

Rozprowadzanie programów jako usługa telekomunikacyjna

Spis treści

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

Streszczenie

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

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

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

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

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

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

Działalność telewizyjna jest przedmiotem odrębnych regulacji sektorowych dotyczących czynności transmisyjnych oraz zawartości programów. Świadczenie usług telekomunikacyjnych poddane zostało bardzo rygorystycznym przepisom chroniącym interesy ekonomiczne abonentów tych usług, zawartym w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt)¹. Było to następstwem wdrożenia wymagań określonych przepisami dyrektyw Unii Europejskiej o łączności elektronicznej z 2002 r., w szczególności zaś dyrektywy 2002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usług łączności elektronicznej², której ochronne walory zostały bardzo wzmocnione w ramach nowelizacji dokonanej w roku 2009. Obecnie prawo telekomunikacyjne zawiera rozbudowane przepisy chroniące interesy abonentów przy zawieraniu i wykonywaniu umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w dziale III pn. Ochrona użytkowników końcowych i usługa powszechna. Ochrona abonentów usług telekomunikacyjnych dotyczy warunków zawierania umów i ich zmiany, warunków ustalania cen, rozpatrywania reklamacji i licznych obowiązków informacyjnych dostawców usług³.

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

¹ Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

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

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

⁴ T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1531.

zyjnych jest pochodną treści głównego aktu prawa unijnego w tej dziedzinie, jakim jest dyrektywa 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych⁵.

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

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

II. Orzecznicze podstawy zmiany kwalifikacji

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

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

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), (Dz. U. L 95/1 z 15.4.2010).

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

Sąd Apelacyjny w Warszawie rozpatrujący apelację od wyroku SOKiK, w wyroku z dnia 16 grudnia 2014 r. (sygn. akt VI ACa 294/14) podtrzymał ustalenia SOKiK dotyczące charakteru prawnego usługi. Sąd podkreślił, że udostępnianie programów następuje poprzez przesyłanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Nie ma zatem uzasadnienia dla wyodrębniania usługi telewizji kablowej jako innej samodzielnej, niezależnej i niezwiązanej z przesyłaniem sygnału za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. Świadczenie usług w postaci udostępniania programów telewizyjnych w pakietach telewizji kablowej sąd uznał za świadczenie usług telekomunikacyjnych bez względu na rodzaj przekazywanej treści. Za ważne dla rozstrzygnięcia uznano wnioski wynikające z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2013 r. (C-518/11) w szczególności wnioski wynikające z wykładni definicji usługi łączności elektronicznej zawartej w art. 2 lit c dyrektywy ramowej⁶.

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

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

podstawowego programów drogą kablową, za którą wystawiany jest rachunek obejmujący zarówno koszty transmisji, jak i wynagrodzenie stacji nadawczych oraz opłaty na rzecz organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w związku z rozpowszechnieniem treści utworów, wchodzi w zakres pojęcia „usługa łączności elektronicznej” (pkt 35). Odwołując się do dyrektywy ramowej i dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, TS uznał, że wprowadzają one wyraźne rozróżnienie między produkcją treści pociągającą za sobą odpowiedzialność redakcyjną a przekazywaniem tych treści, niewiążącym się z jakąkolwiek odpowiedzialnością redakcyjną, gdyż treści oraz ich przekazywanie podlegają odrębnym uregulowaniom, nie odnosząc się ani do klientów świadczonych usług, ani do struktury wystawianych im rachunków z tytułu kosztów transmisji (pkt 41). Wniosek taki wywiedziony został z definicji usługi łączności elektronicznej (art. 2 lit. c dyrektywy ramowej)⁷, a także motywu 5 tej dyrektywy dotyczącego stosunku między usługami łączności elektronicznej i treściami przekazywanymi w sieciach⁸ oraz definicji audiowizualnej usługi medialnej w art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. Dostawca usług potwierdził, że nie produkuje programów i nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej za ich treść. Wprawdzie analiza prowadzona przez TS dotyczyła „pakietu podstawowego” programów, to jednak wniosek dotyczący charakteru prawnego działania operatora został rozciągnięty na całość jego usługi. Ogólniejsze uzasadnienie dla takiej interpretacji TS wywiódł z wymogu zapewnienia skuteczności przepisów tworzących nowe ramy regulacyjne łączności elektronicznej (pkt 45). Wyłączenie działalności przedsiębiorstw dostarczających programy z zakresu stosowania tych przepisów pod pretekstem tego, że nie ogranicza się ona do przekazywania sygnałów, pozbawiałoby te ramy wszelkiej skuteczności. Dlatego takie okoliczności, jak ponoszenie opłat na rzecz dostawców programów i organizacji zbiorowego zarządzania nie mogą stanowić przeszkody dla takiej kwalifikacji. Wprawdzie TS, udzielając odpowiedzi na sformułowane wyżej pytanie, zastrzegł się, że stosowanie dyrektyw łączności elektronicznej do usługi telewizyjnej jest uzasadnione pod warunkiem, że usługa ta obejmuje głównie przekaz treści telewizyjnych w sieci telewizji kablowej do odbiornika konsumenta końcowego, ale nie podjął wątku, co jest głównym elementem tej usługi (pkt 47).

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

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

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

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

III. Ocena charakteru usługi w świetle prawa Unii Europejskiej

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

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

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

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

W przypadku, jeżeli usługa zawiera komponenty transmisyjne oraz związane z zapewnianiem treści, konieczne jest odwołanie się do głównego kryterium wyróżniającego usługę łączności elektronicznej. Definicja ta wymaga, aby usługa ta polegała całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieci. Należy zaznaczyć, iż polskie tłumaczenie art. 2 lit. c) dyrektywy ramowej jest nieprecyzyjne, gdyż w wersji językowej angielskiej i innych wersjach językowych mowa jest o usługach polegających „całkowicie lub głównie” (*wholly oraz mainly; ganz oder überwiegend; entièrement ou principalement*) na przekazywaniu sygnałów. Nie ulega wątpliwości, iż dyrektywa wymaga, aby świadczenie transmisyjne co najmniej przeważało w zawartości usługi. Dyrektywy o łączności elektronicznej nie zawierają żadnego wyjaśnienia co do tego, w jakich sytuacjach usługa polega „głównie” na transmisji sygnałów w sieci. Brak jest szczegółowych kryteriów oceny zawartości świadczenia. W różnych dokumentach konsultacyjnych wskazuje się na możliwość stosowania kryterium wartościowego różnych składników usługi. Wskazuje się również na możliwość zastosowania kryteriów rynkowych, odwołujących się do rodzaju dóbr, które skłaniają nabywcę do zakupu usługi, w szczególności do potrzeby, jaką nabywca zaspokaja poprzez nabycie i wykorzystanie usługi. Wyjaśniając tę kwestię regulator brytyjski OFTEL stwierdził ogólnie, że zasadniczą cechą usługi łączności elektronicznej jest przekazywanie sygnałów, a nie dostarczanie tego co jest zawarte w sygnale, czyli treści sygnału¹⁰.

Ustalenia dotyczące charakteru usług transmisyjnych wykonywanych w zakresie radiofonii i telewizji mogą się również odwoływać do pierwszego zalecenia Komisji w sprawie rynków, czyli Zalecenia Komisji 2003/311/WE z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z Dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ogólnego porządku regulacyjnego dla sieci i usług łączności elektronicznej¹¹ oraz Noty wyjaśniającej do tego Zalecenia. Zalecenie wymieniało wśród rynków hurtowych rynek usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym (*Broadcasting transmission services, to deliver broadcast content to end users*). Nota wyjaśniająca potwierdzała (s. 36), że usługi polegające na dostarczaniu zawartości nie są usługami łączności elektronicznej. W konsekwencji rynek ten został opisany jako rynek obejmujący radiowe i telewizyjne usługi transmisyjne oraz sieci dystrybucyjne w takim zakresie, w jakim zapewniają one środki w celu dostarczenia zawartości radiowej i telewizyjnej użytkownikom końcowym (s. 38).

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

¹¹ Dz. Urz. L 114/45 z 2003 r.

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

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

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

IV. Ocena charakteru usługi w świetle prawa telekomunikacyjnego

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

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

Ani w orzecznictwie administracyjnym, ani w sądowym nie znajdujemy rozstrzygnięć pozwalających na wyjaśnienie, w jaki sposób należy oceniać główny element usługi, w celu ustalenia czy jest ona usługą telekomunikacyjną. Łączenie różnych składników z komponentem telekomunikacyjnym jest częstym zjawiskiem¹². Dotyczy to wszelkich dóbr niematerialnych, które mogą być dostarczone poprzez sieci telekomunikacyjne (informacja, rozrywka, usługi informatyczne, rozliczeniowe)¹³. Typowym przypadkiem są tzw. usługi o podwyższonej opłacie, które jednak

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

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

zostały zaliczone do usług telekomunikacyjnych wyraźnym rozstrzygnięciem ustawowym w art. 64 ust. 1 Pt¹⁴. Rozważając przydatność różnych kryteriów oceny składników konkretnej usługi, w pierwszej kolejności można zastosować kryterium wartościowe. Działalność telekomunikacyjna jest bowiem działalnością gospodarczą (art. 2 pkt 27 Pt) i przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien oceniać składniki tworzące usługę za pomocą kryteriów ekonomicznych. Zakładając, z pewnym uproszczeniem, że wartość poszczególnych składników usługi świadczonej abonentowi odpowiada kosztom poniesionym w celu wytworzenia tych składników, należałoby oszacować koszty ponoszone na transmisję sygnałów przenoszących programy do abonentów oraz koszty związane z uzyskaniem licencji i innych uprawnień uprawniających przedsiębiorcę do udostępniania programów abonentom (opłaty dla organizacji zbiorowego zarządzania itp.). Proporcje tych składników kosztowych wskazują, jakie elementy świadczenia zapewnianego abonentowi mają główny charakter. Relacje cenowe wynikające z cenników opłat za poszczególne pakiety usług telewizyjnych lub poszczególne programy wskazują, że opłata za usługę telewizyjną jest zależna przede wszystkim od zawartości programowej, a nie od komponentu transmisyjnego, który jest w każdym przypadku taki sam lub bardzo podobny. Koszty transmisyjne są związane z utrzymaniem linii abonenckiej (łącza radiowego), natomiast wysokość opłaty zwiększa się głównie w zależności od liczby i wartości programów dostarczanych w pakiecie. Wysokość opłat abonamentowych za poszczególne usługi potwierdza, iż główna część opłaty wnoszonej przez klienta jest związana z zawartością programową usługi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Możliwość zmiany kwalifikacji zainicjowanej orzecznictwem nie była sygnalizowana w literaturze. Poglądy wyrażane w literaturze były spójne ze stanowiskiem Prezesa UKE, który nie uznawał dostarczania programów za usługę telekomunikacyjną. Sposób ustalania głównego elementu usługi telekomunikacyjnej na podstawie różnych kryteriów analizowałem w sposób przedstawiony powyżej na gruncie definicji usługi telekomunikacyjnej¹⁵. A. Krasuski w swoim komentarzu, klasyfikując usługi telekomunikacyjne według przedmiotu, którego dotyczy usługa, nie zaliczał do usług telekomunikacyjnych dostarczania programów ani innych treści pochodzących od dostawcy¹⁶. W literaturze zagranicznej dotyczącej dyrektyw UE o łączności elektronicznej już pierwsza praca opublikowana w roku 2002 podkreślała, że nowe reguły nie naruszają regulacyjnych obowiązków (na poziomach UE i krajowym) w zakresie zawartości usług radiowo-telewizyjnych¹⁷. Natomiast P. Nihoul, P. Rodeford w swoim dziele dotyczącym unijnego prawa łączności elektronicznej wyliczają szczegółowo, jakie elementy związane z usługami telewizyjnymi podlegają reżimowi łączności elektronicznej (transmisja sygnałów, urządzenia końcowe cyfrowe, system kodowania, interfejsy programów aplikacyjnych, systemy warunkowego dostępu, transmisja obowiązkowa). W przeciwieństwie do tych elementów, zawartość dostarczana z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej pozostaje poza zakresem Nowych Ram Regulacyjnych¹⁸.

V. Konsekwencje zmiany kwalifikacji prawnej usług dostarczania programów

1. Stosunki prawne z abonentami

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Uprawnienia do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej

Przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący usługi telekomunikacyjne powinien zgodnie z art. 10–12 Pt uzyskać wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa UKE. Treść tego wpisu musi obecnie odpowiadać nowej kwalifikacji usług polegających na dostarczaniu programów. Przedsiębiorca jest zobowiązany do podania we wniosku o wpis m.in. ogólnego opisu usługi telekomunikacyjnej, której dotyczy wnioszek. Wpisy są dokonywane z wykorzystaniem wzoru zgłoszenia określonego rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 września 2013 r. w sprawie wzorów wniosków stosowanych w rejestrach w zakresie telekomunikacji¹⁹. Część przedsiębiorców dostarczających programy oraz wykonujących również usługi transmisyjne na rzecz nadawców, do czasu zmiany kwalifikacji wskazywała w zgłoszeniu jedynie usługę transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych (pkt II.42 wzoru zgłoszenia). Usługa ta była ograniczona do czynności przesyłania sygnałów pomiędzy punktami wskazanymi przez zamawiającego. Zmiana kwalifikacji powoduje konieczność zgłoszenia również usługi rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych (pkt II 41 wzoru zgłoszenia). Pojęcie rozprowadzania nie jest definiowane w Pt, ale jest wielokrotnie użyte w tej ustawie i powinno być rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 8 urt, która w powiązaniu z definicją rozpowszechniania wyraźnie wskazuje, że jest to wtórna emisja programu do odbioru przez odbiorców.

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

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

3. Opłata telekomunikacyjna i udział w koszcie świadczenia usługi powszechnej

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

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

¹⁹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1174.

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

Drugie obciążenie finansowe przewidziane w Pt dotyczy dopłat do kosztu netto usługi powszechnej. Zgodnie z przepisem art. 97 Pt przedsiębiorcy telekomunikacyjni, których przychód z działalności telekomunikacyjnej w roku kalendarzowym, za który przysługuje dopłata do kosztu świadczenia usługi powszechnej, przekroczył 4 miliony złotych, są obowiązani do udziału w pokryciu dopłaty. Wysokość udziału danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w pokryciu dopłaty, nie wyższa niż 1% jego przychodów, ustalana jest proporcjonalnie do wysokości przychodów tego przedsiębiorcy w danym roku kalendarzowym, uzyskanych z tytułu wykonywania działalności telekomunikacyjnej, a zatem przede wszystkim ze świadczenia usług telekomunikacyjnych. Obecnie kwestia nie ma takiego znaczenia, jak w latach 2006–2011. W tym okresie na podstawie decyzji Prezesa UKE z 5 maja 2006 r.²⁰ Telekomunikacja Polska S.A. była zobowiązana do świadczenia usługi powszechnej. Wygaśnięcie obowiązku świadczenia usługi powszechnej nastąpiło w dniu 8 maja 2011 r. na skutek upływu okresu świadczenia usługi ustalonego w decyzją Prezesa UKE. Przepisy o pokrywaniu kosztu usługi powszechnej pozostają jednak w mocy, a koszty usługi powszechnej nie zostały jeszcze całkowicie rozliczone²¹.

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

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

²⁰ DRTD – WUD – 6070 – 1/06 (4).

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

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

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

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

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

VI. Podsumowanie

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

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

Bibliografia

- Farr, S. i Oakley, V. (2002). *EU Communications Law*. Bembridge: Palladian Law Publishing Ltd.
- Krasuski, A. (2008). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Mednis, A. (2013). The concept and future of universal service in telecommunications. W: S. Piątek (ed.), *Telecommunications Regulation in Poland* (s. 105–117). Warszawa: University of Warsaw, Faculty of Management Press.
- Nihoul, P. i Rodeford, P. (2004). *EU Electronics Communications Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Piątek, S. (2007). Usługa telekomunikacyjna. *Przegląd Telekomunikacyjny. Wiadomości Telekomunikacyjne*, 5, 150–157.
- Piątek, S. (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piątek, S. (2014). Świadczenie usług telekomunikacyjnych o podwyższonej opłacie. W: P. Brzeziński, Z. Czarnik, Z. Łaganowska, A. Mednis, S. Piątek, M. Rogalski, M. Wach, *Nowela listopadowa Prawa telekomunikacyjnego*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.
- Pirożek, Ł. (2015). Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(4), 73–82.
- Rogalski, M. (2014). *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*. Warszawa: Uczelnia Łazarskiego.