 1 są w takim wypadku bezprzedmiotowe. Zob. S. Piątek (2014). W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii…*, s.468.

mocyjną dostawcy. Można rozumieć, że w tym wypadku wymaga się zaangażowania w promocję innych audycji np. filmów niż związane z usługą dostawcy.

Zastosowanie się do zaleceń ustawodawcy unijnego, aby wprowadzać obowiązki w granicach możliwości i w stosowny sposób, przejawiać się powinno w zakresie nałożonych obowiązków. W polskiej ustawie istnieje znaczna różnica pomiędzy licznymi obowiązkami tych podmiotów, które w ogóle oferują jakiekolwiek audycje europejskie a sytuacją podmiotów, które nie oferują żadnych. Zdecydowano się na ustanowienie obowiązków zbliżonych do tych, które są nałożone na nadawców w tym sensie, że określono „kwotę" audycji europejskich w katalogu. Co ciekawe, z dokumentu roboczego towarzyszącego pierwszemu sprawozdaniu Komisji ze stosowania m.in. art. 13 dyrektywy AUM wynika, że za środki służące „eksponowaniu" utworów europejskich uznaje się np. oznaczanie pochodzenia, funkcję wyszukiwania, informacje na stronie startowej, zwiastuny, akcje promocyjne. Natomiast w urt rozdzielono bezwzględny obowiązek „eksponowania w katalogu" od innych środków promocji, spośród których dostawca może dokonywać wyboru. Nie jest przy tym do końca jasne czy usługodawca musi ustanowić techniczną możliwość wyszukiwania audycji z uwagi na pochodzenie, tzn. umożliwić wyszukiwanie filmów „polskich", „niemieckich" itd. Czy też może jedynie zaproponować ogólne sekcje, jak np. kino europejskie. Interpretacja obowiązków wynikających z ustawy w sposób liberalny, dający więcej swobody dostawcy, jest uzasadniona po pierwsze ogólną wskazówką, aby nie nakładać zbyt daleko idących obowiązków, a po drugie zachęcaniem do sięgania po takie instrumenty, które rzeczywiście zachęcą widzów do wyboru konkretnych pozycji, co niekoniecznie zapewnia funkcja wyszukiwania. Ustalono zatem dość szczegółowe reguły, co nie musi być korzystne, ze względu na ograniczanie swobody dostawców usług, w sytuacji gdy np. jednym z kierunków zmian jest dalsze „personalizowanie" usług, czyli taka aranżacja oferty, która maksymalnie uwzględnia się preferencje indywidualnego widza.

W związku ze szczególnym obowiązkiem zbierania danych na temat stosowania przepisów implementujących art. 13 dyrektywy AUM, KRRiT opublikowała raport dotyczący udziału audycji produkcji europejskiej w usługach na żądanie, na podstawie danych od 10 największych dostawców internetowych podlegających polskiej regulacji[46]. Z raportu wynika, że udział audycji europejskich, w tym koprodukcji, jest w pełni satysfakcjonujący. Ogółem audycje europejskie stanowiły 61% całej zbadanej oferty[47]. W badanym zakresie zapewnienie minimalnego udziału wynikającego z art. 47f ust. 2 nie stanowiło dla usługodawców problemu. Raport nie daje jednak podstaw do całościowej oceny omawianej regulacji. Potrzebna jest refleksja dotycząca łącznie wszystkich środków promocji, z uwzględnieniem szerokiego kręgu dostawców. W stosunku do ogólnego zakresu usług na żądanie objętych regulacją, obowiązki wynikające z art. 47f zostały ograniczone, po pierwsze, w stosunku do tych, którzy nie udostępniają w ogóle audycji europejskich, a po drugie, zgodnie ze stanowiskiem Komisji[48], do tych, którzy udostępniają wyłącznie przekazy informacyjne, sportowe, handlowe przekazy audiowizualne, telesprzedaż czy teleturnieje, co stanowi konsekwencję wyłączenia takich audycji z europejskich kwot programowych.

[46] Raport Departamentu Monitoringu KRRiT: *Udział produkcji europejskiej w usługach na żądanie ze szczególnym uwzględnieniem polskiej produkcji filmowej,* listopad 2013, Warszawa. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/dla-nadawcow-i-operatorow/audiowizualne-uslugi-medialne-na-zadanie/aktualnosci-dla-dostawcow-aum-na-zadanie/news,1490,udzial-produkcji-europejskiej-w-vod--wyniki-monitoringu.html.

[47] Raport Departamentu Monitoringu KRRiT: *Udział produkcji europejskiej w usługach na żądanie…,* s. 5.

[48] Pierwsze sprawozdanie w sprawie stosowania art. 13, 16 i 17 dyrektywy 2010/13/UE…, s. 4.

V. Podsumowanie

W polskiej ustawie nie uzależniono zakresu zastosowania urt do usług na żądanie od kryterium „porównywalności", wskazując jedynie, że chodzi o „audycje audiowizualne". Część obowiązków nałożonych na dostawców usług na żądanie jest jednak porównywalna. W zakresie ochrony małoletnich dotyczy to obowiązku oznaczania audycji, ponieważ kwestia stosowania zabezpieczeń technicznych jest specyficzna dla usług dostępnych na żądanie. W kontekście promocji audycji europejskich, porównywalnym obowiązkiem jest konieczność zapewnienia minimalnej zawartości audycji europejskich w katalogu. Zgodnie ze wskazówkami płynącymi z dyrektywy AUM obowiązki te nie są identyczne i jeśli chodzi o tzw. kwoty znacznie niższe niż dla nadawców. W zakresie oznaczania zrezygnowano jedynie z konieczności oznaczania kategorii „od lat 7", w związku ze specyfiką usług na żądanie. Jeśli, w związku ze specyfiką usług na żądanie, zakłada się większą kontrolę rodziców nad korzystaniem z usług, to trzeba też pamiętać, że oznaczenia powinny służyć im przy podejmowaniu decyzji. Jednocześnie, stosowanie oznaczeń jest równoznaczne z kosztami i pewnymi utrudnieniami dla dostawców usług. Nie należy bagatelizować kwestii ochrony najmłodszych widzów, bardzo szybko rozwijających umiejętności korzystania z mediów. Przy rozwiązaniach, które z jednej strony nie są niezbędne z punktu widzenia implementacji, z drugiej zaś – są skomplikowane technicznie i kosztowne, można zastanowić się w szerszym zakresie nad stosowaniem samoregulacji.

Sięganie po rozwiązania z zakresu samoregulacji jest nowym rozwiązaniem, choć nie jest powiązane wyłącznie z usługami na żądanie. Realizacja zadań wynikających z dyrektywy AUM poprzez tworzenie kodeksów dobrych praktyk znalazła swoje podstawy w urt, natomiast nie jest w pełni satysfakcjonująca w zakresie usług na żądanie. W przypadkach, w których dyrektywa AUM zobowiązuje państwa do egzekwowania konkretnych obowiązków, właściwsze powinno być sięganie do współregulacji. Jednak jak na razie brak ku temu podstaw. Można też zauważyć, że jak dotąd inicjatywy samoregulacyjne podejmowane są dwutorowo: dla usług linearnych i nieliearnych. Ma to częściowe uzasadnienie w ustawie, jeśli inaczej sformułowane są obowiązki, np. w kontekście ochrony małoletnich czy w zakresie udogodnień dla osób z niepełnosprawnością sensoryczną[49]. Przykładowo, porozumienie w zakresie realizacji art. 16b ust. 3a[50], znajdującego zastosowanie również do usług na żądanie[51], zostało zawarte wyłącznie przez nadawców. Wydaje się, że korzystne powinno być stwarzanie warunków dla szerokiego podmiotowo zakresu samoregulacji. Ponadto, przy wykładni postanowień urt odnoszących się do usług na żądanie, obok niezbędnej oceny prawidłowości implementacji, warto pogłębić rozważania nad zakresem usług „medialnych" i stopniem „podobieństwa" do regulacji usług nadawczych.

[49] Porozumienie nadawców w sprawie udogodnień dla osób z niepełnosprawnością wzroku i dla osób z niepełnosprawnością słuchu, z 05.06.2013 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/Nadawcy/aktualnosci/porozumienie_nadawcow.pdf.

[50] Porozumienie nadawców telewizyjnych w sprawie zasad rozpowszechniania reklam i wskazań sponsorskich dotyczących artykułów spożywczych lub napojów zawierających składniki, których obecność w nadmiernych ilościach w codziennej diecie jest niewskazana, z 29.10.2014 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/ochrona_mal/porozumienie_2.pdf.

[51] Zgodnie z odesłaniem w art. 47k urt.

Bibliografia

Budyn-Kulik, M. i Kulik, M. (2013). Komentarz do art. 202. W: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny. Część szczególna*. t. I, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Graham, D., El-Husseini, F., Cousi, O., Entraygues, A., Dupont, A., Tessier, B., Gangemi, G., de Gromard, A., McGuire, S., Vimmerslev, Th., Gray, D. i Zaninetti, G. (2011). *Study on the implementation of the Audiovisual Media Services Directive concerning the promotion of European works in the audiovisual media services.* Pozyskano z: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/art_13/final_report_20111214.pdf (19.10.2015).

Jakubowicz, K. (2013). Do we know a medium when we see one? W: M.E. Price, S.G. Verhulst, L. Morgan, *Routledge Handbook of Media Law*. London: Routledge, s. 441–464.

Katsirea, I. (2015). Electronic press: 'Press-like' or 'television-like*. International Journal of Law and Information Technology*, *23*, s. 134–156.

Piątek, S. (2014). Komentarz do art. 4. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 30–48.

Wojciechowski, K. (2014). Komentarz do art. 18. W: S. Piątek, W. Dziomdziora, K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 213–230.

Stanisław Piątek*

Rozprowadzanie programów jako usługa telekomunikacyjna

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Orzecznicze podstawy zmiany kwalifikacji
III. Ocena charakteru usługi w świetle prawa Unii Europejskiej
IV. Ocena charakteru usługi w świetle prawa telekomunikacyjnego
V. Konsekwencje zmiany kwalifikacji prawnej usług rozprowadzania programów
1. Stosunki prawne z abonentami
2. Uprawnienia do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej
3. Opłata telekomunikacyjna i udział w koszcie świadczenia usługi powszechnej
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest skutkom uznania usługi rozprowadzania programów za usługę telekomunikacyjną, co nastąpiło w wyniku orzecznictwa sądowego i zmiany stanowiska regulatora rynku. Zmiana nastąpiła w celu zapewnienia abonentom takiej ochrony, jaka przysługuje użytkownikom usług telekomunikacyjnych, choć wbrew utrwalonej, literalnej wykładni przepisów unijnych i krajowych. Poza oczekiwanymi zmianami dotyczącymi relacji prawnych między dostawcą usług a abonentem, ujawniły się również nieoczekiwane skutki nowej interpretacji, dla których brak odpowiedniego uzasadnienia celowościowego. Artykuł analizuje uboczne skutki tych zmian, które wykraczały zasadniczy cel nowej interpretacji oraz proponuje rozwiązania powstałych problemów, w szczególności dotyczących opłaty telekomunikacyjnej oraz pokrywania kosztu usługi powszechnej.

Słowa kluczowe: wykładnia; rozprowadzanie programów; usługa telewizyjna; usługa telekomunikacyjna; opłata telekomunikacyjna; usługa powszechna.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

W roku 2014 nastąpiła znacząca zmiana kwalifikacji prawnej usług polegających na rozprowadzaniu programów telewizyjnych i radiowych do abonentów. Usługi te były od dawna świadczone w sieciach kablowych oraz drogą satelitarną, a od pewnego czasu również w innych sieciach przewodowych i radiowych. Już wcześniej za usługę telekomunikacyjną uznawano usługi transmisji programów realizowane przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na zamówienie

* Prof. dr hab. Stanisław Piątek – Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

nadawców tych programów albo innych podmiotów dysponujących prawami do tych programów (np. dostawców tzw. bukietów programowych). Usługa przedsiębiorcy telekomunikacyjnego była w tych przypadkach ograniczona do transmisji sygnału zawierającego program lub zestaw programów pomiędzy punktami wskazanymi przez dysponenta programu (np. dosył sygnału do nadajnika, emisja ze stacji naziemnej). Natomiast działalność polegająca na nabywaniu praw do udostępniania rozpowszechnionych wcześniej programów, przesyłaniu tych programów do odbiorców (widzów, słuchaczy), oferowanie ich w pakietach, za opłatą obejmującą zarówno czynności transmisyjne, jak i prawo do korzystania z zawartości programów, była uznawana za usługę innego rodzaju (usługę telewizyjną lub usługę telewizji kablowej), gdyż głównym przedmiotem świadczenia dostarczanego odbiorcom była zawartość programowa, a nie czynności transmisyjne.

Działalność telewizyjna jest przedmiotem odrębnych regulacji sektorowych dotyczących czynności transmisyjnych oraz zawartości programów. Świadczenie usług telekomunikacyjnych poddane zostało bardzo rygorystycznym przepisom chroniącym interesy ekonomiczne abonentów tych usług, zawartym w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt)[1]. Było to następstwem wdrożenia wymagań określonych przepisami dyrektyw Unii Europejskiej o łączności elektronicznej z 2002 r., w szczególności zaś dyrektywy 2002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usług łączności elektronicznej[2], której ochronne walory zostały bardzo wzmocnione w ramach nowelizacji dokonanej w roku 2009. Obecnie prawo telekomunikacyjne zawiera rozbudowane przepisy chroniące interesy abonentów przy zawieraniu i wykonywaniu umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w dziale III pn. Ochrona użytkowników końcowych i usługa powszechna. Ochrona abonentów usług telekomunikacyjnych dotyczy warunków zawierania umów i ich zmiany, warunków ustalania cen, rozpatrywania reklamacji i licznych obowiązków informacyjnych dostawców usług[3].

Regulacja programowych usług radiowych i telewizyjnych, zawarta w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (dalej: urt)[4],ma zasadniczo inny profil. Celem tych przepisów jest zapewnienie minimalnych standardów dotyczących zawartości przekazów radiowych i telewizyjnych w części zarówno programowej, jak i poświęconej tzw. przekazom handlowym, realizacja interesu publicznego w zakresie ochrony kultury i krajowej twórczości audiowizualnej, a także regulacja dostępu do prowadzenia działalności radiofonicznej i telewizyjnej poprzez system koncesjonowania i rejestracji niektórych rodzajów tej działalności. Przepisy te są skierowane głównie do nadawców tych programów, ponoszących tzw. odpowiedzialność redakcyjną, a tylko marginalnie do podmiotów dostarczających odpłatnie zestawy programów poprzez sieci telekomunikacyjne. Ustawa o radiofonii i telewizji reguluje działalność polegającą na rozprowadzaniu programów, zdefiniowaną w art. 4 pkt 8, ale tylko od strony uprawnień administracyjnych niezbędnych do jej prowadzenia. Ustawa nie zawiera przepisów dotyczących stosunków umownych z abonentami, którzy korzystają z płatnych usług rozprowadzania programów. Taki profil regulacji radiowo-telewi-

[1] Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

[2] Dz. Urz. WE L 108 z 24.04.2002 ze zm.

[3] Zob. całościową charakterystykę tych rozwiązań w: M. Rogalski (2014). *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.

[4] T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1531.

zyjnych jest pochodną treści głównego aktu prawa unijnego w tej dziedzinie, jakim jest dyrektywa 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych[5].

Zasadnicza różnica sposobu uregulowania warunków dostarczania usług radiowo-telewizyjnych i telekomunikacyjnych w zakresie ochrony interesów ekonomicznych użytkowników usług coraz bardziej kontrastowała z procesami integracji tych dwóch rodzajów usług. Konwergencja technologiczna spowodowała, iż programy radiofoniczne i telewizyjne oraz usługi telekomunikacyjne są dostarczane coraz częściej poprzez te same rodzaje sieci, z wykorzystaniem tych samych urządzeń odbiorczych. Usługi telewizyjne są włączane do pakietów usługowych obejmujących również telefonię i dostęp do Internetu, oferowanych abonentom przez tego samego usługodawcę w ramach jednej umowy. Łączenie usług telewizyjnych z usługami telekomunikacyjnymi przynosi wymierne korzyści zarówno dostawcom, jak i użytkownikom tych usług.

Działalność podmiotów dostarczających programy drogą telekomunikacyjną była objęta działaniami kontrolnymi i reglamentacyjnymi Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej tylko w zakresie wykonywania czynności telekomunikacyjnych związanych z dostarczeniem programu. Sprawa stosunków prawnych pomiędzy dostawcami pakietów programowych a odbiorcami programów pozostawała poza zakresem właściwości Prezesa UKE, który przyjmował, iż są one oparte na przepisach kodeksu cywilnego. Problem charakteru usługi rozprowadzania programów wcześniej pojawił się w działaniach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK), który w sprawach ochrony zbiorowych interesów konsumentów kwestionował zróżnicowany poziom ochrony tych interesów w świetle przepisów telekomunikacyjnych i radiowo-telewizyjnych, zmierzając do egzekwowania wymagań odnoszących się do usług telekomunikacyjnych również w stosunku do usługi telewizyjnej. Nie ulega wątpliwości, że problem zróżnicowanego poziomu ochrony przysługującej użytkownikom klasycznych usług telekomunikacyjnych oraz płatnych usług telewizyjnych stopniowo narastał.

II. Orzecznicze podstawy zmiany kwalifikacji

W komunikacie z dnia 6 marca 2014 r. Prezes UKE poinformował, że w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawie C-518/11 (*UPC Nederland BV* przeciwko *Gemeente Hilversum*) oraz wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 listopada 2013 r. (sygn. akt XVII AmA 5/12), usługa telewizji jest usługą telekomunikacyjną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. Zapowiedział, że do usługi telewizji świadczonej drogą kablową lub satelitarną będą stosowane przepisy prawa telekomunikacyjnego, w szczególności w zakresie zawierania lub zmiany warunków umowy oraz obowiązków informacyjnych względem użytkowników końcowych.

Bezpośrednią przyczyną stanowiska Prezesa UKE był zatem nowy kierunek orzecznictwa sądowego na poziomie krajowym i unijnym. Powołany w komunikacie Prezesa UKE wyrok SOKiK z dnia 8 listopada 2013 r., dotyczył decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, polegające na przekazaniu abonentom informacji o zmianie zawartości oferty programowej z naruszeniem przepisu art. 60a ust. 1 pkt 1 Pt, który wymaga przekazywania propozycji zmiany warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z wyprzedzeniem

[5] Dyrektywa 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), (Dz. U. L 95/1 z 15.4.2010).

co najmniej jednego miesiąca przed wprowadzeniem tych zmian w życie. Wstępnym warunkiem postawienia takiego zarzutu było uznanie usługi dostarczania programów telewizyjnych przez operatora sieci kablowej za usługę telekomunikacyjną, co stało się główną osią sporu rozpatrywanego przez SOKiK, a następnie Sąd Apelacyjny w Warszawie. Oczywistym obszarem tego sporu była definicja usługi telekomunikacyjnej w art. 2 pkt 48 Pt, zgodnie z którą usługa telekomunikacyjna oznacza usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. SOKiK uznał, iż działalność operatora telewizji kablowej jest działalnością polegającą na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. W ocenie SOKiK „świadczenie usług telewizji kablowej należy uznać za świadczenie usług telekomunikacyjnych, albowiem istotą świadczenia usług telekomunikacyjnych jest techniczny sposób udostępniania sygnału, a nie jego zawartość". SOKiK zakwestionował wcześniejsze stanowisko Prezesa UKE, przywołane w wyroku, iż „usługa polegająca na transmisji programów telewizyjnych w sieci telekomunikacyjnej jest usługą telekomunikacyjną, a zatem podlega regulacjom Pt, jednakże materia związana z dostępnością w ofercie określonych kanałów telewizyjnych, w kontekście ich zawartości i treści nie jest objęta regulacją Pt i tym samym usługi świadczonej w tym zakresie nie można zakwalifikować jako usługi telekomunikacyjnej". W ocenie SOKiK decydującym elementem przemawiającym za uznaniem usługi telewizyjnej za usługę telekomunikacyjną jest okoliczność, iż polega ona na transmisji sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, bez znaczenia jest natomiast treść tych sygnałów. Na niekorzyść przedsiębiorcy kwestionującego telekomunikacyjny charakter usługi przemawiało dodatkowo to, iż był on wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, umowa była oznaczona jako umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a regulamin usługi wskazywał, iż jest to regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Sąd Apelacyjny w Warszawie rozpatrujący apelację od wyroku SOKiK, w wyroku z dnia 16 grudnia 2014 r. (sygn. akt VI ACa 294/14) podtrzymał ustalenia SOKiK dotyczące charakteru prawnego usługi. Sąd podkreślił, że udostępnianie programów następuje poprzez przesyłanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Nie ma zatem uzasadnienia dla wyodrębniania usługi telewizji kablowej jako innej samodzielnej, niezależnej i niezwiązanej z przesyłaniem sygnału za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. Świadczenie usług w postaci udostępniania programów telewizyjnych w pakietach telewizji kablowej sąd uznał za świadczenie usług telekomunikacyjnych bez względu na rodzaj przekazywanej treści. Za ważne dla rozstrzygnięcia uznano wnioski wynikające z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2013 r. (C-518/11) w szczególności wnioski wynikające z wykładni definicji usługi łączności elektronicznej zawartej w art. 2 lit c dyrektywy ramowej[6].

Wyrok TS UE w sprawie C-518/11 został wydany w trybie prejudycjalnym i dotyczył wykładni przepisów dyrektyw UE o łączności elektronicznej w związku ze sporem pomiędzy gminą Hilversum i przedsiębiorstwem zarządzającym siecią telewizji kablowej. Przyczyną sporu było podniesienie przez przedsiębiorstwo opłaty za usługę w sieci telewizji kablowej nabytej od gminy, a więc również kwestia dotycząca ochrony interesów ekonomicznych użytkowników usługi telewizyjnej. TS udzielał odpowiedzi na główne pytanie dotyczące tego, czy art. 2 lit. c) dyrektywy ramowej powinien być interpretowany w ten sposób, że usługa polegająca na dostarczaniu pakietu

[6] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33 ze zm.).

podstawowego programów drogą kablową, za którą wystawiany jest rachunek obejmujący zarówno koszty transmisji, jak i wynagrodzenie stacji nadawczych oraz opłaty na rzecz organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w związku z rozpowszechnieniem treści utworów, wchodzi w zakres pojęcia „usługa łączności elektronicznej" (pkt 35). Odwołując się do dyrektywy ramowej i dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, TS uznał, że wprowadzają one wyraźne rozróżnienie między produkcją treści pociągającą za sobą odpowiedzialność redakcyjną a przekazywaniem tych treści, niewiążącym się z jakąkolwiek odpowiedzialnością redakcyjną, gdyż treści oraz ich przekazywanie podlegają odrębnym uregulowaniom, nie odnosząc się ani do klientów świadczonych usług, ani do struktury wystawianych im rachunków z tytułu kosztów transmisji (pkt 41). Wniosek taki wywiedziony został z definicji usługi łączności elektronicznej (art. 2 lit. c dyrektywy ramowej)[7], a także motywu 5 tej dyrektywy dotyczącego stosunku między usługami łączności elektronicznej i treściami przekazywanymi w sieciach[8] oraz definicji audiowizualnej usługi medialnej w art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Dostawca usług potwierdził, że nie produkuje programów i nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej za ich treść. Wprawdzie analiza prowadzona przez TS dotyczyła „pakietu podstawowego" programów, to jednak wniosek dotyczący charakteru prawnego działalności operatora został rozciągnięty na całość jego usługi. Ogólniejsze uzasadnienie dla takiej interpretacji TS wywiódł z wymogu zapewnienia skuteczności przepisów tworzących nowe ramy regulacyjne łączności elektronicznej (pkt 45). Wyłączenie działalności przedsiębiorstw dostarczających programy z zakresu stosowania tych przepisów pod pretekstem tego, że nie ogranicza się ona do przekazywania sygnałów, pozbawiałoby te ramy wszelkiej skuteczności. Dlatego takie okoliczności, jak ponoszenie opłat na rzecz dostawców programów i organizacji zbiorowego zarządzania nie mogą stanowić przeszkody dla takiej kwalifikacji. Wprawdzie TS, udzielając odpowiedzi na sformułowane wyżej pytanie, zastrzegł się, że stosowanie dyrektyw łączności elektronicznej do usługi telewizyjnej jest uzasadnione pod warunkiem, że usługa ta obejmuje głównie przekaz treści telewizyjnych w sieci telewizji kablowej do odbiornika konsumenta końcowego, ale nie podjął wątku, co jest głównym elementem tej usługi (pkt 47).

W takim samym kierunku idzie również wyrok TS z dnia 13 kwietnia 2014 r. (C-475/12) w sprawie *UPC DTH Sàrl* przeciwko *Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese*. W trybie prejudycjalnym miał on przesądzić spór pomiędzy dostawcą usług telewizyjnych drogą satelitarną (DTH), ustanowionym i działającym z terenu Luksemburga, który dostarcza programy telewizyjne abonentom w innych państwach członkowskich UE. Spór dotyczył właściwości węgierskiego regulatora rynku telekomunikacyjnego do żądania informacji na temat stosunku umownego dostawcy usługi z abonentem korzystającym z usługi na terenie Węgier. TS odpowiadał na pytanie: czy art. 2 lit. c) dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że za usługę łączności elektronicznej należy uznać usługę, poprzez którą usługodawca gwarantuje za wynagrodzeniem warunkowy dostęp do pakietu programów, obejmującego jednocześnie usługi programów radiowych i telewizyjnych transmitowanych przez satelitę. TS uznał, iż stan faktyczny w tej sprawie wykazuje

[7] Dotyczy to w szczególności tego fragmentu definicji, który stanowi, że usługa ta „nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej".

[8] Dotyczy to w szczególności sformułowania" Konieczne jest oddzielenie unormowań dotyczących sposobów przekazywania informacji od unormowań dotyczących ich treści. Powyższe ramy prawne nie obejmują więc zagadnień związanych z treścią usług świadczonych za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej przy wykorzystaniu usług łączności elektronicznej, takich jak zagadnienia treści nadawanych programów".

zasadniczą zbieżność z sytuacją będącą podstawą rozstrzygnięcia w sprawie C-519/11, a sposób przesyłu sygnałów poprzez sieć kablową czy drogą satelitarną nie ma znaczenia dla odpowiedzi na zasadnicze pytanie (pkt 34–41). Również w tej sprawie, TS za kluczowe uznał zapewnienie skuteczności unijnym przepisom o łączności elektronicznej. TS wykluczył możliwość uznania analizowanej usługi za „system warunkowego dostępu", a nie za usługę łączności elektronicznej. TS uznał usługę DTH za usługę jednolitą, w ramach której świadczenie usługi radiowej lub telewizyjnej stanowi centralny element działalności wykonywanej przez operatora, a system warunkowego dostępu jest dodatkowym elementem (pkt 51). Wyjaśnia to również relację między różnymi usługami związanymi z odpłatnym udostępnianiem programów poprzez sieci telekomunikacyjne.

III. Ocena charakteru usługi w świetle prawa Unii Europejskiej

Kwestia charakteru prawnego usługi telewizyjnej pojawiła się już w okresie dyskusji nad pakietem dyrektyw o łączności elektronicznej i była kontynuowana po wejściu w życie tego pakietu w roku 2002. Jedną z głównych cech tego pakietu było bowiem włączenie do zakresu jego stosowania usług polegających na transmisji programów radiowych i telewizyjnych. Dlatego w motywach dyrektywy ramowej pokreślono rozróżnienie między usługami łączności elektronicznej a regulacjami dotyczącymi zawartości przekazów, które nie zostały objęte postanowieniami dyrektyw o łączności elektronicznej. Oczywiste było wyłączenie dotyczące treści przekazów. W motywie 5 dyrektywy stwierdzono m.in., że „[k]onieczne jest oddzielenie unormowań dotyczących sposobów przekazywania informacji od unormowań dotyczących ich treści. Powyższe ramy prawne nie obejmują więc zagadnień związanych z treścią usług świadczonych za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej przy wykorzystaniu usług łączności elektronicznej, takich jak zagadnienia treści nadawanych programów". Dostrzeżono jednak również szczególny charakter działalności polegającej na dostarczaniu użytkownikom końcowym, poprzez sieci telekomunikacyjne, zestawów programów do korzystania. Dyrektywa o usłudze powszechnej stwierdzała w punkcie 45 preambuły, że „[s]erwisy dostarczające treści takich, jak oferta sprzedaży łączonej dźwiękowej lub telewizyjnej treści programowej, nie podlegają wspólnym ramom regulacyjnym dla sieci i usług łączności elektronicznej". Dokument interpretacyjny Komitetu ONP z dnia 14 czerwca 2002 r.[9] wskazywał, że regulowanie treści nadawanych poprzez sieci łączności elektronicznej (np. programów radiowych i telewizyjnych oraz „bukietów telewizyjnych") pozostaje poza zakresem ram regulacyjnych dotyczących łączności elektronicznej. Dyrektywy uwzględniają związki pomiędzy transmisją i treścią przekazów i koncentrują się na następujących sprawach: uprawnieniach dotyczących usług i sieci, dysponowaniu częstotliwościami, obowiązku transmisyjnym (*must-carry*), dostępie do sieci i udogodnień towarzyszących, w tym do interfejsów programów aplikacyjnych, elektronicznych przewodników po programach i interaktywnej telewizji cyfrowej. Sprawa uprawnień użytkowników związanych z dostarczaniem „bukietów programowych" wyraźnie pozostawała poza zakresem zainteresowania projektodawców pakietu dyrektyw o łączności elektronicznej.

Do takich wniosków prowadziła również analiza podstawowego dla tej kwestii przepisu definiującego usługę łączności elektronicznej. Pojęcie „usługi łączności elektronicznej" jest w prawie unijnym odpowiednikiem pojęcia „usługi telekomunikacyjnej" w prawie krajowym. Dyrektywa

[9] Communications Committee Working Document, The 2003 regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting (DG INFSO/A2 ONPCOM02-14), s. 2.

ramowa zawiera w art. 2 lit. c) definicję usługi łączności elektronicznej. Zgodnie z tą definicją usługa łączności elektronicznej „oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej. (…)". Definicja określa zatem główny lub wyłączny przedmiot świadczenia, który powinien mieć charakter transmisyjny oraz wyraźnie wyłącza z zakresu usług łączności elektronicznej nie tylko wykonywanie kontroli treści, ale także usługi związane z „zapewnianiem treści" przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej.

W przypadku, jeżeli usługa zawiera komponenty transmisyjne oraz związane z zapewnianiem treści, konieczne jest odwołanie się do głównego kryterium wyróżniającego usługę łączności elektronicznej. Definicja ta wymaga, aby usługa ta polegała całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieci. Należy zaznaczyć, iż polskie tłumaczenie art. 2 lit. c) dyrektywy ramowej jest nieprecyzyjne, gdyż w wersji językowej angielskiej i innych wersjach językowych mowa jest o usługach polegających „całkowicie lub głównie" (*wholly oraz mainly*; *ganz oder überwiegend*; *entièrement ou principalement*) na przekazywaniu sygnałów. Nie ulega wątpliwości, iż dyrektywa wymaga, aby świadczenie transmisyjne co najmniej przeważało w zawartości usługi. Dyrektywy o łączności elektronicznej nie zawierają żadnego wyjaśnienia co do tego, w jakich sytuacjach usługa polega „głównie" na transmisji sygnałów w sieci. Brak jest szczegółowych kryteriów oceny zawartości świadczenia. W różnych dokumentach konsultacyjnych wskazuje się na możliwość stosowania kryterium wartościowego różnych składników usługi. Wskazuje się również na możliwość zastosowania kryteriów rynkowych, odwołujących się do rodzaju dóbr, które skłaniają nabywcę do zakupu usługi, w szczególności do potrzeby, jaką nabywca zaspokaja poprzez nabycie i wykorzystanie usługi. Wyjaśniając tę kwestię regulator brytyjski OFTEL stwierdził ogólnie, że zasadniczą cechą usługi łączności elektronicznej jest przekazywanie sygnałów, a nie dostarczanie tego co jest zawarte w sygnale, czyli treści sygnału[10].

Ustalenia dotyczące charakteru usług transmisyjnych wykonywanych w zakresie radiofonii i telewizji mogą się również odwoływać do pierwszego zalecenia Komisji w sprawie rynków, czyli Zalecenia Komisji 2003/311/WE z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z Dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ogólnego porządku regulacyjnego dla sieci i usług łączności elektronicznej[11] oraz Noty wyjaśniającej do tego Zalecenia. Zalecenie wymieniało wśród rynków hurtowych rynek usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym (*Broadcasting transmission services, to deliver broadcast content to end users*). Nota wyjaśniająca potwierdzała (s. 36), że usługi polegające na dostarczaniu zawartości nie są usługami łączności elektronicznej. W konsekwencji rynek ten został opisany jako rynek obejmujący radiowe i telewizyjne usługi transmisyjne oraz sieci dystrybucyjne w takim zakresie, w jakim zapewniają one środki w celu dostarczenia zawartości radiowej i telewizyjnej użytkownikom końcowym (s. 38).

[10] Guidelines for the interconnection of public electronic communications networks, OFTEL 23 maja 2003 r.

[11] Dz. Urz. L 114/45 z 2003 r.

Na rynku tym występują nadawcy, dostawcy programów oraz dysponenci platform technicznych służących dostarczaniu treści. Rynek ten nie obejmował programów radiowych i telewizyjnych dostarczanych z wykorzystaniem usług transmisyjnych.

Z postanowień zawartych w dyrektywach oraz z dokumentów interpretacyjnych można wyprowadzić następujące wnioski. Sieci służące do transmisji sygnałów zawierających programy radiowe i telewizyjne są sieciami łączności elektronicznej. Usługi polegające na transmisji lub nadawaniu programów są usługami łączności elektronicznej. Nie są natomiast usługami łączności elektronicznej świadczenia polegające na zapewnianiu dostępu do treści programu lub pakietu programów, czyli usługi polegające na zapewnianiu treści dźwiękowych lub audiowizualnych z wykorzystaniem sieci łączności elektronicznej.

Konsensus interpretacyjny dotyczący dostarczania pakietów programów telewizyjnych do użytku odbiorców, jako usługi niewchodzącej w zakres unijnych przepisów o łączności elektronicznych, utrzymał się ponad 10 lat i został przerwany powołanym wyżej wyrokiem TS UE w sprawie C-518/11, wydanym w związku ze sporem dotyczącym ochrony interesów użytkowników usługi telewizyjnej.

IV. Ocena charakteru usługi w świetle prawa telekomunikacyjnego

Zakres przedmiotowy stosowania prawa telekomunikacyjnego jest wyznaczony w art. 1 ust. 1 pkt 1, który określa działalność telekomunikacyjną. Jednym z rodzajów działalności telekomunikacyjnej jest świadczenie usług telekomunikacyjnych. Kluczowe znaczenie ma definicja „usługi telekomunikacyjnej" zawarta w art. 2 pkt 48 Pt, choć w ustawie zdefiniowano także „świadczenie usług telekomunikacyjnych" (art. 2 pkt 41).

Usługa telekomunikacyjna została zdefiniowana jako usługa polegająca „głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej". W odróżnieniu od definicji usługi w dyrektywie ramowej 2002/21/WE, polska ustawa nie wymienia przypadku, gdy usługa polega wyłącznie na przekazywaniu sygnałów. Nie ma tu jednak rozbieżności pomiędzy dyrektywą a ustawą krajową, gdyż przyjmuje się, że w definicji krajowej mieści się również przypadek, w którym usługa polega wyłącznie na transmisji sygnałów. Z definicji usługi telekomunikacyjnej w Pt wynika, że konkretna usługa może składać się w różnych proporcjach z komponentów transmisyjnych i innych. Podobnie jak w dyrektywie, w polskiej ustawie nie ma wskazówek, w jaki sposób należy ustalać, który komponent usługi ma główne znaczenie. W pierwszej kolejności oceny takiej musi dokonać samodzielnie dostawca takiej usługi, a następnie podlega ona weryfikacji przez organy sprawujące kontrolę przestrzegania właściwych przepisów.

Ani w orzecznictwie administracyjnym, ani w sądowym nie znajdujemy rozstrzygnięć pozwalających na wyjaśnienie, w jaki sposób należy oceniać główny element usługi, w celu ustalenia czy jest ona usługą telekomunikacyjną. Łączenie różnych składników z komponentem telekomunikacyjnym jest częstym zjawiskiem[12]. Dotyczy to wszelkich dóbr niematerialnych, które mogą być dostarczone poprzez sieci telekomunikacyjne (informacja, rozrywka, usługi informatyczne, rozliczeniowe)[13]. Typowym przypadkiem są tzw. usługi o podwyższonej opłacie, które jednak

[12] S. Piątek (2007). Usługa telekomunikacyjna, *Przegląd Telekomunikacyjny. Wiadomości Telekomunikacyjne*, *5*, s. 150 i n.

[13] Por. Ł. Pirożek (2015). Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *6*(4), s. 73 i n.

zostały zaliczone do usług telekomunikacyjnych wyraźnym rozstrzygnięciem ustawowym w art. 64 ust. 1 Pt[14]. Rozważając przydatność różnych kryteriów oceny składników konkretnej usługi, w pierwszej kolejności można zastosować kryterium wartościowe. Działalność telekomunikacyjna jest bowiem działalnością gospodarczą (art. 2 pkt 27 Pt) i przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien oceniać składniki tworzące usługę za pomocą kryteriów ekonomicznych. Zakładając, z pewnym uproszczeniem, że wartość poszczególnych składników usługi świadczonej abonentowi odpowiada kosztom poniesionym w celu wytworzenia tych składników, należałoby oszacować koszty ponoszone na transmisję sygnałów przenoszących programy do abonentów oraz koszty związane z uzyskaniem licencji i innych uprawnień uprawniających przedsiębiorcę do udostępniania programów abonentom (opłaty dla organizacji zbiorowego zarządzania itp.). Proporcje tych składników kosztowych wskazują, jakie elementy świadczenia zapewnianego abonentowi mają główny charakter. Relacje cenowe wynikające z cenników opłat za poszczególne pakiety usług telewizyjnych lub poszczególne programy wskazują, że opłata za usługę telewizyjną jest zależna przede wszystkim od zawartości programowej, a nie od komponentu transmisyjnego, który jest w każdym przypadku taki sam lub bardzo podobny. Koszty transmisyjne są związane z utrzymaniem linii abonenckiej (łącza radiowego), natomiast wysokość opłaty zwiększa się głównie w zależności od liczby i wartości programów dostarczanych w pakiecie. Wysokość opłat abonamentowych za poszczególne usługi potwierdza, iż główna część opłaty wnoszonej przez klienta jest związana z zawartością programową usługi.

W związku z analizą wartości poszczególnych składników usługi, warto zwrócić uwagę na tzw. pakiety podstawowe, o których mowa m.in. w sprawie C-518/11. Analiza wartości usługi w odniesieniu do pakietów programowych zawierających wyłącznie programy objęte obowiązkową transmisją (pakiet podstawowy lub socjalny), które są udostępniane przez nadawców nieodpłatnie, może prowadzić do stwierdzenia, że usługa polegająca na dostarczaniu takiego pakietu programowego jest usługą telekomunikacyjną. W tym przypadku świadczenie zapewniane abonentowi ma bowiem głównie charakter transmisyjny, gdyż poza kosztami transmisyjnymi operator ponosi jedynie opłaty na rzecz organizacji zbiorowego zarządzania. Programy transmitowane przez operatora w takich pakietach są mu z zasady udostępniane nieodpłatnie, bez wnoszenia opłat licencyjnych. Nowelizacja ustawy o radiofonii i telewizji wprowadzona ustawą z dnia 30 czerwca 2011 r., usankcjonowała w art. 43 ust. 2 urt nieodpłatne udostępnianie operatorom programów objętych obowiązkowym rozprowadzaniem. Dlatego dostarczanie podstawowego pakietu programowego (pakietu socjalnego), w ramach obowiązku transmisyjnego wykonywanego przez operatorów sieci dystrybucyjnych, może być kwalifikowane jako świadczenie usługi telekomunikacyjnej. Taka kwalifikacja odpowiadałaby dokładnie przypadkowi rozpatrywanemu przez TS w sprawie C-518/11.

Inne kryterium stosowane przy ustalaniu głównych komponentów usługi może dotyczyć cech użytkowych usługi, potrzeb jakie usługa zaspokaja, a w konsekwencji powodów dla których użytkownik końcowy nabywa usługę. W tej sprawie jednoznacznie można stwierdzić, że usługa telewizyjna służy zaspokojeniu potrzeb związanych z dostępem do treści programów, a nie do zdolności transmisyjnych usługodawcy. Wybór między różnymi wariantami korzystania z usługi, a w szczególności wybór pomiędzy pakietami jest dokonywany ze względu na walory użytkowe

[14] S. Piątek (2014). Świadczenie usług telekomunikacyjnych o podwyższonej opłacie. W: P. Brzeziński, Z. Czarnik, Z. Łaganowska, A. Mednis, S. Piątek, M.j Rogalski, M. Wach, *Nowela listopadowa Prawa telekomunikacyjnego*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.

programów, a nie ze względu na usługę transmisyjną służącą dostarczeniu tych programów. Również z tego względu wydaje się, że głównym składnikiem usługi jest dostarczanie zawartości programowej a nie usługi transmisyjnej.

W analogiczny sposób należy ocenić inne komponenty telekomunikacyjne towarzyszące usłudze telewizyjnej, w szczególności systemy dostępu warunkowego i elektroniczne przewodniki po programach. Funkcjonalności te, zgodnie z art. 2 pkt 44a Pt, są określane mianem usług towarzyszących. Charakter usługowy ma niewątpliwie przewodnik po programach, ale udogodnienie to trudno uznać za element głównego świadczenia, które określa wartość usługi lub decyduje o nabyciu usługi przez abonenta i może przesądzić o zakwalifikowaniu całego świadczenia jako usługi telekomunikacyjnej. Przewodnik po programach uzupełnia świadczenie zasadnicze w postaci dostępu do programów oferowanych w wybranym pakiecie. Bez powiązania z pakietem programowym przewodnik po programach nie ma racji bytu jako samodzielne świadczenie.

Dostarczanie systemu dostępu warunkowego, zdefiniowanego w art. 2 pkt 39 Pt, podlega również przepisom ustawy Pt. Jednak dostarczanie takiego systemu trudno uznać za usługę dla abonenta, gdyż cel stosowania takiego systemu jest związany wyłącznie z uzależnieniem dostępu do treści programów od zapłaty wynagrodzenia i uniemożliwieniem dostępu osobom nieuprawnionym. Zapewnianie systemu dostępu warunkowego jest traktowane jako usługa w relacjach pomiędzy operatorami takich systemów a dysponentami praw do programów, którzy zamierzają pobierać opłaty za korzystanie z tych programów.

Ocena typowego świadczenia polegającego na dostarczaniu pakietu programów telewizyjnych użytkownikowi końcowemu w świetle definicji usługi telekomunikacyjnej prowadzi zatem do wniosku, że świadczenie to, z wyjątkiem tzw. pakietów podstawowych lub socjalnych, nie polega głównie na transmitowaniu sygnałów w sieciach telekomunikacyjnych, lecz na udostępnianiu zawartości programów, które są przekazywane za pomocą tych sygnałów. Zawartość programów stanowi bowiem największą część wartości tego świadczenia i jest głównym powodem nabycia usługi, w skład której to świadczenie wchodzi. Elementy o charakterze telekomunikacyjnym, takie jak transmisja sygnałów i przewodnik po programach mają w ramach tej usługi wartość wyraźnie mniejszą i nie decydują o nabyciu usługi przez abonenta.

Jednocześnie należy podkreślić, iż wykładnia językowa odwołująca się do definicji usługi telekomunikacyjnej w prawie krajowym oraz usługi łączności elektronicznej w prawie unijnym, nie miała istotnego znaczenia przy rozstrzyganiu spraw i sporów sądowych przedstawionych na wstępie. Żaden z organów sądowych nie podjął próby ustalenia, jakie składniki mają w usłudze telewizyjnej główne znaczenie. Rozstrzygnięcia te zostały zdominowane przez podejście celowościowe zmierzające do zapewnienia użytkownikom usługi telewizyjnej takich gwarancji i takiego poziomu ochrony, jakie przysługują użytkownikom usług telekomunikacyjnych. Wydaje się, że mamy tu do czynienia z przypadkiem wykładni rozszerzającej zakres pojęcia usługi telekomunikacyjnej (łączności elektronicznej), uzasadnionej względami celowościowymi związanymi z zapewnieniem odpowiedniego poziomu ochrony użytkownikom usług.

Komunikat Prezesa UKE z dnia 6 marca 2014 r. ogranicza się do stwierdzenia, że do usługi telewizji świadczonej drogą kablową lub satelitarną będą stosowane przepisy prawa telekomunikacyjnego, w szczególności w zakresie zawierania lub zmiany warunków umowy oraz obowiązków informacyjnych względem użytkowników końcowych. Komunikat oznaczał odwrót Prezesa UKE

od wcześniejszego stanowiska, odnotowanego w wyroku SOKiK z dnia 8 listopada 2013, zgodnie z którym usługami telekomunikacyjnymi są jedynie usługi transmisyjne świadczone w sieciach wykorzystywanych do nadawania radiowo-telewizyjnego. Zgodnie z tym stanowiskiem, umowa pomiędzy abonentem a operatorem telewizji kablowej dotyczyła dostarczania treści i była regulowana przez przepisy kodeksu cywilnego. Konsekwencje zmiany kwalifikacji nie ograniczają się do spraw relacji prawnych z użytkownikami usługi, którzy uzyskali w ten sposób status abonentów w rozumieniu Pt, ale dotyczą również innych spraw związanych z prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej.

Możliwość zmiany kwalifikacji zainicjowanej orzecznictwem nie była sygnalizowana w literaturze. Poglądy wyrażane w literaturze były spójne ze stanowiskiem Prezesa UKE, który nie uznawał dostarczania programów za usługę telekomunikacyjną. Sposób ustalania głównego elementu usługi telekomunikacyjnej na podstawie różnych kryteriów analizowałem w sposób przedstawiony powyżej na gruncie definicji usługi telekomunikacyjnej[15]. A. Krasuski w swoim komentarzu, klasyfikując usługi telekomunikacyjne według przedmiotu, którego dotyczy usługa, nie zaliczał do usług telekomunikacyjnych dostarczania programów ani innych treści pochodzących od dostawcy[16]. W literaturze zagranicznej dotyczącej dyrektyw UE o łączności elektronicznej już pierwsza praca opublikowana w roku 2002 podkreślała, że nowe reguły nie naruszają regulacyjnych obowiązków (na poziomach UE i krajowym) w zakresie zawartości usług radiowo-telewizyjnych[17]. Natomiast P. Nihoul, P. Rodeford w swoim dziele dotyczącym unijnego prawa łączności elektronicznej wyliczają szczegółowo, jakie elementy związane z usługami telewizyjnymi podlegają reżimowi łączności elektronicznej (transmisja sygnałów, urządzenia końcowe cyfrowe, system kodowania, interfejsy programów aplikacyjnych, systemy warunkowego dostępu, transmisja obowiązkowa). W przeciwieństwie do tych elementów, zawartość dostarczana z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej pozostaje poza zakresem Nowych Ram Regulacyjnych [18].

V. Konsekwencje zmiany kwalifikacji prawnej usług dostarczania programów

1. Stosunki prawne z abonentami

Zmiana kwalifikacji wymaga zastosowania do umów z abonentami tych przepisów rozdziału 1 w dziale III Pt, które dotyczą wszystkich usług telekomunikacyjnych, a nie jedynie usług telefonicznych lub usług dostępu do Internetu. Dotyczy to przede wszystkim wymagań określających zawartość umowy o świadczenie usług, która powinna zawierać postanowienia przewidziane w art. 56 ust. 3 Pt. Dostawca jest także związany przepisem w art. 56 ust. 2 Pt określającym dopuszczalne formy zawierania umów o świadczenie tych usług. Przy zawieraniu umów obowiązują określone w art. 57 zakazy uzależniania zawarcia umowy od określonych zachowań drugiej strony. Nowe ograniczenie, które dotychczas nie miało zastosowania dotyczy dopuszczalnych okresów umów zawartych na czas oznaczony. W przypadku konsumentów, początkowy okres obowiązywania umowy nie może być dłuższy niż 24 miesiące, a ponadto dostawca powinien zapewnić

[15] S. Piątek (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 105.

[16] A. Krasuski (2008). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, s. 73.

[17] S. Farr i V. Oakley (2002). *EU Communications Law*. Bembridge: Palladian Law Publishing Ltd, s. 8.

[18] P. Nihoul i P. Rodeford (2004*). EU Electronics Communications Law*. Oxford: Oxford University Press, s. 750 i n.

użytkownikowi końcowemu możliwość zawarcia umowy na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. Ograniczenia dotyczące początkowego okresu umownego mogą powodować korektę warunków promocyjnych oferowanych nowym klientom usług telewizyjnych. Dostawca podlega wynikającym z art. 56 ust. 5 Pt ograniczeniom dotyczącym podziału ustaleń kształtujących stosunek prawny z abonentem pomiędzy umowę i regulamin.

Kluczowe znaczenie mają nowe warunki dokonywania zmian treści umowy z inicjatywy abonenta (art. 56 ust. 6 –9 Pt) oraz z inicjatywy dostawcy usług (60a Pt). Ze względu na dużą liczbę programów dostarczanych w pakiecie telewizyjnym, rygory dotyczące zmiany warunków umowy z inicjatywy dostawcy usług będą miały istotny wpływ na relacje między dostawcą a abonentem. Właśnie sprawa zmiany warunków umów o dostarczanie programów była najczęstszym powodem zabiegów Prezesa UOKiK o zmianę kwalifikacji usługi. Dla praktyki bardzo poważne znaczenie mają zasady zawierania i rozwiązywania przed ustalonym terminem umów zawartych z ulgą, gdyż zawierane na warunkach promocyjnych umowy na czas oznaczony są podstawowym sposobem pozyskiwania nowych i utrzymywania dotychczasowych abonentów. Dostawca usług jest zobowiązany do posługiwania się cennikiem, który powinien spełniać wymagania określone w art. 61 Pt, w tym wymóg ustalania cen na podstawie przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów. Istotne wymagania są związane ze stosowaniem ustawowego trybu załatwiania reklamacji (art. 106 Pt) oraz sposobów rozstrzygania sporów (art. 109–110 Pt). Zmiany cen będą podlegały regułom określonym w art. 61 ust. 5–6a Pt. Do usług dostarczania programów nie stosuje się natomiast przepisów o usługach o podwyższonej opłacie (art. 64–65 Pt), spisach abonentów (art. 66–67 Pt), zmianie i przenoszeniu numerów (69–71b Pt), połączeń telefonicznych (79–79c Pt) oraz wykazów usług połączeniowych (art. 80 Pt).

Zagadnienie, które nie zostało w żaden sposób odnotowane w stanowisku Prezesa UKE z dnia 6 marca 2014 r. dotyczy terminu, od którego nowa interpretacja powinna być stosowana przez dostawców i egzekwowana przez organy państwowe, w szczególności Prezesa UKE i Prezesa UOKiK. Wydaje się, że początkowym momentem, od którego można rozważać taki skutek jest publikacja stanowiska Prezesa UKE. Najpoważniejsze skutki prawne zmiany kwalifikacji prawnej usługi dotyczą tych umów zawartych z abonentami, które nie spełniają nowych wymagań. Dostosowanie tych umów do nowych warunków może wymagać zmiany umów i regulaminów przez dostawców usług. Zasadnicza zmiana sytuacji prawnej, która następuje w wyniku zmiany interpretacyjnej ogłoszonej przez organ regulacyjny, opartej na nowym orzecznictwie sądowym, jest zjawiskiem nietypowym. Ze względu na charakter omawianej zmiany dotyczącej utrwalonego stanu prawnego, w którym dostarczanie programów nie było traktowane jako usługa telekomunikacyjna, najbardziej uzasadnione rozwiązanie polegałoby na egzekwowaniu nowych wymagań tylko w stosunku do umów zawieranych po publikacji nowej interpretacji. W przypadku przyjęcia odmiennego stanowiska i egzekwowania nowych wymagań w stosunku do umów wcześniej zawartych, w szczególności umów zawartych z ulgą na czas oznaczony, przedsiębiorcy powinni być uprawnieni do zmiany tych umów na takich warunkach, jakie stosowane są przy dokonywaniu zmiany umów z powodów wynikających bezpośrednio ze zmiany przepisów prawa (art. 60a ust. 3 pkt 1 Pt).

2. Uprawnienia do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej

Przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący usługi telekomunikacyjne powinien zgodnie z art. 10–12 Pt uzyskać wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE. Treść tego wpisu musi obecnie odpowiadać nowej kwalifikacji usług polegających na dostarczaniu programów. Przedsiębiorca jest zobowiązany do podania we wniosku o wpis m.in. ogólnego opisu usługi telekomunikacyjnej, której dotyczy wniosek. Wpisy są dokonywane z wykorzystaniem wzoru zgłoszenia określonego rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 września 2013 r. w sprawie wzorów wniosków stosowanych w rejestrach w zakresie telekomunikacji[19]. Część przedsiębiorców dostarczających programy oraz wykonujących również usługi transmisyjne na rzecz nadawców, do czasu zmiany kwalifikacji wskazywała w zgłoszeniu jedynie usługę transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych (pkt II.42 wzoru zgłoszenia). Usługa ta była ograniczona do czynności przesyłania sygnałów pomiędzy punktami wskazanymi przez zamawiającego. Zmiana kwalifikacji powoduje konieczność zgłoszenia również usługi rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych (pkt II 41 wzoru zgłoszenia). Pojęcie rozprowadzania nie jest definiowane w Pt, ale jest wielokrotnie użyte w tej ustawie i powinno być rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 8 urt, która w powiązaniu z definicją rozpowszechniania wyraźnie wskazuje, że jest to wtórna emisja programu do odbioru przez odbiorców.

Należy przy tym zaznaczyć, iż zmiana kwalifikacji prawnej usługi nie eliminuje dotychczasowego obowiązku dokonywania wpisów do rejestru programów rozprowadzanych prowadzonego przez Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Obecnie podstawą prowadzenia takiego rejestru są przepisy art. 41 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 urt. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do dokonania wpisu dotyczącego każdego programu, który rozprowadza.

Po zmianie kwalifikacji przedsiębiorca musi zatem uzyskać uprawnienia telekomunikacyjne dotyczące świadczenia usługi rozprowadzania programów, a także uprawnienia radiowo-telewizyjne dotyczące rozprowadzania konkretnych programów.

3. Opłata telekomunikacyjna i udział w koszcie świadczenia usługi powszechnej

Zmiana kwalifikacji prawnej usług polegających na dostarczaniu programów ma istotne konsekwencje finansowe dla dostawcy takich usług.

Zgodnie z art. 183 Pt przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do uiszczania rocznej opłaty telekomunikacyjnej związanej z realizacją zadań w zakresie telekomunikacji przez organy administracji. Wysokość tej opłaty nie może przekroczyć 0,05% rocznych przychodów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej, uzyskanych w roku obrotowym poprzedzającym o 2 lata rok, za który ta opłata jest należna. Opłatę telekomunikacyjną uiszczają przedsiębiorcy telekomunikacyjni, których przychody z tytułu prowadzenia działalności telekomunikacyjnej osiągnięte w roku obrotowym przekroczyły kwotę 4 milionów złotych. Obowiązek ten obciąża zatem wszystkich większych dostawców usług telewizyjnych. Zmiana kwalifikacji usług telewizyjnych zwiększa podstawę, od której naliczana jest opłata. Całość przychodu uzyskanego od abonentów tej usługi, w tym również ta część opłaty,

[19] Dz. U. z 2013 r., poz. 1174.

która odpowiada wartości dostarczonych programów powinna być zaliczona do podstawy, od której opłata jest naliczana.

Drugie obciążenie finansowe przewidziane w Pt dotyczy dopłat do kosztu netto usługi powszechnej. Zgodnie z przepisem art. 97 Pt przedsiębiorcy telekomunikacyjni, których przychód z działalności telekomunikacyjnej w roku kalendarzowym, za który przysługuje dopłata do kosztu świadczenia usługi powszechnej, przekroczył 4 miliony złotych, są obowiązani do udziału w pokryciu dopłaty. Wysokość udziału danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w pokryciu dopłaty, nie wyższa niż 1% jego przychodów, ustalana jest proporcjonalnie do wysokości przychodów tego przedsiębiorcy w danym roku kalendarzowym, uzyskanych z tytułu wykonywania działalności telekomunikacyjnej, a zatem przede wszystkim ze świadczenia usług telekomunikacyjnych. Obecnie kwestia nie ma takiego znaczenia, jak w latach 2006–2011. W tym okresie na podstawie decyzji Prezesa UKE z 5 maja 2006 r.[20] Telekomunikacja Polską S.A. była zobowiązana do świadczenia usługi powszechnej. Wygaśnięcie obowiązku świadczenia usługi powszechnej nastąpiło w dniu 8 maja 2011 r. na skutek upływu okresu świadczenia usługi ustalonego w decyzją Prezesa UKE. Przepisy o pokrywaniu kosztu usługi powszechnej pozostają jednak w mocy, a koszty usługi powszechnej nie zostały jeszcze całkowicie rozliczone[21].

W sprawie obydwu obciążeń powstaje kwestia, od kiedy przedsiębiorcy rozpowszechniający programy są zobowiązani do ich ponoszenia. Zmiana dotycząca kwalifikacji usługi ma charakter interpretacyjny, nie nastąpiła w tym zakresie żadna zmiana przepisów prawa. Ponieważ obydwie opłaty są wnoszone za konkretny rok kalendarzowy, wydaje się, że pierwszym rokiem, za który takie opłaty mogłyby być wymagane, to rok następujący po roku, w którym nastąpiła zmiana stanowiska w sprawie charakteru prawnego usługi dostarczania programów. W odniesieniu do dopłaty do kosztu usługi powszechnej oznaczałoby to, iż niedopuszczalne jest żądanie udziału w takiej dopłacie za lata 2006–2011. Określając skutki swego stanowiska z dnia 6 marca 2014 r., Prezes UKE stwierdził, że „do usługi telewizji świadczonej drogą kablową lub satelitarną będą stosowane przepisy Pt" co potwierdza, że zmieniona interpretacja może dotyczyć jedynie zdarzeń i czynności przyszłych.

Drugie istotne zagadnienie dotyczy tego czy ponoszenie opłat obowiązujących w sektorze telekomunikacyjnym, z tytułów właściwych dla tego sektora, jest uzasadnione w świetle obciążeń nałożonych przepisami ustawy o radiofonii i telewizji. Należy bowiem zauważyć, iż odpowiednikiem telekomunikacyjnej usługi powszechnej jest w sektorze radiowo-telewizyjnym tzw. transmisja obowiązkowa, którą realizują przedsiębiorcy dostarczający programy do użytkowników końcowych. Zgodnie z art. 43 urt operator rozprowadzający program, z wyłączeniem operatorów multipleksu, jest obowiązany do rozprowadzania programów wymienionych w tym przepisie. Jest także zobowiązany do umieszczania w swojej ofercie informacji, że programy te są przeznaczone do powszechnego i nieodpłatnego odbioru również w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną. Co więcej, podmioty dostarczające programy telewizyjne są obciążone opłatami związanymi z zawartością audiowizualną na rzecz Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej. Podstawą do wnoszenia tych opłat jest art. 19 ust. 5 ustawy o kinematografii, który przewiduje wnoszenie wpłaty na rzecz

[20] DRTD – WUD – 6070 – 1/06 (4).

[21] Na temat perspektyw tego obciążenia przedsiębiorców telekomunikacyjnych zob.: A. Mednis (2013). The concept and future of universal service in telecommunications. W: S. Piątek (ed.), *Telecommunications Regulation in Poland*. Warszawa: University of Warsaw, Faculty of Management Press, s. 105 i n.

Instytutu w wysokości 1,5% przychodu uzyskanego z tytułu przychodów pochodzących z opłat za dostęp do reemitowanych programów telewizyjnych oraz świadczenia usług reemisji.

Z kolei, powodem do pobierania opłaty telekomunikacyjnej są czynności administracji telekomunikacyjnej wymienione w art. 183 ust. 1 Pt, z których żadna nie dotyczy zawartości transmisji. Przedsiębiorcy rozpowszechniający programy wnoszą natomiast opłaty za czynności rejestracyjne na rzecz KRRiT. Istnieją zatem okoliczności, które wskazują, iż nowe obciążenia finansowe w stosunku do przedsiębiorców rozpowszechniających programy nie mają uzasadnienia w tej części, w jakiej są związane z przychodem uzyskiwanym przez przedsiębiorcę z tytułu udostępniania zawartości programu. Mechaniczne zastosowanie przepisów o opłatach do całego przychodu z rozpowszechniania programów spowoduje nie tylko wzrost obciążeń, w części całkowicie nieuzasadniony zadaniami administracji telekomunikacyjnej, ale także do pewnego stopnia dublowanie się ciężarów publicznoprawnych.

Rozwiązania tej kwestii mogą iść w różnych kierunkach. Po stronie przedsiębiorcy wydaje się możliwe, choć dość uciążliwe zarówno dla niego, jak i dla abonenta, formalne rozdzielenie usługi telewizyjnej na dwa świadczenia, z których pierwsze zawierałoby wyłącznie komponent transmisyjny, drugie zaś tylko zawartościowy. Część użytkowników treści audiowizualnych już obecnie korzysta z treści audiowizualnych w taki sposób, że nabywa usługę dostępu do sieci i transmisję od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, natomiast usługi audiowizualne nabywa od innego dostawcy, na podstawie odrębnej umowy. W przypadku dostarczania energii, powszechnie stosowanym rozwiązaniem jest rozdzielenie usługi przesyłowej oraz sprzedaży energii. Nie ma wątpliwości, iż umowa dotycząca zapewnienia dostępu do sieci i przesyłania sygnałów powinna w pełni podlegać reżimowi prawa telekomunikacyjnego. W części dotyczącej wyłącznie zawartości programowej można byłoby poszukiwać innej podstawy prawnej do zawarcia i wykonania umowy. Takie rozwiązanie wymagałoby jednak dokonania całkowitej zmiany struktury stosunku umownego z abonentem poprzez wyodrębnienie usługi transmisyjnej (przesyłowej), do której stosuje się przepisy prawa telekomunikacyjnego oraz usługi polegającej na zapewnieniu prawa do korzystania z programów telewizyjnych i radiowych, która będzie wyłączona z reżimu prawa telekomunikacyjnego.

Inne rozwiązanie zmierzające do ustalenia części przychodu, która powinna być obciążona opłatami pobieranymi w sektorze telekomunikacyjnym, mogłyby polegać na wydzieleniu w ramach usługi tych elementów, które odpowiadają wartości transmisji i wartości dostarczanych programów. Część obciążona opłatami telekomunikacyjnymi obejmowałaby opłatę za dostęp do sieci, a także przychody ze świadczenia usług towarzyszących, takich jak systemy dostępu warunkowego i elektroniczne przewodniki po programach, jeżeli są one przedmiotem odrębnego świadczenia, a nie składnikiem towarzyszącym pakietowi programów. Ustanowienie takiego rozwiązania może jednak nastąpić tylko z udziałem regulatora rynku telekomunikacyjnego albo w drodze interwencji ustawodawcy.

VI. Podsumowanie

Zmiana kwalifikacji prawnej usług rozpowszechniania programów jest rzadkim przypadkiem zasadniczej zmiany statusu prawnego popularnej usługi w wyniku orzecznictwa sądowego i interpretacji ogłoszonej przez regulatora rynku telekomunikacyjnego. Zmiana stanowiska w tej sprawie

została zainicjowana poprzez nową wykładnię prawa unijnego, która w drodze orzecznictwa została przeniesiona na poziom prawa krajowego. Oznaczała odejście od utrwalonej, literalnej wykładni przepisów dyrektywy ramowej i prawa telekomunikacyjnego na rzecz wykładni celowościowej, zmierzającej do zapewnienia użytkownikom usług telewizyjnych takiej samej wzmożonej ochrony prawnej, jaka przysługuje użytkownikom usług telekomunikacyjnych. Zmiana obowiązków dostawców usług w drodze wykładni pozostawia bez rozwiązania poważne kwestie związane z przejściem do nowego reżimu prawnego świadczenia usług, które w przypadku zmian ustawowych z reguły rozstrzygane są przez ustawodawcę przepisami przejściowymi. W tym przypadku, takie sprawy jak termin zastosowania nowych wymagań do dostawców usług oraz skutki ewentualnych zmian w umowach z dostawcami powinny być oparte na celowościowej wykładni odwołującej się do okoliczności, w jakich nastąpiła zmiana stanu prawnego. Skutki uznania usługi rozpowszechniania programów za usługę telekomunikacyjną dotyczą jednak nie tylko relacji między dostawcą usługi a jej użytkownikiem, lecz także innych obowiązków dostawców usług. Szczególnie w sprawach zwiększenia opłat publicznoprawnych dostawców usług widoczny jest brak uzasadnienia celowościowego, jakie spowodowało zmianę kwalifikacji. Ponadto, w tych sprawach ujawniają się kolizje pomiędzy przepisami o radiofonii i telewizji oraz przepisami prawa telekomunikacyjnego. Rozwiązanie tych zagadnień, które stanowią nieoczekiwaną, lecz zarazem nieuchronną konsekwencję zmiany kwalifikacji, może wymagać odpowiednich działań samych przedsiębiorców lub uzupełniającego stanowiska interpretacyjnego regulatora rynku telekomunikacyjnego albo też odpowiedniej interwencji ustawodawcy.

Bibliografia

Farr, S. i Oakley, V. (2002). *EU Communications Law*. Bembridge: Palladian Law Publishing Ltd.

Krasuski, A. (2008). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Mednis, A. (2013). The concept and future of universal service in telecommunications. W: S. Piątek (ed.), *Telecommunications Regulation in Poland* (s. 105–117). Warszawa: University of Warsaw, Faculty of Management Press.

Nihoul, P. i Rodeford, P. (2004). *EU Electronics Communications Law*. Oxford: Oxford University Press.

Piątek, S. (2007). Usługa telekomunikacyjna. *Przegląd Telekomunikacyjny. Wiadomości Telekomunikacyjne*, *5*, 150–157.

Piątek, S. (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Piątek, S. (2014). Świadczenie usług telekomunikacyjnych o podwyższonej opłacie. W: P. Brzeziński, Z. Czarnik, Z. Łaganowska, A. Mednis, S. Piątek, M. Rogalski, M. Wach, *Nowela listopadowa Prawa telekomunikacyjnego*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.

Pirożek, Ł. (2015). Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *6*(4), 73–82.

Rogalski, M. (2014). *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz*

Ochrona prywatności w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Pojęcie prawa do prywatności
III. Audiowizualne usługi medialne na żądanie – regulacje unijne
IV. Audiowizualne usługi medialne na żądanie – polski stan prawny
V. Ochrona danych osobowych oraz odpowiedzialność za świadczenie usług elektronicznych w kontekście audiowizualnych usług medialnych na żądanie
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Medium, jakim jest Internet, pozwala na świadczenie audiowizualnych usług medialnych na żądanie w zakresie, w którym nie było to możliwe wcześniej z powodu ograniczeń technologicznych. Tak zróżnicowane usługi podlegają różnym rygorom prawnym. Podstawą tych różnic jest zakres odpowiedzialności za przekazywane treści. Sam nośnik informacji, za pomocą którego przekazywane są treści nie może stanowić decydującego kryterium dokonania oceny czy odpowiedzialność związana ze świadczeniem danego typu usługi mieści się w granicach systemu prawa medialnego, czy też jest z niego wyłączona. Artykuł prezentuje zagadnienie różnic regulacyjnych usług na żądanie z uwzględnieniem ochrony jednej z podstawowych wartości, jaką jest prawo do prywatności.

Słowa kluczowe: audiowizualne usługi medialne; prywatność; dane osobowe; usługi świadczone drogą elektroniczną.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

W ciągu ostatnich kilku lat zaobserwować możemy wzrost popularności usług audiowizualnych na żądanie. Rozwój środków komunikacji i rozpowszechniania treści zmienia spojrzenie nie tylko na kwestie technologiczne związane z przekazem informacji w systemie komunikowania. Coraz częściej usługi takie oferowane są przez różnego typu dostawców (operatorzy satelitarnych platform cyfrowych, operatorzy portali internetowych czy operatorzy telefonii komórkowej), co istotnie poszerza krąg podmiotów aktywnie uczestniczących w procesie komunikowania. Nie

* Dr Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz – doktor nauk prawnych; wicedyrektor Narodowego Instytutu Audiowizualnego; adiunkt w Instytucie Prawa i Administracji w Akademii Obrony Narodowej w Warszawie; e-mail: Katarzyna.Jentkiewicz@nina.gov.pl.

ulega wątpliwości, że medium, jakim jest Internet, pozwala na świadczenie audiowizualnych usług medialnych na żądanie w zakresie, w którym nie było to możliwe wcześniej z powodu ograniczeń technologicznych. Odpowiednie aplikacje, dostępne w najpopularniejszych systemach operacyjnych różnych urządzeń, pozwalają na uzyskanie dostępu do tych usług w dowolnym miejscu i czasie. Należy zauważyć, iż dostawcy usług łączności elektronicznej często są równocześnie dostawcami usług na żądanie. Jednak istota tych ostatnich jest zupełnie inna, podstawą usług łączności elektronicznej jest bowiem przekazywanie sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, natomiast audiowizualne usługi na żądanie dostarczają treść. Podstawą różnic między tymi usługami jest w konsekwencji zakres odpowiedzialności za przekazywane treści. Sam nośnik informacji, za pomocą którego przekazywane są treści nie może stanowić decydującego kryterium dokonania oceny czy odpowiedzialność związana ze świadczeniem danego typu usługi mieści się w granicach systemu prawa medialnego, czy też jest z niego wyłączona.

Z jednej strony należy przyjąć, iż jeśli celem działania jest publiczne rozpowszechnienie informacji, opinii lub myśli za pomocą jakiegokolwiek środka przekazu, działalność taka powinna podlegać standardom ochrony praw podstawowych, przyjętym w klasycznym, tradycyjnym ujęciu. Z drugiej zaś – należy podkreślić, iż w obecnych warunkach rozwojowych rynku medialnego działalność audiowizualna, szczególnie ta ściśle związana z wolnością wypowiedzi i komunikowania się nie jest zastrzeżona jedynie dla dużych przedsiębiorstw medialnych, często jest związana z celem zarobkowym i może stać się obszarem interakcji marketingowej pomiędzy dostawcą treści a jej użytkownikiem.

Ciągłe konflikty różnych dóbr i interesów występują także w warunkach rozwoju nowych usług medialnych. Przykładem takiego konfliktu jest ochrona prywatności oraz wolność wypowiedzi. Odpowiedzialność za audiowizualne usługi medialne, objęta podstawowym prawem do wolności wypowiedzi, może być ograniczana. Sytuacja taka będzie mieć miejsce, o ile będzie to konieczne w celu pogodzenia wolności wypowiedzi z przepisami odnoszącymi się do ochrony prywatności bądź też odwrotnie, kiedy to przepisy związane z prawem do prywatności będą ograniczone wymaganiami związanymi z pewnymi ustępstwami na rzecz wolności wypowiedzi. Wszystkie tego typu ograniczenia muszą być podyktowane względami bezpieczeństwa lub porządku publicznego lub też ochroną środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Z zastrzeżeniem, iż ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Nie ulega wątpliwości, że rozwój audiowizualnych usług medialnych na żądanie będzie w przyszłości coraz bardziej dynamiczny. Tego rodzaju usługi dają odbiorcy niespotykaną w epoce tradycyjnych mediów możliwość wyboru, ponieważ w przeciwieństwie do tradycyjnego systemu, to odbiorca decyduje, jakiego rodzaju treści będą mu dostarczane. W obecnym stanie prawnym kwestia odpowiedzialności za przekazywane w ten sposób treści wydaje się być ustalona. Jednak możliwości, jakich dostarczają nowe rozwiązania technologiczne, wiążą się z wieloma niebezpieczeństwami natury moralnej, co w efekcie stwarza kontrowersje natury prawnej, a czasami wręcz poczucie niepewności prawnej[1]. W sytuacji, gdy odbiorca treści w pośredni sposób daje dostawcy usług medialnych możliwość poznania swoich preferencji oraz szeregu innych informacji na

[1] Przykładem poruszanej tu problematyki może być wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie sygn. akt C-131/12, *Google Spain SL i Google Inc*. przeciwko *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González*, w której poruszono tematykę odpowiedzialności za informacje dostępne w ramach wyszukiwarki Google, dotychczas nieopublikowany. Pozyskano z: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=pl&jur=C,T,F&num=C-131/12 (02.11.2015).

swój temat, które mogą być wykorzystywane przez usługodawcę chociażby w jego działalności reklamowej, odbiorca nie jest bądź z różnych powodów nie może być w pełni świadomy w jaki sposób informacje dostarczane w ramach tej szczególnej interakcji z usługodawcą będą wykorzystywane w przyszłości.

II. Pojęcie prawa do prywatności

Refleksja nad sferą prywatności towarzyszy ludzkości od wieków i jest obecna w różnych koncepcjach filozoficznych. Charakterystyki prawa do prywatności (*right to privacy*) dokonali L. Brandeis i S. Warren w artykule *The Right to Privacy*[2]. Autorzy ci stwierdzili, iż dotychczas w systemach prawnych dużo uwagi poświęcano podstawowym zasadom: ochronie własności oraz ochronie nietykalności cielesnej, a bardzo rzadko zajmowano się prawem do ochrony życia prywatnego, które ich zdaniem powinno być docenione na skutek zwiększającej się dynamiki współczesnego życia społecznego. Zauważyli oni, że prawo do prywatności nie mieści się ani w klasycznym standardzie ochrony przed zniesławieniem, ani w zakresie ochrony własności intelektualnej, a stanowi pewną wartość samą w sobie jako „prawo do nieupubliczniania sfery prywatności jednostki". W Polsce pierwszą próbą charakterystyki *right to privacy* były rozważania A. Kopffa[3]. Autor ten prawo to określił jako „prawo do ochrony życia prywatnego", które rozumiał jako „prawo jednostki do życia swym własnym życiem, układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej".

Prawo do prywatności gwarantują przepisy Konstytucji RP[4]. O charakterze prawa do prywatności wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 lutego 2002 r.[5]. Trybunał stwierdził, iż ważnym elementem składowym prawa do prywatności jest tzw. autonomia informacyjna jednostki, oznaczająca prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, znajdującymi się w posiadaniu innych podmiotów. Prawo do prywatności zostało zagwarantowane w art. 47 Konstytucji RP, natomiast autonomię informacyjną jednostki gwarantuje przede wszystkim art. 51 Konstytucji RP. W myśl art. 51 ust. 1, nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. W art. 51 ust. 4 Konstytucji RP postanowiono, że każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, a zasady i tryb gromadzenia, jak i udostępniania informacji określa ustawa ((art. 51 ust. 4 Konstytucji RP). Zdaniem Trybunału *lege non distinguente* ten ostatni przepis należy odnosić również do gromadzenia i udostępniania informacji przez podmioty prywatne. Podobne stanowisko przyjął P. Winczorek, według którego „Deklarowane w tym przepisie prawo do prywatności jest chronione nie tylko w stosunkach jednostki z organami władzy publicznej, lecz także z innymi osobami i instytucjami publicznymi i prywatnymi (pionowe i poziome (horyzontalne) działanie prawa)"[6].

Według Trybunału Konstytucyjnego „art. 51 ust. 1 Konstytucji potwierdza prawo jednostki do samodzielnego decydowania o ujawnianiu informacji o sobie. Obowiązek ujawnienia informacji

[2] S.D. Warren i L. Brandeis (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review, IV*, December, s. 193–220.

[3] A. Kopff (1972). Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne). *Studia Cywilistyczne*, *XX*, Kraków, s. 30.

[4] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)

[5] Wyr. TK z dnia 19 lutego 2002 r. sygn. akt U. 3/01, Dz. U. z 2002 r., Nr 19, poz. 197.

[6] P. Winczorek (2010). *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa: LIBER, s. 114.

o sobie stanowi ograniczenie autonomii informacyjnej. Ograniczenie takie może zostać wprowadzone tylko w drodze ustawy, przy czym nałożenie takiego obowiązku powinno mieścić się w granicach ingerencji państwa w sferę konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji", czyli wspomnianych już wcześniej wartości, celów interesu publicznego.

Zatem zarówno orzecznictwo, jak i doktryna poszerzały na przestrzeni lat zakres pojęcia prawa do prywatności, wskazując na kolejne sfery prywatności i nadając temu prawu fundamentalny charakter. Jest ono deklarowane i chronione na wszystkich poziomach regulacji. H. Wang N. Kee i C. Wang w artykule *Consumer Privacy Concerns about Internet Marketing*[7] zaproponowali systematykę naruszeń prawa do prywatności w sferze autonomii informacyjnej.

Pierwszą kategorią, którą autorzy wyróżniają, są naruszenia polegające na niedozwolonym dostępie do danych. Kolejną kategorią jest niedozwolone zbieranie danych, polegające na zbieraniu danych z Internetu bez powiadomienia konsumenta. Według autorów, tego rodzaju informacje to: adres e-mailowy; rodzaj oprogramowania, jakiego używa się do przeglądania Internetu; historia przeglądania sieci; prywatne pliki czy bazy danych. Kategoria niedozwolonego monitoringu polega na monitorowaniu aktywności konsumenta w sieci Web bez jego powiadomienia i zgody. Używając plików *cookies* serwisy mogą zbierać informacje o działaniach konsumenta w sieci. Niedozwolona analiza to naruszenie, polegające na analizowaniu prywatnych danych konsumenta bez jego powiadomienia. Analizy takie mogą prowadzić do konkluzji obejmujących wzory zachowań i preferencji konsumenta związanych z kupowaniem. Naruszenia z kategorii niedozwolonego transferu są naruszeniami związanymi z przekazywaniem prywatnych informacji konsumenta innemu przedsiębiorcy, bez jego powiadomienia oraz zgody. Przedsiębiorstwa internetowe często sprzedają, publikują, dystrybuują bazy danych swoich klientów, zawierające prywatne informacje. Inną kategorią naruszeń, wyróżnianą w przywołanym artykule, jest niechciane oferowanie swoich usług. Ostatnią kategorią naruszeń jest niedozwolone przechowywanie. Naruszenie to polega na przechowywaniu prywatnych informacji konsumentów w sposób niespełniający odpowiednich standardów bezpieczeństwa, umożliwiający nieautoryzowany dostęp do tych informacji.

W kontekście wskazanych powyżej naruszeń prawa do prywatności, należy podkreślić, iż w praktyce dostawca audiowizualnych usług medialnych na żądanie ma możliwość zbierania szerokiego wachlarza danych, dotyczących każdego odbiorcy – jego preferencji związanych z ofertą programową, przyzwyczajeń itp. Tym samym powstaje możliwość wykorzystania tych danych w celach marketingowych. Zatem dostawca może przedstawiać bezpośrednio lub pośrednio konsumentowi zindywidualizowaną ofertę reklamową, wykorzystując zebrane w ten sposób dane. Może również, posuwając się do nieuczciwych praktyk, nadużywać tych informacji. Zagadnienie to ma istotne znaczenie ze względu na specyficzny charakter stosunku pomiędzy dostawcą audiowizualnych usług medialnych na żądanie a konsumentem.

Sam skutek horyzontalny unormowań dotyczących prywatności na poziomie konstytucyjnym nie wydaje się wystarczający. Konstytucja RP zobowiązuje każdego do poszanowania prywatności innych osób. Instrumenty ochrony prawa do prywatności powinny jednak uwzględniać specyficzny konsumencki charakter relacji między dostawcami audiowizualnych usług medialnych na żądanie a ich odbiorcami.

[7] H. Wang, M.K. Lee, i C. Wang (1998). Consumer privacy concerns about Internet marketing. *Communications of the ACM, 41*(3), New York, s. 63–70.

Niezależnie od kwestii związanych z przetwarzaniem samej informacji, odpowiedzialność dostawcy audiowizualnych usług medialnych na żądanie jest związana także z zawartością przekazywanych treści. Aby ocenić stopień ochrony prawnej w tym obszarze, w pierwszej kolejności należy poddać analizie regulacje zawarte w przepisach odnoszących się bezpośrednio do audiowizualnych usług medialnych na żądanie.

III. Audiowizualne usługi medialne na żądanie – regulacje unijne

Audiowizualne usługi medialne na żądanie zostały zdefiniowane w dyrektywie 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)[8]. Analizując punkt 4 preambuły tej dyrektywy, możemy zauważyć, że ustawodawca unijny zdaje sobie sprawę z tego, że niespotykany dotychczas rozwój technologii rodzi potrzebę kompleksowych regulacji świadczenia usług audiowizualnych na szczeblu unijnym. Czytamy tam, że: „W świetle nowych technologii transmitowania audiowizualnych usług medialnych ramy regulacyjne dotyczące wykonywania działalności transmisyjnej powinny uwzględniać wpływ zmian strukturalnych, rozpowszechnienia technologii informacyjno-komunikacyjnych (dalej: TIK) i rozwoju technologicznego na sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, a w szczególności na finansowanie transmisji komercyjnych, oraz powinny zapewniać optymalne warunki konkurencyjności i pewność prawną w europejskich sektorach technologii informacyjnych i mediów, a także zapewniać poszanowanie różnorodności kulturowej i językowej”[9]. Należy tu zaznaczyć, iż nie tylko nowe technologie rodzą potrzebę regulacji. Również wpływ kulturowy współczesnych mediów wymagał podjęcia odpowiednich działań regulacyjnych. Ten aspekt usług podkreślono w punkcie 5 preambuły, zgodnie z którym: „Audiowizualne usługi medialne są usługami o charakterze zarówno kulturalnym, jak i gospodarczym. Ich rosnące znaczenie dla społeczeństw, demokracji – polegające w szczególności na zapewnianiu wolności informacji, różnorodności opinii i pluralizmu mediów – oraz dla edukacji i kultury uzasadnia stosowanie do tych usług zasad szczególnych”[10]. W punkcie 10 preambuły podkreślono aspekt gospodarczy tych usług. Stwierdzono tam, iż „Dzięki tradycyjnym audiowizualnym usługom medialnym – takim jak telewizja – oraz wchodzącym na rynek audiowizualnym usługom medialnym na żądanie istnieją w Unii znaczne możliwości zatrudnienia, szczególnie w małych i średnich przedsiębiorstwach; dzięki usługom tym pobudzane są także wzrost gospodarczy i inwestycje. W przypadku audiowizualnych usług medialnych duże znaczenie mają konkurencja i zachowania rynkowe, zatem należy przestrzegać podstawowych zasad rynku wewnętrznego, takich jak swobodna konkurencja i równe traktowanie, w celu zapewnienia przejrzystości i przewidywalności na rynku audiowizualnych usług medialnych oraz zmniejszenia przeszkód uniemożliwiających wchodzenie na ten rynek”[11]. Zagadnienie to można rozpatrywać w aspekcie kontroli działań rynkowych. Jak już wspomniano rynek klasycznych usług audiowizualnych został zdominowany przez duże koncerny medialne, podczas gdy audiowizualne usługi medialne na żądanie, dzięki swojemu specyficznemu charakterowi, mogą być świadczone przez

[8] Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010 r., s. 1.

[9] Ibidem, s. 1.

[10] Ibidem.

[11] Ibidem, s. 2.

mniejsze i bardzo liczne przedsiębiorstwa, specjalizujące się w dostarczaniu odbiorcy usług treści, których charakter wyklucza drogą dystrybucję telewizyjną czy radiową. Skala rozwoju audiowizualnych usług medialnych na żądanie świadczonych przez mniejszych dostawców treści może zatem wpływać na skuteczność ich kontroli.

Aby scharakteryzować audiowizualne usługi medialne na żądanie należy dokonać analizy pojęcia audiowizualnych usług medialnych, ponieważ usługi na żądanie są rodzajem usług audiowizualnych. Sugestie dotyczące tego, w jaki sposób rozumieć to pojęcie, znajdziemy w punktach 21–24 preambuły dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Znajdują się tam wskazówki interpretacyjne dotyczące tego, w jaki sposób należy rozumieć tę definicję. W punkcie 21 preambuły stwierdzono, że „Na użytek niniejszej dyrektywy, definicja audiowizualnych usług medialnych powinna obejmować tylko audiowizualne usługi medialne – niezależnie od tego czy jest to przekaz telewizyjny, czy na żądanie – które są usługami masowego przekazu, to znaczy są przeznaczone do odbioru przez znaczną część ogółu odbiorców i mogłyby mieć na nią wyraźny wpływ. Jej zakres powinien być ograniczony do usług w rozumieniu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a więc obejmować każdy rodzaj działalności gospodarczej, w tym działalność przedsiębiorstw świadczących usługi publiczne, lecz nie powinien obejmować działalności zasadniczo niekomercyjnej i niestanowiącej konkurencji dla rozpowszechniania telewizyjnego, takiej jak prywatne witryny internetowe oraz usługi polegające na dostarczaniu lub dystrybucji treści audiowizualnej wytworzonej przez prywatnych użytkowników w celu jej udostępnienia lub wymiany w ramach grup zainteresowań”[12].

Ustawodawca formułuje w tym fragmencie istotne elementy pojęcia audiowizualnych usług medialnych. Aby jakaś usługa mogła być uznana za „audiowizualną usługę medialną” w rozumieniu dyrektywy musi:

a) spełniać warunek masowości przekazu, oraz
b) spełniać warunki stawiane usługom w rozumieniu TFUE[13].

W punkcie 22 preambuły ustawodawca unijny rozwiewa inne wątpliwości dotyczące tego, jak należy interpretować pojęcie „audiowizualnych usług medialnych”, stwierdzając, że „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, krótkie spoty reklamowe lub informacje związane z produktem lub usługą niebędącą usługą audiowizualną. Dlatego też z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy powinno wyłączyć 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”[14].

[12] Ibidem, s. 3.

[13] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 47) (TFUE).

[14] Ibidem, s. 3.

Powyższa interpretacja wyznacza pewne ogólne zasady dotyczące pojęcia „audiowizualnych usług medialnych". Przede wszystkim zwraca uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze usługa ma być skierowana do ogółu odbiorców. Dlatego definicja audiowizualnych usług medialnych nie obejmuje korespondencji prywatnej, w tym korespondencji elektronicznej. Po drugie, dostarczanie audycji ma być głównym, a nie ubocznym celem danej usługi. Warunek ten nie jest spełniony w przypadku audiowizualnych elementów na stronach internetowych, o charakterze pomocniczym, gier losowych oraz gier i wyszukiwarek internetowych.

Definicję legalną pojęcia „audiowizualnej usługi medialnej" znajdujemy w art. 1 ust. 1 pkt a) wspomnianej dyrektywy, zgodnie z którym „audiowizualna usługa medialna oznacza 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 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. [w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej][15] – 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"[16].

W punkcie 58 preambuły, ustalono iż „Audiowizualne usługi medialne na żądanie różnią się od usług przekazu telewizyjnego możliwościami wyboru i kontroli, jakie dają użytkownikowi, a także wpływem, jaki wywierają na społeczeństwo. Uzasadnia to objęcie audiowizualnych usług medialnych na żądanie węższym zakresem regulacji, co oznacza, że powinny one pozostawać w zgodności jedynie z podstawowymi zasadami określonymi w niniejszej dyrektywie*".*

Ze względu na wspomniany wcześniej szczególny charakter audiowizualnych usług medialnych na żądanie, ustawodawca unijny nakłada pewne obowiązki na państwa członkowskie. W dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych wyodrębniono tę kategorię usług medialnych. W odniesieniu do audiowizualnych usług medialnych na żądanie ustawodawca unijny wprowadził szczególne regulacje dotyczące ochrony małoletnich oraz promocji utworów europejskich. Z perspektywy ochrony prawa do prywatności, jedyne istotne regulacje dotyczące audiowizualnych usług medialnych na żądanie, dotyczą lokowania produktu oraz przekazów handlowych. W punkcie 81 preambuły do dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, stwierdzono, że „Rozwój gospodarczy i techniczny daje użytkownikom coraz większy wybór w korzystaniu przez nich z audiowizualnych usług medialnych, a także nakłada na nich większą odpowiedzialność […] Zasada oddzielenia powinna być ograniczona do reklamy telewizyjnej i telesprzedaży, a lokowanie produktu powinno być dozwolone pod określonymi warunkami, chyba że państwo członkowskie postanowi inaczej. Lokowanie produktu mające charakter ukryty powinno jednak być zakazane. Zasada oddzielenia nie powinna stanowić przeszkody w korzystaniu z nowych technik reklamy".

W art. 9 dyrektywy nałożono na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia regulacji dotyczących przekazów handlowych, które zakazywałyby ukrytych przekazów handlowych (art. 9 ust. 1 lit. a), wykorzystywania technik podprogowych (art. 9 ust. 1 lit. c), przekazów handlowych naruszających godność człowieka, zawierających treści dyskryminujące lub promujących

[15] Dz. U. L 108 z 24.04.2002, s. 33–50.

[16] Dz.U. L 95 z 15.4.2010.

dyskryminację (art. 9 ust. 1 lit. c). W tym kontekście regulacje te dotykają kwestii ochrony prawa do prywatności.

IV. Audiowizualne usługi medialne na żądanie – polski stan prawny

Analiza zagadnienia dotyczącego ochrony prawa do prywatności w przepisach dotyczących audiowizualnych usług medialnych na żądanie w systemie prawa polskiego wymaga uwzględnienia regulacji reglamentacyjnych dotyczących tego typu usług.

Już na etapie prac legislacyjnych pojawił się problem czy obowiązek „rejestracji" dostawców audiowizualnych usług medialnych na żądanie nie będzie formą reglamentacji działań internetowych. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[17] nie przewiduje żadnej formy reglamentacji tych usług, a jedynie obowiązek sprawozdawczości (art. 47j ustawy o radiofonii i telewizji; dalej: urt).

Definicja audiowizualnych usług medialnych na żądanie jest zawarta art. 4 urt i oznacza usługą medialną, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczenie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy. Z kolei dostawcą usługi medialnej, czyli podmiotem odpowiedzialnym 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 lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie ((art. 4 pkt 4 urt).

Regulacje dotyczące audiowizualnych usług medialnych na żądanie, znajdują się w rozdziale 6a urt. W kontekście rozważań na temat zapewnienia ochrony prywatności, szczególne istotnych jest kilka przepisów. I tak, art. 47a urt wprowadza zasadę samodzielności w kształtowaniu katalogu audycji i odpowiedzialności za jego treść. Zasada ta szczególnie istotna okaże się dla rozważań dotyczących stosowania norm ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe[18], dotyczących ochrony prywatności, do audiowizualnych usług medialnych na żądanie.

Jedną z najważniejszych norm prawnych dotyczących ochrony prywatności w polskim systemie prawa jest art. 14 ust. 6 ustawy – Prawo prasowe, który wprowadza zasadę, iż „Nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby". Zakres przedmiotowy tej ustawy został określony w art. 7 ust. 2 pkt 1, który wprowadza szeroką definicję prasy, zgodnie z którą „prasą są także wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, w tym także rozgłośnie tele- i radiowęzły zakładowe, upowszechniające publikacje periodyczne za pomocą druku, wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania". Zdaniem M. Brzozowskiej-Pasieki, M. Olszyńskiego oraz J. Pasieki art. 14 ust. 6 ustawy – Prawo prasowe realizuje normę o charakterze konstytucyjnym – normę zawartą w przepisie art. 47 Konstytucji RP. Norma ta, ich zdaniem, dotyczy działalności dziennikarskiej. Należałoby więc przyjąć stanowisko, że stosuje się ją do wszystkich audycji, także tych audycji oferowanych w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie, które mają charakter materiału prasowego. Zgodnie z art. 47a urt podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną

[17] Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1531.

[18] Dz. U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.

na żądanie kształtuje katalog audycji samodzielnie i ponosi odpowiedzialność za jego treść, co nie narusza przepisów dotyczących odpowiedzialności za treść poszczególnych audycji, reklam lub innych przekazów. Co prawda w art. 3 urt ustawodawca wskazał, iż przepisy prawa prasowego stosuje się jedynie do rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Jednak należy przyjąć, iż kwestia odpowiedzialności redakcyjnej przesądza o stosowaniu przepisów prawa prasowego również do audiowizualnych usług na żądanie. Dodać należy, iż usługi dostawców audiowizualnych usług medialnych są wyłączone z obowiązku rejestracji prasy na podstawie art. 24 prawa prasowego.

W art. 47b urt wprowadzono zasadę głoszącą, iż nałożenie na podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie obowiązku lub zakazu publicznego udostępniania określonej audycji lub przekazu może nastąpić wyłącznie na podstawie ustawy. Ponadto na dostawcę usług medialnych na żądanie art. 47c ust. 1 urt nakłada obowiązek zapewnienia informacji umożliwiających jego identyfikację (dotyczy to w szczególności informacji o nazwie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, nazwisku, nazwie lub firmie podmiotu oferującego tę usługę, adresie jego siedziby oraz danych kontaktowych).

W kwestii ochrony prywatności istotną funkcję pełni art. 47d urt, stanowiący implementację art. 11 ust. 3 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. W przepisie tym zakazuje się lokowania produktu, które mogłoby naruszyć niezależność redakcyjną i odpowiedzialność dostawcy tych usług. Z kolei ustawodawca wprowadził w art. 47h urt zakaz dostarczania treści nawołujących do nienawiści lub dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość.

Z kolei w art. 47k urt znajdujemy szereg odesłań do przepisów ogólnych ustawy o radiofonii i telewizji. Z punktu widzenia rozważań na temat ochrony prawa do prywatności, szczególnie istotne jest postanowienie o stosowaniu art. 16 ust. 1 urt głoszącego, że przekazy handlowe powinny być łatwo rozpoznawalne oraz art. 16 b ust. 1–3a urt, ustanawiającego szczegółowe zakazy dotyczące przekazów handlowych. Z perspektywy ochrony prywatności dużą wagę mają zakazy przekazów handlowych oddziałujących w sposób ukryty na podświadomość, naruszających godność ludzką oraz zawierających treści dyskryminujące. Do przekazów handlowych w audiowizualnych usługach na żądanie stosuje się również art. 16c urt, zakazujący ukrytych przekazów handlowych i lokowania produktów niespełniającego wymogów z art. 17a urt. Nie ma natomiast regulacji dotyczących wykorzystywania informacji o odbiorcach w działaniach reklamowych.

Na zakończenie należy zauważyć, że wśród przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, które mają być stosowane do audiowizualnych usług medialnych na żądanie, wymienionych w art. 47 k urt nie znajduje się art. 18 ust. 1 tej ustawy, który głosi, że „Audycje lub inne przekazy nie mogą propagować działań sprzecznych z prawem, z polską racją stanu oraz postaw i poglądów sprzecznych z moralnością i dobrem społecznym, w szczególności nie mogą zawierać treści nawołujących do nienawiści lub dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość". Przepis ten odnosi się do samej treści audycji, zakazując treści naruszających m.in. prawo do prywatności.

Podsumowując należy zwrócić uwagę na fakt, iż do audiowizualnych usług medialnych na żądanie będą miały zastosowanie postanowienia związane z ochroną prawa do prywatności zawarte w prawie prasowym, na co wskazuje łączna interpretacja przepisów ustawy o radiofonii i telewizji

oraz ustawy – Prawo prasowe. W zakresie prawa do prywatności regulacja unijna bezpośrednio odnosząca się do audiowizualnych usług medialnych na żądanie ogranicza się do regulowania kwestii przekazów handlowych oraz lokowania produktu.

W celu kompleksowego ustalenia, w jaki sposób dostawcy audiowizualnych usług medialnych na żądanie mają chronić prawo do prywatności, konieczne jest wskazanie podstawowych regulacji dotyczących przetwarzania informacji zbieranych o użytkownikach tych usług.

V. Ochrona danych osobowych oraz odpowiedzialność za świadczenie usług elektronicznych w kontekście audiowizualnych usług medialnych na żądanie

A. Mednis zauważa, że „Kontrola informacji sprawowana przez osobę, której te informacje dotyczą, jest obecnie najistotniejszym instrumentem zapewniającym ochronę prywatności. Większość współczesnych państw demokratycznych dostrzegła potrzebę ochrony prywatności informacyjnej swoich obywateli, ponieważ społeczeństwo informacyjne, w którym wiedza i technologia opierają się na przetwarzaniu ogromnej liczby danych, niesie ze sobą zagrożenie wykorzystania coraz większej liczby danych o ludziach zarówno przez podmioty prywatne, jak i publiczne”[19]. W poruszanej problematyce ochrony prywatności w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie bez wątpienia najistotniejszym zagadnieniem jest kwestia zbierania danych osobowych przez podmioty prywatne. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że coraz częściej zdarza się, że dostawca audiowizualnych usług medialnych na żądanie może być równocześnie dostawcą sieci oraz tradycyjnych usług medialnych, czyli programów radiowych czy telewizyjnych. Ułatwia to gromadzenie danych z wielu źródeł, a nowoczesna technologia oferuje niemal nieograniczone możliwości masowego przetwarzania tych danych, co bardzo trudno kontrolować.

W przypadku zautomatyzowanych systemów przetwarzania danych trudno stwierdzić, że do takich naruszeń doszło, dlatego ochrona danych osobowych wymaga odrębnego uregulowania, ustanawiającego odpowiednie instrumenty takiej kontroli.

W przypadku audiowizualnych usług medialnych na żądanie w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na obowiązki informacyjne, które wynikają na przykład z art.10 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Należy jednak zauważyć, że usługi te mają charakter masowy, szczególnie te oferowane za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnych. Zwykle realizacja tych obowiązków jest pozorna – administratorzy danych udzielają tych informacji w taki sposób, aby nie ułatwiać użytkownikowi zapoznania się z nimi. Niewielu użytkowników sieci rzetelnie czyta regulaminy usług, z których korzysta. Ochrona danych osobowych w tym zakresie z perspektywy prawno-formalnej jest dość rozbudowana i nie ułatwia to właściwej kontroli. A. Mednis podkreśla, iż „Wiele elementów ocennych może spowodować, że prawo do ochrony danych, pomimo formalnych gwarancji, będzie prawem iluzorycznym”[20].

Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej[21]

[19] A. Mednis (2006). *Prawo do prywatności a interes publiczny*. Kraków: Zakamycze, s. 127.

[20] Ibidem, s. 151.

[21] Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. WE L 201 z 31.07.2002, s. 37); Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 29, s. 514, ze zm.

wprowadziła określone obowiązki. Na dostawców tych usług prawodawca europejski nałożył dodatkowe obowiązki w zakresie przetwarzania danych osobowych. Dostawca powinien zapewnić, że do danych osobowych dostęp ma wyłącznie uprawniony personel w dozwolonych prawem celach, a dostawca chroni dane przechowywane lub przekazywane przed bezprawnym zniszczeniem, przypadkową utratą, zniszczeniem lub zmianą oraz bezprawnym przechowywaniem, ujawnieniem, dostępem oraz przetwarzaniem. Wymaga się również od dostawców wdrożenia odpowiedniej polityki bezpieczeństwa. Kontrolę nad wypełnianiem tych obowiązków sprawować mają właściwe organy krajowe (Główny Inspektor Ochrony Danych Osobowych[22]). Ostatnia nowelizacja dyrektywy opublikowana w roku 2009[23]. Obecnie obowiązująca dyrektywa odnosi się do kwestii dostarczania sieci i usług łączności elektronicznej dla użytkowników końcowych.

Obowiązek ochrony danych osobowych nałożyła ustawa o ochronie danych osobowych z dnia 27 sierpnia 1997 r.[24] (dalej: uodo). Ustawa ta wprowadziła do polskiego systemu prawnego przepisy chroniące interesy osób fizycznych, których dotyczą zbierane i przetwarzane informacje. Przepisy uodo stosuje się do przetwarzania danych osobowych w systemach informatycznych, także w przypadku przetwarzania danych poza zbiorem danych ((art. 2 ust. 2 pkt 2), co oznacza, iż regulacji podlegają dane osobowe przetwarzane zarówno w ramach zbiorów danych, jak i poza nimi. Rozwiązanie to należy traktować jako szczególne, podyktowane jest bowiem cechami przetwarzania danych w systemach informatycznych, takimi jak łatwość zwielokrotniania, przekazu i transformacji, niematerialny charakter przetwarzanych informacji, szeroki dostęp, wykorzystywanie przez wiele osób w tym samym czasie[25]. Zbliżoną regulację zawiera ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną[26] (dalej: uśude), w której w art. 16 ust. 2 ustawodawca postanowił, iż dane osobowe podlegają ochronie przewidzianej w rozdziale dotyczącym zasad ochrony danych osobowych w zakresie ich przetwarzania niezależnie od tego czy jest ono dokonywane w zbiorach danych. Ponieważ ustawa ta obejmuje swoją regulacją także audiowizualne usługi na żądanie, jej postanowienia odnoszą się bezpośrednio do tego typu działalności[27]. Ustawa ta określa obowiązki usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną (art. 5–11), wyłączenia odpowiedzialności usługodawcy (art. 12–15) oraz zasady ochrony danych osobowych (art. 16–22). Przepisy uśude w rozdziale czwartym określają obowiązki informacyjne i eksploatacyjne związane z ochroną danych osobowych przetwarzanych w związku ze świadczoną usługą. Należy zatem przyjąć, iż problematykę ochrony prywatności i odpowiedzialności za działania z nią związane w ramach audiowizualnych usług na żądanie należy rozpatrywać w kontekście przyjętych w regulacji polskiej zasad dotyczących świadczenia usług elektronicznych,

[22] Ustawodawstwo krajowe wyposaża GIODO w możliwość nakładania odpowiednich sankcji oraz w następujące środki, umożliwiające kontrolę:
– prawo do inspekcji pomieszczeń, w których zlokalizowane są zbiory danych,
– prawo do przeprowadzania badań i innych czynności kontrolnych,
– prawo do żądania wyjaśnień,
– prawo do żądania okazania dokumentów, udostępnienia do kontroli urządzeń, nośników oraz systemów informatycznych.

[23] Dyrektywa 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów, (Dz. U. L 337/11 z 18.12.2009).

[24] Dz. U. z 2014 r., poz.1182, ze zm. (dalej: uodo).

[25] Por. J. Barta, P. Fajgielski i R. Markiewicz (2015). *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. VI. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 227 i cytowana tam literatura.

[26] Tj. Dz. U. z 2013 r., poz.1422 (dalej: ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną lub uśude).

[27] W obszarze audiowizualnych usług medialnych wyłączenie w zakresie stosowania przepisów uśude obejmuje jedynie usługi linearne z wyjątkiem także takich usług, które są rozpowszechniane jedynie w systemach teleinformatycznych (por. art. 3 pkt 1 uśude).

włącznie z regułami związanymi z odpowiedzialnością podmiotów świadczących tego typu usługi. Dodać także należy, iż uśude odnosi się także do niezmówionej informacji handlowej. Zgodnie z art. 10 uśude zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.

Samo świadczenie usług elektronicznych, które mieści się w pojęciu usług społeczeństwa informacyjnego, obejmuje także audiowizualne usługi medialne na żądanie. Podstawowe znaczenie dla rozwoju handlu elektronicznego miała dyrektywa 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[28]. Prawodawcy zarówno unijny, jak i krajowy określili także trzy podstawowe rodzaje usług świadczonych poprzez pośredników, od których zależy trzystopniowy zakres odpowiedzialności. Pierwszy zakres tzw. *mere conduit*, oznacza usługi zwykłego przekazu – polegające na biernym udziale w przesyłaniu danych w sieci jedynie w celu przeprowadzenia transmisji danych. W świetle art. 12 ust. 2 uśude wyłączenie odpowiedzialności dotyczy również sytuacji, kiedy przechowywanie i transmitowanie danych jest automatyczne i krótkotrwałe i co najważniejsze, „jeżeli działanie to ma wyłącznie na celu przeprowadzenie transmisji, a dane nie są przechowywane dłużej, niż jest to w zwykłych warunkach konieczne dla zrealizowania transmisji". Drugi zakres obejmujący tzw. *caching* to usługa polegająca na automatycznym i krótkotrwałym pośrednim przechowywaniu danych, czego celem jest przyspieszenie ponownego dostępu do nich. Celem tej usługi jest zwiększenie wydajności i prędkości funkcjonowania systemu. Przechowywanie danych w ramach *cachingu* różni się od *mere conduit* głównie okresem przechowywania tych danych, ponieważ w przypadku *cachingu* okres ich przechowywania jest zdecydowanie dłuższy od rzeczywiście koniecznego dla dokonania transmisji. W myśl przepisu art. 13 ust. 1 uśude usługodawca, który świadczy usługę *cachingu* nie będzie odpowiedzialny za automatyczne i krótkotrwałe pośrednie przechowywanie danych, jeżeli:

1) nie zmienia przechowywanych informacji;
2) przestrzega warunków dostępu do nich i ich aktualizacji;
3) nie zakłóca posługiwania się dozwolonymi i specjalnymi technikami informatycznymi wykorzystywanymi w tej dziedzinie w zakresie zbierania informacji o korzystaniu ze zgromadzonych danych;
4) bezzwłocznie usuwa bądź uniemożliwia dostęp do przechowywanych informacji w przypadku, gdy uzyska zawiadomienie, że zostały one usunięte z początkowego źródła transmisji lub dostęp do nich został uniemożliwionyalbo gdy sąd lub inny właściwy organ nakazał usunięcie lub uniemożliwienie dostępu do nich.

Trzeci zakres to tzw. *hosting* – pojęcie to oznacza udostępnianie pamięci podłączonych do sieci serwerów w celu przechowywania różnego rodzaju danych, które pochodzą od samego usługobiorcy. Główną cechą *hostingu* odróżniającą go od *mere conduit* i *cachingu,* jest tzw. przechowywanie źródłowe, co oznacza samoistne nieograniczone w czasie przechowywanie danych

[28] Dz. Urz. WE L 178 z 17.07.2000, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 25, s. 399 dyrektywa o handlu elektronicznym.

i udostępnianie ich innym podmiotom. Zgodnie z art. 14 ust. 1 uśude podmiot świadczący usługę hostingu nie będzie ponosić odpowiedzialności za przechowywane dane względem osoby, której prawa zostały ewentualnie naruszone, jeżeli nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności. Brak wiedzy o bezprawnym charakterze danych oznacza, że usługodawca nie może posiadać wiedzy o tym, że przechowywane przez niego dane są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji *hosting provider* będzie ponosić odpowiedzialność za przechowywane dane, jeżeli będzie je znał oraz będzie wiedział o ich bezprawnym charakterze.

Pojawia się tu pytanie: czy w i jakim stopniu regulacje te dotyczą dostawców audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Na pewno przepisy te mają swoje zastosowanie w sytuacji, kiedy dostawcami usług łączności elektronicznej są te same podmioty, które świadczą jednocześnie audiowizualne usługi medialne na żądanie. Jak już wspomniano, przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie stosuje się m.in. do:

1) rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiowych lub programów telewizyjnych i związanych z nimi przekazów tekstowych w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji, z wyłączeniem programów rozpowszechnianych wyłącznie w systemie teleinformatycznym;
2) świadczenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego usług telekomunikacyjnych, z wyłączeniem art. 12–15.

Zatem audiowizualne usługi medialne na żądanie podlegałyby regulacjom ustawy w odpowiednim, czyli najszerszym zakresie odpowiedzialności, związanym bowiem z odpowiedzialnością za dostarczane treści. Ponadto, usługi te będą spełniały przesłanki zastosowania przepisów tej ustawy. Usługa świadczona drogą elektroniczną, podlegająca regulacjom tej ustawy powinna spełniać łącznie poniżej wymienione warunki:

1) wykonanie usługi następuje przez wysłanie i odebranie danych za pomocą systemów teleinformatycznych;
2) usługa zostaje wykonana bez jednoczesnej obecności stron umowy;
3) świadczenie usługi następuje na indywidualne żądanie usługobiorcy.

VI. Podsumowanie

Na zakres odpowiedzialności dostawcy audiowizualnych usług medialnych wpływa rodzaj tych usług. Jeśli przyjmiemy, że mamy do czynienia z serwisem spełniającym przesłanki definicyjne prasy, taka działalność podlega regulacjom tej ustawy odnośnie do zapewnienia prawa do prywatności. Natomiast, jeśli będą to audiowizualne usługi na żądanie, wówczas regulację właściwą odnajdziemy na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, stosując subsydiarnie przepisy prawa prasowego.

W każdym przypadku odpowiedzialność tego samego podmiotu będzie inna w zależności od tego czy prowadzi on działalność usługową, o której mowa w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, czy jest dostawcą audiowizualnych usług medialnych na żądanie bądź „tylko" wydawcą. Jak już wskazano, w wyniku konwergencji technologicznej, a także ekonomicznej, ten sam podmiot może pełnić wszystkie wymienione funkcje. Ta sytuacja wskazuje na konieczność zsynchronizowania zagadnień na każdym etapie merytorycznych ustaleń co do charakteru usługi.

Jest to niezbędny element funkcjonowania spójnego systemu ram regulacyjnych, umożliwiających rozwój audiowizualnych usług medialnych na żądanie z uwzględnieniem elementarnych standardów zapewniających prawo do prywatności.

Bibliografia

Barta, J., Fajgielski, P. i Markiewicz, R. (2015). *Ochrona danych osobowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kopff, A. (1972). Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne). *Studia Cywilistyczne*, *XX*, Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Mednis, A. (2006). *Prawo do prywatności a interes publiczny*. Kraków: Zakamycze.

Wang, H., Lee, M.K. i Wang, C. (1998). Consumer privacy concerns about Internet marketing. *Communications of the ACM, 41*(3), 63–70.

Warren, S.D. i Brandeis, L.D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review, IV*(5), 193–220.

Winczorek, P. (2010). *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa: LIBER.

Robert Kroplewski*

Archiwa audiowizualne telewizji publicznej – od sejfu do kreatywności

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Status prawny archiwów telewizji publicznej
III. Rozpowszechniania audycji archiwalnych w obszarze Internetu
IV. Otwarty Kod Rozwoju – licencje dla kreatywności na bazie zasobów archiwum telewizji publicznej
V. Podsumowanie: telewizja w konwergencji

Streszczenie

Artykuł podejmuje zagadnienia prawne efektywnego sposobu udostępniania audycji audiowizualnych stanowiących zasób archiwalny pozostający w dyspozycji TVP po transformacji. Porusza też kwestię tzw. odżywania praw autorskich wobec dawnych produkcji ze skutkiem rozszerzającym na polu Internetu. Jako sposób dla uwzględnienia potrzeby odbiorców dotyczących dostępu do dóbr kultury audiowizualnej i zapewnienia warunków dla „Otwartego Kodu Rozwoju" artykuł omawia formy licencji właścicielskich typu *Creative Commons*. Konwergencja mediów uzasadnia także postawienie tezy o zanikaniu różnic między polami technicznymi nadania i publicznego udostępnienia w Internecie przekazów audiowizualnych i tworzeniu się jednego rynku audiowizualnych usług medialnych. Całość opracowania zmierza do zaprezentowania prawnej ścieżki otworzenia sejfu archiwów dla przyszłej kreatywności i debaty publicznej w sferze kultury z poszanowaniem prawa własności.

Słowa kluczowe: transformacja; misja publiczna; archiwa; zbiory programowe; nośniki materialne; dobra niematerialne; własność intelektualna; TVP; aport uzupełniający; odżywanie praw; cyfryzacja; *Creative Commons*; *Creative Archive Lincence*; Otwarty Kod Rozwoju; TVP-COL; konwergencja.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

Wydawałoby się, że po 25 latach transformacji ustrojowej zagadnienie gospodarowania archiwami audiowizualnymi telewizji publicznej, a ściślej zbiorami programowymi po byłej państwowej jednostce organizacyjnej Polskie Radio i Telewizja (dalej: p.j.o. PRiT), przestało być już kwestią prawną i warunki prawno-organizacyjne dla działalności

* Robert Kroplewski – radca prawny; dyrektor Biura Prawnego Telewizji Polskiej S.A.; wspólnik Kancelarii Prawnej Januszczyk & Kroplewski Sp. P.; ekspert Instytutu Sobieskiego; e-mail: robert.kroplewski@tvp.pl.

programowej Telewizji Polskiej S.A. (dalej: TVP) zostały uporządkowane, przejście aktywów zaś zapewnione. Zagadnienie to bynajmniej nie przeszło do historii, lecz nadal jest żywe. Wspomniana transformacja zaszła tylko częściowo i proces przekształcenia p.j.o. PRiT w spółkę wymaga dokończenia w formie uzupełnienia aportu. Konieczność ta wynika nie tylko z nadal istniejącego nakazu ustawowego (zawartego w art. 65 ust.1 w zw. z art. 63 ust. 2 i art. 64 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992r. o radiofonii i telewizji (dalej: ustawa o ritv)[1] czy wymogu zapewnienia ciągłości programowej dla TVP, lecz także ostatecznie z potrzeby zapewnienia odbiorcom publicznego dostępu do archiwalnych audycji audiowizualnych stanowiących zasób zbioru programowego. Docelowo dostęp ten powinien być zapewniany już w konwergentnym środowisku audiowizualnych usług medialnych. Czyli zarówno usług właściwych dla tradycyjnego nadania telewizyjnego, jak i poprzez linearne przekazy programów z audycjami ustalonymi w układach ramowych i w określonym czasie ich nadania (*on-line*), udostępniane także w sieciach teleinformatycznych, jak np. w Internecie (*streeming, webcasting*), a również poprzez różnorodne przekazy nielinearne (audycji udostępnianych w katalogach na żądanie) możliwe do odbioru w dowolnym czasie i miejscu wybranym przez odbiorców (*on demand*).

Potrzeba dokończenia transformacji mienia pozostałego po byłej p.j.o. PRiT i ostatecznego uregulowania praw wyłącznych TVP do zbiorów programowych staje się tym bardziej pilna, że Agenda Unii Europejskiej – Europa 2020 wymaga zapewnienia warunków dla inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, gdzie wiedza i innowacje stanowią klucz tego rozwoju[2]. Wysiłki te koncentrują się już nie tylko na przeciwdziałaniu wykluczeniu społecznemu, lecz także pro-aktywnie wspierają partycypację społeczną.

Na zbiory programowe składają się nośniki materialne (będące jako rzeczy przedmiotem prawa własności) oraz utrwalone w nich dobra niematerialne, jakimi są rejestracje audycji. Stanowią one w sensie prawnym wytwory intelektualne człowieka czy to w postaci utworów audiowizualnych (wizualnych), czy audycji nie posiadających cech ustawowych utworu, lecz chronionych w inny sposób, np. pod postacią twórczości czy wideogramu będących co do zasady przedmiotem własności intelektualnej.

Z jednej strony, audiowizualne zbiory programowe należą do TVP, z drugiej zaś – stanowią dobro narodowe podlegające szczególnej ochronie państwa zgodnie z ustawą z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (dalej: ustawa o nzaia)[3]. Z art. 2 wspomnianej ustawy wynika naczelna zasada, że materiały archiwalne służą nauce, kulturze, gospodarce narodowej oraz potrzebom obywateli. Oznacza to, że archiwa winny służyć całemu społeczeństwu i jego rozwojowi, co przy optyce konstytucyjnej, znajdującej swój wzorzec w zasadach wyznaczonych w art. 5 i art. 6 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997r.[4] stanowi podstawę dla wypełniania zadań państwa w zakresie zapewniania obywatelom dostępu do dóbr kultury, a także stwarzania warunków dla

[1] Dz. U. z 1993 r., Nr 7, poz. 34,

[2] Komunikat KE, Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.03.2010, KOM(2010) 2020.

[3] Tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 1146.

[4] Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

rozwoju społecznego. Oznacza to, że także kultura audiowizualna stanowi fundament i źródło tożsamości społeczeństwa polskiego, jego trwania i rozwoju.

Służąc rozwojowi oraz zachowaniu dorobku kultury, państwo winno zrealizować wzorzec konstytucyjny poprzez dokończenie procesu transformacji p.j.o. PRiT i udostępnić publicznie audiowizualne zbiory programowe przez powołaną w tym celu spółkę TVP. W ten sposób w dziedzinie medialnych usług audiowizualnych urzeczywistnione zostałyby podstawowe zasady ustroju społecznego wyrażone w art. 5 i 20 Konstytucji, takie jak zasada zrównoważonego rozwoju społecznego oraz zasada dialogu społecznego. Zapewnione byłyby tym samym podstawy dla kształtowania wiedzy, inspiracji i kreacji twórczej czy naukowej, które poprzez dialog społeczny i wymianę zasilałyby powrotnie sferę kultury, a przez to świadomość społeczną.

Aktualny stan prawny, szczególnie w zakresie praw autorskich, a także praktyka udostępniania utworów czy rejestracji audiowizualnych ujętych w zbiorach programowych nie w pełni urzeczywistnia ten wzorzec. Nie służy to ani gospodarce, ani obywatelom. Stan ten może jednak zostać naprawiony poprzez wykonanie nakazu z art. 65 ust. 1 ustawy o ritv i nie wymaga interwencji ustawodawcy. Pozwoliłoby to na wprowadzenie nowej praktyki udostępniania zasobów zbiorów programowych. Dostęp tak obywateli, jak i przedsiębiorców mógłby być warunkowany z jednej strony zasadami misji publicznej, z drugiej zaś – gospodarczo-społecznym korzystaniem z praw wyłącznych przez TVP.

II. Status prawny archiwów telewizji publicznej

Szczególne znaczenie dla ustalenia aktualnego statusu prawnego audiowizualnych zbiorów programowych (archiwów) mają przepisy intertemporalne ustawy o ritv (art. 63–68) dotyczące przekazania mienia po likwidacji Komitetu ds. Radia i Telewizji (dalej: Komitet ds. RiT), a w tym p.j.o PRiT do utworzonej *ex lege* spółki TVP, a także przepisy rozporządzenia z dnia 26 marca 1993 r. w sprawie szczegółowego trybu inwentaryzacji mienia państwowej jednostki organizacyjnej „Polskie Radio i Telewizja", zasad podziału i przekazywania tego mienia oraz trybu rozpoznawania spraw spornych[5], opartego na delegacji z art. 65 ust. 2 tej ustawy. Nie mniej istotne są przepisy intertemporalne ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: ustawa o paipp)[6], a szczególnie art. 124 ust. 1 pkt 2, na podstawie którego ustanowiono instytucję tzw. odżywania praw autorskich do utworów. Nowo przyznawane prawa podmiotowe do artystycznych wykonań, wideogramów czy nadań rozciągają się na okres przed wprowadzeniem ustawy.

Spółka akcyjna TVP jest dziś bezpośrednim następcą prawnym p.j.o. PRiT, która posiadała w przeszłości wyłączność ustawową, a więc monopol na prowadzenie działalności nadawczej (radiowo-telewizyjnej). Jednostka ta powstała w 1987 r. i była wydzieloną komórką organizacyjną Komitetu ds. RiT, który łączył w sobie przymiot centralnego organu administracyjnego właściwego w sprawach radia i telewizji z atrybutami cywilnymi jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa, uczestniczącej w obrocie prawnym (gospodarczym). Jako taka nie posiadała ona osobowości prawnej, czyli w sensie prawnym nie miała osobistej zdolności prawnej ani zdolności do czynności prawnych. Wszelkie czynności prawne podejmowała w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa, przez

[5] Dz. U. z 1993 r., Nr 24, poz. 105.

[6] Dz. U. z 1994 r., Nr 24, poz. 83.

swe umocowane organy[7]. P.j.o. PRiT posiadała wydzielone mienie Skarbu Państwa przekazane jej jedynie w zarząd. Tak samo mienie, które wytwarzała lub nabywała w toku swej działalności, wchodziło z mocy ustawy (art. 34 kodeksu cywilnego[8]) w skład mienia Skarbu Państwa. Dotyczyło to zarówno własności rzeczy (nośników materialnych), jak i praw autorskich majątkowych do utworów audiowizualnych utrwalonych na tych nośnikach.

Ustawodawca kreujący nowy porządek medialny ustalił model transformacji p.j.o. PRiT w kapitałową spółkę akcyjną TVP we wspomnianych wyżej przepisach intertemporalnych. Wyznaczył w nich podstawy dla przekształcenia formy organizacyjno-prawnej państwowej jednostki organizacyjnej w osobę prawną z udziałem Skarbu Państwa, a przez to *modus operandi* dla zbudowania nadawcy publicznego, wolnego od bezpośredniego wpływu administracji rządowej. Całość *dominium* państwa w zakresie telewizji przeszła na podmiot prawa prywatnego, jakim stała się spółka akcyjna, w której wszystkie akcje nabył Skarb Państwa. *Imperium* zaś powierzono KRRiT (w miejsce Komitetu ds. RiT) jako konstytucyjnemu organowi administracji publicznej, niezależnemu od aparatu rządowego, który ma stać – stosownie do art. 213 Konstytucji – na straży wolności słowa, prawa do informacji i interesu publicznego w radiofonii i telewizji. Ustawodawca upoważnił ten organ (obecnie przy udziale ministra właściwego do spraw kultury i dziedzictwa narodowego oraz ministra właściwego dla Skarbu Państwa) do powoływania członków rad nadzorczych (obecnie także członków zarządu). Organowi temu powierzono koncesjonowanie nadawców komercyjnych.

Główne założenia dokonującej się transformacji państwa w zakresie ustroju nadawcy publicznego zostały ustalone już 29 grudnia 1992 r. poprzez formalne zagwarantowanie w ustawie o ritv: niezależności redakcyjnej od tzw. aktualnego dysponenta politycznego, niezależności instytucjonalnej władz nadawcy publicznego od organów państwa, a także niezależności majątkowej spółki akcyjnej od aparatu wykonawczego państwa. Ważne było również ukształtowanie zdolności nadawcy publicznego, zorganizowanego w formie spółki akcyjnej, do konkurowania w realiach gospodarki rynkowej z nowo pojawiającymi się nadawcami prywatnymi. Ustawodawca zdawał sobie sprawę, że podstawą dla samodzielności nadawcy publicznego jest zapewnienie mu własności[9].

Do czasu przekształcenia, Zespół Telewizji Polskiej stanowił wydzieloną państwową jednostkę organizacyjną działającą w ramach Komitetu ds. RiT „PRiT". Nie miał on statusu przedsiębiorstwa państwowego (stanowiącego osobę prawną), jednakże był przedsiębiorstwem w znaczeniu przedmiotowym i funkcjonalnym[10], stanowiącym wydzielone mienie Skarbu Państwa oddane mu w zarząd. Przedsiębiorstwo działało na zasadach samofinansowania i samodzielności, na podstawie sporządzanego bilansu.

Osobowość prawną TVP uzyskała dopiero po sporządzeniu aktu notarialnego z dnia 19 listopada 1993 r. w wyniku zawiązania, powołanej *ex lege*, spółki Telewizja Polska S.A. Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy ritv ustawodawca określił wyraźnie, że zadania Komitetu oraz Przewodniczącego Komitetu ds. RiT w zakresie „tworzenia i rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych

[7] Zob.: art. 33 § 1 i § 2 oraz 34 kc w brzmieniu obowiązującym do 30 września 1990 r. Zgodnie z art. 34 „Skarb Państwa uważany jest w stosunkach cywilnoprawnych za podmiot praw i obowiązków, które dotyczą części mienia ogólnonarodowego nie będących pod zarządem innych osób prawnych". Osobowości prawnej nie posiadała p.j.o PRiT". Nowelizacja art. 34 kc z 1 października 1990 r. nie zmieniła tej sytuacji.

[8] Ibidem.

[9] Zob. Pius XI, *Encyclica Quadragesimo anno*; gdzie przedstawia się program dla upowszechnienia własności prywatnej pod popularyzatorskim hasłem „tyle wolności, ile własności". Program ten stał się podstawą Katolickiej Nauki Społecznej, rozwijanej także przez Jana Pawła II w *Encyclica Laborem exercen;* a także preambuła do Konstytucji RP z 1997 r.

[10] Por. K. Kruczalak (2006). *Prawo Handlowe, Zarys wykładu*. Warszawa: LexisNexis; K. Kruczalak (1988). Pojęcie przedsiębiorcy i jego znaczenie w obowiązującym prawie. *Rejent, 3*.

przechodzą na jednostki publicznej radiofonii i telewizji, odpowiednio do zakresu ich zadań ustawowych i statutowych". Z kolei w celu zapewniania skuteczności przejścia wspomnianych zadań, w art. 64 ust.1 pkt 1 ustawy o ritv, zobowiązano Ministra Skarbu Państwa do zawiązania spółki Telewizja Polska S.A., a na mocy art. 65 ust. 1 do wniesienia do nowo założonej spółki Telewizja Polska S.A. mienia pozostałego po likwidacji państwowej jednostki organizacyjnej PRiT.

Na mocy wspomnianych przepisów ustawodawca dokonał ustawowej alokacji mienia państwowej jednostki organizacyjnej do nowo zawiązanej spółki akcyjnej, posiadającej odrębną od Skarbu Państwa osobowość prawną. Przepisy te stanowiły podstawę dla ostatecznej transformacji nadawcy państwowego w nadawcę publicznego. Minister Skarbu[11] wykonał to zobowiązanie jednak tylko częściowo, a mianowicie wyłącznie poprzez zawiązanie spółki akcyjnej i wniesienie do niej wkładu pieniężnego w oparciu o bilans otwarcia TVP, zawierający tak aktywa i pasywa nowo zawiązywanej spółki, jak i wartości niematerialne i prawne, a także procesy w toku i rozliczenia pozabilansowe. Odrębne wniesienie aportu (wkładu rzeczowego) w postaci zbiorów programowych postanowiono jednak odłożyć do czasu wydzielenia z całości zbiorów programowych likwidowanej p.j.o. PRiT, osobno zbiorów właściwych dla telewizji i dla radia. Wydzielenie to miała poprzedzić inwentaryzacja przewidziana rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 26 marca 1993 r.[12].

Przepisy te stanowią zatem dla Ministra Skarbu z jednej strony, a TVP – z drugiej, ustawową *causa obligandi vel acquirendi*, czyli – co wymaga tu podkreślenia – podstawę cywilnoprawnego związania Ministra Skarbu, a jednocześnie podstawę dla roszczenia o nabycie aportu przez TVP, czyli stosunku cywilnoprawnego chronionego także wobec Ministra Skarbu i osób trzecich – na gruncie art. 59 kc – tzw. *actio ad rem*. Tym samym Minister Skarbu jest nadal związany obowiązkiem dokonania czynności rozporządzającej na rzecz TVP, jaką jest uzupełnienie wkładu rzeczowego i przysporzenie mienia spółce TVP. Zaś TVP jest ustawowo uprawniona do nabycia tego mienia. Wspomniana *causa* stanowi istniejącą w ustawie *sui generis* ekspektatywę dla TVP, będącą gwarancją prawa podmiotowego tej spółki do skierowania do Ministra Skarbu żądania podwyższenia kapitału zakładowego i dokonania aportu na jej rzecz w zamian za nowo emitowane akcje, które nadal objąłby Skarb Państwa. Przedmiotem takiego aportu byłaby wydzielona część mienia zlikwidowanej p.j.o. PRiT, w formie prawa własności do materialnych zbiorów programowych i dokumentacji, ale także prawa własności intelektualnej do dóbr niematerialnych utrwalonych na nośnikach materialnych. Wykładnia autentyczna protokołów likwidacyjnych p.j.o. wskazuje, że świadomie pominięto zbiory programowe jako część wkładu nowo zakładanej spółki TVP. Dostrzegano bowiem już wtedy potrzebę etapowości działania i przekazania wkładu uzupełniającego po uprzednim wydzieleniu zbiorów programowych właściwych dla telewizji i dokonaniu wyceny tych zbiorów jako wkładu rzeczowego. Zauważono wówczas, że sposób wniesienia aportu musiałby z jednej strony uwzględniać poszanowanie zakazu dalszego zbywania „materiałów archiwalnych", wyrażonego w art. 7 ust. 1 ustawy o nzaia, a z drugiej strony realizować istniejący nakaz wniesienia do spółki TVP aportu z wydzielonego mienia po p.j.o PRiT (wyrażony w art. 65 ust. 1 ustawy o ritv oraz § 1 pkt 5 i § 6 rozporządzenia wykonawczego[13] do tego artykułu). Zakaz z art. 7 ustawy o nzaia stanowi co do zasady tzw. klauzulę antyalienacyjną, co oznacza, że obejmuje wyłącznie zakaz

[11] W pierwotnym tekście ustawy o ritv rolę tę przyznano Ministrowi Finansów.

[12] Patrz: przypis 5.

[13] Patrz: przypis 5.

zbywania „materiałów archiwalnych" należących do państwowego zasobu archiwalnego, a nie dotyczy obrotu prawami majątkowymi na podstawie innych czynności niż zbycie, np. najmu, dzierżawy czy użyczenia. Ponadto zakaz ten dotyczy wyłącznie nośników materialnych „materiałów archiwalnych" (art. 1 ustawy o nzaia). Oznacza to, że obrót prawami do dóbr niematerialnych, utrwalonych na nośnikach materialnych pozostawiony jest swobodzie stron, zdeterminowanej wyłącznie zasadami prawa autorskiego lub praw pokrewnych czy prawa cywilnego.

Analiza aktów zawiązania i statutu spółki TVP[14] oraz dokumentów likwidacyjnych[15] p.j.o PRiT wskazuje, że zbiory programowe i informacja o nich, zostały świadomie, lecz nieostatecznie pominięte w inwentaryzacji poprzedzającej wniesienie majątku do nowo zakładanych spółek radiofonii i telewizji. W tych warunkach zbiory programowe ostatecznie nie stały się przedmiotem wkładu do tych spółek, mimo istnienia wyraźnego nakazu dokonania tej czynności prawnej, wyrażonego wprost w art. 65 ust. 1 ustawy o rtv oraz § 1 pkt 5 oraz § 6 rozporządzenia[16]. Istnienie wspomnianego nakazu jednocześnie przesądza o każdoczesnej dopuszczalności prawnej wniesienia aportem uzupełniającym wydzielonych zbiorów programowych.

Wykładnia autentyczna i historyczna uzasadnienia do projektu wspomnianego rozporządzenia[17] pozwala odtworzyć wolę ustawodawcy (prawodawcy) przy projektowaniu sposobu wykonania delegacji ustawowej z art. 65 ust.2 ustawy o ritv. Okazuje się, że celem podstawowym było „przekształcenie" p.j.o. PRiT w kilkanaście jednoosobowych spółek Skarbu Państwa „bez konieczności zawieszenia działalności programowej". Zakładano, że Przewodniczący Komitetu ds. RiT, kierujący z mocy ustawy działalnością p.j.o. PRiT, dokona działań organizacyjno-prawnych i finansowych, dostosowanych do rozwiązań ustawowych, umożliwiających Ministrowi Finansów (właściwemu wtedy w sprawach Skarbu Państwa) „sprawne zawiązanie spółek, a następnie ich rejestrację sądową". Zakreślono również cel organizacyjny, jakim było „utworzenie podmiotów zdolnych do samodzielnego tworzenia i rozpowszechniania programów (…)", który miał „implikować konieczność podziału bądź łączenia składników majątkowych dotychczasowych jednostek p.j.o. PRiT". Zobowiązano Przewodniczącego Komitetu ds. RiT do podziału bazy „zbiorów dokumentacji foniczno-wizyjnej archiwów (…), funduszy (…), płatności scentralizowanych (np. ZAIKS, opłaty (…) za emisję i połączenia kablowe". Podkreślono, że § 6 rozporządzenia służy sprawnemu rozpoczęciu działalności przez spółki oraz rzeczywistemu określeniu ich stanu majątkowego. Oznacza to, że na mocy § 6 tegoż rozporządzenia Minister Finansów, po dokonanym podziale, posiadał kompetencje, aby wnieść do spółek archiwalne zbiory programowe jako składniki majątkowe, wydzielonych zorganizowanych części mienia po p.j.o. PRiT, w postaci „wartości niematerialnych i prawnych". Podkreślano, że zbiory programowe stanowią dobro ogólnonarodowe oraz jako zasoby archiwalne „służą podstawowej działalności radia i telewizji jako tworzywo i źródło informacji i inspiracji dla programów PR i TVP"[18]**.** Równolegle podnoszono postulat zapewnienia pełniej dostępności do zbiorów programowych dla radia i telewizji, poszanowania praw PR i TVP jako producentów i nakładców materiałów programowych, a także potrzebę uwzględniania pra-

[14] Akt zawiązania i statut spółki akcyjnej TVP, Rep.A nr 2480/93.

[15] Protokoły komisji likwidacyjnej p.j.o. PRiT z okresu od 1991 do 1994 r.

[16] Patrz: przypis 5.

[17] Projekt uzasadnienia rozporządzenia z przypisu 5.

[18] Ibidem.

wa do decydowania przez te media o udostępnianiu zbiorów programowych osobom trzecim[19]. Najbardziej pilny i istotny był jednak problem technicznego i organizacyjnego wydzielania zbiorów programowych.

Po uchwaleniu ustawy o ritv, w dniu 3 czerwca 1993 r. został powołany zarządzeniem Przewodniczącego Komitetu ds. Radia i Telewizji – Kierownika p.j.o. PRiT w likwidacji, zespół mający za zadanie przygotowanie propozycji podziału zbiorów programowych PR i TVP. Zespół ten zakończył prace 30 lipca 1993 r. następującym ustaleniem protokolarnym[20]: „Zespół zgromadził informacje o stanie ilościowym lokalizacji, postaciach i zakresie opracowania materiałów programowych zgromadzonych w Warszawie i w terenie oraz sytuacji organizacyjno-strukturalnej zbiorów PRiT. Wybór kryterium podziału zbiorów i określenie prac przygotowawczych do podziału poprzedzono rozpatrzeniem aspektów formalnoprawnych. (…)". Zespół uznał że „brak podstaw do zastosowania przy podziale zbiorów kryteriów: tytułu własności, poniesionych nakładów własnych, postaci materiałów (…)" i zdecydował się przyjąć za podstawę: „kryterium funkcjonalności materiałów według zakresu działania przyszłych spółek i wg producenta programu, dla którego materiały zgromadzono". Konsekwentnie zespół rekomendował dokonanie podziału zasobów według założonych kryteriów i wniesienie podzielonych części odpowiednio do spółki Polskie Radio SA, spółki Telewizja Polska SA, a także spółek regionalnych radiofonii publicznej. We wspomnianym protokole zwraca uwagę wniosek wyrażony w odniesieniu do aportu uzupełniającego, a mianowicie że: „Wniesienie zbiorów w formie aportu wymaga wyceny przed rejestracją spółki. Możliwe jest jednak powiększenie kapitału akcyjnego spółek o zbiory w terminie późniejszym. Wymagałoby to jednak rozstrzygnięcia formy prawnej funkcjonowania zbiorów w okresie po rejestracji spółek do czasu zakończenia wyceny zbiorów". Oznacza to, że już w czasie bezpośrednio poprzedzającym założenie spółki TVP rozważano możliwość stopniowego i częściowego wnoszenia do spółki wkładu z majątku wyodrębnionego z mienia p.j.o. PRiT. Interesujące jest i to, że nie brano wówczas pod uwagę – jako realnej przeszkody – „zakazu zbywania materiałów archiwalnych" (nośników), wyrażonego w art. 7 ustawy o nzaia[21]. Staje się oczywiste, że dawano pierwszeństwo dyspozycji z art. 65 ust. 1 ustawy o ritv przed art. 7 ustawy o nzaia. Zastosowanie reguł derogacyjnych i intertemporalnych pozwala na ustalenie relacji między tymi przepisami. Rozstrzygająca jest tu reguła derogacyjna *lex specialis derogat legi generali,* a także reguły derogacyjne stosowane przy zmianie ustaw w czasie: *lex posterior derogat legi priori* oraz nieznajdująca w tym przypadku zastosowania reguła *lex posteriori generalis non derogat legi priori speciali* – ustawą szczególną jest bowiem nowsza ustawa o ritv. Zastosowanie wspomnianych reguł doprowadza do wniosku, że dla materiałów archiwalnych po byłej p.j.o. PRTiT decydujące znaczenie ma art. 65 ust. 1 ustawy o rtv, który deroguje art. 7 ustawy o nzaia. Przeciwna wykładnia, prowadząca do utrzymania obowiązywania art. 7 ustawy o nzaia, przy wprowadzeniu przez ustawodawcę do porządku prawnego przepisu art. 65 ust. 1 ustawy o ritv, nie daje się z pogodzić regułami derogacyjnymi oraz intertemporalnymi, a także zasadą racjonalnego ustawodawcy. Nie sposób bowiem – przy obowiązywaniu art. 7 wspomnianej ustawy – zastosować i wykonać woli ustawodawcy wyrażonej w normie zawartej w art. 65 ust. 1 ustawy o ritv. Nie bez znaczenia jest też sposób wypowiedzi

[19] Ibidem.

[20] Protokół z prac zespołu datowany na 2 lipca 1993 r.

[21] Przepis ten istniał już w pierwotnym tekście ustawy z dnia 18 lipca 1983 r. Istotne jest, że jednostką wyraźnie powołaną do zarządzania archiwami były archiwa Komitetu Polskiego Radia i Telewizji (art. 22 tej ustawy).

ustawodawcy, który przepis art. 65 ust. 1 ustawy o ritv formułuje jako normę obligatoryjną (nakaz), bez możliwości zaniechania jej wykonania.

Powyższe wskazuje, że ówczesny Przewodniczący Komitetu ds. RiT w uzgodnieniu z Ministrem Finansów (§ 2 ust.1 rozporządzenia) był zobowiązany do wydzielenia „zorganizowanych części mienia" p.j.o. PRiT i przekazania spółkom publicznej radiofonii i telewizji. Zgodnie z § 2 ust. 2 tegoż rozporządzenia wydzielenie miało polegać na „podziale lub łączeniu środków pieniężnych, rzeczowych składników majątkowych, wartości niematerialnych i prawnych oraz finansowych składników majątku trwałego i przekazaniu ich samodzielnie bilansującym się jednostkom PRiT, prowadzącym swoje księgi rachunkowe zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Finansów"[22]. Zgodnie z art. 65 ust. 1 ustawy o ritv w zw. z § 1 pkt 5 i § 2 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia, wniesieniu do spółek miały podlegać „wydzielone zorganizowane części mienia". Ustawodawca dopuszczał zatem, że z całości przedsiębiorstwa (w sensie przedmiotowym), jakim była p.j.o. PRiT można wydzielić kilka „zorganizowanych części mienia", jednak każda z nich winna zostać przekazana właściwym spółkom. Dokonując aportu uzupełniającego do spółki TVP, należy posłużyć się modelem wniesienia wkładu w postaci zorganizowanego zespołu składników materialnych i niematerialnych, wraz z prawami wyłącznymi do nich, który stanowi zorganizowaną cześć mienia lub jego uzupełnienie w rozumieniu art. 65 ust.1 ustawy o ritv w zw. z §1 pkt 5 i § 2 ust. 1 i 2, § 3 i § 6 wspomnianego rozporządzenia.

Trzeba mieć na uwadze, że art. 65 ust. 1 ustawy o ritv definiuje przedmiot wkładu jako „wydzielony zespół zorganizowanych części mienia". Pozwala to dokonać transferu zespołu majątkowego na zasadzie tzw. sukcesji uniwersalnej, bez konieczności opisu poszczególnych elementów zbioru, czyli bez potrzeby sporządzania szczegółowej listy zasobów zbiorów programowych, co byłoby właściwe dla sukcesji syngularnej. Przepis art. 65 ust. 1 ustawy o ritv oraz analogiczny art. 55(1) i art. 55 (2) kc są wyjątkami od zasady czynności prawnych mających za przedmiot oznaczoną rzecz lub prawo. Wyjątki te pozwalają dokonać przesunięć majątkowych w postaci masy majątkowej lub zespołów zorganizowanych składników.

Obecnie nie ma przeszkód, aby zbiory programowe ująć jako aport uzupełniający bezpośrednio na podstawie art. 65 ust. 1 ustawy o ritv. Tylko pełen wkład (początkowy i uzupełniający) rzeczywiście zapewnia spełnienie przesłanki „zdolności do samodzielnego tworzenia i rozpowszechniania programu" (§ 1 pkt 1 rozporządzenia), a nadto urzeczywistnienie misji publicznej powierzonej na podstawie art. 21 ustawy o ritv. Realizacja powyższej koncepcji wymaga dokonania wyceny zbiorów, niezbędnej dla ustalenia wielkości kapitału zakładowego i określenia wartości akcji. Wycena taka powinna być poddana badaniu biegłego rewidenta przed rejestracją sądową podwyższonego kapitału.

Zanim jednak to nastąpi, w zakresie nośników materialnych TVP gospodaruje audiowizualnymi zbiorami programowymi na podstawie aktu przejścia zbiorów programowych w ramach produkcji ciągłej oraz, zawartych z jednostkami archiwów państwowych, umów użyczenia materiałów archiwalnych[23] oraz wydanego – na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy nzaia rozporządzenia MKiDN

[22] Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 15 stycznia 1991 r. w sprawie zasad prowadzenia rachunkowości (Dz. U. Nr 10, poz. 35 i Nr 124, poz.554 z 1991 r. oraz Nr 96, poz. 476 z 1992 r.).

[23] Umowa z dnia 29 kwietnia 2005 r., przedłużająca użyczenie materiałów archiwalnych i zbiorów dokumentacji byłej p.j.o. PRiT, dokonane na podstawie umowy z dnia 2 września 1994 r. Zawarte w wykonaniu porozumienia z dnia 15 kwietnia 1994 r. pomiędzy Krajową Radą Radiofonii i Telewizji a Naczelnym Dyrektorem Archiwów Państwowych w sprawie przekazania jednostkom publicznej radiofonii i telewizji w użyczenie zbiorów dokumentacji byłej p.j.o. PRiT.

w sprawie określenia szczegółowych wypadków i trybu wcześniejszego udostępniania materiałów archiwalnych[24]. Dodatkowo w tej sprawie istotne znaczenie ma statut TVP, w którym wyraźnie ustalono (§ 7 ust. 2 i ust. 3), że „do zbiorów programowych telewizji należą również zbiory publicznej radiofonii i telewizji powstałe do dnia 31.12.1993 r., z wyjątkiem zbiorów przekazanych w zarządzanie spółce Polskie Radio S.A. Szczegółowe zasady zarządzania i prowadzenia zbiorów publicznej telewizji określają odrębne przepisy". W ten sposób wypełniony został postulat wspomnianego wyżej zespołu z 1993 r. dotyczący znalezienia tymczasowo (do czasu dokonania aportu uzupełniającego) innego sposobu[25] zapewnienia władztwa TVP do audiowizualnych zbiorów programowych. W wyniku dokonania wkładu uzupełniającego do spółki TVP (w trybie art. 65 ust. 1 ustawy o ritv) doszłoby do zgromadzenia w jednym ręku wyłącznych uprawnień właścicielskich do nośników materiałów archiwalnych, jak i wyłącznych uprawnień do własności intelektualnej dóbr niematerialnych w nich utrwalonych, nabytych przez TVP stosowanie do reguł prawa autorskiego i prawa cywilnego.

III. Rozpowszechnianie audycji archiwalnych w obszarze Internetu

Prawa autorskie do utworów audiowizualnych, z mocy art. 13 ustawy o prawie autorskim z 1952 r. (dalej: ustawa o pa), przysługiwały przedsiębiorstwu wytwarzającemu utwór kinematograficzny. Chodzi tu o pojęcie przedsiębiorstwa w sensie funkcjonalnym i przedmiotowym, nie zaś w sensie podmiotowym. Art. 13 ustawy o pa [26] nie ogranicza się do przedsiębiorstw państwowych – czyli państwowych osób prawnych. Te bowiem posiadały przymiot przedsiębiorstwa w sensie podmiotowym, wyposażone były w zdolność do działania we własnym mieniu. Trzeba zatem wykładać zawarte we wspomnianym art. 13 pojęcie przedsiębiorstwa w ramach nomenklatury właściwej dla ustawy o pa. Decydujące jest tu wskazanie, iż przepis ten odnosi się do przedsiębiorstwa wytwarzającego utwór kinematograficzny, a więc zorganizowanego zespołu produkcji i majątku, w sensie funkcjonalnym i przedmiotowym, zdolnego do wytworzenia utworu kinematograficznego. Tę wykładnię przepisu art. 13 wspomnianej ustawy uwzględnia ustawodawca w art. 63 ust. 2 w zw. z art. 64 ust. 1 pkt 1 i art. 65 ust. 1 ustawy o ritv *ex lege* ustalając, że zadania w zakresie tworzenia i rozpowszechniania programów przez p.j.o. PRiT przechodzą na nowo zakładaną spółkę Telewizję Polską S.A. Na gruncie art. 13 ustawy o pa pojęcie przedsiębiorstwa należy utożsamiać z funkcją producenta (wytwórni) co oznacza, że powstające prawa autorskie do utworu są ściśle związane z tym przedsiębiorstwem w znaczeniu przedmiotowym i funkcjonalnym i dzielą los przedsiębiorstwa[27].

Trzeba mieć na uwadze, że samo pojęcie „utworu kinematograficznego" jest nieprecyzyjne. Dominujący pogląd doktryny prawa autorskiego opowiada się za szerokim ujęciem tego pojęcia, obejmującym nie tylko film przeznaczony do rozpowszechniania w kinach, lecz także każdy utwór audiowizualny[28] wytworzony w ramach przedsiębiorstwa, jak np.: film telewizyjny i serial

[24] Dz. U z 2001 r., Nr 13, poz.116.

[25] Protokół Zespołu Przewodniczącego Komitetu ds. RiT z 1993 r. gdzie zawarto postulat „rozstrzygnięcia formy prawnej funkcjonowania zbiorów w okresie po rejestracji spółek do czasu zakończenia wyceny zbiorów".

[26] Dz. U. z 1952 r., Nr 34, poz. 234.

[27] M. Poźniak-Niedzielska (1968). *Autorstwo dzieła filmowego.* Warszawa: Wydawnictwo Powszechne, s. 195–196.

[28] Ibidem, s 45–47. Autorka dochodzi do wniosku, że nie ma przeszkód aby w poczet utworów sztuki kinematograficznej zaliczyć wszelkie rejestracje wizualne lub wizualno-akustyczne, a nie tylko rejestracje wykonane w celu późniejszego wyświetlenia w kinach. Oparła się na szerokim ujęciu pojęcia „film kinematograficzny" „także w tych wypadkach gdy sposób utrwalenia obrazu (lub obrazu i dźwięku) albo sposób korzystania z nich odbiega od

telewizyjny[29]. Podstawą tego poglądu jest art. 12. ust. 4 konwencji berneńskiej (tekst berliński), gdzie wyraźnie stanowi się, że postanowienia dotyczące utworów kinematograficznych należy stosować do produkcji otrzymanej w każdy inny sposób analogiczny do kinematografii. Wyłączenie serialu telewizyjnego z reżimu utworu kinematograficznego spowodowałoby, że do zakresu nabywanych przez TVP praw należałoby stosować wyłącznie ogólne reguły umowne[30] nabywania praw od twórców serialu telewizyjnego, co pomijałoby w całości rolę i prawa przedsiębiorstwa wytwarzającego film (serial) oraz producenta organizującego i odpowiadającego za produkcję filmową (telewizyjną). Pogląd taki, odnotowany z ostrożności, nie jest jednak aprobowany w doktrynie. Tym samym utwór audiowizualny wytworzony przez przedsiębiorstwo, jakim była p.j.o PRiT może być utożsamiany z dziełem kinematograficznym. Choć pojęcie utworu audiowizualnego zostało wprowadzone do polskiego porządku prawnego dopiero w ustawie o paipp w art. 1 ust. 2 pkt 9, było już wcześniej używane w języku branżowym działalności telewizyjnej. Nie zostało ono zdefiniowane w ustawie, co oznacza, że należy je tłumaczyć wedle reguł wykładni językowej i znaczenia nadanego mu w branży telewizyjnej.

Prawa TVP jako producenta utworów, posiadającego zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych, a w ślad za tym legitymację procesową zostało potwierdzone w szeregu orzeczeń sądowych, także w odniesieniu do repertuaru sprzed wejścia w życie ustawy o paipp[31]. Na mocy art. 27 pkt 2 ustawy o pa czas majątkowych praw autorskich do utworów kinematograficznych wynosił 10 lat. Oznacza to, że większość praw majątkowych autorskich do utworów audiowizualnych, stanowiących audiowizualne zasoby programowe p.j.o PRiT, zarządzanych w imieniu Skarbu Państwa, a powstałych przed 24 maja 1984 r. wygasło i stało się domeną publiczną. Do dnia wejścia w życie ustawy o paipp w dniu 24 maja 1994 r., prawa te wygasały w ciągu 10 lat od pierwszego publicznego wykonania (pokazu premierowego, emisji). Stan ten jednak uległ zmianie na mocy przepisów końcowych i przejściowych ustawy o paipp, a szczególnie na mocy art. 124 ust. 1 pkt 3. Prawa majątkowe autorskie do utworów, które powstały do 23 maja 1994 r., mimo wygaśnięcia „odżyły" ponownie z chwilą wejścia w życie ustawy, czyli dnia 24 maja 1994 r.[32], lecz już nie na okres 10 lat, a na 50 lat, następnie zaś – na 70 lat.

Wspomniany przepis przyjmuje zasadę bezpośredniego działania ustawy w odniesieniu do ustanowienia praw podmiotowych (autorskich majątkowych do utworu) i zapewnienia im ochrony. Prawa autorskie do utworu audiowizualnego odżywają na rzecz podmiotu prawa autorskiego niewskazanego wyraźnie w ustawie. Na zasadzie art. 1 w zw. z art.17 tej ustawy byłby nim twórca, gdyby nie art. 70 ust. 1, który wyraźnie stanowi, że prawa autorskie do utworu audiowizualnego powstają (pierwotnie) z mocy ustawy na rzecz producenta tego utworu. Na podstawie ustanowionego w art. 70 ust. 2 domniemania prawnego producent nabywa także prawo do poszczególnych wkładów

praktyki tradycyjnej, należy potraktować dzieło jako utwór sztuki kinematograficznej, jeśli tylko efekt artystyczny i funkcje społeczne, jakie ono spełnia nie przeczą temu wyraźnie".

[29] Por. J. Serda. W: S. Grzybowski, A. Kopff, J. Serda (1973). *Zagadnienia prawa autorskiego.* Warszawa: PWN, s. 362; J. Szczotka (1988). Rejestracja audiowizualna w świetle polskiego prawa autorskiego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej*, s. 47.

[30] Ibidem.

[31] Uchwała SN w składzie 7 sędziów, z 19 lutego 1968r. III CZP 40/67, wyr. SN z 3 grudnia 2004 r. I CK 312/02; M. Czajkowska-Dąbrowska (2005). Problematyka utworów audiowizualnych – Przegląd Orzecznictwa Sądu Najwyższego. *Glosa*, nr 3, s. 64–65; wyr. SA z dnia 17 kwietnia 2008 r., IV ACa 1261/07.

[32] Art. 124 ust. 1. Przepisy ustawy stosuje się do utworów: 1) ustalonych po raz pierwszy po jej wejściu w życie; 2) do których prawa autorskie według przepisów dotychczasowych nie wygasły; 3) do których prawa autorskie według przepisów dotychczasowych wygasły, a które według niniejszej ustawy korzystają nadal z ochrony, z wyłączeniem okresu między wygaśnięciem ochrony według ustawy dotychczasowej i wejściem w życie niniejszej ustawy. Ustawa nie narusza własności egzemplarzy utworów rozpowszechnionych przed dniem jej wejścia w życie".

twórczych utworów stworzonych na jego zamówienie lub włączonych do utworu audiowizualnego, lecz tylko w zakresie audiowizualnej eksploatacji tego utworu. Na podstawie pierwotnego brzmienia art. 70 ust. 1 tejże ustawy wyłączne prawo do całości utworu audiowizualnego (rozporządzania, korzystania z utworu) nabywał producent na wszystkich polach eksploatacji[33], także powstających w przyszłości. Oznacza to, że zakres tych pól może być szerszy niż wynikałoby to z ustawy o pa.

Produkcja telewizyjna od 24 maja 1994 r., wytworzona przez TVP, od czasu jej zawiązania stanowi co do zasady przedmiot jej mienia jako osoby prawnej, tak w zakresie własności nośników materialnych, jak i wyłącznych majątkowych praw autorskich oraz pokrewnych. Nabycie to następowało *ex lege* na mocy art. 70 ust. 1 ustawy o paipp (w pierwotnym brzmieniu). Od czasu nowelizacji ustawy o paipp w 2000 r.[34] nabycie utworu następuje na rzecz producenta już jedynie na podstawie domniemania ustawowego z tytułu zawarcia umowy o stworzenie utworu albo umowy o wykorzystanie już istniejącego utworu w utworze audiowizualnym. Na podstawie wspomnianego domniemania prawnego producent nabywa wyłączne prawo majątkowe do eksploatacji tych utworów w ramach utworu audiowizualnego jako całości. Eksploatacja utworu audiowizualnego jako całości, zgodnie z art.17 w zw. z art. 70 ust. 1 i art. 50 ust. 1 ustawy o paipp, może obejmować wszystkie pola eksploatacji w zakresie normalnego korzystania z utworu audiowizualnego, w tym nadawanie w telewizji lub przez inne środki publicznego udostępniania utworów. Oczywiście konstrukcja domniemania prawnego zakłada, że jeżeli strony w inny sposób ustaliły podział praw w umowie, prawa mogą przysługiwać twórcom. Decyduje tu zasada wyrażona w art. 17 ust. 1 ustawy o paipp, że prawa majątkowe autorskie przysługują twórcy, jeśli inaczej nie ustanowiono w umowie. Trzeba też zauważyć, że w praktyce wspomniane domniemanie wiąże twórców, z którymi producent zawarł przed rokiem 1994 umowę o udział w stworzenie utworu audiowizualnego, gdyż na mocy art. 13 ustawy o pa prawa do utworu audiowizualnego producent nabywał z mocy ustawy. Nadto umowy z twórcami zawierano na podstawie wzorca umownego, który w zasadzie nie przewidywał innego podziału praw i obowiązków.

Trzeba podkreślić, że na podstawie art. 124 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 70 ust. 1 nabyte w sposób pierwotny majątkowe prawa autorskie rozciągają się na wszelkie pola eksploatacji, które pojawią się z biegiem czasu[35]**.** Oznacza to, że od daty wejścia w życie ustawy o paipp, wspomniane pierwotne nabycie majątkowego prawa autorskiego rozciąga się na nowe formy eksploatacji, takie jak utrwalenie filmu na kasetach wideo, wprowadzanie tych kaset do obrotu oraz ich wynajmowanie i wydzierżawianie (wypożyczanie), a także na pole rozpowszechniania utworu w sieci teleinformatycznej czy to w formie nadania (*webcasting*), czy udostępnienia publicznego (*on demand*)[36]. Oznacza to, że przedsiębiorstwo, które wytworzyło utwór audiowizualny (p.j.o PRiT i jej następca TVP) – *ex lege* nabywało wyłączne prawa do rozporządzania i korzystania z majątkowych praw autorskich do utworu audiowizualnego bez konieczności uzyskiwania zezwolenia twórcy[37] w ramach normalnej audiowizualnej eksploatacji tego utworu.

[33] E. Traple (2000). Dwadzieścia lat później. Przedłużenie ochrony majątkowych praw autorskich. *Rzeczpospolita*, 21 sierpnia.

[34] Nowelizacja z dnia 22 lipca 2000 r. (Dz. U. z 2000 r., Nr 53, poz. 637).

[35] Patrz: J. Barta i R. Markiewicz (1996). Stare filmy – nowe prawo. *Rzeczpospolita* 13 czerwca – za: LEX, t. 2, a także E. Traple (2000). *Dwadzieścia lat później…*

[36] Por: E. Traple (2007). Prawa producenta a nowe pola eksploatacji utworu audiowizualnego oraz „przyrost" praw ze względu na przedłużenie ochrony. W: Współczesne problemy prawa handlowego. Księga Jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej (s. 399–415). Kraków: Wolters Kluwer.

[37] Por. odmiennie R.M. Sarbiński (2000). Głosa do wyroku SN z dnia 8 listopada 2000 r., V CKN 693/00. PUG, 29 marca.

Podobnie rozstrzygał tę kwestię art. 13 ustawy o pa. Brak w umowie z twórcami postanowień o niektórych polach eksploatacji mógł mieć znaczenie dla oceny zakresu praw nabywanych przed wejściem w życie ustawy o paipp, lecz z chwilą wejścia w życie ustawy o paipp zakres ten jest już obojętny, z uwagi na zasadę nabywania tych praw bezpośrednio *ex lege* na mocy art. 70 ust. 1. Nie wyłącza to jednak prawa twórców do wynagrodzenia ustawowego z tytułu eksploatacji utworu audiowizualnego na polach objętych art. 70 ust. 2(1)[38]. Normalna eksploatacja utworu audiowizualnego nie obejmuje wykorzystania dzieła poza utworem audiowizualnym. Przyjęta w art. 70 ust. 1 zasada pierwotnego nabycia praw przez producenta utworu audiowizualnego polega ta tym, iż *ex lege* wstępuje on w ogół praw majątkowych autorskich do utworu audiowizualnego, gdzie wynikający z tego monopol prawny (autonomia) nie jest zależny od treści umów cywilnych o stworzenie dzieła, zawartych ze współtwórcami, jeśli eksploatacja zachodzi na polu audiowizualnym[39]. Zgodnie z art. 71 producent nabywa prawo do dokonywania tłumaczeń utworu audiowizualnego na inne języki bez wymaganej zgody twórców. Jednakże nie nabywa prawa do wykonywania innych praw zależnych do opracowywania utworu lub jego przeróbek, gdyż prawa te wkraczają w integralność utworów poza dziełem audiowizualnym[40], chyba że indywidualne umowy ustanawiają inny podział praw i obowiązków[41].

Trzeba też mieć na uwadze, że zgodnie z art. 125 ust. 1.w zw. z art. 85 ustawy o paipp przepisy te stosuje się do artystycznych wykonań ustalonych po raz pierwszy po jej wejściu w życie, w zakresie korzystania z nich po jej wejściu w życie, jeżeli według przepisów tej ustawy korzystają nadal z ochrony. Szczególne znaczenie przypada tu art. 87 ustawy, ustalającemu domniemanie prawne na rzecz producenta, że w braku odmiennych ustaleń stron, zawarcie przez artystę wykonawcę z producentem utworu audiowizualnego umowy o współudział w realizacji utworu audiowizualnego przenosi na producenta prawa do rozporządzania i korzystania z wykonania, w ramach tego utworu, na wszystkich znanych w chwili zawarcia umowy polach eksploatacji. Tym samym eksploatowanie artystycznych wykonań na nowych polach eksploatacji wymagałoby zawarcia z artystami wykonawcami dodatkowych umów. Jednakże treść indywidualnych umów zawieranych przed rokiem 1994 może wskazywać, że zakres rozporządzenia przez artystę wykonawcę swoim wykonaniem obejmował wszystkie pola eksploatacji, co w konsekwencji oznacza, że także pola nowe. Jest to związane z regułą, że zakaz nieprzenoszalności praw na wszystkich polach eksploatacji dotyczy jedynie utworów (artystycznych wykonań) powstałych po 24 maja 1994 r. (art. 41. ust. 4). W praktyce i w okolicznościach powstawania artystycznych wykonań w ramach stosunku pracy z p.j.o „Polskie Radio i Telewizja" oznaczałoby, że prawa te przeszły w całości na producenta[42]. Umowy zawierane już po 24 maja 1994 r. muszą uwzględniać działanie zasady z art. 87 ustawy mówiącej o dopuszczalności zawierania umów jedynie na pola eksploatacji znane w chwili zawarcia umowy. Producent znajdujący się w sytuacji wymagającej uzupełnienia zgody artysty wykonawcy może powołać się na art. 41 ust. 5, który mówi, że twórca (odpowiednio artysta wykonawca) utworu (wykonania) wykorzystanego w utworze audiowizualnym, po powstaniu nowych sposobów eksploatacji utworów, nie może bez ważnego powodu odmówić udzielenia zezwolenia

[38] J. Błeszyński (1995). Wynagrodzenie w świetle art. 70 ust.3 i 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. PUG, *8*, 6 i n.

[39] Por: Ibidem.

[40] Ibidem.

[41] Orzeczenie SN z 20 czerwca 1975 r. (I CR 535/75), PUG 1976, nr 5, poz. 3, s. 115.

[42]

na korzystanie z tego utworu w ramach utworu audiowizualnego na polach eksploatacji nieznanych w chwili zawarcia umowy. Odmowa zgody musi być oparta na okolicznościach dotyczących sfery osobistej artysty wykonawcy. Jeśli zatem odmowa zostanie oparta na motywach majątkowych, to producent będzie mógł powołać się na zaspokojenie interesu majątkowego artysty wykonawcy w ramach wynagrodzenia płaconego przez niego z tytułu nadań na podstawie art. 70 ust. 2 za pośrednictwem organizacji zbiorowego zarządzania.

Podobnie rzecz się ma w zakresie prawa pokrewnego do wideogramu, instytucji wprowadzonej ustawą o paipp, obejmującej ochroną prawa podmiotowe do utrwaleń audiowizualnych niestanowiących utworów, czyli utrwaleń ruchomych obrazów, z dźwiękiem lub bez, utrwalonych pierwotnie przez producenta. Ochrona wideogramu rozciąga się w czasie wstecz, obejmując okres pierwotnie 20 lat, a od nowelizacji ustawy w 2000 r. okres 50 lat. Prawa TVP do wideogramu są tu dodatkowo wzmocnione domniemaniem prawnym, gdyż pierwsze sporządzenie wideogramu nastąpiło pod firmą przedsiębiorcy.

IV. Otwarty Kod Rozwoju – licencje dla kreatywności na bazie zasobów archiwum telewizji publicznej

TVP jako nadawca publiczny powołany do realizacji misji publicznej, tak w obszarze twórczości programowej, jak i innych usług w zakresie komunikacji społecznej, jest z natury rzeczy powołana do realizacji idei „Otwartego Kodu Rozwoju”[43], poprzez publiczne udostępnienie archiwów za pomocą sieci teleinformatycznych na warunkach licencji rozszerzających zakres dozwolonego użytku osobistego odbiorców, a propagowanych przez ruch *Creative Commons*. Licencje te, ze swej istoty są udzielane w przypadkach udostępniania nieodpłatnego i z zastrzeżeniem niekomercyjnego korzystania z udostępnianych materiałów. Nie wyklucza to określenia dostępu warunkowego dla przekazów płatnych czy innych form skomercjalizowania publicznego dostępu do rejestracji audiowizualnych nie objętych licencjami CC.

Wobec utworów audiowizualnych, co do których TVP posiada wyłączną własność intelektualną, licencja CC mogłaby być udzielana w trybie zezwolenia umownego, skierowanego do zindywidualizowanego użytkownika sieci. Idea tych licencji wkracza nie tylko w majątkowe prawa autorskie (skonsumowane udostępnieniem w sieci materiału archiwalnego). Możliwe jest także dalej idące rozwiązanie, upoważniające odbiorców do dokonywania opracowań lub nawet do wkraczania w sferę integralności utworu (rejestracji) i kreowania na bazie materiałów archiwalnych nowej twórczości; oczywiście jeśli TVP uzyskała od twórcy upoważnienie do przetwarzania utworu. Ten zakres ingerencji powinien się wiązać z niekomercyjną działalnością. Przejście do sfery obrotu gospodarczego i skomercjalizowanie wytworów powstałych na bazie tych licencji wiązałoby się z powrotem do pełnego reżimu wyznaczonego ustawą o paipp i przede wszystkim z uzyskaniem licencji na skomercjalizowanie tych wytworów i ich odpłatne (zarobkowe) rozpowszechnianie lub publikowanie. Aby uczynić ten system efektywnym i nie utracić kontroli nad pierwotnie udo-

[43] Koncepcja opracowana przez R. Kroplewskiego i zaprezentowana na wykładzie *Prawa autorskie a Nowe Media,* 31 stycznia 2006 r., Warszawa, Konferencja IRR pn. *Przyszłość rynku mediów elektronicznych w Polsce.*

stępnionym utworem audiowizualnym, należałoby wprowadzić system śledzenia (nadzoru) sposobu korzystania z utworu i identyfikacji podmiotu korzystającego z udostępnienia.

Licencje CC są przeciwieństwem systemu ustanawiania zakazów, stosowanego przez podmioty praw wyłącznych do praw autorskich. Ruch CC zaproponował udostępnianie utworów na zasadzie poszerzenia lub skonkretyzowania uprawnień dozwolonego użytku. Ruch ten powstał w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej na Uniwersytecie Stanforda jako społeczna propozycja wychodząca naprzeciw ograniczaniu praw dostępu do utworów w środowisku cyfrowym. CC szanuje prawo twórców do określenia stopnia, w jakim chcą dzielić się swoją twórczością z innymi, a jednocześnie zachęca to tworzenia wspólnej kultury, której elementy mogą być swobodnie wymieniane i zamieniane[44]. Zasadą jest, że udostępnienie (dzielenie się twórczością) następuje w celach niekomercyjnych.

Licencje CC wykorzystują prawo autorskie, aby umożliwić przekazanie innym części przysługujących twórcy praw. Nie oznaczają one zrzeczenia się praw autorskich, ale ich ograniczenie na rzecz podmiotu korzystającego. Dzieła oznaczone licencjami CC nie trafiają do domeny publicznej, prawa autorskie pozostają przy twórcy, a licencja CC umożliwia udostępnienie utworu szerokiemu gronu użytkowników[45]. Licencje te opracowano z myślą o wszelkiego rodzaju utworach możliwych do rozpowszechniania w publicznej sieci teleinformatycznej. Decydując się na standardową licencję CC, podmiot praw wyłącznych podejmuje decyzję co do czterech warunków udostępniania, a ich kombinacje tworzą razem sześć podstawowych licencji utworzonych przez amerykański oddział CC. Wraz z powstaniem narodowych wersji CC twórcy uzyskują możliwość wybierania jednej z lokalnej wersji licencji. Licencje CC obowiązują na całym świecie jako licencje niewyłączne zawierane na czas nieoznaczony. Forma tych licencji nawiązuje do dorobku i doświadczeń ruchu *Open Source* promującego otwarte kody oprogramowania.

Ruch CC nie jest zaangażowany w cyfrowe zarządzanie prawami autorskimi wykorzystujące techniki DRM. Techniki te zmierzają do zablokowania niektórych sposobów korzystania z utworów chronionych prawem autorskim, a przez to ograniczają prawa użytkowników. Natomiast CC promuje określone sposoby użycia praw i gwarantuje prawa użytkownikom. O ile stosowane w obu przypadkach narzędzia techniczne są podobne, o tyle służą innym celom. Zamiast wymieniać ograniczenia prawa, przedstawiają swobody (upoważnienia), których poszanowanie zapewniają na zasadzie wzajemności. W ten sposób narzędzia, takie jak wyszukiwarki mogą w łatwy sposób przeszukiwać i katalogować licencjonowane dzieła. Nadzór nad wykonywaniem warunków umowy leży jednak w gestii aparatu prawnego. Przedstawiciele ruchu CC stwierdzają wyraźnie, że wykorzystanie narzędzi DRM do ograniczenia praw zapewnionych przez licencję CC stanowi naruszenie tejże licencji[46]. Ruch ten wyraźnie promuje własne systemy zarządzania prawami autorskim. W istocie, systemy DRM zmierzają do zawężenia sfery dozwolonego użytku (art. 23 ustawy), a licencje CC, CAL, OS starają się zwiększyć uprawnienia użytku własnego użytkowników i skonkretyzować warunki udostępnienia. W wyniku udzielenia

[44] Patrz: www.creativcommons.pl

[45] Za: Creative Commons Polska, w: http.creativecommons.pl/licencje-praw-autorskich-creative-commons/.

[46] Całość za: http://www.crativecommons.pl, dział FAQ.

licencji CC dochodzi do ustalenia swego rodzaju kontraktu wspólnoty twórczej danego działa. Wspólnota ta jest zawiązana na rzecz rozwoju kultury i jest promowana pod hasłem „Otwarty Kod Kultury”[47], co w przełożeniu na język Konstytucji RP można sparafrazować jako „Otwarty Kod Rozwoju”. Licencje CC spełniają i jednocześnie urzeczywistniają na poziomie prywatno-prawnym zasadę zrównoważonego rozwoju wspólnoty społecznej.

Oryginalnym przykładem inspiracji modelami licencji ruchu CC jest projekt udostępnienia archiwów audiowizualnych przez telewizję BBC, który ogłoszono swego czasu pod nazwą *Creative Archive Licence*. Trzeba zaznaczyć, że projekt ten w przeciwieństwie do licencji CC nie ogranicza stosowania systemów DRM, jednakże wyraźnie podkreśla, że nie będzie to następowało kosztem kreatywności użytkowników. Właśnie ten projekt może stanowić punkt wyjścia dla podobnej instytucji umownej na podstawie, której Telewizja Polska S.A. mogłaby udostępniać zasoby swoich archiwów. Nazwa tych licencji jest sprawą drugorzędną, choć winna stanowić syntezę założeń projektu, np. TVP-COL (*Creative Open Licence*). W tego typu licencjach chodzi bowiem o poszerzenie uprawnień użytku osobistego, przy jednoczesnym zapewnieniu kontroli wykonywania praw autorskich w tej formie. Najbardziej jednak istotne jest to, że licencje CAL oparte są na podstawowym założeniu, że udostępnienie archiwów następuje wyłącznie na cele niekomercyjne co oznacza, że zarobkowe wykorzystanie archiwów lub powstałych na jego bazie opracowań lub przetworzeń wymaga każdorazowo zezwolenia podmiotu praw wyłącznych, czyli w tym przypadku BBC[48]**.** Licencje CAL zostały wdrożone w projektach archiwalnych nie tylko BBC, lecz także Chanel 4, Open University, British Film Institute czy TechersTV. Każdy z nich wypełnia podstawowy cel, jakim jest edukacja i stymulacja kreatywności.

Zastosowanie licencji CC czy CAL na polskim gruncie jest zależne jedynie od woli udostępniającego i jest w pełni dopuszczalne prawnie, jeśli oczywiście ma swe źródło w woli twórcy, pierwotnego nabywcy utworu w zakresie audiowizualnej jego eksploatacji lub podmiotu praw pokrewnych. Nie wszystkie bowiem utrwalenia audiowizualne są utworami, co nie oznacza, że nie są chronione jako wideogramy. Wszystkie zaś wymienione tu chronione dobra niematerialne podlegają porządkowi licencjonowania. Ten sposób udostępniania zborów programowych archiwów innym nadawcom mógłby być oparty na prawach wyłącznych TVP jednakże nowość powinna polegać na zniesieniu barier dostępu[49].

V. Podsumowanie: telewizja w konwergencji

Powyższe rozważania pokazują, że mimo skomplikowanej sytuacji prawnej interwencja ustawodawcy wcale nie jest konieczna, aby zapewnić odbiorcom dostęp do zbiorów archiwalnych pozostających we władaniu TVP. Sytuacja ta nie wymaga stawiania wniosków *de lege ferenda*. Wystarczające jest całościowe wykonanie przepisów ustawy o ritv – w zakresie wkładu uzupełniającego do spółki akcyjnej – a także umożliwienie pełnego wykonywania TVP praw właściciela i praw wyłącznych w zakresie nośników materialnych oraz dóbr niematerialnych zarejestrowanych w materiałach archiwalnych. Pozwoli na to stosowanie – z pożytkiem dla odbiorców i rozwoju

[47] Cytat twórcy Fundacji Otwarty Kod Kultury.

[48] Patrz: http://creativearchive.bbc.co.uk/.

[49] Model taki został poparty także przez KRRiT w stanowisku z 29 stycznia 2007 r. w sprawie archiwalnych zbiorów programowych byłej p.j.o. PRiT będących przedmiotem użyczenia na rzecz TVP SA.

kultury – licencji rozszerzających, analogicznych dla licencji ruchu *Creative Commons*, czyli propozycji otwartych licencji TVP-COL. Z jednej strony, w ten sposób mógłby zostać zakończony proces transformacji telewizji publicznej, z drugiej zaś – zapewnione byłyby pełne warunki do konkurowania spółki akcyjnej w środowisku usług konwergentnych. Trzeba bowiem dostrzec, że dotychczasowe rozróżnienie pól eksploatacji w postaci nadania i Internetu w obszarze audiowizualnych usług medialnych traci na znaczeniu i ma coraz mniejsze uzasadnienie. Zrównanie tych pól w sensie ekonomicznym nastąpiło już w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych. Pola te mają znaczenie tylko techniczne, a nie ekonomiczne. Utwory audiowizualne udostępniane w ramach usług medialnych docierają do tego samego kręgu odbiorców. W tym sensie korzystanie z nich dokonywane jest w ramach tego samego procesu: „rozpowszechniana" (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy o paipp). Medium, jakim jest Internet, traci na nowości. W Polsce istnieje już od sierpnia 1995 r., od czasu pierwszego udostępnienia portalu Wirtualna Polska[50]. Przekazy audiowizualne funkcjonują na różnych platformach dostępu i na różnych urządzeniach w ramach konwertujących się mediów. Konwergencja zachodzi nie tylko w obszarze percepcji, lecz także procesów twórczych i produkcji. To horyzontalne spojrzenie na rynek audiowizualnych usług medialnych pozwoliłoby na pełne urzeczywistnienie misji mediów publicznych, określonej w art. 21 ust. 1 i 1a ustawy, która stawia dla TVP zadanie nie tylko tworzenia i rozpowszechniania programów telewizyjnych, lecz także innych usług z pożytkiem dla całego społeczeństwa.

Bibliografia

Barta, J. i Markiewicz, R. (1966). Stare filmy – nowe prawo. *Rzeczpospolita* 13 czerwca.

Błeszyński, J. (1995). Wynagrodzenie w świetle art. 70 ust.3 i 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, *8*, 6–11.

Czajkowska-Dąbrowska, M. (2005). Problematyka utworów audiowizualnych – Przegląd Orzecznictwa Sądu Najwyższego. *Glosa*, nr 3.

Grzybowski, S., Kopff, A. i Serda, J. (1973). *Zagadnienia prawa autorskiego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Kruczalak, K. (1988). Pojęcie przedsiębiorcy i jego znaczenie w obowiązującym prawie. *Rejent*, *3*, 11–22.

Kruczalak, K. (2006). *Prawo Handlowe, Zarys wykładu*. Warszawa: LexisNexis.

Poźniak-Niedzielska, M. (1968). *Autorstwo dzieła filmowego*. Warszawa: Wydawnictwo Powszechne.

Sarbiński, R.M. (2002). Glosa do wyroku SN z dnia 8 listopada 2000 r., V CKN 693/00. PUG, 29 marca.

Szczotka, J. (1988). Rejestracja audiowizualna w świetle polskiego prawa autorskiego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej* , *47*, 9–38.

Traple, E. (2000). Dwadzieścia lat później. Przedłużenie ochrony majątkowych praw autorskich. *Rzeczpospolita*, 21 sierpnia.

Traple, E. (2007). Prawa producenta a nowe pola eksploatacji utworu audiowizualnego oraz „przyrost" praw ze względu na przedłużenie ochrony. W: *Współczesne problemy prawa handlowego, Księga Jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej* (s. 399–415). Kraków: Oficyna Wolters Kluwer.

[50] Twórca portalu L. Bogdanowicz lokuje pierwszy polski medialny serwis internetowy na stronie http://www.ue.edi.pg.pl/WA/WP.

Artur Salbert*, Anna Żochowska-Sychowicz**

Zasadność wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości dla operatora multipleksu w okresie przed przyznaniem koncesji na rozpowszechnianie programów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II Ustawowe zależności między rezerwacją częstotliwości i koncesjami
1. Uwaga wstępna
2. Postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie
3. Postępowanie w sprawie przyznania koncesji na rozpowszechnianie programów w multipleksie
4. Faktyczna możliwość rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie
III. Charakter opłat wnoszonych za rezerwację częstotliwości
IV. Obowiązek wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości wykorzystywaną w multipleksie w okresie przejściowym
1. Wykładnia gramatyczna
2. Wykładnia celowościowa i prounijna
3. Możliwość powoływania się na bezpośredni skutek art. 13 dyrektywy 2002/20/WE
4. Zgodność przepisów o opłatach za rezerwację częstotliwości z Konstytucją
V. Podsumowanie

Streszczenie

Rozpoczęcie rozpowszechniania programów telewizyjnych w multipleksie jest uzależnione od uzyskania rezerwacji częstotliwości przez operatora multipleksu oraz koncesji przez nadawców programów. Celem niniejszego artykułu jest przeprowadzenie analizy w sprawie możliwości zastosowania wykładni, zgodnie z którą opłaty za rezerwację częstotliwości powinny być wnoszone dopiero od momentu, gdy częstotliwość faktycznie będzie mogła być wykorzystywana przez operatora multipleksu do rozpowszechniania programów oraz ocena zgodności rozwiązania przyjętego w przepisach o wnoszeniu opłat za częstotliwości z Konstytucją na wypadek negatywnych wyników takiej wykładni.

* Artur Salbert – radca prawny z kancelarii Modzelewska i Paśnik spółka komandytowa. e-mail: artur.salbert@modzelewskapasnik.pl.
** Anna Żochowska-Sychowicz – aplikantka adwokacka z kancelarii Modzelewska i Paśnik spółka komandytowa. e-mail: anna.sychowicz@modzelewskapasnik.pl.

Słowa kluczowe: multipleks; operator multipleksu; rezerwacja częstotliwości; koncesja na rozpowszechnianie programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie; opłaty publiczne; opłaty za rezerwację częstotliwości.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

W celu rozpowszechniania programów telewizyjnych drogą naziemną konieczne jest uzyskanie dwóch uprawnień administracyjnych – rezerwacji częstotliwości oraz koncesji na rozpowszechnianie programu. Podstawę prawną do uzyskania obu tych uprawnień stanowią odrębne akty prawne. Zasady oraz tryb przyznawania koncesji określa ustawa o radiofonii i telewizji[1] (dalej: urt), natomiast zasady i tryb dokonywania rezerwacji częstotliwości – ustawa – Prawo telekomunikacyjne[2] (dalej: Pt).

Do czasu wdrożenia w Polsce naziemnej telewizji cyfrowej, oba te uprawnienia musiał uzyskać ten sam podmiot. Natomiast obecnie, jeżeli program będzie rozpowszechniany przez operatora multipleksu w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną, rezerwacja częstotliwości oraz koncesje mogą zostać przyznane różnym podmiotom.

Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 2 pkt 20a Pt przez „multipleks" rozumie się zespolony strumień danych cyfrowych, składający się z dwóch lub więcej strumieni utworzonych z danych wchodzących w skład treści programów radiofonicznych lub telewizyjnych oraz danych dodatkowych, obejmujących w szczególności dane związane z systemem dostępu warunkowego lub usługami dodatkowymi. Z multipleksem wiąże się pojęcie sygnału multipleksu, które oznacza sygnał radiowy transmitowany z użyciem kanału lub bloku częstotliwościowego w służbie radiodyfuzyjnej, przenoszący treści zawarte w multipleksie. W bardziej przystępnym języku „multipleks" to nadawana w pojedynczym kanale telewizyjnym „cyfrowa paczka" składająca się z programów telewizyjnych i radiofonicznych oraz dodatkowych informacji w postaci cyfrowej[3]. Dzięki multipleksacji możliwe jest zwiększenie efektywności wykorzystania częstotliwości, gdyż w tym samym kanale, zamiast jednego programu (tak jak wcześniej w telewizji analogowej), możliwe jest nadawanie kilku programów.

Ze względu na to, że w multipleksie może być nadawany więcej niż jeden program, ustawodawca zmienił kolejność uzyskiwania uprawnień administracyjnoprawnych. W tym przypadku najpierw konieczne jest uzyskanie rezerwacji częstotliwości w służbie radiodyfuzyjnej na rozpowszechnianie lub rozprowadzanie programów telewizyjnych w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie. Podmiot, który uzyska taką rezerwację częstotliwości, uzyskuje status operatora multipleksu (art. 2 pkt 23b Pt)[4]. Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 Pt operator multipleksu jest zobowiązany między innymi do umieszczania oraz rozprowadzania lub rozpowszechniania pro-

[1] Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2015 r., poz. 1531).

[2] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r., poz. 243 z późn. zm.).

[3] Strona internetowa Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji: https://mac.gov.pl/projekty/naziemna-telewizja-cyfrowa/multipleksy.

[4] Dodatkowo taki podmiot powinien prowadzić działalność telekomunikacyjną i posiadać własną infrastrukturę telekomunikacyjną lub zawrzeć umowę o świadczenie usługi transmisji sygnału multipleksu z operatorem sieci nadawczej.

gramów radiofonicznych i telewizyjnych nadawców posiadających koncesję na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie.

Po dokonaniu rezerwacji częstotliwości na rzecz operatora multipleksu, nadawcy w celu rozpowszechniania programów w tym multipleksie muszą uzyskać koncesje. Odwrócenie kolejności przyznawania uprawnień koniecznych do rozpowszechniania programów w multipleksie może oddziaływać na obowiązki dotyczące danin publicznych, gdyż podmiot, który uzyskał prawo do dysponowania częstotliwością w rezerwacji częstotliwości, jest zobowiązany do wnoszenia opłat za prawo do dysponowania częstotliwością.

Jak wyjaśniono, sama rezerwacja częstotliwości nie jest wystarczająca do tego, aby program mógł być rozpowszechniany w multipleksie. Konieczne jest jeszcze uzyskanie przez nadawców koncesji na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie.

W tych okolicznościach powstaje pytanie: czy samo dokonanie rezerwacji na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie wiąże się z koniecznością wnoszenia opłat za tę rezerwację w okresie, w którym nadawcy nie uzyskali jeszcze koncesji na rozprowadzanie programów w tym multipleksie. W przypadku ustalenia, że opłaty powinny być wnoszone już od daty uzyskania rezerwacji częstotliwości poddać należy analizie zgodność takiego rozwiązania z Konstytucją[5].

II. Ustawowe zależności między rezerwacją częstotliwości i koncesjami

1. Uwaga wstępna

Przed podjęciem próby ustalenia zakresu obowiązku wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie, wyjaśnić należy ustalone przez ustawodawcę zależności pomiędzy rezerwacją częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie i koncesjami na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie. Dodać jeszcze należy, że te zależności nie będą dotyczyły multipleksów I i II, gdyż w tym przypadku nadawcy oraz programy telewizyjne rozpowszechniane w tych multipleksach zostały określone w ustawie o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej[6]. Przywołane w dalszej części przepisy będą miały zastosowanie do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w innych multipleksach.

2. Postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie

Zgodne z art. 114 ust. 1 Pt rezerwacja częstotliwości określa częstotliwości, które w okresie rezerwacji pozostają w dyspozycji podmiotu, na rzecz którego dokonano rezerwacji, przeniesiono uprawnienia do częstotliwości lub uprawnienia do dysponowania częstotliwościami na cele związane z uzyskiwaniem pozwoleń radiowych. Art. 114 ust. 2 Pt stanowi, że rezerwacji częstotliwości na cele rozprowadzania lub rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, dokonuje, zmienia lub cofa Prezes UKE w porozumieniu z Przewodniczącym Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej: Przewodniczący KRRiT). Decyzja o rezerwacji częstotliwości

[5] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

[6] Ustawa z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej (Dz. U. Nr 153, poz. 903 z późn. zm.).

jest dokonywana na wniosek (art. 114 ust. 4 Pt). Jeżeli zainteresowanie tym samym zasobem częstotliwości na cele rozpowszechniania w sposób cyfrowy lub rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych wyrazi więcej podmiotów, podmiot, dla którego zostanie dokonana rezerwacja częstotliwości, jest wyłaniany w drodze konkursu (art. 116a ust. 1–3 Pt). Kryteriami oceny ofert w konkursie są zachowanie warunków konkurencji oraz inne obiektywne kryteria, jeżeli zostały zamieszczone w dokumentacji konkursowej (art. 118a ust. 3 Pt). Konkurs jest postępowaniem odrębnym od postępowania w sprawie rezerwacji częstotliwości. Do konkursu nie stosuje się przepisów kodeksu postępowania administracyjnego[7] (art. 116 ust. 7 Pt). Najbardziej istotne warunki przeprowadzania konkursu określone zostały w Pt, natomiast wymagania dotyczące konkursu o bardziej technicznym charakterze zostały określone w przepisach wykonawczych[8]. Postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości jest wszczynane po ogłoszeniu wyników konkursu, na wniosek podmiotów, które w nim uczestniczyły (art. 118c ust. 4 Pt).

W rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną dokonuje się między innymi określenia programów telewizyjnych lub radiofonicznych umieszczonych w multipleksie (art. 115 ust. 3 pkt 1 Pt). Pt nie wymaga jednak określenia nazwy programów. Wskazanie programu może nastąpić w sposób rodzajowy, poprzez określenie cech takiego programu pozwalających na odróżnienie go od innych programów[9]. Taka wykładnia przepisów jest zasadna, gdyż określenie programów, które mogą być rozpowszechniane w multipleksie następuje w innym postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez inny organ, którego celem jest przyznanie koncesji na rozpowszechnianie programów.

3. Postępowanie w sprawie przyznania koncesji na rozpowszechnianie programów w multipleksie

Po dokonaniu rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programu w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie powinny zostać przyznane koncesje na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie. Ustawodawca nie przesądził o tym wprost, jednak wynika to z treści art. 37 ust. 1 pkt 3 lit g urt, jak również z art. 37 ust. 3a urt. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów koncesja dla rozpowszechniania cyfrowego rozsiewczego naziemnego w multipleksie określa między innymi multipleks. Drugi powołany przepis wyłącza ogólną zasadę, zgodnie z którą jeżeli do rozpowszechniania programu jest wymagana rezerwacja częstotliwości, Prezes UKE dokonuje jej niezwłocznie na rzecz nadawcy. Ta zasada nie ma zastosowania, w przypadku gdy program będzie rozpowszechniany przez operatora multipleksu w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną.

Nawet gdyby przyjąć, że ustawa nie przesądza wprost o kolejności postępowań w sprawie rezerwacji częstotliwości i koncesji, to logika nakazuje taką kolejność, a znajduje to również potwierdzenie w aktualnej praktyce organów administracji prowadzących postępowania w sprawie przyznania obu tych uprawnień.

[7] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.).

[8] Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. poz. 835 z późn. zm.).

[9] S. Piątek (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 702.

Organem właściwym do przyznania koncesji jest Przewodniczący KRRiT (art. 34 ust. 2 urt). Organ ten podejmuje decyzję w sprawie koncesji na podstawie uchwały Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 34 ust. 3 urt). Przewodniczący Krajowej KRRiT, po zasięgnięciu opinii Prezesa UKE[10], ogłasza w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski" informacje o możliwościach uzyskania koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozsiewczy naziemny programu radiowego lub telewizyjnego oraz ustala termin, nie krótszy niż 45 dni od dnia ogłoszenia, do składania wniosków o udzielenie koncesji (art. 34 ust. 1 urt). Ponadto Przewodniczący Krajowej KRRiT w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski" zamieszcza w co najmniej dwóch drukowanych dziennikach o zasięgu ogólnopolskim informację o tym ogłoszeniu (art. 34 ust. 1 b urt). Rozpatrzeniu podlegają tylko wnioski o udzielenie koncesji w związku z ogłoszeniem (art. 34 ust. 1 c urt). Wymogi wniosku o rezerwację częstotliwości oraz szczegółowy tryb postępowania w sprawach udzielenia (i cofania) koncesji określa rozporządzenie wydane na podstawie art. 37 ust. 4 urt[11]. Analogicznie jak rezerwacja częstotliwości, koncesja przyznawana jest w formie decyzji administracyjnej[12].

4. Faktyczna możliwość rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w multipleksie

Z opisanych wyżej zasad dokonywania rezerwacji częstotliwości i przyznawania koncesji wynika, że faktyczna możliwość rozpowszechniania lub rozprowadzania programu w multipleksie zaistnieje dopiero z chwilą przyznania koncesji na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie. Wcześniejsze wykorzystanie częstotliwości nie będzie możliwe. Częstotliwość może być bowiem przeznaczona wyłącznie na cele wskazane w rezerwacji częstotliwości, tj. w tym przypadku na cele związane z rozpowszechnianiem lub rozprowadzaniem programów w multipleksie. Operator multipleksu (podmiot, na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości) będzie mógł rozpocząć świadczenie usług dopiero po uzyskaniu koncesji przez nadawców. Te usługi będą świadczone na ich rzecz poprzez zapewnienie im dostępu do multipleksu.

Istotne jest, że brak możliwości wykorzystania częstotliwości nie jest następstwem okoliczności leżących po stronie operatora multipleksu czy też nadawców. Taka sytuacja wynika z rozwiązań przyjętych w przepisach prawa i operator multipleksu, jak również nadawcy, nie mają prawnych możliwości wpłynięcia na jej zmianę.

III. Charakter opłat wnoszonych za rezerwację częstotliwości

Zgodnie z art. 185 ust. 1 Pt podmiot, który uzyskał prawo do dysponowania częstotliwością w rezerwacji częstotliwości uiszcza roczne opłaty za prawo do dysponowania częstotliwością. Wysokość tych opłat określają przepisy wykonawcze[13]. Ponadto, stosownie do art. 185 ust. 4 Pt podmiot, na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości w drodze konkursu uiszcza dodatkową opłatę za dokonanie rezerwacji częstotliwości w kwocie zadeklarowanej w tym postępowaniu,

[10] W zakresie częstotliwości lub kanałów oraz maksymalnej mocy promieniowanej i lokalizacji stacji nadawczych przeznaczonych do rozpowszechniania programu lub obszar, na którym mogą być wykorzystywane częstotliwości, chyba że do rozpowszechniania programu nie jest wymagana rezerwacja częstotliwości.

[11] Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz. U. Nr 5, poz. 41).

[12] S. Piątek, W. Dziomdziora i K. Wojciechowski (red.) (2014). *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

[13] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 grudnia 2013 r. w sprawie rocznych opłat za prawo do dysponowania częstotliwością (Dz. U. poz. 1586).

nie niższej niż opłata roczna za prawo do dysponowania częstotliwością, ustalonej zgodnie z warunkami podanymi w rezerwacji częstotliwości. Oznacza to, że przedsiębiorca, który był uczestnikiem konkursu i dokonano na jego rzecz rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie będzie obowiązany do uiszczania dwóch rodzajów opłat – jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji oraz opłat rocznych za prawo do dysponowania częstotliwością.

Ze względu na ustawowe rozwiązanie, zgodnie z którym w istocie nie jest możliwe wykorzystanie częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie do czasu wydania koncesji na rozpowszechnianie programów w tym multipleksie, powstaje pytanie o zasadność wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości za ten okres.

Opłaty za rezerwację częstotliwości, które stanowią dochód budżetu państwa (art. 186 Pt), niewątpliwie są opłatami publicznymi. W związku z powyższym wyjaśnienia wymaga istota opłat publicznych. Ustawa o finansach publicznych[14] w art. 5 ust. 2 pkt 1 wymienia opłaty wśród dochodów publicznych, będących daninami publicznymi. Ordynacja podatkowa[15] również posługuje się pojęciem „opłaty". W doktrynie podkreśla się, że mimo iż ustawodawca często posługuje się sformułowaniem „opłata" (np. opłata skarbowa, miejscowa, targowa, uzdrowiskowa, od posiadania psów, eksploatacyjna, paszportowa, konsularna, sądowa, opłaty związane z ochroną środowiska, opłaty za czynności organów administracji miar, opłaty egzekucyjne), to nie doczekało się ono definicji legalnej[16]. Jednak zarówno na podstawie orzecznictwa, jak i z poglądów przedstawicieli doktryny można wysnuć pewne jednoznaczne wnioski dotyczące natury opłaty publicznej. Na istotę opłaty składają się poniższe elementy:

– opłata jest nakładana przymusowo przez korporacje publicznoprawne (państwo i samorząd terytorialny);
– w przeciwieństwie do grzywien i kar pieniężnych jest nakładana w celu pokrycia publicznych potrzeb finansowych;
– stanowi rodzaj świadczenia wzajemnego na rzecz korporacji publicznoprawnych w zamian za oferowane przez nie świadczenia lub urządzenia, które w całości lub w części w sposób szczególny służą jednostkom lub określonym grupom osób, przysparzając im korzyści[17].

W doktrynie podkreśla się, że cechą charakterystyczną opłat publicznych odróżniającą je od podatków jest odpłatność[18]. Podatek bowiem w myśl art. 6 Ordynacji podatkowej[19] jest świadczeniem pieniężnym publicznoprawnym wynikającym z ustawy podatkowej, nieodpłatnym, a ponadto przymusowym oraz bezzwrotnym na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy. Z nieodpłatnego charakteru podatku wynika, że osoba wnosząca tę daninę publiczną nie uzyskuje w zamian żadnego świadczenia wzajemnego[20]. Podatek – w przeciwieństwie do opłaty – nie

[14] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.)

[15] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz. 613).

[16] S. Babiarz (2013). W: S. Babiarz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek,*Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. VIII. Warszawa: LexisNexis.

[17] C. Kosikowski (red.) (2009). *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*, Wydanie III. Warszawa: Wolters Kluwer Lex.

[18] W. Wójtowicz (red.) (2014). *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 290; S. Babiarz (2013*). Ordynacja podatkowa*…

[19] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz. 613).

[20] S. Babiarz (2013). *Ordynacja podatkowa*…

stanowi „ceny" za świadczoną usługę, co powoduje, że podatnik nie może podważać słuszności i wysokości ciążącego na nim zobowiązania[21].

Natomiast w przypadku opłaty publicznej, wnoszący ją może w zamian spodziewać się jakiegoś świadczenia lub korzyści. W tym miejscu wskazać należy na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyroku dotyczącym opłaty za kartę pojazdu, gdzie, bazując na poglądach doktryny[22], Trybunał stwierdził, że „W zamian za opłatę podmiot ją uiszczający ma prawo żądać usługi, towaru lub działania ze strony organu publicznego. Opłaty pobierane są bowiem w związku z wyraźnie wskazanymi usługami i czynnościami organów państwowych lub samorządowych, dokonywanymi w interesie konkretnych podmiotów. Stanowią zatem swoistą zapłatę za uzyskanie zindywidualizowanego świadczenia oferowanego przez podmiot prawa publicznego"[23]. Podkreślenia wymaga, że opłata może pozostawać w różnorodnej proporcji w stosunku do otrzymywanego świadczenia wzajemnego[24]. Może być ekwiwalentna[25], gdy jej stawka jest dostosowana do rzeczywistej wartości świadczenia wzajemnego. W przypadku, gdy opłata jest pobierana w wysokości otrzymywanej usługi nabywa ona cechy ceny. Natomiast jeżeli jej wysokość przewyższa wartość uzyskiwanego świadczenia lub korzyści, opłata publiczna staje się zbliżona do podatku[26]. Wskazuje się, że zwykle wysokość opłaty jest ustalana niezależnie od czasochłonności i pracochłonności działania organu[27]. Przedmiotem opłaty mogą być pewne oczekiwane zdarzenia, z którymi ustawodawca łączy obowiązek wniesienia opłaty[28]. Świadczenie wzajemne może mieć formę udzielenia prawa[29]. Wśród opłat, za ponoszenie których otrzymuje się świadczenie wzajemne ze strony organu władzy publicznej wymienia się: opłatę targową, opłatę abonamentową, opłatę za wykonywanie transportu drogowego, opłaty lotnicze, opłaty eksploatacyjne oraz opłaty za udzielenie koncesji dla nadawców radiowych i telewizyjnych[30].

Wydaje się, że opłaty za rezerwację częstotliwości mają charakter, który odpowiada istocie opłaty publicznej. W zamian za ich uiszczenie, podmiot na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości uzyskuje uprawnienia, które z ekonomicznego punktu widzenia polegają na możliwości wykorzystania częstotliwości w ramach własnej działalności gospodarczej. Oczywiście wykorzystanie częstotliwości ograniczone jest do celów wskazanych w decyzji o rezerwacji częstotliwości.

IV. Obowiązek wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości wykorzystywaną w multipleksie w okresie przejściowym

1. Wykładnia gramatyczna

Opłaty za rezerwację częstotliwości wnoszone są za prawo do dysponowania częstotliwościami. Zgodnie z art. 114 ust. 1 Pt rezerwacja częstotliwości określa częstotliwości, które w okresie rezerwacji pozostają w dyspozycji podmiotu, na rzecz którego dokonano rezerwacji (a także

[21] A. Krzywoń (2011). Podatki i inne daniny publiczne – podstawowe pojęcia konstytucyjne. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego, 2*(47–58). Lex.

[22] B. Brzeziński (1995). *Prawo podatkowe – zarys wykładu*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora", s. 20.

[23] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt U 6/04.

[24] W. Wójtowicz (red.) (2014). Zarys finansów publicznych i…, s. 291.

[25] E. Fojcik-Mastalska Eugenia i R. Mastalski (2013). *Prawo finansowe*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 465.

[26] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt U 6/04.

[27] E. Fojcik-Mastalska Eugenia i R. Mastalski (2014). Prawo finansowe…, s. 465.

[28] Ibidem.

[29] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2011 r. w sprawie sygn. akt. P 9/09.

[30] A. Krzywoń (2012). Podatki i inne daniny publiczne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Najnowsze tendencje. *Przegląd Sejmowy, 1*(108), s. 31.

podmiotu, na rzecz którego przeniesiono uprawnienia do częstotliwości lub uprawnienia do dysponowania częstotliwościami) na cele związane z uzyskiwaniem pozwoleń radiowych.

Wymaga wyjaśnienia, że poza wyjątkami określonymi w Pt, używanie urządzenia radiowego, które ze swojej istoty wykorzystuje częstotliwości radiowe, wymaga posiadania pozwolenia radiowego przyznawanego decyzją administracyjną Prezesa UKE (art. 143 ust. 1 i 2 Pt). Zgodnie z art. 143 ust. 4 Pt, podmiot posiadający rezerwację częstotliwości może żądać wydania pozwolenia dotyczącego wykorzystania zasobu częstotliwości objętego rezerwacją częstotliwości w okresie jej obowiązywania.

Kierując się jedynie dosłownym brzmieniem przepisów, uznać należałoby, że opłaty za rezerwację częstotliwości powinny być wnoszone niezależnie od tego czy Przewodniczący KRRiT przyznał nadawcom koncesję na rozpowszechnianie programów w multipleksie. Niewątpliwie uzyskanie rezerwacji częstotliwości pozwala bowiem na uzyskanie pozwoleń radiowych.

2. Wykładnia celowościowa i prounijna

W literaturze przedmiotu podnosi się, że istota rezerwacji częstotliwości polega na udzieleniu uprawnienia do dysponowania częstotliwością z wyłączeniem innych podmiotów. Wskazuje się, że dysponowanie częstotliwością oznacza tylko takie sposoby wykorzystania częstotliwości, jakie są przewidziane w Pt[31]. Jednak w przypadku rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną w multipleksie do czasu przyznania koncesji, częstotliwość na te cele nie będzie mogła być wykorzystana. Oznacza to, że nawet w przypadku uzyskania pozwoleń radiowych urządzenia radiowe nie będą mogły wykorzystywać częstotliwości objętych rezerwacją.

Mając na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące charakteru opłat publicznych, z którymi wiąże się element „odpłatności", wydaje się, że zasadna jest wykładnia prowadząca do wniosku, iż w okresie „przejściowym", do czasu przyznania koncesji, a w konsekwencji do czasu faktycznej możliwości wykorzystania częstotliwości na cel wskazany w rezerwacji, opłaty za rezerwację częstotliwości nie powinny być pobierane.

Wykładnię celowościową wspiera wykładnia prounijna. Przepisy o opłatach za prawo do dysponowania częstotliwości stanowią implementację dyrektywy 2002/20/WE[32]. Zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/20/WE zatytułowanym „Opłaty za prawo użytkowania oraz prawo instalowania urządzeń" państwa członkowskie mogą zezwolić właściwym organom władzy państwowej na nakładanie opłat za prawo użytkowania częstotliwości radiowych i numeracji oraz prawo instalowania urządzeń na potrzeby podmiotów państwowych lub prywatnych, co odzwierciedla potrzebę optymalnego wykorzystania powyższych zasobów. Jednocześnie państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, by takie opłaty były obiektywnie uzasadnione, jawne, niedyskryminujące i proporcjonalne stosownie do celu, jaki ma być osiągnięty oraz by uwzględniały cele określone w artykule 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej)[33]. Wydaje się, że w okresie, w którym częstotliwości nie mogą być wykorzystywane na cele wskazane w rezerwacji, w sytuacji, gdy

[31] S. Piątek (2013). Prawo telekomunikacyjne…, s. 679.

[32] Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach) (Dz. Urz. L 108 z 24.4.2002, s. 21–32. Polskie wydanie specjalne: rozdział 13, tom 29, s. 337–348, z późn. zm.).

[33] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. L 108 z 24.4.2002, s. 33–50, Polskie wydanie specjalne: rozdział 13, tom 29, s. 349–366, z późn. zm.).

ten brak możliwości wynika z działań organów państwowych, nie można twierdzić, że opłaty są obiektywnie uzasadnione. W rezultacie wykładnia prounijna prowadzić powinna do analogicznych wniosków co wykładnia celowościowa.

3. Możliwość powoływania się na bezpośredni skutek art. 13 dyrektywy 2002/20/WE

Jeżeli okazałoby się, że zabiegi interpretacyjne nie pozwalają na stwierdzenie braku obowiązku wnoszenia opłat za rezerwację częstotliwości w okresie „przejściowym", powstaje pytanie: czy taki skutek można osiągnąć w drodze bezpośredniego powoływania się na treść art. 13 dyrektywy 2002/20/WE.

Zwrócić należy uwagę na pkt 2 sentencji wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 12 lipca 2012 r. sygn. akt C-55/11[34], w którym stwierdzono, że artykuł 13 dyrektywy 2002/20/WE jest bezpośrednio skuteczny, wobec czego daje jednostkom prawo bezpośredniego powołania się na niego przed sądem krajowym, aby sprzeciwić się stosowaniu postanowienia władzy publicznej niezgodnego z tym artykułem. Wprawdzie z uzasadnienia powołanego wyroku i opinii rzecznika generalnego wynika, że Trybunał Sprawiedliwości UE koncentrował się głównie na rodzajach opłat, które mogą być ustanawiane, to jednak sentencja wyroku nie zawiera wskazania, aby art. 13 dyrektywy 2002/20/WE był bezpośrednio skuteczny tylko w ograniczonym zakresie. W konsekwencji powołane orzeczenie może stanowić szansę dla operatora multipleksu (podmiotu, na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości) na uchylenie się od obowiązku uiszczania opłat ze rezerwację częstotliwości w „okresie przejściowym", na wypadek gdyby Prezes UKE, a następnie sądy administracyjne nie podzieliły stanowiska co do proponowanej wykładni celowościowej i prounijnej. Może on w toku ewentualnych postępowań administracyjnych lub sądowych podjąć próbę powoływania się na bezpośredni skutek dyrektywy.

Wyjaśnić należy, że Trybunał Sprawiedliwości UE dopuścił, w pewnych warunkach (treść bezwarunkowa i wystarczająco precyzyjna), na powoływanie się na przepisy dyrektywy, jeżeli nie dokonano jej implementacji lub implementacja jest nieprawidłowa. Powyższa zasada ogranicza się jednak do sytuacji, w których osoby fizyczne i prawne (jednostki) powołują się na przepisy dyrektyw wobec państwa członkowskiego. Nie jest natomiast dopuszczalne powoływanie się na niezgodność przepisów prawa krajowego z dyrektywami przez państwo członkowskie wobec podmiotów prawa prywatnego. Oznacza to, że w takiej sytuacji organ państwowy, bez wyraźnego żądania jednostki, nie może zastosować bezpośrednio przepisów dyrektywy. Powyższy pogląd został wyrażony w wielu wyrokach Trybunału Sprawiedliwości UE. W pełni zasada ta została wyjaśniona w wyroku z dnia 5 kwietnia 1979 r. (*Pubblico Ministero* przeciwko *Tullio Ratti*[35]). Analogiczne stanowisko Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził m.in. w wyrokach: z dnia 5 października 2004 r. w połączonych sprawach od C-397/01 – do C-403/01[36], z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawach połączonych od C-152/07 do C-154/07[37], z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10[38].

[34] Opublikowany w elektronicznych Zb. Orz.

[35] Zb. Orz. 1979, s. 1629, pkt 23.

[36] Zb. Orz. s. I–8835, pkt 103.

[37] Zb. Orz. s. I–5959, pkt 40.

[38] Opublikowany w elektronicznych Zb. Orz., pkt 33.

4. Zgodność przepisów o opłatach za rezerwację częstotliwości z Konstytucją

Ewentualne przyjęcie wykładni przepisów, zgodnie z którą obowiązek uiszczania opłat za rezerwację częstotliwości powstaje przed przyznaniem koncesji, tj. za okres, w którym ze względu na brak udzielonych koncesji nie jest możliwe wykorzystywanie rezerwacji częstotliwości, rodzić również będzie pytania o zgodność z Konstytucją, w szczególności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą demokratycznego państwa prawa.

Trybunał Konstytucyjny z powyższej zasady wywodzi zasadę przyzwoitej legislacji i zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa[39]. Zasady te nakładają na ustawodawcę obowiązek by przepisy prawa były formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym[40]. Ponadto, zasada ta zakłada, że adresaci przepisów mogą oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw[41]. Kolejnym bardzo ważnym elementem zasady przyzwoitej legislacji jest obowiązek przestrzegania wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego[42]. Trybunał wskazuje przy tym, że „Niezgodne z tą zasadą byłoby więc wprowadzanie do obrotu prawnego przepisów (nawet jeśli celowość takich przepisów mogłaby się wydawać słuszna), które tworzą regulacje prawne niekonsekwentne i niedające się wytłumaczyć w zgodzie z innymi przepisami prawa. Celowość i ewentualna zasadność wprowadzania w życie danych regulacji prawnych nie może być wytłumaczeniem dla tworzenia prawa w sposób chaotyczny i przypadkowy. Dowolność i przypadkowość wprowadzanych w życie przepisów prawnych jest zatem złamaniem zasady poprawnej legislacji, które stanowi naruszenie art. 2 Konstytucji" (wyrok z 21 lutego 2006 r., sygn. K 1/05, OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 18; podobnie m.in. wyrok z 23 października 2007 r., sygn. P 28/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 106)"[43].

Wydaje się, że w świetle opisanego powyżej stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, istnieją podstawy do obrony poglądu, iż sprzeczne z Konstytucją jest rozwiązanie ustawowe, zgodnie z którym operator multipleksu musi wnosić opłaty za rezerwację częstotliwości, pomimo że wskutek rozwiązań prawnych i działań organów administracji publicznej faktyczne wykorzystanie częstotliwości nie jest możliwe.

V. Podsumowanie

Polski ustawodawca zdecydował, że faktyczne wykorzystanie częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną jest zależne od uzyskania odrębnych uprawnień administracyjnoprawnych. Najpierw konieczne jest uzyskanie rezerwacji częstotliwości, a następnie koncesji. Oba te uprawnienia mogą uzyskać różne podmioty. Co więcej, o ile rezerwacja częstotliwości jest dokonywana na rzecz jednego podmiotu lub łącznie na rzecz kilku podmiotów, o tyle koncesje mogą zostać przyznane w sposób niezależny na rzecz różnych nadawców.

Ze względu na takie rozwiązania prawne wydaje się nieuzasadnione, aby opłaty za rezerwację częstotliwości były wnoszone w okresie od dokonania rezerwacji częstotliwości do czasu

[39] Np. wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 października 2003 r. syn. akt K 53/02.

[40] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 lutego 2006 r. sygn. akt K 1/05.

[41] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 października 2003 r. syn. akt K 53/02.

[42] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2010 r. sygn. akt Kp 9/09.

[43] Ibidem.

przyznania koncesji. W tym okresie nie jest możliwe wykorzystywanie częstotliwości na cele rozpowszechniania lub rozprowadzania programów w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną. Zwrócić należy uwagę, że częstotliwość przyznana na takie cele nie może być wykorzystywana na inne cele, np. na potrzeby telefonii komórkowej.

Gramatyczna wykładnia przepisów może jednak prowadzić do wniosku, że opłaty za rezerwację częstotliwości powinny być uiszczane już od daty dokonania rezerwacji częstotliwości. Powyższe dotyczy zarówno opłaty jednorazowej za uzyskanie częstotliwości, jak i opłat rocznych. Wydaje się, że w tym przypadku powinna przeważyć wykładnia celowościowa, która prowadzi do wniosku, że w okresie przejściowym opłaty nie powinny być pobierane. Za taką wykładnią przemawia dominujący pogląd, zgodnie z którym w zamian za opłaty publiczne uprawniony powinien uzyskiwać określone korzyści. W omawianym przypadku w istocie taka korzyść nie występuje, gdyż wyraża się ona jedynie w formalnym dokonaniu rezerwacji częstotliwości, która nie pozwala na wykorzystanie częstotliwości w celach wskazanych w rezerwacji.

Jeżeli jednak organy i sądy stanęłyby na stanowisku, że uzasadniona jest wykładnia gramatyczna, podmiot, na rzecz którego dokonano rezerwacji, może podjąć próbę powołania się na bezpośredni skutek art. 13 dyrektywy 2002/20/WE, który wymaga, aby opłaty za prawo użytkowania częstotliwości radiowych były obiektywnie uzasadnione, który to wymóg w opisanym przypadku nie jest spełniony.

Jeżeli okazałoby się, że zabiegi interpretacyjne, a także powoływanie się na bezpośredni skutek art. 13 dyrektywy 2002/20/WE, nie pozwalają na uznanie, że w okresie „przejściowym" opłaty za rezerwację częstotliwości nie powinny być wnoszone, rodzić się będzie pytanie o konstytucyjność takiego rozwiązania. Może ono budzić bowiem poważne wątpliwości co do zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji.

Bibliografia

Babiarz, S., Dauter, B., Gruszczyński, B., Hauser, R., Kabat, A. i Niezgódka-Medek, M. (2013). *Ordynacja podatkowa. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Brzeziński, B. (1995). *Prawo podatkowe – zarys wykładu*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora".

Fojcik-Mastalska, E i Mastalski, R. (2013). *Prawo finansowe*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kosikowski, C. (red.). (2009). *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*, wyd. III. Warszawa: Wolters Kluwer Lex.

Krzywoń, A. (2011). Podatki i inne daniny publiczne – podstawowe pojęcia konstytucyjne. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, *2*, 47–58.

Krzywoń, A. (2012). Podatki i inne daniny publiczne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Najnowsze tendencje. *Przegląd Sejmowy*,*1*(108), 25–42.

Piątek, S., Dziomdziora, W. i Wojciechowski, K. (2014). *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Piątek, S. (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Wójtowicz, W. (red.). (2014). *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Albert Woźniak*

Polska lista ważnych wydarzeń i kontekst jej powstania

Spis treści

I. Wstęp
II. Listy ważnych wydarzeń państw członkowskich UE
III. Polskie przepisy dotyczące listy ważnych wydarzeń i działania KRRiT w tym zakresie
IV. Podsumowanie

Streszczenie

Art. 20b ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji daje możliwość KRRiT wydania rozporządzenia w sprawie listy ważnych wydarzeń z uwzględnieniem stopnia społecznego zainteresowania określonym wydarzeniem i jego znaczenia dla życia społecznego, gospodarczego i politycznego. W artykule przedstawiono kontekst powstania polskiej listy ważnych wydarzeń oraz kryteria, jakie były brane pod uwagę przy przyjmowaniu rozporządzenia KRRiT w tej sprawie.

Słowa kluczowe: lista ważnych wydarzeń; rozporządzenie KRRiT; ustawa o radiofonii i telewizji; dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych.

JEL: K23.

I. Wstęp

W dniach 30 sierpnia – 21 września 2014 roku w Polsce odbywały się Mistrzostwa Świata w Piłce Siatkowej Mężczyzn. Po raz pierwszy w historii siatkarski turniej rangi mistrzostw świata był rozgrywany w Polsce. Prawa do transmisji zawodów zakupiła Telewizja Polsat SA, która była głównym inicjatorem organizacji tej imprezy w naszym kraju. Niezależnie od końcowego wyniku, czyli zdobycia przez reprezentację Polski tytułu mistrza świata, turniej ten cieszył się ogromnym zainteresowaniem społecznym. Bilety na mecze z udziałem Polaków, w tym mecz otwarcia, zostały sprzedane z dużym wyprzedzeniem. Jednak w związku z wycofaniem się sponsora generalnego zawodów, tuż przed rozpoczęciem imprezy, Telewizja Polsat SA podjęła decyzję o zakodowaniu transmisji z mistrzostw. W telewizji ogólnodostępnej pokazano wyłącznie mecz otwarcia, natomiast pozostałe mecze były dostępne za opłatą w specjalnie w tym celu utworzonych czterech programach Polsat Volleyball[1]. Dodatkowych opłat nie ponosili jedynie abonenci platformy satelitarnej Cyfrowy Polsat SA.

* Albert Woźniak – ekspert w Departamencie Strategii Biura KRRiT; szef Zespołu ds. opracowania listy ważnych wydarzeń; e-mail: Albert.Wozniak@krrit.gov.pl.

[1] http://satkurier.pl/news/103766/kanaly-polsat-volleyball-juz-na-satelicie.html (14.09.2015).

Zakodowanie transmisji z mistrzostw wywołało falę krytyki pod adresem Telewizji Polsat, ale też powszechne oburzenie, że telewizja publiczna (TVP SA) nie zakupiła praw do transmisji z tej imprezy. Przed spotkaniem półfinałowym Polska – Niemcy, wskutek apelu Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego, władze Telewizji Polsat SA zdecydowały o transmisji meczu finałowego w programie ogólnodostępnym pod warunkiem, że reprezentacja Polski dostanie się do finału[2]. Warunek ten został spełniony, w związku z czym finałowy mecz Polska – Brazylia został nadany w ogólnodostępnym programie Telewizji Polsat.

W trakcie całego turnieju oraz po jego zakończeniu do Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji napływały liczne skargi i pisma dotyczące zaistniałej sytuacji, zarówno ze strony sfrustrowanych widzów, jak i instytucji publicznych (Sejmowa Komisja Kultury Fizycznej i Sportu, Rada Programowa TVP SA)[3]. W tym czasie złożona już była w Komisji Europejskiej notyfikacja polskiej listy ważnych dla społeczeństwa wydarzeń, a prace nad rozporządzeniem KRRiT w tej sprawie były na etapie finalnym.

Artykuł omawia zawartość list ważnych wydarzeń państw członkowskich Unii Europejskiej oraz polskie regulacje i działania podjęte przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w tej materii.

II. Listy ważnych wydarzeń państw członkowskich UE

Prawo państw do tworzenia list wydarzeń ważnych dla społeczeństwa, które zasadniczo powinny być transmitowane w ogólnodostępnej telewizji w transmisji na żywo, wprowadzono dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej[4] (tzw. dyrektywa „O telewizji bez granic"). Zapisy te zostały podtrzymane w nowelizacji dyrektywy w 2007 roku oraz w dyrektywie ujednolicającej z 10 marca 2010 r. (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)[5].

Obecnie, oprócz polskiej listy ważnych wydarzeń, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostały opublikowane listy z: Austrii, Belgii, Finlandii, Francji, Irlandii, Niemiec, Wielkiej Brytanii i Włoch[6].

Większość wydarzeń na listach notyfikowanych przez państwa członkowskie stanowią najpopularniejsze na świecie wydarzenia sportowe oraz bardzo popularne wydarzenia w poszczególnych krajach. Na listach tych zamieszczono: letnie i zimowe igrzyska olimpijskie, mistrzostwa świata i Europy w piłce nożnej, mecze z udziałem klubowych drużyn piłkarskich w Lidze Mistrzów i Lidze Europy. Ponadto w większości list występują: mistrzostwa świata w lekkoatletyce, największe turnieje tenisowe, wyścigi kolarskie i Formuły 1 oraz turnieje rugby. Dodatkowo, poszczególne listy zawierają takie wydarzenia sportowe, które są popularne w danych krajach (np. w Belgii – memoriał lekkoatletyczny, w Finlandii – mistrzostwa świata w hokeju na lodzie i w narciarstwie klasycznym, we Francji – mistrzostwa świata i Europy w koszykówce, w Irlandii – wyścigi konne,

[2] http://www.sport.pl/siatkowka/1,106368,16677302,Mistrzostwa_Swiata_w_Siatkowce_2014__Jesli_Polacy.html (14.09.2015).

[3] Sprawozdanie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z działalności w 2014 roku, Warszawa 2015, s. 55.

[4] Dz. Urz. UE 1997 L 202/60.

[5] Dz. Urz. UE 2010 L 95/1.

[6] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:017:0007:0010:pl:PDF (14.09.2015).

we Włoszech – motocyklowe Grand Prix, mistrzostwa świata w piłce wodnej, rugby i kolarstwie szosowym; w Wielkiej Brytanii – wyścigi konne, mecze krykieta oraz zawody golfowe).

Należy zwrócić uwagę, iż spośród wymienionych państw wydarzenia pozasportowe zgłosiła jedynie Austria (Koncert Noworoczny Filharmoników Wiedeńskich oraz Bal w Operze Wiedeńskiej), Belgia (Konkurs muzyczny Królowej Elżbiety) i Włochy (Festiwal Piosenki Włoskiej w San Remo, otwarcie sezonu operowego w teatrze La Scala w Mediolanie i koncert noworoczny w teatrze La Fenice w Wenecji).

W przypadku państw, które są członkami Rady Europy, a nie są członkami Unii Europejskiej, regulacje dotyczące transmisji ważnych wydarzeń zostały uwzględnione w protokole poprawek z 1998 roku do Europejskiej Konwencji o Telewizji Ponadgranicznej[7].

III. Polskie przepisy dotyczące listy ważnych wydarzeń i działania KRRiT w tym zakresie

W Polsce przepisy dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych dotyczące ważnych wydarzeń zostały wprowadzone ustawą z dnia 31 marca 2000 r.[8] zmieniającą ustawę o radiofonii i telewizji. W art. 20b ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji[9] sformułowano przykładowy katalog wydarzeń uznanych za ważne ze względu na duże zainteresowanie społeczne:

1) letnie i zimowe Igrzyska Olimpijskie;
2) półfinały i finały mistrzostw świata i Europy w piłce nożnej, a także wszelkie inne mecze w ramach tych imprez z udziałem reprezentacji Polski, w tym mecze eliminacyjne;
3) inne mecze z udziałem reprezentacji Polski w piłce nożnej w ramach oficjalnych rozgrywek oraz mecze z udziałem polskich klubów w ramach Ligi Mistrzów i Pucharu UEFA.

Ustawa przewiduje ponadto w art. 20b ust. 3 możliwość określenia przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w drodze rozporządzenia listy ważnych wydarzeń innych niż wymienione w tym katalogu, z uwzględnieniem stopnia społecznego zainteresowania określonym wydarzeniem oraz jego znaczenia dla życia społecznego, gospodarczego i politycznego.

W październiku 2012 roku Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji powołała Zespół roboczy do opracowania listy ważnych wydarzeń (dalej: Zespół), który podjął działania zmierzające do rozszerzenia listy ważnych wydarzeń w rozumieniu art. 20b ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z delegacją wynikającą z art. 20b ust. 3 ustawy. Biorąc pod uwagę ustawowe wytyczne, na jesieni 2012 r. w celu wyłonienia wydarzeń, które powinny się znaleźć na liście, KRRiT zwróciła się ze wstępnym zapytaniem do nadawców telewizyjnych posiadających koncesje na programy obecne w naziemnej telewizji cyfrowej, a także do Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwa Sportu i Turystyki, Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji, Polskiego Komitetu Olimpijskiego oraz do Krajowej Izby Sportu. Ponadto, na stronie internetowej KRRiT ogłoszono wstępne konsultacje, w ramach których można było zgłaszać propozycje wydarzeń w tym zakresie [10].

[7] Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160, z późn. zm.

[8] Dz. U. z 2000 r., Nr 29, poz. 358.

[9] Dz. U. z 2011 r., Nr 43, poz. 226, z późn. zm.

[10] http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/news,795,zakonczone-wydarzenia-o-zasadniczym-znaczeniu-spolecznym---zaproszenie-do-konsultacji.html (14.09.2015).

W nadesłanych odpowiedziach znalazł się bardzo szeroki wachlarz proponowanych rozwiązań. Stacje telewizyjne transmitujące wydarzenia (lub posiadające prawa do określonych wydarzeń na kolejne lata) były przeciwne poszerzeniu listy „ustawowej". W podobnym tonie przedstawiła swoje stanowisko UEFA[11]. Natomiast nadawcy, którzy wcale nie transmitowali takich wydarzeń (albo transmitowali je w znikomym zakresie), proponowali umieszczenie na liście takich wydarzeń, do których prawa nabyła ich konkurencja. W przypadku stowarzyszeń i organizacji sportowych część optowała za tym, aby na liście znalazły się transmisje z imprez, których są organizatorami[12]. Wśród postulatów od osób indywidualnych dominował pogląd, że na liście powinny znaleźć się wszystkie wydarzenia sportowe, w których biorą udział polscy reprezentanci. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego zasugerowało, by najpierw przeprowadzić konsultacje społeczne, a następnie dokonać analizy, które z wydarzeń są, a które nie są transmitowane, i dopiero na tej podstawie opracować listę. Wiele innych odpowiedzi świadczyło o niezrozumieniu istoty sprawy – mylnie sądzono, że umieszczenie określonego wydarzenia na liście ważnych wydarzeń gwarantuje przeprowadzenie transmisji z takiej imprezy. Ustawa o radiofonii i telewizji w art. 20b ust.1 stanowi natomiast, że jeśli (podkreślenie autora) zostanie przeprowadzona bezpośrednia transmisja telewizyjna z ważnych wydarzeń, to może być ona nadana, co do zasady, tylko w programie ogólnokrajowym dostępnym w całości bez opłaty. Ustawa nie zawiera zatem gwarancji przeprowadzenia takiej transmisji.

W okresie prowadzenia wstępnych konsultacji Zespół wystąpił o opinię prawną do prof. E. Nowińskiej w sprawie nadania mocy wstecznej rozporządzeniu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, określającemu listę wydarzeń o zasadniczym znaczeniu społecznym. W opinii tej prof. E Nowińska stwierdziła, że wydanie rozporządzenia KRRiT na podstawie art. 20b ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji, w którym zostanie określona lista innych niż wymienione w art. 20b ust. 2 ustawy ważnych wydarzeń, będzie miało zastosowanie także do wydarzeń określonych w rozporządzeniu, do których prawa do transmisji nabyto przed datą wejścia w życie rozporządzenia.

Po zapoznaniu się z odpowiedziami nadesłanymi w ramach konsultacji oraz po dokonaniu analizy wyników oglądalności i opinii prawnej, Zespół zestawił wstępną propozycję listy z kryteriami kwalifikacyjnymi Komisji Europejskiej uzgodnionymi na forum Komitetu Kontaktowego ds. dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych[13].

Aby zbadać spełnienie kryterium dotyczącego oddźwięku społecznego, wiosną 2013 r. zlecono przeprowadzenie badania socjologicznego „Analiza oddźwięku społecznego wywoływanego przez wybrane wydarzenia przedstawiane w mediach ogólnopolskich". Analizie poddano sposób ukazywania poszczególnych wydarzeń sportowych w wybranych dziennikach ogólnopolskich i portalach internetowych w ujęciu ilościowym. Wyniki badania przeprowadzonego przez Lokalne Badania Społeczne wskazały, że wydarzenia zaproponowane w projekcie wywoływały szerszy

[11] Skrót od ang. *Union of European Football Associations.*

[12] Np. Polski Związek Judo, Polski Związek Taekwondo Olimpijskiego, Polski Związek Szermierczy i Polski Związek Podnoszenia Ciężarów zaproponowały umieszczenie na liście transmisji z zawodów organizowanych przez te organizacje oraz turniejów rangi mistrzostw świata i Europy w danej dyscyplinie sportu.

[13] Ważne wydarzenie w rozumieniu prawa unijnego powinno spełnić przynajmniej dwa z poniższych kryteriów:
a) wydarzenie lub jego wynik wywołuje szczególny oddźwięk wśród widowni danego państwa członkowskiego, wykraczający poza wpływ jaki wywołuje na osoby, które zwykle śledzą transmisje z przebiegu danej dziedziny sportu lub z przebiegu innego rodzaju wydarzenia;
b) wydarzenie ma szczególne, ogólnie uznane znaczenie kulturalne dla populacji danego państwa członkowskiego, w szczególności jako katalizator jego kulturowej tożsamości;
c) wydarzenie obejmuje udział reprezentacji narodowej w danej dziedzinie sportu w wielkim turnieju międzynarodowym;
d) relacja z danego wydarzenia była tradycyjnie nadawana w telewizji ogólnodostępnej i przyciągała dużą widownię telewizyjną w danym państwie członkowskim.

oddźwięk społeczny, który nie był ograniczony do publiczności śledzącej transmisje telewizyjne z tych imprez.

Na podstawie zebranych informacji Zespół zaproponował KRRiT do rozważenia listę następujących wydarzeń: mistrzostwa świata i Europy w piłce siatkowej kobiet i mężczyzn, Liga Światowa w piłce siatkowej mężczyzn, mistrzostwa świata i Europy w piłce ręcznej mężczyzn, mistrzostwa świata w narciarstwie klasycznym, Puchar Świata w skokach narciarskich i biegach narciarskich kobiet, mistrzostwa świata w lekkoatletyce, mecze z udziałem reprezentantów Polski w turniejach tenisowych Wielkiego Szlema[14] oraz koncert finałowy Międzynarodowego Konkursu Pianistycznego im. Fryderyka Chopina. W przyjętym projekcie rozporządzenia Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji przyjęła wszystkie powyższe propozycje poza koncertem finałowym Międzynarodowego Konkursu Pianistycznego im. Fryderyka Chopina z racji tego, iż nie ma zagrożenia, że transmisja telewizyjna z tego wydarzenia mogłaby zostać skomercjalizowana.

W czerwcu 2013 r. projekt rozporządzenia w sprawie ważnych wydarzeń został poddany konsultacjom społecznym. Informację na ten temat umieszczono w BIP[15] i w Newsletterze Krajowej Rady, a także pismem przewodnim powiadomiono Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji, Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Polski Komitet Olimpijski, Federację Konsumentów, Telewizję Polską SA, Telewizję Polsat Sp. z o.o., TVN SA, Telewizję Puls Sp. z o.o., Polskie Media SA, Lemon Records Sp. z o.o., Eskę TV SA, Stavka Sp. z o.o., ATM Grupę SA, Międzynarodową Federację Piłki Siatkowej (FIVB), Europejską Konfederację Piłki Siatkowej (CEV), Międzynarodową Federację Piłki Ręcznej (IHF), Europejską Federację Piłki Ręcznej (EHF), Międzynarodową Federację Narciarską (FIS), Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych (IAAF), *Women's Tennis Association* (WTA), *Association of Tennis Professionals* (ATP), a także redakcje i dziennikarzy sportowych (TVP, Polsat, Canal+, nc+, Przegląd Sportowy).

Konsultacje ukazały duże zróżnicowanie poglądów w sprawie potrzeby i zakresu rozszerzania krajowej listy ważnych wydarzeń[16]. Wśród odpowiedzi nie odnotowano zdecydowanych głosów przeciwnych, poza głosami niektórych nadawców (Cyfrowy Polsat SA i Telewizja Polsat Sp. z o.o.), którzy są właścicielami praw. Z kolei Telewizja Polska SA zaproponowała rozszerzenie listy nie tylko o wydarzenia sportowe i kulturalne, lecz także o wydarzenia polityczne i religijne[17]. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego było przeciwne poszerzeniu obowiązującej listy wydarzeń, wskazując, iż niemal wszystkie z nich, z wyjątkiem niektórych imprez siatkarskich, rozpowszechniane są w programach ogólnodostępnych. Z dzisiejszej perspektywy ten argument ministerstwa nie znajduje potwierdzenia, ponieważ, jak już wspomniano we wstępie, w 2014 roku Telewizja Polsat zakodowała transmisje z mistrzostw świata w siatkówce mężczyzn. W przypadku międzynarodowych organizacji sportowych, które są właścicielami praw do wydarzeń zamieszczonych na liście, większość z nich (z wyjątkiem IAAF) opowiedziała się za wpisaniem proponowanych wydarzeń na polską listę. Dużą liczbę głosów wsparcia dla swojej inicjatywy przedstawiło

[14] Mianem Wielkiego Szlema określa się cykl czterech największych i najbardziej prestiżowych turniejów tenisowych w roku kalendarzowym rozgrywanych w: Australii (*Australian Open*), Francji (*French Open*), Anglii (*Wimbledon*) i USA (*US Open*).

[15] http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/news,1214,zakonczone-konsultacje-rozporzadzenia-w-sprawie-listy-waznych-wydarzen.html (14.09.2015).

[16] http://www.krrit.gov.pl/regulacje-prawne/konsultacje-krrit/wyniki-konsultacji/news,1300,wyniki-konsultacji-w-sprawie-listy-waznych-wydarzen.html (14.09.2015).

[17] Np.: wieczory wyborcze, transmisje z uroczystości państwowych z udziałem Prezydenta, Premiera i Marszałków Sejmu i Senatu, Droga Krzyżowa w Colosseum i Pasterka w Watykanie.

Stowarzyszenie Miłośników Konkursu Piosenki Eurowizji OGAE Polska, które wnioskowało o wpisanie na listę ważnych wydarzeń Konkursu Piosenki Eurowizji organizowanego przez EBU[18]. W związku z tym, iż konkurs ten jest organizowany przez instytucję skupiającą nadawców publicznych KRRiT uznała, że nie ma zagrożenia komercjalizacji transmisji telewizyjnej z tego wydarzenia. W konsultacji odnotowano wiele głosów postulujących dalsze rozszerzanie projektowanej listy ważnych wydarzeń. Były też głosy neutralne, a także pojedyncze głosy krytyczne zarówno wobec treści projektowanego rozporządzenia, jak i faktu jego wydania. W związku z tak dużą rozbieżnością wyników konsultacji KRRiT postanowiła nie zmieniać zawartości listy w projektowanym rozporządzeniu.

Następnym etapem prac były konsultacje z Komisją Europejską w sprawie zawartości i stopnia szczegółowości dokumentu notyfikacyjnego. W związku z tym, że wydarzenia określone w art. 20b ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji nie miały do tej pory ochrony prawnej na terenie Unii Europejskiej, KRRiT podjęła decyzję o umieszczeniu w dokumencie notyfikacyjnym wydarzeń zawartych w projekcie rozporządzenia KRRiT oraz w ustawie o radiofonii i telewizji. W dokumencie tym przedstawiono szczegółowe dane z trzech ostatnich imprez w każdej kategorii wydarzeń zamieszczonych na liście „ustawowej" i w rozporządzeniu KRRiT. Zawierał on informacje na temat popularności w Polsce danej dyscypliny sportu, sukcesów odnoszonych przez reprezentacje narodowe kobiet i mężczyzn na arenie międzynarodowej, liczby sekcji w klubach sportowych oraz liczby zawodników ją uprawiających na poziomie wyczynowym i amatorskim. W tabelarycznym zestawieniu zamieszczono szczegółowe dane dotyczące poszczególnych wydarzeń zawierające daty transmisji, wyniki oglądalności (AMR[19], AMR%[20], SHR%[21]), liczby przeprowadzonych transmisji i sposobu ich rozpowszechniania. W związku z bardzo dużą liczbą transmisji przedstawiono wyniki z pięciu wybranych transmisji o największej oglądalności dla poszczególnych imprez. Na etapie konsultacji Komisja Europejska zwróciła uwagę, że niektóre zaproponowane przez KRRiT wydarzenia, tj. mecze z udziałem reprezentantów Polski w turniejach tenisowych Wielkiego Szlema oraz półfinały i finały mistrzostw świata i Europy w piłce siatkowej kobiet i mężczyzn nie przekroczyły nieformalnego progu 5 procent oglądalności w zestawieniu do całej populacji (AMR%). Ponadto Komisja zwróciła uwagę, że do tej pory nie było tradycji transmitowania wspomnianych wydarzeń w programach ogólnodostępnych i w związku z tym KE nie będzie ich rekomendowała na posiedzeniach Komitetu Kontaktowego. Biorąc pod uwagę argumenty Komisji, KRRiT zdecydowała o wykreśleniu z projektu rozporządzenia i dokumentu notyfikacyjnego turniejów tenisowych Wielkiego Szlema, a w przypadku mistrzostw świata i Europy w piłce siatkowej kobiet i mężczyzn ograniczyła się do meczy z udziałem reprezentacji Polski.

W dniu 8 sierpnia 2014 roku Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji poprzez Stałego Przedstawiciela RP przy Unii Europejskiej złożyła do Komisji Europejskiej notyfikację polskiej listy ważnych wydarzeń, zgodnie z art. 14 ust. 2 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

[18] Skrót od ang. *European Broadcasting Union* (Europejska Unia Nadawców) – organizacja skupiająca głównie nadawców publicznych z Europy.

[19] Dane dotyczące oglądalności na podstawie danych Nielsen Audience Measurement, badanie na reprezentatywnej próbie ludności Polski powyżej 4 roku życia. AMR – *Average Minute Rating* – dosł. średnia oglądalność minutowa – wskaźnik opisujący średnią wielkość widowni oglądającej konkretną audycję lub program telewizyjny. Widownia ta wyrażona jest liczbą osób.

[20] *Average Minute Rating* % (AMR%) – średnia oglądalność minutowa – wskaźnik opisujący średnią wielkość widowni oglądającej konkretną audycję lub program telewizyjny w zestawieniu do całej populacji (% oglądających do osób posiadających telewizor).

[21] SHR% – udział w widowni – odsetek widzów, którzy oglądali audycję bądź program w stosunku do wszystkich widzów oglądających w tym czasie telewizję.

Trzy miesiące później, 7 listopada 2014 roku, pozytywną opinię o polskiej liście ważnych wydarzeń przyjął Komitet Kontaktowy ds. dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, stosownie do wymogu określonego w art. 14 ust. 2 ww. dyrektywy[22].

W dniu 17 listopada 2014 r. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji przyjęła rozporządzenie w sprawie listy ważnych wydarzeń, które 3 grudnia 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Ustaw[23]. Rozporządzenie wejdzie w życie po dwunastu miesiącach od dnia ogłoszenia, co stanowi efekt zalecenia Komisji Europejskiej wynikającego z ochrony praw nabytych.

Rozporządzenie KRRiT obejmuje następujące wydarzenia:

1) mecze z udziałem reprezentacji Polski w mistrzostwach świata i Europy w piłce siatkowej kobiet i mężczyzn, w tym mecze eliminacyjne;
2) zawody Ligi Światowej w piłce siatkowej mężczyzn rozgrywane w Polsce;
3) półfinały i finały mistrzostw świata i Europy w piłce ręcznej mężczyzn, a także wszelkie inne mecze w ramach tych imprez z udziałem reprezentacji Polski, w tym mecze eliminacyjne;
4) Mistrzostwa Świata w Narciarstwie Klasycznym;
5) zawody Pucharu Świata w skokach narciarskich;
6) zawody Pucharu Świata w biegach narciarskich kobiet;
7) Mistrzostwa Świata w Lekkoatletyce.

W dniu 21 listopada 2014 roku Komisja Europejska przyjęła decyzję w sprawie polskiej listy ważnych wydarzeń. Po szczegółowej i wszechstronnej analizie tej listy oraz krajowych regulacji prawnych dotyczących transmisji z ważnych wydarzeń, Komisja potwierdziła zgodność polskiej listy z prawem Unii Europejskiej. Zdaniem Komisji, środki przewidziane przez Polskę nie dyskryminują nadawców, podmiotów praw lub innych podmiotów gospodarczych z pozostałych państw członkowskich ani nie utrudniają im dostępu do rynku. Decyzja ta 3 lutego 2015 r. została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej[24].

Po wejściu w życie nowych przepisów transmisje telewizyjne wydarzeń wymienionych w art. 20b ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji oraz w rozporządzeniu KRRiT z dnia 17 listopada 2014 roku, a co za tym idzie prawa odbiorców, zostaną objęte ochroną prawną na terenie wszystkich krajów Unii Europejskiej.

Należy jednak zaznaczyć, iż nawet umieszczenie określonego wydarzenia o zasadniczym znaczeniu społecznym na liście ważnych wydarzeń nie oznacza bezwzględnego zakazu nadania transmisji z takiego wydarzenia w programie płatnym. Przeprowadzenie bezpośredniej transmisji w programie telewizyjnym, który nie ma charakteru ogólnokrajowego i nie jest dostępny bez opłaty, możliwe jest jednak tylko w przypadku, gdy nadawca programu wykaże, że żaden nadawca programu ogólnokrajowego w rozumieniu ustawy lub koncesji nie wyraził gotowości zawarcia umowy umożliwiającej nadanie takiej transmisji.

[22] Komitet Kontaktowy ustanowiony został na podstawie art. 29 dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych jako wyspecjalizowana grupa doradcza złożona z przedstawicieli właściwych organów wszystkich państw członkowskich, działająca przy Komisji Europejskiej i pod przewodnictwem jej przedstawiciela.

[23] Dz. U. z 2014 r., poz. 1705.

[24] Dz. Urz. UE 2015 L 27/37.

IV. Podsumowanie

Przyjęcie przez KRRiT rozporządzenia w sprawie listy ważnych wydarzeń zakończyło pewien etap. Po upływie dwunastomiesięcznego *vacatio legis* oraz po kilku latach funkcjonowania tych przepisów w praktyce będzie można zweryfikować ich trafność i kompletność. Obecny kształt rozporządzenia z jednej strony uwzględnia potrzeby społeczne związane z zapewnieniem dostępu szerokiej widowni do określonych wydarzeń, a z drugiej – swobodę działalności gospodarczej nadawców i właścicieli praw, którzy w większości przypadków są organizacjami międzynarodowymi działającymi na terytorium innych państw. Ponadto, w dobie wzajemnie przenikających się mediów transgranicznych, dodatkowym elementem zwiększającym zakres stosowania wspomnianych przepisów prawnych było uzyskanie prawnej ochrony na terenie całej Unii Europejskiej. W ten sposób nadawcy europejscy, przy zakupie praw do transmisji, będą musieli brać pod uwagę polską listę ważnych wydarzeń.

Materiały wideo na stronie internetowej gazety a stosowanie dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (druga izba) z dnia 21 października 2015 r. w sprawie C347/14 – *New Media Online GmbH*

I. Wstęp

W dniu 21 października 2015 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał) wydał wyrok w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne austriackiego Verwaltungsgerichtshof (naczelnego sądu administracyjnego), odnoszące się do umieszczania krótkich materiałów wideo w dziale witryny gazety dostępnej w sieci Internet. Postępowanie toczące się przed sądem administracyjnym było wynikiem skargi spółki *New Media Online GmbH*, z siedzibą w Innsbrucku (Austria) na decyzję *Kommunikationsbehörde Austria* (austriackiego organu regulacyjnego) o uznaniu części usług oferowanych przez stronę skarżącą za audiowizualne usługi medialne na żądanie, objęte w konsekwencji obowiązkiem zgłoszenia przewidzianym przez właściwe przepisy krajowe.

W wyroku w sprawie *New Media Online GmbH* Trybunał stwierdził, że audycja wideo nie traci swojego charakteru audiowizualnej usługi medialnej na żądanie poprzez sam fakt umieszczenia jej w sieci Internet przez podmiot prowadzący elektroniczną wersję gazety. Decydujące znaczenie ma związek audycji wideo z tekstowym materiałem dziennikarskim. Długość audycji nie ma przy tym wpływu na określenie jej charakteru.

II. Ustalenia wyroku

1. Stan faktyczny

Orzeczenie w sprawie *New Media Online GmbH* dotyczy austriackiego rynku audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Zgodnie z prawem austriackim, usługi tego rodzaju podlegają obowiązkowi zgłoszenia. *New Media Online GmbH* prowadzi pod adresem internetowym http://www.tt.com gazetę internetową „Tiroler Tageszeitung Online". W witrynie tej znajdowało się łącze do subdomeny http://video.tt.com, odsyłające do strony, na której udostępniano ponad 300 materiałów wideo. Były to przygotowane przez redakcję sprawozdania o długości od 30 sekund do kilku minut. Dotyczyły różnych tematów, m.in. lokalnych wydarzeń i imprez, w tym sportowych, pytań zadawanych przechodniom na aktualne tematy. Znajdowały sie wśród nich także zwiastuny filmowe, instruktaże z pracami ręcznymi dla dzieci i wybrane przez redakcję materiały wideo czytelników. Jedynie bardzo nieliczne spośród tych materiałów były związane z artykułami dziennikarskimi dostępnymi na stronie internetowej „Tiroler Tageszeitung".

Kommunikationsbehörde Austria stwierdziła, że *New Media Online GmbH* organizowała audiowizualne usługi medialne na żądanie, które w świetle prawa austriackiego podlegają obowiązkowi zgłoszenia, a także restrykcjom ukształtowanym przez prawo krajowe, a odpowiadającym

wymogom dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych (dalej: Dyrektywa)[1]. Zdaniem organu regulacyjnego, subdomena wideo miała charakter telewizyjny i pełniła samodzielną funkcję w stosunku do pozostałej części witryny „Tiroler Tageszeitung" – podstawowym celem subdomeny było dostarczanie audycji ogółowi odbiorców w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych.

New Media Online GmbH nie zgodziła się z tą oceną i zaskarżyła decyzję do Bundeskommunikationssenat (organu sądowego właściwego w sprawach telekomunikacji). Zdaniem spółki audycje wideo dostępne pod subdomeną to jedynie uzupełnienie jej głównej witryny, a ponadto krótkie materiały wideo nie są porównywalne pod względem treści i formy z rozpowszechnianiem telewizyjnym. Bundeskommunikationssenat skargę oddalił. Spółka odwołała się wówczas do Verwaltungsgerichtshof, który z kolei wystąpił z pytaniami prejudycjalnymi do Trybunału. W pierwszym pytaniu sąd krajowy zastanawiał się czy pojęcie „audycji" w Dyrektywie powinno być interpretowane w ten sposób, że obejmuje ono udostępnianie pod subdomeną witryny internetowej gazety krótkich materiałów wideo odpowiadających krótkim sekwencjom z wiadomościami lokalnymi, sportowymi lub rozrywkowymi. W drugim zaś – sąd krajowy zastanawiał się, na podstawie jakich kryteriów należy oceniać podstawowy cel usługi udostępniania materiałów wideo oferowanych w ramach elektronicznej wersji gazety.

2. Ocena Trybunału

W pierwszej kolejności Trybunał zajął się odpowiedzią na pytanie dotyczące pojęcia „audycji" w Dyrektywie. Zdaniem Trybunału przy ocenie porównywalności treści wideo dostępnych w sieci Internet z tradycyjną telewizją – do której to oceny dochodzi przy kwalifikowaniu danego materiału jako „audycji" w rozumieniu Dyrektywy – chodzi o porównywalność poszczególnych sekwencji wideo, a nie całej ich kompilacji. Nie ma przy tym znaczenia, że sekwencje wideo są krótkie, gdyż Dyrektywa w związku z pojęciem „audycji" nie określa wymogu co do czasu trwania ciągu obrazów. Zresztą oferta rozpowszechniania telewizyjnego obejmuje, obok długich i średnich, także krótkie audycje.

W analizowanym przypadku sposób wyboru materiałów wideo, oferowanych pod subdomeną wideo, nie różni się od sposobu wyboru proponowanego w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie, wchodzących w zakres zastosowania Dyrektywy. Materiały te były bowiem dostępne dla internauty w wybranym przez niego momencie i na jego życzenie, w oparciu o katalog przygotowany przez podmiot zarządzający gazetą internetową, umożliwiający wyszukiwanie po rubrykach, a także według kryterium popularności lub aktualności. Trybunał zwrócił także uwagę na cel Dyrektywy, jakim jest zapobieżenie nieuczciwej konkurencji w świecie mediów ze strony audiowizualnych usług medialnych na żądanie w stosunku do tradycyjnej telewizji. W tym zakresie powinno się stosować takie same zasady wobec wszystkich podmiotów zwracających się do tych samych odbiorców.

Podsumowując tę część ustaleń, Trybunał stwierdził, że pojęcie „audycji" w rozumieniu Dyrektywy powinno być interpretowane w ten sposób, że obejmuje ono udostępnianie pod subdomeną witryny internetowej gazety krótkich materiałów wideo odpowiadających krótkim sekwencjom z wiadomościami lokalnymi, sportowymi lub rozrywkowymi.

[1] Dyrektywa 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 (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych).

Trybunał przedstawił następnie stanowisko związane z drugim pytaniem. Zdaniem Trybunału, motywu 28. Dyrektywy, zgodnie z którym zakres jej zastosowania nie powinien obejmować elektronicznych wersji gazet i czasopism, nie należy rozumieć w ten sposób, że usługa audiowizualna powinna być systematycznie wyłączana z zakresu stosowania Dyrektywy tylko ze względu na to, że podmiotem zarządzającym witryną internetową jest spółka wydająca gazetę internetową. Trybunał odrzucił więc podmiotowe kryterium ustalania podstawowego celu usługi udostępniania materiałów wideo. Odmienna wykładnia mogłaby prowadzić do obchodzenia przepisów Dyrektywy poprzez zakładanie portali informacyjnych przez operatorów zainteresowanych w istocie wyłącznie oferowaniem audiowizualnych usług medialnych.

Trybunał opowiedział się za przedmiotowym podejściem przy ustalaniu podstawowego celu usługi udostępniania materiałów wideo. Trzeba zbadać czy podstawowy cel danej usługi jako takiej, niezależnie od kontekstu, w jakim jest oferowana, polega na dostarczaniu audycji służącej informowaniu szerokiego ogółu odbiorców, edukowaniu go lub zapewnieniu mu rozrywki. Okoliczność oferowania treści audiowizualnych pod domeną główną lub subdomeną nie ma decydującego znaczenia. Wprowadzenie takiego sztywnego rozróżnienia też mogłoby bowiem prowadzić do obchodzenia Dyrektywy. To, że w analizowanym przypadku bardzo nieliczne artykuły prasowe są powiązane z sekwencjami wideo oraz to, że przeważająca część tych materiałów wideo jest dostępna niezależnie od przeglądania artykułów z elektronicznej wersji gazety, zdaje się wskazywać, że usługa związana z treściami wideo ma funkcję samodzielną w stosunku do funkcji i treści dziennikarskiej.

Trybunał przypomniał także, że do celów Dyrektywy należy osiągnięcie równej konkurencji na rynku audiowizualnych usług medialnych oraz ochrona konsumentów (np. przed nieuczciwym lokowaniem produktów), a poziom tej ostatniej nie może być uzależniony od tego czy treści wideo oferowane są przez podmiot, dla którego mają niewielkie znaczenie, czy też przez podmiot, w przypadku którego stanowią całość oferty.

Podsumowując ustalenia w zakresie odpowiedzi na drugie pytanie, Trybunał stwierdził, że ocena podstawowego celu usługi udostępniania materiałów wideo oferowanych w ramach elektronicznej wersji gazety powinna skupiać się na badaniu czy owa usługa jako taka ma treść i funkcję samodzielne w stosunku do treści i funkcji działalności dziennikarskiej podmiotu zarządzającego daną witryną internetową oraz czy nie jest ona tylko nieodłącznym uzupełnieniem tej działalności, w szczególności ze względu na powiązania oferty audiowizualnej z ofertą tekstową.

III. Komentarz

Komentowany wyrok Trybunału odnosi się do mogącej budzić kontrowersje kwestii objęcia normami dotyczącymi audiowizualnych usług medialnych na żądanie audycji udostępnianych przez wydawców elektronicznych wersji gazet.

Podejście Trybunału wydaje się słuszne, gdyż może prowadzić do ograniczenia nieuczciwej konkurencji na rynku audiowizualnych usług medialnych na żądanie oraz do zwiększenia ochrony konsumentów. Audycja wideo nie traci swojego charakteru poprzez sam fakt umieszczenia jej w sieci Internet przez podmiot prowadzący elektroniczną wersję gazety. Decydujące znaczenie ma związek audycji wideo z materiałem dziennikarskim. Jeżeli audycja dostępna jest jedynie w związku z otwarciem przez internautę elektronicznej wersji artykułu prasowego i stanowi jej naturalne

uzupełnienie – analogicznie do zamieszczenia fotografii przy tekście w gazecie tradycyjnej – nie powinna zostać uznana za audiowizualną usługę medialną na żądanie. Przy spełnieniu tego warunku, audycje nie podlegają więc rygorom przewidzianym dla takowych przez prawo unijne, a za nim – krajowe. Jeżeli jednak audycje nie są powiązane z tekstami prasowymi, a w szczególności w przypadku, gdy dostępne są dla ogółu odbiorców – nawet tych, którzy nie otwierali łączy prowadzących do tekstów prasowych – np. poprzez osobny katalog lub narzędzie wyszukiwania, mają wówczas charakter audiowizualnych usług medialnych na żądanie, ze wszystkimi prawnymi konsekwencjami tej kwalifikacji. Trybunał przekonująco wykazał, że przyjęcie odmiennej wykładni mogłoby prowadzić do obchodzenia przepisów Dyrektywy poprzez zakładanie portali informacyjnych przez podmioty, których działalnością podstawową jest w istocie oferowanie audiowizualnych usług medialnych na żądanie. Nie ma decydującego znaczenia fakt, że zbiór audycji na stronie internetowej nie jest zorganizowany dokładnie w taki sam sposób, jak w programie telewizyjnym. Ocenie podlegać będzie charakter audycji i jej dostępność dla ogółu, w szczególności w relacji do dostępności tekstowego materiału dziennikarskiego. Struktura strony internetowej, a więc umieszczenie materiałów wideo pod główną domeną albo pod subdomeną, może mieć jedynie pomocnicze znaczenie przy ocenie charakteru zamieszczonych na niej materiałów wideo.

Dr Andrzej Nałęcz
Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Zarządzania UW
e-mail: ANalecz@wz.uw.edu.pl

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej.* Warszawa 2013, s. 356

Monografia autorstwa Katarzyny Chałubińskiej-Jentkiewicz stanowi ponad 350-stronicowe opracowanie wielowątkowej i niełatwej problematyki dotyczącej reglamentacyjnej polityki państwa w obszarze audiowizualnych usług medialnych w Polsce. Ze względu na zakres merytoryczny monografii oraz jej bogaty, opisowy charakter w częściach dotyczących normatywów ustrojowych i proceduralnych radiofonii i telewizji, poniższe uwagi koncentrują się jedynie na wybranych aspektach teorii i metodologii poruszonych w pracy.

Już na wstępie zaznaczyć należy, że podstawową zaletą omawianej pracy, oprócz rzetelnie przygotowanej opisowej części normatywnej problemu oraz zgromadzenia i wykorzystania bogatej literatury polskiej i zagranicznej, jest podjęcie przez autorkę analizy wybranych pojęć z zakresu teorii prawa. Dotyczy to w szczególności zjawiska widma radiowego w kontekście teorii rzeczy publicznych, istoty i postaci reglamentacji usług medialnych oraz teorii publicznych praw podmiotowych. Próba uporządkowania tematyki usług medialnych w konfrontacji z zastałymi pojęciami teorii prawa jest metodologicznie zawsze pożądana. Podkreślmy tu, że tak prowadzona analiza, w wymiarze naukowym zawsze narażona jest na krytykę, jednak jest też bezsprzecznie o wiele bardziej twórcza i ciekawsza. Można oczywiście polemizować z niektórymi przyjętymi przez autorkę wnioskami lub założeniami, ale już sama dyskusja na ten temat stanowi dodatkowy, cenny wkład do teorii tego obszaru prawa publicznego.

Treść książki ujęta została w trzech częściach. Pierwsza obejmuje zagadnienia ogólne, druga reglamentację mediów audiowizualnych w Polsce, trzecia zaś reglamentację usług audiowizualnych w warunkach cyfrowych. Wszystkie wyodrębnione części monografii do pewnego stopnia podążają za unijną typologią sfery działalności audiowizualnej, a więc za sferami *hardware*, czyli samego systemu przekazu oraz *software*, czyli sfery powstawania zawartości przekazu oraz harmonizacji wspólnego rynku. Także konstrukcja szczegółowych kwestii poruszanych w monografii, np. przy okazji opisu podstaw prawnych reglamentacji rynku audiowizualnego w Polsce (s. 166 i n.) odpowiada temu układowi, co wprowadza pewien ład metodologiczny w tym fragmencie rozważań. Część druga i trzecia stanowią stopniowe uszczegółowienie tematyki ogólnej i pomimo nieuchronnych powtórzeń ugruntowują czytelnika w przekonaniu o przemyślanej koncepcji książki.

Część pierwsza książki dotyczy zagadnień ogólnych, którym autorka poświęca znaczącą część opracowania (s. 29–132) i w sposób poszerzony wprowadza czytelnika w uwarunkowania zewnętrzne mediów audiowizualnych w obliczu zmian społecznych. Stawia również tezę o potrzebie reorganizacji mediów jako instytucji, ale także podkreśla konieczność dokonania ustaleń co do przyszłej regulacji. Pojawia się tu również szersze spojrzenie na problem mediów audiowizualnych. Autorka sygnalizuje, iż całość problematyki oddziaływania mediów w warunkach cyfrowych należy postrzegać nie tylko w kontekście samej komunikacji, lecz także kreowania systemu

wartości, a badania dotyczące rynku mediów audiowizualnych są niezbędne zarówno ze względu na ochronę interesu publicznego, jak i praw fundamentalnych (s. 36). W zagadnieniach ogólnych odnajdziemy również sygnalizację kwestii dotyczących oddziaływania mediów audiowizualnych na sferę publiczną, w szczególności na „przestrzeń relacji rządzących i rządzonych" oraz jako „ przestrzeń relacji rynkowych" (s. 38). Autorka w części pierwszej, w ślad za D.C Hallina'em oraz P Mancinim podejmuje próbę umiejscowienia polskich rozwiązań dotyczących rynku mediów na tle wybranych zagranicznych modeli relacji państwa i mediów (s. 41–66). Mowa tu o modelach: spolaryzowanego pluralizmu, demokratycznego korporacjonizmu, liberalnych i mieszanych. Pomaga to przedstawić problematykę usług audiowizualnych tak pod kątem rozwiązań ustrojowych, jak i proceduralnych obserwowanych w Europie zachodniej, w szczególności rozwiązań niemieckich (s. 52–58), a także systemu funkcjonującego w USA. Ta część pozostawia jednak pewien niedosyt refleksji co do tego, jak na tym tle wypadają polskie rozwiązania i czy możemy mówić o polskim modelu w tym segmencie, choć w dalszych fragmentach monografii, tych dotyczących rozwiązań proceduralno-ustrojowych systemu koncesyjnego mamy porównania naszego prawodawstwa do rozwiązań zagranicznych. Pokazuje to, w jak wielu aspektach reglamentacji tej unowocześniającej się dziedziny niewystarczające wydają się dotychczasowe ustalenia polskiej teorii prawa. Ten obiecujący i słabo zbadany obszar analizy autorka próbuje swoją pracą wypełnić.

W części dotyczącej zagadnień ogólnych (s. 67–73) przedstawione zostały również wątki ekonomicznego ujęcia reglamentacji rynku mediów audiowizualnych, przedmiotu reglamentacji w ujęciu ekonomicznym oraz reglamentacji rynku mediów w ekonomicznej analizie prawa według R.H. Coase'a. Podkreślmy, iż takie ujęcie tematyki prawa mediów w pracy zapowiadało rzadko podejmowaną w naszej teorii prawa próbę ekonomicznej analizy prawa (zwanej *law and economics*), coraz popularniejszą np. w USA i krajach Europy Zachodniej. W skrócie, analizę wpływu prawa na decyzje i zachowania ludzkie za pomocą modeli i metod właściwych naukom ekonomicznym. Niestety wątek ten w dalszej części nie jest przez autorkę kontynuowany, a jedynie zaznaczony, praca zaś ma w znacznym stopniu charakter formalno-dogmatyczny z elementami komparatystyki prawniczej, co oczywiście nie umniejsza jej walorów naukowych. Warto zaznaczyć, iż szereg wątków poruszanych przez autorkę dotyczących problematyki usług audiowizualnych w Polsce (np. polityka koncesjonowania i pozwoleń, problematyka konfliktu paradygmatów wartości konstytucyjnych swobody działalności i wolności wypowiedzi, zasad *fair play* na rynku mediów czy też ochrony wartości kulturowych w usługach medialnych), przypomina analizę prawa jako faktu ekonomicznego prowadzoną już w polskiej literaturze zjawiska *law and economics*. Mam tu na myśli opis ontologicznej istoty prawa wskazujący na co najmniej cztery jego cele ekonomiczne: 1) skuteczny system rozmieszczania dóbr; 2) rozstrzyganie konfliktów ekonomicznych między podmiotami prawa; 3) powiększanie indywidualnego i społecznego dobrobytu materialnego i niematerialnego; 4) zapewnianie minimum ekonomicznej efektywności[1]. Nie należy zapominać, iż ekonomiczna analiza prawa ma też swoje słabe strony jako metoda[2].

Autorka nie tylko w części pierwszej, dotyczącej zakresu i celu regulacji mediów audiowizualnych (s. 74), w sposób konsekwentny identyfikuje dwutorowo istotę interesu publicznego. Z jednej strony, traktuje ten interes jako zbiór norm i działań implementacyjnych organów dotyczących ograniczeń

[1] Por. J. Stelmach i B. Bożek i W. Załuski (2007). *Dziesięć wykładów z ekonomii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 12.

[2] R. Tokarczyk (2007). Jednostronność ekonomicznej analizy prawa. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, *4*); M. Małecka (2013). O behawioralnym podejściu do badania prawa, paradoksie, do którego prowadzi i sposobie przezwyciężenia. *Nauka i Szkolnictwo Wyższe*, *1*(41).

zawartości przekazu i ich treści, z drugiej strony, jako zespół norm i procedur odnoszących się do ograniczeń dostępu do usług audiowizualnych. Autorka w sposób uporządkowany pokazuje więc swoisty materialny i proceduralny awers i rewers problemu, jakim jest reglamentacyjna polityka państwa w tym segmencie społeczeństwa informacyjnego. Warto też na chwilę zatrzymać się nad przytoczoną w pracy definicją usług audiowizualnych (s. 82 i n.). Autorka podkreśla, nie tylko zresztą w tym fragmencie rozważań, iż media audiowizualne stanowią istotny element gospodarki europejskiej, w tym również gospodarki polskiej (s. 79). Zresztą wspominana wcześniej kwestia ekonomicznej analizy prawa, którą nieprzypadkowo umieszczono w części ogólnej rozważań, wskazuje na silną, gospodarczą determinantę celu i sposobów reglamentacji usług audiowizualnych. Odnośnie do samej definicji usług audiowizualnych, autorka w charakterystyczny dla przedstawicieli nauki prawa sposób przechodzi na grunt definicji pojęć pokrewnych w przepisach unijnych i polskich, począwszy od art. 2c Dyrektywy Ramowej 2002/21/WE dotyczącego usługi łączności elektronicznej, poprzez art. 4 pkt 7 ustawy o radiofonii i telewizji odnoszący się do rozpowszechniania. Ustalenia dokonane we fragmencie dotyczącym usług audiowizualnych są zasadniczo wystarczające na potrzeby pozostałych fragmentów monografii, jednak przy problematyce nowej, a więc mogącej budzić kontrowersje, dodatkowe odniesienia pozaprawne w każdej monografii prawniczej wydają się niezbędne. Nie napawa więc optymizmem słuszne zastrzeżenie autorki, iż problematyka audiowizualna obejmująca takie pojęcia, jak: przekaz, kultura, odbiór społeczny, konkurencja, pomoc publiczna, prawo własności intelektualnej jako „dziedzina jest trudna do zdefiniowania" (por. przypis 152, s. 85). Tytułem komentarza, chyba trudno traktować wymieniony zbiór pojęć jako dziedzinę, dziedzina jest jednak odrębnie definiowana w nauce prawa. Równie trudno jest się zgodzić ze stwierdzeniem, że podobnie trudne do zdefiniowania są pojęcia z tą „dziedziną" związane, chodzi tu o pojęcie polityki audiowizualnej czy mediów audiowizualnych. Redukcja tematów jest zawsze trudna dla autora, osobiście jednak uważam, że dla poszerzenia spektrum badawczego, szczególnie problemu konfrontacji paradygmatów swobód konstytucyjnych i dopuszczalnych ich ograniczeń w zakresie usług audiowizualnych, a także problematyki widma radiowego w kontekście jego charakteru jako dobra publicznego, pożądane byłoby wyjście od teorii pojęć już znanych nauce prawa oraz teorii informacji będącej przedmiotem medioznawstwa. Chodziłoby tu w szczególności o podjęcie próby naświetlenia pojęć polityki audiowizualnej na tle teorii polityki administracyjnej[3], w szczególności dostrzeżenie dychotomii polityki publicznej i polityki administracyjnej w kontekście celów polityki reglamentacyjnej operatora. Tytułowe zaś usługi audiowizualne mogłyby być dodatkowo zanalizowane w odniesieniu do teorii i rodzajów informacji, w szczególności podziału informacji ze względu na pojawiające się w literaturze kryteria stopnia ochrony, treści, trwałości, sposobu odbioru czy też adresata[4].

Do niewątpliwych zalet książki należy podejmowanie ustaleń pojęciowych oraz świadomość trudności definicyjnych wynikających z interdyscyplinarności zagadnienia. Jednak na podstawie układu i proporcji zagadnień omówionych w monografii, trudno ustalić co jest podstawowym przedmiotem analizy, same media audiowizualne czy też tytułowa usługa audiowizualna. Tak jak wspominałem, rzetelnie zreferowany został materiał normatywny, w szczególności przepisy unijne i krajowe dotyczące reglamentacji rynku usług audiowizualnych. Zarówno w zagadnieniach

[3] Por. P. Szreniawski (2008). *Nauka o polityce administracji*. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, s. 103 i 119.

[4] Zob. M. Nowina-Konopka (2006). Wiedza, informacja i komunikacja w rozwoju społeczeństwa informacyjnego. W: M. Witkowska, K. Cholawo-Sosnowska (red.), *Społeczeństwo informacyjne. Istota rozwój, wyzwania*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, s. 100 i n.

wstępnych, jak i w części drugiej dotyczącej reglamentacji mediów audiowizualnych w Polsce, pomimo przedstawienia poszczególnych regulacji krajowych (s. 138 i n.) pozostaje jednak, pomimo przeprowadzonego przez autorkę przeglądu regulacji (por. s. 168 i n.), pewien niedosyt dotyczący oceny stopnia implementacji i jakości samego prawa unijnego w tym segmencie. Mowa tu o realizacji art. 28 Dyrektywy Ramowej 2002/21/WE dotyczącego obowiązku transpozycji jej zaleceń. Przypomnijmy, iż państwa członkowskie powinny były przyjąć i opublikować przepisy ustawowe i wykonawcze, w tym administracyjne, niezbędne do jej wykonania do 24 lipca 2003 r. Ma to swoje konsekwencje dla metodologii dalszych fragmentów pracy. Przykładowo przy analizie pojęcia widma radiowego widoczna jest dychotomia podejścia do analizy rozwiązań europejskich i polskich (akapit 3.5.1 w części pierwszej zatytułowany „Europejskie podejście do reglamentacji widma radiowego", s. 108), gdzie cytowana dyrektywa ramowa, która co do zasady miała swoje ramy czasowe obowiązywania, nadal powoływana jest jako odrębna podstawa prawna definiowania widma radiowego. Co prawda autorka zaznacza, że „analiza dotycząca charakteru widma radiowego i polityki reglamentacyjnej tego dobra obejmuje model polski i wytyczne unijne" (s. 100), jednak pamiętać należy, że wytyczne unijne jako instrument prawny są też odrębnym od dyrektyw rodzajem unijnego *soft law*.

Część druga dotyczy reglamentacji mediów audiowizualnych w Polsce i prócz uwag wstępnych na temat konstytucyjnych podstaw przekazu audiowizualnego i związanych z nim wolności i ograniczeń, znajdujemy tu opis: polityki audiowizualnej w systemie prawa polskiego, zakresu przedmiotowego polityki audiowizualnej, regulacji obszarów *software* i *hardware* oraz przybliżenie form instytucji reglamentacji rynku mediów audiowizualnych w Polsce. Instytucje reglamentacji rynku mediów autorka utożsamia w sposób być może zbyt zawężony z formami reglamentacji na rynku mediów audiowizualnych, takimi jak koncesje, zezwolenia i rejestry (por. akapit 3 na s. 162 i tabelę tam zamieszczoną). Pamiętać należy, iż pojęcie instytucji jest w teorii prawa administracyjnego stosowane zarówno w przypadku instytucji prawnych, jak i instytucji w rozumieniu podmiotów prawa. Nie oznacza to, że zabrakło opisu instytucji w sensie podmiotowym, jednak znajduje się on w innym fragmencie dotyczącym polityki audiowizualnej w systemie prawa polskiego (akapit 1.2, s. 138), gdzie poczyniono szereg uwag, do których również warto się odnieść. Na tym etapie autorka w pewnym sensie powraca do sygnalizowanego wcześniej zakresu podstaw prawnych (polskich i unijnych) regulacji usług audiowizualnych, nieco szerzej ukazując wzajemne ich relacje.

Na tym tle wyłania się problem rozbudowanego zakresu podmiotowego organów biorących udział w inicjowaniu i kształtowaniu polityki audiowizualnej. Z samego opisu struktur decydentów i współdecydentów oraz układu wzajemnych relacji takich podmiotów, jak KRRiT, Rada Ministrów, Prezes Rady Ministrów, Minister Administracji i Cyfryzacji, nie wyłączając Sejmu RP i Prezydenta, którym kontrolnie składane są sprawozdania, okazuje się, iż problematyka koordynacji polityki audiowizualnej mogłaby stanowić temat odrębnego opracowania. Na kanwie rozważań autorki uważam, iż z dużą ostrożnością należy także podchodzić do określania Prezesa Rady Ministrów jako „organu pomocniczego" (por. s. 138). Występuje bowiem istotna niezagospodarowana przestrzeń analityczna również w przedmiocie współczesnej teorii organu. Większość analiz, *nolens volens*, bazuje w dużej mierze na teoriach przedwojennych i teoriach organów konstruowanych w PRL aktualizowanych tylko o ostatnie zmiany ustrojowe w Polsce po 1989 roku. Jeżeli w ogóle możemy mówić o takim pojęciu. jak organ pomocniczy, to w pierwszym rzędzie należałoby, na

gruncie obowiązującego prawa oraz literatury przedmiotu, skonfrontować to pojęcie z problematyką podziału terytorialnego kraju i występującymi tam rodzajami organów publicznych o charakterze pomocniczym. Do tego typu organów, tytułem przykładu, najbliżej jest sołtysowi, który jest organem jednostki pomocniczej gminy, ale nawet wtedy trudno przypisać mu charakter organu pomocniczego, gdyż właściwie wykonuje on administrację w imieniu i na rzecz organów gminy. Również na gruncie kodeksu postępowania administracyjnego nie występuje pojęcie organu pomocniczego, występują natomiast organy przeprowadzające postępowanie uzupełniające (wpadkowe). Jednak nawet wtedy nie możemy mówić o pomocniczym charakterze takiego organu względem organu prowadzącego główne postępowanie administracyjne, a jedynie o proceduralnie realizowanej pomocy w ustaleniu faktów. Organami pomocniczymi nazywa się czasami, ustrojowo niezbyt zręcznie, biura czy urzędy obsługujące poszczególne organy (np. Kancelarię Prezesa Rady Ministrów obsługującą Radę Ministrów i Premiera, Biuro Bezpieczeństwa Narodowego obsługujące Radę Bezpieczeństwa Narodowego). Reasumując, w kontekście relacji Prezesa Rady Ministrów względem KRRiT należałoby przeprowadzić odrębny wywód dotyczący zakresów ich kompetencji, zmierzający w kierunku wniosku o ich równoległym, uzgodnieniowym trybie współdziałania i „względnie" niezależnych relacjach. Względność taka wynika przecież z szeregu semiiperatywnych przepisów, którym podlega KRRiT, mowa tu o kompetencjach Rady Ministrów i Parlamentu względem KRRiT, związanych z ustalaniem jej budżetu.

Warto zaznaczyć, iż autorka generalnie sygnalizuje ciekawą kwestię potencjalnych źródeł problemów ustrojowych. W szczególności dotyczy to relacji Rady Ministrów i poszczególnych ministrów (ds. Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz ds. Administracji i Cyfryzacji) względem KRRiT, w kontekście art. 146 Konstytucji i art. 6 urt, w którym pada ustawowe stwierdzenie o „projektowaniu w porozumieniu" polityki audiowizualnej rządu i KRRiT (s. 139). Dostrzeżenie tego problemu pobudza refleksję naukową. Osobiście uważam, że zjawisko współprojektowania polityki audiowizualnej przez wszystkie wymienione przez autorkę organy, w kontekście całokształtu doświadczeń wynikających z pragmatyki ustaw regulujących politykę audiowizualną, jest uzasadnione w sensie politycznym i w związku z potrzebą koordynacji działań administracji publicznej. Jednak w sensie formalno-dogmatycznym pozostają pewne wątpliwości. Niezbędny byłby tu odrębny wywód, na bazie obowiązujących normatywów. Ponieważ powaga omawianych instytucji biorących udział w polityce audiowizualnej jest niekwestionowana, pozwolę sobie w tym miejscu właśnie na kilka uwag o naturze formalno-prawnej. Otóż analizując status prawny Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, należy stwierdzić, że rzeczywiście stanowi ona organ państwowy, który określamy w teorii ustroju typem organu państwowego o charakterze centralnym, nie rządowym. W analizie charakteru ustrojowego oraz układu zadań i kompetencji KRRiT należy jednak sięgać nie tylko do ust. 2 art. 146 Konstytucji, gdzie mowa jest o generalnej zasadzie domniemania kompetencji Rady Ministrów, chyba że następuje wyłączenie ustawowe kompetencji do prowadzenia danej polityki na rzecz innego organu. Równie ważnym normatywem będzie tu również art. 213 Konstytucji RP, w którym przesądza się, poprzez treść zadań, także i charakter ustrojowy tego organu. Zgodnie z tym przepisem „Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji". Przepis ten jako jedyny wyznacza, w mojej opinii, konstytucyjny zakres mogący być przedmiotem uszczegółowienia w materii ustawowej przez ustawodawcę zwykłego. Dodatkowo, w analizie nie wolno

nie dostrzegać art. 215 Konstytucji RP, zgodnie z którym zasady i tryb działania Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, jej organizację oraz szczegółowe zasady powoływania jej członków określa ustawa. W przypadku KRRiT jest to przede wszystkim ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, a w szczególności jej art. 1, 5 i 6. Uwzględniając powyższe ustalenia, po pierwsze, należy skonstatować, co także zauważa autorka, iż poprzez art. 213 Konstytucji ustawodawca zasadniczy nie bez przyczyny umiejscawia KRRiT w grupie organów kontroli państwowej i ochrony prawa. Cóż to oznacza dla analizy charakteru ustrojowego KRRiT? Otóż należy bardzo ostrożnie podchodzić do charakteru podstaw kompetencyjnych tego organu w kwestii projektowania polityki audiowizualnej. Innymi słowy, baczniej należy przyjrzeć się konstytucyjnym podstawom upełnomocnienia KRRiT do tworzenia w ogóle jakiejkolwiek polityki z zakresu zadań rządowych. Jeżeli bowiem przeanalizujemy sformułowanie art. 5. urt, to okaże się, że tworzy się Krajową Radę Radiofonii i Telewizji jako organ państwowy, **właściwy w sprawach radiofonii i telewizji.** Radiofonię i telewizję musimy jednak definiować już na podstawie ustawy zwykłej, w szczególności w oparciu o art. 1 urt. Ustawodawca zwykły, dodajmy, nie definiuje radiofonii i telewizji czy to w sposób realny, czy to projektujący, a jedynie używa pozadefinicyjnego określenia tego pojęcia poprzez enumerację. Określa więc zadania radiofonii i telewizji, zamykając je w katalogu następujących działań: 1) dostarczanie informacji; 2) udostępnianie dóbr kultury i sztuki; 3) ułatwianie korzystania z oświaty, sportu i dorobku nauki; 3a) upowszechnianie edukacji obywatelskiej; 4) dostarczanie rozrywki; 5) popieranie krajowej twórczości audiowizualnej. Wszystkie wyżej wymienione zadania radiofonii i telewizji są realizowane przez dostarczanie usług medialnych. Otóż dążę do tego, aby podkreślić, iż umiejscowione w art. 6 ust. urt zadanie do współprojektowania z Prezesem Rady Ministrów (nawet nie z Radą Ministrów, na co wskazywałaby reguła konstytucyjna) polityki audiowizualnej przez KRRiT nie wynika w sposób oczywisty z przepisów konstytucyjnych, te bowiem jednoznacznie umiejscawiają Krajową Radę Radiofonii i Telewizji wyłącznie w grupie organów kontroli i ochrony prawnej. Nie odnajdziemy również podstawy prawnej zadania do współprojektowania polityki audiowizualnej ani w art. 1, ani w art. 5 urt. Współprojektowanie polityki, pojawia się dopiero w art. 6 ust. 2 pkt 1 urt, zgodnie z którym do zadań Krajowej Rady należy „w szczególności (…) projektowanie w porozumieniu z Prezesem Rady Ministrów kierunków polityki państwa w dziedzinie radiofonii i telewizji". Ponieważ uznajemy za niepodważalny paradygmat o zakazie sprzeczności przepisów ustaw zwykłych z ustawą zasadniczą, wydaje się, że norma art. 6 ust. 2 urt jest zbyt szczegółowa w stosunku do normy art. 213 Konstytucji. Innymi słowy mamy podstawy do obaw czy ustawodawca zwykły nie przekroczył treści norm Konstytucji, uszczegółowiając na poziomie ustawy zadania KRRiT, których to zadań nie znajdziemy w Konstytucji RP[5]. Należy pamiętać, że racjonalność ustawodawcy konstytucyjnego jest wskazówką obowiązującą i gdyby taki był jego zamiar przy projektowaniu zadań KRRiT, wpisałby on do kompetencji KRRiT tę dotyczącą współprojektowania polityki audiowizualnej. Nawet jeśli nie zgodzimy się z prezentowaną tu tezą o zbyt szczegółowej, niekonstytucyjnej normie art. 6 urt i uznamy, że tworzenie polityki audiowizualnej mieści się w art. 213 Konstytucji, to należałoby wskazać, w której z trzech kompetencji konstytucyjnych, dla których w ogóle stworzono Krajową Radę Radiofonii i Telewizji mieści się

[5] Echa tej obawy możemy odnaleźć w dość bogato cytowanym w monografii orzecznictwie, w szczególności w wyroku WSA w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2004 r. (II SA 3883/02), w którym sąd zważył, że Krajowa Rada Radiofonii, starając się powołać na art. 6 ust. 1 i 2 jako na źródło swojego zakresu kompetencyjnego przy przesłankach cofnięcia koncesji w zw. z art. 38 pkt 2 i 3 urt, stanowi w istocie konstruowanie przez organ administracyjny ograniczeń i obowiązków, w szczególności w sferze konstytucyjnych praw i wolności na podstawie przepisów określających zadania administracji, to zaś stanowi naruszenie art. 7 Konstytucji, a więc zasady praworządności.

norma art. 6 ust. 2 pkt 1. Przypomnijmy raz jeszcze, że art. 213 do kompetencji tych zalicza: stanie na straży wolności słowa, stanie na straży prawa do informacji oraz stanie na straży interesu publicznego w radiofonii i telewizji. Wydaje się, że możemy odrzucić pierwsze dwie kompetencje, tworzenie bowiem polityki audiowizualnej nie ma, a nawet nie powinno mieć nic wspólnego ani ze staniem na straży wolności słowa, ani prawa do informacji. Te kompetencje mają swoje proceduralne instrumenty i służą nie projektowaniu, a eliminowaniu niestosowania lub nieprawidłowego stosowania prawa o radiofonii i telewizji przez podmioty prawa. Pozostaje więc trzecie zadanie, a więc stanie na straży interesu publicznego. Problem polega jednak na tym, że Konstytucja generalnie nie definiuje pojęcia „interesu publicznego", podobnie jak i wielu innych fundamentalnych pojęć prawnych. W takim przypadku, przy określaniu interesu publicznego w tej dziedzinie życia publicznego, konieczne jest wyinterpretowanie tego pojęcia z ustawy zwykłej, a więc ustawy o radiofonii i telewizji. Dotykamy tu znowu problemu konstytucyjności definiowania pojęć konstytucyjnych w aktach ustawowych niższej rangi. Niezależnie od tego, podejmując próbę ustalenia interesu publicznego na poziomie ustawy o radiofonii i telewizji, poszukujemy go zwykle poprzez odniesienie się do preambuły czy też przepisów ogólnych danego aktu zwykłego, z których wynikają cele, dla których w ogóle ustawa została uchwalona. W przypadku ustawy o radiofonii i telewizji są to przytoczone wyżej cele wymienione w art. 1 urt. Pozostaje otwarte pytanie, który z elementów zadań radiofonii i telewizji może stanowić materialną postać interesu publicznego, na straży którego stać ma KRRiT, aby uzasadnić niewymienione w Konstytucji, a uszczegółowione w ustawie zadanie tego organu z art. 6 ust. 2 pkt 1 urt do projektowania (współprojektowania) z Premierem polityki audiowizualnej. Na marginesie należy przypomnieć, że ustawodawca zwykły nie precyzuje także czy Prezes Rady Ministrów realizować miałby tę kompetencję jako przewodniczący Rady Ministrów, która jest odrębnym organem naczelnym, czy też realizować ma tę kompetencję jako Prezes Rady Ministrów, będący samodzielnym organem naczelnym z odrębnymi kompetencjami. Wydaje się zatem, że ustawowe sformułowanie art. 6 ust. 2 pkt 1 urt o „projektowaniu w porozumieniu z Prezesem Rady Ministrów" rodzi dalsze pytanie o zgodność tego przepisu w ogóle z art. 146 ust. 1. Konstytucji, w którym to Rada Ministrów, a nie Prezes Rady Ministrów, jest właściwym organem do prowadzenia polityki wewnętrznej i zagranicznej Rzeczpospolitej Polskiej. Jednak te dywagacje znacznie wykraczają poza ramy niniejszego opracowania i nie będziemy ich dalej kontynuować.

W części drugiej autorka prezentuje konstytucyjne podstawy reglamentacji radiofonii i telewizji wobec praw i wolności konstytucyjnych, a w szczególności kwalifikację prawną koncesji radiowo-telewizyjnej w polskim systemie prawa mediów (s. 187–195). Jak już wspominałem na wstępie, zarówno rozważania teoretyczne dotyczące widma radiowego, jak i analiza prawa polskiego w przedmiocie radiofonii i telewizji, w oparciu o art. 54 Konstytucji, orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, a także w oparciu o przepisy prawa prasowego, telekomunikacyjnego, nie wyłączając ustawy o działalności gospodarczej, pokazuje, że autorka ma szeroką wiedzę z tematyki prawnej mediów audiowizualnych. Szczególnie ważnym elementem pracy jest próba kategoryzacji widma radiowego w kontekście teorii rzeczy publicznych. Już na wstępie zaznaczyć należy, iż autorka, jak każdy inny autor dotykający problematyki własności publicznej miała utrudnione zadanie. Nie mamy bowiem współczesnej, rozwiniętej teorii rzeczy publicznych, która prowadziłaby nas do jednoznacznych ustaleń w obrębie tego pojęcia prawnego. Wciąż musimy

korzystać z ustaleń teoretyków bądź przedwojennych, bądź okresu PRL-u, ewentualnie teorii niemieckich czy francuskich, które przenikają także prace polskich autorów[6]. Słusznie autorka wychodzi od podziału rzeczy publicznych S. Kasznicy, zapewne wzorowanego na kategoryzacji dokonanej przez O. Mayera, wyodrębniającego trzy kategorie, tj. majątek skarbowy, majątek administracyjny i dobra publiczne. Autorka wydaje się być zwolenniczką uznania widma radiowego jako „rzadkiego" dobra publicznego (por. s. 108 oraz s. 167). Pojawia się w związku z tym kolejna teza, zgodnie z którą widmo radiowe (podobnie jak korytarze powietrzne w lotnictwie) jest dobrem niematerialnym, będącym składnikiem rzeczywistości fizycznej, dostępnym dla każdego i jako takie stanowi przedmiot panowania administracyjnego bez względu na cywilistyczną naturę danego zjawiska. Autorka widzi widmo radiowe jako przedmiot domeny publicznej, wręcz „monopolu władzy publicznej". To stanowisko autorki wydaje się być niejednoznaczne. Z jednej strony, wykorzystując trójdzielną klasyfikację S. Kasznicy, zalicza ona widmo radiowe do dóbr publicznych, które przypomnijmy, ze swej natury nie są reglamentowane, służą bowiem do użytku powszechnego (nieograniczanego), z drugiej strony określa się to dobro publiczne, ze względu na ograniczoną ilość jako „dobro rzadkie" stanowiące przedmiot szczególnej reglamentacji „…widmo radiowe należałoby zaliczyć do dóbr publicznych, jednak ze względu na ograniczoną ilość, jako dobro rzadkie, stanowi ono przedmiot szczególnej reglamentacji czyli koncesjonowania" (s. 108). Takie ujęcie, w mojej opinii, znacznie modyfikuje klasyfikację podaną przez Mayera i Kasznicę, co najmniej w dwóch elementach. Jeżeli chodzi o element pierwszy, to nasuwa się refleksja, iż podział rzeczy publicznych dokonany przez klasyków niemieckich i polskich nawiązuje jednak do ulpianowskiego podziału na prawo publiczne i prywatne. Oznacza to, że zasadniczym kryterium podziału rzeczy publicznych, dokonanego przez O. Mayera czy S. Kasznicę, na majątek skarbowy, administracyjny i dobra publiczne nie jest samo kryterium charakteru (materialnego czy nie materialnego) danej rzeczy publicznej, lecz sposób korzystania z tej rzeczy. W konkluzji, wydaje się, iż sformułowanie autorki zamieszczone na s. 107[7] nie współgra z kryterium wyróżnienia rzeczy publicznych stosowanym przez Mayera i Kasznicę. Autorzy ci bowiem, jak się wydaje, zamierzali przy określaniu rzeczy publicznych uwypuklić kryterium sposobu korzystania czy też przynoszonego pożytku (ewentualnie form dostępności dla społeczeństwa), a nie, jak pokazuje autorka, kryterium materialnego lub niematerialnego charakteru danej rzeczy publicznej. To prowadzi do drugiego elementu modyfikującego klasyczne teorie. Występujące w recenzowanej monografii sformułowanie, zgodnie z którym widmo radiowe to rzadkie dobro publiczne, stanowiące przedmiot szczególnej reglamentacji, czyli koncesjonowania, prowadzi do konstatacji, że autorka dokonała dychotomii jednorodnego pojęcia dobra publicznego i wyodrębnia, *ipso facti* drugi jego rodzaj o charakterze reglamentowanym. Taka formuła rodzi dalsze problemy, w szczególności otwartą, nieporuszoną w pracy przestrzeń analityczną wzajemnych relacji tak wyodrębnionego dobra publicznego reglamentowanego względem pozostałych dwóch rodzajów rzeczy publicznych, tj. majątku skarbowego i majątku administracyjnego.

Na koniec warto podkreślić wagę analiz szczegółowych zamieszczonych w części trzeciej monografii zajmującej się reglamentacją usług audiowizualnych w warunkach konwersji cyfrowej.

[6] Por. L. Bielecki (2013). *Koncepcja rzeczy publicznej w prawie polskim. Zagadnienia administracyjnoprawne*. Kielce: Compus.

[7] „… trzeba stwierdzić, że widmo radiowe, podobnie ja przestrzeń powietrzna, nie należą do kategorii rzeczy publicznych według wskazanej powyżej klasyfikacji (tj. rzeczy materialnych), a także według klasycznych definicji rzeczy publicznych, które mają swoje źródło w przeszłości, gdy takie dobra niematerialne, jak widmo radiowe, były nie znane, a cały problem był rozpatrywany w odniesieniu do dóbr materialnych i prawa własności…".

Autorka szeroko omawia wpływ na przestrzeń medialną ustawy z 25 marca 2011 r. nowelizującej prawo o radiofonii i telewizji, będącej instrumentem implementującym dyrektywę 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych. W monografii odnajdziemy szerokie omówienie takich kwestii, jak wymóg koncesjonowania rozpowszechniania programów telewizyjnych po nowelizacji implementacyjnej (s. 243) oraz kwalifikację procedury rejestru programów rozpowszechnianych w systemach teleinformatycznych oraz programów rozprowadzanych w kontekście regulacji *software* i *hardware* (s. 248). Interesujące są także poruszone przez autorkę wątki dotyczące pojęcia misji publicznej oraz kwestii czy misja publiczna jako zadanie publiczne może być przedmiotem koncesjonowania (s. 271 i n.), a także pojęcia służby publicznej w działalności audiowizualnej (s. 281). Odnajdziemy też szereg szczegółowych analiz problemu koncesjonowania programów wyspecjalizowanych nadawcy publicznego oraz kwestii finansowania koncesjonowanej audiowizualnej działalności misyjnej. Rozwinięta została także analiza korzystania z widma radiowego w oparciu o przepisy ustawy o radiofonii i telewizji oraz współcześnie ważka problematyka reglamentacji działalności nadawczej w nowych technologiach na przykładzie usług telewizji komórkowej DVB-H i Smart TV (s. 297 i n.). W sposób wyczerpujący czytelnikowi zaprezentowane zostały definicja tych usług, podmioty i przedmiot regulacji oraz problemy ich reglamentacji. Podkreślić należy niezmiernie ciekawe podsumowanie części trzeciej.

Prezentowana monografia stanowi opracowanie uporządkowane, z coraz rzadziej spotykaną w literaturze nadbudową teoretyczną, bogatym przeglądem legislacji i orzecznictwa oraz wyrazistymi wnioskami własnymi autorki, które odnajdziemy we wszystkich trzech częściach oraz, co równie cenne, w podsumowaniu wieńczącym dzieło. Rodzące się na kanwie tego opracowania uwagi, nawet te o charakterze dyskursu, świadczą jedynie o twórczym i prowokującym do refleksji charakterze recenzowanej książki.

Bibliografia

Bielecki, L. (2013). *Koncepcja rzeczy publicznej w prawie polskim. Zagadnienia administracyjnoprawne*. Kielce: Compus.

Małecka, M. (2013). O behawioralnym podejściu do badania prawa, paradoksie, do którego prowadzi i sposobie przezwyciężenia. *Nauka i Szkolnictwo Wyższe*, *1*(41).

Nowina-Konopka, M. (2006). Wiedza, informacja i komunikacja w rozwoju społeczeństwa informacyjnego. W: M. Witkowska, K. Cholawo-Sosnowska (red.), *Społeczeństwo informacyjne. Istota rozwój, wyzwania*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.

Stelmach, J., Bożek, B. i Załuski, W. (2007). *Dziesięć wykładów z ekonomii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Szreniawski, P. (2008). *Nauka o polityce administracji*. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.

Tokarczyk, R. (20017). Jednostronność ekonomicznej analizy prawa. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, *4*.

Dr Michał Możdżeń-Marcinkowski
Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski
e-mail: mmozdzen@wz.uw.edu.pl

Strategia rozwoju rynku medialnego w Polsce na lata 2015–2020

Jedną z aktywności Fundacji Sztuka–Media–Film jest działalność ekspercka i analityczna w obszarze mediów. Fundacja jest pierwszym w Polsce *think-tankiem* medialnym. Z jej inicjatywy powstał dokument zatytułowany „Strategia rozwoju rynku medialnego w Polsce na lata 2015-2020”[1].

Impulsem do stworzenia tego dokumentu była obserwacja, że obszar medialny nie doczekał się wielowymiarowej i kompleksowej analizy, uwzględniającej specyfikę poszczególnych branż oraz odnotowującej nasilający się wpływ nowych technologii i fenomenów medialnych.

Pierwsza część dokumentu zawiera opis całego otoczenia, w jakim funkcjonują polskie media z uwzględnieniem warunków ogólnoekonomicznych i społecznych, otoczenia instytucjonalnego i regulacyjnego oraz obowiązujących ram prawnych. Wskazano w nim m.in., że rynek mediów to niemal 2% PKB, a jego wartość w 2014 roku wyniosła 30,9 mld zł. Zakładając liniowy rozwój polskiej gospodarki, wartość rynku mediów w roku 2020 może osiągnąć 37,3 mld zł.

W dokumencie znajduje się wiele bardzo interesujących danych dotyczących odbiorców mediów, ich zachowań i sposobów konsumpcji poszczególnych rodzajów mediów – prasy, radia, telewizji, Internetu. Podstawowa konkluzja w tym zakresie jest taka, że choć w zachowaniach odbiorców mediów zachodzą zmiany (spadek czytelnictwa prasy, szczególnie prasy codziennej i migracja do Internetu), to pozycja telewizji jako najbardziej popularnego i powszechnego medium nie wydaje się zagrożona.

Kolejna cześć raportu to opis stanu poszczególnych rynków – prasy, przemysłu filmowego audiowizualnego, radiowego, telewizji i Internetu wraz z opisem mechanizmów działających na tych rynkach oraz prognozami ich rozwoju.

Szczególną wartością dokumentu jest mapa rynku mediów w Polsce wskazująca na obecność na poszczególnych rynkach różnych grup medialnych. „Strategia” zawiera także prognozę rozwoju tego rynku. Postawiono w niej tezę, że w najbliższych 5 latach dominować będą dwa trendy: konsolidacja horyzontalna i specjalizacja. W efekcie na rynku pozostaną dwa rodzaje przedsiębiorstw medialnych. Pierwszy rodzaj to prawdopodobnie nie więcej niż cztery wielkie skonsolidowane koncerny medialne, aktywne na wszystkich lub prawie wszystkich polach (telewizja, radio, prasa codzienna i magazyny, Internet i inne). Drugi rodzaj to przedsiębiorstwa wyspecjalizowane i ograniczone do jednego rynku (np. wyłącznie nadawca telewizyjny lub radiowy czy wydawca czasopisma o określonym profilu tematycznym lub polityczno-społecznym). Takich przedsiębiorstw będzie oczywiście więcej, ale i one będą się poddawać konsolidacji, jak również będą wchłaniane przez koncerny krajowe lub międzynarodowe.

Strategia, choć nie daje szczegółowych propozycji rozwiązań problemów, jakie trapią rynek mediów, to stawia jednak szereg postulatów skierowanych do władz państwowych odpowiedzialnych za prowadzenie polityki medialnej i stwarzanie warunków prawnych dla działalności medial-

[1] http://sztukamediafilm.pl/projekty/strategia-rozwoju-rynku-medialnego-w-polsce-na-lata-2014-2020/.

nej. Wskazano w niej kilka kluczowych, dla realizacji interesu publicznego w mediach, obszarów wymagających podjęcia działań analitycznych, legislacyjnych i faktycznych.

W pierwszym rzędzie wskazano, że polityka medialna na szczeblu państwowym wymaga większej niż dotychczas uwagi i koordynacji. Dotyczy to poziomu zarówno rządowego (tu w szczególności Prezesa Rady Ministrów, Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministra Administracji i Cyfryzacji oraz Ministra Skarbu Państwa), jak i regulatorów (KRRiT, UKE, UOKiK). Wskazano również, że Polska musi aktywnie kształtować europejską politykę i prawodawstwo dotyczące funkcjonowania mediów.

W odniesieniu do prawa medialnego wskazano m.in., że wiele regulacji medialnych utraciło swoje uzasadnienie w wyniku postępującej konwergencji technologicznej i rynkowej, rozpowszechnienia Internetu i usług mobilnych oraz procesów globalizacyjnych. Stąd postulat dokonania przeglądu obowiązującego prawa pod kątem adekwatności obowiązujących przepisów do obecnego etapu rozwoju rynku mediów, jego uproszczenia i liberalizacji.

W zakresie mediów publicznych podniesiono, iż konieczne jest przyjęcie nowych rozwiązań prawnych, które umożliwią m.in. doprecyzowanie misji i zadań mediów publicznych; zapewnienie stabilnego systemu finansowania ze źródeł publicznych, ograniczenie aktywności komercyjnej i odpolitycznianie mechanizmu zarządzania mediami publicznymi.

Inne postulaty dotyczą kwestii własności mediów i pluralizmu informacyjnego, prawa prasowego, regulacji reklamowych i edukacji medialnej.

Tytuł raportu jest nieco mylący, gdyż w istocie ma on charakter dokumentu analitycznego z silnym elementem prognostycznym oraz postulatami kierowanymi do władz publicznych. Ocenę tego dokumentu należy pozostawić czytelnikom. Choć nie uniknięto drobnych błędów czy niedoskonałości, to dokument dotąd zbierał pozytywne recenzje. Cel, jaki sobie postawili autorzy – stworzenie kompleksowego opisu polskiego rynku mediów i sprowokowanie dyskusji nad jego dalszym rozwojem – został osiągnięty.

Na koniec warto wspomnieć, że autorami dokumentu są, poza niżej podpisanym, wybitni eksperci silnie związani z polskim rynkiem medialnym, reprezentujący różne dziedziny nauki i wiedzy oraz mający różnorakie doświadczenia zawodowe i akademickie: dr Dominik Batorski, dr Tomasz Gackowski, dr Andrzej Garapich, prof. dr hab. Tadeusz Kowalski, prof. dr hab. Tadeusz Miczka, Agnieszka Ogrodowczyk, prof. dr hab. Stanisław Piątek.

Wojciech Dziomdziora
Radca prawny w kancelarii DZP, wiceprezes Fundacji Sztuka-Media-Film
e-mail: wojciech.dziomdziora@dzp.pl

Sprawozdanie z piątego spotkania w Dyrekcji Generalnej ds. technologii informacyjnych i komunikacyjnych na temat samo- i współregulacji
(Bruksela, 12 czerwca 2015 r.)

Zgodnie z wcześniejszymi zapowiedziami dotyczącymi prac nowo wybranego Parlamentu Europejskiego i Komisji Europejskiej, Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, dzięki działaniom Centrum Monitorowania Jednolitego Rynku, zaangażował się w określenie i uwypuklenie roli samoregulacji i współregulacji na poziomie Unii Europejskiej.

W dniu 12 czerwca 2015 r., w Komisji Europejskiej, zorganizowane zostało kolejne posiedzenie plenarne DG CONNECT[1] pod przewodnictwem dyrektora generalnego p. Roberta Madelina, poświęcone wypracowaniu zasad praktyki funkcjonowania samo- i współregulacji. Panelistami byli przedstawiciele jedenastoosobowego zespołu roboczego, którego zadaniem jest znalezienie optymalnych rozwiązań w zakresie stosowania samo- i współregulacji. Pozostali uczestnicy dyskusji reprezentowali środowisko europejskich samoregulatorów, dyrekcję generalną Komisji Europejskiej, naukowców, przedstawicieli organizacji konsumenckich, ekspertów. Omówiono dotychczasowe doświadczenia w zakresie sposobów wspierania samoregulacji, które zebrano w formie *vademecum*.

Zagadnienia samo- i współregulacji objęte są „Pakietem o lepszym stanowieniu prawa”[2], przyjętym 19 maja 2015 r. Składa się on z:

1. Komunikatu „Lepsze stanowienie prawa dla lepszych rezultatów – agenda europejska”, określającego ogólne podejście strategiczne[3];
2. Wytycznych opisujących sposób przestrzegania i przebiegu procesu od etapu planowania do oceny *ex-post*[4];
3. „Skrzynki narzędziowej”, przybornika, zwanej *toolbox*, czyli zbioru narzędzi dostarczanych w celu uzupełnienia wytycznych[5];
4. Stanu wydajności regulacyjnej (REFIT) obejmującej perspektywy regulacji[6];
5. Decyzji o ustanowieniu w platformie REFIT badania samo- i współregulacji[7];
6. Komunikatu o ustanowieniu platformy REFIT [8];
7. Decyzji o ustanowieniu Rady Kontroli Regulacyjnej przy KE[9];
8. Wniosku w sprawie uaktualnienia porozumienia międzyinstytucjonalnego (IIA)[10].

[1] Dyrekcja Generalna ds. technologii informacyjnych i komunikacyjnych.

[2] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm.

[3] http://ec.europa.eu/smartregulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf.

[4] http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/toc_guide_en.html.

[5] http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/toc_tool_en.html.

[6] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/swd_2015_110_en.pdf.

[7] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/c_2015_3261_en.pdf.

[8] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/c_2015_3260_en.pdf.

[9] http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/c_2015_3262_en.pdf.

[10] W porozumieniu IIA z 2003 r., Wspólnota zobowiązała się do stanowienia prawa tylko wtedy, gdy jest to konieczne. Wskazano, że istnieje wiele sposobów służących regulacjom i uznano potrzebę stosowania alternatywnych mechanizmów regulacyjnych „we wszystkich przypadkach, w których Traktat specjalnie nie wymaga aktu prawnego”. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_216_en.pdf.

Pakiet o lepszym stanowieniu prawa, będzie wdrażany przez Komisję w ramach jej własnych działań związanych z przygotowaniem i oceną przepisów prawnych, a także przy współpracy z Parlamentem Europejskim i Radą. We wszystkich Dyrekcjach Generalnych KE mają zostać przeprowadzone analizy na temat możliwości zastosowania rozwiązań samo- i współregulacyjnych w miejsce obowiązujących regulacji lub regulacji planowanych do wprowadzenia[11].

W celu kontroli publicznej i przekazywania opinii Komisja udostępni swoje procedury kształtowania polityki za pomocą portalu internetowego, na którym będzie można śledzić realizację inicjatyw. Umożliwi on również nowe konsultacje publiczne, prowadzone w związku z oceną aktualnej polityki czy też ewentualnych nowych wniosków. Pojawią się również nowe możliwości dla zgłaszania uwag przez zainteresowane strony podczas całego cyklu tworzenia polityki, od wstępnego planu działania do końcowego wniosku Komisji.

Po przyjęciu przez Komisję wniosku, obywatele i zainteresowane strony będą mieli 8 tygodni na przesłanie odpowiedzi lub propozycji, które zostaną uwzględnione podczas debaty legislacyjnej w Parlamencie i Radzie. Podejście takie będzie miało zastosowanie również do prawodawstwa wtórnego w formie aktów delegowanych i wykonawczych. Po raz pierwszy projekty środków prowadzących do zmiany lub uzupełnienia istniejącego ustawodawstwa, lub wprowadzenia szczegółowych przepisów technicznych będą podane do wiadomości publicznej na 4 tygodnie przed ich przyjęciem. Pozwoli to zainteresowanym stronom na przedstawienie uwag przed przyjęciem tych projektów przez Komisję lub ekspertów z państw członkowskich.

Zostanie wzmocniony program sprawności i wydajności regulacyjnej (REFIT), w którym dokonano oceny istniejącego prawodawstwa UE w celu zwiększenia jego skuteczności i efektywności, bez podważania celów polityki. Będzie on bardziej ukierunkowany na najpoważniejsze źródła nieefektywności i zbędne obciążenia, a ponadto będzie się charakteryzował ilościowym podejściem do oceny kosztów działań oraz płynących z nich korzyści. Komisja podjęła już aktywne działania na rzecz zmniejszenia obciążeń w obszarach takich jak VAT, zamówienia publiczne, statystyka przedsiębiorstw i chemikalia; obecnie prowadzona jest również kompleksowa ocena w innych dziedzinach. REFIT stanie się teraz podstawową częścią rocznego programu prac Komisji i dialogu politycznego Komisji z innymi instytucjami. Komisja utworzy stałą i otwartą platformę dialogu z zainteresowanymi stronami i państwami członkowskimi na temat możliwych sposobów usprawnienia unijnego prawa w kontekście REFIT. Platforma ta połączy ekspertów wysokiego szczebla z przedsiębiorstw, przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego, partnerów społecznych, Komitet Ekonomiczno-Społeczny, Komitet Regionów i państwa członkowskie. Będą tam gromadzone sugestie dotyczące zmniejszania obciążeń regulacyjnych i administracyjnych oraz prezentowane konkretne pomysły. Komisja będzie reagować na wszystkie inicjatywy oraz systematycznie wyjaśniać, jakie działania zamierza podjąć. Komisja wzmacnia swoje podejście odnośnie do oceny skutków w celu zbudowania solidnej bazy danych, która leży u podstaw wszystkich wniosków ustawodawczych, bez uszczerbku dla decyzji politycznych. Do tego zadania służyć będzie Rada ds. Kontroli Regulacyjnej (3 osoby z zewnątrz, spoza instytucji UE, 3 osoby z instytucji UE i przewodniczący), przekształcona z działającej od 2006 roku Rady ds. Oceny Skutków.

[11] Zgodnie z opinią Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Dz. UE C 291/29 w sprawie samoregulacji i współregulacji we wspólnotowych ramach prawnych „istnieją sektory, w przypadku których, ze względów na związanie koniunkturą, należy stosować większą ostrożność lub doprecyzować zasady i warunki stosowania samoregulacji i współregulacji. Dotyczy to w szczególności usług finansowych, publicznych lub świadczonych w interesie ogólnym oraz niektórych obszarów, które nie dotyczą wprawdzie bezpośrednio treści praw podstawowych, jednak wpływają na wykonywanie tych praw, np. praw konsumentów".

Komisja proponuje również przeprowadzenie ocen skutków w trakcie procesu legislacyjnego. Na wniosek Parlamentu i Rady lub Komisji może zostać powołany doraźnie, niezależny panel techniczny w celu zbadania czy zmieniony wniosek opisujący inicjatywę nadaje się do praktycznego wdrożenia, czy określa prawa i obowiązki zrozumiałe dla zainteresowanych stron i czy nie spowoduje nieproporcjonalnych kosztów. Podczas posiedzenia plenarnego, Zastępca Sekretarza Generalnego w Sekretariacie Generalnym KE, p. Marienne Klingbeil w prezentacji pt., „Lepsza Regulacja dla lepszych rezultatów" zwróciła uwagę na propozycję usprawnienia działań Komisji w kwestii samo- i współregulacji poprzez uaktualnienie „Porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie lepszego stanowienia prawa" (IIA) z 2003 r., w którym samo- i współregulacji przypisano rolę uzupełnienia rozporządzeń i dyrektyw.

W projekcie nowego Porozumienia Międzyinstytucjonalnego proponuje się wspólne zaangażowanie w program REFIT, przeprowadzanie oceny skutków w czasie całego procesu legislacyjnego, stałe monitorowanie skuteczności regulacyjnej ustawodawstwa UE, skoordynowane planowanie roczne i wieloletnie, w tym konsultacje w sprawie programu prac Komisji, większą przejrzystość odnośnie do rozmów trójstronnych, wspólne działania mające na celu ograniczenie nieuzasadnionego, nadmiernie rygorystycznego wdrażania przepisów UE przez państwa członkowskie.

W kolejnym wystąpieniu, Lorena Boix Alonso, szefowa działu konwergencji mediów, przedstawiła rolę samo- i współregulacji w przyjętej 6 maja 2015 r. Strategii jednolitego rynku cyfrowego. Strategia nie przesądza, w których obszarach samo- i wspólregulacja ma możliwość odegrania ważnej roli w zastępstwie regulacji.

Strategia określa trzy główne filary jednolitego rynku cyfrowego.

Po pierwsze, obejmuje lepszy dostęp konsumentów i przedsiębiorstw do towarów i usług internetowych w całej Europie w wyniku: zmian prawa autorskiego (lepszy dostęp do cyfrowych treści), większego zaufania do transgranicznego handlu internetowego oraz zmniejszania ciężaru podatku VAT i blokady geograficznej (*geoblokad*)[12].

Po drugie, odnosi się do tworzenia odpowiednich warunków i równych szans dla zaawansowanych sieci cyfrowych oraz usług innowacyjnych w usługach telekomunikacyjnych. W ramach tego zostanie zbadana skuteczność samo- i współregulacji w zakresie ustanowionej w prawie telekomunikacyjnym zasady usługi powszechnej, pod kątem zachowania warunków konkurencji. Rozpatrywane jest także zastosowanie samo- i współregulacji w audiowizualnych usługach medialnych, w zakresie ochrony małoletnich w usługach nielinearnych, obowiązku zapewnienia dostępności treści audiowizualnych dla osób z dysfunkcją wzroku i słuchu, sposobu umieszczania przekazów handlowych o produktach zawierających składniki odżywcze i substancje o działaniu odżywczym lub fizjologicznym, zwłaszcza takich jak tłuszcz, kwasy tłuszczowe trans, sól, sód i cukry, które w nadmiernych ilościach w codziennej diecie nie są zalecane.

Prace te toczą się w ramach REFIT-u prowadzonego w związku z przygotowaniem do nowelizacji dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Komisja rozważa samo- i współregulację jako narzędzie do rozwiązania problemów dostawców usług internetowych (ISP), w których

[12] Działanie utrudniające transgraniczny handel elektroniczny treściami cyfrowymi i towarami. Blokada geograficzna uniemożliwia konsumentom dostęp do określonych stron internetowych ze względu na ich miejsce zamieszkania lub dane karty kredytowej. Wynika to częściowo z barier językowych, preferencji konsumentów i różnic w przepisach pomiędzy państwami członkowskimi. Istnieją jednak także przesłanki pozwalające przypuszczać, że niektóre przedsiębiorstwa podejmują działania w celu ograniczenia transgranicznego handlu elektronicznego.

środowisku musi być wzmocniona odpowiedzialność i zaufanie w zakresie dostarczania usług cyfrowych i przetwarzania danych osobowych.

Po trzecie, dotyczy przyszłych działań mających na celu wzmocnienie gospodarki cyfrowej, ochrony danych osobowych, interoperacyjności i standaryzacji. Ponieważ sektor gospodarki danych jest najszybciej rozwijającym się technologicznie obszarem, samo-, a szczególnie współregulacja może tu uzupełniać inicjatywy regulacyjne, mające wyeliminować bariery prawne dla technologii cyfrowych i danych (big data i Internet rzeczy) w Europie.

Podejście mieszane w tym działaniu może przynieść korzyści ze względu na elastyczność współregulacji, istotną zwłaszcza w odniesieniu do pojawiających się kwestii własności danych, interoperacyjności, otwartej nauki, możliwości wykorzystania i dostępu do danych. Może również stanowić okazję do wspólnej pracy w odniesieniu do systemów certyfikacji, co ma służyć podniesieniu zaufania użytkowników. Jedną z propozycji w ramach proponowanego podejścia jest umieszczenie w ramach rozporządzenia podobnych zapisów, jakie powstają w Kodeksie Ochrony Danych, który precyzuje zasady postępowania dla dostawców usług chmury obliczeniowej (*Cloud Computing*[13]). Inicjatywa ta ma podstawę prawną w obowiązującym prawodawstwie UE (dyrektywa o ochronie danych[14]). Kodeks może być realizowany przez rynek, a to stanowi znaczne ułatwienie w pracach Komisji.

Za istotne należy uznać wystąpienie autorstwa prof. dr. Geralda Spindlera oraz dr. Christiana Thoruna, pt. „Kluczowe punkty polityki cyfrowej. Rekomendacje dotyczące poprawy warunków skutecznej koregulacji w społeczeństwie informacyjnym”[15]. Autorzy opracowania przeprowadzili analizę decyzji niemieckich sądów w kontekście przepisów UE. Badacze w ten sposób poszukiwali odpowiedzi na pytanie: czy twarda regulacja stanowi uzasadnienie lub zachętę dla dobrze zaprojektowanej miękkiej regulacji?

Badacze zwrócili uwagę na potrzebę pogłębienia i wzmocnienia rozporządzenia w sprawie społeczeństwa informacyjnego[16] poprzez określenie:

– minimalnych standardów rozwoju (np.: certyfikacja, standaryzacja, wzorem systemu stosowanego w Niemczech[17]);
– wymagań dotyczących egzekwowania standardów;
– warunków ramowych dotyczących oddziaływania prawnego.

W opracowaniu zwrócono uwagę na potrzebę uzupełnienia prac Zespołu roboczego ds. samo- i współregulacji poprzez opracowanie systemu zachęt do przestrzegania samo- i współregulacji,

13 https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/EU-120927-UnleachingTheCloud.pdf.

14 Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L 281, z 23.11.1995, s. 31–50).

15 „Key Points of a Digital Regulatory Policy. Recommendations to improve the conditions for effective co-regulation in the information society”. ConPolicy GMBH Institute for Consumer Policy, Self-Regulation Information Economy in cooperation with prof. dr Gerald Spinder and prof. dr Christian Thorun, Berlin 8th June 2015. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/content/cornerstones-digital-regulatory-policy-policy-recommendations-improve-conditions-effective.

16 Rozporządzenie Komisji Europejskiej (UE) nr 1196/2014 z dnia 30 października 2014 r. w sprawie wykonania rozporządzenia (WE) nr 808/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego statystyk Wspólnoty w sprawie społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 2014.319.36).

17 W Niemczech funkcjonuje jeden z najbardziej rozbudowanych systemów standaryzacji usług w sferze społecznej. Podstawowe zasady i standardy świadczenia usług społecznych, niezależnie od typu świadczeniodawcy, regulowane są tam w prawie federalnym (ogólnokrajowym), przede wszystkim w Kodeksie Socjalnym (Sozialgesetzbuch). Kodeks określa standardy świadczenia różnych rodzajów usług oraz kryteria oceny jakości ich świadczenia. Standardy te są dość rozbudowane i obejmują zarówno kwestie ochrony klienta, przede wszystkim jego godności, bezpieczeństwa i samostanowienia, jak też zadania poszczególnych podmiotów świadczących usługi, kategorie i rodzaj świadczonych usług wraz z ogólnym opisem ich zakresu, zasady zawierania umów na ich świadczenie, zasady zarządzania i zapewnienia jakości oraz kryteria dotyczące kwalifikacji osób świadczących usługi. Zapisy kodeksowe są dookreślane w porozumieniach zawieranych pomiędzy rządem federalnym i rządami poszczególnych landów a samorządami lokalnymi, innymi instytucjami zlecającymi usługi oraz świadczeniodawcami, zarówno publicznymi, jak i prywatnymi. Nie ma natomiast żadnego, powszechnie obowiązującego systemu certyfikacji świadczeniodawców.

w celu rozwiązania problemu „wolnych jeźdźców”[18]. Publiczna deklaracja organizacji czy instytucji, że nie uczestniczy w samoregulacji wymusza działanie ze strony odpowiednich instytucji państwowych[19].

Jako przykład podano tu rozwiązanie brytyjskie, gdzie z powodzeniem funkcjonuje *Consumer Codes Approval Scheme*[20]. Dobrym przykładem są doświadczenia z Holandii, gdzie działa Rada Społeczno-Gospodarcza[21] lub Danii, w której takim podmiotem jest duński Rzecznik Praw Konsumenta[22].

W trakcie trwania debaty plenarnej głos zabierali członkowie zespołu ds. samo- i współregulacji. Zwrócili oni uwagę na konieczność ściślejszego, a jednocześnie skuteczniejszego oddziaływania poprzez rozporządzenie, w ramach współpracy z przedsiębiorcami, w zakresie ochrony danych[23], szczególnie w przypadku przedsiębiorców funkcjonujących w obszarze e-zdrowia, w sprawach nieuczciwej konkurencji, bezpieczeństwa IT. Ze względu na specyfikę transakcji handlowych zawieranych za pośrednictwem Internetu, właśnie transakcje zawierane na odległość rodzą ryzyko wystąpienia nieprawidłowości przy realizacji umowy, zwłaszcza jeżeli mają charakter międzynarodowy. W związku z ochroną konsumenta zwrócono szczególną uwagę na ochronę ludzi w podeszłym wieku, dysfunkcyjnych, którzy są narażeni na liczne niebezpieczeństwa w świecie wirtualnym.

W odniesieniu do projektu zmienianego porozumienia międzyinstytucjonalnego (IIA), niektórzy uczestnicy spotkania wyrazili ubolewanie, że projekt nie zawiera przepisów dotyczących współ- i regulacji. Inni docenili uwzględnienie zasady lepszej samo- i współregulacji w komunikacie, wytycznych i przyborniku (*toolbox-ie*).

Dr Lidia Żebrowska
Departament Strategii
Biura Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji
e-mail: lidia.zebrowska@krrit.gov.pl

[18] Terminem tym określono podmioty, instytucje, organizacje, które nie są zainteresowane zrzeszaniem się w ramach porozumień instytucjonalnych.

[19] https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/dae-library/cornerstone_of_adigital_regulatory_policy-executive_summary.pdf.

[20] http://www.tradingstandards.uk/home.cfm.

[21] https://www.ser.nl/.

[22] http://www.consumerombudsman.dk/.

[23] Rozporządzenie (WE) nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych (Dz. Urz. UE L 8, z 12.1.2001).

New media services in a changing regulatory framework
(from the Volume Editor)

Articles

Jędrzej Skrzypczak, **The legal status of personalized media**

Table of contents:

I. Introduction
II. Legal status of personalized media under EU law
III. Legal status of personalized media under Polish law

Summary: A dynamic development of media-related digital technologies has been observed throughout recent decades. These phenomena are conducive to significant social, economic, political and legal transformations. The development of digital media has led to the creation of many new categories of transfers and modifications of traditional communication patterns. One of the most interesting examples of these phenomena is personalized media. This could be media on-demand, but also media available via streaming, tailored to the needs of a specific recipient. The legal status of personalized media is surrounded by many doubts. This paper focuses on analyzing the legal rules defining the formal status of personalized media in the EU (particularly in the context of the Audiovisual Media Services Directive) as well as in Poland (the Broadcasting Act of 29 December 1992).

Key words: personalized media, media on-demand, legal status of video-on demand, legal status of radio-on demand.

JEL: K23.

Tomasz Zdzikot, **Legal status of Connected TV on the basis of the Broadcasting Act of 29th December 1992**

Table of contents:

I. What is Connected TV?
II. Legal framework
III. Subsumption
IV. European perspective
V. Conclusions

Summary: Growing convergence of media leads to far-reaching changes in the manner of reception of content offered through various communication channels. Convergence also connects service providers which used to operate completely separately and under different legal regimes. This issue is a source of many doubts from the point of view of the regulatory framework, incompatible with highly advanced and innovative services. The development of hybrid systems, combining television and the Internet, makes it necessary to attempt to assign market facts to binding law – key among them, within media services, is the Broadcasting Act of 29th December 1992.

Key words: Hbb TV, Connected TV, Smart TV, transmission, television

JEL: K23.

Elżbieta Czarny-Drożdżejko, **Self-promotion of audiovisual media providers**

Table of contents:

I. Regulation of self-promotion in international and EU law
II. Adjusting self-promotion in the Broadcasting Act
1. Definition of self-promotion
2. Specific provisions on self-promotion
3. Adjustment of self-promotion to advertising activity
4. Self-promotion and the protection of minors
5. Self-promotion and video-on-demand services
6. Other issues related to self-promotion
III. Conclusion

Summary: The article describes rules on the issue of self-promotion in the European Convention on Transfrontier Television, in the Audiovisual Media Services Directive and in the Polish Broadcasting Act. Self-promotion is a complex matter as it can take different forms such as advertisements of products of the media service providers, trailers and sometimes even prevue. The legislator is not entirely consistent in the terminology used and does not differentiate this phenomenon. Self-promotion is a form of commercial communication intended to encourage the promotion of goods or services of the sender. Self-promotion is thus subject to all provisions governing the form and content of commercial communications.

The issue of the sender's announcements has been regulated in detail as regards information on the programmes and ancillary products derived directly from these programmes. Particular problems are associated with self-promotion of video-on-demand providers. The aim of the article is to depict the complexity of the issue of self-promotion, problems in its interpretation, and the need to introduce amendments to the Polish Broadcasting Act.

Key words: self-promotion, Broadcasting Act, video-on-demand (VOD), trailers, prevue.

JEL: K23.

Małgorzata Pęk, **Transmission rights to major events in the light of EU law**

Table of contents:

I. Introductory remarks
II. Qualification criteria for listed events and the rules governing the establishment of a list of major events
III. Final remarks

Summary: The article presents the model of exercising transmission rights to 'major events' adopted in EU law in the light of the interpretative activities of the Court of Justice, guidelines of the European Commission and best practices of EEA countries. The article aims to stress the need to revise the EU legal framework, namely the Audiovisual Media Service Directive, and to adopt a more coherent, precise and transparent regulatory approach.

Key words: EU law, media, television, sport, major events, television transmissions.

JEL: K23.

Katarzyna Klafkowska-Waśniowska, **Regulating audiovisual on-demand services. New solutions for the 'new media'?**

Table of contents:

I. Introduction
II. Delineation of on-demand audiovisual services
III. Protection of minors
IV. Promotion of European works
V. Conclusion

Summary: The article covers the Polish implementation of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) concerning on-demand audiovisual media services. Three main issues are discussed: the definition and delineation of on-demand audiovisual services as well as rules on the protection of minors and on the promotion of European works. The concept of 'on-demand audiovisual media service' provokes many questions as to the scope of its regulation, particularly when it comes to the separation of the audiovisual media sector from electronic press. The author discusses the 'comparability' criterion, as a part of the definition of a 'programme', and the lack of the express inclusion of this premise in Polish law. Rules on the protection of minors and on the promotion of European works are included in a separate chapter of the AVMSD dedicated solely to on-demand services. The question is to what an extent the AVMSD forms the framework for new solutions in the area of on-demand services, and to what an extent are they similar or comparable with those applicable to broadcasting. In the conclusions, the Author raises the issue of self- and co-regulation, as an option for new solutions in 'new media' services, as well as outlines the approach accepted in Polish law.

Keywords: audiovisual media services on demand, protection of minors, promotion of European works

JEL: K23.

Stanisław Piątek, **Distribution of television programs as a telecommunications service**

Table of contents:

I. Introduction
II. Jurisprudential grounds of a changed interpretation
III. Assessment of the legal status of the service in the light of EU law
IV. Assessment of the legal status of the service in the light of national law
V. Results of the changed legal qualification of a programme distribution service
    1. Legal relations with subscribers
    2. Authorization of a telecommunications activity
    3. Telecommunications fee and the participation in universal service costs
VI. Conclusions

Summary: The Article concerns the consequences of declaring the service of 'providing television services to subscribers' to be a 'telecommunications service', which resulted from judicial developments as well as from a statement of the Telecommunications Regulator. The change was meant to provide subscribers of television services with legal protection corresponding to that available to subscribers of telecommunications services, breaking free from the established, literal

interpretation of EU and national law. However, apart from the expected changes concerning the relationships between service providers and subscribers, the paper shows also the unexpected results of the new interpretation which, in turn, do not have the necessary justifications. The Article analyzes the side effects of the new interpretation, which exceeded its main goal, and proposes solutions to emerging problems in particular in relation to the telecommunications fee and covering the costs of universal services.

Key words: interpretation, television services, electronic communications service, telecommunications service, telecommunications fee, universal service.

JEL: K23.

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, **The protection of privacy in on-demand audiovisual media services**

Table of contents:

I. Introduction
II. Concept of the right to privacy
III. On-demand audiovisual media services – EU regulations
IV. On-demand audiovisual media services – Polish legal status
V. Protection of personal data and the responsibility for the provision of electronic services in the context of on-demand audiovisual media services
VI. Summary

Summary: The Internet allows the provision of on-demand audiovisual media services to an extent which was not possible in the past due to technological limitations. Such varied services are subject to different legal regimes. The basis for these differences can be found in taking responsibility for the content of such services. The medium used to transmit the content cannot be the sole decisive criterion for assessing whether liability associated with the provision of a given type of service is within media law, or if it is excluded from it. The article considers regulatory differences with respect to on-demand services with regard to the protection one fundamental value – the right to privacy.

Key words: audiovisual media services, privacy, personal data, electronically supplied services.

JEL: K23.

Robert Kroplewski, **Audiovisual archives of public television - from a 'safe' to creativity**

Table of Contents:

I. Introduction.
II. Legal status of the archives of public television
III. Communication to the public of archival programmes via the Internet
IV. Open Development Code - licenses for creativity based on archived resources of public television
V. Conclusions: television and convergence

Summary: The article considers a variety of legal issues concerning effective means of sharing audiovisual programmes which constitute archival goods held (in a proverbial 'safe') by the Polish public broadcaster TVP. The paper also addresses the issue of the so-called 'copyrights revival' concerning old programmes in the context of its extension to the Internet. The article discusses

the use of the 'Creative Commons' license type, as a way of taking into account the needs of recipients to access audiovisual culture, as well as ensuring the conditions of the 'Open Development Code'. Media convergence justifies also the thesis on the disappearance of differences between technical transmission modes and communication to the public over the Internet, and the creation of a single market for audiovisual media services. The article aims to present the legal path to opening the audiovisual 'safe' (audiovisual archives of the TVP) to facilitate future creativity, as well as to outline the public debate concerning the sphere of culture on respecting property rights.
Key words: transformation, the public media service, archives, collection of programs, material media, intangible goods, intellectual property, TVP, complementary contribution, copyrights revival, digitization, Creative Commons, Creative Archive License, Open Development Code, TVP-COL, convergence.
JEL: K23.

Artur Salbert, Anna Żochowska-Sychowicz, **The legitimacy of fees for the reservation of frequencies for a multiplex operator in the period before a licence to broadcast is actually granted**

Table of contents:

I. Introduction
II. Statutory correlation between the reservation of frequencies and licences to broadcast
    1. Proceedings in case of granting a reservation of frequencies for the purposes of transmission or retransmission of programmes in a multiplex
    2. Proceedings regarding the granting of a licence to broadcast for the transmission of programmes in a multiplex
    3. Factual possibility of transmitting or retransmitting programmes in a multiplex
III. Nature of the fees for the reservation of frequencies
IV. Obligation to pay fees for frequencies reservation used in a multiplex in the transitional period
    1. Grammatical interpretation
    2. Teleological and pro-EU interpretation
    3. Possibility to rely on the direct effect of Article 13 of Directive 2002/20/EC
    4. Compatibility of the provisions on frequencies reservation fees with the Polish Constitution
V. Summary

Summary: The commencement of the dissemination of TV programmes in a multiplex is conditional upon: first, obtaining a reservation of frequencies by a multiplex operator and second, obtaining licenses to broadcast by the broadcasters. The purpose of this article is to analyze the possibility of supporting an interpretation whereby the fees for the reservation of frequencies should only be paid by the multiplex operator starting from the time when the frequencies could actually be used by that multiplex operator to distribute programmes. The Article aims also to assess, in the event of disproving the above interpretation, the conformity of the solutions adopted in the provisions on frequencies' reservation fees with the Polish Constitution.
Key words: multiplex, multiplex operator, reservation of frequencies, the concession for digital terrestrial broadcasting in a multiplex, public charges, fees for the reservation of frequencies.
JEL: K23.

Legislation and Case Law Reviews

Albert Woźniak, **The Polish list of major events and the context of its creation**

Table of contents:

I. Introduction
II. Lists of major events in EU Member States
III. Polish legislation on the list of major events and the activity of the National Broadcasting Council (KRRiT) in this field
IV. Summary

Summary: Article 20b(3) of the Polish Broadcasting Act gives the Polish National Broadcasting Council – KRRiT – the authority to issue a biding act (in Polish: *Rozporządzenie*, that is, a regulation) creating a list of major events, having regard to the degree of social interest in the given event and its significance to social, economic and political life. The article presents the context of creating the Polish list and the criteria which were taken into consideration while the KRRiT was adopting it.

Key words: list of major events; regulation of the KRRiT; Broadcasting Act; Audiovisual Media Services Directive.

JEL: K23.

Video materials on newspaper's website and the application of the Audiovisual Media Services Directive. Comment to the judgment of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 21 October 2015, Case C 374/14, New Media Online GmbH (Andrzej Nałęcz)

Books Reviews

Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej (*Audiovisual media services. Regulation in the conditions of digital conversion*) ss. 356. Warszawa 2013, (Michał Możdżeń-Marcinkowski)

Reports

Strategy for the Polish media market for the years 2015-2020 (Wojciech Dziomdziora)

Report on the 5th meeting of the Directorate General for Information Technology and Communications on self- and co-regulation (Brussels, 12 June 2015) (Lidia Żebrowska)

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)