

1. Однією із важливих проблем імплементації норм законодавства Європейського союзу, зокрема в частині Директиви про аудіовізуальні послуги (далі – Директива), є фундаментальна невідповідність ключового поняття «послуги» цивільному законодавству України.

Так, відповідно до Директиви “аудіовізуальна медіа-послуга” означає: ...послугу, визначену статтями 56 і 57 Угоди про функціонування Європейського Союзу, де основним призначенням послуги або віддільної її частини є надання широкій громадськості, під редакційною відповідальністю провайдера медіа-послуги, програм з метою інформування, розважання або просвіти через електронні комунікаційні мережі...».

Відповідно до статті 57 Угоди про функціонування Європейського Союзу «Послугами вважаються «послуги» в межах значення Договорів, якщо їх зазвичай надають за винагороду тією мірою, якою вони не підпадають під дію положень про свободу руху товарів, капіталу та осіб. «Послугами», зокрема, є: (a) діяльність промислового характеру; (b) діяльність торгівельного характеру; (c) діяльність ремісників; (d) діяльність осіб вільних професій...»

Тобто, європейське законодавство застосовує термін «послуги» як аналог українського терміну «господарська діяльність»: «Під господарською діяльністю у цьому Кодексі розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність» (стаття 3 Господарського кодексу України). Слід зазначити, що однією із вимог до законодавчої техніки є зрозумілість правових норм для громадян і з цієї точки зору, пряма імплементація європейського терміну «послуги» в українське законодавство шляхом перекладу буде заважати сприйняттю відповідних положень.

Тоді як цивільне законодавство України має усталене поняття «надання послуг», яке за своєю правовою природою є виключно договірними відносинами між замовником та виконавцем, предметом яких є такі види діяльності виконавця, що не мають стабільного матеріального результату, а «споживаються в процесі вчинення певної дії або провадження певної діяльності» (стаття 901 Цивільного кодексу України). Такий же підхід застосований і податковим законодавством і законодавством про захист прав споживачів.

Таким чином, господарська та підприємницька діяльність телерадіоорганізацій, хоча і відповідає європейському поняттю «послуги», не є «наданням послуг» аудиторії в розумінні законодавства України. За своєю правовою природою аудиторія телерадіоорганізацій, а саме – кількість переглядів, є їх товаром, що реалізується рекламодавцям, а не споживачем їх послуг.

Це відповідає і положенням законодавства України, які визначають права телеглядачів та радіослухачів, які за виключенням двох суто декларативних норм (про право приймати програми телерадіоорганізацій, та право одержувати інформацію про розклад передач), стосуються їх захисту від спричинення позадоговірної шкоди внаслідок діяльності телерадіоорганізацій. Тобто, законодавець не вбачає наявності між телерадіоорганізацією та її аудиторією відносин публічного договору, які б надавали аудиторії право вимагати послуг із визначеним предметом (зміст програмного продукту, його кількість та якість). І, також слід брати до уваги, що з розвитком технологій, які дозволяють фіксацію програм, для аудиторії вони перестали бути послугою, що споживається. Тоді як поширення реклами такою послугою залишаються.

Що ж до обов'язків телерадіоорганізацій, то вони за своєю природою є не договірними, а ліцензійними, тобто знаходяться у сфері публічного інтересу щодо ефективного використання обмеженого природного ресурсу (радіочастот).

Схожа ситуація складається і з послугами електронних комунікацій (телекомунікаційними послугами) із трансляції телерадіопрограм. Хоча аудиторія завдяки діяльності операторів телекомунікацій отримує доступ до програм, в частині безоплатного ефірного телебачення і радіомовлення, такі послуги надаються операторами телерадіоорганізаціям в межах відповідних договорів, а аудиторія не має жодних прав щодо них.

Також, слід розглянути твердження, що міститься в пункті 16 преамбули до Директиви (ЄС) 2018/1972 про створення Європейського кодексу електронних комунікацій (далі – Кодекс): «Відповідно до практики Суду Європейського Союзу (Суд ЄС) щодо статті 57 ДФЄС, винагорода також існує в значенні ДФЄС, якщо третьою стороною оплачується постачання послуг, а не отримувачем послуг. Таким чином, концепція винагороди також повинна охоплювати ситуації, коли кінцевий користувач піддається рекламі як умові для

отримання доступу до послуги, або ситуації, коли постачальник послуг монетизує персональні дані, які він зібрав відповідно до Регламенту (ЄС) 2016 / 679».

Це твердження безумовно є справедливим, якщо концепція винагороди є ознакою господарської діяльності господарюючого суб'єкту однієї країни на території іншої країни. Справа, на яку вище посилається директива (Judgment of the Court of Justice of 26 April 1988, *Bond van Adverteerders and Others v The Netherlands State*, C-352/85, ECLI: EU:C:1988:196), стосується природи поширення реклами, розміщеної в ефірних та супутникових програмах телекомпаній, зареєстрованих в інших країнах Європейського союзу, але адресованої телеглядачам Нідерландів, зокрема, шляхом субтитрування. В цьому сенсі, суд визначив, що поширення такої реклами є послугами телекомпаній (тобто, господарською діяльністю) на території Нідерландів, хоча реальні грошові кошти за це поширення телекомпанії на цій території не отримують.

Втім, це рішення не означає, що за цивільним законодавством, договір між телекомпанією та рекламодавцем, дійсно є договором на користь третьої особи (глядачів), оскільки в цьому випадку немає визначеної в такому договорі третьої особи, яка набуває за ним певні, визначені в ньому, права.

Опосередковано, ситуація описана вище, має наслідком те, що в галузі телерадіомовлення не діють задекларовані в законодавстві норми про обмеження монополізму, оскільки відсутність послуг, що надаються телерадіоорганізаціями їх аудиторії, також означає відсутність ринку (ринків) таких послуг. Хоча українське законодавство не містить чіткого визначення поняття «товар», «ринок» та «оборот\обіг», що пов'язано із бажанням оподатковувати будь яке переміщення матеріальних і нематеріальних цінностей від однієї особи до іншої, підзаконні нормативні акти у сфері обмеження монополізму для визначення меж товарних ринків вимушені оперувати такими поняттями як «попит» та «пропозиція», які в свою чергу визначаються через певну ціну товарів. Відсутність ціни фактично призводить до відсутності товару, а відповідно – до відсутності ринку.

Таким чином, при поширенні телерадіопрограм ефірні телерадіоорганізації в Україні надають рекламні, а не програмні, послуги і, відповідно, працюють на ринку рекламних послуг. Аналогічно, оператори ефірних телемереж (такі, як ТОВ «Зеонбуд» та Концерн РРТ) надають послуги виключно телерадіоорганізаціям, а не аудиторії. Це створює додаткову проблему для імплементації Кодексу в частині захисту прав споживачів, оскільки за українським законодавством аудиторія не є споживачами телекомунікаційних послуг із трансляції ефірного (безкоштовного) телебачення та радіомовлення.

Під час обговорення проектів імплементації Директиви, європейські експерти особливо наголошували на необхідності точного застосування термінології Директиви з метою полегшення роботи європейських судів та юристів з українським законодавством. Так, зокрема, було зазначено, що хоча Україна не обмежена в тому, щоб поширити дію Директиви на радіомовлення, та незважаючи на те, що поширення звуків може бути складовою аудіовізуальних послуг, в українському законодавстві радіомовлення не може бути охоплене поняттям «аудіовізуальні послуги» і для нього необхідно застосовувати окремий термін.

Така ж саме ситуація складається із з операторами кабельних телемереж, які надають послугу доступу до пакетів телеканалів, і регулювання змісту цих пакетів не виключається а ні Директивою, а ні Кодексом. Зокрема, відповідно до пункту 11 преамбули Кодексу: «...оператор кабельного телебачення, може запропонувати як послуги електронного зв'язку, такі як передача телевізійних сигналів, так і послуги, які не підпадають під дію цієї Директиви, такі як комерціалізація пропозиції послуг звукового або телевізійного контенту, тому на таке підприємство можуть бути накладені додаткові зобов'язання щодо його діяльності як постачальника чи дистриб'ютора змісту відповідно до положень, відмінних від положень цієї Директиви, без шкоди для умов, викладених у додатку до цієї Директиви».

Таким чином, для імплементації норм європейського законодавства у сфері аудіовізуальних послуг, перш за все необхідно розробити нові підходи до законотворчої техніки, які б дозволили з одного боку гармонізувати європейську термінологію з цивільним та господарським правом України, без ускладнення сприйняття таких норм пересічним громадянином, а з іншого боку – забезпечили б чітку кореляцію між тотожними термінами для їх застосування юристами Європейського союзу.

2. Структура оплати за використання радіочастотного ресурсу для цілей телебачення і радіомовлення включає в себе ліцензійний збір за отримання ліцензії на мовлення, ліцензійний збір за отримання ліцензії провайдера програмної послуги багатоканальної ефірної телемережі (у разі його наявності, далі - провайдер) та рентну плату. Всі ці платежі прямо або опосередковано здійснюються за рахунок коштів телерадіоорганізацій, оскільки навіть у випадку, коли користувачем РЧР за ліцензією є провайдер (на

сьогодні, це стосується лише телемереж ТОВ «Зеонбуд»), його ліцензійний збір та сплачувана ним рентна плата відшкодовуються за рахунок оплати телерадіоорганізаціями його послуг.

Слід зауважити, що хоча в українському законодавстві прямо не зазначено, що ліцензійний збір за отримання ліцензії на мовлення або ліцензії провайдера програмної послуги фактично є оплатою за використання відповідного радіочастотного ресурсу, це впливає із методики розрахунку такого збору, яка виокремлює формули для розрахунку ліцензійного збору тим ліцензіатам, які використовують РЧР.

Щодо розмірів ставок рентної плати, то хоча для телебачення і радіомовлення вони є значно нижчими, ніж для інших користувачів, слід зазначити, що вони визначаються у залежності від потужності передавача, тобто від тієї території, на якій здійснюється використання РЧР, і така територія навіть для найбільш потужних передавачів є значно меншою, ніж вся територія України. Так, для загальнонаціонального телебачення наразі в середньому використовується біля 200 передавачів, які не забезпечують повного покриття території України. Тому, для порівняння розміру рентної плати телерадіоорганізацій з іншими користувачами, які використовують відповідну ширину смуги радіочастот повністю, необхідно визначити суму рентної плати, що підлягає сплаті всіма телерадіоорганізаціями, які працюють в цій смузі на території України, а також враховувати ті території, де ця смуга використовується іншими користувачами, або не використовується взагалі. На жаль, зробити такі розрахунки на підставі даних з відкритих джерел неможливо.

В цілому, можна зробити висновок, що в Україні плата за використання РЧР відповідає підходам, що визначені в пункті 100 преамбули Кодексу: «...У випадку конкурсних або порівняльних процедур відбору, плата за порядок користування радіочастотним спектром складається повністю або частково з одноразової суми, а механізми оплати повинні гарантувати, що на практиці такі платежі не призводять до відбору на основі критеріїв, не пов'язаних з метою забезпечення оптимального використання радіочастотного спектра...».

Стосовно імплементації принципу технологічної нейтральності та її імовірних наслідків для зменшення обсягів РЧР, що використовується для цілей телебачення і радіомовлення, то Кодекс не містить передумов для такого зменшення. Навпаки, пункти 108, 113, 115 та 116 преамбули Кодексу передбачають виключення із принципу технологічної нейтральності, а саме – адміністративне визначення технологій та послуг для забезпечення цілей загального інтересу, зокрема - для сприяння культурному та мовному різноманіттю та плюралізму засобів масової інформації.

3. Водночас, імплементація Кодексу дозволить вирішити надзвичайно складне для України завдання врегулювання ціни та якості надання послуг операторів телекомунікацій у сфері телебачення і радіомовлення. На сьогодні тарифи на такі послуги законодавством не регулюються і визначаються операторами в одноособовому порядку. Також не визначені вимоги до якості надання послуг і порядок контролю за її дотриманням.

Найскладнішою є ситуація із Концерном РРТ, який фактично займає монопольне становище у сфері телекомунікаційних послуг для цілей ефірного телебачення в частині використання антено-щоглових споруд. Його становище зумовлене тим, що існують технологічні перешкоди для розміщення телевізійних передавачів на спорудах, які для цього спеціально не призначені. Використовуючи своє становище, Концерн РРТ визначає тарифи на свої послуги «виходячи із розмірів фактичних витрат підприємства».

Зокрема, за рахунок телерадіоорганізацій покриваються витрати на утримання біля 300 телевізійних антено-щоглових споруд, які або використовуються для надання послуг іншим споживача (зокрема, для цілей оборони), або не використовуються взагалі. Необхідно брати до уваги, що антено-щоглові споруди технологічно не можуть бути повністю законсервовані, вони потребують систематичних профілактичних робіт, значних витрат на охорону та сплату податку на землю. Крім того, так само Концерн покриває витрати на утримання ще близько 500 антено-щоглових споруд, що використовуються для радіорелейних ліній. Також Концерн вочевидь покриває витрати на трансляцію суспільного мовника (з огляду на розмір та тривалість його заборгованості) за рахунок комерційних телерадіоорганізацій.

Всі ці заходи, тим не менш, не дозволяють Концерну підтримувати підприємство навіть на мінімальному рівні прибутковості. За результатами 2017 року чистий прибуток Концерну склав 12 293 тис. грн., тоді як відповідно до Звіту аудитора за 2017 рік, сума витрат була занижена щонайменше на 11 399 тис. грн. (6 001 тис. грн. резерву сумнівних заборгованостей та 5 398 тис. грн. витрат на будівництво неперспективних об'єктів). Тобто, за найоптимістичнішими оцінками, 2017 рік Концерн закінчив практично без прибутку. Також, у Звіті аудитора витрати запропоновано збільшити ще на 5 033 тис. грн. забезпечення на виплату премій за 2017 рік, що фактично робить Концерн збитковим, втім, не відомо, чи такі премії були виплачені.

Саме з метою недопущення такої ситуації, статтею 74 Кодексу передбачено, що : «Національний регулюючий орган може... накласти зобов'язання, пов'язані з ... контролем за цінами, включаючи зобов'язання щодо цінової орієнтації та зобов'язань щодо систем обліку витрат, ... у ситуаціях, коли аналіз ринку свідчить про те, що відсутність ефективної конкуренції означає, що зацікавлене підприємство може підтримувати ціни на надмірно високому рівні ... ..Національні регуляторні органи можуть вимагати надання повного обґрунтування своїх цін, і, якщо це доречно, вимагати коригування цін. ...Національні регуляторні органи забезпечують, ... щоб опис системи обліку витрат став доступним для громадськості, що показує принаймні основні категорії, за якими групуються витрати та правила, що використовуються для розподілу витрат. Кваліфікований незалежний орган перевіряє відповідність системи обліку витрат і щорічно публікує заяву про відповідність».

Імплементация цих положень потребує введення державного регулювання тарифів на телекомунікаційні послуги, яка б включала в себе вимоги щодо окремого обліку витрат на надання кожного виду послуг, а також – визначення розміру тарифів виходячи із собівартості відповідного виду послуг із встановленням граничних нормативів рентабельності.