

KOMUNIKAT KOMISJI**Wytyczne w sprawie stosowania w praktyce kryterium zasadniczej funkcji w odniesieniu do definicji „usługi platformy udostępniania wideo” zgodnie z dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych**

(2020/C 223/02)

I. WSTĘP

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych (dalej „dyrektywa”) ⁽¹⁾ ma na celu wzmocnienie ochrony użytkowników, w szczególności małoletnich, przed niektórymi formami nielegalnych i szkodliwych treści audiowizualnych dostępnych online. Z tego powodu rozszerzono zakres dyrektywy w celu nałożenia pewnych obowiązków na dostawców platformy udostępniania wideo.

Zgodnie z art. 28b ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie zapewniają, aby dostawcy platformy udostępniania wideo podlegający ich jurysdykcji stosowali odpowiednie środki w celu ochrony małoletnich przed szkodliwymi treściami i wszystkich użytkowników przed treściami zawierającymi nawoływanie do przemocy lub nienawiści oraz treściami, których rozpowszechnianie jest czynem będącym przestępstwem na mocy prawa unijnego (to jest publicznym nawoływaniem do popełnienia przestępstwa terrorystycznego ⁽²⁾, przestępstwem związanym z pornografią dziecięcą ⁽³⁾ oraz przestępstwem na tle rasistowskim i ksenofobicznym ⁽⁴⁾). Na podstawie art. 28b ust. 2 na dostawców platformy udostępniania wideo nakłada się również pewne obowiązki dotyczące handlowych przekazów audiowizualnych.

Motyw 4 dyrektywy (UE) 2018/1808 stanowi, że „[u]sługi platformy udostępniania wideo dostarczają treści audiowizualne, które są coraz bardziej dostępne dla ogółu odbiorców, zwłaszcza młodzieży. Tak samo jest w przypadku serwisów społecznościowych, które stały się ważnym medium wymiany informacji oraz służącym rozrywce i edukacji, poprzez umożliwienie dostępu do audycji oraz do wideo tworzonych przez użytkownika. Te serwisy społecznościowe powinny zostać objęte zakresem dyrektywy 2010/13/UE, ponieważ ich dostawcy konkurują o tych samych odbiorców i o te same przychody co audiowizualne usługi medialne. Ponadto mają one dużą siłę oddziaływania, gdyż umożliwiają użytkownikom łatwe kształtowanie i wpływanie na opinie innych użytkowników. Dlatego w celu ochrony małoletnich przed szkodliwymi treściami, a wszystkich obywateli przed nawoływaniem do nienawiści, przemocy i terroryzmu usługi te należy objąć zakresem dyrektywy 2010/13/UE, o ile spełniają kryteria definicji usługi platformy udostępniania wideo”.

Jest zatem jasne, że niektóre serwisy społecznościowe mieszczą się w zakresie stosowania nowych przepisów dotyczących platform udostępniania wideo, w przypadku gdy spełniają określone kryteria.

⁽¹⁾ Dla celów niniejszych wytycznych „dyrektywa” oznacza dyrektywę 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) (Dz.U. L 95 z 15.4.2010, s. 1), zmieniona dyrektywą (UE) 2018/1808 (Dz.U. L 303 z 28.11.2018, s. 69).

⁽²⁾ Jak określono w art. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępującej decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniającej decyzję Rady 2005/671/WSiSW (Dz.U. L 88 z 31.3.2017, s. 6).

⁽³⁾ Jak określono w art. 5 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz.U. L 335 z 17.12.2011, s. 1).

⁽⁴⁾ Jak określono w art. 1 decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz.U. L 328 z 6.12.2008, s. 55).

Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. aa) dyrektywy „usługa platformy udostępniania wideo» oznacza usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, gdy podstawowym celem usługi lub jej dającej się oddzielić części lub zasadniczą funkcją usługi jest dostarczanie ogółowi odbiorców w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a) dyrektywy 2002/21/WE – audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub obu tych rodzajów treści, za które dostawca platformy udostępniania wideo nie ponosi odpowiedzialności redakcyjnej, ale o sposobie zestawienia których dostawca ten decyduje, w tym automatycznie lub za pomocą algorytmów, w szczególności poprzez eksponowanie, flagowanie i sekwencjonowanie”.

W motywie 5 dyrektywy (UE) 2018/1808 dalej wyjaśniono, że „[m]imo że celem dyrektywy 2010/13/UE nie jest regulowanie serwisów społecznościowych jako takich, jednak usługa ta powinna zostać objęta jej zakresem, jeżeli zasadniczą funkcją danej usługi jest dostarczanie audycji lub wideo stworzonych przez użytkownika. Dostarczanie audycji oraz wideo stworzonych przez użytkownika można uznać za zasadniczą funkcję serwisu społecznościowego, jeżeli treści audiowizualne nie są jedynie dodatkiem do działalności tej usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części. Aby zapewnić jasność, skuteczność i spójność wdrażania dyrektywy, Komisja powinna w razie potrzeby wydać – po konsultacjach z Komitetem Kontaktowym – wytyczne w sprawie praktycznego stosowania kryterium zasadniczej funkcji serwisu zawarte w definicji »usługi platformy udostępniania wideo«. Wytyczne te powinny zostać opracowane z należyтым poszanowaniem celów leżących w ogólnym interesie publicznym, które mają być osiągnięte za pośrednictwem środków podejmowanych przez dostawców platform udostępniania wideo, oraz z poszanowaniem prawa do wolności wypowiedzi”⁽⁵⁾.

Zgodnie z motywem 5 w niniejszych wytycznych należy uwzględnić potrzebę zapewnienia wolności wypowiedzi i osiągnięcia celów istotnych dla ogółu społeczeństwa⁽⁶⁾.

W trakcie sporządzania niniejszych wytycznych Komisja należy skonsultowała się z Komitetem Kontaktowym zgodnie z motywem 5.

II. KATEGORIE PLATFORM UDOSTĘPNIANIA WIDEO, O KTÓRYCH MOWA W DYREKTYWIE

Na podstawie definicji, o której mowa w art. 1 ust. 1 lit. aa) dyrektywy, usługi platformy udostępniania wideo można zidentyfikować w oparciu o następujące trzy kryteria:

- 1) usługi, których podstawowym celem jest dostarczanie ogółowi odbiorców audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub obu tych rodzajów treści;
- 2) usługi o szerszym zakresie, w ramach których oferuje się między innymi dającą się oddzielić część, której podstawowym celem jest dostarczanie ogółowi odbiorców audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub obu tych rodzajów treści;
- 3) usługi, których *zasadniczą funkcją* jest dostarczanie ogółowi odbiorców audycji, wideo stworzonych przez użytkownika lub obu tych rodzajów treści.

Należy zauważyć, że powyższe kryteria nie muszą się wzajemnie wykluczać. W szczególności usługi o dającej się oddzielić części, które mogłyby stanowić platformę udostępniania wideo na podstawie kryterium dotyczącego podstawowego celu (kategoria 2), mogą jednocześnie kwalifikować się również w całości jako platforma udostępniania wideo na podstawie kryterium dotyczącego zasadniczej funkcji (kategoria 3).

W świetle powyższego celem niniejszego dokumentu jest dostarczenie wytycznych w sprawie praktycznego stosowania kryterium zasadniczej funkcji zawarte w definicji „usługi platformy udostępniania wideo” zgodnie z dyrektywą. Niniejsze wytyczne nie mają charakteru wiążącego. W zakresie, w jakim mogą one stanowić interpretację dyrektywy, stanowisko Komisji pozostaje bez uszczerbku dla wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

⁽⁵⁾ Również adekwatny w tym kontekście jest motyw 6 dyrektywy (UE) 2018/1808, w którym z zakresu definicji usług platformy udostępniania wideo wyłączono „działalność[ć] niedochodow[a], taki[a] jak udostępnianie treści audiowizualnych na prywatnych stronach internetowych i stronach internetowych niekomercyjnych grup zainteresowań”.

⁽⁶⁾ Zgodnie z motywem 51 dyrektywy (UE) 2018/1808 przy stosowaniu odpowiednich środków mających na celu ochronę użytkowników i małoletnich należy mieć na uwadze obowiązujące prawa podstawowe, w tym wolność wypowiedzi.

III. ZNACZENIE TREŚCI AUDIOWIZUALNYCH DLA DZIAŁALNOŚCI USŁUGI

W motywie 5 dyrektywy (UE) 2018/1808 wyjaśniono, że aby dostarczanie treści audiowizualnych stanowiło zasadniczą funkcję usługi, takie treści audiowizualne nie mogą być „jedynie dodatkiem do działalności tej usługi ani [...] stanowi[ć] jej niewielkiej części”. Treści audiowizualne należy uznawać za stanowiące dodatek do działalności usługi, w przypadku gdy pełnią one jedynie funkcję pomocniczą w odniesieniu do podstawowej działalności lub funkcji danej platformy. Mogłoby to dotyczyć na przykład wideo umieszczanych wyłącznie w celu wsparcia transakcji gospodarczych, na przykład wideo przedstawiających konkretne towary lub usługi na potrzeby ewentualnej lub rzeczywistej sprzedaży (może to obejmować na przykład platformy handlu elektronicznego, w tym wideo użytkowników prezentujące produkt w trakcie użytkowania).

Treści audiowizualne można uznać za stanowiące „niewielką część” działalności usługi, w przypadku gdy na podstawie kryteriów ilościowych lub jakościowych zdają się one odgrywać nieistotną rolę w ogólnej działalności usługi. Na przykład z ilościowego punktu widzenia fakt, że na platformie dostępna jest duża liczba filmów wideo, może sugerować, że treści audiowizualne stanowią istotną część usługi. Jednocześnie niezależnie od kryteriów ilościowych wideo mogą stanowić istotną część usługi platformy wówczas, gdy w znaczący sposób przyczyniają się do atrakcyjności, funkcjonalności lub sukcesu rynkowego samej usługi. Do takiego wniosku można dojść na podstawie szeregu faktów, takich jak na przykład fakt, że użytkownicy odbierają znaczne ilości wideo i programów lub że platformy inwestują w treści audiowizualne lub je promują.

Komisja jest zdania, że aby ocenić, czy funkcja pełniona przez treści audiowizualne jest zasadnicza, państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny rozważyć w szczególności naturę i konkretną rolę odgrywaną przez wideo stworzone przez użytkowników oraz programy w ramach usługi oferowanej na platformie. W szczególności organy krajowe powinny przeprowadzić ogólną analizę usługi, uwzględniając przy tym wskaźniki jakościowe lub ilościowe, w celu ustalenia, czy dostarczane treści audiowizualne są jedynie dodatkiem do działalności usługi lub stanowią jej niewielką część ⁽⁷⁾.

Przy dokonywaniu oceny danej usługi należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy treści audiowizualne są kluczowe dla sukcesu komercyjnego lub pozycjonowania usługi na rynku. Niemniej wymogu dotyczącego zasadniczej funkcji nie należy w żadnym wypadku interpretować jako konieczności, aby treści audiowizualne dostępne na platformie miały takie kluczowe znaczenie komercyjne, że w przypadku ich braku usługa nie mogłaby funkcjonować lub być dalej świadczona na rynku. Taka wąska interpretacja nie gwarantowałaby odpowiedniego poziomu ochrony użytkowników i małoletnich podczas odbierania przez nich treści audiowizualnych na wielu popularnych platformach, takich jak niektóre serwisy społecznościowe, i w związku z tym nie byłaby zgodna z celem dyrektywy ⁽⁸⁾.

Dodatkowo usługi opierające się na treściach audiowizualnych stanowiących istotną część ich działalności gospodarczej lub niebędących jedynie dodatkiem do tej działalności zazwyczaj powodują, że użytkownicy mają większy kontakt z tego rodzaju treściami. Wobec tego Komisja uważa, że przy stosowaniu kryterium dotyczącego zasadniczej funkcji państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny zwracać szczególną uwagę również na perspektywę użytkowników i, w szczególności, na stopień ich kontaktu z treściami audiowizualnymi podczas uzyskiwania dostępu do odnośnych usług.

Zgodnie z wyżej określonym podejściem Komisja ustaliła pewne stosowne wskaźniki, które organy krajowe powinny wziąć pod uwagę przy stosowaniu kryterium dotyczącego zasadniczej funkcji związanego z definicją dostawcy usługi platformy udostępniania wideo. Na potrzeby przedstawienia informacji wskaźniki te można podzielić na cztery kategorie: 1) związek między treściami audiowizualnymi a głównym rodzajem lub głównymi rodzajami działalności gospodarczej usługi; 2) znaczenie ilościowe i jakościowe treści audiowizualnych dostępnych w ramach usługi; 3) spieniężenie treści audiowizualnych lub generowanie przychodów za ich pomocą oraz 4) dostępność narzędzi mających na celu zwiększenie widoczności lub atrakcyjności treści audiowizualnych.

⁽⁷⁾ Ponadto podejście to jest zgodne z motywem 4 dyrektywy (UE) 2018/1808, w którym wyjaśniono, że serwisy społecznościowe należy objąć zakresem stosowania tej dyrektywy, ponieważ ich dostawcy konkurują o tych samych odbiorców i o te same przychody, co audiowizualne usługi medialne.

⁽⁸⁾ W motywie 4 dyrektywy odniesiono się do serwisów społecznościowych, które „stały się ważnym medium wymiany informacji oraz służącym rozrywce i edukacji, poprzez umożliwienie dostępu do audycji oraz do wideo tworzonych przez użytkowników” oraz „mają [...] dużą siłę oddziaływania, gdyż umożliwiają użytkownikom łatwe kształtowanie i wpływanie na opinie innych użytkowników”.

Wskaźników tych nie należy stosować w sposób łączny. W szczególności brak jednego lub kilku z nich nie powinien prowadzić automatycznie do wniosku, że usługa nie jest platformą udostępniania wideo. Przeciwnie, usługę należy uznać za spełniającą przesłankę zasadniczej funkcji wówczas, gdy na podstawie ogólnej oceny wystarczająca liczba przeanalizowanych wskaźników wspiera wniosek, że treści audiowizualne dostarczane w ramach usługi nie są jedynie dodatkiem do działalności tej usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części.

1. **Związek między treściami audiowizualnymi a głównym rodzajem lub głównymi rodzajami działalności gospodarczej usługi**

Ogólnie rzecz biorąc jeżeli treści audiowizualne na platformie same w sobie stanowią wartość, użytkownicy mogą odbierać filmy wideo i programy jako autonomiczne elementy usługi świadczonej w ramach platformy, tj. niezależnie od innej podstawowej działalności gospodarczej. W takich przypadkach istnieje prawdopodobieństwo, że takie treści audiowizualne nie są jedynie dodatkiem do działalności usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części oraz że użytkownicy będą mieli większy kontakt z takimi treściami.

Wobec tego państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny w szczególności uwzględnić następujące wskaźniki:

- **ogólna struktura i wygląd zewnętrzny platformy.** W przypadku gdy platforma jest nastawiona na udostępnianie użytkownikom treści w celach informacyjnych, edukacyjnych lub rozrywkowych, a nie na przykład w celach ułatwiania transakcji gospodarczych, prawdopodobne jest, że elementu audiowizualnego nie uzna się za będący jedynie dodatkiem do działalności usługi ani za stanowiący jej niewielką część. W tym kontekście istotnymi elementami mogłyby być ogólna struktura i wygląd zewnętrzny usługi, na przykład fakt, czy jej główne strony (włącznie z interfejsem służącym do udostępniania) lub oś czasu platformy zawierają znaczące funkcje udostępniania wideo (w przeciwieństwie do funkcji wynikających jedynie z handlu elektronicznego), takie jak prezentacja lub sugerowanie nowych lub popularnych materiałów wideo czy transmisji na żywo, list kategorii, przycisk „zarejestruj wideo” lub bezpośredni link do funkcji galerii w telefonie lub komputerze oraz do przechowywanych tam treści. Jeżeli takie elementy wystąpiły, istnieje prawdopodobieństwo, że treści audiowizualne nie będą stanowić niewielkiej części usługi lub nie będą jedynie dodatkiem do tej usługi,
- **autonomiczny charakter treści audiowizualnych.** Jeżeli wideo są umieszczane lub udostępniane na platformie jako „autonomiczne” elementy, a nie w celu ułatwienia transakcji gospodarczych, a użytkownicy oglądają je ze względu na ich rzeczywistą wartość informacyjną, rozrywkową lub edukacyjną, zachodzi większe prawdopodobieństwo, że mają one istotne znaczenie dla działalności platformy. Z kolei fakt, że platformę stworzono głównie jako narzędzie mające na celu wprowadzanie do obrotu lub ułatwianie wprowadzania do obrotu dóbr i usług (innych niż dostarczanie treści audiowizualnych), wskazuje na to, że funkcja audiowizualna jest dodatkiem do podstawowej działalności gospodarczej lub stanowi jej niewielką część. Na przykład jeżeli platforma handlu elektronicznego umożliwia dostawcom wykorzystywanie wideo wyłącznie w celu zilustrowania konkretnych produktów, sugerowałoby to, że platformy tej nie należy uznawać za platformę udostępniania wideo. W tym kontekście organy krajowe mogą zweryfikować, czy użytkownicy umieszczają, udostępniają lub pobierają wideo jako autonomiczne elementy, a nie w ramach promocji sprzedaży towarów i usług. W takich przypadkach istnieje również większe prawdopodobieństwo, że użytkownicy będą mieli większy kontakt z wideo i, w związku z tym, element audiowizualny mógłby być postrzegany jako bardziej istotny niż będący jedynie dodatkiem do działalności platformy lub stanowiący jej niewielką część,
- **specjalne funkcje usługi dostosowane do treści audiowizualnych lub charakterystyczne dla nich.** Fakt, że platforma obejmuje specjalne funkcje dostosowane do treści audiowizualnych lub charakterystyczne dla nich, wskazuje na szczególne znaczenie treści audiowizualnych w ogólnej działalności usługi. Szczególnie istotne są takie elementy jak występowanie funkcji automatycznego odtwarzania, w szczególności jeżeli jest ona włączona domyślnie, lub funkcji transmisji na żywo. Podobnie można wziąć pod uwagę fakt, że platforma zawiera funkcje pozwalające na wyszukiwanie wyłącznie treści wideo lub filtrowanie wyników danego wyszukiwania poprzez wyświetlanie wyłącznie wideo. Istnienie takich funkcji wskazuje na to, że treści audiowizualne nie są jedynie dodatkiem do działalności usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części i prowadzą do większego kontaktu użytkowników z takimi treściami,
- **sposób pozycjonowania się usługi na rynku oraz segment rynku, do którego jest skierowana.** Istotnym wskaźnikiem tego, że treści nie są jedynie dodatkiem do działalności lub że stanowią jej istotną część, jest sposób identyfikacji usługi w komunikacji z odbiorcami oraz sposób wprowadzania do obrotu lub reklamowania usługi wśród użytkowników w segmencie rynku, do którego jest skierowana. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę fakt, czy usługę wprowadza się na rynek lub w komunikacji z odbiorcami określa się ją jako platformę udostępniania wideo lub czy stosuje się konkretne odniesienia do jej elementu audiowizualnego lub oferty audiowizualnej.

2. Ilościowe i jakościowe znaczenie treści audiowizualnych dla działalności usługi

Co do zasady Komisja jest zdania, że im większe ilość i znaczenie treści audiowizualnych w ramach usługi, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że takie treści będą jedynie dodatkiem do działalności usługi lub stanowić jej niewielką część. W takich przypadkach zachodzi większe prawdopodobieństwo, że usługi będą prowadzić do znacznego kontaktu użytkowników z treściami audiowizualnymi.

Ilość i znaczenie treści audiowizualnych można ocenić na podstawie zarówno wskaźników ilościowych, jak i jakościowych. Państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny w szczególności uwzględnić następujące wskaźniki:

- **ilość treści audiowizualnych dostępnych na platformie.** Jeżeli platforma zawiera znaczącą liczbę wideo, nie jest prawdopodobne, że funkcja audiowizualna usługi jest jedynie dodatkiem do działalności tej usługi lub stanowi jej niewielką część. Ocena ta powinna opierać się na znaczących i rzetelnych danych. Jeżeli dostępne są znaczące dane, organy krajowe mogą dokonać tej oceny w ujęciu ilościowym, uwzględniając na przykład liczbę lub proporcję wideo dostępnych na platformie w porównaniu z innego rodzaju dostępnymi treściami. Organы krajowe wzywa się do gromadzenia lub weryfikowania takich danych lub informacji w sposób autonomiczny lub ze źródeł niezależnych od danego usługodawcy. W przypadku braku dokładnych danych organy krajowe mogą skorzystać z odpowiednich danych jakościowych, takich jak analiza próby części platformy w określonym przedziale czasowym lub ankiety dla użytkowników/zainteresowanych stron,
- **wykorzystanie treści audiowizualnych na platformie.** Fakt, że użytkownicy platformy w znacznym zakresie korzystają z materiałów wideo dostępnych na danej platformie wskazuje na to, że treści audiowizualne mają szczególne znaczenie dla danej usługi. Jak wyjaśniono w odniesieniu do poprzedniego wskaźnika, organy krajowe wzywa się do tego, aby dokonując analizy, opierały się na rzeczowych i rzetelnych danych. Na przykład organy krajowe mogą wykorzystać takie dane ilościowe, jak liczba kliknięć, udostępnień i polubień związanych z wideo w przypadku, gdy dostępne są rzeczowe dane. W miarę możliwości organy krajowe mogą również dokonać stosownego porównania między wykorzystaniem treści audiowizualnych a wykorzystaniem innego rodzaju treści w ramach platformy. Organы krajowe wzywa się również do gromadzenia lub weryfikowania takich danych lub informacji w sposób autonomiczny lub ze źródeł niezależnych od danego usługodawcy. W przypadku braku dokładnych danych organy krajowe mogą skorzystać z odpowiednich danych jakościowych, takich jak analiza próby części platformy w określonym przedziale czasowym lub ankiety dla użytkowników/zainteresowanych stron,
- **zasięg treści audiowizualnych.** Popularne materiały wideo – nawet jeżeli występują one w ograniczonej liczbie – mogą docierać do szerokiej liczby użytkowników, w szczególności poprzez udostępnianie i polecenie. Występowanie na platformie popularnych materiałów wideo mających na celu informowanie i edukowanie użytkowników lub dostarczanie im rozrywki wskazuje na to, że treści te nie są jedynie dodatkiem i stanowią istotną część platformy. W takich przypadkach nie zachodzi prawdopodobieństwo, że funkcja audiowizualna jest jedynie dodatkiem do działalności tej usługi lub stanowi jej niewielką część. Zgodnie z motywem 5 oraz potrzebą należytego uwzględnienia ogólnego interesu publicznego będącego celem nowych przepisów należy w tym kontekście przyznać szczególną wagę docelowym odbiorcom platformy i – w szczególności – temu, czy platforma jest skierowana do małoletnich lub – nawet jeżeli nie jest ona bezpośrednio skierowana do małoletnich – czy małoletni regularnie z niej korzystają, podczas gdy nie podejmuje się żadnych środków w celu zniechęcenia do takiego korzystania. W szczególności w takich przypadkach znacząca liczba (wrażliwych) użytkowników może mieć kontakt z treściami audiowizualnymi dostępnymi na platformie, nawet jeżeli stosunkowa ilość tych treści na platformie jest ograniczona. W związku z tym w ramach oceny należy wziąć pod uwagę stopień ryzyka związany z kontaktem, jaki małoletni mają z treściami audiowizualnymi w ramach usługi.

3. Spieniężenie treści audiowizualnych lub generowanie przychodów za ich pomocą

Fakt spieniężenia platformy lub generowania dzięki niej przychodów z treści audiowizualnych zazwyczaj wskazuje na to, że takie treści nie są jedynie dodatkiem do działalności usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części. Ponadto wskazuje to zwykle na znaczenie handlowe takich treści dla danej usługi (*). W praktyce istnieje większe prawdopodobieństwo, że usługi te sprawią, że użytkownicy będą mieli większy kontakt z takimi treściami, w celu zwiększenia wynikających z tego przychodów lub innych powiązanych korzyści.

(*) Pojęcie spieniężenia treści audiowizualnych obejmuje przychody bezpośrednie i zyski pośrednie uzyskane za pomocą usługi. Nawet w przypadkach, w których usługa nie prowadzi bezpośrednio do uzyskania przychodów, może ona umożliwiać pośrednio uzyskiwanie korzyści z treści audiowizualnych umieszczanych i spieniężanych przez użytkowników. Ogólnie rzecz biorąc perspektywa związana ze spieniężeniem treści będzie zachęcać twórców do produkowania treści o wyższej jakości w celu przyciągnięcia odbiorców i, tym samym, przychodów. Ponadto można się spodziewać, że będzie to miało pozytywny wpływ na popularność i sukces usługi.

Państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny w szczególności uwzględnić następujące wskaźniki:

- **uwzględnienie informacji handlowych w treściach audiowizualnych lub w ich otoczeniu**, takich jak reklama reklamy wideo nadawane przed właściwymi treściami, w ich trakcie lub po ich wyświetleniu (ang. *pre-roll*, *mid-roll* lub *post-roll*) ⁽¹⁰⁾. Wskaźnik ten należy rozumieć jako obejmujący zarówno informacje handlowe przekazywane w ramach usługi, jak i sprzedaż przestrzeni reklamowej stronom trzecim, takim jak reklamodawcy. W tym kontekście polityki wdrożone w ramach usług, mające na celu zagwarantowanie odpowiedniego charakteru treści audiowizualnych, w otoczeniu których lub w obrębie których będą wyświetlane informacje handlowe danej marki zewnętrznej, stanowią kolejną kwestię do rozważenia,
- **pobieranie opłat za dostęp do treści audiowizualnych**. Fakt, że platforma pobiera opłaty za dostęp do treści audiowizualnych, takie jak subskrypcja lub płatność za dostęp typu „pay-per-view”, pokazuje, że usługa umożliwia generowanie przychodów z takich treści. Stosowanie takich systemów płatności jest znaczące niezależnie od tego, czy system spieniężania podlega bezpośredniemu zarządzaniu w ramach usługi, czy zarządzaniu przez osoby zamieszczające treści/twórców,
- **umowy sponsoringu między markami a osobami zamieszczającymi treści**. Umowy sponsoringu lub umowy o lokowanie produktu między różnego rodzaju zewnętrznymi markami produktów i usług oraz osobami zamieszczającymi treści (twórcami treści audiowizualnych) stają się popularnym sposobem na spieniężenie treści audiowizualnych, jako że coraz więcej marek zawiera umowy z popularnymi twórcami lub influencerami, którzy osiągają duże liczby wyświetleń. W niektórych przypadkach usługi w wyraźny sposób zachęcają do zawierania takich umów lub ułatwiają ich zawieranie, na przykład poprzez organizację wydarzeń dla marek zewnętrznych i twórców lub poprzez oferowanie wsparcia logistycznego. Podczas gdy usługi platformy udostępniania wideo mogą nie być bezpośrednimi stronami tych umów, korzystają one w sposób pośredni z popularności takich twórców oraz liczby odbiorców, których ci przyciągają. W związku z tym istnienie takich umów wskazuje na (pośrednie) spieniężanie treści audiowizualnych na platformie,
- **śledzenie aktywności użytkowników platformy**. Fakt, że platforma śledzi sposób wykorzystania przez użytkowników treści audiowizualnych dostępnych w ramach usługi do różnych celów natury marketingowej/handlowej, takich jak targetowanie reklam behawioralnych lub umowy o udostępnianie danych, również należy uznawać za metodę pośredniego spieniężania.

4. Dostępność narzędzi mających na celu zwiększenie widoczności lub atrakcyjności treści audiowizualnych ⁽¹¹⁾

Występowanie w ramach danej usługi konkretnych narzędzi mających na celu zwiększenie widoczności i atrakcyjności treści audiowizualnych zazwyczaj wskazuje na to, że takie treści nie są jedynie dodatkiem do działalności usługi ani nie stanowią jej niewielkiej części. Tego rodzaju narzędzia prowadzą również do większego kontaktu użytkowników z treściami audiowizualnymi.

Państwa członkowskie – w tym ich krajowe organy regulacyjne – powinny w szczególności uwzględnić następujące wskaźniki:

- **konkretne funkcje lub działania zachęcające do odbioru treści audiowizualnych**. Fakt, że interfejs użytkownika zawiera konkretne funkcje zachęcające do odbioru treści audiowizualnych wskazuje na znaczenie takich treści – zarówno dla użytkowników, jak i działalności platformy. Na przykład fakt, że materiały wideo są sugerowane lub prezentowane na stronie głównej platformy lub na osi czasu platformy, bez żadnego specjalnego zapytania ani wprowadzenia danych przez użytkownika, stanowi istotną kwestię wartą rozważenia. Organy krajowe mogłyby również wziąć pod uwagę to, czy usługa promuje lub traktuje priorytetowo treści audiowizualne w wynikach wyszukiwań użytkownika i czy można by zatem uznać, że treści audiowizualne są aktywnie kierowane do poszczególnych użytkowników,

⁽¹⁰⁾ Określenia te odnoszą się do reklam wideo emitowanych odpowiednio przed treściami, którym towarzyszą, w trakcie nich lub po nich.

⁽¹¹⁾ Zgodnie z definicją platformy udostępniania wideo przewidzianą w art. 1 ust. 1 lit. aa) dyrektywy domniemywa się na potrzeby tej kategorii wskaźników, że tego rodzaju narzędzia nie zapewniają jednoznacznie platformie takiego poziomu rzeczywistej kontroli nad treściami audiowizualnymi, który byłby podobny do „odpowiedzialności redakcyjnej”, w którym to przypadku kwalifikowałyby się one jako dostawcy usług medialnych, a nie jako usługi platformy udostępniania wideo (właściwe krajowe organy regulacyjne dokonują oceny pod tym kątem odrębnie dla każdego przypadku). Wytyczne pozostają również bez uszczerbku dla art. 12, 13 i 14 dyrektywy 2000/31/WE, jak szczegółowo wyjaśniono w motywie 48 dyrektywy (UE) 2018/1808, oraz dla art. 28b dyrektywy.

- **narzędzia dostępne w obrębie wideo lub w ich otoczeniu stworzone w celu przyciągnięcia użytkowników i promowania ich interakcji.** Istnienie narzędzi lub systemów, takich jak filtry, opcje udostępniania, czaty w czasie rzeczywistym, powiązanych z treściami audiowizualnymi lub możliwość wspólnego oglądania treści (ang. *watch party*), wskazuje na zamiar zwiększenia wykorzystania materiałów wideo i programów przez użytkowników oraz zwrócenia na nie uwagi użytkowników. Wykorzystanie takich narzędzi i systemów ma na celu ułatwienie, poprawę lub zwiększenie odbioru treści audiowizualnych przez użytkowników na platformie oraz zwiększenie popularności treści audiowizualnych. Można to zatem uznać za przejaw szczególnego znaczenia takich treści dla rodzaju lub rodzajów działalności danej usługi. Wskaźnik ten zawiera również wszelkie dokonane przez usługi zmiany lub inwestycje związane z innowacyjnymi, bardziej angażującymi i interaktywnymi sposobami udostępniania i odbierania treści audiowizualnych. W szczególności fakt, że usługa obsługuje konkretną aplikację na potrzeby telewizji hybrydowej, można by uznać za przejaw tego, że usługa nie tylko umożliwia, lecz również aktywnie promuje odbiór treści audiowizualnych,
- **narzędzia lub systemy umożliwiające użytkownikom samodzielny wybór oferowanych treści audiowizualnych.** Niektóre usługi oferują użytkownikom możliwość spersonalizowania własnej oferty audiowizualnej poprzez określenie interesujących ich treści lub poprzez rezygnację z konkretnych rodzajów treści. Odbywa się to zwykle za pomocą kwestionariuszy, próbek lub podobnych narzędzi. Tego rodzaju narzędzia lub systemy oferuje się użytkownikom w celu zatrzymania ich uwagi i zwiększenie korzystania z treści audiowizualnych, w związku z czym ich występowanie wskazuje na szczególne znaczenie funkcji audiowizualnej dla działalności usługi,
- **narzędzia lub systemy służące do śledzenia wyników oraz zarządzania treściami zamieszczonymi na platformie.** Usługi mogą również zwiększać atrakcyjność swoich treści audiowizualnych poprzez oferowanie osobom zamieszczającym treści narzędzi lub systemów służących śledzeniu wyników dotyczących treści zamieszczonych w ramach usługi oraz zarządzanie tymi wynikami. W ten sposób usługi umożliwiają osobom zamieszczającym treści lepsze zrozumienie preferencji ich widzów, co może prowadzić do udostępnienia na platformie bardziej atrakcyjnych treści. Występowanie tego rodzaju narzędzi należy zatem uznać za przejaw szczególnego znaczenia takich treści audiowizualnych dla działalności danej usługi.

IV. UWAGI NATURY PROCEDURALNEJ

Decyzja dotycząca tego, czy dostarczanie treści audiowizualnych stanowi zasadniczą funkcję danej usługi (w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. aa) dyrektywy), należy do państwa członkowskiego, którego jurysdykcji usługa ta podlega zgodnie z art. 28a dyrektywy.

Przy dokonywaniu oceny, czy usługa spełnia kryterium dotyczące zasadniczej funkcji, organ krajowy powinien zajmować się każdym przypadkiem odrębnie i wziąć pod uwagę specyfikę konkretnej usługi.

Organy krajowe powinny informować usługodawców o dokonywanej ocenie oraz o skutkach prawnych uznania za dostawcę platformy udostępniania wideo zgodnie z dyrektywą oraz w celu uzyskania niezbędnych informacji na potrzeby bieżącej oceny.

Nie powinno to jednak wykluczać współpracy organów krajowych z podobnymi organami regulacyjnymi w innych państwach członkowskich w celu wsparcia prowadzonej przez nich oceny. Współpraca ta jest wskazana w szczególności ze względu na możliwość gromadzenia odpowiednich danych lub informacji oraz ograniczenia ryzyka związanego z rozbieżnymi interpretacjami wyżej wspomnianych wskaźników przez krajowe organy regulacyjne. Europejska grupa regulatorów audiowizualnych usług medialnych (ERGA) stanowi odpowiednie forum ułatwiające tego rodzaju współpracę.

Krajowe organy regulacyjne wzywa się do należytego przekazywania informacji ERGA podczas dokonywania oceny, czy określone usługi spełniają kryterium dotyczące zasadniczej funkcji i czy stanowią one zatem usługę platformy udostępniania wideo. W szczególności krajowe organy regulacyjne powinny informować ERGA o wstępnych wnioskach, a także o argumentacji stanowiącej podstawę ich oceny. W tym kontekście ERGA może zwrócić uwagę Komisji na wszelkie istotne problemy lub utrzymujące się niezgodności dotyczące podejścia obranego przez krajowe organy regulacyjne. Komisja będzie informować Komitet Kontaktowy, o którym mowa w dyrektywie, o takim rozwoju zdarzeń.