

**Nowe podejście regulacyjne do usług
audiowizualnych w prawie wspólnotowym
- w świetle zmian wprowadzonych
dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych**

Październik 2007

Małgorzata Pęk

**ANALIZA
BIURA KRRiTT**

I. Wprowadzenie

W niniejszym opracowaniu przedstawiona zostanie informacja na temat nowych wspólnotowych ram prawnych regulacji treści w audiowizualnych mediach elektronicznych – nakreślonych w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych.

Parlament Europejski i Rada prowadziły prace nad nową dyrektywą w procedurze współdecydowania. Rada w dniu 15 października br. przyjęła Wspólne Stanowisko w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę „O telewizji bez granic” (TWFD). Zmieniona dyrektywa opatrzona zostanie tytułem dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych (AMSD). Przewiduje się, że Parlament Europejski przyjmie Wspólne Stanowisko na plenarnym posiedzeniu w dniach 28 – 29 listopada

Nr 6/2007

2007 r. Następnie tekst dyrektywy zostanie przekazany do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Dyrektywa wejdzie w życie następnego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Nie później niż w ciągu dwóch lat od tego momentu państwa członkowskie będą musiały implementować dyrektywę do krajowych porządków prawnych, przez co należy rozumieć wprowadzenie jej postanowień w życie, a nie tylko przyjęcie stosownych zmian prawnych.

Dyrektywa ta w istotnym zakresie poszerza zakres przedmiotowy dotychczasowej regulacji wspólnotowej, obejmując swoim zakresem także nowe formy usług audiowizualnych. Jednocześnie dokonuje ona istotnych zmian w regulacjach dotąd obowiązujących zmieniając np. zasady stosowania reklamy, sponsoringu, modyfikując zasady określania jurysdykcji, ochrony widowni w państwie odbioru.

Wspólnotowa polityka audiowizualna ma szeroki, interdyscyplinarny charakter. Przyjmuje się jednak, że jej najistotniejszy element, po wyrażonej w Traktacie WE zasadzie swobody przepływu usług, stanowi określona w TWF D regulacja świadczenia usług audiowizualnych, która dotąd ograniczała się do usług tradycyjnej telewizji.

W szerszym ujęciu na europejską politykę audiowizualną ma wpływ także m.in. wspólnotowe podejście do zarządzania widmem radiowym¹, do skoordynowanego przechodzenia z transmisji analogowych na cyfrowe², a także sposobu wykorzystania dywidendy cyfrowej (częstotliwości uwolnionych po etapie przejścia z rozpowszechniania analogowego na cyfrowe), wspólnotowa regulacja usług i sieci komunikacji elektronicznej.

Znaczenie mają tu też działania instytucji wspólnotowych związane z promowaniem rozwoju nowoczesnych cyfrowych usług audiowizualnych w tym wprowadzanie udogodnień dla osób niepełnosprawnych, zachęcanie do prowadzenia edukacji medialnej, promowanie

¹ m.in.: decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady 676/2002/WE z dnia 11 marca 2002 r. w sprawie widma radiowego, komunikat Komisji Europejskiej z dnia 28 września 2005 r. nt. przyszłościowej polityki wykorzystania widma radiowego Unii Europejskiej, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 16 maja 2007 r. w sprawie jednolitego dostępu do informacji o wykorzystaniu widma radiowego we Wspólnocie [C(2007) 2085], komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 8 lutego 2007 r. – ułatwienie dostępu do widma radiowego na potrzeby usług bezprzewodowej łączności elektronicznej poprzez zwiększenie elastyczności [KOM(2007) 50], konkluzje Rady Europejskiej z 14 - 15 grudnia 2006 r., uchwała Parlamentu Europejskiego z dnia 14 lutego 2007 r. w sprawie europejskiej polityki w zakresie widma radiowego (2006/2212(INI)),

² komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie przejścia z nadawania techniką analogową do nadawania techniką cyfrową (od przejścia cyfrowego do odejścia analogowego) z dnia 17 września 2003 r. COM (2003)541 final, komunikat Komisji Europejskiej dla Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie przyspieszenia przejścia z nadawania analogowego na cyfrowe z dnia 24 maja 2005, COM(2005) 204 wersja ostateczna,

nowych cyfrowych usług audiowizualnych (w tym telewizji w sieciach komórkowych) i usług dodatkowych z nimi związanych³, a także działania Komisji związane z promowaniem telewizji cyfrowej wysokiej rozdzielczości i telewizji interaktywnej⁴, w tym inicjowanie przez KE debaty w sprawie standardów technicznych. Istotne cele wspólnotowej polityki audiowizualnej związane są także z promowaniem różnorodności kulturalnej w ramach Unii Europejskiej i wspierania europejskiej twórczości audiowizualnej i kinematograficznej m.in. w ramach wspólnotowych programów MEDIA Plus – Rozwój, Dystrybucja i Promocja oraz MEDIA Szkolenie.

Należy wskazać, że za implementację postanowień dyrektywy „O telewizji bez granic” odpowiadają poszczególne państwa członkowskie. Należy także zwrócić uwagę na istotne zadania związane z efektywną realizacją standardów określonych w dyrektywie, realizowane przez krajowe niezależne audiowizualne organy regulacyjne.

Implementacja odnosi się do procesu wprowadzania w życie prawa wspólnotowego i obejmuje zarówno prawodawstwo krajowe mające na celu wykonywanie aktów wspólnotowych, jak i wszelkie działania faktyczne mające na celu stworzenie warunków niezbędnych do osiągnięcia celu i skutecznego realizowania norm prawa wspólnotowego. Z procesem tym wiąże się zasada asymilacji zobowiązująca państwo do podjęcia środków i działań implementacyjnych umożliwiających wykonanie prawa wspólnotowego i ochronę sądową na zasadach nie mniej korzystnych niż istniejące w prawie krajowym, natomiast zasada efektywności odnosi się do podejmowania działań zapewniających skuteczne stosowanie i kontrolowanie przestrzegania norm prawa wspólnotowego. Z zasadą tą wiąże się też zapewnienie, że standardy określone w dyrektywach powinny być implementowane w sposób zapewniający spójność z krajowym systemem prawa. Zasada ta akcentuje efektywne osiągnięcie celu dyrektywy, nie tylko jej dosłowną recepcję.

³ komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów - „i2010 – Europejskie społeczeństwo informacyjne na rzecz wzrostu i zatrudnienia” z dnia 1 czerwca 2005 r., COM(2005) 229 końcowy,

komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Wzmacnianie rynku wewnętrznego na rzecz telewizji komórkowej z dnia 20 lipca 2007 r. KOM(2007) 409 wersja ostateczna, dokument roboczy służb Komisji Europejskiej dołączony do komunikatu Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów - Wzmocnienie rynku wewnętrznego na rzecz telewizji komórkowej - Podsumowanie oceny wpływu z dnia 20 lipca 2007 r., SEK(2007) 981,

⁴ dokument roboczy opracowany przez pracowników Komisji Europejskiej na temat interoperacyjności usług cyfrowej telewizji interaktywnej z dnia 24 marca 2004 SEC(2004) 346, dokument roboczy opracowany przez pracowników Komisji Europejskiej - Wkład telewizji szerokoekranowej oraz telewizji wysokiej rozdzielczości w globalny rozwój telewizji cyfrowej z dnia 13 stycznia 2004 r. SEC (2004) 46.

II. Uzasadnienie dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych

Najbardziej istotną zmianą wprowadzoną do prawa wspólnotowego w nowej dyrektywie jest rozszerzenie zakresu usług objętych dyrektywą i objęcie jej zakresem szerokiej kategorii usług określanych jako „audiowizualne usługi medialne”.

Jako uzasadnienie dla takiego kroku wskazywane jest z jednej strony dążenie do uniknięcia powstawania barier w swobodnym przepływie usług, co jak uważano może mieć miejsce w odniesieniu do 27 niezharmonizowanych, różnych regulacji krajowych, a z drugiej strony zapewnienie technologicznie neutralnej regulacji.

Akcentuje się znaczenie równej konkurencji i niezakłóconego, dynamicznego rozwoju europejskiego rynku audiowizualnych usług medialnych, dla którego nieodzownymi warunkami są swobodna konkurencja i równe traktowanie, zapewnienie przejrzystości i przewidywalnych warunków funkcjonowania na rynku audiowizualnych usług medialnych oraz zmniejszenie przeszkód utrudniających wejście na rynek.

Ponadto, zwraca się uwagę na upowszechnienie nowych typów mediów, zacieranie się granic pomiędzy sferą tradycyjnych usług telewizyjnych a innymi audiowizualnymi usługami linearnymi. Zgodnie z podejściem wyrażonym w dyrektywie usługodawcy świadczący podobne usługi powinni być podobnie traktowani i podlegać podobnym regułom.

Zwrócono także uwagę, że audiowizualne usługi nielinearne, tzn. oferowane na żądanie nie mają, z uwagi na brak dostatecznej regulacji wspólnotowej, zapewnionych warunków równej konkurencji na obszarze Rynku Wewnętrznego. Usługi te nie są bowiem obecnie objętą zakresem dyrektywy „O telewizji bez granic” ani inną analogiczną regulacją wspólnotową.

Jak zatem wskazują motywy 6 i 7 preambuły dyrektywy: „W przypadku audiowizualnych usług medialnych duże znaczenie mają równa konkurencja i rzeczywisty europejski rynek, 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.”

„W celu uniknięcia zakłóceń konkurencji, zwiększenia pewności prawnej, wsparcia dokończenia budowy rynku wewnętrznego oraz uproszczenia tworzenia jednolitej przestrzeni informacyjnej, konieczne jest zatem stosowanie do wszystkich audiowizualnych usług medialnych zarówno rozpowszechniania telewizyjnego (tzn. linearnych audiowizualnych usług medialnych), jak i audiowizualnych usług medialnych na żądanie (tzn. nielinearnych

audiowizualnych usług medialnych), przepisów skoordynowanych co najmniej w stopniu podstawowym.”

Motywy te wskazują na uzasadnienie dyrektywy opierające się przede wszystkim na argumentach ekonomicznych.

Jednakże dyrektywa zawiera również postanowienia ukierunkowane na ochronę godności ludzkiej, ochronę konsumentów, w szczególności osób małoletnich, promocję różnorodności kulturowej, środki ukierunkowane na pełniejsze realizowanie prawa społeczeństwa do informacji. Ta grupa celów również została przywołana w preambule m.in. przez odwołanie do komunikatu Komisji wskazującego, że „polityka regulacyjna w tym sektorze musi, obecnie i w przyszłości, zabezpieczać określone interesy publiczne, takie jak różnorodność kulturowa, prawo do informacji, pluralizm mediów, ochrona małoletnich i konsumentów oraz zwiększanie świadomości społecznej i umiejętności korzystania z mediów” [motyw 8], „Niniejsza dyrektywa ma na celu zachowanie specyficznego charakteru telewizji w Europie ..” [motyw 58], „Niniejsza dyrektywa przyczynia się do ściślejszego przestrzegania praw podstawowych i jest w pełni zgodna z zasadami uznanymi w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej ..” [motyw 12].

III. Zakres dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych

Dyrektywa określa podstawowe standardy świadczenia audiowizualnych usług medialnych. Stosownie do określonej w dyrektywie definicji :

„audiowizualna usługa medialna” [w dalszej części określana jako AMS] 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” [art. 1 lit. a)]

Jak zatem widać AMS może mieć kilka różnych form; obok tradycyjnie pojmowanych usług audiowizualnych mających charakter medialny, które mogą mieć albo formę linearną (szeroko rozumianego rozpowszechniania telewizyjnego) albo nielinearną (usług na żądanie),

w zakresie rozumienia AMS znalazł się także handlowy przekaz audiowizualny. Można zauważyć, że wyodrębnienie w definicji AMS, audiowizualnego komunikatu handlowego (np. reklamy telewizyjnej), zasadniczo będącego częścią składową AMS (np. programu telewizyjnego), jako osobnej formy AMS jest niestandardowym rozwiązaniem. Uzasadnienie tego wyodrębnienia wśród form AMS - audiowizualnych komunikatów handlowych nie zostało przybliżone w preambule. Można jednak sądzić, iż celem tej konstrukcji było poddanie audiowizualnych komunikatów handlowych minimalnym standardom jakościowym określonym dla AMS.

Dyrektywa określa w art. 1 lit. e), że:

„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”

Z kolei, w art. 1 lit. g) definiuje, że:

„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.”

Immanentny element definicji AMS stanowi pojęcie „dostawcy usług medialnych”, zdefiniowane w dalszej części dyrektywy jako:

„osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści” [art. 1 lit. d)]

Przez odwołanie do odpowiedzialności redakcyjnej podkreślono też stricte medialny charakter AMS, akcentując, że usługi audiowizualne nie mające tego charakteru nie mieszczą się w ramach AMS, a więc i w zakresie komentowanej dyrektywy.

Także pojęcie „odpowiedzialności redakcyjnej” zostało wyraźnie sformułowane na gruncie dyrektywy w art. 1 lit. c):

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

Pomocna we właściwym odczytaniu definicji AMS i zidentyfikowaniu jej różnych form jest analiza motywów 16 – 23 preambuły:

- „... 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. (...)”

Stwierdzenie to wyraźnie ogranicza zakres definicji AMS tylko to tych usług audiowizualnych, które mają charakter usług medialnych kierowanych do masowego przekazu.

- „... zakres powinien być ograniczony do usług w rozumieniu Traktatu, 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”

Stwierdzenie to dalej ogranicza zakres definicji AMS; mieści się w nim każdy rodzaj działalności gospodarczej, przez co należy zasadniczo rozumieć usługi świadczone za wynagrodzeniem, które może przybierać różne formy m.in. wpływów z reklamy, opłat abonamentowych, opłat licencyjnych od operatorów platform satelitarnych czy kablowych, etc. Jednak nie obejmuje działalności niekomercyjnej i niestanowiącej konkurencji dla emisji telewizyjnej; wśród przykładów takich usług wskazuje się prywatne witryny internetowe, usługi polegające na dostarczaniu lub dystrybucji treści audiowizualnej wytworzonej przez prywatnych użytkowników w celu jej udostępnienia lub wymiany w ramach grup zainteresowań, video blogi, etc.

- „... 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.”

Stwierdzenie to precyzuje zakres AMS, wskazując, że jej zakres ograniczony jest do usług służących celom informacyjnym, dostarczaniu rozrywki i edukacji ogółowi odbiorców. Bardziej niż wskazanie celów AMS – ujętych dość szeroko – dla zidentyfikowania zakresu tej definicji istotne jest stwierdzenie mówiące o kierowaniu tej usługi wyłącznie do szerokiego

kręgu odbiorców, przez co explicite z zakresu komentowanej definicji wyłączono wszelkie formy korespondencji prywatnej, które również mogą mieć formę audiowizualną i być kierowane do określonej (np. kilkudziesięciu osób) grupy odbiorców – jednak nie będą one objęte zakresem definicji AMS.

- „Definicja ta nie powinna także obejmować żadnych usług, których celem głównym nie jest dostarczanie audycji, to znaczy usług, w przypadku których 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.”

Stwierdzenie to w zasadzie nie wymaga komentarza zrozumiałe samo przez się. Jak jednak zauważają eksperci jego zastosowanie w praktyce może budzić wątpliwości kwalifikacyjne w niektórych przypadkach. W komentowanym motywie preambuły starano się podkreślić, że zakres definicji AMS, a przez to i zakres stosowania nowej dyrektywy, jest ograniczony do sytuacji w których dostarczanie audiowizualnych przekazów medialnych jest głównym celem usługi AMS, i nie obejmuje sytuacji, w których elementy audiowizualne występują jedynie pomocniczo np. krótkie pliki audiowizualne zamieszczone na stronie internetowej jako element wzbogacenia innej, podstawowej usługi nie mającej charakteru AMS.

- „Pojęcie odpowiedzialności redakcyjnej jest niezbędne do określenia roli dostawcy usług medialnych, a przez to do zdefiniowania audiowizualnych usług medialnych. Państwa członkowskie, przyjmując środki służące wdrożeniu niniejszej dyrektywy, mogą dokładniej określić poszczególne elementy definicji odpowiedzialności redakcyjnej, a zwłaszcza pojęcie „faktycznej kontroli”.”

- „... 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 wyłączyć przekazów poświęconych hazardowi lub grom losowym.”

Jak widać, preambuła wyłącza spod zastosowania dyrektywy szeroko pojęte gry losowe i gry hazardowe, a także inne gry oraz wyszukiwarki internetowe. Można sądzić, że kwestia ta nie powinna budzić wątpliwości chociażby w świetle głównego celu usługi (np. w przypadku usług hazardowych jest nim uczestnictwo w grze hazardowej), który powinien dostarczać wskazówek jak należy kwalifikować daną usługę, a więc to jakie usługi znajdują się

w zakresie definicji a jakie nie będą objęte jej zakresem. Wyraźne zamieszczenie tego wyłączenia w preambule ukazuje potencjalną sferę wątpliwości kwalifikacyjnych.

- „Zakres zastosowania niniejszej dyrektywy powinien być rozumiany jako nieobejmujący elektronicznych wersji gazet i czasopism.”

- AMS nie obejmuje także radia i transmisji dźwiękowych jak podcasting, i in. – co wynika bezpośrednio z treści komentowanej definicji. Zostało to także potwierdzone w preambule: „...określenie „audiowizualny” powinno odnosić się do ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, a więc obejmować filmy nieme ale nie powinno obejmować transmisji dźwiękowej ani usług radiowych.”

- „Chociaż głównym celem audiowizualnej usługi medialnej jest dostarczanie audycji, to jednak definicja takiej usługi powinna obejmować także treść przekazywaną w formie tekstu towarzyszącego audycjom, np. wyświetlane listy dialogowe i elektroniczny przegląd audycji. Zakres zastosowania niniejszej dyrektywy nie powinien obejmować samodzielnych usług tekstowych, przy czym nie powinno to wpływać na swobodę państw członkowskich w zakresie regulowania takich usług na poziomie krajowym zgodnie z Traktatem.”

To sformułowanie precyzuje, że napisy towarzyszące audycjom tzw. listy dialogowe, inne napisy pojawiające się na ekranie, a także EPG - będący usługą dodatkową oferowaną na platformach telewizji cyfrowej, mieszczą się w definicji AMS.

Z kolei telegazeta nie jest zasadniczo traktowana jako mieszcząca się definicji AMS, państwa członkowskie mają jednak przy implementacji dyrektywy swobodę określenia bardziej szczegółowych warunków i mogą w swoim prawie krajowym objąć telegazetę zakresem AMS.

Konkludując te uwagi na temat usług nie mieszczących się w zakresie pojęcia AMS, można odnotować, że sfera przykładowych, wyraźnych wyłączeń jaką uznano za potrzebne określić w preambule - wyłączenia te nie zostały bowiem określone w treści normatywnej dyrektywy - pokazuje też zakres potencjalnych wątpliwości kwalifikacyjnych, jaki starano się ograniczyć przez wskazanie tych przykładowych sytuacji wykraczających poza ramy definicji AMS sformułowanej w dyrektywie na pewnym stopniu ogólności. W przyszłości jednak, wraz z pojawianiem się nowych form usług ich poprawna kwalifikacja na gruncie definicji AMS określonej w dyrektywie może nie być tak oczywista.

Należy też zwrócić uwagę na istotne znaczenie przywołania w treści definicji AMS art. 49 i 50 Traktatu; odwołanie to bezpośrednio wskazuje na konieczność uwzględnienia przy rozpatrywaniu zakresu komentowanej definicji bogatego orzecznictwa Europejskiego

Trybunału Sprawiedliwości odnoszącego się do tych artykułów Traktatu – w zakresie pojęcia usługi i swobody świadczenia usług.

Odnosząc się do zakresu pozytywnego AMS, w preambule starano się przybliżyć istotę rozróżnienia usług linearnych (rozpowszechniania telewizyjnego) i usług nielinearnych (na żądanie), a także wskazać przykłady obu tych form AMS.

„Rozpowszechnianie telewizyjne obejmuje obecnie w szczególności telewizję analogową i cyfrową, transmisję strumieniową na żywo (live streaming), nadawanie w Internecie (webcasting) oraz sekwencyjne udostępnianie audycji (near-video-on-demand), gdy tymczasem na przykład usługa wideo na żądanie (video-on-demand) jest audiowizualną usługą medialną na żądanie. Zasadniczo wymogi niniejszej dyrektywy mające zastosowanie do rozpowszechniania telewizyjnego lub audycji telewizyjnych, które są udostępniane przez tego samego dostawcę usług medialnych także jako audiowizualne usługi medialne na żądanie, powinno się uważać za spełnione, jeżeli spełnione są wymogi mające zastosowanie do przekazu telewizyjnego, tzn. transmisji linearnej. Jeżeli jednak usługi różnego rodzaju udostępniane są równolegle, ale mają charakter wyraźnie odrębny, niniejsza dyrektywa powinna mieć zastosowanie do każdej z danych usług z osobna.”

„Cechą audiowizualnych usług medialnych na żądanie jest to, że przyjmują one formę quasi telewizyjną, to znaczy są skierowane do tych samych odbiorców co przekazy telewizyjne, a ich charakter i sposób dostępu do nich dawałby użytkownikowi podstawy do oczekiwania ochrony regulacyjnej w ramach niniejszej dyrektywy. W związku z tym, aby uniknąć nierówności w zakresie swobody przepływu i w zakresie konkurencji, pojęcie „audycji” należy interpretować w sposób dynamiczny z uwzględnieniem postępu w dziedzinie rozpowszechniania telewizyjnego”

IV. Dwustopniowa konstrukcja dyrektywy

Dyrektywa bierze pod uwagę istotne różnice pomiędzy usługami linearnymi a usługami nielinarnymi, dostępnymi na żądanie. Konsekwencją tego jest zróżnicowanie obowiązków regulacyjnych nakładanych na obie kategorie usług.

Jak można sądzić na podstawie analizy motywów preambuły, a także w świetle przedstawianej przez KE argumentacji związane jest to z większym stopniem wyboru i kontroli użytkownika w środowisku usług na żądanie oraz mniejszym wpływem na opinię publiczną, co uzasadnia lżejsze obowiązki o charakterze minimalnym nakładane na usługi nielinearne.

Dyrektywa AMS przyjmuje dwustopniowe podejście regulacyjne, różnicujące obowiązki wobec usług linearnych i nielinearnych, nie zmienia jednak ogólnej zasady leżącej u podstaw dyrektywy - regulacji neutralnej technologicznie, a więc przewidującej te same zasady do podobnych rodzajów usług, niezależnie od platformy ich udostępniania.

Należy zauważyć, że komentowana dyrektywa wprowadza rozróżnienie usług linearnych i nielinearnych ze względu na sposób ich świadczenia, a nie platformę ich udostępniania, i ustanawia dla nich różne poziomy regulacji.

Pierwszy poziom regulacji dotyczy wszystkich audiowizualnych usług medialnych i stanowi katalog standardów podstawowych, związanych z określaniem jurysdykcji, ochroną konsumentów oraz poszanowania godności ludzkiej. II stopień regulacji określa bardziej szczegółowe standardy, różne dla usług linearnych i dla usług nielinearnych.

W ramach regulacji I stopnia wszystkie audiowizualne usługi medialne objęte są obowiązkami o charakterze minimalnym z zakresu:

- podstawowych wymagań dotyczących identyfikacji usługodawcy [udostępnienia odbiorcom łatwego, bezpośredniego i trwałego dostępu do informacji o firmie, siedzibie, innych danych kontaktowych dostawcy audiowizualnych usług medialnych oraz, w odpowiednich przypadkach, o właściwych organach regulacyjnych lub nadzorczych]
- ochrony godności ludzkiej,
- stopniowego zwiększania dostępności tych usług dla osób z upośledzeniami wzroku lub słuchu,
- ochrony chronologii udostępniania utworów kinematograficznych,
- realizacji obowiązków o charakterze jakościowym w środowisku audiowizualnych komunikatów handlowych stosowanych w tych usługach, w tym reguł specyficznych dla lokowania produktu, a także reguł stosowania sponsorowania.

Reguły zawierające minimalne wymogi jakościowe odnoszące się do wszystkich usług AMS zawarte zostały w rozdziale IIa dyrektywy artykułach 3a – 3g.

Ponadto, w regulacji II stopnia wobec usług na żądanie przewidziano dodatkowe standardy jakościowe z zakresu:

- ochrony małoletnich,
- promocji europejskich dzieł audiowizualnych. [rozdział IIb art. 3h – 3i].

Znacznie bardziej szczegółowe są regulacje II stopnia wobec usług linearnych [rozdziały IIc, III, IV, V i VI]. Obejmują one postanowienia odnoszące się do:

- relacji z ważnych wydarzeń, będących przedmiotem praw wyłącznych,
- krótkich relacji w kontekście prawa do informacji,

- promocji europejskich dzieł audiowizualnych,
- reguł jakościowych i ilościowych stosowania reklamy telewizyjnej i telesprzedaży,
- zasad ochrony małoletnich przed treściami dla nich szkodliwymi,
- prawa do odpowiedzi.

Usługi linearne (usługi szeroko pojętego rozpowszechniania telewizyjnego) podlegają o wiele bardziej szczegółowej regulacji specyficznej (regulacji II stopnia) z uwagi na mniejszy stopień sfery wyborów i kontroli wykonywanej przez użytkownika, a z także z uwagi na większy wpływ na opinię publiczną. Jest to kompleksowy, bardzo obszerny zestaw reguł, przy czym szereg z nich funkcjonuje już od dłuższego czasu na gruncie dyrektywy „O telewizji bez granic” np. regulacje dotyczące promocji europejskich dzieł audiowizualnych w rozpowszechnianych programach telewizyjnych, czy regulacje dotyczące transmisji z ważnych wydarzeń. Jak już wspomniano, dyrektywa w dalszym ciągu posługuje się pojęciem „rozpowszechniania telewizyjnego”, nadając mu jednak nowe, znacznie pojemniejsze znaczenie. Szereg przepisów, które obecnie (na gruncie dyrektywy „O telewizji bez granic”) mają zastosowanie jedynie do tradycyjnie pojmowanego rozpowszechniania telewizyjnego wskutek zmian wprowadzonych dyrektywą AMS swoim zakresem i wraz z obejmą również nowe audiowizualne usługi linearne; jak webcasting, nearVOD i in.

Dyrektywa ma prowadzić do zharmonizowania na gruncie europejskim reguł świadczenia AMS, dając bodźce do zdynamizowania rozwoju sektora audiowizualnego w Europie, w tym rozwoju usług o wymiarze ponadgranicznym. Jednocześnie zmniejszono w istotnym stopniu zakres obowiązków regulacyjnych, w szczególności w odniesieniu do sfery działalności reklamowej, a te obowiązki, te które utrzymano lub poddano harmonizacji wspólnotowej – uznano za niezbędne z uwagi na ochronę konsumenta, ochronę porządku publicznego, ochronę zdrowia, czy ważne cele polityki kulturalnej Wspólnoty.

V. Zasada państwa pochodzenia i reguły określania jurysdykcji państw członkowskich

Dyrektywa oparta jest na tzw. zasadzie państwa pochodzenia. Cała konstrukcja dyrektywy opiera się na sektorowym zastosowaniu tej zasady i na ustanowieniu wspólnych, skoordynowanych reguł odnoszących się do treści rozpowszechnianego programu. Oznacza to, iż dostawca audiowizualnych usług medialnych podlega w zakresie objętym dyrektywą jedynie przepisom państwa z którego pochodzi, w którym jest - stosownie do kryteriów jurysdykcyjnych dyrektywy - ustanowiony. Dostawca AMS podlega więc jedynie prawu państwa pochodzenia, a nie państwa odbioru.

W ramach Wspólnego Rynku konieczne jest, by wszelkie audiowizualne usługi medialne powstające w ramach Wspólnoty oraz przeznaczone do odbioru na terytorium Wspólnoty, w tym programy przeznaczone do odbioru w innym państwie członkowskim, były zgodne z prawem państwa członkowskiego, z którego pochodzą, dotyczące audiowizualnych usług medialnych przeznaczonych do powszechnego odbioru w tym państwie członkowskim.

Państwo pochodzenia ma obowiązek zapewnić respektowanie w programach będących w jego jurysdykcji standardów prawa kraju pochodzenia, które powinny odzwierciedlać zasady określone w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych, w taki sposób, by móc zapewnić swobodny przepływ tych usług bez konieczności stosowania wtórnej kontroli w państwie członkowskim, będącym odbiorcą usługi.

Znaczenie utrzymania zasady państwa pochodzenia jako podstawowej zasady na której oparto konstrukcję AMSD podkreśla także preambuła dyrektywy:

„Zasada kraju pochodzenia powinna pozostać kluczowa dla niniejszej dyrektywy, gdyż jest koniecznym elementem budowy rynku wewnętrznego. Zasada ta powinna zatem być stosowana do wszystkich audiowizualnych usług medialnych w celu zapewnienia dostawcom usług medialnych pewności prawnej jako niezbędnej podstawy nowych sposobów prowadzenia działalności gospodarczej oraz dystrybucji takich usług. Jest ona również konieczna, aby zapewnić swobodny przepływ informacji i audycji audiowizualnych na rynku wewnętrznym.”

„W celu stworzenia silnego, konkurencyjnego i zintegrowanego europejskiego sektora audiowizualnego (...) należy dostawcę audiowizualnych usług medialnych poddać jurysdykcji wyłącznie jednego państwa członkowskiego (...)”

Konsekwencją zastosowania zasady państwa pochodzenia jest potwierdzenie swobody odbioru i retransmisji audiowizualnych usług medialnych pochodzących z innych państw członkowskich, wyraźnie określone na w art. 2a ust. 1 dyrektywy:

„Państwa członkowskie zapewniają na swoim terytorium swobodę odbioru i nie ograniczają retransmisji audiowizualnych usług medialnych z innych państw członkowskich z przyczyn, które wchodzą w zakres dziedzin podlegających koordynacji na mocy niniejszej dyrektywy.”

Dyrektywa biorąc pod uwagę specyfikę audiowizualnej działalności medialnej wprowadza szczególne, sektorowe reguły określania jurysdykcji nad dostawcami usług medialnych. Dyrektywa zasadniczo pozostawia w mocy system określania jurysdykcji oparty na szeregu kolejnych, kaskadowo stosowanych kombinacjach kryteriów. Wprowadza jednak pewne zmiany w regułach określania właściwej jurysdykcji.

Należy też zauważyć, że w związku z rozszerzeniem zakresu obowiązującej dyrektywy „O telewizji bez granic”, sektorowe reguły jurysdykcyjne będą stosowane do szerszej kategorii podmiotów niż ma to miejsca obecnie, a mianowicie do dostawców audiowizualnych usług medialnych. Tak więc, w nowym ujęciu zasady jurysdykcyjne będą stosowane zarówno do dostawców usług linearnych, jak i usług na żądanie. Natomiast podstawowe kryteria jurysdykcyjne nie uległy większym zmianom, zostaną jedynie dostosowane do nowej koncepcji zakresu dyrektywy i uproszczone.

Podstawowe kryteria jurysdykcyjne to:

- miejsce, w którym znajduje się główne biuro dostawcy usług medialnych,
- miejsce gdzie podejmowane są decyzje redakcyjne dotyczące audiowizualnej usługi medialnej,
- miejsce, w którym działa znaczna część pracowników zaangażowanych w świadczenie audiowizualnej usługi medialnej,
- miejsce, w którym dostawca usług medialnych pierwotnie rozpoczął swoją działalność zgodnie z prawem tego państwa członkowskiego, jeżeli jego związek z gospodarką tego państwa jest faktyczny i trwały.

Ponadto, dalsze, uzupełniające kryteria obejmują:

- korzystanie z naziemno - satelitarnej stacji nadawczej znajdującej się z danym państwie członkowskim,
- korzystanie z łącza satelitarnego należącego do danego państwa członkowskiego.

Należy przypomnieć, że przy określaniu jurysdykcji państwa nad dostawcą usług medialnych korzysta się z określonej w art. 2 ust. 2 – 5 dyrektywy kombinacji kryteriów, stosowanych kaskadowo, stopniowo, zastosowanie bowiem jednego kryterium nie pozwala przesądzić jakie państwo sprawuje władztwo jurysdykcyjne nad określonym podmiotem.

VI. Ochrona widowni w państwie odbioru i procedury przeciwdziałania negatywnym aspektom delokalizacji

Warto w tym miejscu powtórzyć, że zasada swobody odbioru i retransmisji, określona w art. 2a dyrektywy dotyczy wszystkich audiowizualnych usług medialnych, zarówno linearnych, jak i dostępnych na żądanie. Tym nie mniej, w określonych limitatywnie przypadkach dyrektywa pozwala na określone odstępstwa od stosowania tej zasady.

Reguły określone w art. 2a dyrektywy ukierunkowane są na ochronę widowni w państwie odbioru, biorąc pod uwagę różnice kulturowe i społeczne pomiędzy odbiorcami z

różnych państw, w tym różnice wynikające z różnego poziomu edukacji medialnej pomiędzy widownią różnych krajów i wiążącego się z tym przyjęcia w części państw wyższych lub po prostu innych standardów ochrony małoletnich lub standardów ochrony porządku publicznego. Jest to zrozumiałe zważywszy, że dyrektywa formułuje minimalne standardy ochrony w ogólnej formie, która podlega zróżnicowanej interpretacji i konkretyzacji w poszczególnych państwach członkowskich.

„Niezależnie od stosowania zasady kraju pochodzenia, państwa członkowskie nadal mogą podejmować na mocy niniejszej dyrektywy działania, które ograniczają swobodę przepływu przekazów telewizyjnych, jednak z zastrzeżeniem spełnienia warunków i w ramach procedury ustanowionej w niniejszej dyrektywie. (...)” [motyw 34]

Dyrektywa różnicuje warunki odstąpienia od zasady swobody odbioru i retransmisji określając inne kryteria dla usług rozpowszechniania telewizyjnego, a inne dla usług na życzenie.

W odniesieniu do usług linearnych – w zasadzie nie ma dużych zmian w porównaniu do obecnego reżimu, statuowanego w dyrektywie „O telewizji bez granic”:

Dyrektywa pozwala na odstąpić od ww. zasady jedynie w wyrażnie określonych przypadkach dotyczących ochrony małoletnich przed treściami szkodliwymi (art. 22 ust. 1 lub 2 dyrektywy) lub ochrony odbiorców przed treściami treści nawołującymi do nienawiści ze względu na rasę, płeć, religię lub narodowość (art. 3b dyrektywy).

Środki te mogą być zastosowane jedynie tymczasowo, a ich zastosowanie jest uzależnione od stwierdzenia w ciągu ostatnich 12 miesięcy na gruncie świadczenia danej usługi co najmniej dwukrotnie takich naruszeń. Ponadto zastosowanie tych środków jest przedmiotem kontroli ze strony Komisji Europejskiej, która powinna być o zastosowaniu tych środków powiadomiona przez dane państwo, i która może nakazać ich wycofanie.

W odniesieniu do usług nielinearnych (usług na żądanie), wprowadzono w dyrektywie AMS nowe rozwiązania, szerszej ujmujące katalog sytuacji uzasadniających odejście od zasady swobody odbioru usług na żądanie. Przy czym, tekst przepisu nie zawiera postanowień mówiących o jedynie ich tymczasowym stosowaniu (a więc mogą być stosowane w dłuższym okresie czasu), a ich zastosowanie nie jest uzależnione od stwierdzenia w przeszłości na gruncie świadczenia danej usługi określonych naruszeń.

Nie oznacza to jednak, że państwa mają większą swobodę korzystania z możliwości ograniczenia swobody odbioru usług na żądanie; oznacza to jedynie, że zasady umożliwiające w określonych przypadkach skorzystanie z tych wyłączeń zostały inaczej skonstruowane niż w przypadku usług linearnych.

Przyjęcie tak różnych zasad objaśnia motyw 35 preambuły:

„W odniesieniu do audiowizualnych usług medialnych na żądanie, ograniczenia swobody ich świadczenia powinny być dopuszczalne jedynie zgodnie z warunkami i procedurami identycznymi jak warunki i procedury przewidziane w art. 3 ust. 4, 5 i 6 dyrektywy 2000/31/WE.”

Państwa członkowskie mogą podjąć środki w celu odstąpienia od stosowania zasady swobody odbioru i retransmisji w przypadku określonej audiowizualnej usługi medialnej na żądanie o ile:

„a) środki te są:

(i) niezbędne z jednego z następujących względów:

– porządku publicznego, a zwłaszcza zapobiegania przestępstwom, ich wykrywania, ścigania i karania, w tym ochrony małoletnich oraz zwalczania wszelkich przypadków nawoływania do nienawiści z powodu rasy, płci, religii czy narodowości oraz przypadków naruszenia godności ludzkiej w stosunku do konkretnych osób,

– ochrony zdrowia publicznego,

– bezpieczeństwa publicznego, w tym ochrony bezpieczeństwa państwa i ze względów obrony kraju,

- ochrony konsumentów, w tym inwestorów;

(ii) podejmowane w stosunku do audiowizualnej usługi medialnej na żądanie naruszającej względy, o których mowa w ppkt (i), lub stanowiącej poważne i groźne ryzyko naruszenia tych względów;

(iii) proporcjonalne do wymienionych względów;

b) przed podjęciem przedmiotowych środków i bez uszczerbku dla postępowania sądowego, w tym postępowania przygotowawczego oraz czynności wykonywanych w ramach śledztwa, państwo członkowskie:

– zwróciło się o podjęcie środków do państwa członkowskiego, którego jurysdykcji podlega usługodawca, a ono ich nie podjęło lub podjęło środki nieodpowiednie,

– zawiadomiło Komisję i państwo członkowskie, którego jurysdykcji podlega usługodawca, o zamiarze podjęcia takich środków.”

Ponadto, dyrektywa przewiduje, że w nagłych przypadkach państwa podejmując środki związane z odstąpieniem od swobody odbioru usług na żądanie, mogą odstąpić od przeprowadzenia ww. procedury konsultacji z państwem sprawującym jurysdykcję nad usługodawcą oraz od wcześniejszego powiadomienia Komisji.

Jednak w takiej sytuacji należy w jak najkrótszym terminie poinformować o podjętych środkach Komisję i państwo członkowskie, którego jurysdykcji podlega usługodawca, i wskazać przy tym, dlaczego sytuacja została przez państwo członkowskie uznana za nagłą.

Również w przypadku usług na żądanie kwestia zasadności odejścia od zasady swobody odbioru jest przedmiotem kontroli ze strony Komisji Europejskiej, która w jak najkrótszym terminie analizuje zgodność z prawem wspólnotowym zastosowanych przez państwo środków. Jeżeli Komisja dojdzie do wniosku, że środki te są niezgodne z prawem wspólnotowym, zwraca się do danego państwa członkowskiego o powstrzymanie się od podjęcia wszelkich zaproponowanych środków lub o zakończenie przedmiotowych środków w trybie pilnym.

Można sądzić, że środki określone w art. 2a ust. 2 – 6 pozwalają na zachowanie efektywnej ochrony odbiorców z różnych państw członkowskich, mogących mieć zróżnicowane standardy ochrony.

Czym innym niż powyżej omówione środki są środki ukierunkowane na przeciwdziałanie celowemu obejściu prawa państwa odbioru, które wprowadziło na swoim terytorium – w zgodzie z postanowieniami dyrektywy – bardziej szczegółowe lub surowsze przepisy niż standardy minimalne określone w dyrektywie. Sytuacje takie nazywa się często mianem – delokalizacji.

W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że delokalizacją określa się zjawisko polegające na wyborze przez nadawcę jurysdykcji określonego państwa (państwa pochodzenia), innego niż państwo, do którego widowni kieruje swoją usługę, w celu ominięcia prawa państwa, do którego widowni w całości lub w przeważającej części kieruje swój program (państwa odbioru).

Zjawiskiem tym zajmował się już wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości m.in. w sprawach C-33/74 Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging; C-23/93 TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media.

Obecnie zaś, na gruncie dyrektywy określone zostały ramy prawne określające dopuszczalne środki jakie mogą być w związku z tym podjęte przez państwo odbioru w odniesieniu do linearnych usług zdelokalizowanych.

Środki te związane są z przyjęciem w państwie odbioru w ogólnym interesie publicznym bardziej szczegółowych lub surowszych przepisów, niż standardy minimalne określone w dyrektywie.

Warto przypomnieć, że dyrektywa w art. 3 ust. 1 utrzymuje zasadę, że państwa członkowskie mogą wprowadzić w prawie krajowym bardziej szczegółowe lub surowsze przepisy w dziedzinach koordynowanych dyrektywą.

I właśnie w celu możliwości faktycznego realizowania tych wyższych standardów ochrony podejmowanych w państwie odbioru w ogólnym interesie publicznym oparto konstrukcję środków określonych w art. 3 ust. 2 - 5 .

„Państwa członkowskie powinny mieć możliwość stosowania do dostawców usług medialnych, którzy podlegają ich jurysdykcji, bardziej szczegółowych lub surowszych przepisów w dziedzinach, które podlegają koordynacji na mocy niniejszej dyrektywy i powinny przy tym zapewniać zgodność tych przepisów z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego. Właściwym rozwiązaniem w sytuacji, w której nadawca podlegający jurysdykcji jednego państwa członkowskiego kieruje przekaz telewizyjny w całości lub w przeważającej części na terytorium innego państwa członkowskiego, byłby wymóg współpracy państw członkowskich, a w sytuacji omijania przepisów, a także kodyfikacja orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w połączeniu ze skuteczniejszą procedurą; rozwiązanie to uwzględnia interesy państw członkowskich, nie stwarzając jednocześnie wątpliwości co do prawidłowego zastosowania zasady kraju pochodzenia. Pojęcie przepisów przyjętych w interesie publicznym zostało wypracowane przez Trybunał Sprawiedliwości w ramach orzecznictwa odnoszącego się do art. 43 i 49 Traktatu i obejmuje ono między innymi przepisy o ochronie konsumentów, małoletnich oraz o polityce kulturalnej. Państwo członkowskie występujące z wnioskiem o współpracę powinno zapewnić, aby szczególne przepisy krajowe były obiektywnie niezbędne, stosowane w sposób niedyskryminacyjny i proporcjonalne.” [motyw 32]

Redakcja dyrektywy w art. 3 określa środki mające zastosowanie - w odróżnieniu od środków przewidzianych w art. 2a - wyłącznie do usług linearnych - ukierunkowane na przeciwdziałanie takiemu obchodzeniu prawa i w konsekwencji przeciwdziałaniu negatywnym aspektom delokalizacji.

Procedura przewidziana w art. 3 ma kilka etapów; pierwszym jest faza konsultacji pomiędzy państwem odbioru a państwem pochodzenia.

Tak więc w przypadku, gdy państwo członkowskie:

- skorzystało z prawa do przyjęcia w ogólnym interesie publicznym bardziej szczegółowych lub surowszych przepisów, w dziedzinach koordynowanych postanowieniami dyrektywy
- oraz ocenia, że nadawca podlegający jurysdykcji innego państwa członkowskiego dokonuje przekazu telewizyjnego, który w całości lub w przeważającej części jest kierowany na jego

terytorium, państwo to może kontaktować się z państwem członkowskim sprawującym jurysdykcję w celu osiągnięcia obopólnie zadowalającego rozwiązania wszelkich pojawiających się problemów.

Istotnych wskazówek interpretacyjnych pozwalających przybliżyć drugą z powyżej przytoczonych przesłanek dostarcza motyw 33 preambuły:

„Oceniając, czy w konkretnym przypadku przekaz dostawcy usług medialnych mającego siedzibę w innym państwie członkowskim jest w całości lub w przeważającej części kierowany na jego terytorium, państwo członkowskie może się odwołać do takich kryteriów, jak: źródło dochodów z reklam telewizyjnych lub abonamentu, główny język danej usługi lub obecność audycji lub przekazów handlowych skierowanych bezpośrednio do widzów w państwie członkowskim, w którym są one odbierane”

Państwo członkowskie sprawujące jurysdykcję, po otrzymaniu uzasadnionego wniosku od pierwszego z państw członkowskich, występuje do nadawcy o przestrzeganie rzeczonych przepisów przyjętych w interesie publicznym.

W terminie dwóch miesięcy państwo członkowskie sprawujące jurysdykcję informuje pierwsze z państw o efektach uzyskanych w wyniku tego wystąpienia. Każde z tych państw członkowskich może zwrócić się do Komitetu Kontaktowego ustanowionego na mocy art. 23a dyrektywy o przeanalizowanie sprawy.

Druga fazę można określić jako etap, na którym państwo odbioru może zastosować środki przeciwdziałające obejściu wyższych lub bardziej restrykcyjnych standardów ochrony.

Jeśli w ocenie państwa odbioru:

- efekty uzyskane w wyniku powyższej procedury konsultacyjnej nie są satysfakcjonujące, oraz

- ocenia, że dany nadawca ustanowił swoją siedzibę w państwie członkowskim sprawującym jurysdykcję w celu ominięcia surowszych przepisów, które podlegają koordynacji na mocy niniejszej dyrektywy, które to przepisy miałyby do niego zastosowanie, gdyby miał siedzibę w pierwszym państwie członkowskim, państwo odbioru może przyjąć odpowiednie środki przeciwko takiemu nadawcy.

Przy czym, środki takie muszą być obiektywnie niezbędne, stosowane w sposób niedyskryminacyjny i proporcjonalne do zamierzonych celów.

Ponadto, państwo odbioru może podjąć takie środki tylko wówczas, gdy spełnione zostały następujące warunki formalne:

- powiadomiło ono Komisję i państwo członkowskie, w którym nadawca ma swoją siedzibę, o zamiarze podjęcia takich środków i uzasadniło swoją ocenę, oraz

- Komisja stwierdziła, że środki te są zgodne z prawem wspólnotowym, a zwłaszcza, że oceny, których dokonało państwo członkowskie przed podjęciem środków w pierwszej i drugiej fazie postępowania, są prawidłowe.

Komisja powinna podjąć decyzję w sprawie niezgodności tych środków z prawem wspólnotowym w terminie trzech miesięcy od otrzymania powyższego powiadomienia. Jeżeli Komisja podejmie decyzję stwierdzającą niezgodność środków z prawem wspólnotowym, dane państwo członkowskie powstrzymuje się od ich podjęcia.

VII. Zamieszczanie audiowizualnych komunikatów handlowych w AMS

Poniżej przedstawione zostaną najważniejsze postanowienia dotyczące zamieszczania audiowizualnych komunikatów handlowych, a w szczególności reklamy – jako stanowiących najobszerniejszy pakiet regulacji zawartych w dyrektywie AMS, a w opinii wielu ekspertów także najważniejszy.

Prezentację tych uregulowań należy zacząć od przybliżenia terminu „audiowizualnego przekazu handlowego” [w dalszej części określanego jako HPA]. Zgodnie z dyrektywą: „handlowy przekaz audiowizualny” oznacza obrazy z dźwiękiem lub bez niego, które mają służyć bezpośredniemu lub pośredniemu promowaniu towarów, usług lub wizerunku osoby fizycznej lub prawnej prowadzącej działalność gospodarczą. Obrazy te towarzyszą audycji lub zostają w niej umieszczone w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie lub w celach autopromocji. Formy handlowego przekazu audiowizualnego obejmują między innymi: reklamę telewizyjną, sponsorowanie, telesprzedaż i lokowanie produktu.”

Jak zatem widać, pojęcie powyższe ma ogólny, neutralny charakter i obejmuje zarówno treści o charakterze handlowym zamieszczane w usługach linearnych, jak i nielinearnych. Jak *explicite* wskazano w definicji HPA może mieć różne formy, w tym reklamy telewizyjnej, sponsorowania, telesprzedaży lub lokowania produktu. Należy podkreślić, że ogólne reguły jakościowe odnoszące się do HPA będą więc miały także zastosowanie także do poszczególnych jej form; czy to reklamy telewizyjnej czy lokowania produktu, sponsorowania czy innych form.

Jak można odnotować, że autopromocja jest włączona do pojęcia HPA, podobnie z resztą jak i do pojęcia reklamy telewizyjnej. W konsekwencji spoty autopromocji nadawcy objęte będą regułami jakościowymi właściwymi dla HPA i reklamy telewizyjnej.

Jednakże, definicja HPA nie obejmuje emitowanych bezpłatnie ogłoszeń dotyczących usług publicznych ani akcji charytatywnych. Podejście takie zostało potwierdzone na gruncie motywu 26 preambuły.

Z kolei: „reklama telewizyjna oznacza wszelkiego rodzaju ogłoszenia związane z działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub działalnością w ramach wolnego zawodu rozpowszechniane przez przedsiębiorstwo publiczne lub prywatne lub osobę fizyczną w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie lub rozpowszechniane przez to przedsiębiorstwo lub tę osobę fizyczną w celach autopromocji, w celu promocji odpłatnego dostarczania towarów lub świadczenia usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań.”

Inne kluczowe pojęcia z tego zakresu:

„Ukryty handlowy przekaz audiowizualny oznacza prezentowanie w audycjach – za pomocą słów lub obrazów – towarów, usług, firmy, znaku towarowego lub działalności producenta towarów lub usługodawcy, jeżeli prezentacja ta w zamierzeniu dostawcy usług medialnych ma służyć za reklamę i może wprowadzać odbiorców w błąd co do swojego charakteru. Uznaje się, że prezentacja jest zamierzona w szczególności, jeżeli jest dokonywana w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie”

Jak widać, na gruncie dyrektywy zrezygnowano z korzystania pojęcia reklamy ukrytej, zamiast tego wprowadzając znacznie szersze, bardziej przekrojowe pojęcie ukrytego HPA.

„Sponsorowanie oznacza wszelkiego rodzaju udział, jaki publiczne lub prywatne przedsiębiorstwo lub osoba fizyczna, nieświadczący audiowizualnych usług medialnych ani nieprodukcujący utworów audiowizualnych, miały w sfinansowaniu audiowizualnych usług medialnych lub audycji w celu promowania swojej firmy, swojego znaku towarowego, swojego wizerunku, swojej działalności lub swoich wyrobów.”

„Telesprzedaż oznaczają przekaz ofert kierowanych bezpośrednio do odbiorców z zamiarem odpłatnego dostarczania towarów lub świadczenia usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań.”

„Lokowanie produktu oznacza wszelkie formy handlowego przekazu audiowizualnego polegającego na przedstawieniu lub nawiązaniu do produktu, usługi lub ich znaku towarowego w taki sposób, że stanowią one element samej audycji, w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie.”

Reguły jakościowe określone dla wszystkich form HPA mają charakter minimalny:

- handlowe przekazy audiowizualne muszą być łatwo rozpoznawalne. Zakazane jest stosowanie ukrytych handlowych przekazów audiowizualnych;
- handlowe przekazy audiowizualne nie mogą wykorzystywać technik podprogowych;

- handlowe przekazy audiowizualne nie mogą

- (i) podważać szacunku dla godności ludzkiej;
- (ii) zawierać żadnych treści dyskryminujących ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, narodowość, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną ani nie mogą promować takiej dyskryminacji;
- (iii) zachęcać do postępowania zagrażającego zdrowiu lub bezpieczeństwu;
- (iv) zachęcać do postępowania poważnie szkodzącego ochronie środowiska;

- zakazane są wszelkie rodzaje handlowych przekazów audiowizualnych na temat papierosów i innych produktów tytoniowych;

- handlowe przekazy audiowizualne na temat napojów alkoholowych nie mogą być specjalnie kierowane do małoletnich i nie mogą zachęcają do nieumiarkowanej konsumpcji takich napojów;

- zakazany jest handlowy przekaz audiowizualny na temat produktów i zabiegów leczniczych dostępnych wyłącznie na receptę w państwie członkowskim, którego jurysdykcji podlega dostawca usług medialnych.

- handlowe przekazy audiowizualne nie mogą wyrządzać fizycznej lub moralnej szkody małoletnim. W związku z tym nie mogą bezpośrednio nakłaniać małoletnich do kupna lub najmu produktu lub usługi, wykorzystując ich brak doświadczenia lub łatwowierność, nie mogą bezpośrednio zachęcać małoletnich, by przekonali rodziców lub osoby trzecie do kupna reklamowanych produktów lub usług, nie mogą wykorzystywać szczególnego zaufania, którym małoletni darzą rodziców, nauczycieli lub inne osoby, ani nie mogą bez uzasadnienia pokazywać małoletnich w niebezpiecznych sytuacjach.

- Ponadto dyrektywa przewiduje zobowiązanie do zachęcania przez państwa dostawców usług audiowizualnych do opracowania sposobów postępowania wobec niestosownych handlowych przekazów audiowizualnych w zakresie tzw. *junk food* [artykułów żywnościowych lub napojów, które zawierają składniki odżywcze i substancje o działaniu odżywczym lub fizjologicznym, zwłaszcza takie jak tłuszcze, kwasy tłuszczowe trans, sól/sód i węglowodany, niezalecane w nadmiernych ilościach w codziennej diecie] towarzyszących audycjom dla dzieci lub będących elementem tych audycji i stanowiących reklamę artykułów. [art. 3e]

Realizacja powyższego obowiązku może w różnych państwach przybrać zróżnicowany charakter; istnieje czytelny obowiązek państwa podjęcia pewnych działań, przy czym – jak można przypuszczać - działania te mogą mieć różną formę; od tworzenia zachęt do rozwijania samoregulacji przez organizacje branżowe, czy rozwijania systemów współregulacji, przez działalność promocyjną, upowszechnianie najlepszych praktyk w

przedmiotowym obszarze i in. Zachęty stosowane przez państwo mogą mieć zróżnicowany charakter – wybór konkretnej formy zależy będzie od poszczególnych państw.

HPA, będący formą audiowizualnej usługi medialnej [AMS] powinien spełniać też podstawowe reguły jakościowe wyznaczone dla AMS, a w szczególności nie mogą zawierać żadnych treści nawołujących do nienawiści ze względu na rasę, płeć, religię lub narodowość [art. 3b].

Ponadto, HPA powinien spełniać warunki ochrony małoletnich określone odrębnie dla form AMS linearnych i dla AMS dostępnych na żądanie. Zasadniczo obejmują one ochronę małoletnich przed AMS, jakie mogą poważnie zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich [art. 3h i art. 22].

Istotnym novum wprowadzonym na gruncie dyrektywy AMS są nowe rozwiązania dotyczące lokowania produktu (por. definicja powyżej). Preambuła wskazuje, że:

„Definicja lokowania produktu (...) powinna obejmować dowolną formę handlowego przekazu audiowizualnego polegającą na tym, że w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie w audycji przedstawia się produkt, usługę lub ich znak towarowy lub nawiązuje się do nich tak, iż stanowią one element samej audycji.”

Przy czym jak stanowi preambuła, bezpłatne dostarczanie towarów lub usług, takich jak rekwizyty lub nagrody, należy traktować jako lokowanie produktu jedynie wtedy, gdy dane towary lub usługi mają znaczną wartość.

Tym samym, stosowanie w audycjach tzw. production props, innymi słowy rekwizytów w dziełach filmowych lub nagród w konkursach – jeśli nie są to rzeczy znacznej wartości – nie stanowi lokowania produktu.

W tym kontekście nie wolno jednak zapominać o wymogu nie przekroczenie granicy tzw. „nieuzasadnionego wyróżnienia” wyrażonej m.in. w komunikacie interpretacyjnym Komisji Europejskiej [Commission interpretative communication on certain aspects of the provisions on televised advertising in the ‘Television without frontiers’ Directive (2004/C 102/02)] z dnia 28 kwietnia 2004 r. [sekcje 30 – 34]. Nieuzasadnione wyróżnienie produktu (i nie spełniające warunków dopuszczalnego lokowania produktu) sprawia, że przekroczona zostaje granica zakazanej reklamy ukrytej, a stosownie do nowej terminologii - ukrytego HPA.

Obserwowane podobieństwo lokowania produktu i sponsorowania sprawiło, iż preambuła dokonuje wyraźnego rozróżnienia pomiędzy obydwojema formami:

„Decydującym kryterium, które pozwala rozróżnić sponsorowanie prezentacji produktu i jego lokowanie, jest to, że w przypadku lokowania produktu odwołanie do danego produktu

zostaje wbudowane w akcję audycji, i dlatego w definicji zamieszczonej w art. 1 lit. m) dyrektywy 89/552/EWG zmienionej niniejszą dyrektywą użyto słów „stanowią one element samej audycji”. Natomiast informacje sponsorowane mogą się pojawić w trakcie trwania audycji, ale nie stanowią one elementu jego akcji.”

Jak odnotowano w preambule dyrektywy, lokowanie produktu jest faktycznie obecne w utworach kinematograficznych oraz utworach audiowizualnych wyprodukowanych dla telewizji. W związku z tym uznano, iż aby zapewnić równą konkurencję, a przez to zwiększyć konkurencyjność europejskiego sektora mediów, należy przyjąć na gruncie wspólnotowym przepisy dotyczące lokowania produktu. W dyrektywie AMS uregulowano kwestię lokowania produktu i nadano mu ramy prawne.

Lokowanie produktu, będące specyficzną formą HPA – tam gdzie zostaje dopuszczone - jest objęte wszystkimi postanowieniami regulującymi stosowanie HPA, w szczególności zakazane jest ukryte lokowanie produktu. Ponadto, dyrektywa określała dodatkowe reguły właściwe dla lokowania produktu.

Co do zasady lokowanie produktu jest zabronione, na co wskazuje wyraźnie art. 3g ust. 1 dyrektywy, a także co podkreślone zostało w motywie 62 preambuły.

Jednakże, dyrektywa ustanawia w art. 3g ust. 2 dwa rodzaje wyjątków, w których dopuszcza na zasadzie odstępstwa od tego generalnego zakazu i, o ile państwo członkowskie nie postanowi inaczej, lokowanie produktu:

- w utworach kinematograficznych, filmach i serialach wyprodukowanych na użytek audiowizualnych usług medialnych, w audycjach sportowych oraz audycjach rozrywkowych, lub
- w przypadku gdy nie dochodzi do płatności, ale jedynie do dostarczenia bezpłatnie pewnych towarów lub usług, takich jak rekwizyty i nagrody, po to aby zostały zaprezentowane w audycji.

Jednakże, odstępstwo przewidziane w pierwszym myślniku nie ma zastosowania do audycji dla dzieci.

Decyzję o skorzystaniu z tych wyjątków pozostawiono do swobodnego uznania przez państwa członkowskie; mogą one implementując dyrektywę całkowicie zakazać stosowania lokowania produktu, rezygnując z zastosowania wymienionych wyżej wyjątków od generalnego zakazu stosowania lokowania produktu, albo z nich skorzystać. Należy podkreślić, że w przypadku utrzymania całkowitego zakazu lokowania produktu w określonym wewnętrznym porządku prawnym, taki zakaz będzie dotyczył tylko

audiowizualnych usług medialnych, świadczonych przez dostawców usług medialnych pozostających w jurysdykcji danego państwa członkowskiego.

Jednocześnie w wypadku dopuszczenia lokowania produktu na gruncie ww. wyjątków, stosowanie tej formy promocji wymaga dodatkowo spełnienia poniższych warunków.

Audycje, w których stosuje się lokowanie produktu, muszą spełniać wszystkie poniższe wymagania:

- ich treść, a w przypadku rozpowszechniania telewizyjnego także ich miejsce w układzie audycji w żadnych okolicznościach nie może podlegać wpływowi powodującym naruszenie odpowiedzialności i niezależności redakcyjnej dostawcy usług medialnych;
- nie mogą zachęcać bezpośrednio do zakupu ani najmu towarów ani usług, zwłaszcza przez specjalne, promocyjne odniesienia do tych towarów lub usług;
- nie mogą eksponować nadmiernie danego produktu;
- widzowie muszą zostać wyraźnie poinformowani o zastosowaniu lokowania produktu.

Audycje, w których stosuje się lokowanie produktu, oznacza się odpowiednio na początku, na końcu oraz w momencie wznowienia po przerwie reklamowej, tak aby uniknąć wprowadzenia widzów w błąd.

Na zasadzie wyjątku państwa członkowskie mogą odstąpić od wymogu wyraźnego poinformowania widzów o zastosowaniu lokowania produktu, o ile dana audycja nie została wyprodukowana przez dostawcę usług medialnych ani przedsiębiorstwo z nim związane ani taka produkcja nie została przez te podmioty zlecona.

Odnosząc się do reguły określonej w pierwszym myślniku, należy wskazać, że zakazane jest również tzw. lokowanie tematyczne; jak wskazuje motyw 63 preambuły, z uwagi na fakt, że zabiegi te wpływają na treść audycji w sposób naruszający odpowiedzialność i niezależność redakcyjną dostawcy usług medialnych.

Ponadto dyrektywa zakazuje stosowania lokowania produktu, jeżeli produktami tymi są:

- wyroby tytoniowe lub papierosy albo wyroby przedsiębiorstw, których zasadnicza działalność polega na produkcji lub sprzedaży papierosów i innych wyrobów tytoniowych,
lub
- konkretne produkty lub zabiegi lecznicze dostępne wyłącznie na receptę w państwie członkowskim, którego jurysdykcji podlega dostawca usług medialnych.

Warto odnotować, że powyżej opisane reguły szczegółowe dotyczące lokowania produktu będą stosowane – w świetle postanowień dyrektywy – tylko w odniesieniu do audycji wyprodukowanych po czterech latach od daty wejścia w życie dyrektywy.

Powyższe reguły lokowania produktu mają zastosowanie zarówno do usług linearnych, jak i nielinearnych. Dodatkowo, w odniesieniu do usług rozpowszechniania telewizyjnego należy również wskazać, iż zgodnie z brzmieniem art. 18 ust. 2 dyrektywy czas lokowania produktu nie jest brany pod uwagę przy obliczaniu godzinowego limitu reklamy (brak reguł ilościowych).

Sponsorowanie AMS lub poszczególnych audycji zamieszczanych w AMS również jest przedmiotem ogólnych wymogów jakościowych określonych dla wszystkich AMS w dyrektywie.

Sponsorowane audiowizualne usługi medialne lub audycje sponsorowane powinny spełniać następujące wymagania:

- ich treść, a w przypadku rozpowszechniania telewizyjnego, także ich miejsce w układzie audycji w żadnych okolicznościach nie może podlegać wpływom powodującym naruszenie odpowiedzialności i niezależności redakcyjnej dostawcy usług medialnych;
- nie mogą zachęcać bezpośrednio do zakupu lub najmu towarów ani usług, zwłaszcza przez specjalne, promocyjne odniesienia do tych towarów lub usług;
- widzowie muszą być wyraźnie poinformowani o istnieniu umowy o sponsorowaniu. Audycje sponsorowane muszą być wyraźnie oznaczone za pomocą nazwy, znaku firmowego lub jakiegokolwiek innego symbolu sponsora, takiego jak odniesienie do jego produktów lub usług lub do ich charakterystycznego znaku, w sposób właściwy dla audycji – na początku, w trakcie ich trwania lub na końcu.
- AMS ani poszczególne audycje nie mogą być sponsorowane przez przedsiębiorstwa, których zasadnicza działalność polega na produkcji lub sprzedaży papierosów lub innych wyrobów tytoniowych.
- Natomiast w odniesieniu do AMS lub audycji sponsorowanych przez przedsiębiorstwa, których działalność obejmuje produkcję lub sprzedaż produktów i zabiegów leczniczych, należy wskazać, że mogą one promować firmę lub wizerunek przedsiębiorstwa, ale nie promują konkretnych produktów ani zabiegów leczniczych, jeżeli w państwie członkowskim, którego jurysdykcji podlega dostawca usług medialnych, są one dostępne wyłącznie na receptę.

Zakazane jest sponsorowanie audycje informacyjnych i audycje dotyczące bieżących wydarzeń.

Dodatkowo wprowadzono możliwość (wybór w tej kwestii należy do poszczególnych państw członkowskich) zakazania prezentowania firmowego znaku sponsora podczas audycji dla dzieci, audycji dokumentalnych i religijnych.

Ponadto, w regulacji II stopnia określono bardziej szczegółowe reguły stosowania reklamy telewizyjnej i spotów telesprzedaży, jako form AMS stosowanych w środowisku rozpowszechniania telewizyjnego. Zasadniczo są to reguły ilościowe, ale jest też kilka dodatkowych zasad o charakterze jakościowym, wśród nich są następujące reguły:

- reklama telewizyjna i telesprzedaż muszą być łatwo rozpoznawalne i odróżniające się od materiału redakcyjnego. Bez uszczerbku dla stosowania nowych technik reklamowych, reklama telewizyjna i telesprzedaż muszą być wyraźnie oddzielone od innych części audycji w sposób wizualny lub dźwiękowy, lub przestrzenny;
- pojedyncze spoty reklamowe i telesprzedażowe, poza spotami umieszczanymi podczas transmisji wydarzeń sportowych, powinny stanowić wyjątek;
- bloki telesprzedaży muszą być wyraźnie oznaczone w sposób wizualny i dźwiękowy.

Jak widać, zmodyfikowano dotychczasowe zasady stosowania reklamy i telesprzedaży – uwzględniając potrzeby wiążące się z możliwością zastosowania nowych technik reklamowych. W szczególności w art. 10 ust. 1 dyrektywy zasadę oddzielenia treści redakcyjnych od treści reklamowych zmodyfikowano, kładąc nacisk na zasadę odróżnienia i łatwej rozpoznawalności obu rodzajów treści – jako zasadę podstawową. Jednocześnie nie zrezygnowano z zasady wyraźnego oddzielenia obu rodzajów treści – na co wskazuje zdanie drugie ust. 1 art. 10 – choć jej zastosowanie nie powinno uniemożliwiać wykorzystania nowych technik reklamowych, jak reklama wykorzystująca podzielony ekran, reklama interaktywna, czy reklama wirtualna.

W tym duchu sformułowano też motyw 57 preambuły:

„Biorąc pod uwagę większą możliwość unikania reklamy przez widzów dzięki stosowaniu nowych technologii, takich jak magnetowidy cyfrowe, oraz dzięki większemu wyborowi kanałów, szczegółowe uregulowania odnoszące się do zamieszczania spotów reklamowych mające na celu ochronę widzów przestają mieć uzasadnienie. Niniejsza dyrektywa (...) powinna pozwalać nadawcom na większą elastyczność w ich zamieszczaniu, o ile nie narusza to nadmiernie integralności audycji.”

Większym zmianom uległy postanowienia dotyczące dopuszczalności i częstotliwości przerw reklamowych (pakiet reguł ilościowych). Dotychczasowe zasady uległy bardzo istotnej liberalizacji. W nowym reżimie prawnym:

- państwa członkowskie zapewniają, by w przypadku gdy reklamy telewizyjne lub telesprzedaż są umieszczone podczas audycji, nie została naruszona integralność audycji – przy uwzględnieniu naturalnych przerw w audycji, czasu trwania audycji i jej charakteru – ani nie zostały naruszone uprawnienia posiadaczy praw do audycji.
- Emisja filmów wyprodukowanych dla telewizji (z wyłączeniem serii, seriali i filmów dokumentalnych), utworów kinematograficznych i audycji informacyjnych może zostać przerwany reklamą telewizyjną lub telesprzedażą tylko jeden raz w ciągu każdego przewidzianego w układzie audycji okresu nie krótszego niż 30 minut. Przekaz audycji dla dzieci może zostać przerwany reklamą telewizyjną lub telesprzedażą tylko raz w ciągu każdego przewidzianego w układzie audycji okresu nie krótszego niż 30 minut, o ile czas trwania danej audycji – przewidziany w układzie audycji – jest dłuższy niż 30 minut.
- Nie wolno umieszczać reklamy telewizyjnej ani telesprzedaży podczas transmisji uroczystości religijnych.

Jak wskazano w preambule powyższe ograniczenie możliwość przerywania reklamą utworów kinematograficznych i filmów wyprodukowanych dla telewizji oraz audycji niektórych innych kategorii nadal wymagających specjalnej ochrony związane jest z troską o zachowanie specyficznego charakteru telewizji w Europie, w której reklama najchętniej umieszczana jest pomiędzy audycjami.

Należy jednak zauważyć, że stosunku do reżimu dyrektywy TWF powyższe rozwiązania stanowią istotną zmianą zwiększającą elastyczność nadawcy w odniesieniu do zamieszczania reklam telewizyjnych.

Zrezygnowano z utrzymania dziennego limitu reklamy, pozostawiono jedynie godzinowy limit reklamy (pakiet reguł ilościowych):

- Czas nadawania telewizyjnych spotów reklamowych i spotów telesprzedażowych nie może przekraczać 20% danej godziny zegarowej.
- ww. postanowień 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.

Preambuła tak uzasadnia przyczyny leżące u podstaw tego podejścia:

„Poprzednio obowiązujący dzienny limit reklamy telewizyjnej był w dużej mierze ograniczeniem teoretycznym. Ważniejszy jest limit godzinowy, ponieważ obowiązuje również w porach największej oglądalności. Dlatego należy znieść limit dzienny, a utrzymać godzinowy limit reklamy telewizyjnej i spotów telesprzedażowych. Ponieważ konsumenci mają większe możliwości wyboru ograniczenia ilościowe czasu, którym mogą dysponować

kanały telesprzedażowe lub reklamowe, wydają się nie mieć już uzasadnienia. Jednak limit spotów reklamy telewizyjnej i spotów telesprzedażowych wynoszący 20% godziny zegarowej pozostaje w mocy. (...)” [motyw 59]

Dodatkowe ograniczenia ilościowe telesprzedaży:

- Bloki telesprzedaży muszą być nadawane w sposób nieprzerwany przez co najmniej 15 minut.

VIII. Implementacja dyrektywy AMS

Konkludując te wstępne uwagi o dyrektywie AMS, można stwierdzić, że znacznemu poszerzeniu uległa - w stosunku do dotąd obowiązującej dyrektywy „O telewizji bez granic” - sfera usług objętych regulacją wspólnotową, lecz zakres obowiązków regulacyjnych nie uległ zasadniczo zwiększeniu, a w odniesieniu do działalności reklamowej – sfera obowiązków regulacyjnych uległa wyraźnemu zmniejszeniu. Właściwa implementacja tych nowych obowiązków będzie wymagać od państw członkowskich uważnego rozważenia i szczegółowych analiz w zakresie wyboru najbardziej adekwatnych środków implementacji.

Rozważenia wymaga m.in. wykorzystanie środków współregulacji i samoregulacji, do których wykorzystania zachęca art. 3 . ust. 7 dyrektywy o AMS:

„Państwa członkowskie popierają systemy współregulacji lub samoregulacji na szczeblu krajowym w dziedzinach, które podlegają koordynacji na mocy niniejszej dyrektywy, w zakresie dozwolonym przez ich systemy prawne. Systemy te muszą być skonstruowane tak, aby były powszechnie akceptowane przez główne zainteresowane strony w danych państwach członkowskich oraz muszą zapewniać ich skuteczne wykonywanie.”

Jest to dość elastyczna formuła, która jak można sądzić, zobowiązuje państwa członkowskie do rozważenia w ramach przygotowań do transpozycji dyrektywy do porządku krajowego możliwości i celowości zastosowania współregulacji lub samoregulacji. Jeśli krajowy system prawny nie dopuszcza zastosowania tych środków prawnych jako metody nałożenia powszechnie obowiązujących obowiązków, państwo nie musi ich stosować. Państwa członkowskie powinny jednak – tam gdzie takie formy prawne są dopuszczane przez prawo krajowe - rozważyć możliwości i celowość ich zastosowania. Nie jest zobowiązane do ich zastosowania – jeśli w wyniku dokonanej analizy uzna je za nieadekwatne, niewłaściwe czy też nieefektywne. Jednak taka analiza jest celowa.

Przy czym ich zastosowanie jako metody implementacji dyrektywy jest ograniczone przez dwa wymogi:

- dane systemy współregulacji lub samoregulacji muszą być powszechnie akceptowane przez główne zainteresowane strony w danych państwach członkowskich,

- oraz muszą zapewniać skuteczne wykonywanie standardów określonych w dyrektywie.

Motyw 36 preambuły rozwija kwestię zastosowania samo- i współregulacji przy implementacji dyrektywy przypominając, że już w komunikacie KE skierowanym do Parlamentu Europejskiego i Rady o poprawie otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej Komisja podkreśliła, że „niezbędne jest dokładne zbadanie kwestii właściwego podejścia regulacyjnego do danego sektora i problemu, w szczególności w celu określenia, czy odpowiedniejsze byłoby dla nich prawodawstwo, czy też należy rozważyć alternatywne rozwiązania takie jak współregulacja lub samoregulacja. Ponadto, doświadczenie pokazuje, że zarówno instrument współregulacji, jak i instrument samoregulacji stosowane zgodnie z różnymi tradycjami prawnymi państw członkowskich mogą odgrywać istotną rolę w zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony konsumentów. Środki mające służyć osiągnięciu celów leżących w interesie publicznym w sektorze wchodzących na rynek audiowizualnych usług medialnych są skuteczniejsze, jeżeli są podejmowane przy czynnym poparciu ze strony samych usługodawców.”

Preambuła rozwija także pojęcia samoregulacji i współregulacji:

„Samoregulacja stanowi rodzaj dobrowolnej inicjatywy pozwalającej podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym lub stowarzyszeniom przyjmować wspólne wytyczne, które będą obowiązywać ich wszystkich. Państwa członkowskie powinny, zgodnie ze swoimi odmiennymi tradycjami prawnymi, uznać rolę, jaką skuteczna samoregulacja może odegrać jako uzupełnienie obowiązujących mechanizmów prawodawczych i sądowych lub administracyjnych oraz jako użyteczny wkład w realizację celów niniejszej dyrektywy. Jednak samoregulacja, mimo że może być uzupełniającą metodą wdrażania niektórych przepisów niniejszej dyrektywy, nie powinna zastąpić obowiązków prawodawcy krajowego.”

„Współregulacja w swojej podstawowej formie stanowi ogniwo prawne pomiędzy samoregulacją a prawodawcą krajowym zgodnie z tradycjami prawnymi poszczególnych państw członkowskich. Współregulacja powinna dopuszczać możliwość interwencji państwa, w przypadku gdy jej cele nie zostają spełnione. Bez uszczerbku dla formalnych obowiązków państw członkowskich w zakresie transpozycji, niniejsza dyrektywa zachęca do korzystania z instrumentu współregulacji i instrumentu samoregulacji. Nie powinno to jednak nakładać na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia systemu współregulacji lub samoregulacji ani

nie narusza czy naraża na szwank inicjatyw wspól- i samoregulacyjnych już podjętych w państwach członkowskich i przynoszących pozytywne skutki.”

Zasadniczo przyjmuje się, że współregulacja składa się zarówno z komponentów wykorzystujących władztwo państwowe, jak i elementów poza -państwowych. Współregulacja łączy regulację nie-państwową i regulację tradycyjną (regulację państwa), w taki sposób, że jej poza-państwowe elementy odwołują się do regulacji państwowej.

Istotne dokumenty odwołujące się do dyskusji na forum wspólnotowym w zakresie roli współregulacji obejmują:

- White Paper on European Governance (2001 r.),
- Mandelkern Group Report on Better Regulation (2001 r.),
- Action Plan for simplifying and improving the regulatory environment (2002 r.)
- Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking (2003 r.)
- Communication on better regulation for growth and jobs in UE (2005 r.).

Jak wskazuje się m.in. w zamówionym przez Komisję Europejską studium opracowane przez Hans–Bredow Institut / EMR istniejące obecnie systemy współregulacji:

- są ustanawiane celem realizacji celów polityki publicznej w sferze społecznej,
- pozapaństwowy komponent takiej regulacji obejmuje tworzenie szczególnej organizacji, zasad, sposobów działania,
- pozapaństwowy system regulacyjny jest połączony więzią prawną z tradycyjną regulacją państwową (jednakże wykorzystanie pozapaństwowej regulacji (non-state regulation) niekoniecznie musi być oparte na ustawie),
- państwo pozostawia swobodę uznaniową takiemu poza-państwowemu systemowi regulacyjnemu (non-state regulatory system),
- państwo jednakże korzysta ze środków regulacyjnych, aby wpływać na wynik takiego procesu regulacyjnego, celem zagwarantowania wypełnienia celów regulacyjnych, (instytucje publiczne sprawują kontrolę nad właściwym funkcjonowaniem systemu współregulacji).

W tym kontekście warto przywołać wypowiedź przedstawiciela Komisji Europejskiej – p. Jeana – Erica de Cockborne z maja 2007 r. podczas konferencji w Lipsku, który wskazał, że wprowadzana na poziomie krajowym współregulacja - musi być w pełni zgodna z horyzontalnymi regułami prawa wspólnotowego, w tym zasadami określonymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w odniesieniu do swobody świadczenia usług i reguł prawa konkurencji. Powinna zabezpieczać także realizację celów wspólnotowej polityki kulturalnej.

Przedstawiciel KE wskazał, że współregulacja może być wykorzystywana w procesie transpozycji dyrektywy, jednakże:

- musi to być pełna transpozycja,
- dokonana w jasny i precyzyjny sposób,
- transpozycja powinna mieć charakter wiążący i przewidywać stosowne sankcje za naruszenie transponowanych w ten sposób do prawa krajowego reguł.

KE od początku prac nad dyrektywą AMS akcentowała znaczenie rozwijania systemów współregulacji. W ostatecznej redakcji dyrektywy mowa jest zarówno o współregulacji, jak i samoregulacji, należy jednak pamiętać, że muszą one jednak spełnić określone warunki formalne m.in. w zakresie efektywnej realizacji standardów europejskich.

Warto przywołać w tym kontekście również motyw 65 preambuły dyrektywy, który wskazuje, że państwa członkowskie mogą w ramach implementacji dyrektywy „dowolnie wybierać odpowiednie do tego celu instrumenty zgodnie ze swoimi tradycjami prawnymi i posiadanymi strukturami, a w szczególności zgodnie z charakterem ich niezależnych organów regulacyjnych, tak by móc wykonać swoje zadanie wdrożenia niniejszej dyrektywy w sposób bezstronny i przejrzysty. Ściśle biorąc, instrumenty wybrane przez państwa członkowskie powinny przyczyniać się do upowszechniania pluralizmu mediów.”

Należy jednak pamiętać, że wykorzystanie alternatywnych do regulacji ustawowej środków implementacji nie zmienia wyłącznej odpowiedzialności państwa za poprawność i efektywność implementacji:

„Państwa członkowskie zapewniają w odpowiedni sposób, w ramach swojego ustawodawstwa, by dostawcy usług medialnych podlegający ich jurysdykcji faktycznie przestrzegali przepisów niniejszej dyrektywy.” [art. 3 . ust. 6 dyrektywy o AMS]

Przy implementacji dyrektywy istotne znaczenie ma rola wypełniana przez niezależne organy regulacyjne, co znalazło też formalne odzwierciedlenie w tekście normatywnym i w preambule dyrektywy.

Artykuł 23b wskazuje, że „Państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki – przede wszystkim za pośrednictwem właściwych niezależnych organów regulacyjnych – w celu przekazywania Komisji i sobie nawzajem informacji niezbędnych do stosowania przepisów niniejszej dyrektywy, a w szczególności jej art. 2, 2a i 3.”.

Odnosząc się do implementacji dyrektywy i roli w tym zakresie niezależnych organów regulacyjnych preambuła w motywie 66 podkreśla także, że: „niezbędna jest ścisła współpraca pomiędzy właściwymi organami regulacyjnymi państw członkowskich a Komisją w celu zapewnienia prawidłowego stosowania niniejszej dyrektywy. Równie ważna jest ścisła

współpraca pomiędzy państwami członkowskimi oraz pomiędzy ich organami regulacyjnymi.”

Stosownie do art. 3 dyrektywy zmieniającej dyrektywę „O telewizji bez granic” państwa członkowskie muszą nie później w czasie dwóch lat od daty wejścia w życie dyrektywy wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do jej wykonania. Niezwłocznie muszą też przekazać Komisji tekst tych przepisów.

Preambuła przypomina też – w trosce o właściwe, jasne i precyzyjne dokonywanie transpozycji – o wynikającej z pkt 34 Porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie lepszego stanowienia prawa potrzebie przygotowania tabel korelacji. Motyw 68 preambuły przypomina że „zachęca się państwa członkowskie do sporządzania, dla ich własnych celów i w interesie Wspólnoty, własnych tabel, które w możliwie najszerszym zakresie odzwierciedlają korelacje pomiędzy niniejszą dyrektywą a środkami transpozycji, oraz do podawania ich do wiadomości publicznej”.

Na koniec tych wstępnych uwag poświęconych implementacji dyrektywy należy jeszcze pokreślić dyrektywa nie łączy objęcia audiowizualnych usług medialnych zakresem dyrektywy ze wprowadzaniem zezwoleń administracyjnych na świadczenie takich usług.

Wręcz przeciwnie, preambuła dyrektywy wyraźnie stwierdza, że:

„Żaden przepis niniejszej dyrektywy nie powinien zobowiązywać ani zachęcać państw członkowskich do wprowadzania nowych systemów koncesjonowania lub administracyjnego zatwierdzania jakiegokolwiek rodzaju audiowizualnych usług medialnych.” [motyw 15]