

НЕЗАЛЕЖНА МЕДІЙНА РАДА

Висновок № 13

щодо правомірності обмеження ретрансляції телеканалу «Дощ» в Україні

м. Київ

«21» січня 2017 р.

I. Обставини справи

1. 13 січня 2017 року член Незалежної медійної ради Костянтин Квурт запропонував розглянути питання, пов'язані з рішенням Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення виключити з Переліку іноземних програм, зміст яких відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України, іноземну програму «Дощ» (рішення № 3 від 12 січня 2017 року «Про внесення змін до Переліку іноземних програм, зміст яких відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України»)¹.

2. У зв'язку з нещодавнім бурхливим суспільним обговоренням цієї теми, до якого долучилися й іноземні колеги, а також з огляду на важливість питань, пов'язаних із обмеженнями діяльності телерадіоорганізацій країни-агресора загалом, Незалежна медійна рада вирішила розглянути цю справу з власної ініціативи 19 січня 2017 року, відповідно до пунктів 4 та 12 Положення про Незалежну медійну раду.

3. У рішенні регулятора зазначено, що за результатами моніторингів ефіру іноземної програми «Дощ» (1–5, 11–12, 19 серпня, 4–6 листопада, 29 грудня 2016 року — 1 січня 2017 року) зафіксовано, що зміст цієї програми не відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України, зокрема, в ефірі іноземної програми «Дощ», яка підпадає під юрисдикцію Російської Федерації, під час моніторингу 1–5 серпня 2016 року було зафіксовано розміщення комерційної реклами, що є порушенням вимог частини дев'ятої статті 13 Закону України «Про рекламу» («Трансляція (ретрансляція) реклами, яка міститься у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій, що транслюються (ретранслюються) на територію України, у разі якщо іноземні телерадіоорганізації не

¹ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/34026/34212/34232.html>

підпадають під юрисдикцію держав — членів Європейського Союзу або держав, які ратифікували Європейську конвенцію про транскордонне телебачення, забороняється»).

Крім того, було зафіксовано розміщення інформації, яка свідчить про наявність порушення вимог частини другої статті 6 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» («Не допускається використання телерадіоорганізацій для закликів до розв'язування війни, агресивних дій або їх пропаганди») та частини першої статті 28 Закону України «Про інформацію» («Інформація не може бути використана для закликів до повалення конституційного ладу, порушення територіальної цілісності України, пропаганди війни, насильства, жорстокості, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, вчинення терористичних актів, посягання на права і свободи людини»).

II. Регулювання

1. Конституція України

Стаття 34. Кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати й поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб — на свій вибір.

Здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

2. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини)

Стаття 10. Свобода вираження поглядів

1. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

2. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду.

3. Закон України «Про телебачення і радіомовлення»:

Стаття 6. Неприпустимість зловживання свободою діяльності телерадіоорганізацій

2. Не допускається використання телерадіоорганізацій для:

- закликів до насильницької зміни конституційного ладу України;
- закликів до розв'язування агресивної війни або її пропаганди та/або розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті.

4. Закон України «Про інформацію»

Стаття 28. Неприпустимість зловживання правом на інформацію

1. Інформація не може бути використана для закликів до повалення конституційного ладу, порушення територіальної цілісності України, пропаганди війни, насильства, жорстокості, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, вчинення терористичних актів, посягання на права і свободи людини.

5. Закон України «Про рекламу»

Стаття 13. Реклама на телебаченні і радіо

9. Трансляція (ретрансляція) реклами, яка міститься у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій, що транслюються (ретранслюються) на територію України, у разі якщо іноземні телерадіоорганізації не підпадають під юрисдикцію держав — членів Європейського Союзу або держав, які ратифікували Європейську конвенцію про транскордонне телебачення, забороняється.

Трансляція (ретрансляція) реклами, яка міститься у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій, які підпадають під юрисдикцію держав — членів Європейського Союзу або держав, які ратифікували Європейську конвенцію про транскордонне телебачення, що транслюються (ретранслюються) на територію України, дозволяється лише у разі, якщо за трансляцію (ретрансляцію) такої реклами сплачено юридичній особі України, незалежно від способу здійснення такої трансляції (ретрансляції).

III. Оцінка дотримання вимог законодавства України

1. Унаслідок окупації Криму Російською Федерацією (РФ), що була офіційно визнана резолюцією Генеральної Асамблеї ООН², а також Міжнародним кримінальним судом у своїх попередніх висновках³, та внаслідок подальшої агресії Російської Федерації на території окремих районів Донецької та Луганської областей України, починаючи з 2014 року виникла потреба в належних заходах **щодо захисту інформаційного простору України від контенту, який пропагує війну, мову ворожнечі, а також заперечує територіальну цілісність держави.**

² <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/352/55/PDF/N1635255.pdf>

³ https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-pe_eng.pdf; para 158

2. Із цією метою було ухвалено низку змін до українського законодавства, які обмежували трансляцію програм російських телерадіоорганізацій на території України. Одним із них став Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо особливостей трансляції (ретрансляції) реклами, яка міститься у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій», що набув чинності 5 серпня 2015 року. Саме цим законом було введено низку обмежень на ретрансляцію програм, зміст яких не відповідає Європейській конвенції про транскордонне телебачення. Іншим обмеженням, упровадженим цим законом, стала заборона ретрансляції реклами, що міститься у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій, які транслюються (ретранслюються) на територію України, в разі, якщо іноземні телерадіоорганізації не підпадають під юрисдикцію держав — членів Європейського Союзу або держав, які ратифікували Європейську конвенцію про транскордонне телебачення.

3. Варто зазначити, що загальна заборона розміщення реклами провайдерами у програмах та передачах іноземних телерадіоорганізацій існувала з 2008 року, і була предметом рішень Національної ради № 1738 від 1 жовтня 2008 року⁴, а потім № 2347 від 23 грудня 2008 року⁵, якими провайдерів програмної послуги було зобов'язано припинити ретрансляцію іноземних програм, зміст яких потребує адаптації до вимог законодавства України (включно з більшістю російських каналів)⁶.

Щоби потрапити до переліку іноземних програм, зміст яких відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України, **контент, що транслюється в рамках відповідних програм, має відповідати вимогам законодавства України та самої Конвенції.** Отже, на нього поширюються вимоги статті 28 Закону України «Про інформацію», якою забороняється поширення інформації з закликами до порушення територіальної цінності.

4. Понад те, **чіткою є практика Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення**, яка низкою своїх рішень від 7 липня (щодо телеканалів «Улыбка ребенка», «Психология 21», «Охота и рыбалка»)⁷, 31 серпня (щодо телеканалів «Мир сериала», «Телерадиосеть Благих Новостей») та 29 вересня 2016 року (щодо телеканалів «Карусель», «Наш футбол»)⁸ виключала з відповідного переліку іноземні програми саме за порушення норм щодо реклами. Варто зазначити, що **в останньому зі згаданих рішень телеканал «Карусель» було виключено з відповідного переліку також і за трансляцію віртуальної карти регіонів Російської Федерації, яка охоплює територію тимчасово окупованої АР Крим.**

5. Варто нагадати, що внаслідок окупації Криму та військової агресії РФ на Донбасі загинуло близько 10 000 осіб, приблизно 1,7 млн осіб були змушені покинути місця постійного проживання. Ті українські громадяни, що вимушені жити в умовах окупації, переживають не

⁴ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/1272013598/1272437210.html>

⁵ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/1272013598/1272274749.html>

⁶ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/1272013598/1273577867.html>; перелік адаптованих передач станом на той час можна знайти за посиланням у рішенні № 652

⁷ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/26297/31471/31705.html>

⁸ <http://nrada.gov.ua/ua/rishennya/26297/32521/32645.html>

тільки руйнівні матеріальні наслідки конфлікту, вони часто є пригніченими духовно, почуваються покинутими та забутими своєю Батьківщиною, що не змогла захистити їх від окупації належним чином. Мінімум, що держава та суспільство можуть зробити для цих громадян до припинення тимчасової окупації, **це поважати й захищати їхню гідність як громадян України, їхнє офіційне право належати до Української Держави і називатися такими в усіх джерелах комунікації й інформації як зовнішньої, так і внутрішньої.**

6. Як уже згадано в описовій частині висновку, Національна рада зазначила, що в рамках власного моніторингу зафіксувала трансляцію карт, на яких територія Криму позначена як складова частина території Російської Федерації, а також низки висловів, що свідчать про фактичне визнання лінії адміністративного розмежування між АРК та Україною як державного кордону між Кримом і Україною і, як наслідок, невизнання територіальної цілісності Української Держави. Ці факти, на думку регулятора, є порушенням вимог частини першої статті 28 Закону України «Про інформацію» («Інформація не може бути використана для закликів до порушення територіальної цілісності України»).

7. «Якщо люди можуть думати, що їм заманеться, вони не завжди можуть говорити та писати, що їм заманеться. На відміну від свободи думки, свобода вираження поглядів не є абсолютним правом»⁹. Свобода вираження поглядів може й у певних випадках повинна бути обмежена державою задля захисту інших прав та/або законних інтересів. Підстави такого обмеження перелічені в частині 2 статті 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також у частині 3 статті 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

Щоби визначити, чи обмеження свободи вираження поглядів у кожному конкретному випадку є легітимним, у міжнародній та національній практиці застосовується так званий **трискладовий тест**, сформульований у статті 29 Загальної декларації прав людини, статті 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також статті 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

Відповідно до цього тесту, застосоване обмеження має бути: передбачено законом, переслідувати законну мету та бути необхідним у демократичному суспільстві (відповідати гострій соціальній потребі та бути пропорційним).

8. Як зазначено вище в цьому висновку, застосоване обмеження передбачено українським законодавством. Норми відповідних законів належним чином сформульовані, чіткі та доступні, **відповідаючи першому критерію трискладового тесту щодо запровадження обмеження права на свободу вираження поглядів відповідно до закону.**

9. Не викликає сумнівів, що у стані міжнародного збройного конфлікту, в якому де-факто перебувають Україна та Російська Федерація, **охорона державної безпеки й територіальної цілісності виступають, поряд із охороною прав інших осіб, легітимною метою**

⁹ Moeckli D., Shah S., and Sivakumaran S., 'International Human Rights Law' (2014) OUP 228

встановлення відповідних обмежень, первинно спрямованих на захист від держави-агресора. Таким чином, **другий критерій трискладового тесту також є дотриманим**.

10. Щодо необхідності обмеження в демократичному суспільстві — а саме можливості виключити програми з *Переліку іноземних програм, зміст яких відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України*, — то, на нашу думку, застосоване обмеження також відповідає цьому **третьому критерію обмеження права на свободу вираження поглядів, оскільки воно переслідує гостру соціальну потребу і водночас є пропорційним**.

11. Європейський суд із прав людини у справі *VgT Verein gegen Tierfabriken v Switzerland* зайняв позицію, що межі розсуду держави є «*природними в питаннях, пов'язаних із комерцією, особливо у такій важкій та змінній сфері, як реклама*»¹⁰. Також, відповідно до практики Європейського суду з прав людини (рішення *Zana v Turkey*)¹¹, **необхідність та нагальна соціальна потреба** певного обмеження свободи вираження поглядів має аналізуватися **відповідно до змісту й контексту певних висловів чи дій**. Необхідність застосування обмеження в Україні спричинена значною соціальною напругою на території держави внаслідок зовнішньої агресії, а також умовами постійного інформаційного протистояння, активної пропаганди та розпалювання ворожнечі з боку держави-агресора, невизнання РФ міжнародно визнаних кордонів України.

Зазіхання на право українських громадян на окупованих територіях (та опосередковано — і внутрішньо переміщених осіб із цих територій) офіційно належати до Української Держави також мають належним чином припинятися.

12. Стосовно **пропорційності такого обмеження**, то вилучення іноземної програми з *Переліку іноземних програм, зміст яких відповідає вимогам Європейської конвенції про транскордонне телебачення і законодавства України*, можна вважати найменшим обмежувальним заходом із усіх можливих, оскільки при цьому не застосовуються жодні фінансові санкції до порушників. Понад те, держава не обмежує можливість доступу до програм, не включених до переліку, за допомогою інших засобів трансляції, зокрема через інтернет та супутникове мовлення.

Ужиті Національною радою заходи стосуються лише багатоканального мовлення, що регулюється в межах її юрисдикції, а саме: мовлення за технологією IPTV та кабельне мовлення. Тим часом перегляд програми безпосередньо на сайті телеканалу «Дождь», а також на платформах ОТТ не обмежується й не блокується. Тож регулятором використано розумне обмеження, метою якого є забезпечення дотримання законодавства України та норм міжнародного права. Жодних санкцій до самого каналу регулятором застосовано не було й не могло бути застосовано з огляду на питання встановлення юрисдикції в інформаційному просторі.

¹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59535>

¹¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58115>

13. Таким чином, Незалежна медійна рада вважає обмеження, застосовані Національною радою у справі щодо каналу «Дождь», **такими, що відповідають трискладовому тесту обмеження свободи вираження поглядів.** Водночас зазначаємо, що з технічних причин Незалежна медійна рада **не розглядає й не дає оцінку процедурам Національної ради, які передували винесенню нею відповідного рішення, оцінюючи лише контент каналу, рішення регулятора та пов'язані з цим заяви сторін конфлікту.**

14. Насамкінець варто також зазначити таке. Окупація Криму є порушенням основних норм сучасного міжнародного права, покликаних гарантувати мирне співіснування державам і націям, а саме: статті 2(4) Статуту ООН та норм звичаєвого міжнародного права (заборона застосування сили проти територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави). «Нормалізація» окупації, зокрема і шляхом використання медіа та реклами, несе небезпеку не тільки для України, вона роз'їдає самі підвалини світового правопорядку. Необмежена свобода вираження поглядів щодо такої «нормалізації» є загрозою для самої цієї свободи, адже прибічники цього «радикального плюралізму»¹² ніби не усвідомлюють, **що права людини загалом і свобода вираження поглядів зокрема не існують у вакуумі. Вони існують у парадигмі держави та її відносин із людиною.** Вони відбивають ті важливі зобов'язання, що бере на себе держава відносно осіб, що перебувають під її юрисдикцією. Реалізація, захист та обмеження цих прав відбуваються знову ж таки в парадигмі держави. **Абсурдно й просто неможливо розглядати реалізацію свободи вираження поглядів в Україні в разі, якщо ми припускаємо, що не існуватиме України як держави з її суверенітетом і територіальною недоторканістю.**

IV. Висновки

Незалежна медійна рада вважає, що обмеження ретрансляції телеканалу «Дождь» в Україні **відповідає трискладовому тесту обмеження прав людини, а саме: воно передбачене законом, переслідує легітимну мету та є необхідним у демократичному суспільстві,** а отже в нинішньому контексті ситуації в Україні (стан окупації Автономної Республіки Крим та агресії на теренах Східної України, що є міжнародними неправомірними актами (internationally wrongful acts)) відповідає принципам, закладеним у статтю 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та статтю 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

Додаток: Окрема думка члена Незалежної медійної ради Наталії Гуменюк у справі щодо правомірності обмеження ретрансляції телеканалу «Дождь» в Україні — **на одній сторінці.**

Результати голосування: «За» — 11;

¹² Plattner M., 'Populism, Pluralism, and Liberal Democracy' (2010) 21.1 Journal of Democracy 87

«Проти» — 2;

«Утримуюсь» — 1.

Голова Незалежної
медійної ради



Наталія Лигачова

Секретар Незалежної
медійної ради



Ігор Розкладай

Секретар Незалежної
медійної ради



Роман Головенко

Окрема думка члена Незалежної медійної ради Наталії Гуменюк у справі щодо правомірності обмеження ретрансляції телеканалу «Дощ» в Україні

Ми, звісно, маємо стежити за дотриманням букви закону. Водночас громадське суспільство є якраз тим, хто першим відчує, коли реальність випереджає законодавство. Важливо, щоби журналістські організації були не тільки медійною рукою державних структур, але пропонували професійні рішення або, принаймні, дискусію там, де складно знайти відповіді, були інструментами пошуку рішень, а не дублікатом регуляторних та силових структур.

Скажімо, для сучасної журналістики постало питання перебування медійників на території країн, які фактично не допускають незалежні медіа. Західні медіа працюють без потрібних документів у Сирії, й це не викликає осуду. Українські журналісти відвідують Нагорний Карабах попри заперечення Азербайджану, але такі поїздки не викликають обурення українських медіаорганізацій. Подібні виклики потребують якісної дискусії й розуміння, скажімо, чи можливий компроміс і яка його межа для медіа, що працюють в авторитарних країнах. В умовах холодної війни було просто: редакції демократичних медіа працювали за межами СРСР, адже інакше бути не могло. Гібридні режими нині не можуть обмежити присутності опозиційних медіа на своїй території. Більш того, в умовах інформаційного шуму і щедрої підтримки пропаганди незалежні медіа не можуть дозволити собі перебувати в екзилі, адже просто втрачають аудиторію, до якої намагаються достукатися. Приклад телеканалу «Дощ» є також частиною цієї дискусії. Чи в умовах диктатури українські медіа мають мігрувати, чи залишатися там, де їхня аудиторія? Саме такі питання могла би ставити Незалежна медійна рада, а також медійна спільнота. Якою є межа компромісу? Чи найдієвішою є заборона, чи прояснення принципів питань?

Професіонали можуть відрізнити пропаганду від інформації, однак в умовах війни з'являється спокуса мислити логікою супротивника, схильного до узагальнень, як-от «український = фашистський», «російський = пропагандистський». У цьому випадку вважаємо розгляд справи «Дождя» й де-факто підтримку рішення державного органу Медійною радою кон'юнктурним і зайвим.

Член Незалежної медійної ради

Наталія Гуменюк