

WSPÓLNE STANOWISKO W SPRAWIE WDROŻENIA DYREKTYWY 2007/65

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Fundacja Panoptikon, Internet Society Poland i Fundacja Nowoczesna Polska przekazują swoje stanowisko w zakresie wdrożenia Dyrektywy 2007/65 zmieniającą dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej do polskiego porządku prawnego (dalej „dyrektywa 2007/65” lub „dyrektywa”).

I. Uwagi ogólne

A. Dyrektywę 2007/65 należy wdrożyć w sposób minimalny

Przy wdrażaniu dyrektywy 2007/65 do polskiego porządku prawnego trzeba mieć na uwadze przede wszystkim to, że konstrukcja dyrektywy jest anachroniczna. Podstawowy zrąb pochodzi z dyrektywy 89/552 i odzwierciedla potrzebę przystosowania porządku prawnego Unii Europejskiej do warunków funkcjonowania dużych przedsiębiorstw z przełomu lat 80 i 90. Wówczas przemysł rozrywkowy, a w szczególności telewizja, byłby tworzyły wyłącznie duże przedsiębiorstwa. W ostatnich latach, w dużej mierze dzięki rozwojowi technologii cyfrowej i Internetu, struktura tego rynku uległa zmianie: obok wielkich korporacji medialnych funkcjonują także mniejsze, często bardziej innowacyjne przedsiębiorstwa. Ile tego typu firm się pojawi lub utrzyma, na ile będą innowacyjne i jaki zdobędą udział w rynku zależy w dużej mierze od tego, jak ukształtujemy obowiązujący je reżim prawny.

Duże przedsiębiorstwa telewizyjne, jako ważne instytucje życia społecznego, zawsze podlegały i w dalszym ciągu podlegają odpowiednim do swej roli regulacjom. Za dyrektywą 2007/65 stał zamysł aby – na ile to możliwe – poddać tym samym regulacjom wszelkie nośniki treści, które wykazują cechy masowej transmisji telewizyjnej. W naszej opinii taka perspektywa jest oparta na błędnych przesłankach, a konsekwencje jej bezrefleksyjnego wdrożenia mogą być szkodliwe i dla rynku i dla społeczeństwa. Stąd też nasza propozycja, aby polski prawodawca podszedł do implementacji dyrektywy z dużą ostrożnością, maksymalnie ograniczając realizację postulowanych w niej celów.

B. Należy chronić innowacyjność i wolność wypowiedzi, a nie stare modele biznesowe

Przed przystąpieniem do wdrażania dyrektywy ustawodawca powinien odpowiedzieć sobie na pytanie jakie interesy i wartości zamierza w tym procesie uwzględnić. Jedną z możliwości jest oczywiście położenie akcentu na ochronę interesów istniejącego przemysłu medialnego, które wydaje się realizować oryginalny cel dyrektywy. Naszym zdaniem ustawodawca powinien jednak skoncentrować się na ochronie (a przynajmniej nie szkodeniu) innowacyjności i nowych modeli biznesowych, jakie pojawiły się na rynku usług telewizyjnych. Potrzebne jest zrównoważone podejście regulacyjne, które z jednej strony zapewni pełne wykorzystanie potencjału sieci telekomunikacyjnych, a z drugiej zagwarantuje ochronę pluralizmu i wolności słowa w dynamicznie zmieniającym się społeczeństwie.

Nowe media i nowe modele biznesowe pełnią w tym kontekście niezwykle istotną rolę, zwiększając dostęp do informacji oraz stwarzając nowe kanały dla debaty publicznej. Warto również podkreślić, że potencjał Internetu w dalszym ciągu nie jest do końca znany. Wciąż pojawiają się nowe produkty i pomysły na wykorzystanie potencjału sieci. Nie wiadomo jakie modele dystrybucji i generowania treści audiowizualnych się pojawią, a tym samym trudno ocenić, co tracimy godząc się na ochronę anachronicznych struktur biznesowych. Głosy adwokatów broniących anachronicznych struktur biznesowych są dobrze słyszalne – co odzwierciedla jak silna jest ich pozycja ekonomiczna, społeczna i polityczna.

Modele, które dopiero raczkują albo wręcz mają się narodzić z natury rzeczy mają trudniejszy start w tej debacie. Tym bardziej, rolę państwa powinno być rzetelne przeanalizowanie sytuacji na rynku i uwzględnienie rysujących się rozbieżności w interesach. Jeżeli państwu zależy na innowacyjnej i pluralistycznej polityce medialnej musi bardzo krytycznie i sceptycznie podejść do wszelkich propozycji, które zmierzają do zachowania dominującej pozycji wielkich korporacji medialnych.

Czy dyrektywa daje podstawę do realizowania tak pojętej, progresywnej polityki medialnej? Tak. Ustawodawca może się oprzeć na preambule, z której jasno wynika, że zamiarem europejskiego ustawodawcy było **uregulowanie działalności telewizyjnej i podobnej** (*television-like*) **prowadzonej na dużą skalę** (*mass media*), przy czym jej **wpływ na społeczeństwo ma być znaczny** (motyw 16).

C. Zmiany, jakie należy wprowadzić w stosunku do propozycji odrzuconej przez Senat

- Zamiast niezdefiniowanych terminów, które otwierają możliwość szerokiego (i mało precyzyjnego) stosowania przepisów należy używać pojęć tradycyjnych (np. zamiast terminu *audiowideo* [AV], termin *telewizyjne i podobne*), tak jak zaproponował w dyrektywie europejski ustawodawca. Także termin *wideo na żądanie* należy zastąpić właściwszym znaczeniowo *telewizja na żądanie*. Takiego selektywnego przepisania pojęć z dyrektywy dokonano m.in. w Wielkiej Brytanii.
- Należy wprowadzić demarkacyjną linię ilościową oddzielającą tych przedsiębiorców, którzy podlegają ustawie od tych, którzy jej nie podlegają. Ustawie implementującej dyrektywę powinny podlegać tylko duże i średnie przedsiębiorstwa, wyspecjalizowane w świadczeniu usług telewizyjnych na masową skalę. Tej regulacji nie powinny podlegać ani małe ani nowo założone firmy, z tym zastrzeżeniem, że taka firma ma prawa sama zgłosić, że chce podlegać ustawie. W takim wypadku będzie ona zobowiązana do przestrzegania wszystkich wymogów wynikających z dyrektywy 2007/65, natomiast państwa Unii Europejskiej będą musiały uznawać jej status regulowanego przedsiębiorcy.
- W żaden sposób nie należy uprzywilejowywać przedsiębiorców, którzy będą podlegali ustawie w stosunku do tych, którzy nie będą jej podlegać lub będą jej przepisy omijać (szara strefa).
- W miarę możliwości należy zintegrować nowe przepisy z obowiązującą ustawą o rozpowszechnianiu i rozprowadzaniu programów telewizyjnych i radiowych i innych usług świadczonych na indywidualne żądanie usługobiorcy drogą elektroniczną bez jednoczesnej obecności stron.
- Na wzór modelu brytyjskiego, należy rozważyć zastosowanie *koregulacji* (tj. regulacji przy udziale organizacji branżowych reprezentujących przedsiębiorców), a tym samym ograniczenie kompetencji nadzorczych Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w stosunku do nowych typów usług objętych ustawą o radiofonii i telewizji.
- Należy również rozważyć wprowadzenie dobrowolnego systemu rejestracji dla przedsiębiorców.

System oparty na obowiązku rejestracji, opatrzone sankcjami finansowymi, jest nieproporcjonalnie obciążający do realizowanych celów i może prowadzić do nadużyć ze strony organu nadzorczego.

II. Uwagi szczegółowe

Analizując sposób wdrożenia dyrektywy 2007/65 w Wielkiej Brytanii oraz pierwsze próby wdrożenia jej w naszym kraju, jesteśmy przekonani, że Polska mogłaby skorzystać z doświadczeń brytyjskich i zastosować bardzo podobny model regulacyjny. Transponując dyrektywę w Wielkiej Brytanii do istniejącej wcześniej ustawy medialnej wprowadzono odrębny dział dotyczący usług telewizyjnych na żądanie (ang. *on-demand programme services*), natomiast nie dokonano prawie żadnych istotnych zmian w słowniku pojęciowym. Pozostano przy dotychczasowych definicjach kluczowych pojęć (programu, audycji, odpowiedzialności redakcyjnej, dostawcy, rozpowszechniającego, dystrybutora, nadawcy), nie modyfikując ich „telewizyjnego” charakteru. To rozwiązanie nie pozostawia wątpliwości co do intencji ustawodawcy, który chciał ograniczyć zastosowanie nowego rozdziału ustawy medialnej wyłącznie do produkcji o charakterze telewizyjnym.

Dodane zostały tylko dwie definicje, niezbędne w kontekście zrealizowania celów dyrektywy (vide tabela poniżej). Z tych przepisów wynika, że nową regulacją nadal są objęte programy i audycje w dotychczasowym rozumieniu; całe novum polega natomiast na tym, że nie ma znaczenia sposób ich udostępnienia (np. mogą być one udostępniane końcowym odbiorcom w modelu nielinearnym).

368A Meaning of “on-demand programme service”	368A Definicja usługi programowej na żądanie
(1) For the purposes of this Act, a service is an “on-demand programme service” if— (a) its principal purpose is the provision of programmes the form and content of which are comparable to the form and content of programmes normally included in television programme services; (b) access to it is on-demand; (c) there is a person who has editorial responsibility for it; (d) it is made available by that person for use by members of the public; and (e) that person is under the jurisdiction of the United Kingdom for the purposes of the Audiovisual Media Services Directive.	(1) w rozumieniu tego aktu prawnego, usługa jest usługą programową na żądanie jeśli— (a) jej podstawowym celem do jest dostarczanie audycji, których forma i treść są porównywalne z formą i treścią audycji zwykle wchodzących w skład telewizyjnych usług programowych; (b) dostęp do niej jest uzyskiwany na żądanie; (c) jest wyznaczona osoba, która ponosi za nią odpowiedzialność redakcyjną; (d) jest udostępniania przez tę osobę szerszej publiczności; i (e) ta osoba podlega prawodawstwu Wielkiej Brytanii, w zakresie, w jakim dotyczy to dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych.
(2) Access to a service is on-demand if— (a) the service enables the user to view, at a time chosen by the user, programmes selected by the user from among the programmes included in the service; and (b) the programmes viewed by the user are received	(2) Dostęp do usługi jest uzyskiwany na żądanie jeśli— (a) usługa umożliwia użytkownikowi oglądanie audycji w wybranym przez niego momencie i na jego żądanie w oparciu o katalog audycji przygotowywany w ramach usługi, i

by the user by means of an electronic communications network (whether before or after the user has selected which programmes to view)	(b) audycje oglądane przez użytkownika są przez niego odbierane przy pomocy elektronicznej sieci telekomunikacyjnej (zarówno za nim jak i po tym gdy użytkownik wybrał audycje do oglądania)
---	--

Przy pierwsze próbie implementacji dyrektywy w Polsce niepotrzebnie, i niekiedy rozszerzająco, wprowadzono dalsze przepisy zaczerpnięte bezpośrednio z dyrektywy:

Dyrektywa	Zanegowana przez Senat ustawa
Artykuł 1. Definicje	Artykuł 4. Definicje
a) audiowizualna usługa medialna oznacza: — usługę w rozumieniu art. 49 i 50 Traktatu, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych i której podstawowym celem jest dostarczanie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a) dyrektywy 2002/21/WE – audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych. Taka audiowizualna usługa medialna jest przekazem telewizyjnym w rozumieniu lit. e) niniejszego artykułu albo audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu lit. g) niniejszego artykułu, lub — handlowy przekaz audiowizualny;	1) usługą medialną jest usługa w postaci programu, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym zadaniem jest dostarczenie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy
b) audycja oznacza ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość w układzie lub katalogu audycji przygotowanym przez dostawcę usług medialnych i mających 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.	2) audycją jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji udostępnianych publicznie w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, zwanym dalej „katalogiem”;
c) odpowiedzialność redakcyjna oznacza sprawowanie faktycznej kontroli zarówno nad wyborem audycji, jak i nad sposobem ich zestawienia w chronologicznym układzie w przypadku przekazów telewizyjnych lub w katalogu w przypadku audiowizualnych usług medialnych na	3) odpowiedzialnością redakcyjną jest sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub w katalogu; nie uchybia to zasadom odpowiedzialności prawnej za treść audycji lub świadczenie usługi;

żądanie. Odpowiedzialność redakcyjna nie musi oznaczać odpowiedzialności prawnej na podstawie prawa krajowego za dostarczaną treść lub świadczone usługi;	
d) dostawca usługi medialnej oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści;	4) dostawcą usługi medialnej albo dostawcą audiowizualnej usługi medialnej na żądanie 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;
e) 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;	9) rozpowszechnianiem jest emisja programu drogą bezprzewodową lub przewodową do odbioru przez odbiorców;
f) nadawca oznacza dostawcę usług medialnych mających formę przekazów telewizyjnych;	5) nadawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka, która tworzy i zestawia program, oraz rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania;
g) 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 żądanie w oparciu o katalog audycji przygotowany przez dostawcę usług medialnych;	7) audiowizualną usługą medialną na żądanie jest usługa medialna świadczona w ramach działalności gospodarczej umożliwiającą odbiór audycji audiowizualnych w wybranym przez odbiorcę momencie, na jego zamówienie, w oparciu o katalog ustalony przez dostawcę tej usługi;
-	10) udostępnianiem publicznym audiowizualnej usługi medialnej na żądanie jest jej świadczenie w sposób umożliwiający odbiorcy w wybranym przez niego momencie zapoznanie się z audycją z katalogu w ramach takiej usługi lub utrwalenie takiej audycji;
Artykuł 12	Artykuł 20d
Państwa Członkowskie podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia, by te audiowizualne usługi medialne na żądanie udostępniane publicznie świadczone przez dostawców usług medialnych podlegających ich jurysdykcji, które mogą poważnie	1. Zabronione jest udostępnianie publiczne audiowizualnej usługi medialnej na żądanie zawierającej audycje lub inne przekazy zagrażające fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, bez stosowania zabezpieczeń

zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich były udostępniane jedynie w sposób zapewniający, by małoletni w zwykłych okolicznościach nie mogli słuchać ani oglądać przekazów zawartych w takich audiowizualnych usługach medialnych na żądania.	technicznych uniemożliwiających małoletnim ich odbieranie.
	2. Dostawcy audiowizualnych usług medialnych na żądanie są obowiązani do stosowania zabezpieczeń technicznych, o których mowa w ust. 1.
	5. Krajowa Rada, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw łączności, określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe warunki ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie, w tym: 1) cechy lub rodzaje zabezpieczeń technicznych, o których mowa w ust. 1,

Przekazujemy Państwu powyższe uwagi mając nadzieję, że pomogą one uniknąć podobnych błędów, jakie miały miejsce przy pierwszej próbie implementacji dyrektywy 2007/65 do polskiego porządku prawnego, Doceniamy, że po stronie rządowej pojawiła się gotowość do współdziałania z ekspertami organizacji społecznych przy wypracowaniu najlepszych możliwych rozwiązań.