

ZAŁOŻENIA DO KODEKSU DOBRYCH PRAKTYK

Cel, jakim kierowali się autorzy Kodeksu Dobrych Praktyk było zapewnienie równowagi interesów stron umów licencyjnych – nadawców i reemitentów, z korzyścią dla ochrony interesów konsumentów i warunków równej konkurencji. Z uwagi na fakt, że Kodeks opracowany został przez środowisko reemitentów, zawiera on propozycje uregulowań istotne z ich punktu widzenia i ujęte w sposób najbardziej dla tego środowiska korzystny.

Ponieważ propozycje zapisów Kodeksu Dobrych Praktyk nie zostały pozytywnie przyjęte przez środowisko nadawców, którzy ocenili je jako jednostronne i zbyt restrykcyjne – powstał niniejszy dokument, w którym w miejsce formułowania konkretnych zapisów podjęto próbę opisowego przedstawienia problemów, z którymi zmagają się branża reemitentów. Autorzy dokumentu mają nadzieję, że w ten sposób pozostawione zostanie pole do dyskusji ze środowiskiem nadawców, co do metod rozwiązania tych problemów.

1. Równe warunki umów:

Pod pojęciem równych warunków umów reemitenci widzą dwa problemy.

Pierwszy jest taki, że umowy licencyjne, co do zasady tworzone przez nadawców, konstruowane są w taki sposób, że faworyzują w istotny sposób nadawcę względem reemitenta. Przejawia się to w różnych zapisach, jak choćby szerokim zakreślaniu zakresu obowiązków reemitenta, bez jednoczesnego nakładania obowiązków na nadawcę – wiele umów nie przewiduje nawet, że nadawca zobowiązuje się udostępnić sygnał programu, czy też zapewnić jego właściwą jakość. Również zapisy określające konsekwencje niewykonania obowiązków przewidują znacząco bardziej uciążliwe konsekwencje dla reemitenta niż dla nadawcy, który często nie jest obciążany żadnymi negatywnymi skutkami swoich działań czy zaniechań.

Drugą kwestią jest to, że nadawcy oferują różnym podmiotom różne warunki umów licencyjnych, faworyzując podmioty duże, o znaczącej liczbie abonentów. W ocenie reemitentów zakłóca to warunki konkurencji uniemożliwiając mniejszym dostawcom usług świadczyć je swoim klientom na warunkach cenowych zbliżonych choćby do warunków, na oferowanie których mogą sobie pozwolić duzi.

Stąd reemitenci oczekiwaliby, by umowy licencyjne zawierały zapisy bardziej wyważające interesy obu stron, oraz by nadawcy zaprzestali faworyzowania reemitentów o znaczącej pozycji rynkowej wspierając w ten sposób zachowanie równych warunków konkurencji dla wszystkich uczestników rynku.

2. Pakietyzacja programów telewizyjnych:

Problem polega na uzależnianiu przez nadawców zawarcia umowy licencyjnej na program, którym reemitent jest zobowiązany, od jednoczesnego zakupu licencji na inne programy tego nadawcy. W ten sposób reemitent, chcąc zakupić jeden program (którego np. domagają się jego klienci), zmuszony jest zawrzeć umowę także na inne programy, które często w ogóle nie są przedmiotem jego (i jego klientów) zainteresowania. Wiąże się to także z negatywnymi konsekwencjami dla klientów – którzy

ponoszą przynajmniej pewną część ciężaru finansowego związanego z takim wymuszonym nabyciem programów, których być może wcale nie chce oglądać.

Sprzedaż licencji na programy w pakietach ma także taki skutek, że cena określana jest przez nadawcę dla całego pakietu. I tu też mamy dwa potencjalne źródła problemu. Jeden jest rodzi się wówczas, gdy nadawca decyduje się zaprzestać nadawanie jednego z programów, lub dokonuje jego rebrandingu. Wówczas z pakietu „wypada” jeden bądź więcej programów. Umowy nie przewidują na takie przypadki mechanizmów obniżania cen. Tymczasem polskie prawo obliguje reemitenta do zawiadomienia wszystkich klientów o zmianach w ofercie, co powoduje konieczność poniesienia sporych wydatków. W takim przypadku klient może zrezygnować z usług reemitenta. Drugi problem jest taki, że nadawcy nie przyznają także reemitentom w takim wypadku prawa do wypowiedzenia umowy na pozostałe programy – co może prowadzić do sytuacji, że mimo iż z pakietu usunięty został program, który był jedynym powodem zakupu tego pakietu, to reemitent nadal związany jest umową licencyjną i musi płacić za programy, których nie chciał od początku. Ponadto reemitenci poprzez zakup pakietów programów, nierzadko nie mogą dowolnie decydować o zawartości swoich pakietów.

Reemitenci oczekiwali by w związku z tym, by nadawcy odstąpili od praktyki uzależniania zawarcia umowy licencyjnej na jeden program od zawarcia jej na inne programy (sprzedaż programów w pakietach), co nie miałyby w żadnym razie oznaczać możliwości ich oferowania w pakietach. Jednocześnie z punktu widzenia reemitentów zasadne byłoby określanie w umowach mechanizmu obniżania cen na wypadek zaprzestania nadawania jednego z programów zakupionych w pakiecie, oraz zastrzeżenie prawa do wypowiedzenia umowy na taki pakiet.

3. Pozycja w EPG:

Nadawcy w umowach licencyjnych narzucają reemitentom zarówno w jakim pakiecie program ma być udostępniany odbiorcom końcowym, jak i na jakiej pozycji EPG ma się znajdować. Obligowanie reemitentów do umieszczania programów w określonym pakiecie istotnie ogranicza możliwość swobodnego kształtowania oferty. Ma także przełożenie na interes odbiorcy końcowego, który może otrzymać taką tylko ofertę, która uwzględnia wymogi nadawcy, choć być może nie jest w ogóle zainteresowany danym programem, nie chce go oglądać a tym bardziej za niego płacić. Jednocześnie zachowanie wymogów w zakresie pozycji EPG narzucanych przez wszystkich nadawców jest bardzo trudne, w wielu wypadkach niemożliwe.

W tej sytuacji reemitenci oczekiwali by zapewnienia im swobody w kształtowaniu oferty kierowanej do abonentów i nienarzucania im ograniczeń co do pakietu i pozycji EPG na której znaleźć ma się program.

4. Zakres licencji:

Zapisy umów licencyjnych często określając zakres licencji wprowadzają nieuzasadnione w ocenie reemitentów ograniczenia – przykładowo: licencja uprawnia jedynie do reemisji w sieciach stanowiących własność dostawcy usług, a już nie w sieciach dzierżawionych; licencja nie daje praw do umożliwiania odbiorcom końcowym odbioru programów na urządzeniach innych niż telewizor, czy wyklucza określone funkcje (np. catch-up). Ograniczenia te często są także stosowane wybiórczo

wobec reemitentów – ten o znaczącej sile rynkowej może oferować swoim abonentom daną usługę, podczas gdy mniejszy już nie. Bardzo rzadko zdarza się, że nadawcy udzielają zgodę na reemisję w standardzie innym niż DVB i system kodowania Conax. Tymczasem w Europie powszechna jest inna technologia reemisji czyli IPTV, która dla klienta końcowego oferuje dużo więcej możliwości niż DVB. Narzucenie systemu kodowania Conax nosi znamiona niedozwolonej zмовy.

W ocenie reemitentów zasadne byłoby w związku z tym uzgodnienie z nadawcami, iż wszelkie ograniczenia licencji, będą uzasadniane i stosowane jednakowo dla wszystkich reemitentów. Jednocześnie jednak reemitenci oczekiwaliby umożliwienia dostarczania programów odbiorcom końcowym programów w IPTV oraz odbiór ich na urządzeniach innych niż telewizor.

5. Opłaty licencyjne:

Reemitenci mają świadomość, że gdy udzielenie licencji jest płatne, a wynagrodzenie liczone od ilości abonentów, to wielkość reemitenta i ilość „gniazdek”, które obsługuje wpływa na wysokość stawki wynagrodzenia oferowanej przez nadawcę. Jednakże dysproporcja pomiędzy cenami oferowanymi małym reemitentom, a tym, który mają dużą liczbę abonentów, nie powinna uniemożliwiać tym mniejszym konkurowanie z dużymi. Mniejsi operatorzy wskazują na przypadki, gdy oferta od nadawcy opiewała na kwotę wyższą niż ta, po której dany program sprzedawał duży operator swoim abonentom. Takie sytuacje mogą doprowadzić do całkowitego wykluczania małych operatorów z rynku.

Reemitenci oczywiście najchętniej widzieliby stosowanie takich samych cen wobec wszystkich. Jeśli jednak nie byłoby to możliwe, warto byłoby wprowadzić system przejrzystych upustów i możliwość tworzenia grup zakupowych, aby mniejsi operatorzy mogli łączyć swój potencjał zakupowy. Rozumiemy, że dla nadawców wygodne jest stosowanie tzw. minimów gwarantowanych (MG), zwłaszcza w przypadku bardzo małych reemitentów. Powszechna zgoda na tworzenie grup zakupowych mogłaby ograniczyć koszty administracyjne nadawców. Ważne jest poszanowanie reguł uczciwej konkurencji, aby nie doszło do niedozwolonej zмовy cenowej.

Kolejną kwestią jest określanie opłat w walucie obcej, co naraża reemitentów na negatywne konsekwencje wahań kursów walut. Wobec faktu, że umowy zawierane są w Polsce i obejmują reemisję na terytorium Polski, winna mieć zastosowanie waluta polska.

Reemitenci widzą też problem w tym, że mimo iż ceny określane są w oparciu o ilość abonentów, to niektórzy nadawcy żądają dodatkowych opłat za kolejne odbiorniki – tzw. multiroom. Wydaje się to nieuzasadnione, skoro wysokość wynagrodzenia należnego nadawcy zależy od liczby abonentów, a nie odbiorników. Reemitenci postulują wobec tego rezygnację z opłat za dodatkowe odbiorniki.

6. Sposób nadawania i jego zmiana:

Reemitenci postulują wdrożenie takiego systemu dystrybucji sygnału, by nadawcy (oprócz nadawania satelitarnego) dostarczali sygnał do jednego, wspólnego dla nadawców i reemitentów punktu (hubu), z którego będzie on odbierany przez uprawnionych (takich, którzy zawarli umowę licencyjną z nadawcą) reemitentów. Pozwoliłoby to na zachowanie lepszej jakości sygnału, a jednocześnie zapewniło

nadawcom możliwość kontroli, kto program pobiera. Dzisiaj istnieją co prawda namiastki takich hubów (np. LIM Center), jednak brak jest obiektywnego systemu autoryzacji podmiotów uprawnionych do odbioru sygnału. Efekt jest taki, że sygnał odebrany przez jednego nieuczciwego reemitenta może być multiplikowany do innych nieuprawnionych podmiotów, co prowadzi do piractwa. Stworzenie takiego hubu jest stosunkowo proste i niedrogi i może przynieść znaczące obniżki kosztów dla obu stron, ponieważ po stronie nadawców uproszczony zostanie koszt nadawania satelitarnego i dystrybucji kart kodujących, a po stronie reemitentów ograniczony będzie koszt utrzymania stacji czołowych.

Kolejną kwestią jest to, że umowy licencyjne zastrzegają dla nadawców prawo do zmiany sposobu nadawania. Reemitenci nie mają nic przeciwko takim zapisom. Jednak taka zmiana może spowodować po stronie reemitenta konieczność poniesienia wydatków związanych z dostosowaniem systemów reemitenta do odbioru sygnału programu. Prowadzi to do sytuacji, gdy nadawca całkowicie dowolnie zmieniając sposób nadawania może zmusić reemitenta do poniesienia niezaplanowanych i znaczących kosztów.

Reemitenci oczekiwaliby, że gdyby wydatki te przekroczyły ustaloną w umowie kwotę wówczas nadawca zmieniający sposób nadawania partycypowałby w wydatkach reemitenta z tego tytułu, bądź alternatywnie reemitent mógłby umowę wypowiedzieć.

7. Re-branding:

Nadawcy przewidują także w umowach licencyjnych uprawnienie do zmian nazwy, tematyki i kształtu programu. Zgodnie z takim zapisem nadawca może całkowicie dowolnie zmieniać charakter programu – przykładowo program dla małych dzieci przekształcić w program dla młodzieży, lub zamiast audycji przyrodniczych zacząć transmitować wydarzenia sportowe.

Reemitenci widzą rozwiązanie tego problemu bądź w zapewnieniu możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku, gdy taka zmiana nastąpi, bądź w określeniu w umowie mechanizmu renegotjacji wynagrodzenia.

8. Prawa autorskie:

Mimo, iż znowelizowany przepis art. 21¹ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych znosi obowiązek pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania w zakresie praw własnych nadawcy, zapisy umów licencyjnych nadal przewidują, że reemitent ma obowiązek zawrzeć umowy z organizacjami zbiorowego zarządzania, bez ograniczania zakresu tych umów. Brak jest także zapisów przewidujących, że wynagrodzenie określone umową obejmuje także wynagrodzenie za korzystanie z praw pokrewnych przysługujących nadawcom.

W opinii reemitentów, wobec obecnego brzmienia przepisów zasadne byłoby zmodyfikowanie zapisów umów w taki sposób, by zrezygnować z pośrednictwa organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w tych przypadkach, gdy zarząd ten nie jest prawem wymagany i jednocześnie zastrzec, że wynagrodzenie za korzystanie z tych praw jest już zawarte w opłacie licencyjnej.

9. Odpowiedzialność stron:

Wiele umów licencyjnych wyłącza, lub istotnie ogranicza odpowiedzialność nadawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ograniczenia te polegają między innymi na zastrzeżeniu, że za niedostarczenie sygnału nadawca odpowiada dopiero po upływie jakiegoś czasu takiej przerwy, bądź na wyłączeniu odpowiedzialności za utracone korzyści, lub też określeniu górnego progu odpowiedzialności. Jednocześnie zapisy umów nie przewidują analogicznych zastrzeżeń dla odpowiedzialności reemitenta. Warto przy tym zauważyć, że podczas gdy nadawca bierze na siebie odpowiedzialność za przerwę w nadawaniu dopiero np. po 3 dniach od jej rozpoczęcia, to reemitent odpowiada wobec swojego abonenta od pierwszej minuty przerwy.

Reemitenci widzą w związku z tym potrzebę zrównania sytuacji obu stron umowy i jeśli przewiduje ona ograniczoną odpowiedzialność nadawcy, to analogicznie powinna przewidywać ograniczoną odpowiedzialność reemitenta. Ograniczenia te jednocześnie nie powinny być nadmierne i uwzględniać fakt, że de facto za nienależyte wykonanie umowy przez nadawcę wobec abonenta odpowiada reemitent.

10. Rozwiązanie umowy licencyjnej:

W wielu przypadkach umowy licencyjne zastrzegają dla nadawcy szereg uprawnień do wypowiedzenia umowy, niemal w każdym przypadku gdy reemitent naruszy postanowienia umowy. Często też nadawcy zastrzegają sobie prawo do wypowiedzenia umowy bez uprzedniego wezwania reemitenta do zaniechania naruszeń.

Reemitenci chcieliby zastrzec równowagę uprawnień wypowiedzenia umowy – w przypadku gdy dane naruszenie uprawnia do jej wypowiedzenia przez nadawcę, analogicznie w przypadku naruszenia przez nadawcę prawo do wypowiedzenia powinien mieć reemitent. Jednocześnie zasadne wydaje się zapisanie, że skorzystanie z tego prawa w każdym przypadku poprzedzać musi wezwanie do zaniechania naruszeń.

11. Prawo , jurysdykcja, język:

Mimo, iż umowy zawierane i wykonywane są na terenie Polski, to w wielu przypadkach zdarza się, że nadawcy mający siedziby poza granicami kraju narzucają zapisy, że do umów zastosowanie ma prawo inne niż polskie, a ewentualne spory pomiędzy stronami rozstrzygane będą przez sądy innych krajów. Zdarza się też, że umowy formułowane są w dwóch językach – polskim i obcym i zastrzega się w nich, że w razie rozbieżności w wersjach językowych rozstrzyga wersja obcojęzyczna.

Reemitenci nie znajdują uzasadnienia dla takich sytuacji – wydaje się oczywiste, że umowa zawierana i wykonywana na Polsce winna podlegać prawu polskiemu i jurysdykcji sądów polskich, a także być zawierana w języku polskim. Taki też postulat składają.