

# Problemy stosowania wspólnotowego prawa konkurencji na rynkach praw do emisji imprez sportowych

Ewelina Dorota Sage

*Niniejszy artykuł poświęcony jest stosowaniu wspólnotowego prawa konkurencji do rynków praw do emisji imprez sportowych w kontekście ich ścisłego związku z rynkami telewizyjnymi. Rozważany jest wpływ zmian dokonujących się na tych rynkach na rozwój wspólnotowego prawa konkurencji. Wykazana jest też konieczność reewaluacji niektórych jego fundamentalnych pojęć, jak również potrzeba poszerzenia zakresu analizy o nowe modele ekonomiczne. Wreszcie, omawiane są konsekwencje konieczności otwarcia rynków telewizyjnych, ze względu na ich wrażliwość dla demokracji, na bezpośrednie wpływy polityczne.*

## 1. Uwagi wstępne

Specyfika europejskich rynków praw emisyjnych wynika z faktu, iż cyfryzacja istotnie polepszyła zarówno jakość, jak i możliwości ilościowe przesyłania sygnału telewizyjnego. Dzięki temu można w obecnej chwili nadawać o wiele więcej programów i audycji, zarówno w telewizji ogólnodostępnej, jak i w telewizji płatnej (*free and pay-tv*). Udoskonalenia te idą w parze z rosnącym popytem konsumentów na poszerzoną ofertę programową (zawartości programów)<sup>1</sup>. Zróżnicowane audycje sportowe stanowią najważniejszy przykład tego typu nowej oferty, kaptulując sport w „sferę gospodarki rynkowej” (Wachmeister 1998: pkt 11).

Rynki praw do emisji imprez sportowych reprezentują więc nowy obszar gospodarki, na który bezpośrednio i znacząco wpływa wspólnotowe prawo konkurencji. Na ich przykładzie zostanie dowiedzione w niniejszym artykule, iż zastosowanie wspólnotowego prawa konkurencji na nowopowstających rynkach poszerzyło jego zakres przez włączenie doń takich nowych zagadnień jak np. zjawisko produktów zróżnicowanych (*differentiated products*), wymuszając równocześnie reewaluację takich tradycyjnych kategorii tego prawa, jak np. rynkowe znaczenie zreszeń gospodarczych.

Artykuł ten ma również za zadanie zilustrować tezę, iż zastosowanie wspólnotowego prawa konkurencji (które ma zasadniczo sens ekonomiczny i którego jednym z filarów jest zakaz dyskryminacji) w sektorach podatnych na wpływy poli-

tyczne jest narażone na dodatkowe niebezpieczeństwa, szczególnie w chwili obecnej, kiedy to dokonano częściowej decentralizacji jego stosowania.

## 2. Charakterystyka ogólna

Pierwszą cechą charakterystyczną rynków praw do emisji imprez sportowych jest stale rosnący popyt na zawartość programową, a ponieważ ich dostawa nie może być zwiększana do woli, zawartość programowa jako taka musi być postrzegana jako dobra rzadkie.

Po drugie, w wyniku deregulacji krajowych rynków medialnych pojawiło się bardziej elastyczne podejście do świadczenia usług telewizyjnych (*provision of television*). Tak więc rosnąca liczba operatorów weszła zarówno na telewizyjne rynki niższego szczebla, jak i na programowe rynki wyższego szczebla (*downstream television and upstream content markets*).

Po trzecie, oferta ta stale się różnicuje. Niektóre z pakietów praw do emisji zostały podzielone po stronie dostawy, aby zaspakajać potrzeby mniejszych operatorów – organizatorzy imprez sportowych używają m.in. pośrednictwa agencji sportowych, które dopasowują zakres emisji do potrzeb mniejszych lub wyspecjalizowanych operatorów telewizyjnych<sup>2</sup>. Jednocześnie na rynkach programowych (*content markets*) widać tendencję do znacznej konsolidacji władzy rynkowej po stronie nabywcy przez zrzeszenia gospodarcze (*trade associations*) i koncentracje przedsiębiorstw (*concentrations*). Zarówno zmonopolizacja (*collusions*), jak i połączenia (*mergers*) są w tym przypadku odpowiedzią na sprzedaż praw do emisji dużych imprez, których mniejsi operatorzy nie mają możliwości użyć, na wysokie ceny zakupu tych praw, często zbyt wysokie dla mniejszych operatorów, oraz na znaczne ryzyko związane z ich nabyciem, gdyż ostateczna wartość audycji jest z reguły zależna od sukcesu reprezentacji narodowej.

Po czwarte, skoro telewizja jest tak intratnym interesem, to nie zaskakuje fakt, iż większość nowych podmiotów wchodzących na rynek ma charakter komercyjny. We wczesnych latach dziewięćdziesiątych operatorzy prywatni, z wyłączeniem Canal+, mieli jednak tak słabą pozycję rynkową<sup>3</sup>, że ich rozwój wymagał wsparcia politycznego, jeśli nie z innych powodów, to choćby dlatego, aby podnieść poziom pluralizmu mediów. Gdy jednak nowe podmioty wchodzące np. na rynki telekomunikacyjne pozostawały w niekorzystnym położeniu w stosunku do operatorów publicznych, w telewizji widać było tendencję odwrotną – gwałtowny spadek siły rynkowej nadawców publicznych i przytłaczający wzrost siły operatorów prywatnych. Ponieważ państwa członkowskie zaniepokoiły się o spadek oglądalności podmiotów kontrolowanych przez państwo, ponownie pojawiła się tendencja wzmocnienia nadawców publicznych.

Po piąte, ocena zgodności porozumień licencyjnych praw autorskich (w tym praw do emisji) do wyłączenia na podstawie art. 81 ust. 3 TWE wymaga określenia wzorców substytucyjności. Prawa do różnych typów zawartości programowych (np. sport, film, programy dokumentalne itp) nie są wymienne; wpływa na to ich różna wartość dla widzów, znaczne różnice w kosztach produkcji oraz strukturze cen. Po stronie dostawy istnieje niewielka substytucyjność, gdyż niewielu producentów może łatwo lub tanio zmienić zakres produkcji. Z drugiej strony, dla ope-

ratorów telewizyjnych działających na rynkach programowych po stronie nabywcy, różne prawa nie mogą się wzajemnie zastępować, skoro użytkownik końcowy nie chce zastąpić sportu filmem czy filmu programem dokumentalnym<sup>4</sup>. W wyniku niesubstytucyjności poszczególnych typów zawartości programowych istnieją osobne rynki nabywania praw emisyjnych do filmów fabularnych, imprez sportowych, filmów telewizyjnych itp.

Jednakże z powodu bardzo niewielkiej substytucyjności po stronie popytu w ramach samych praw do imprez sportowych rynki tych praw zawężają się jeszcze bardziej. Innymi słowy, odbiorca niechętnie wymienia jedne imprezy sportowe na inne, zupełnie różne. Dlatego też potencjalna zmiana ceny, nawet duża, nie ma wpływu na oczekiwania konsumenta odnośnie transmisji ważnych imprez, a co za tym idzie, nie zmienia popytu po stronie nadawcy. Analiza preferencji konsumentów jednoznacznie wykazuje, iż masowe imprezy sportowe mogą osiągnąć bardzo wysoką oglądalność, podczas gdy imprezy cieszące się małym zainteresowaniem w danym kraju osiągają minimalne wskaźniki oglądalności. Imprezy międzynarodowe są generalnie bardziej popularne niż krajowe, pod warunkiem wszakże, że uczestniczy w nich reprezentacja danego kraju. Dowiedziono również, że wskaźniki oglądalności dużych imprez sportowych są „niezależne od tego, czy inne duże imprezy sportowe są transmitowane w podobnym czasie”<sup>5</sup>. Tak więc faktycznie nie ma prawie żadnych „alternatywnych źródeł dostawy dla konsumenta”<sup>6</sup>. Ponadto prawa do emisji imprez sportowych mają bardzo krótki cykl życia, obejmujący zwykle jedną transmisję na żywo i jedną opóźnioną oraz przegląd najważniejszych momentów imprezy. Nie ma również substytucyjności po stronie popytu, jeśli chodzi o transmisje na żywo i emisje opóźnione.

Inną znaczącą cechą rynków nabywania praw do emisji imprez sportowych jest fakt, iż jedynym popytem, bezpośrednio branym pod uwagę, jest popyt po stronie operatorów telewizyjnych. Tymczasem, jak podkreślono w decyzji w sprawie *UEFA(1)*<sup>7</sup>, „preferencje widzów mają decydujące znaczenie dla wszystkich nadawców w ich polityce nabywania programów”. Preferencje konsumentów są jednak trudne do oszacowania, ponieważ trzeba je mierzyć pośrednio, przy pomocy wskaźników oglądalności i wpływów za opłaty abonamentowe. Bezpośrednio mierzy się popyt operatorów, który z konieczności musi jak najdokładniej odzwierciedlać pragnienia widzów. Trzeba też podkreślić, że na rynkach praw do emisji imprez sportowych na popyt nadawców, poza preferencjami konsumentów, wpływają także takie czynniki jak np. sponsoring i reklama (Wachmeister 1998: pkt 4). W rezultacie struktura bezpośrednio dającego się zmierzyć popytu po stronie operatorów telewizyjnych jest reprezentatywna tak dla konsumentów, jak i dla innych zainteresowanych podmiotów.

Na koniec należy zauważyć także, iż rynki nabywania praw do emisji imprez sportowych charakteryzują się również tym, że wszyscy operatorzy telewizyjni (tak ci oferujący programy czysto sportowe, np. Eurosport, jak i ogólne, jak np. TVP 1), publiczni i prywatni, konkurują o te same prawa. „Wszyscy nadawcy są obecnymi lub potencjalnymi nabywcami praw do transmisji meczów piłki nożnej”<sup>8</sup>. W rezultacie, określenie wzorców substytucyjności popytu jest jeszcze trudniejsze. Z jednej strony istnieją operatorzy kanałów tematycznych, które obejmują zarówno kanały transmitujące wszystkie rodzaje sportów, jak i kanały wyspecjalizowane tylko w określonym sporcie; z drugiej strony mamy kanały ogólne, któ-

re oferują trochę sportu. Kanały publiczne zwykle są zobowiązane do emisji także audycji dla mniejszych, niszowych widzów (obejmuje to także mniej popularne dyscypliny sportu). Kanały komercyjne są nastawione na sporty masowe<sup>9</sup>. Istnieje również różnica pomiędzy kanałami ponadnarodowymi, takimi jak np. Eurosport, które konkurują przede wszystkim o całościowe pakiety praw do emisji imprez międzynarodowych, oraz narodowe kanały sportowe, które nabywają znaczną część swoich praw na rynkach krajowych i rzadko stają do współzawodnictwa na rynkach międzynarodowych. Jednakże, przynajmniej gdy chodzi o piłkę nożną, ostatnio coraz bardziej widoczna jest tendencja, iż „sprzedawanych jest coraz więcej praw do pełnej transmisji na żywo nadawcom telewizji płatnej, gdyż są oni zazwyczaj w stanie płacić więcej”<sup>10</sup>. W efekcie o prawa emisyjne do masowych imprez sportowych ubiegają się wszyscy operatorzy.

### 3. Rynki właściwe

Zgodnie z ogólnymi zasadami wyznaczania rynków właściwych dla celów stosowania prawa konkurencji, także rynki nabywania praw do emisji imprez sportowych muszą być ograniczone do produktów substytutowych. Substytucyjność audycji telewizyjnych może być badana przez określenie stopnia, do jakiego inne audycje osiągają te same wskaźniki oglądalności (zarówno ilościowe, jak i jakościowe). Jeśli określona audycja jest w stanie regularnie przyciągać wysoką liczbę widzów, określoną widownię lub zapewnić pewien ustalony wizerunek marki, i nie da się tego osiągnąć przy pomocy żadnej innej audycji, można zakładać, iż audycja taka tworzy odrębny rynek właściwy<sup>11</sup>.

Dodatkowo rynki nabywania praw do emisji imprez sportowych charakteryzują się obecnością zjawiska produktów zróżnicowanych, czyli takich, których specyficzny charakter sprawia, że nie da się ich zastąpić żadnymi innymi. Rzeczywiście, niektóre rynki nabywania praw emisyjnych zawierają zaledwie kilka albo nawet tylko jeden taki produkt (np. prawa do transmisji Olimpiady). W konsekwencji można przyjąć, że odrębne rynki właściwe istnieją dla lub nawet w ramach tak popularnych dyscyplin sportowych, jak piłka nożna<sup>12</sup>. Komisja Europejska stwierdziła po raz pierwszy w decyzji w sprawie *UEFA(1)*, a następnie potwierdziła w decyzji w sprawie *UEFA(2)*<sup>13</sup>, że nie tylko prawa do emisji meczów piłki nożnej tworzą odrębny rynek produktowy, ale także, że rynek taki może być dalej dzielony na segmenty obejmujące mecze piłki nożnej odbywające się regularnie w ciągu roku (Puchar UEFA) i na imprezy jednorazowe (Mistrzostwa Świata). Chociaż oba te rodzaje imprez sportowych mają równie wysoką rangę, to jednak prawa do nich nie są wymienne, ponieważ „drugie z nich nie stanowią dla nadawców jednakowo regularnego źródła audycji”<sup>14</sup>. Odrębne rynki mogą również istnieć dla praw do emisji na żywo oraz do emisji opóźnionych, jak również dla imprez sportowych krajowych oraz dużych, międzynarodowych (Wachmeister 1998: pkt II.2; Mik 1999).

Brak substytucyjności między emisjami imprez poszczególnych dyscyplin sportowych, emisją na żywo i emisją opóźnioną oraz emisjami imprez krajowych i międzynarodowych powoduje szczególnie wąskie definiowanie rynków produktowych. Chociaż wyznaczenie ich jest zgodne z tradycyjnym podejściem wspólnotowego prawa konkurencji do definicji rynku, to jednak są one w praktyce wyjąt-

kowo wąskie. Dlatego też obiektywnie stwierdzalny brak substytucyjności emisji imprez sportowych powoduje, że wprowadzenie w życie wspólnotowego prawa konkurencji wpływa na niezwykle dużą liczbę uczestników rynku, ponieważ na tak wąsko zdefiniowanych rynkach istnieje niewiele konkurencji, czyli wiele podmiotów ma władzę rynkową.

Dodatkowo rynki praw do emisji imprez sportowych są jeszcze bardziej zawężone, ponieważ ich geograficzny zasięg nie zależy od zasięgu licencji tych praw<sup>15</sup>. I chociaż licencje te otrzymują zarówno podmioty czysto krajowe, jak i podmioty o zasięgu przekraczającym granice krajów lub nawet podmioty działające w skali całej Europy, preferencje widzów pochodzących z różnych państw członkowskich są często tak różne, że warunki konkurencji nie są wystarczająco homogeniczne, aby umożliwić wyznaczenie jednolitego rynku geograficznego (Wachmeister 1998: pkt II.2)<sup>16</sup>. Tak więc w zależności od typu imprezy sportowej, rynek geograficzny będzie albo europejski (rynek praw do transmisji meczów UEFA), albo międzynarodowy (rynek praw do transmisji meczów Niemieckiej Ligi Piłkarskiej), albo czysto krajowy (rynek Ligi Włoskiej).

W związku z tym nie tylko rynki produktowe, ale także rynki geograficzne są definiowane wąsko. Rosnąca mobilność graczy i menedżerów powoduje wzrost zainteresowania imprezami sportowymi, odbywającymi się w innych państwach. I chociaż taki, przekraczający granice poszczególnych krajów (ponadnarodowy), popyt nie dorównuje swoim krajowym odpowiednikom oraz występuje tylko w kilku dyscyplinach sportu (głównie wyścigi samochodowe formuły I, ale coraz bardziej także piłka nożna), umiędzynarodawia jednak działalność telewizyjną, a przez to wyrównuje warunki konkurencyjne; wzrastające umiędzynarodowienie rynków nabywania praw do transmisji imprez sportowych stało się faktem (Wachmeister 1998: pkt II.1).

#### 4. Zrzeszenia gospodarcze

Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji do rynków nabywania praw do emisji imprez sportowych ilustruje także, jak bardzo zmieniło się podejście organów ochrony konkurencji do zrzeszeń gospodarczych. To właśnie w tym kontekście ostatecznie potwierdzono znaczenie kryteriów członkostwa takich organizacji dla ogólnej oceny tych zrzeszeń dla konkurencji.

Zrzeszenia, o których mowa, są formą „związku przedsiębiorstw” w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Ich decyzje nie mogą więc zapobiegać, ograniczać lub zakłócać konkurencji na rynku wspólnym<sup>17</sup>. Negatywny wpływ obecności zrzeszeń na rynku może przede wszystkim łączyć się ze znacznym spadkiem liczby konkurentów. Niezależnie od ich charakteru lub formy<sup>18</sup>, porozumienia, do których przystępują zrzeszenia, podlegają zakazom, ponieważ są w stanie zakłócać warunki konkurencji tak z konkurentami nie będącymi ich członkami, jak i z partnerami handlowymi tychże zrzeszeń.

Każde zrzeszenie ma swoje własne cele<sup>19</sup> i prowadzi działalność zmierzającą do ich osiągnięcia. Przesłanki art. 81 ust. 3 TWE mogą więc być niekiedy spełnione, jeśli działania zrzeszeń istotnie poprawiają proces produkcyjny i dystrybucję, restrykcje będące skutkiem osiągnięcia legalnego celu nie przeważają nad korzy-

ściami i konkurencja nie jest istotnie osłabiona. Jednak, krótko mówiąc, jedynie prawnie usankcjonowane cele zasługują na ochronę.

Na europejskich rynkach nabywania praw emisyjnych obecne są dwa typy zrzeszeń: zrzeszenia nadawców, jak np. EBU (Europejska Unia Nadawców)<sup>20</sup>, oraz związki sportowe, do których należą IOC (Międzynarodowy Komitet Olimpijski) i UEFA (Europejskie Zrzeszenie Związków Piłkarskich). Tak więc zrzeszenia nadawców dominują po stronie nabywczej rynków, a związki sportowe – po ich stronie dostawczej. Jednak większość związków sportowych ma charakter krajowy. Przedmiotem zainteresowania wspólnotowego prawa konkurencji stają się więc jedynie wtedy, gdy ich działalność wpływa na handel między państwami członkowskimi, czyli gdy prawa do krajowych imprez sportowych są sprzedawane poza granice kraju, w którym impreza ma miejsce.

Najbardziej wpływowym zrzeszeniem działającym w UE jest EBU. Jest to nieochodowa organizacja reprezentująca swoich członków w kontaktach zewnętrznych, promująca wymianę programów oraz inne formy współpracy<sup>21</sup>. Działania EBU są oparte na tzw. systemie Eurowizji (Eurovision), na który składa się pewna liczba zasad odnoszących się do zasadniczych form współpracy między członkami stowarzyszenia (warunki, na jakich wymieniają się audycjami, które bezpośrednio produkują, warunki wspólnego nabywania oraz dzielenia się prawami) oraz między EBU a podmiotami trzecimi. Wszyscy aktywni członkowie EBU są związani zasadą wzajemnej wymiany sygnału. Zobowiązuje ich to do produkcji sygnału dla każdej imprezy mającej miejsce na ich obszarze, a która mogłaby wzbudzić zainteresowanie innych członków oraz do oferowania takiego sygnału za darmo wszystkim pozostałym członkom<sup>22</sup>. Jedną z zalet EBU jest fakt, iż zrzeszenie ma własne urządzenia do transmisji, stale łączące wszystkich członków, co nie tylko poprawia jakość transmisji, ale także finansowo wspiera słabszych członków zrzeszenia<sup>23</sup>.

Pierwotnie EBU skupiało jedynie nadawców publicznych. Chociaż wciąż jeszcze postrzega się je jako zrzeszenie szczególnego typu nadawców, to jednak przyznając w 1984 r. członkostwo Canal+, EBU straciła swój czysto publiczny charakter. Mimo to, zdaniem Komisji Europejskiej, zasady członkostwa w EBU sprawiają, że jej „aktywnymi członkami są jedynie nadawcy, którzy spełniają określona misję publiczną, do czego są zobowiązani prawem lub praktyką krajową, niezależnie od formy swojej organizacji lub metod finansowania”; na członków EBU są również nałożone ograniczenia polegające na tym, że muszą oni oferować „różnicowane audycje, w tym ... audycje bez żadnej wartości komercyjnej oraz objąć nadawaniem całą populację, niezależnie od kosztów.” (Piątek 1995)<sup>24</sup>.

## 5. Zasady członkostwa w zrzeszeniach nadawców

Jednym z najbardziej antykonkurencyjnych elementów systemu EBU był fakt, iż z każdego państwa członkowskiego do zrzeszenia mógł zostać przyjęty więcej niż jeden członek, co bezpośrednio ograniczało konkurencję na rynkach krajowych<sup>25</sup>. To, że niektórzy gracze rynkowi osiągają korzyści z członkostwa w EBU, może dawać im istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do innych uczestników tych rynków. Jeżeli kryteria członkostwa mają charakter dyskryminacyjny, to może to się stać istotną barierą uczestnictwa w rynkach praw do emisji imprez

sportowych, szczególnie jeśli rynki te obejmują tak duże i drogie pakiety praw, iż można je nabyć jedynie kolektywnie.

Do momentu wydania rozstrzygnięć w postępowaniach dotyczących członkostwa w EBU kwestia ta nie była jednak jasna. Zgodnie z tymi rozstrzygnięciami, działalność zrzeczenia naruszająca postanowienia art. 81 ust. 1 TWE podlega wyłączeniu jedynie wtedy, gdy istnieje możliwość ustalenia, że restryktywne skutki dla konkurencji wynikające z kryteriów członkostwa w zrzeczeniu nie przekraczają poziomu koniecznego dla osiągnięcia celów tego zrzeczenia. O tym jednak, czy ograniczenie konkurencji jest niezbędne, można zadecydować jedynie wtedy, gdy kryteria te są wystarczająco precyzyjnie określone, aby pozwolić na pełną ocenę badanych zjawisk<sup>26</sup>.

Sąd Pierwszej Instancji (SPI) oświadczył, iż kryterium członkostwa powinno być zarówno obiektywne, jak i możliwe do zweryfikowania; jego zdaniem, niedopuszczalna jest nieusprawiedliwiona odmowa członkostwa. SPI dodał także, że kandydatom na członków EBU, którym odmówiono członkostwa, powinna zostać stworzona możliwość odwołania się od tej decyzji<sup>27</sup>. Tak więc jednym z dwóch powodów, dla których w 1993 r. cofnięto przywilej wyłączenia dla EBU, było to, że przyjęte kryteria członkostwa w EBU nie były wystarczająco precyzyjnie określone i dlatego mogły być stosowane w sposób dyskryminacyjny. SPI stwierdził, że dotychczasowy system „stwarza możliwość pozbawienia operatora telewizyjnego konkurującego ze zrzeczeniem i wszystkimi jego członkami na rynku wspólnym korzyści wynikających z przewagi konkurencyjnej wynikającego z członkostwa ...”<sup>28</sup>. SPI uznał także, że „[a]by ocenić ..., czy ograniczenia konkurencji wynikające z zasad członkostwa w zrzeczeniu ..., które przyznają przewagę konkurencyjną jego członkom, są niezbędne..., Komisja Europejska musi najpierw rozważyć, czy te zasady członkostwa są obiektywne i wystarczająco określone, aby można było je zastosować jednolicie i w sposób niedyskryminujący w stosunku wszystkich potencjalnych członków aktywnych”<sup>29</sup>.

Nie było tak jednak wtedy, gdy Komisja Europejska podejmowała swoją pierwotną decyzję. SPI oświadczył, iż Komisja popełniła błąd, stwierdzając, że zasady członkostwa w EBU odzwierciedlały zasadniczą różnicę między kanałami wypełniającymi misję publiczną oraz kanałami komercyjnymi, oraz, że nie udało jej się oszacować zależności pomiędzy członkami i nie-członkami EBU. Gdyby Komisja rzeczywiście tak zrobiła, to doszłaby do wniosku, że niektóre z podmiotów nie będących członkami EBU spełniły omawiane kryteria, podczas gdy niektórzy członkowie ich nie spełnili. Decyzja Komisji Europejskiej została uznana za wadliwą, gdyż organ ten wydawał się traktować operatorów publicznych w sposób preferencyjny. I chociaż analogiczne zachowanie mogłoby zostać uznane za zrozumiałe w przypadku organów krajowych, SPI pośrednio, ale wyraźnie potępił je na poziomie europejskim.

Aby wypełnić wymogi określone przez rozstrzygnięcie SPI, pierwotne kryteria członkostwa w EBU zostały uszczegółowione, np. ograniczając kategorię aktywnych członków do nadawców mających kanały ogólne lub ogólne kanały sportowe nie adresowane do żadnej określonej grupy odbiorców. Członkowie nie spełniający nowo określonego kryterium członkostwa musieli opuścić zrzeczenie. W konsekwencji zasady członkostwa w EBU zostały szczegółowo określone, tym samym – teoretycznie przynajmniej – umożliwiając ich bezsporne i nie dyskrymi-

nujące nikogo stosowanie. Należy jednak podkreślić, że posiadanie jasno określonych kryteriów samo w sobie nie gwarantuje ich wolnego od dyskryminacji stosowania. Widać to najlepiej przy analizie wielokrotnych decyzji EBU odmawiających M6 członkostwa, które były podstawą odwołania M6 – tak od decyzji Komisji z 1993 r., jak i od poprawionej decyzji z 2000 r.<sup>30</sup>. Jednakże, przynajmniej teoretycznie, EBU stało się ponownie zrzeszeniem skupiającym wyłącznie nadawców spełniających misję publiczną.

## 6. Misja publiczna a konkurencja nadawców prywatnych

Nie jest łatwo ocenić sytuację na rynkach, na których ręka publiczna interweniuje nie tylko w interesie konkurencji, ale także w imię wartości o charakterze pozaekonomicznym. Jeszcze trudniej interweniować wtedy, gdy firmy prywatne bezpośrednio konkurują na takich rynkach z przedsiębiorstwami „zasiedziały” (*incumbent*), którym powierzono zostało wypełnienie określonej misji publicznej. Istotą trudności w stosowaniu wspólnotowego prawa konkurencji na takim obszarze jest fakt, że zarówno media publiczne, jak i nadawcy prywatni działają w oparciu o prawa podstawowe, które są zasadniczo jednakowo ważne dla społeczeństwa. Są to: ekonomiczne prawo do dobrej koniunktury, którego elementem jest swoboda działalności gospodarczej – z jednej strony – i społeczne prawo wolności słowa, w którym mieści się pluralizm mediów – z drugiej strony (Craufurd-Smith 1997)<sup>31</sup>. Oba te prawa mają fundamentalne znaczenie dla demokracji i jakiegokolwiek preferencje w stosunku do jednego z nich mogą być poddane w wątpliwość, zwłaszcza, że prywatni nadawcy nie tylko polepszają koniunkturę, ale także powiększają zakres pluralizmu mediów. Preferencyjne traktowanie nadawców publicznych tłumaczone może więc być jedynie faktem, że rządy starają się zagwarantować tym nadawcom wysoką oglądalność (czyli znaczącą siłę rynkową) po to, aby dysponować szerszym dotarciem do elektoratu.

Stało się to problemem praktycznym jednak dopiero wtedy, gdy nadawcy prywatni zaczęli rzeczywiście konkurować z nadawcami publicznymi. Przez długi czas bowiem można było poprowadzić linię jakościową pomiędzy działaniami i poczynaniami podejmowanymi przez operatorów publicznych i komercyjnych. Podczas gdy ci pierwsi dostarczali usługi społeczne, edukacyjne i informacyjne, ci drudzy oferowali wyłącznie rozrywkę. Dopiero w ostatniej dekadzie doszło do pomieszania obu typów audycji, pozwalające klientom na wybór nadawcy, które je oferuje. W chwili obecnej jest już jasne, że większość odbiorców świadomie zwraca się ku usługom oferowanym przez operatorów prywatnych, ze szkodą dla operatorów publicznych, skutkiem czego istnieje bezpośrednia konkurencja między oboma typami nadawców.

Nie byłoby tego problemu, gdyby nadawcy radiowi i telewizyjni wypełniający misję publiczną (dostarczanie audycji dla wszystkich warstw społeczeństwa) mieli charakter przedsiębiorstw użyteczności publicznej, tj. przedsiębiorstw, które dostarczają odbiorcom niezbędne usługi, których nie świadczy nikt inny lub które są świadczone po cenach, które byłyby zbyt wysokie, gdyby w ich finansowaniu nie współuczestniczyło państwo. Dlatego też nie można już uznawać operatorów publicznych za przedsiębiorstwa o charakterze użyteczności publicznej, nawet jeśli



mieli taki charakter w przeszłości (gdy jako jedyni dostarczali programy telewizyjne)<sup>32</sup>. W chwili obecnej wypełniają misję publiczną, ale jednocześnie prowadzą działalność komercyjną, opartą na wolnej konkurencji. Dla ich działalności można często znaleźć "lepszą" alternatywę. Tak więc pod kilkoma względami nadawcy publiczni i prywatni konkurują ze sobą bezpośrednio, pomimo wciąż istniejących między nimi różnic.

W praktyce różnice te nie musiałyby stanowić problemu. Obie strony w równym stopniu twierdziły, iż ich konkurent dysponuje środkami, które dają mu przewagę konkurencyjną. Z jednej strony, o prywatnych operatorach mówiło się, że mają możliwość całkowicie wolnego działania na rynku nabywania praw emisyjnych, podczas gdy podmioty, którym powierzono szczególną misję publiczną, muszą trzymać się określonych procedur, które nie musiały prowadzić do decyzji najbardziej racjonalnych z ekonomicznego punktu widzenia. Z drugiej strony, firmy prywatne muszą być rentowne, podczas gdy podmioty publiczne korzystają ze stałego finansowania publicznego lub subwencji zmniejszających czynnik ryzyka w ich działaniach. Ta ostatnia kwestia była ostatnio wyjaśniana (Craufurd-Smith 2001), jako że państwa członkowskie zostały zobowiązane do szczegółowego określenia zakresu misji publicznej swoich nadawców i zapewnienia, aby przekazywane im środki finansowe zostały ograniczone jedynie do pokrycia kosztów wypełniania misji publicznej<sup>33</sup>. Jednak jeszcze do niedawna Komisja Europejska zakładała, że nadawcy realizujący misję publiczną „cierpią” z tego powodu. Nie zmieniała swego zdania, mimo że od lat wiadomo, że niektórzy organizatorzy imprez sportowych uważają transmisje w programach publicznych za charakteryzujące się „wyższym jakościowo telewizyjnym obszarem pokrycia, docieraniem do całej populacji kraju ... [jest to więc] cenna usługa, która nie tylko przyczynia się podniesienia rangi imprezy i wzrostu popularności danej dyscypliny sportu, ale także zwiększa wartość powierzchni reklamowej na stadionie.”<sup>34</sup>

Wg decyzji w sprawie *EBU* stwierdzono, że niekorzystna pozycja tego zrzeszenia wynikała z faktu, iż jego członkowie wypełniali określoną misję publiczną, co m.in. ograniczało ich dostęp do reklamy (a co za tym idzie zewnętrznego finansowania), ograniczając tym samym ich możliwości uzyskiwania praw emisyjnych w warunkach wolnej gospodarki rynkowej. Niewątpliwie słuszne było stwierdzenie Sądu Pierwszej Instancji, że jeśli w ogóle brać pod uwagę wszystkie rzekome niekorzyści wynikające z wypełniania misji publicznej przez członków *EBU*, Komisja Europejska powinna była także uwzględnić wynikające z tego przywileje, a w szczególności posiadane przez nich preferencyjne finansowanie<sup>35</sup>. W ramach badania działań podejmowanych przez operatorów w celu wypełnienia misji publicznej Komisja powinna była wziąć pod uwagę wszystkie wynikające z tego konsekwencje, a więc zarówno ograniczenia, jak i kompensacje. W rzeczywistości Komisja Europejska postawiła nadawców publicznych w korzystniejszej sytuacji poprzez przyznanie *EBU* wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję zasadniczo na podstawie wypełniania misji publicznej, uwzględniając jedynie jej ujemne strony<sup>36</sup>. Nawiasem mówiąc, Sąd miał wątpliwości co do możliwości zastosowania w tym postępowaniu postanowień art. 86.<sup>37</sup>

Ostatnie lata pokazały, że nadawcy, którym powierzono wypełnianie misji publicznej, nie muszą być wcale w niekorzystnej sytuacji w konkurencji rynkowej z operatorami prywatnymi tylko dlatego, że realizują nałożone na nich zobowią-

zania. W przetargu na prawa eksploatacyjne do następnych czterech Olimpiad, to właśnie EBU przyznano cały pakiet, mimo że jego oferta była o 30 % niższa niż oferta News Corporation. Decyzja MKOL została podjęta w oparciu o przekonanie, iż EBU ciągle gwarantuje największy obszar pokrycia w krajach UE. „Odzwierciedla to politykę MKOL utrzymywania dostępności najważniejszych imprez w telewizji ogólnodostępnej”<sup>38</sup> także dlatego, że zwiększając oglądalność, zachęca sponsorów. Decyzja ta nie tylko udowodniła, że wypełnianie szczególnej misji publicznej nie musi stawiać nadawców publicznych w sytuacji niekorzystnej w stosunku do ich konkurentów, ale również pokazała, iż czasami przewagę może zapewnić bycie podmiotem „publicznym”.

W efekcie, w 1998 r. przedstawicielka Komisji opublikowała artykuł pt. „Transmisje imprez sportowych a prawo konkurencji”(Wachmeister 1998), w którym stwierdziła, że wspólnotowe prawo konkurencji jest „neutralne w odniesieniu do różnych typów nadawców i nie dostarcza prawnych podstaw do uprzywilejowanego traktowania jednego nadawcy względem drugiego”. Jej zdaniem także, „jeśli nie ma zastosowania art. 86 ust. 2 TWE, to Komisja nie znajdzie uzasadnienia dla preferowania stacji telewizyjnych jedynie dlatego, że mają one do spełnienia misję publiczną bądź są własnością państwa, bądź są finansowanych z abonamentu”. Gdyby więc nie niedawna interwencja SPI przeciwko poprawionej już decyzji KE w sprawie *EBU*<sup>39</sup>, można byłoby przyjąć, że spór w sprawie odmiennego traktowania podmiotów „prywatnych” i „publicznych” w sektorze multimedialnym został zażegnany (Bartosch 1999; Skoczny 2003). W świetle tej decyzji trzeba jednak podkreślić, że co innego teoretyczne oświadczenia Komisji, a co innego praktyka.

Także przeprowadzona właśnie reforma systemu stosowania art. 81 i 82 TWE<sup>40</sup> może spór ten zaognić, gdyż nie da się wykluczyć, że po wejściu w życie Rozporządzenia 1/2003 organy krajowe będą, podobnie jak Komisja, korzystniej traktować podmioty pełniące misję publiczną, uznając, że ich szczególny charakter narzuca również takie szczególne traktowanie. Taka sytuacja mogłaby zaistnieć zwłaszcza dlatego, że jest wysoce prawdopodobne, że rynki medialne będą także w przyszłości rozwijać się w kierunku struktury dualistycznej, w której wielonarodowe koncerny prywatne będą działać w warunkach bezpośredniej konkurencji z publicznymi nadawcami krajowymi, pełniącymi misję publiczną. Oczywiście jest, że przynajmniej jednym z powodów, dla których Komisja Europejska utrzymała rozległy mechanizm interwencji w postępowania dotyczące stosowania wspólnotowego prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich, jest fakt, że zamierza w ten sposób zagwarantować, że żadna taka dyskryminacja operatorów prywatnych nie będzie miała miejsca. Czy tak jednak robi, biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia, jest kwestią sporną.

## 7. Uwaga końcowa

Nie ma wątpliwości, że na stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji w multimedialnych wpływ mają zmiany gospodarcze zachodzące w tym sektorze, w tym w szczególności cyfryzacja transmisji. Aby prawo konkurencji mogło być skuteczne także w nowej erze cyfryzacji, jego stosowanie musi zarówno uwzględniać nowe problemy prawa konkurencji, jak również ponownie ocenić tradycyjne

kwestie pojawiające się w nowych warunkach gospodarczych. Biorąc pod uwagę, iż sektory wrażliwe politycznie są pod coraz większym wpływem wspólnotowego prawa konkurencji (z uwagi na ich wzrastającą konkurencyjność), można sobie wyobrazić, że jego stosowanie, szczególnie w państwach członkowskich, staje teraz przed ważną próbą, mianowicie otwarciem na politykę. W efekcie rynki praw do emisji imprez sportowych są zaledwie jednym z przykładów nowych obszarów gospodarki ilustrujących dokonujący się na naszych oczach rozwój wspólnotowego prawa konkurencji.

### Informacja o autorce

**Mgr Ewelina Dorota Sage**, doktorantka w Lincoln College, University of Oxford; ewelina.sage@lincoln.oxford.ac.uk

### Przypisy

- <sup>1</sup> W terminologii angielskojęzycznej pojęcia „programme” („programming”) używa się z reguły zarówno na określenie poszczególnych elementów „programu telewizyjnego”, czyli – w konwencji terminologii polskiego prawa radiowo-telewizyjnego – w rozumieniu najbliższym polskiemu pojęciu „audycja”, jak i na określenie pełnego i usystematyzowanego zbioru takich „audycji”, czyli w rozumieniu najbliższym polskiemu pojęciu „program” (który po angielsku nazywany jest „kanalem” – *channel*). Wiele z zawartych w tym artykule tez jest prawdziwych niezależnie od tego, czy odnoszą się one do „programów”, czy „audycji”. Angielskie pojęcie „content” będzie w niniejszym artykule nazywane „zawartością programową”, a „content markets” – „rynkami programowymi”.
- <sup>2</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU* (Dz. Urz. WE 1993 L 179/23, pkt 25).
- <sup>3</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *ARD* (Dz. Urz. WE 1989 L L 284/36, pkt 21).
- <sup>4</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *IV/M2050 Vivendi* (Dz. Urz. WE 2000 C 311/3, pkt. 17).
- <sup>5</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Eurovision* (Dz. Urz. WE 2000 L 151/18, pkt 42; por. Także decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Football World Cup* (Dz. Urz. WE 2000 L 5/55).
- <sup>6</sup> Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego dla celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. WE 1997 C 372/5, pkt. 13).
- <sup>7</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA's broadcasting regulation* (Dz. Urz. WE 2001 L 171/12, pkt 24).
- <sup>8</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA Champions League* (Dz. Urz. WE 2003 L 291/25, pkt 57).
- <sup>9</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU*, op. cit., pkt 19.
- <sup>10</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA's broadcasting regulation*, op. cit., pkt 25.
- <sup>11</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA Champions League*, op. cit., pkt 57, 58.
- <sup>12</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *IV/M2483 Canal+/RTL/GJCD/JV* (IP 01/1579).
- <sup>13</sup> Decyzje Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA's broadcasting regulation*, op. cit., pkt 28, oraz *UEFA Champions League*, op. cit., pkt 59.
- <sup>14</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *UEFA's broadcasting regulation*, op. cit., pkt 61.
- <sup>15</sup> Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Eurovision*, op. cit., pkt 51.
- <sup>16</sup> Tamże.
- <sup>17</sup> Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 155-73 *Giuseppe Sacchi* (Zb. Orz. 1974, 409, pkt 13-14). Także zminy spółek publicznych podlegają zakazom na podstawie art. 81 ust. 1 TWE (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-35/96 *Komisja v Wlochom* (Zb. Orz. 1998, I-3851, pkt 40).
- <sup>18</sup> Decyzje EBU podejmowane są w formie wiążących zaleceń; patrz decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU*, op. cit., pkt 49.

- 19 Celem EBU jest poprawa pozycji konkurencyjnej jej członków wobec nadawców komercyjnych.
- 20 W odniesieniu do związków krajowych por. decyzję Komisji Europejskiej w sprawie IV/M553 *Endemol* (Dz. Urz. WE 1996 L 134/32).
- 21 Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU*, op. cit., pkt 2.
- 22 Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Eurovision*, op. cit., pkt 80.
- 23 Art. 3 ust. 6 Statutu EBU; patrz wyrok SPI w połączonych sprawach T-528, 542, 543, 546/93 *Metropole Television* (Zb. Orz. 1996, II-649).
- 24 Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU*, op. cit., pkt 5.
- 25 Por. wyrok SPI w sprawie T-61/89 *Dansk Pelsdyravlerforening v Komisji* (Zb. Orz. 1992, II-1931) oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim* (Zb. Orz. 1994, I-5641).
- 26 Wyrok SPI w połączonych sprawach *Metropole Television*, op. cit., pkt. 94 i 95.
- 27 Wyrok SPI w sprawie T-206/99 *Metropole Television SA v Komisji* (Zb. Orz. 2001, II-1057).
- 28 Tamże, pkt 1.
- 29 Wyrok SPI w połączonych sprawach *Metropole Television*, op. cit., streszczenie pkt 2.
- 30 Wyrok SPI w sprawie *Metropole Television SA v Komisji*, op. cit., pkt. 53-55.
- 31 Ten problem został poruszony w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *ARD*, op. cit., pkt 39.
- 32 Por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 155-73 *Giuseppe Sacchi* (Zb. Orz. 1974, 409).
- 33 Informacja Komisji w sprawie stosowania reguł pomocy państwa do publicznych nadawców radio-telewizyjnych (Dz. Urz. WE 2001 C 320/4).
- 34 Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *EBU*, op. cit., pkt 25.
- 35 Tamże, 111.
- 36 Tamże, 104, 115.
- 37 Tamże, pkt 117.
- 38 Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Eurovision*, op. cit., pkt 57.
- 39 Por. wyr. SPI w połączonych sprawach T-185/00, T-216/00, T-299/00, T-300/00 (Zb. Orz. 2002, II-3805) wydany z odwołania od decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Eurovision*, op. cit.
- 40 Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 w sprawie wykonywania reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. WE 2003 L 1/1).

## Bibliografia

- Bartosch, A. 1999. The Financing of Public Broadcasting and E.C. State Aid Law. An Interim Balance. *European Competition Law Review*, Nr 4.
- Craufurd-Smith, R. 1997. *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Craufurd-Smith, R. 2001: State support for Public Service Broadcasting: the position under European Community Law. *Legal Issues of Economic Integration*, Nr 1.
- Mik, C. 1999. *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń.
- Piątek, S. (red.) 1995. Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu. PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej. Seria III: Konkurencja a regulacja w wybranych dziedzinach, Warszawa, Urząd Antymonopolowy.
- Skoczny, T. 2003. Zasada równego traktowania nadawców radio-telewizyjnych w świetle wspólnotowego i polskiego prawa o pomocy publicznej, w: *Gospodarka i przedsiębiorstwo. Nowe tendencje w zarządzaniu. Księga jubileuszowa*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, s. 103-118.
- Wachmeister, A.M. 1998. Broadcasting of sports events and competition law. *Competition Policy Newsletter*, Nr 2, pkt 11.