

Decyzja Nr 48/2020
Dyrektora Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej
z dnia 20 listopada 2020 r.
w sprawie interpretacji indywidualnej

Na podstawie art. 34 ust. 5, ust. 12 i ust. 16 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz.1292, z późn.zm.) w związku z art. 19 ust. 6a i 6c ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz.U. z 2019 r. poz. 2199, z późn.zm.), dalej określanej jako „u.k.”, oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256, z późn.zm., dalej określanej jako „k.p.a.”),

po rozpatrzeniu wniosku z dnia 14 października 2020 r. (data wpływu 21 października 2020 r., dalej określanego jako „wniosek”, (...) z siedzibą w (...) wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w (...) pod nr (...) Nr identyfikacji podatkowej (...) REGON: (...) która to Spółka jest dalej określana jako „Wnioskodawca”, reprezentowanej przez(...)

Dyrektor Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej

udziela interpretacji indywidualnej w sprawie pytań Nr 1-5 zawartych we wniosku

UZASADNIENIE

Ustawą z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań ostonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. 2020 poz. 875) zmieniona została u.k.

Zgodnie z nowym przepisem art. 19 ust. 6a tej ustawy, podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie dokonuje wpłaty na rzecz Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej (dalej określanego także jako „Instytut”) w wysokości 1,5% przychodu uzyskanego z tytułu opłat za dostęp do udostępnianych publicznie audiowizualnych usług medialnych na żądanie albo przychodu uzyskanego z tytułu emisji przekazów handlowych, jeżeli ten przychód w danym okresie rozliczeniowym jest wyższy.

Stosownie do art. 6 c ustawy obowiązek, o którym mowa w ust. 6a nie ma zastosowania do podmiotu dostarczającego audiowizualną usługę medialną na żądanie:

- 1) będącego mikroprzedsiębiorcą w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424) lub
- 2) którego liczba użytkowników wszystkich udostępnianych publicznie przez niego audiowizualnych usług medialnych na żądanie w roku poprzedzającym rok, w którym jest ustalany obowiązek wpłaty na rzecz Instytutu, nie przekroczyła 1% abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu; liczbę użytkowników usług

transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu określa się na podstawie danych z inwentaryzacji, o której mowa w art. 29 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2410 oraz z 2020 r. poz. 471).

W/w nowelizacja weszła w życie z dniem 1 lipca 2020 r.

Pismem z dnia 14 października 2020 r., działając na podstawie art. 34 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz.1292, z późn.zm.) i przedstawiając zaistniały stan faktyczny, Wnioskodawca wystąpił do Instytutu z wnioskiem o udzielenie interpretacji przedstawiając następujące stany faktyczne i stanowiska własne:

Wnioskodawca przedstawił następujący stan faktyczny:

W ramach prowadzonej działalności Wnioskodawca świadczy usługę VOD jako usługę dodatkową do świadczonych przez Wnioskodawcę usług rozprowadzania drogą kablową programów radiowych i telewizyjnych lub usług dostępu do sieci internet (usługa VOD). Usługa ta polega na udostępnieniu użytkownikowi, w wybranym przez niego momencie, na czas określony przez Wnioskodawcę, zamówionego przez użytkownika utworu audiowizualnego znajdującego się w udostępnionym użytkownikowi przez Wnioskodawcę katalogu.

W ramach usługi VOD, utwór audiowizualny może zostać udostępniony:

- indywidualnie – po złożeniu przez użytkownika za pomocą dekodera przy użyciu kodu PIN zamówienia na udostępnienie pojedynczego utworu w zamian za opłatę za ten pojedynczy utwór,
- w ramach zestawu utworów – po złożeniu przez użytkownika za pomocą dekodera przy użyciu PIN zamówienia na udostępnienie zestawu utworów w zamian za opłatę za ten zestaw utworów,
- w ramach pakietu VOD, t.j. okresowo aktualizowanego zbioru utworów, udostępnianego użytkownikowi na jego zamówienie w całym okresie rozliczeniowym w zamian za opłatę abonamentową (tzw. usługa sVOD).

Wnioskodawca oferuje również dostęp do usługi sVOD bez dodatkowych opłat, t.j. jako bonus do wybranego przez abonenta programu telewizyjnego lub pakietu programów telewizyjnych.

Ponadto Wnioskodawca świadczy tzw. „usługę FVOD (Free VOD) polegającą na oferowaniu abonentom dostępu do katalogu darmowych utworów audiowizualnych. W celu uzyskania dostępu do tego rodzaju usług, użytkownik nie składa zamówienia ani nie uiszcza opłat z tytułu dostępu.

W ramach wykupionych przez użytkownika odpowiednich pakietów Wnioskodawca oferuje abonentom możliwość korzystania z następujących funkcjonalności dotyczących rozpowszechnianych programów telewizyjnych:

- „Catch up” – umożliwiającej odtworzenie wybranego programu telewizyjnego, który został już wyemitowany, do 7 dni wstecz,
- „Od początku” – pozwalającej włączyć trwający program telewizyjny od początku,

- „ Nagrywania” – umożliwiającej nagrywanie (na serwerze Wnioskodawcy) i późniejsze odtwarzanie programów telewizyjnych.

Powyższe funkcjonalności nie są co do zasady dodatkowo płatne. Jedynie udostępnienie użytkownikowi dodatkowej przestrzeni nagrań lub wydłużenie czasu przechowywania nagrań w stosunku do standardowej funkcjonalności „nagrywania” podlega opłacie określonej w cenniku.

Wnioskodawca świadczy również usługę pay-per-view, jako usługę dodatkową polegającą na udostępnieniu użytkownikowi w czasie rzeczywistym (na żywo) zamówionej przez użytkownika audycji, co z reguły dotyczy gali sportów walki.

W ramach usług dodatkowych, dostępnych przy zakupie określonego pakietu, Wnioskodawca oferuje swoim użytkownikom możliwość skorzystania z serwisów HBO OD oraz HBO GO.

W ramach usługi HBO GO abonent uzyskuje dostęp do katalogu utworów audiowizualnych, udostępnianych abonentowi na jego zamówienie w całym okresie rozliczeniowym, w zamian za uiszczaną Wnioskodawcy opłatą abonamentową. Wnioskodawca wskazał przy tym, że HBO Europe jest wyłącznym właścicielem praw do usług HBO GO. HBO Europe jest dostawcą audiowizualnych usług medialnych – HBO GO, podlegającym przepisom obowiązującym w Republice Czeskiej, a nadzór nad usługami HBO GO sprawuje czeska Rada Radiofonii i Telewizji i w celu skorzystania z usług HBO GO po raz pierwszy wymagana jest rejestracja abonenta na stronie HBO GO. Stosowany przez Wnioskodawcę regulamin usług VOD nie odnosi się do usług HBO GO, i Wnioskodawca nie posiada regulaminu regulującego świadczenia tych usług. Wnioskodawca nie ma żadnego wpływu na katalog utworów audiowizualnych udostępnianych w ramach HBO GO, gdyż katalog tych utworów jest ustalany przez HBO Europe. Co prawda podstawą dostępu dla użytkownika Wnioskodawcy do usług HBO GO jest umowa zawarta z Wnioskodawcą, a za każdego abonenta, któremu Wnioskodawca udzielił dostępu do HBO GO, Wnioskodawca uiszcza miesięczną opłatę, jednakże w zakresie usług HBO GO Wnioskodawca pełni jedynie rolę pośrednika.

Na tle przedstawionego stanu faktycznego Wnioskodawca ma wątpliwości dotyczące:

- kwalifikacji świadczonych przez Wnioskodawcę usług jako audiowizualnych usług na żądanie objętych obowiązkiem, o którym mowa w art. 19 ust. 6a u.k. oraz pojęcia „dostarczenia” audiowizualnej usługi medialnej na żądanie,
- sposobu obliczania liczby użytkowników audiowizualnych usług medialnych na żądanie,
- sposobu obliczania liczby abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu, o których mowa w art. 16 ust. 6c pkt 2 u.k.

W ocenie Wnioskodawcy przepisy art. 19 ust. 6 a i c u.k. nie pozwalają jednoznacznie określić zakresu wprowadzonego przez ustawodawcę obowiązku.

Odpowiednia kwalifikacja powyższego wpływa na zakres wprowadzonego ustawą obowiązku, o którym mowa w art. 19 ust. 6 a u.k. i wyłączenia przewidzianego w art. 19 ust. 6 c pkt 2 u.k.

Błędne ustalenia w powyższym zakresie mogą wpłynąć na odpowiedzialność Wnioskodawcy z tytułu niewłaściwej realizacji lub braku realizacji ustawowego obowiązku wynikającego z art. 19 ust. 6a u.k.

W zakresie powyższego stanu faktycznego Wnioskodawca przedstawił własne stanowisko, wedle którego:

1. Audiowizualnymi usługami medialnymi na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6a u.k. nie są:
 - a) funkcjonalność „Catch up” – umożliwiająca odtworzenie wybranego programu telewizyjnego, który został już wyemitowany, do 7 dni wstecz,
 - b) funkcjonalność „Od początku” – pozwalającej włączyć trwający program telewizyjny od początku,
 - c) funkcjonalność „ Nagrywanie” – umożliwiającej nagrywanie (na serwerze Wnioskodawcy) i późniejsze odtwarzanie programów telewizyjnych.
2. Audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6 a u.k. nie jest usługa pay-per-view.
3. Użytkownikami wszystkich udostępnianych publicznie przez Wnioskodawcę audiowizualnych usług medialnych na żądanie, o których mowa w art. 16 ust. 6c u.k. są abonenci, którzy w roku poprzedzającym rok, w którym ustalany jest obowiązek wpłaty na rzecz na rzecz Instytutu, faktycznie zamówili co najmniej jedną odpłatną audycję z katalogu udostępnianych przez Wnioskodawcę audycji w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie, indywidualnie, w ramach zestawu utworów lub w ramach usługi sVOD opłacanej abonamentowo, nie są natomiast tymi użytkownikami abonenci Spółki, którzy mieli możliwość zamówienia audycji, lecz z tej możliwości nie skorzystali. Wnioskodawca podkreśla przy tym, że nie pobiera opłat za samą możliwość zamówienia audycji z katalogu udostępnianych przez Wnioskodawcę audycji w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie.
4. Liczba abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu, określana na podstawie danych z inwentaryzacji, o której mowa w art. 29 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, o której mowa w art. 19 ust. 6c pkt 2 u.k. oznacza liczbę abonentów wszystkich dostawców tego rodzaju usług na terenie całego kraju, nie zaś liczbę abonentów tego rodzaju usług świadczonych przez Wnioskodawcę.
5. W odniesieniu do usługi HBO GO Wnioskodawca nie jest podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6 a u.k.

Wnioskodawca przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska i przedstawił, co następuje:

1. Definicja audiowizualnej usługi medialnej na żądanie oraz pojęcia „dostarczania” audiowizualnej usługi medialnej na żądanie:

U.k. nie zawiera definicji usługi medialnej na żądanie ani pojęcia „dostarczenia” audiowizualnej usługi medialnej na żądanie.

Definicja ta zawarta jest w ustawie z dnia 29 grudnia 1992r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. 2020.805 ze zm.) (dalej urit) . Urit w art. 4 pkt 6a audiowizualną usługę medialną na żądanie definiuje, że jest to usługa prowadzona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę.

Dalej Wnioskodawca przytacza definicję audycji zawartą w art. 4 pkt 2 urit. oraz definicję publicznego udostępnienia audiowizualnej usługi medialnej na żądanie zawarta w art. 4 pkt 8a urit.

Przepisy urit nie określają zdaniem Wnioskodawcy wprost definicji dostarczenia audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, jednakże publiczne udostępnianie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie mieści się, obok rozpowszechniania programu, w pojęciu „dostarczania” usługi medialnej – art. 4 pkt 9 urit. Dostarczanie usługi medialnej na żądanie nie stanowi standardowej formy rozpowszechniania programu. Wnioskodawca przytoczył komentarz (red. Piątek) do urit.

2. Kwalifikacja funkcjonalności „Catch up”, „Od początku” i „Nagrywanie”

Wg stanowiska Wnioskodawcy udostępnienie abonentom funkcjonalności catch up, od początku, nagrywanie nie stanowi formy dostarczania usług audiowizualnych na życzenie objętych regulacją art. 19 ust. 6a u.k.

Spółka umożliwia wykorzystanie opisanych wyżej funkcjonalności w ramach rozpowszechniania i rozprowadzania programów, którymi zgodnie z art. 4 pkt 6 urit są uporządkowane zestawy audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechnianych w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie. Zatem rozpowszechniane i rozprowadzane przez Wnioskodawcę programy, których dotyczą powyższe funkcjonalności nie posiadają cechy audycji na żądanie, t.j. nie polegają na udostępnieniu audycji na podstawie określonego przez dostawcę katalogu. Zakres pojęcia „katalog” jest w ocenie Wnioskodawcy rozłączny z zakresem pojęcia „program” w rozumieniu urit. Wnioskodawca wskazał ponadto treść uzasadnienia do ustawy wprowadzającej art. 19 ust. 6 a-c u.k. zgodnie z którym zmiana u.k. ma na celu pomóc rynkowi kinematografii w Polsce w związku z pandemią COVID – 19. Bowiem brak eksploatacji filmów w kinach oraz wzrost w trakcie pandemii korzystanie z usług medialnych na żądanie warunkuje obowiązek uiszczania daniny od tej usługi. Podmioty dostarczające tego typu usługi korzystają więc na powyższej zmianie, mogą bowiem oferować swoim odbiorcom atrakcyjne, niedostępne nigdzie wcześniej treści, które wyprodukowane zostały przy wsparciu PISF. Wnioskodawca zauważa przy tym, że udostępniane przez niego funkcjonalności mają na celu ułatwienie dostępu do standardowo rozpowszechnianych przez Wnioskodawcę programów i nie stanowi to alternatywy dla udostępniania filmów, które dotychczas następowało w kinach.

Poza tym, dodatkowe funkcjonalności nie stanowią co do zasady odrębnych pozycji cennikowych i mieszczą się w abonamencie za usługi telewizji kablowej świadczone przez Wnioskodawcę. Jedynie udostępnienie użytkownikowi dodatkowej przestrzeni nagrań lub wydłużonego czasu przechowywania nagrań w stosunku do standardowej funkcjonalności podlega opłacie określonej w cenniku

3. Kwalifikacja usługi pay-per-view

Zdaniem Wnioskodawcy nie dostarcza on tej usługi audiowizualnej. Odbiór tej usługi nie następuje bowiem w momencie wybranym przez użytkownika, podczas gdy usługa na żądanie jest wykorzystywana w czasie wybranym przez użytkownika. W przypadku usługi pay-per-view użytkownik uzyskuje dostęp do programów emitowanych w czasie rzeczywistym.

4. Sposób obliczania liczby użytkowników

Ponieważ ani u.k. ani urit nie zawierają definicji użytkownika medialnej usługi na żądanie, w ocenie Wnioskodawcy ustalając liczbę użytkowników udostępnianych przez Wnioskodawcę audiowizualnych usług medialnych na żądanie należy uwzględnić wyłącznie użytkowników, którzy zamówili odpłatną audycję indywidualnie, nie jest natomiast wystarczające samo posiadanie urządzenia abonenckiego udostępnionego przez Wnioskodawcę w celu odbioru usług telewizji kablowej, które bez dodatkowej pisemnej umowy pozwala na zamówienie audycji z katalogu. A zatem zdaniem Wnioskodawcy użytkownikami wszystkich udostępnianych publicznie przez Wnioskodawcę audiowizualnych usług medialnych na żądanie, o których mowa w art. 19 ust. 6 c u.k. są abonenci, którzy w roku poprzedzającym rok, w którym ustalany jest obowiązek wpłaty na rzecz Instytutu, faktycznie zamówili co najmniej jedną odpłatną audycję z katalogu udostępnianych przez Wnioskodawcę audycji w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie, indywidualnie, w ramach zestawu utworów lub w ramach usługi s VOD opłacanej abonamentowo. Nie są natomiast tymi użytkownikami abonenci Wnioskodawcy, którzy mieli możliwość zamówienia audycji, lecz z tej możliwości nie skorzystali. Wnioskodawca podkreśla przy tym, że nie pobiera opłaty za sama możliwość zamówienia audycji z katalogu udostępnianych przez Wnioskodawcę audycji w ramach audiowizualnych usług medialnych na żądanie.

5. Sposób obliczania liczby abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu

Zdaniem Wnioskodawcy liczba abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu określana na podstawie danych z inwentaryzacji, o której mowa w art. 29 ustawy z dnia 7 maja 2010r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, o której mowa w art. 19 usy. 6c u.k., oznacza liczbę abonentów wszystkich tego rodzaju usług na terenie całego kraju, nie zaś liczbę abonentów tego rodzaju usług świadczonych przez Wnioskodawcę. Wnioskodawca przytoczył przy tym komunikat Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26 czerwca 2020r. zgodnie z którym „liczbę użytkowników usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu określa się na podstawie danych z inwentaryzacji, o której mowa w art. 29 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych”.

Wobec powyższego, ustalenie, czy Wnioskodawca spełnia określoną w art. 19 ust. 6c pkt 2 u.k. przesłankę wyłączenia z obowiązku określonego w art. 19 ust. 6 a u.k., sprowadza się do ustalenia, czy liczba rzeczywistych użytkowników wszystkich udostępnianych przez Wnioskodawcę audiowizualnych usług medialnych na żądanie w roku poprzedzającym rok, w którym ustalany jest obowiązek zapłaty na rzecz Instytutu, nie przekroczyła 1% liczby abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu świadczonych przez wszystkich dostawców tego rodzaju usług na terenie całego kraju.

6. Kwalifikacja dostarczania usługi HBO GO

Wg art. 4 pkt 6a urit audiowizualną usługą medialną na żądanie jest usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnieniu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę, Wnioskodawca nie ma wpływu na katalog utworów audiowizualnych udostępnianych w ramach HBO GO. Katalog ten ustala wyłączny właściciel praw do usług HBO GO i dostawca audiowizualnych usług medialnych – HBO GO, czyli HBO Europe. Zatem, zdaniem Wnioskodawcy jeden z podstawowych elementów definicji

audiowizualnej usługi medialnej na żądanie nie zachodzi w przypadku HBO GO w odniesieniu do Wnioskodawcy.

Termin „dostarczanie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie” nie został zdefiniowany. Art. 4 pkt 9 urit definiuje pojęcie „dostarczanie usługi medialnej”, w którym to pojęciu mieści się również, obok rozpowszechniania programu, publiczne udostępnianie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Publicznym udostępnianiem audiowizualnej usługi medialnej na żądanie jest zgodnie z art. 4 pkt 8 a urit, jej świadczenie w sposób umożliwiający ogółowi użytkowników, w wybranym przez nich momencie i na ich życzenie, odbiór wybranej przez nich audycji z katalogu udostępnionego w ramach takiej usługi. Zdaniem Wnioskodawcy przywołane definicje nie są jednoznaczne, niemniej również w tym zakresie można formułować pogląd, że podmiotem dostarczającym nie jest Wnioskodawca, lecz HBO Europe. W celu skorzystania z usług HBO GO wymagana jest rejestracja abonenta w systemie teleinformatycznym HBO GO, warunkiem skorzystania w usług HBO GO jest akceptacja przez abonenta regulaminu HBO GO. Stosowany przez Wnioskodawcę regulamin usług VOD nie odnosi się do usług HBO GO. Wnioskodawca nie posiada regulaminu świadczenia tych usług, jak nie ma też prawa wyboru systemu teleinformatycznego, w którym te utwory są udostępniane, jak również w którym następuje rejestracja użytkowników. Systemy te obsługuje HBO Europe. Wprawdzie podstawą dostępu dla użytkownika Wnioskodawcy do usług HBO GO jest umowa zawarta z Wnioskodawcą, a za każdego abonenta, któremu Wnioskodawca udzielił dostępu do HBO GO Wnioskodawca uiszcza miesięczną opłatę, jednakże w zakresie usług HBO GO Wnioskodawca pełni jedynie rolę pośrednika.

Rozpatrując niniejszą sprawę, Dyrektor Instytutu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 34 ustawy – Prawo przedsiębiorców, przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu lub właściwej państwowej jednostki organizacyjnej wniosek o wydanie wyjaśnienia co do zakresu i sposobu stosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej, w jego indywidualnej sprawie (interpretacja indywidualna). Organem właściwym do wydania interpretacji indywidualnej na podstawie ustawy – Prawo przedsiębiorców w sprawie określonej w art. 19 u.k. jest Dyrektor Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej, co stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 maja 2012 r. II GSK 542/11. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego został wydany pod rządami ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 650, z późn.zm.), jednakże powyższa teza w pełni zachowuje aktualność, pośrednio potwierdzona przez art. 19 ust. 9 u.k. w obecnie obowiązującym brzmieniu.

Na wstępie należy wskazać, że definicja audiowizualnej usługi na żądanie zawarta jest w ustawie z dnia 29 grudnia 1992r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. 2020.805). Zgodnie z definicją z art. 4 pkt 1 ustawy, usługą medialną jest usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych. Usługą medialną jest także przekaz handlowy. Natomiast stosownie do art. 4 pkt 6 a) ustawy, audiowizualną usługą medialną na żądanie jest usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym

udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę. Definicje przyjęte w polskim prawie są wynikiem implementacji dyrektywy 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, która następnie została zmieniona dyrektywą 2018/1808 z dnia 4 listopada 2018 r.). Zgodnie z definicją usługi medialnej, zakresem zastosowania ustawy o radiofonii i telewizji objęte są „usługi” dostarczania audycji „ogółowi odbiorców”. Dodatkowo w definicji audiowizualnej usługi na żądanie wskazano, że obejmuje ona działalność gospodarczą polegającą na „publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych”.

Ponieważ definicja audiowizualnej usługi medialnej na żądanie jest zawarta w ustawie o radiofonii i telewizji, a przepis art. 19 ust. 6a stanowi implementację dyrektywy 2018/1808, definicja ta nie jest powtarzana w ustawie o kinematografii.

Punt Nr 1 :Kwalifikacja funkcjonalności „Catch up”, „Od początku” i „Nagrywanie”:

funkcjonalności „Catch-up”, „Od początku” i „Nagrywania” nie są audiowizualnymi usługami na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6a ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (dalej: „Ustawa”):

- a) w rozumieniu funkcjonalnym funkcjonalność „catch-up” jest zaliczana do szerokiej kategorii usług video-on-demand (VOD) jako forma takiej usługi, bowiem daje telewidzowi możliwość zapoznania się z treściami audiowizualnymi w wybranym przez niego czasie (z uwzględnieniem ograniczeń w tej mierze narzuconych przez usługodawcę). Podobną ocenę można odnieść do funkcjonalności „Od początku” i „Nagrywania”, jako że również w ich przypadku telewidz ma wpływ – w mniejszym lub większym zakresie - na to, kiedy zapozna się z daną treścią audiowizualną. Nie wydaje się jednak, żeby przedmiotowe funkcjonalności mieściły się w kategorii audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, którą to kategorią posługuje się art. 19 ust. 6a i 6b u.k.;
- b) zaznaczyć należy, że dodanie do art. 19 ust. 6a – 6c u.k. nastąpiło w ramach implementacji art. 13 ust. 2 dyrektywy 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) (dalej: „Dyrektywa”), zmienionej dyrektywą 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. Dlatego uzasadnione wydaje się interpretowanie pojęć zawartych w u.k. z perspektywy postanowień Dyrektywy. Dodać należy, że normy prawne wynikające z przepisów Dyrektywy zostały również implementowane do przepisów ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji;
- c) zgodnie z art. 1 lit. g) Dyrektywy, „audiowizualna usługa medialna na żądanie” (tzn. nielinearna audiowizualna usługa medialna) oznacza audiowizualną usługę medialną świadczoną przez dostawcę usług medialnych, umożliwiającą użytkownikowi odbiór audycji w wybranym przez niego momencie i na jego życzenie w oparciu o katalog audycji przygotowany przez dostawcę usług medialnych. Z kolei pojęcie „dostawca usług medialnych”, zgodnie z art. 1 lit. d) Dyrektywy, oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści. Wreszcie „odpowiedzialność redakcyjna”, zgodnie z art. 1 lit. c)

Dyrektywy, oznacza sprawowanie faktycznej kontroli zarówno nad wyborem audycji, jak i nad sposobem ich zestawienia w układzie chronologicznym w przypadku przekazów telewizyjnych lub w katalogu w przypadku audiowizualnych usług medialnych na żądanie;

- d) jak wynika z opisu funkcjonalności we wniosku, funkcjonalności te dotyczą programów telewizyjnych, które są rozprowadzane przez(...) (...) pisze również o programach przez nią „rozpowszechnianych”, ale należy to uznać za błąd, bowiem (...) nie informuje, jakoby była nadawcą jakiegoś programu, a rozpowszechnianie, zgodnie z ustawą o radiofonii i telewizji, dotyczy nadawania). Rozprowadzanie jest przejmowaniem programu już rozpowszechnionego przez inny podmiot niż (...), czyli programu, za którego odpowiedzialność redakcyjną – w świetle definicji z Dyrektywy – (...) nie ponosi. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że czynność oferowania przez(...) funkcjonalności odnoszących się do programów telewizyjnych, za które (...) nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej, nie stanowi czynności „dostawcy usług medialnych”. Tym samym (...) nie oferuje - w omawianym zakresie – audiowizualnej usługi medialnej na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6a u.k.;
- e) z racji jednak na bezpośrednie powiązanie przedmiotowych funkcjonalności z rozprowadzanymi programami, można te funkcjonalności zaklasyfikować jako zawierające się w pojęciu „usług reemisji”, o których to usługach mowa w art. 19 ust. 5 u.k.. Pojęcie rozprowadzenia programu na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji jest bowiem technologicznym odpowiednikiem pojęcia „reemisji” jako pola eksploatacji utworów przez inny podmiot niż pierwotnie nadający, drogą przejmowania w całości bez zmian programu telewizyjnego oraz równoczesnego integralnego przekazywania tego programu dla swoich usługobiorców. Stąd też wszelkie usługi bezpośrednio powiązane z rozprowadzaniem programu należy uznać za podlegające normie z art. 19 ust. 5 u.k. i wszelki przychód z nich wynikający należy uznać za objęty daniną na rzecz PISF;

Punkt Nr 2: Kwalifikacja usługi pay-per-view:

usługa „pay-per-view” nie jest audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu art. 19 ust. 6a Ustawy:

- a) Dyrektywa nie posługuje się pojęciem „pay-per-view”. Niemniej występuje w niej pojęcie „near-video-on-demand”, które w języku technicznym jest używane zamiennie z pojęciem „pay-per-view”. Poza tym, definiując pojęcie „near-video-on-demand”, Dyrektywa mówi o sekwencyjnym udostępnianiu audycji. Ten opis odpowiada charakterystyce usługi „pay-per-view” opisanej przez (...), gdzie mowa jest o udostępnianiu pojedynczych audycji w czasie rzeczywistym. Dlatego też należy przyjąć, że uwagi odnoszące się w Dyrektywie do sekwencyjnego udostępniania audycji mają zastosowanie do usługi „pay-per-view”;
- b) punkt 27 preambuły Dyrektywy jednoznacznie stanowi, że sekwencyjne udostępnianie audycji jest formą rozpowszechniania telewizyjnego, a nie audiowizualną usługą medialną na żądanie. Biorąc pod uwagę, że art. 19 ust. 6a u.k. stanowi implementację Dyrektywy, to skoro Dyrektywa robi ww. rozróżnienie, usługa „pay-per-view” nie powinna zostać zaklasyfikowana jako audiowizualna usługa medialna na żądanie w rozumieniu tego przepisu u.k. Usługa taka stanowi jednakże formę rozprowadzania (wskazuje na to sama (...) porównując usługę „pay-per-view” do dostępu do kanału premium), a zatem stanowi formę dostępu do reemitowanego

programu telewizyjnego (audycja jest częścią składową programu telewizyjnego) i do przychodu z tej usługi może znaleźć zastosowanie obowiązek uiszczenia daniny z art. 19 ust. 5 u.k.

Punkt Nr 3: sposób obliczania liczby użytkowników

pojęcie „liczby użytkowników wszystkich udostępnianych publicznie przez Wnioskodawcę audiowizualnych usług medialnych na żądanie” z art. 19 ust. 6c pkt 2 u.k. należy rozumieć jako aktywnych użytkowników wśród subskrybentów danej usługi:

- a) taka interpretacja wynika wprost z wytycznych Komisji Europejskiej, wydanych na podstawie art. 13 ust. 6 Dyrektywy ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0707\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0707(03)&from=EN)). Wyjaśnić należy, że na podstawie wymienionego przepisu Komisja Europejska została zobowiązana do sformułowania wskazówek w sprawie definiowania m.in. pojęcia „małej liczby odbiorców”, użytego w art. 13 ust. 6 Dyrektywy dla wskazania podmiotów, które są wyłączone z obowiązków opisanych w art. 13 ust. 2 Dyrektywy. Art. 19 ust. 6a – 6c Ustawy stanowi implementację art. 13 Dyrektywy;
- b) w wytycznym Komisja Europejska stanowi: *„W praktyce odbiorców należy określać na podstawie udziału aktywnych użytkowników wśród subskrybentów danej usługi: odbiorców usługi VoD określałoby się jako liczbę użytkowników usługi podzieloną przez łączną liczbę użytkowników (podobnych) usług VoD dostępnych na rynku krajowym i pomnożoną przez 100, aby uzyskać wartość procentową”*. Mając więc na uwadze ww. wytyczne, nieuzasadnione byłoby stanowisko, że przez użytkowników, o których mowa w art. 19 ust. 6c pkt 2 u.k. należy rozumieć wszystkich abonentów (...), którzy mieli możliwość skorzystania z oferowanej przez spółkę audiowizualnej usługi medialnej. Użytkownikami tymi są ci abonenci, którzy z takiej usługi skorzystali;

Punkt Nr 4: Sposób obliczania liczby abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do internetu

liczbę użytkowników usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu, określa się na podstawie danych z inwentaryzacji, o której mowa w art. 29 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, co oznacza, że jest to liczba abonentów wszystkich dostawców tego rodzaju usług na terenie całego kraju, nie zaś liczba abonentów tego rodzaju usług świadczonych przez (...):

- a) ta interpretacja wynika z:
 - wspomnianych wytycznych Komisji Europejskiej, w których punktem odniesienia dla ustalenia małej liczby odbiorców usług danego dostawcy jest łączna liczba użytkowników (podobnych) usług VoD dostępnych na rynku krajowym;
 - art. 29 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, który stanowi o metodzie dokonywania inwentaryzacji w skali całego kraju.

Na marginesie niniejszych rozważań warto dodać, że dana usługa może zostać zaklasyfikowana jako audiowizualna usługa medialna na żądanie zarówno, kiedy jest publicznie udostępniana za wynagrodzeniem, jak i bezpłatnie. Ani Dyrektywa ani ustawa o radiofonii i telewizji nie stawia warunku odpłatności dla takiej klasyfikacji. Potwierdza to prof. Andrzej Matlak, który wskazuje, że: „*Nie ma znaczenia kwestia odpłatności przy takim udostępnianiu. Natomiast istotne jest, że dokonuje się ono na ich życzenie i w momencie, który sami wybiorą*” [zob. A. Matlak, Udostępnianie utworów na zamówienie indywidualnych odbiorców (tzw. VoD) w świetle dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, w: Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Bracie i Ryszardowi Markiewiczowi, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa 2013, s. 539 i n.].

Punkt 5: Kwalifikacja dostarczania usługi HBO GO

(...) nie jest podmiotem dostarczającym usługę „HBO GO” w rozumieniu art. 19 ust. 6a u.k.:

- a) jak już zostało to wskazane, zgodnie z art. 1 lit. d) Dyrektywy, pojęcie „dostawcy usług medialnych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści. Z kolei „odpowiedzialność redakcyjna”, zgodnie z art. 1 lit. c) Dyrektywy, oznacza sprawowanie faktycznej kontroli zarówno nad wyborem audycji, jak i nad sposobem ich zestawienia w układzie chronologicznym w przypadku przekazów telewizyjnych lub w katalogu w przypadku audiowizualnych usług medialnych na żądanie;
- b) z opisu usługi „HBO GO” zawartego we wniosku (...) wynika, że, jako operator telewizji kablowej udostępniający tę usługę, spółka nie ma wpływu na wybór znajdujących się w niej audycji, jak i na sposób ich zestawienia. Potwierdza to wiedza powszechna o usłudze „HBO GO”. W związku z tym I (...) nie jest podmiotem dostarczającym tę usługę w rozumieniu art. 19 ust. 6a u.k.;
- c) tę klasyfikację potwierdza pośrednio punkt 26 preambuły Dyrektywy, w którym zapisano: „*Na użytek niniejszej dyrektywy definicja dostawcy usług medialnych nie powinna obejmować osób fizycznych ani prawnych dokonujących jedynie transmisji audycji, za które odpowiedzialność redakcyjną ponosi osoba trzecia*”. Skoro (...) nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej za usługę „HBO GO”, to nie ma do niej zastosowania definicja „dostawcy usług medialnych”, a warunek posiadania statusu dostawcy usługi medialnej jest warunkiem świadczenia audiowizualnej usługi medialnej na żądanie (zgodnie z terminologią Dyrektywy implementowaną do art. 19 ust. 6a Ustawy);
- d) irrelevantna dla przedmiotowej klasyfikacji pozostaje okoliczność, że umowę na dostęp do usługi „HBO GO” użytkownik zawiera z (...) i na rzecz (...) uiszcza wynagrodzenie. Na taką irrelevantność wskazano w informacji umieszczonej na stronie internetowej Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (adres URL: <http://www.krrit.gov.pl/dla-nadawcow-i-operatorow/audiowizualne-uslugi-medialne-na-zadanie/aktualnosci-dla-dostawcow-aum-na-zadanie/news,1411,kryteria-identyfikacji-dostawcow-vod.html>), poświęconej klasyfikacji audiowizualnych usług medialnych na żądanie przez KRRiT. W informacji tej KRRiT pisze: „[KRRIT] *Ustala czy podmiot, który ma bezpośredni stosunek umowny z odbiorcą ma jednocześnie wpływ na ustalanie katalogu audycji audiowizualnych, czy też to podmiot trzeci zestawia katalog, który jest bezpośrednio udostępniany przez podmiot mający umowę z odbiorcą. W takim przypadku to podmiot, który zestawia katalog (podejmuje decyzje redakcyjne) podlega reżimowi ustawy o radiofonii i telewizji [czyli jest dostawcą usługi medialnej – przyp. mój], a nie podmiot mający bezpośredni stosunek umowny z odbiorcą*”

końcowym. W omawianym przypadku należy uznać, że podmiot ponoszący odpowiedzialność redakcyjną za zestawienie katalogu, publicznie go udostępnia poprzez zawarcie odpowiedniej umowy z podmiotem, który posiada bezpośredni stosunek umowny z odbiorcami”;

Niniejsza interpretacja przepisów dotyczy przedstawionego przez Wnioskodawcę stanu faktycznego i jest zgodna ze stanem prawnym obowiązującym w dniu wydania niniejszej interpretacji.

Mając na uwadze powyższe – Dyrektor Instytutu orzekł jak w sentencji.

POUCZENIE

- 1. Od niniejszej decyzji Wnioskodawcy przysługuje prawo odwołania się. Odwołanie wnosi się zgodnie z art. 19 ust. 9 u.k. w związku z art. 129 § 1 k.p.a. do Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego za pośrednictwem Dyrektora Instytutu. Zgodnie z art. 129 § 2 k.p.a., odwołanie wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji Wnioskodawcy.**
- 2. W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania Strona może zrzec się prawa do jego wniesienia. Z dniem doręczenia Dyrektorowi Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez Wnioskodawcę, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.**

zał: KLAUZULA REALIZACJI OBOWIĄZKU INFORMACYJNEGO

Otrzymuje 1 egz. Wnioskodawca na adres:

(...)

1 egz. a/a