OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ANTONIA TIZZANA
przedstawiona w dniu 10 marca 2005 r. [1]

1. Postanowieniem z dnia 18 lutego 2004 r. Raad van State (Niderlandy) zwrócił się do Trybunału na podstawie art. 234 WE z trzema pytaniami prejudycjalnymi w kwestii wykładni dyrektywy Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej [2] (zwanej dalej „dyrektywą 89/552") oraz dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego [3], zmienionej dyrektywą 98/48/WE [4] (zwanej dalej „dyrektywą 98/34").

2. Sąd krajowy wnosi w istocie o wyjaśnienie, czy oferowanie przez nadawcę filmów zakodowanych i nadawanych zgodnie z uprzednio ustalonymi godzinami, które mogą być odbierane przez klientów za pomocą indywidualnego kodu dostępu przesyłanego po uiszczeniu przewidzianej opłaty, stanowi „nadawanie programów telewizyjnych" w rozumieniu dyrektywy 89/552, czy „usługę społeczeństwa informacyjnego" w rozumieniu dyrektywy 98/34.

I — Ramy prawne

A — *Przepisy wspólnotowe*

3. W niniejszym przypadku istotny jest przede wszystkim art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552, zgodnie z którym „nadawanie programów telewizyjnych" oznacza:

„pierwotną emisję przewodową lub bezprzewodową, w tym także transmisję satelitarną, w formie kodowanej bądź niekodowanej, programów telewizyjnych przeznaczonych do powszechnego odbioru [...]. Termin ten nie obejmuje usług komunikacyjnych zajmu-

1 — Język oryginału: włoski.

2 — Dz.U. L 298, str. 23.

3 — Dz.U. L 204, str. 37.

4 — Dyrektywa 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. zmieniająca dyrektywę 98/34/WE ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz.U. L 217, str. 18).

jących się dostarczaniem informacji lub innych treści na indywidualne zapotrzebowanie, takich jak: usługi telefaksowe, elektroniczne banki danych oraz inne podobne usługi".

normalnie świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług.

4. Istotny jest również art. 4 ust. 1 wskazanej dyrektywy, który stanowi, że państwa członkowskie „zapewnią, wtedy gdy jest to możliwe do zrealizowania i za pomocą odpowiednich środków, aby nadawcy telewizyjni zarezerwowali utworom [produkcjom] europejskim [...] większość łącznego czasu nadawania programu [...]".

Do celów niniejszej definicji:

— »na odległość« oznacza usługę świadczoną bez równoczesnej obecności stron,

5. W zakresie dotyczącym niniejszej sprawy należy również przywołać art. 1 dyrektywy 98/34, zmienionej dyrektywą 98/48, zgodnie z którym:

— »drogą elektroniczną« oznacza, iż usługa jest przesyłana pierwotnie i otrzymywana w miejscu przeznaczenia za pomocą sprzętu elektronicznego do przetwarzania (włącznie z kompresją cyfrową) oraz przechowywania danych, i która jest całkowicie przesyłana, kierowana i otrzymywana za pomocą kabla, odbiornika radiowego, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych,

„Do celów niniejszej dyrektywy stosuje się poniższe terminy:

[...]

— »na indywidualne żądanie odbiorcy usług« oznacza, że usługa świadczona jest poprzez przesyłanie danych na indywidualne żądanie.

2. »usługa«, każda usługa społeczeństwa informacyjnego, to znaczy każda usługa

Orientacyjny wykaz usług nieobjętych niniejszą definicją został określony w załączniku V.

Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do:

— usług radiowej emisji dźwięku,

— usług telewizyjnych, określonych w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG".

6. W pkt 3 załącznika V wymienione są następujące usługi:

„3. Usługi, które nie są świadczone »na indywidualne żądanie odbiorcy usług«

Usługi świadczone w formie przesyłania danych bez indywidualnego zamówienia i przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów):

a) usługi transmisji telewizyjnej (włącznie z usługami systemu nadawania audycji na żądanie), określonych w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG;

b) usługi przesyłania sygnału radiowego;

c) teletekst (telewizyjny)".

B — *Uregulowania krajowe*

7. W Niderlandach dostarczanie programów radiowych i telewizyjnych zostało uregulowane w Mediawet (państwowej ustawie o mediach) [5].

8. Zgodnie z art. 71a ust. 1 Mediawet komercyjny nadawca telewizyjny jest upo-

5 — Niderlandzka ustawa z dnia 21 kwietnia 1987 r. w sprawie dostarczania programów radiowych i telewizyjnych, opłat radiowo-telewizyjnych oraz pomocy dla organów prasowych (Staatsblad z dnia 4 czerwca 1987 r., nr 249).

ważniony do emitowania lub dopuszczenia do emisji przygotowanego programu wyłącznie po uzyskaniu zezwolenia Commissariaat voor de Media (instytutu nadzoru nad sektorem radiowo-telewizyjnym, zwanego dalej „Commissariaat").

II — Stan faktyczny i przebieg postępowania

9. Od końca 1999 r. Mediakabel oferuje swoim abonentom możliwość odbierania szeregu programów telewizyjnych jako uzupełnienie programów innych nadawców (usługa zwana „Mr Zapp"). Usługa ta polega na zamawianiu przez abonenta jednego lub kilku filmów z listy wyświetlanej na ekranie telewizyjnym lub w przewodniku po programach telewizyjnych (usługa zwana „Filmtime").

10. Filmy w ramach usługi Filmtime są przesyłane równolegle do wszystkich abonentów w uprzednio ustalonych przez Mediakabel godzinach, ale w zakodowanej postaci. Abonent informuje przy użyciu środków komunikacji na odległość lub telefonicznie, jaki film chciałby obejrzeć w dostępnych godzinach, a po uiszczeniu przewidzianej opłaty otrzymuje indywidualny kod do dekodowania obrazu telewizyjnego.

11. W decyzji z dnia 15 marca 2001 r. Commissariaat poinformował Mediakabel, że usługa Filmtime została uznana za program telewizyjny, który musi uzyskać zezwolenie na podstawie art. 71a ust. 1 Mediawet.

12. Ponieważ skarga na tę decyzję została oddalona, Mediakabel, która zresztą w międzyczasie uzyskała wymagane zezwolenie, wniosła do Rechtbank te Rotterdam (sądu w Roterdamie) skargę na dokonaną przez Commissariaat kwalifikację świadczonej przez nią usługi.

13. Skarga ta również została oddalona. Mediakabel wniosła zatem odwołanie do Raad van State, stwierdzając, że usługa Filmtime nie powinna zostać zakwalifikowana jako „nadawanie programów telewizyjnych", które wymaga zezwolenia i podlega obowiązkowi zachowania w programie odpowiedniego udziału produkcji europejskich, ale raczej jako „usługa społeczeństwa informacyjnego", tak jak „usługi systemu nadawania audycji na żądanie", która nie podlega wymienionym wymogom.

14. Sąd odwoławczy, mając wątpliwości co do prawidłowej kwalifikacji rzeczonej usługi,

postanowił zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1 a) Czy pojęcie »nadawania programów telewizyjnych« w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono nie »usługę społeczeństwa informacyjnego«, określoną w art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE, zmienionej dyrektywą 98/48/WE, lecz przeciwnie, usługi opisane w orientacyjnym wykazie zawartym w załączniku V do dyrektywy 98/34/WE i dotyczącym usług nieobjętych przepisami art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34/WE, a w szczególności usługi opisane w pkt 3 wspomnianego wykazu, który wymienia usługi systemu nadawania audycji na żądanie, niebędące »usługami społeczeństwa informacyjnego«?

b) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze lit. a) — w jaki sposób należy dokonać rozróżnienia między pojęciem »nadawania programów telewizyjnych« w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG i wymienionym w tym samym artykule pojęciem »usług komunikacyjnych polegających na dostarczaniu informacji na indywidualne zapotrzebowanie [żądanie]«?

2 a) Na podstawie jakich kryteriów można rozstrzygnąć kwestię, czy usługa tego rodzaju jak sporna usługa, w której zakodowane sygnały filmów wybranych przez dostawcę usługi są nadawane w sieci, mogą być, po uiszczeniu opłaty oddzielnie za każdy film, dekodowane przez abonentów za pomocą kodu dostępu przesyłanego na indywidualne żądanie przez dostawcę usługi i oglądane w różnych godzinach przez niego ustalonych; usługa wykazująca cechy właściwe (indywidualnej) usłudze społeczeństwa informacyjnego i jednocześnie cechy usługi telewizyjnej, jest usługą telewizyjną, czy usługą społeczeństwa informacyjnego?

b) Czy należy uznać za właściwy punkt widzenia abonenta, czy dostawcy usług? Czy usługi konkurencyjne względem spornej usługi mają w tym zakresie znaczenie?

3) Czy w niniejszym przypadku należy przywiązywać wagę do faktu, że:

— z jednej strony, zakwalifikowanie spornej usługi jako »usługi społeczeństwa informacyjnego« nieobjętej dyrektywą 89/552/EWG może pozbawić tę dyrektywę skuteczności, w szczególności z uwagi na cel nałożonego przez nią

obowiązku poświęcenia określonego odsetka czasu antenowego produkcjom europejskim, przy uwzględnieniu, że

— z drugiej strony jeżeli znajduje zastosowanie dyrektywa 89/552/EWG, wprowadzony przez nią obowiązek przeznaczenia określonego odsetka czasu antenowego produkcjom europejskim traci sens, skoro abonenci uiszczają opłatę za konkretny film i mogą oglądać wyłącznie film, za który uiścili opłatę?

15. W ramach wszczętego postępowania Mediakabel Commissariaat, rządy niderlandzki, belgijski, francuski i Zjednoczonego Królestwa, a także Komisja przedłożyli uwagi na piśmie.

16. Mediakabel, Commissariaat, rząd niderlandzki i Komisja przedstawili następnie swoje stanowiska podczas rozprawy w dniu 20 stycznia 2005 r.

III — Analiza prawna

Wstęp

17. Jak wiadomo, wskutek szybkiego postępu technologicznego ostatnich kilku lat powstało bardzo wiele usług świadczonych przez telewizję.

18. Tradycyjne usługi telewizyjne zostały uzupełnione przez usługi typu „pay-TV", „pay-per-view", „video-on-demand" i „near-video-on-demand", które w odróżnieniu od wcześniejszych gwarantują odbiorcom większa elastyczność w korzystaniu z produktu.

19. W przypadku usługi „pay-TV" produkt jest umieszczony w opracowanej przez nadawcę tabeli programów, które odbiorca może w całości nabyć; podobnie jest w przypadku usługi „pay-per-view", z tą różnicą, że odbiorca może obejrzeć i zapłacić tylko za jeden produkt. Większą elastyczność gwarantuje usługa „near-video-on-demand" (usługa systemu nadawania audycji na żądanie), gdzie pojedynczy produkt jest nadawany wielokrotnie w krótkich odstępach czasu, a w jeszcze większym stopniu odnosi się to do usługi „video-on-demand" (audycja na żądanie), gdzie odbiorca wybierając z elektronicznego katalogu samodzielnie decyduje o tym, jaki program i kiedy chce obejrzeć.

20. Do tych nowych usług należy dodać interaktywne świadczenie usług „on-line" przesyłane poprzez terminal telewizyjny (tzw. telewizja interaktywna), takie jak teleusługi bankowe („home banking"), telezakupy („home shopping"), oferty biur podróży, pobieranie gier oraz nauczanie przez internet.

21. W tym kontekście sąd niderlandzki postawił pytanie, które dotyczy konkretnej usługi (usługi systemu nadawania audycji na żądanie) wyraźnie przewidzianej w dyrektywie 98/34, w której zajmuje ona ściśle określone miejsce. W związku z tym, analizując pytania prejudycjalne, należy odwoływać się w szczególności do tej dyrektywy i zestawić ją, w razie potrzeby, z wcześniejszą dyrektywą 89/552.

A — *Kwalifikacja usług systemu nadawania audycji na żądanie [pytanie pierwsze lit. a)]*

22. W pytaniu pierwszym lit. a) sąd niderlandzki zmierza do ustalenia, czy usługi systemu nadawania audycji na żądanie wchodzą w zakres pojęcia „nadawania programów telewizyjnych", czy też „usług społeczeństwa informacyjnego".

23. Tymczasem wydaje się, jak twierdzą również uczestniczące w postępowaniu rządy oraz Komisja, że odpowiedź na to pytanie wynika jasno i bezpośrednio z treści dyrektywy 98/34.

24. Jak wspomniano powyżej, dyrektywa w art. 1 pkt 2 akapit pierwszy definiuje „usługę społeczeństwa informacyjnego" jako każdą usługę „normalnie świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług", przewidując wyraźnie w akapicie czwartym tego przepisu, że definicja ta nie ma zastosowania do „usług telewizyjnych, określonych w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG".

25. Następnie w załączniku V pkt 3 lit. a) dyrektywy 98/34, po powtórnym stwierdzeniu, że przytoczona definicja nie dotyczy usług „transmisji telewizyjnej określonych w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552/EWG", przepis ten wyraźnie stanowi, że pojęcie to „obejmuje" usługi „systemu nadawania audycji na żądanie".

26. Bez konieczności dokonywania dalszej analizy, na podstawie jednoznacznego brzmienia powołanych przepisów można zatem wywnioskować, że zgodnie z załącznikiem V pkt 3 lit. a) dyrektywy 98/34, usługi systemu nadawania audycji na żądanie mieszczą się w pojęciu „nadawanie programów telewizyjnych" określonym w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552. Z kolei usługi telewizyjne nie są objęte definicją „usługi społeczeństwa informacyjnego" zawartą w art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34.

27. Taki wniosek, jak zauważył również rząd Zjednoczonego Królestwa, wydaje się sam w sobie wystarczający do wydania orzeczenia w postępowaniu przed sądem krajowym, to znaczy rozstrzygnięcia, czy objęcie usługi Filmtime procedurą zezwolenia przez Commissariaat było zgodne z prawem.

28. Sam sąd krajowy przypomniał w swoim postanowieniu, że usługa ta należy właśnie do kategorii systemu nadawania audycji na żądanie [6], to znaczy, jak wspomniałem powyżej, kategorii, którą dyrektywa 98/34 łączy z pojęciem „nadawania programów telewizyjnych". Na taki rodzaj emisji ustawa niderlandzka nakłada obowiązek uzyskania zezwolenia wskazanego przez Commissariaat.

6 — Zobacz postanowienie odsyłające, pkt 2.2.

29. Jednakże w trakcie rozprawy Mediakabel podniosła wstępny w pewnym sensie zarzut, dotyczący kwalifikacji usługi Filmtime. Zakwestionowała ona bowiem, by usługa ta mogła faktycznie zostać określona jako usługa systemu nadawania audycji na żądanie.

30. W związku z tym należy stwierdzić, że analizowane dyrektywy nie zawierają żadnej definicji usług systemu nadawania audycji na żądanie ani, w bardziej ogólny sposób, poszczególnych usług w ramach usług telewizyjnych, a kwalifikacja tej usługi jest również sporna w doktrynie. Uważam, że w celu udzielenia pełniejszej, a zarazem właściwszej w tym kontekście odpowiedzi na zarzut podniesiony przez Mediakabel, niezbędne jest ustalenie kryterium rozróżniającego „nadawanie programów telewizyjnych" od „usług społeczeństwa informacyjnego", aby następnie w świetle tego kryterium móc stwierdzić, czy usługa taka jak Filmtime wchodzi w zakres jednego czy drugiego pojęcia.

31. Podejście to przynosi dodatkową korzyść, ponieważ odsyła do innych pytań zawartych w postanowieniu odsyłającym, które należy w związku z tym rozważyć.

Rozróżnienie pomiędzy usługami „telewizyjnymi" a „usługami społeczeństwa informacyjnego" [pytanie drugie lit. a)]

32. W pytaniu drugim lit. a), które w istocie pokrywa się z pytaniem pierwszym lit. b), co zwalnia z udzielenia na nie odrębnej odpowiedzi, sąd krajowy wyraźnie zwraca się do Trybunału o wskazanie kryterium, które pozwoli ustalić, czy usługa przekazu telewizyjnego, taka jak rozpatrywana w niniejszym przypadku, stanowi „nadawanie programów telewizyjnych" w rozumieniu dyrektywy 89/552 czy „usługę społeczeństwa informacyjnego" w rozumieniu dyrektywy 98/34.

33. Jeżeli chodzi o tę ostatnią dyrektywę, decydującym elementem zdaniem Mediakabel jest możliwość otrzymania produktu na „indywidualne żądanie" odbiorcy. Innymi słowy, jeżeli odbiorca może żądać od świadczącego usługi emisji wybranego filmu, świadczona jest „usługa społeczeństwa informacyjnego", jeżeli natomiast nie ma takiej możliwości, można mówić o „nadawaniu programów telewizyjnych".

34. Ponadto poza możliwością indywidualnego żądania Mediakabel przywołuje jeszcze inne przydatne do identyfikacji „usług społeczeństwa informacyjnego" wskazówki, które wynikają z faktu, że świadczący usługi przewiduje systemy dekodowania obrazu, a także sposoby dokonywania płatności umożliwiające odbiorcy oglądanie i płacenie tylko za żądane filmy.

35. Na tej podstawie Mediakabel kwalifikuje Filmtime jako „usługę społeczeństwa informacyjnego". W jego opinii bowiem konkretne filmy oferowane w ramach takiej usługi, nawet jeżeli są transmitowane do wszystkich abonentów, mogą być oglądane tylko przez tych, którzy złożyli specjalne zamówienie i którym po uiszczeniu przewidzianej opłaty przekazano kod do dekodowania.

36. Uważam jednak, że przyjęcie takiego rozwiązania nie jest możliwe. Moim zdaniem wynika ono w istocie z przywiązywania nadmiernej wagi do elementów nieistotnych dla rozważanej kwalifikacji (systemy kodowania oraz sposoby płatności), a jednocześnie opiera się na mylnej interpretacji pojęcia „indywidualnego żądania" w odniesieniu do usług telewizyjnych określonych w dyrektywie 98/34.

37. Na poparcie powyższego twierdzenia należy najpierw przypomnieć odpowiednie definicje:

— zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552 „nadawanie programów telewizyjnych" oznacza „pierwotną emisję przewodową lub bezprzewodową, w tym także transmisję satelitarną, w formie *kodowanej bądź niekodowanej*, programów telewizyjnych *przeznaczonych do powszechnego odbioru*";

— zgodnie z art. 1 pkt 2 akapit pierwszy dyrektywy 98/34 „usługa społeczeństwa informacyjnego" oznacza natomiast „każdą usługę *normalnie* świadczoną za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i *na indywidualne żądanie* odbiorcy usług" [7].

38. Pojęcie „indywidualnego żądania" jest z kolei szczegółowo określone w art. 1 pkt 2 akapit drugi i w załączniku V pkt 3.

39. Zgodnie z pierwszym wskazanym przepisem pojęcie to obejmuje „usługi świadczone poprzez *przesyłanie danych na indywidualne żądanie*". Z kolei drugi przepis wyklucza z omawianego pojęcia usługi transmisji telewizyjnej (włącznie z usługami systemu nadawania audycji na żądanie), „świadczone w formie *przesyłania danych bez indywidualnego zamówienia* i przeznaczone do *równoczesnego odbioru* przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów)" [8].

40. Jak zauważyły uczestniczące w postępowaniu rządy, z analizy tych przepisów wynika przede wszystkim, że w celu rozróżnienia między „nadawaniem programów telewizyjnych" a „usługami społeczeństwa informacyjnego", nie można opierać się na *formie kodowanej bądź niekodowanej* przekazywanych obrazów, ponieważ zgodnie z dyrektywą 89/552 forma ta pozostaje bez wpływu na dokonywane rozróżnienie. Nie można również opierać się na sposobie dokonywania opłat za oferowane usługi, ponieważ z uwagi na brak stosownych uregulowań w cytowanych przepisach, takie opłaty mogą być dokonywane na rozmaite sposoby, a w przypadku usług społeczeństwa informacyjnego wyjątkowo może ich w ogóle nie być.

41. Powyższe dwa elementy są zatem w tej sytuacji bez znaczenia. Z kolei decydujące wydaje się ustalenie, w jakim przypadku przekaz telewizyjny może zostać uznany za

7 — Moje podkreślenie.

8 — Moje podkreślenie.

przeznaczony do „powszechnego odbioru" lub świadczony na „indywidualne żądanie".

42. Jak przypomniała również Komisja, z jednoczesnej analizy przepisów cytowanych w pkt 37 wynika, że chodzi o usługę „telewizyjną", a nie „usługę społeczeństwa informacyjnego", w sytuacji gdy przekaz telewizyjny jest przeznaczony właśnie do „powszechnego odbioru", to znaczy, stosując ścisłą terminologię dyrektywy 98/34, rzeczone dane nie są przesyłane do pojedynczego odbiorcy, który zamówił usługę (transmisja z punktu do punktu), ale są przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów).

43. W świetle powyższego kryterium rozróżniającego rozważana w tym przypadku usługa, która według sądu krajowego, co zresztą potwierdza Mediakabel, zakłada równoczesną transmisję filmów — także w zakodowanej formie — do wszystkich abonentów, powinna zasadniczo zostać uznana za „nadawanie programów telewizyjnych".

44. Mając to na względzie, sąd krajowy, który dysponuje pełniejszą znajomością wszystkich okoliczności faktycznych sprawy, powinien następnie dokonać kwalifikacji niniejszego przypadku.

45. Proponuję zatem, aby w tej kwestii udzielić odpowiedzi, zgodnie z którą usługa, w której przekazywane dane audiowizualne są przeznaczone do „powszechnego odbioru", to znaczy nie są przesyłane do pojedynczego odbiorcy, który zamówił usługę (transmisja z punktu do punktu), ale są przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów), stanowi „nadawanie programów telewizyjnych" w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552, a nie „usługę społeczeństwa informacyjnego" w rozumieniu art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34.

Elementy, które należy uwzględnić przy kwalifikacji usługi przekazu telewizyjnego (pytanie drugie lit. b) i pytanie trzecie)

46. W pytaniu drugim lit. b) i pytaniu trzecim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd niderlandzki zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy w celu dokonania kwalifikacji usługi przekazu telewizyjnego za właściwy należy uznać punkt widzenia odbiorcy czy dostawcy usług, czy należy uwzględnić usługi konkurencyjne względem spornej usługi oraz czy należy wziąć pod uwagę fakt, że wprowadzony przez dyrektywę 89/552 obowiązek przeznaczenia określonego odsetka czasu antenowego produkcjom europejskim nie może znaleźć zastosowania w stosunku do usługi, w której odbiorca wybiera i uiszcza opłatę za proponowany film.

47. Mediakabel zauważa, że świadczona przez nią usługa oraz usługa systemu nadawania audycji na żądanie, która jest przekazywana metodą z punktu do punktu, a więc należy do „usług społeczeństwa informacyjnego", mają podobne cechy i w pewnym zakresie mogłyby się wzajemnie zastępować. W istocie obie usługi pozwalają klientowi wybrać proponowany film. Powinny zatem zostać zaklasyfikowane w ten sam sposób i podlegać tym samym obowiązkom. W tym zakresie Mediakabel utrzymuje, że mogła ona również dokonywać transmisji filmów z katalogu Filmtime metodą z punktu do punktu, lecz zrezygnowała z tego ze względu na nadmierne koszty, jakich wymaga ta technika.

48. Mediakabel dodaje, że zakwalifikowanie świadczonej przez nią usługi jako „nadawania programów telewizyjnych" oraz wynikający z tego obowiązek zachowania odpowiedniego udziału produkcji europejskich traci sens, skoro to odbiorca wybiera film i to on decyduje, czy chce bądź nie obejrzeć produkcję europejską.

49. Moim zdaniem stanowisko to jest nie do przyjęcia.

50. W istocie, jak wspomniano powyżej (pkt 42), aby ustalić, czy dana usługa należy do „usług społeczeństwa informacyjnego" czy stanowi „nadawanie programów telewizyjnych", należy sprawdzić, czy przekaz telewizyjny jest przesyłany do pojedynczego odbiorcy, który zamówił usługę (transmisja z punktu do punktu), czy też jest przeznaczony do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów).

51. W tym celu, jak podkreślają rządy niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja, należy dokonać obiektywnej oceny opartej w głównej mierze na kryterium technicznym, które jest nierozerwalnie związane ze sposobem transmisji przekazu telewizyjnego.

52. Prowadzi to do wykluczenia sytuacji, w której kwalifikacja usługi może być różna w zależności od indywidualnego punktu widzenia osoby jej dokonującej — usługodawcy lub odbiorcy usługi. W jeszcze mniejszym stopniu kwalifikacja powinna być uzależniona od ewentualnych ujemnych skutków w zakresie konkurencji, mogących wynikać z wprowadzenia transmisji z punktu do wielu punktów (która jest zresztą tańsza, a więc korzystniejsza pod innymi względami).

53. W szczególności nie wydaje się, aby można było uniknąć obiektywnej oceny

powołując się na potencjalną szkodę wynikającą ze stosowania art. 4 ust. 1 dyrektywy 89/552, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia „wtedy gdy jest to możliwe do zrealizowania i za pomocą odpowiednich środków", aby nadawcy telewizyjni zarezerwowali produkcjom europejskim większość łącznego czasu nadawania programu.

54. W przeciwieństwie do tego, co zdają się twierdzić sąd krajowy i Mediakabel, wymóg ten znajduje również zastosowanie do usług takich jak Filmtime, w których odbiorca wybiera i płaci za proponowany film.

55. Jak w istocie podkreślają rządy francuski, Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja, art. 4 ust. 1 nakłada na *nadawców telewizyjnych obowiązektransmitowania* produkcji europejskich przez większą część czasu nadawania programu; widzowie nie są jednak zmuszeni do wyboru tych produkcji. Nadawcy, tacy jak Mediakabel, mogą zatem być zobowiązani do umieszczenia w programie i przekazywania — także w formie zakodowanej — produkcji europejskich, natomiast abonenci mają oczywiście wolny wybór w zakresie programów, które chcą oglądać i za które chcą płacić.

56. Ponadto, jak wspomniałem powyżej, państwa członkowskie powinny zapewnić przestrzeganie wskazanego obowiązku tylko wtedy, „gdy jest to możliwe" i wyłącznie za pomocą „odpowiednich środków".

57. Moim zdaniem oznacza to, że obowiązek ten nie znajduje zastosowania w każdych okolicznościach, a z pewnością nie w przypadku, w którym jego wypełnienie spowodowałoby, że określone usługi stałyby się *nieopłacalne* ekonomicznie. Ponadto powinien on być dostosowywany i stopniowany w zależności od szczególnych warunków świadczenia usługi oraz korzyści czerpanych z nadawania programów telewizyjnych przy zastosowaniu, w razie potrzeby, zwolnień częściowych lub czasowych [9].

58. W końcu, jak podkreślił rząd Zjednoczonego Królestwa, obowiązek ten jest nałożony na wszystkie usługi telewizyjne włącznie z tymi, w ramach których odbiorca wybiera proponowane filmy, ale powinien znaleźć zastosowanie tylko w sytuacji, gdy nie pociąga za sobą nadmiernych trudności dla nadawców.

59. W związku z powyższym uważam, że w omawianej kwestii można stwierdzić, że zakwalifikowanie usługi jako „nadawanie

9 — W trakcie rozprawy Commissariaat oświadczył, że prawo niderlandzkie przewiduje możliwość stopniowego stosowania obowiązku ustanowionego w art. 4 dyrektywy 89/552, przyznając w niektórych przypadkach zwolnienia częściowe lub czasowe.

programów telewizyjnych" w rozumieniu dyrektywy 89/552 lub jako „usługi społeczeństwa informacyjnego" w rozumieniu dyrektywy 98/34 nie zależy od subiektywnego punktu widzenia usługodawcy lub odbiorcy usługi ani od ewentualnych ujemnych skutków w zakresie konkurencji, wynikających z wyboru techniki transmisji obrazów.

60. Przewidziany w art. 4 ust. 1 dyrektywy 89/552 obowiązek zapewnienia produkcjom europejskim większości łącznego czasu nadawania programu dotyczy również usług telewizyjnych, w których to odbiorca wybiera i płaci za proponowany film, wtedy gdy jest to możliwe do zrealizowania i za pomocą odpowiednich środków.

IV — Wnioski

61. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne przedłożone mu przez Raad van State:

„1. Zgodnie z załącznikiem V pkt 3 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r., usługi systemu nadawania audycji na żądanie mieszczą się w pojęciu »nadawanie programów telewizyjnych« określonym w art. 1 lit. a) dyrektywy Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej.

Usługi »nadawania programów telewizyjnych« określone w art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552 nie są objęte definicją »usługi społeczeństwa informacyjnego« zawartą w art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34, zmienionej dyrektywą 98/34.

2a. Usługa stanowi »nadawanie programów telewizyjnych« w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 89/552, a nie »usługę społeczeństwa informacyjnego« w rozumieniu art. 1 pkt 2 dyrektywy 98/34, zmienionej dyrektywą 98/48, gdy dane audiowizualne przeznaczone są do powszechnego odbioru, to znaczy nie są przesyłane do pojedynczego odbiorcy, który zamówił usługę (transmisja z punktu do punktu), ale są przeznaczone do równoczesnego odbioru przez nieograniczoną liczbę odbiorców (transmisja z punktu do wielu punktów).

2b. Kwalifikacja usługi jako »nadawanie programów telewizyjnych« w rozumieniu dyrektywy 89/552 lub jako »usługi społeczeństwa informacyjnego« w rozumieniu dyrektywy 98/34, zmienionej dyrektywą 98/48, nie zależy od subiektywnego punktu widzenia usługodawcy czy odbiorcy usługi ani od ewentualnych ujemnych skutków w zakresie konkurencji, wynikających z wyboru techniki transmisji obrazów.

3. Przewidziany w art. 4 ust. 1 dyrektywy 89/552 obowiązek zapewnienia produkcjom europejskim większości łącznego czasu nadawania programu dotyczy również usług telewizyjnych, w których to odbiorca wybiera i płaci za proponowany film, wtedy gdy jest to możliwe do zrealizowania i za pomocą odpowiednich środków".