

Los prestadores de servicios de vídeo a la carta tendrán que apoyar la producción de obras europeas

Propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE (I)

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Los servicios a la carta reservarán el 20 % de su programación a obras europeas; los Estados miembros podrán exigir financiación de obras europeas a los servicios establecidos en otros Estados de la Unión Europea y dirigidos al público de su territorio; las plataformas de distribución de vídeos producidos por los propios usuarios también quedarán, a ciertos efectos, sometidas a la nueva normativa audiovisual.

1. Introducción

El pasado 25 de mayo, como parte de su «estrategia para el mercado único digital de Europa», la Comisión Europea aprobó un conjunto de iniciativas que pretenden fortalecer el mercado único. Este documento se centra en las adoptadas en el sector audiovisual. Sin ánimo de agotar el examen de todas las propuestas, se exponen a continuación algunos de los aspectos más novedosos de la nueva regulación del sector audiovisual.

Con el objetivo, entre otros, de homogeneizar el tratamiento que la normativa sectorial dispensa a todos los agentes del sector, se ha presentado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado [SWD(2016) 169 final]. La propuesta se acompaña de un documento de trabajo de

los servicios de la Comisión: «Resumen de la evaluación de impacto». Considerando que la realidad ofrece un mercado audiovisual en el que gran parte del público consume más contenidos audiovisuales a través de internet que mediante las televisiones convencionales, se ha aprobado la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa» [SWD(2016) 172 final]. En ella se propone un nuevo régimen normativo para las plataformas en línea a las que se imponen obligaciones, como la cuota de contenidos europeos, similares a las impuestas a las televisiones tradicionales.

2. Motivos de la revisión: cambios en los hábitos de consumo de contenidos audiovisuales

En la actualidad se asiste al creciente fenómeno de la convergencia entre la televisión convencional y los servicios distribuidos por internet. Los espectadores, especialmente los más

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

jóvenes, no sólo acceden a contenidos de vídeo a través de sus canales de televisión, sino que, cada vez más, también lo hacen a servicios de vídeo a la carta (como Netflix y MUBI) o a plataformas de intercambio de vídeos generados por los propios usuarios (YouTube y Dailymotion) mediante televisores conectados a la red o con dispositivos móviles.

Sumándose a este movimiento, también los servicios de radiodifusión tradicionales se ofrecen por internet.

Por otra parte, en los últimos años, se ha incrementado la prestación de servicios audiovisuales transfronterizos. En el 2015, el 31 % de los servicios de vídeo a la carta disponibles en Europa proceden de otro Estado de la Unión Europea distinto al de la recepción.

En definitiva, aunque la radiodifusión tradicional sigue teniendo peso en la Unión Europea en términos de audiencia, ingresos por publicidad e inversiones en contenidos (aproximadamente un 30 % de los ingresos), han surgido nuevos modelos empresariales que utilizan otras tecnologías (internet) que les permiten superar las fronteras nacionales y que compiten por el mismo público. Sin embargo, la radiodifusión televisiva, el vídeo a petición y los contenidos generados por los usuarios están sujetos a normativas diferentes y a niveles de protección de los consumidores desiguales. Por ello, a juicio de la Comisión, se hace precisa una revisión de la normativa audiovisual y una ampliación de su ámbito de aplicación al menos en lo relativo a la promoción de obras europeas, la protección de los menores y la normativa sobre publicidad.

3. Objetivos: equilibrar las obligaciones de las empresas de radiodifusión tradicionales y los nuevos agentes

La Comisión ha evaluado la Directiva de servicios de comunicación audiovisual del 2010; sobre esta base pretende potenciar la promoción de la diversidad cultural europea, reforzar la independencia de los reguladores audiovisuales y ofrecer más flexibilidad a las empresas de radiodifusión con respecto a la publicidad.

Además de esos fines, con la revisión de la normativa audiovisual, la Comisión quiere lograr un mayor equilibrio de las normas que se aplican actualmente a las empresas de radiodifusión tradicionales, a los proveedores de vídeo a la carta y a las plataformas de intercambio de vídeos, especialmente en lo que se refiere a la protección de los menores, a la protección del público en general con respecto a los contenidos que inciten al odio y a la violencia contra ciertos colectivos, y a la promoción de la producción de contenidos europeos.

4. Ampliación del ámbito de aplicación de la directiva audiovisual

4.1. Delimitación objetiva: incluidas las plataformas de distribución de vídeos, excluidas las redes sociales

Se amplía la definición de «servicios de comunicación audiovisual», de modo que también se encuadran en ese concepto los servicios dissociables de otros servicios principales. Se zanja así en sentido afirmativo un debate jurídico sobre calificar de «servicios audiovisuales» contenidos insertos en las páginas web de otros servicios que, como los diarios digitales, no son audiovisuales. Tales contenidos son servicios audiovisuales en cuanto tienen autonomía y no son mero complemento del servicio de prensa. Así lo afirmó ya la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 21 de octubre del 2015, *New Media Online GmbH contra Bundeskommunikationssenat*, asunto C-347/14.

Además, la propuesta de directiva define los servicios prestados por las plataformas de distribución de vídeos (nuevo apartado *a bis* del artículo 1) que, a ciertos efectos, van a quedar incluidas dentro del ámbito de aplicación de la directiva audiovisual. Se definen las plataformas de distribución de vídeos como servicios comerciales, disponibles por medio de redes de comunicaciones electrónicas y dirigidos al público en general en los que gran parte de la programación está integrada por vídeos generados por

los propios usuarios y sobre los que el proveedor de la plataforma no tiene responsabilidad editorial; el contenido está organizado de la forma determinada por el proveedor del servicio y el objeto del servicio es facilitar vídeos usados y generados por los propios usuarios con fines informativos, de entretenimiento o educativos.

Como la normativa vigente, la nueva normativa se aplica tanto a los servicios de televisión convencionales como al servicio de vídeo a petición. La novedad es la ampliación de su ámbito de aplicación a ciertos efectos también a las plataformas que se limitan a organizar contenidos, como YouTube.

Se inserta en la directiva audiovisual el capítulo IX *bis* titulado «Disposiciones aplicables a los servicios de plataformas de distribución de vídeos» (arts. 28 *bis* y 28 *ter*). Aunque se mantiene el régimen de responsabilidad propio de los prestadores de servicios de la sociedad de la información basado en la exoneración de responsabilidad de los titulares del servicio de alojamiento de datos, así como en la inexistencia de una obligación general de vigilar los contenidos alojados (arts. 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior), corresponde a los Estados miembros vigilar que los proveedores de plataformas de distribución de vídeos adopten las medidas adecuadas para proteger a los menores de contenidos que puedan resultar lesivos para ellos (los que impidan su normal desarrollo físico, mental o moral) y a todos los ciudadanos de contenidos que puedan incitar al odio o a la discriminación contra ciertos grupos o contra un miembro de tal grupo definido en relación con

el sexo, la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico. La propuesta de directiva se limita a establecer unos requisitos mínimos y son los Estados miembros quienes deben contribuir a su consecución utilizando diversos instrumentos, entre ellos, códigos de autorregulación o medidas de corregulación.

Redes sociales como Facebook no quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la nueva directiva en la medida en que su objeto no es principalmente facilitar el acceso a vídeos generados por los usuarios. Sí será aplicable la directiva a aquellas redes sociales que actualmente o en el futuro se ajusten a los requisitos que identifican el servicio de plataforma de distribución de vídeos.

4.2. *Delimitación territorial: principio del país de origen y servicios transfronterizos*

El principio del país de origen sigue siendo piedra angular de la nueva regulación. Determina, entre otras cuestiones, el Estado competente sobre los prestadores de servicios de radiodifusión o en línea. Son los Estados miembros los que han de imponer obligaciones de transparencia a los prestadores de servicios sometidos a su jurisdicción. Se pretende así proteger a los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro de las restricciones impuestas por otro Estado y evitar que aquellos que presten servicios transfronterizos tengan que cumplir veintiocho legislaciones distintas.

Por lo que respecta a la prestación transfronteriza de servicios de la sociedad de la información, la directiva de comercio electrónico establece el principio del país de origen, sujeto a una serie de posibles excepciones que permiten impedir el acceso a ciertos servicios desde determinado Estado cuando se ponga en

¹ Sobre la prestación de servicios transfronterizos deberá tenerse en cuenta la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

peligro el orden público, la seguridad pública o la salud, o en aras de la protección de los consumidores (art. 3 de la directiva de comercio electrónico)¹. Este sistema continuará aplicándose también a los proveedores de plataformas de distribución de vídeos, prestadores de servicios de alojamiento calificados como servicios de la sociedad de la información. Similar es el sistema vigente para los servicios transfronterizos de vídeo a la carta excluidos de la directiva de comercio electrónico, pero incluidos en la directiva de servicios audiovisuales (art. 3.4 de la directiva de servicios audiovisuales). Se permite a los Estados, con carácter provisional, restringir la recepción de servicios ofrecidos por prestadores establecidos en otros Estados miembros cuando los contenidos sean peligrosos para el desarrollo físico, mental o moral de los menores o inciten al odio o a la violencia contra ciertos grupos o personas pertenecientes a un grupo por razón de sexo, raza, religión o nacionalidad o pongan en riesgo la seguridad o la salud pública. Cuando concurren estas razones y salvo casos de urgencia (art. 3.6), los Estados miembros deberán seguir el procedimiento previsto en el artículo 3.5 de la directiva que exige tanto el requerimiento al Estado miembro al que está sometido el prestador de servicios para que adopte las medidas adecuadas como la comunicación a la Comisión, que podrá denegar la aplicación de tales medidas.

Se pretenden aclarar los criterios para determinar el Estado al que están sometidos los servicios transfronterizos. Así, si un prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en un Estado miembro, pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en otro Estado miembro, se considerará que tal prestador está *establecido en el Estado miembro en que trabaje la mayoría del personal* que ejecuta los servicios de comunicación audiovisual (art. 2.3b de la propuesta de directiva).

La propuesta de revisión de la normativa audiovisual tiene por objeto garantizar que se apliquen las mismas normas a los proveedores que no estén establecidos en un Estado miembro, pero que tengan una empresa matriz, una filial u otra entidad del mismo grupo que sí lo esté. Con esta finalidad se introduce un nuevo artículo 28 *ter*, que establece que «los Estados miembros velarán por que los proveedores de plataformas de distribución de vídeos que *no estén establecidos en su territorio*, pero que *tengan una empresa matriz o una filial establecida en su territorio o que formen parte de un grupo y otra entidad del mismo grupo esté establecida en su territorio*, se consideren establecidos en su territorio a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE». Se pretende evitar la elusión de la normativa por las plataformas no establecidas en el ámbito de la Unión Europea, por lo que se acude a la figura del establecimiento de las filiales o empresas participadas. El apartado segundo del citado artículo 28 *ter* dispone que, «cuando la sociedad matriz, la filial o la otra entidad del grupo estén establecidas en Estados miembros diferentes, se considerará que el proveedor está establecido en el Estado miembro en que esté establecida su sociedad matriz o, en ausencia de tal establecimiento en un Estado miembro, en el que esté establecida su filial o, en ausencia de tal establecimiento en un Estado miembro, en el que esté establecida la otra entidad del grupo». En caso de que existan varias filiales que estén establecidas en Estados miembros diferentes, o cuando existan otras varias entidades del grupo sitas en Estados miembros diferentes, «los Estados miembros de que se trate velarán por que el proveedor designe en cuál de estos Estados miembros debe considerarse establecido».

Con el fin de garantizar la aplicación efectiva de la nueva directiva, los Estados miembros han de mantener registros actualizados de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y de

los proveedores de plataformas de distribución de vídeos bajo su jurisdicción. Las autoridades reguladoras independientes competentes compartirán periódicamente dichos registros entre sí y con la Comisión. Estos registros deben contener información sobre los criterios en los que se fundamenta la competencia del Estado.

5. Novedades en cuanto a los contenidos emitidos por los prestadores de servicios audiovisuales

5.1. *Restricción para lograr una mayor protección de los menores: adiós a la pornografía y a la violencia «en abierto» y (escasa) protección frente a la publicidad de alimentos poco saludables*

En la propuesta de revisión de la directiva audiovisual se suprime el artículo 27 de la directiva audiovisual, que especificaba las medidas que había que adoptar para proteger a los menores de los contenidos peligrosos emitidos por medio de los servicios de radiodifusión. Tales medidas se limitaban a la exigencia de su emisión en horario «fuera del alcance de los menores» y a la inclusión de señales acústicas y visuales que alertaran del contenido. El nuevo artículo 12 de la propuesta de directiva, relativo a las medidas de protección de los menores frente a contenidos que pueden perjudicar su desarrollo físico, mental o moral, amplía estas medidas. En la redacción original de la directiva audiovisual, este precepto estaba ubicado entre las disposiciones únicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición (cap. IV); ahora se propone su traslado a las disposiciones aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual (cap. III). Se obliga a los Estados miembros a adoptar «las medidas adecuadas para velar por que los programas suministrados por prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su competencia judicial que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores se propongan únicamente de tal manera que se garantice que normalmente no

serán vistos ni oídos por menores». Estas medidas podrán conllevar la elección de la hora de emisión, instrumentos de verificación de la edad u otras medidas técnicas, que deberán ser proporcionales al perjuicio potencial del programa. Los contenidos más nocivos, como la violencia gratuita y la pornografía, «estarán sujetos a las medidas más estrictas, como el cifrado y un control parental eficaz». Se deduce que la nueva directiva impide que aquellos contenidos especialmente perniciosos para los menores («violencia gratuita y pornografía») se emitan en abierto.

En cualquier caso, los Estados han de velar por que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual faciliten información suficiente a los espectadores sobre los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores. A tal efecto, podrán utilizar un sistema de descriptores que indiquen la naturaleza del contenido de un servicio de comunicación audiovisual (art. 6 bis de la propuesta de directiva).

Aunque se pretenden adoptar medidas de protección de los menores frente a la publicidad de alimentos poco saludables (considerandos 10 y 11 de la directiva propuesta), la Comisión se limita a «alentar» a los Estados a garantizar el uso de los códigos de conducta de autorregulación y corregulación para reducir eficazmente la exposición de los niños y los menores a las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a alimentos y bebidas con alto contenido en sal, azúcares o grasas, o que no se ajustan por otros conceptos a las directrices nutricionales de la Organización Mundial de la Salud. El mismo tímido objetivo se plantea respecto a la limitación de la exposición de los niños y los menores a las comunicaciones comerciales audiovisuales sobre bebidas alcohólicas (art. 9, apdos. 2 y 4). Además, se prohíbe el emplazamiento de productos en programas con una importante audiencia infantil (art. 11.3c de la propuesta).

5.2. Mayor flexibilidad sobre la emisión de publicidad

Consciente de que el mercado de la radiodifusión televisiva ha evolucionado y de que es necesaria una mayor flexibilidad por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales, la Comisión propone una revisión de las normas cuantitativas para los servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión televisiva, así como la modificación del régimen del emplazamiento de productos y del patrocinio.

5.2.1. La publicidad puede ocupar el 20 % de la programación en cualquier horario

La aparición de nuevos servicios, incluso sin publicidad, ha conducido a una mayor libertad de elección. Las nuevas formas de acceder a los contenidos audiovisuales permiten que los espectadores molestos por el exceso de anuncios televisivos sintonicen ofertas en línea sin anuncios. Por ello, la propuesta de directiva ofrece a las empresas de radiodifusión una mayor flexibilidad en cuanto al momento para ofrecer anuncios publicitarios.

La propuesta de directiva no incrementa el tiempo global admisible de publicidad durante el periodo comprendido entre las 7.00 horas y las 23.00 horas. Pero se suprime la limitación horaria actual (doce minutos de anuncios por hora de programación) y se introduce un límite diario de un 20 % de publicidad en el intervalo comprendido entre las 7.00 y las 23.00 horas (art. 23 de la propuesta). El tiempo de transmisión dedicado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión en relación con programas procedentes de otras entidades pertenecientes al mismo grupo de medios de

comunicación no debe incluirse en el tiempo máximo de transmisión diario que puede dedicarse a la publicidad y a la televenta.

Las películas filmadas para la televisión, las obras cinematográficas y los noticiarios podrían interrumpirse una vez por cada periodo programado de veinte minutos como mínimo (*cfr.* art. 20) y serían admisibles los anuncios aislados (art.19).

Por otra parte, como ya se ha dicho, la futura directiva reforzará asimismo las disposiciones que protegen a los menores de las comunicaciones comerciales audiovisuales inadecuadas de alimentos con alto contenido en grasas, sal o sodio y azúcares y bebidas alcohólicas, si bien las medidas adoptadas en este ámbito se limitan al fomento, en caso necesario, de los códigos de conducta a escala de la Unión Europea (art. 9, apdos. 2 y 4).

Ni el emplazamiento de productos ni los anuncios de patrocinio se computan en el porcentaje del 20 % del tiempo de programación dedicado a publicidad (art. 23.2 de la propuesta).

5.2.2. Emplazamiento permitido, salvo excepciones

Con carácter general, la propuesta de directiva permite el emplazamiento de productos en todos los servicios de comunicación audiovisual bajo ciertas condiciones y con determinadas excepciones (*cfr.* art. 11 de la propuesta de directiva). Así, considerando los posibles efectos perniciosos del emplazamiento de productos sobre los niños, limita la exposición de los menores a tales contenidos, prohibiendo su emplazamiento en programas

con una importante audiencia infantil. Tampoco debe admitirse su emplazamiento en los programas de noticias y actualidad, en los de asuntos del consumidor y en los religiosos.

En todo caso, los espectadores deberán ser informados claramente de la existencia del emplazamiento de productos. Los programas que contengan emplazamiento de productos deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando se reanude éste tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador. No obstante, con carácter excepcional, los Estados miembros podrán optar por no exigir el cumplimiento de estos deberes informativos cuando el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último.

5.3. *Protección de la producción de contenidos europeos: reserva del 20 % de la programación y financiación de la producción europea*

Es en el régimen de protección de las obras europeas donde la propuesta de revisión de la directiva audiovisual ofrece las novedades de mayor impacto mediático. Según el nuevo artículo 13, corresponde a los Estados salvaguardar que «los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición que estén bajo su competencia judicial dispongan de un porcentaje de al menos el 20 % de obras europeas en su catálogo y garanticen la prominencia de dichas obras». En otros términos, los prestadores de servicios de vídeo a la carta establecidos en un Estado de la Unión Europea conforme al artículo 2 de la nueva directiva de servicios audiovisuales, como Netflix, deben reservar el 20 % de su programación a las obras europeas y

distribuir las en su catálogo de modo que se garantice «la prominencia de dichas obras».

Además, los Estados miembros podrán exigir a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual «bajo su competencia» una contribución financiera a la producción de obras europeas. Los Estados tendrán que concretar la forma de materializar estas contribuciones financieras, que podrán consistir en inversiones directas en contenidos o aportaciones a fondos nacionales. En este caso, las contribuciones financieras se basarán exclusivamente en los ingresos obtenidos en los Estados miembros de recepción. Si el Estado miembro en que está establecido el prestador impone una contribución financiera, deberá tener en cuenta las eventuales contribuciones financieras impuestas por los Estados miembros de recepción. Cualquier contribución financiera deberá ajustarse al Derecho de la Unión, en particular, a la normativa sobre ayudas estatales.

Los Estados dispensarán de la obligación de reservar el 20 % de la programación a obras europeas, así como de la obligación de financiar la producción europea a los proveedores con un bajo volumen de negocios o una baja audiencia, o que sean pequeñas empresas y microempresas. Los Estados miembros podrán también obviar estas exigencias en los casos en que resulten impracticables o injustificados en razón de la naturaleza del tema del servicio de comunicación audiovisual a petición.

Deliberadamente, el artículo 13 permite el establecimiento de barreras de mercado en cuando habilita a los Estados para imponer obligaciones de financiación («podrán exigir») a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su jurisdicción y a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición dirigidos a públicos de sus territorios, pero establecidos en otros Estados miembros. En la medida en la que se habilita a los

Estados para establecer restricciones a las emisiones transfronterizas procedentes de otros Estados miembros, se está permitiendo levantar barreras en el mercado interior. Además, se está haciendo un flaco favor al mercado europeo, pues la posibilidad de exigir la contribución financiera se ciñe a los prestadores de servicios transfronterizos a petición pero «establecidos en otros Estados miembros». La señal enviada a los prestadores de estos servicios es clara: establézanse fuera de la Unión Europea (por ejemplo, en Estados Unidos) y los Estados europeos no tendrán mecanismos jurídicos para exigir la contribución financiera a la producción europea. Tampoco podrán los Estados exigir contribución

alguna a quienes ofrezcan servicios de comunicación audiovisual destinados exclusivamente a su recepción en terceros países y que no sean recibidos por el público con equipo de consumo normal de manera directa ni indirecta en uno o varios Estados miembros (art. 2.6 de la directiva audiovisual).

5.4. *Otros*

Los prestadores de servicios de comunicación deberán cumplir los requisitos de accesibilidad previstos en la propuesta de Acta Europea de Accesibilidad, aprobada por la Comisión en diciembre del 2015, más estrictos que los establecidos en el vigente artículo 7, que se suprime en la propuesta de directiva.