



ЕВРОПЕЙСКА КОМИСИЯ

ГЕНЕРАЛЕН СЕКРЕТАРИАТ

Брюксел,
SG-Greffe(2012)D/

ПОСТОЯННО ПРЕДСТАВИТЕЛСТВО
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КЪМ ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
Square Marie-Louise, 49
1000 BRUXELLES

Относно: Мотивирано становище - Нарушение № 2011/4025

Генералният секретариат Ви изпраща мотивирано становище, адресирано до Република България, в съответствие с член 258 от ДФЕС.

За Генералния секретар

Valérie DREZET-HUMEZ

Приложения С (2012) 1710 final

BG



ЕВРОПЕЙСКА КОМИСИЯ

Брюксел, 22.3.2012 г.

2011/4026

С (2012) 1710 final

МОТИВИРАНО СТАНОВИЩЕ,

адресирано до Република България
съгласно член 258 от Договора за функционирането на Европейския съюз,
поради неправилно прилагане на член 2 и член 4 от Директива 2002/77/ЕО на
Комисията от 16 септември 2002 г. относно конкуренцията на пазарите на електронни
съобщителни мрежи (Директива относно конкуренцията), на член 7, параграф 3 от
Директива 2002/20/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 г.
относно разрешението на електронните съобщителни мрежи и услуги (Директива за
разрешение), и на член 9, параграф 1 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския
парламент и на Съвета от 7 март 2002 г. относно общата регулаторна рамка за
електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива).

1. ВЪВЕДЕНИЕ

Комисията счита, че § 5а, алинея 1 и алинея 2 от Преходните и заключителни разпоредби (ПЗП) от Закона за електронните съобщения (ЗЕС)¹, с който през 2009 г. се определят права за ползване на радиочестотен спектър за наземно цифрово радиоразпръскване, са в нарушение на член 2, параграф 1 от Директива 2002/77/ЕО относно конкуренцията на пазарите на електронни съобщителни мрежи² (Директива относно конкуренцията), тъй като тези разпоредби ограничават несправедливо, ex ante, броя на предприятията, които могат да получат права на ползване на спектър за цифрово радиоразпръскване.

Освен това Комисията счита, че разпоредбите на член 47а на ЗЕС, както и тези на член 48, параграфи 3 и 5 от ЗЕС са в нарушение на член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, на член 7, параграф 3 от Директива 2002/20/ЕО относно разрешението на електронните съобщителни мрежи и услуги³ (Директива за разрешението) и на член 9, параграф 1 от Директива 2002/21/ЕО относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги⁴ (Рамкова директива), тъй като в тези разпоредби се урежда разпределянето на права за използване на спектър за цифрово радиоразпръскване въз основа на критерии, които не може да се считат за пропорционални на възможните цели от общ интерес, които се преследват.

2. ФАКТИ И ПРОЦЕДУРА

С административно писмо от 29 юли 2010 г. до българските власти⁵ службите на Комисията поискаха между другото, пояснения относно начина, по който българските власти са взели предвид Решение № 3 от 4 юни 2009 г. на Българския конституционен съд по дело № 3 от 2009 г.⁶ при предоставянето на права за използване на радиочестотен спектър за предоставяне на цифрово наземно радиоразпръскване с национален обхват чрез две конкурсни процедури, проведени през 2009 г.

Българските власти отговориха с писмо от 13 септември 2010 г.⁷

С официално уведомително писмо от 20 май 2011 г.⁸ Комисията информира българските власти за своята загриженост относно правилното прилагане на Директивата относно конкуренцията, Директивата за изпълномощаването и Рамковата

¹ Въведен с § 77 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения (Закон за изменение на Закона за електронните съобщения), Д.в. (SG) брой: 17, от дата 6.3.2009 г, стр. 6.

² ОВ L 249, 17.9.2002 г., стр. 21.

³ ОВ L 108, 24.4.2002 г., стр. 21—32.

⁴ ОВ L 108, 24.4.2002 г., стр. 33—50.

⁵ Ref COMP/C2/CH/cs D(2010-253) 82132.

⁶ Дело № 3/2009 (<http://www.constcourt.bg/Pages/Document/Default.aspx?ID=1453>), вж. също представените документи от българското правителство (http://www.constcourt.bg/Documents/eFolders/3_2009_MS.PDF) и от КРС (http://www.constcourt.bg/Documents/eFolders/3_2009_KRS.PDF)

⁷ Рег. М/пв-7.6.2-4176 13.9.2010 г.

⁸ SG-Greffe(2011) D/ 8015; C (2011) 3364.

директива по отношение между другото на § 5, параграфи 1 и 2 на Преходните и заключителни разпоредби (ТСР) от ЗЕС, член 47а и член 48, параграфи 3 и 5 от ЗЕС. В съответствие с процедурата, предвидена в член 258 от Договора за функционирането на Европейския съюз, Комисията предостави възможност на българското правителство да представи своите съображения в срок от два месеца.

В отговора си⁹ от 20 юли 2011 г. българските власти оспориха всички аргументи на Комисията. Въпреки това, на 2 ноември 2011 г. българските власти предоставиха допълнителна информация, с която обявиха, в частност, че редица законодателни изменения на ЗЕС ще бъдат приети и обнародвани до края на януари 2012 г., с цел да се отстранят проблемите, посочени от Комисията. Българските власти обявиха изменение на член 47а, параграф 1 и член 48, параграф 3 от ЗЕС, с което да се ограничи забраната за съвместно притежаване на мултиплекси и телевизионни канали за оператори „под юрисдикцията на Република България“, както и изричната отмяна на член 48, параграф 5.

Обявените изменения бяха приети в края на 2011 г. и публикувани в българския държавен вестник № 105 от 29.12.2011 г. С писмо от 6 февруари 2012 г. българските органи официално уведомиха Комисията за приемането на тези разпоредби.

3. ПРАВОТО НА ЕС

В съображение 2 от Директивата относно конкуренцията се посочва, че „член 86 от Договора за ЕО [понастоящем член 106 от ДФЕС] *поверява на Комисията задачата да осигурява спазването от страна на държавите-членки на техните задължения по правото на Общността, що се отнася до публичните предприятия и предприятията, на които са предоставени специални или изключителни права. Според член 86, параграф 3 (понастоящем член 106, параграф 3 от ДФЕС) Комисията може, от една страна, да конкретизира и разяснява задълженията, които произтичат от посочената разпоредба, а от друга страна, да определя необходимите условия, които ѝ позволяват да изпълнява ефикасно задължението за надзор, наложено ѝ с упоменатия параграф.*“

В член 2 от Директивата относно конкуренцията се посочва, че „1. Държавите-членки не могат да предоставят, нито да запазят изключителни или специални права за изграждането и/или експлоатацията на електронни съобщителни мрежи или за предоставянето на обществено достъпни електронни съобщителни услуги. 2. Държавите-членки предприемат всички необходими мерки, за да гарантират правото на всяко предприятие да предоставя електронни съобщителни услуги или да изгражда, разширява или експлоатира електронни съобщителни мрежи.“

В член 1, параграф 6 се определят „специални права“, които наред с другото са „права, които се предоставят от държава-членка [...] чрез законов, подзаконов или административен акт, който, [...] ограничава до две или повече броя на [...] предприятията, на които е разрешено да предоставят електронна съобщителна

⁹ Регистриран от Комисията под референтен номер Ares INF (2011 г.) 103312.

услуга или да извършват електронна съобщителна дейност, съгласно критерии, които не са обективни, пропорционални и недискриминационни.“

В член 4 се посочва, че „Без да се засягат конкретните критерии и процедури, приети от държавите-членки за предоставяне на права на ползване на радиочестоти на доставчиците на услуги със съдържание за радио- и телевизионни програми с оглед постигане на цели от общ интерес съгласно правото на общността: [...]. 2. предоставянето на радиочестоти за електронни съобщителни услуги трябва да се основава на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии [...].“

В съображение 4 от Директивата относно конкуренцията се добавя: „в тази област Европейският парламент и Съветът са приели и редица други директиви на основание член 95 от Договора [понастоящем член 114 ДФЕС], като тяхната цел е по принцип да бъде установен вътрешен пазар на далекосъобщителни услуги чрез преминаването към доставка на отворени мрежи и предоставянето на универсална услуга при условията на отворени и конкурентни пазари [...]“.

Съгласно съображение 3 от Директивата за разрешение: „целта на настоящата директива е да създаде правна рамка, която гарантира свобода на предоставянето на електронни съобщителни мрежи и услуги, обвързана единствено с условията, установени в настоящата директива и евентуалните ограничения в съответствие с член 46, параграф 1 от Договора [понастоящем член 52 от ДФЕС], и по-специално, с мерките относно обществената политика, обществената сигурност и общественото здраве“. В съображение 7 се добавя, че „следва да се използва възможно най-облекчената система за разрешаването на предоставянето на електронни съобщителни мрежи и услуги, за да се стимулира развитието на нови електронни съобщителни услуги и паневропейски съобщителни мрежи и услуги, както и да се даде възможност на доставчиците и потребителите да се възползват от икономиките от мащаба на единния пазар“, а в съображение 35, че „Комисията има задължението да следи за ефективното функциониране на единния пазар на основата на националните лицензионни режими в съответствие с разпоредбите на настоящата директива“.

*От друга страна, в член 7, параграф 1 от Директивата за разрешение се предвижда, че „когато дадена държава-членка решава дали да ограничи броя на предоставените права за използване на радиочестоти, съответната държава-членка, *inter alia*: а) отдава необходимото значение на потребността от максимална полза за потребителите и улесняване на развитието на конкуренцията“, докато в член 7, параграф 3 се предвижда във връзка с правата за използване на радиочестотен спектър, че „[...] държавите-членки предоставят тези права на основата на критерии за подбор, които трябва да бъдат обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални. Такива критерии за подбор трябва да отдадат необходимото значение на постигането на целите, определени в член 8 от Директива 2002/21/ЕО (Рамкова директива)“, които включват, *inter alia*, „гарантиране, че няма нарушаване или ограничаване на конкуренцията в сектора на електронните съобщения“.*

В член 9, параграф 1 от Рамковата директива се предвижда, че „държавите-членки гарантират ефективното управление на радиочестотите за електронни съобщителни услуги на тяхна територия в съответствие с член 8. Те гарантират, че разпределянето и предоставянето на такива радиочестоти от националните регулаторни органи се основава на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии“.

Тези членове на Директивата за разрешение и Рамковата директива бяха изменени с Директива 2009/140/ЕО от 25 ноември 2009 г. относно въпроси, които не са от съществено значение за въпросите, повдигнати в настоящото писмо.

4. ПРАВНА ОЦЕНКА

4.1. ПРЕДОСТАВЯНЕ НА МУЛТИПЛЕКСИ ЗА ЦИФРОВА НАЗЕМНА ТЕЛЕВИЗИЯ

4.1.1. ПРИЛОЖИМА НАЦИОНАЛНА ПРАВНА РАМКА И СЪОТВЕТНИТЕ ФАКТИ

В ПЗР на ЗЕС се посочва процедурата, която ще бъде следвана от националния регулаторен орган КРС при разпределение на радиочестотен спектър за наземно цифрово радиоразпръскване.

В § 5а, ал. 1 от ПЗР на ЗЕС се предвижда, че националният регулаторен орган КРС „определя в рамките на една процедура съгласно член 48, ал. 1 от ЗЕС [...] едно предприятие, на което издава разрешение за ползване на индивидуално определения ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване с национален обхват, съобразно предвиденото за Първия етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване (DVB-T) в Република България, приет от Министерския съвет“. По подобен начин, в § 5а, ал. 2 от ПЗР на ЗЕС се посочва, че КРС следва да предприеме друга „процедура на конкурс за избор на предприятие, което може да получи разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване с национален обхват съобразно предвиденото в рамките на Втория етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване (DVB-T) в Република България, приет от Министерския съвет“.

Две конкурсни процедури бяха проведени за наличните пет мрежи („мултиплекси“). Два мултиплекса са предоставени при първата процедура на едно предприятие и три във втора процедура за второ предприятие. Резултатът от тези конкурсни процедури е одобрен и съответните мултиплекси са предоставени с решения № 592, 615, 634 и 674 съответно на 1 юни 2009 г., 9 юни 2009 г., 19 юни и 9 юли 2009 г.

Издаването на две отделни разрешения за правото на използване на спектъра за използване, съответно, на два и на три мултиплекса, посочени по-горе, се обжалва пред Българския конституционен съд, който в своето цитирано Решение № 3 на 4 юни

2009 г. отмени § 5а, ал. 1 от ПЗР на ЗЕС на основание, че е бил в нарушение на член 19, параграф 1 и параграф 2, и член 41, параграф 1 от Конституцията на Република България. Конституционния съд обясни, че тази разпоредба предвижда, че две цифрови мрежи от фаза 1 на плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване (DVB-T) в Република България (Планът) следва да бъде присъдена на едно единствено лице, като при това, „*равни възможности и недискриминационни правни условия ще бъдат налице, ако законодателите, например, въведат конкуренция за всяка от двете цифрови мрежи*“. Освен това, Съдът подчерта „*недопустимостта да се кодифицират специални привилегировани условия за осъществяване на бизнес от такова естество, каквото е предвидено в § 5а, ал. 1 от ПЗР на ЗЕС чрез избирането на една корпоративна единица в рамките на една конкурсна процедура за наземно цифрово радиоразпръскване, чрез която се възлагат двете национални мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване от етап 1 на цифровизирането*“.

Отмяната от Конституционния съд на § 5а, ал. 1 от ПЗР на ЗЕС нямаше обаче никакви преки последствия за засегнатите предприятия, тъй като решенията на Конституционния съд са приложими не от деня на тяхното приемане, а три дни след оповестяването им, в случая на 19 юни 2009 г., а правата на ползване на спектъра, предоставени чрез първия конкурс за цифровизация бяха официално дадени на 9 юни 2009 г. Според българските власти¹⁰, това означава, че правата на ползване, са били предоставени в съответствие с националната регулаторна рамка така, както тя е била приложима по това време.

4.1.2. ПОЗИЦИЯТА НА КОМИСИЯТА В ОФИЦИАЛНОТО УВЕДОМИТЕЛНО ПИСМО

Като ограничава броя на операторите, които са в състояние да работят на въпросния пазар, § 5а, ал. 1 и ал. 2 на ПЗР на ЗЕС е в състояние да „затрудни предоставянето на услуги в областта на телевизионното излъчване“¹¹. Разпоредба под формата на подобно ограничаване на броя на операторите би могла да даде явни противоречия на конкуренцията резултати поради предотвратяване на навлизането на пазара на други оператори и осигуряване на липса на конкуренция за двата оператора, получили разрешение.

В настоящия случай е трябвало да се организира отделна конкурсна процедура за предоставяне на пет отделни разрешения за разгръщане на всеки един от петте национални мултиплекса. Въпреки това § 5а, ал. 1 и ал. 2 от ПЗР на ЗЕС ограничава до две броя на разрешенията, които следва да се предоставят.

Комисията смята, че това ограничение на броя на издадените разрешения за 2009 г., представлява предоставяне на специално право по смисъла на член 1, параграф 6 от

¹⁰ В писмото им до Комисията от 13 септември 2010 г., посочено по-горе.

¹¹ Вж. по аналогия, Решение по дело C 380/05 Centro Europa 7, [2008] ECR Ii-349, параграф 97, относно решението на италианските власти в този случай за издаване на общо разрешение за опериране на пазара на услугите за радио и телевизионно разпръскване само за традиционните мрежи.

Директивата относно конкуренцията, тъй като то обхваща предоставянето на права от страна на държавата-членка чрез законодателен инструмент, който ограничава до две „броя на предприятията, на които е разрешено да предоставят електронна съобщителна услуга или да извършват електронна съобщителна дейност, в разрез с обективните, пропорционални и недискриминационни критерии.“ Освен ако не е обосновано, такова ограничение не е разрешено. В това отношение Съдът заяви, че „система за лицензиране, която ограничава броя на операторите на националната територия може да бъде оправдана поради цели от общ интерес (вж. в този смисъл *Placanica and Others*, параграф 53), при условие че ограниченията, произтичащи от нея, са подходящи и не надхвърлят необходимото за постигане на тези цели.¹²“ Освен това, „за да може такива договорености (...) да бъдат обосновани, те не само трябва да спазват целите от общ интерес, но и също и да са структурирани въз основа на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии.“¹³

Комисията подчерта, че в настоящия случай в ЗЕС не се посочват критериите, съгласно които броят на предприятията, които могат да предоставят мултиплексни услуги, е ограничен, нито преследваната цел, нито е предоставено обяснение относно пропорционалността на ограничението. При липса на каквито и да е обективни, прозрачни и недискриминационни критерии за такова ограничение и непосочена цел от общ интерес, Комисията стигна до заключението, че тази разпоредба представлява предоставяне на специално право в нарушение на член 2, параграф 1 от Директивата относно конкуренцията.

4.1.3. ПОЗИЦИЯТА НА БЪЛГАРСКИТЕ ВЛАСТИ

В отговора си от 20 юли 2011 г. българските органи твърдят, че ограничението, наложено чрез тези разпоредби, се отнася до броя на разрешителните, които могат да бъдат издадени, а не до броя на кандидатстващите, които желаят да участват в процедурата¹⁴. Съгласно член 7, параграф 1 от Директивата за разрешение, когато дадена държава-членка решава дали да ограничи броя на правата на ползване на радиочестоти, които ще се предоставят, тя следва да даде необходимото значение на потребността от максимална полза за потребителите и улесняване на развитието на конкуренцията. Българските власти обясняват, че в съответствие с член 7, параграф 1 от Директивата за разрешение, КРС е обявил намерението си да издаде ограничен брой разрешения, провел е публични консултации и е посочил причините за ограничението¹⁵. Целта от общ интерес, която, според българското правителство, е била преследвана чрез налагане на това ограничение, е да се извлекат възможно най-големи ползи за потребителите и да се улесни развитието на конкуренцията¹⁶.

¹² Дело 380/05, cit., параграф 100.

¹³ Дело C-380/05, cit., параграф 101.

¹⁴ стр.4

¹⁵ По Решения № 238 и 239 от 20 март 2009 г. КРС публикува намерението си да предостави само две разрешения за разгръщането на петте мрежи. Публикациите посочват правната рамка, и по-специално член 5а, параграфи 1 и 2 на ПЗР на ЗЕС, както и плана, като основание за ограничаване на броя на правата на ползване.

¹⁶ Пак там стр. 4.

По-точно, това ограничение на броя на разрешителните, би спомогнало за постигане на следните цели:

1. Успешното начало, изпълнение и завършване на прехода от аналогова към цифрова телевизия: ограничението се прилага само за прехода като средство за насърчаване на икономии от страна на потенциални инвеститори, стимулиране на ефективността, свързана с общото управление на повече от един мултиплекс и развитието на мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване. Предоставянето на повече от един мултиплекс на едно и също предприятие би намалило времето, необходимо за изграждане на мрежи, и би ускорило целия преход към цифрова телевизия, което би позволило спазването на срока за изключване на аналоговото разпръскване, което е заложено в плана за декември 2012 г.

Освен това българските власти посочват, че § 5а, параграф 1) и (2) на ПЗР на ЗЕС би трябвало да се прилага само веднъж и че след преминаване от аналогово към цифрово телевизионно радиоразпръскване, конкурсни процедури ще се осъществяват, без да се налагат ограничения по отношение на броя на разрешенията, които се издават.

2. Защитата на гарантираното от конституцията право на гражданите на свободен достъп до информация с максимален плурализъм на мненията: чрез предоставяне на по-голям капацитет на предприятията се създава възможност за предлагане на повече канали с разнообразие на съдържанието, включително пакети от канали за различни групи зрители. Следователно, пет предприятия биха разполагали с по-ограничени ресурси и намален брой и разнообразие на канали в ущърб на потребителите.

Българските органи посочват следното като допълнителни аргументи в полза на наложеното ограничение:

1. Специфичното положение на българския телевизионен пазар и в частност увеличаващият се брой на каналите, високото им качество и лесното им приемане: кабелната и сателитната телевизия привлякоха много потребители, поради което аналоговата телевизия стана все по-малко привлекателна. В допълнение, делът на зрителите, разчитащи единствено на наземно радио и телевизионно разпръскване за приемане на телевизия е намалявал постепенно през годините (32 % през 2005 г., 22 % през 2010 г.).
2. Необходимостта от конкурентоспособност: българските власти твърдят, че в контекста на ожесточена конкуренция между платформите, предоставянето на разрешение на едно предприятие ще даде по-голяма възможност то да получи достъп до клиенти (зрители) на пазара на достъп до съдържание, което ще ускори темпа на цифровизацията. За да бъдат в състояние да задържат зрителите си и да спечелят нови, операторите на мултиплекси трябва да са конкурентни по отношение на цени и канали. Отчитайки, от една страна, инвестициите, които те ще трябва да направят, и, от друга страна, ограничения доход, който могат да

получат (ограничен рекламен пазар, голям брой домакинства с ниски доходи, липса на възможност да генерират приходи от криптирани канали и малка плътност на компютърните системи, които ограничават възможността да генерират приходи от интерактивни информационни услуги), е под въпрос дали участниците в процеса на преход от аналогово към цифрово радиотелевизионно разпръскване щяха да бъдат финансово заинтересовани, ако броят на издадени разрешителни беше пет вместо две.

В писмото си от 2 ноември 2011 г. българските власти добавят, че те *„приемат, че възлагането на пет национални мултиплекса на два оператора до известна степен е необосновано“* (...) *„Във всеки случай, с цел да се подобри конкурентната среда“*, българските власти се ангажират да въведат разпоредбите на ЗЕС, с което се изисква националният регулаторен орган да извърши до края на 2013 г. процедура за предоставяне на честоти за нова национална цифрова мрежа. Понастоящем тези честоти са заети от Министерството на отбраната.

Съгласно предоставената на 6 февруари 2012 г. информация от българските власти, нов § 209 (10) бе включен в ПЗР на ЗЕС, в който се предвижда, че преди 1 септември 2013 г. КРС открива конкурсна процедура *„съгласно член 48, параграф 1 от ЗЕС за избор на предприятие, на което да се предостави право на ползване на индивидуално определен спектър за предоставяне на електронни съобщения чрез електронна съобщителна мрежа за наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване с национален обхват“*.

4.1.4. ОЦЕНКА НА КОМИСИЯТА

На първо място, Комисията смята, че в допълнение към съответствието с материалните и процедурните изисквания, определени в член 7, параграф 1 от Директивата за разрешение, законността на ограничаване, като това в настоящия случай, все още зависи от това дали ограничението е съвместимо с изискванията на Директивата относно конкуренцията, и по-специално със забраната за предоставяне на специални права, определена в член 2, параграф 1, която е специално насочена към предотвратяване на нарушаването на конкуренцията в тази област.

Това изискване е подкрепено от член 4, точка 1 от Директивата относно конкуренцията, съгласно която *„държавите-членки не предоставят изключителни или специални права на ползване на радиочестоти за доставка на електронни съобщителни услуги“*.

В това отношение, не може да се заключи, че самото започване на обществено допитване и приемането на окончателно решение, позоваващо се на член 7, параграф 1, букви б) и в) от Директивата за разрешение, сами по себе си могат да оправдаят ограничения, които са в нарушение на член 2 от Директивата за конкуренцията.

Второ, в съответствие със съдебната практика на Съда на Европейските общности принципът на пропорционалност изисква съответните мерки да *„са подходящи за постигане на преследваната цел и да не надхвърлят необходимото за постигането ѝ“*

(...) „¹⁷. В тази връзка, трябва да се прави разлика между различните цели от общ интерес, споменати от българските власти.

1) Вярно е, че преминаването към цифрово радиоразпръскване е цел на политиката на ЕС в областта на електронните комуникации¹⁸. Въпреки това Комисията не вижда как изключването на възможността за предоставяне на спектър за цифрово радиоразпръскване на повече от две различни предприятия, би било необходимо, „за да се гарантира успешното начало, изпълнение и завършване на прехода от аналогова към цифрова телевизия“. Провеждането на пет отделни конкурсни процедури не би попречило на същото предприятие, ако се представи по-добре при критериите за възлагане, да получи всички или няколко от наличните спектри, както стана през 2010 г., когато предприятие, което вече бе получило разрешение през 2009 г., получи и разрешително за експлоатация на мултиплекс за излъчване на обществени телевизионни канали. В допълнение, ако повече от две отделни предприятия са избрани, те биха могли да възложат на същите подизпълнители да използват оборудването за предаване, което би им позволило да се възползват от мащабни икономии и специализирана работна сила¹⁹. Българските власти твърдят, че възвръщаемостта на инвестициите в мултиплекси ще бъде трудно, ако е налице по-голяма разпокъсаност на пазара, получена в резултат на по-голям брой издадени разрешения. Въпреки това, макар че предоставя многобройна статистика, отговорът на България не съдържа данни, свързани със структурата на разходите на оператори на мултиплекси, в подкрепа на своите твърдения, че необходимостта от мащабни икономии не може да бъде посрещната по друг начин освен чрез ограничаване *ex ante* на броя на издадените разрешителни до две.

Освен това българските органи се съмняват дали, ако конкурси бяха организирани поотделно за всеки от петте мултиплекса, те биха привлекли толкова участници. Комисията обаче отбелязва, че българските органи проведоха през 2010 г. отделен конкурс за назначаване на един мултиплекс за излъчване на обществени телевизионни канали, и че броят на участниците (четирима) беше почти същият като през 2009 г.²⁰.

В заключение, няма доказателства, че ограничението е било необходимо, за да се ускори преходът към цифрово разпръскване, и спазването на срока за изключване на аналоговото разпръскване, предвиден в плана за декември 2012 г. и отложен до 1 септември 2013 г. съгласно ПЗР на ЗЕС, както са изменени на 29 декември 2011 г.

¹⁷ С-380/03 *Федерална Република Германия срещу Комисията* [2006] ECR I-11573, параграф 144 и С-463/00, *Комисията срещу Испания*, [2003] ECR I -04581, параграф 80 в допълнение към дело 380/05, посочено по-горе, точка 100.

¹⁸ Вж. Съобщение на Комисията COM (2005) 204 окончателен от 24.5.2005 г. относно *ускоряването на прехода от аналогово към цифрово радиоразпръскване* и Препоръка на Комисията 2009/848/ЕО от 28 октомври 2009 г. за „улесняване на освобождаването на цифровия дивидент в Европейския съюз“.

¹⁹ От решението на Върховния административен съд от 21 юни 2011 г. изглежда, че Hani Pro ще си сътрудничи с другия мултиплексен оператор, което ще му позволи да експлоатира мултиплекса с персонал от не повече от 8 души <http://www.sac.government.bg/court22.nsf/d038edcf49190344c2256b7600367606/b95de1b51df7964ec22578d2002df4bd?OpenDocument>

²⁰ Вж. гореспоменатото решение на Върховния административен съд от 21 юни 2011 г.

2) По отношение на развитието на конкуренция и постепенно намаляващия дял на зрителите в България, които разчитат единствено на наземното разпръскване за приемане на телевизия, Комисията заяви в меморандума, на който българските власти се позовават в отговора си от 20 юли 2011 г., че *„не е ясно дали тази тенденция ще продължи и в бъдеще, тъй като цифровите наземни платформи придобиват все по-широко разпространение (...)“*²¹. Важна причина за намаляването на дела на наземното аналогово радиоразпръскване, е ограниченият брой на наличните понастоящем аналогови канали и тяхното качество. Наземното цифрово радиоразпръскване ще позволи да се увеличи броят на излъчваните телевизионни канали (до 30) и освен това ще позволи излъчване с качеството на висока разделителна способност (ВРС), което понастоящем е на разположение само на други платформи. В същото време, цифровата наземна телевизия ще представлява безплатно телевизионно разпръскване (по отношение на по-голямата част от телевизионните канали) и вероятно, като се има предвид ниският среден доход на глава от населението в България, ще си върне обратно значителен брой абонати от платената кабелна телевизия и сателитните платформи. В резултат на това, за търговските телевизионни оператори ще бъде от решаващо значение да присъстват в новата платформа за цифрова наземна телевизия, в допълнение към другите платформи.

3) По отношение на защитата на конституционно гарантираното право на гражданите на свободен достъп до информация при запазване на максимален плурализъм на мненията, Комисията не споделя оценката, направена от българските власти, че *„чрез предоставяне на по-голям капацитет на предприятията се осъществява възможност за предлагане на повече канали с разнообразие на съдържанието (...)“* и че *„пет предприятия ще имат по-ограничени ресурси и намален брой и разнообразие от канали“*²². Напротив, Комисията е на мнение, че по-малко оператори на мултиплекси и по-малко конкуренция вероятно ще доведат до по-високи тарифи за излъчване, което ще ограничи броя на българските телевизионни оператори, които могат да си позволят да бъдат излъчвани от цифрова наземна телевизия.

Във връзка с това българските власти не са предоставили тарифите за излъчване на едро на разрешените оператори на мултиплекси. Следователно няма никакви доказателства, че, ако повече от два оператора на мултиплекс бяха получили разрешение, тези тарифи биха били по-високи, като създават икономическа бариера пред някои телевизионни оператори да излъчват телевизионните си канали чрез цифрова наземна телевизия. Няма причини да се смята, че операторите на мултиплекси в по-конкурентна среда биха прилагали по-високи тарифи за разпространение и биха намалили броя на излъчваните телевизионни канали. Напротив, мнението на Комисията е, че плурализмът на мненията се гарантира най-добре чрез ниски тарифи за разпространение, които биха се получили в резултат от силна ценова конкуренция между операторите на мултиплекси.

Поради това изглежда, че въпросното ограничение не е подходящо за постигането на преследваната цел.

²¹ SEC(2007) 1483, стр. 48.

²² Писмо от 20 юли 2011 г., стр. 5 и 6

Освен това, дори ако ограничаването би могло да бъде сметено за целесъобразно, би било възможно да се предвидят други способи с по-малък ограничителен ефект. В тази връзка българските власти посочват в отговора си от 20 юли 2011 г., че *„въпроси, свързани с достъпа, които са в интерес на обществото, могат да бъдат решени чрез „задължителни“ разпоредби“*, като така признават имплицитно, че съществуват по-малко ограничаващи средства за постигане на целта за плурализма на мненията. Тази цел следователно не може да оправдае²³ предоставянето на специални права и ограничаването на броя на потенциалните конкуренти на засегнатия пазар.

Следователно Комисията счита, че ограничението, произтичащо от ограничаването до две на броя на разрешителните, е непропорционално и в разрез с член 2, параграф 1 от Директивата относно конкуренцията.

Българските власти твърдят, че в съответствие с § 209, параграф 10 от ПЗР на ЗЕС, както е изменен на 29 декември 2011 г., конкурсна процедура за подбор за допълнителен мултиплекс ще бъде открита преди 1 септември 2013 г. Такава мярка обаче ще увеличи конкуренцията, само ако новият участник може ефективно да предложи своите услуги на телевизионните оператори преди преминаването към цифрово радиоразпръскване, което ще се случи на 1 септември 2013 г. съгласно § 209, параграф 5 от ПЗР на ЗЕС. Петте мрежи на двата оператора на мултиплекси, които вече са получили разрешение, ще имат капацитет да излъчват до 30 телевизионни канала към тази дата, което е достатъчно да поеме всички настоящи български телевизионни канали. От друга страна, е повече от вероятно, че настоящите доставчици на услуги ще се стремят да сключат споразумения с операторите на мултиплекси, преди да се осъществи преминаването, така че да бъдат излъчвани от новата платформа за цифрова наземна телевизия на тази дата. Следователно те вероятно ще сключат споразумения с операторите на мултиплекси, които са налице към датата на изключване. Вследствие на това има голяма вероятност, че няма да има повече пазар и следователно икономически ползи за оператор на мултиплекс, който влиза на пазара след тази дата.

4.2. ЛИПСАТА НА ВЕРТИКАЛНА ИНТЕГРАЦИЯ КАТО ПРЕДПОСТАВКА ЗА ПРЕДОСТАВЯНЕ НА СПЕКТЪР ЗА ЦИФРОВА НАЗЕМНА ТЕЛЕВИЗИЯ

Стойностната верига при цифровата наземна телевизия се състои от няколко слоя: първо, предоставяне на съдържание (телевизионни оператори), второ, използване на мултиплекси, излъчване на телевизионни сигнали, които се получават от зрители, използващи предаватели (известни като активна инфраструктура), и трето, предоставяне на преносна мрежа (т.е. мачти, обекти и техните връзки, позволяващи излъчване, наричани понякога пасивна инфраструктура). Българските власти решиха да забранят вертикалната интеграция между всяка от тези три различни дейности. Забраната на вертикалната интеграция е част от критериите за подбор, изброени в ЗЕС

²³ В съответствие с тълкуването на понятието пропорционалност от Съда на Европейските общности по дела C-415/93 *Union Royale Belge des sociétés de Football Association ASBL срещу Jean-Marc Bosman* [1995] ECR I-04921, точка 110; съединени дела C-163/94, C-165/94 и C-250/94, *Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez and Figen Kapanoglu* [1995 г.] Recueil I-04821, параграф 28.

за предоставяне на радио честоти за цифрово радиотелевизионно разпръскване, и е формулирана в член 47, буква а), параграф 1 и в член 48 от ЗЕС.

4.2.1. ЛИПСА НА ВЕРТИКАЛНА ИНТЕГРАЦИЯ МЕЖДУ ДОСТАВЧИЦИ НА СЪДЪРЖАНИЕ И ОПЕРАТОРИ НА МУЛТИПЛЕКСИ

4.2.1.1. НАЦИОНАЛНА ПРАВНА РАМКА

Съгласно член 47а, параграф 1 от ЗЕС²⁴, *„радио- и телевизионен оператор не може да получи разрешително от комисията [КРС] за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване“*. В член 47а, параграф 2 от ЗЕС се посочва, че параграф 1 се прилага също така и за лицата, свързани с такива оператори. Ограничението, установено в тази разпоредба, е не само по отношение на географския обхват.

С член 48, параграф 3 от ЗЕС допълнително се ограничава участието в конкурсни процедури, свързани с цифровизацията. В него се постановява, че *„предприятие, на което е издадено разрешението за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, - или лица, свързани с него по смисъла на Търговския закон, не могат да бъдат радио- или телевизионни оператори и нямат право да произвеждат радио или телевизионни програми“*.

4.2.1.2. ПОЗИЦИЯТА НА КОМИСИЯТА В ОФИЦИАЛНОТО УВЕДОМИТЕЛНО ПИСМО

С член 47а параграфи 1 и 2 и член 48, параграф 3 от ЗЕС се предотвратява участието на настоящи и бъдещи доставчици на съдържание в конкурсни процедури за използване на мултиплекси. Това правно ограничение е било ефективно приложено в решението на КРС № 592 от 1 юни 2009 г.²⁵, с което едно предприятие се изключва от конкурса на основание, че *„бе установено, че лице, свързано с кандидата, е радио или телевизионен оператор. Кандидатът приложи декларация по точка б на раздел III (образец на приложение № 3 от конкурсната документация, в обяснителните бележки към която той заяви, че [той] е страна, свързана с Tourismusfernsehen GmbH (TW1), занимаващо се с радио и телевизионни дейности [в Австрия]“*.

Такова ограничение под формата на абсолютна забрана би могло да има явни антиконкурентни ефекти чрез предотвратяване на предприятия от участие в конкурсната процедура. Ограничения на свободното предоставяне на електронни съобщителни услуги са възможни, но, както Съдът заяви: *„за да бъдат оправдани такива договорености (...), те не само трябва да са в съответствие с цели от общ*

²⁴ Във варианта, който е бил в сила към момента на процедурата по подбор

²⁵ Вж. точка 3 от <http://www.crc.bg/decisions.php?id=23&lang=bg>

интерес, но и също да са структурирани въз основа на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии.“²⁶

Комисията счита, че забраната за предприятия, свързани с телевизионни канали, които не са разрешени в България, да участват в конкурсни процедури за подбор на оператори на мултиплекси и предоставяне на мултиплекс услуги в България не е пропорционална на преследването на възможните цели от общ интерес, като например плурализма на медиите или ненарушаване на конкуренцията в България, и следователно не е съвместима с член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, с член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение и член 9, параграф 1 от Рамковата директива.

4.2.1.3. ПОЗИЦИЯТА НА БЪЛГАРСКИТЕ ОРГАНИ

Българските власти не оспорват, че изключването на доставчици на съдържание и на всяко едно предприятие, свързано с доставчиците на съдържание, от конкурсните процедури за използване на мултиплекси представлява ограничение на правото за навлизане на съответния пазар и за предоставяне на съответната услуга. Въпреки това, те твърдят, че целите от обществен интерес за насърчаване на конкуренцията и осигуряване на плурализъм на мненията и културно многообразие са изисквали изключването на кандидати, свързани с телевизионни канали, от участие в конкурсите за предоставяне на спектър за цифрово радиоразпръскване.

Българските органи твърдят в отговора си от 20 юли 2011 г. на официалното уведомително писмо, че ако доставчиците на съдържание биха могли да контролират мултиплекси, целите от обществен интерес за насърчаване на конкуренцията и за осигуряване на плурализъм на мненията и културно многообразие биха били застрашени. Притежателят на разрешение за изграждане на мултиплекс, който в същото време е доставчик на телевизионно съдържание, би предприел всякакви действия, за да спре излъчването на конкурентно съдържание чрез мултиплекса, който използва. В тази връзка българските органи не виждат никаква разлика между поведението, което могат да очакват от страна на български доставчици на съдържание, и от страна на чуждестранни доставчици на съдържание. Чуждестранните телевизионни канали могат да бъдат със субтитри или дублирани. Освен това, българските власти твърдят, че ако забраната не се прилага към предприятията, свързани с телевизионни канали, излъчвани в други държави, българските доставчици на съдържание биха счели тази разпоредба за дискриминационна.

В писмото си от 2 ноември 2011 г. българските власти добавят, че те *„продължават да считат, че въпросните разпоредби не ограничават конкуренцията и са били в общ интерес в момента, в който пазарът се е отварял“*, но че те *„приемат, че ограничението може да бъде считано за непропорционално по отношение на доставчиците на съдържание в друга държава“* и се ангажират да: 1) изменят член 47а от ЗЕС, като изключат телевизионните оператори извън юрисдикцията на Република България от обхвата на прилагане на тази разпоредба; 2) изменят член 48,

²⁶ С-380/05, параграф 101, цитиран по-горе.

параграф 3 от ЗЕС, като изключат от обхвата на прилагане на тази разпоредба създаването и разпространението на съдържание, което попада извън юрисдикцията на Република България.

В писмото си от 6 февруари 2012 г. българските власти потвърдиха, че след изменението на ЗЕС на 29 декември 2011 г. забраната на вертикалното интегриране на оператор на мултиплекс с доставчик на съдържание се прилага от този момент само за предприятия под юрисдикцията на България.

4.2.1.4. ОЦЕНКА НА КОМИСИЯТА

Комисията се съмнява, че абсолютната забрана (по отношение на нейния географски обхват) за навлизането на доставчици на съдържание или свързани предприятия на пазара за цифрови разпръсквателни услуги е подходяща за насърчаване на конкуренцията и гарантирането на плурализъм на мненията и културно многообразие. Действително, възражението от Комисията е свързано с „чуждестранните“ програмни услуги с разрешение, издадено в друга държава-членка, като това на *Tourismusfernsehen GmbH (TWI)*²⁷, а не с „чуждестранните“ програмни услуги, които може да са лицензирани или регистрирани съгласно Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) за излъчване в България, както се изисква в раздели II и IV от глава 6 от ЗРТ и които следователно могат да бъдат считани за „радио- и телевизионни програмни услуги, създадени с цел разпространение или излъчени от съответните оператори, които се намират под юрисдикцията на Република България“ по смисъла на член 3, параграф 4, от ЗРТ.

Предприятие, свързано с тези „чуждестранни“ програмни услуги, което има разрешение, издадено в друга държава-членка, не би имало нито интерес, нито възможност да предпочете в България свързаните с него програми в ущърб на телевизионни програми, които не са свързани с него, тъй като свързаните с него програми не се излъчват в България. Твърдението на българските власти в отговора им от 20 юли 2011 г., че чуждестранните телевизионни програми могат да бъдат излъчвани чрез съответните мултиплекси със субтитри или дублирани на български език, е следователно неуместно.

Българските власти твърдят също, че разграничаването между предприятия с връзки към телевизионни канали, разрешени в България, и тези с връзки към телевизионните канали в други страни, може да се счита като дискриминативно. Въпреки това, съгласно правото на ЕС, дискриминацията се състои в третирането по различен начин на ситуации, които са идентични, или в обработката по един и същ начин на ситуации, които са обективно различни²⁸. В настоящия случай положението на предприятията, свързани само с телевизионни канали, които не попадат под „юрисдикцията на Република България“, се различава съществено от положението на тези, които са свързани с телевизионни канали, които попадат под „юрисдикцията на Република България“.

²⁷ Обнародван в Държавен вестник, № 138/24.11.1998 г.

²⁸ Вж. решения по дело 8/82 *Wagner v BALM* [1983] Recueil 371, параграф 18 и дело 58/86 *Coopérative Agricole d'Approvisionnement des Avirons v Receveur des Douanes* [1987] ECR 1525, параграф 15.

Във всеки случай изглежда, че поставените цели биха могли да се постигнат с по-малко рестриктивни средства, като задължения за „задължителен пренос“ или ограничаване на броя на мултиплексите, които свързаните предприятия могат да контролират. Такива мерки не биха попречили на предприятията да участват в конкурсната процедура и не биха имали антиконкурентни ефекти. Допълнителни задължения като недискриминация и ориентираност към разходите биха могли също да предотвратят евентуални злоупотреби, без да се ограничава достъпът до медийния пазар на едро.

Поради причините, изложени по-горе, изключването от конкурсите съгласно член 47а от ЗЕС на предприятия, свързани с телевизионни канали, които не попадат под юрисдикцията на България, не може да бъде оправдано от гореспоменатите цели от обществен интерес. Следователно критерият за избор, определен в член 47а ЗЕС, е в нарушение на член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, както и на член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение и член 9, параграф 1 от Рамковата директива.

Нито изменението на ЗЕС, нито обявеният търг оказват влияние върху това заключение.

4.2.2. ЛИПСАТА НА ВЕРТИКАЛНА ИНТЕГРАЦИЯ МЕЖДУ ОПЕРАТОРИТЕ НА МУЛТИПЛЕКСИ И ОПЕРАТОРИТЕ НА МРЕЖИ

4.2.2.1. НАЦИОНАЛНА ПРАВНА РАМКА

Съгласно член 48, параграф 5 от ЗЕС *„предприятие, на което е издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, или лице, свързано с него по смисъла на Търговския закон, няма право да изгражда електронна съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми“*.

Следователно операторите на мрежова инфраструктура за пренос не могат да кандидатстват за спектър за радиоразпръскване.

Член 48, параграф 5 от ЗЕС беше отменен на 4 юни 2009 г. с вече споменатото Решение № 3 на Конституционния съд. Решението влезе в сила три дни след обнародването му, на 19 юни 2009 г., и поради това нямаше никакъв ефект върху двете конкурсни процедури за цифровизация от 2009 г.

4.2.2.2. ПОЗИЦИЯТА НА КОМИСИЯТА В ОФИЦИАЛНОТО УВЕДОМИТЕЛНО ПИСМО

Член 48, параграф 5 на ЗЕС ограничава свободата на предоставяне на електронни съобщителни услуги, тъй като с него се забранява на операторите на мрежова инфраструктура да кандидатстват за спектър за радиоразпръскване. Съгласно тази разпоредба, гореспоменатото решение на КРС № 592 от 1 юни 2009 г. изключва едно предприятие²⁹ от конкурса на основание, че „документите, изпратени от кандидата не включват изискваната декларация по точка 7 от раздел III на конкурсната документация, – т.е. декларация, че кандидатът или лица, свързани с него по смисъла на § 1 от Допълнителните разпоредби на Търговския закон, не притежават мрежа за предаване на радио- и телевизионни програми в Република България“.

Абсолютната забрана съгласно член 48, параграф 5 от ЗЕС би могла да има явни антиконкурентни ефекти поради предотвратяване на участие на предприятия в конкурсната процедура и неизползване на тяхната ефективност, свързана с придобит ноу-хау, съвместна собственост, както и научноизследователска и развойна дейност. За да бъдат съвместими с директивите на ЕС, тези критерии трябва да бъдат обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални.

В настоящия случай ограничението, че операторите на мрежи не могат да бъдат оператори на мултиплекси, изглежда непропорционално, тъй като то надвишава това, което е необходимо, за да се постигнат възможните цели от общ интерес, като, например, ненарушаването на конкуренцията. Комисията счита, че това ограничение е несъвместимо с член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение и член 9, параграф 1 от Рамковата директива.

4.2.2.3. ПОЗИЦИЯТА НА БЪЛГАРСКИТЕ ОРГАНИ

Българските власти не оспорват, че изключването на оператора на мрежа от конкурсните процедури за използване на мултиплекси съгласно член 48, параграф 5 от ЗЕС представлява ограничаване на конкуренцията.

Въпреки това, те твърдят, че към момента на приемане на член 48, параграф 5 от ЗЕС основната мрежа за пренос и радиоразпръскване е била собственост на *Националното управление Радио и телевизионни станции* (NURTS), отделно подразделение на Българската телекомуникационна компания (БТК) — историческият български далекосъобщителен оператор. Българските власти добавят, че тази мрежа фактически притежава монопол, дължащ се на топографски характеристики на страната. За това дружество би имало много възможности да наруши конкуренцията в своя полза, например чрез ценовата дискриминация. Освен това, ако едно и също дружество би било оператор на мрежа и мултиплекси, това би довело до непрекъснати спорове с доставчиците на съдържание относно покритието и силата на сигнала. Обратно, вертикалното отделяне предоставя пълна прозрачност на тарифите, събирани от телевизионните оператори за излъчването на техните програми. По тази причина

²⁹ БЪЛГАРСКА ТЕЛЕКОМУНИКАЦИОННА КОМПАНИЯ АД

българските власти смятат, че при липсата на забрана, NURTS би разширило инфраструктурния си монопол, за да обхване работата на мултиплексите за сметка на конкуренцията и в нарушение на член 101 и следващите членове от ДФЕС.

Така, според българските власти, ограничението е обосновано от необходимостта да се предотврати нарушението на конкуренцията от страна на NURTS и разширяването на неговия инфраструктурен монопол, който би включил използването на мултиплексите за сметка на конкуренцията.

От друга страна, българските власти твърдят, че *„относителният дял на телевизионния достъп чрез наземно аналогово радиоразпръскване намалява всяка година. Според годишния доклад за 2005 г. на Комисията за регулиране на съобщенията, дялът му е бил 32 %, но е спаднал до 22 % през 2010 г.“* В него се добавя, че *„България е взела предвид обяснителна бележка към препоръката на Комисията относно съответните пазари на продукти и услуги в сектора на електронните съобщения, подлежащи на регулиране ex ante в съответствие с Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива). (...) Въз основа на фактическото положение на пазара [пазара на едро на услуги за препредаване на радио и телевизионни сигнали за крайните потребители] (...) се стигна до заключението, че на този пазар съществува силна конкуренция“*. Така българските власти стигат до заключението, че основната мрежа за предаване и радиоразпръскване, NURTS, не е имала значителна пазарна мощ на пазара на радиоразпръскването и че не е било необходимо да се разглеждат ex ante мерки за компенсиране³⁰.

В писмото си от 2 ноември 2011 г. българските власти обявиха, че разпоредбата на член 48, параграф 5 от ЗЕС, която беше обявена за противоконституционна, ще бъде изрично отменена. Въпреки това в тяхното последващо писмо от 6 февруари 2012 г. българските власти посочиха, че правната служба на Народното събрание на България е пояснила, че дадена законова разпоредба, която е обявена за противоконституционна, вече не се прилага и затова не е необходимо да бъде изрично отменена.

4.2.2.4. ОЦЕНКА НА КОМИСИЯТА

Принципът на пропорционалност изисква целите, преследвани от съответното ограничение, да не могат да се постигнат поне толкова ефективно чрез други, по-малко рестриктивни средства за правна защита.

В настоящия случай Комисията отбелязва най-напред, че ако се окаже, че пазарът на едро на услугите за пренос на радио и телевизионни сигнали до крайните потребители не функционира добре в България и че критериите³¹ за налагане на ex ante мерки за

³⁰ Отговор от 20 юли 2011 г., стр. 3.

³¹ И по-специално тестът по три критерия, предвиден в точка 2 на *Препоръката на Комисията* от 2007 г. *относно съответните пазари на продукти и услуги в сектора на електронните съобщения*,

правна защита в съответствие с Рамковата директива са изпълнени, българските власти биха могли да предвидят такива мерки, вместо да изключат а priori NURTS и да ограничат потенциалното му навлизане на пазара въз основа на неоспорима презумпция, че това би нарушило конкуренцията.

В подобна област Съдът на ЕС отбелязва, че *„би било в противоречие с ефективното прилагане на правото на Общността да се изключват систематично предприятия (...) от участие в същата процедура за възлагане на обществена поръчка. Такова решение до голяма степен ще намали конкуренцията на равнището на Общността (...). Такава разпоредба, основана на необорима презумпция (...), нарушава принципа на пропорционалност, тъй като не предоставя на тези предприятия възможността да докажат, че в техния случай не съществува реален риск от възникване на практики, които могат да застрашат прозрачността и да нарушат конкуренцията между оферентите (вж. в този смисъл, Съединени дела C-21/03 и C-34/03 *Fabricom* [2005] ECR I-1559, параграфи 33 и 35, и *Michaniki*, параграф 62)“*³².

На второ място, българските власти твърдят³³, че считат пазара на едро за пренос на радио и телевизионни сигнали за крайните потребители за конкурентен. Въпреки това, ако съответният пазар на едро е конкурентен, ограничаването на мрежовия оператор от участие в конкурсната процедура е излишно и поради това непропорционално.

На трето място, аргументът, че абсолютната забрана е била абсолютно необходима, за да се предотврати операторите на мрежи да контролират мултиплексите, се опровергава от факта, че операторът на излъчващата мрежа NURTS е поел контрола над два мултиплекса през 2010 г.³⁴. Сценарият, който, според българските власти, е трябвало да бъде предотвратен чрез член 48, параграф 5 от ЗЕС, се е осъществил без тези органи да вземат, доколкото е известно на Комисията, никакви мерки за предотвратяване на вероятността от нарушаване на конкуренцията.

По тези причини изключването а priori на предприятия, притежаващи преносни мрежи, от конкурсната процедура за предоставяне на радиочестотен спектър за цифрово радиоразпръскване е непропорционално, тъй като то или не е било необходимо за постигане на споменатите цели от обществен интерес, или е надхвърляло това, което е било необходимо за постигането на целите. Критерият за избор, определен в член 48, алинея 3 от ЗЕС следователно е в нарушение на член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, на член 7,

позволяващи ex ante регулиране в съответствие с Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива). С (2007) 5406 .

³² C-538/07 *Assitur Srl v Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, [2009] ECR I-04219, параграфи 28 и 30.

³³ Писмо от 21 юли 2011 г., стр. 3.

³⁴ През юни 2010 г. NURTS Bulgaria ЕАД, в което през април 2010 г. основаното в Кипър предприятие Манселорд Лимитид е придобило 50 %, пое едноличен контрол над Towercom Bulgaria ЕАД. На 23 юни 2010 г. българската КЗК установи, че тази концентрация не достига прага за уведомление, предвиден в член 24 от ЗЗК. <http://www.cpc.bg/ViewResult.aspx?type=Article&id=1990>. КРС също не възрази срещу концентрацията. Вж. напр. http://www.capital.bg/biznes/media_i_reklama/2010/06/15/917578_krs_odobri_sdelkata_za_nurts/

параграф 3 от Директивата за разрешение, и на член 9, параграф 1 от Рамковата директива.

Фактът, че Конституционният съд на България е премахнал това ограничение, не променя това заключение, тъй като никой от конкурсите не бе анулиран и последствията от споменатите нарушения все още не са преодоляни.

ПОРАДИ ГОРНИТЕ ПРИЧИНИ

КОМИСИЯТА

след като даде на българските органи възможността да представят своите забележки чрез писмо от 20 май 2011 г. (SG-Greffe (2011)D/8015; C(2011)3364) и предвид отговора на българските органи от 20 юли 2011 г. (Ares INF(2011)103312), както е допълнен с писмо от 2 ноември 2011 г. (Ares INF(2011)103873).

ИЗДАВА СЛЕДНОТО МОТИВИРАНО СТАНОВИЩЕ

съгласно член 258, параграф 1 от Договора за функционирането на Европейския съюз, че като

- ограничава съгласно § 5а, ал. 1 и ал. 2 от ПЗР на ЗЕС до две броя на предприятията, на които може да бъде предоставен спектър за телевизионно разпръскване и на които се издава разрешение да предоставят съответната електронна съобщителна услуга, в рамките на двете конкурсни процедури от 2009 г. (два мултиплекса при първата конкурсна процедура и три при втората), България не е изпълнила задълженията си съгласно изискванията на член 2, параграф 1 от Директивата относно конкуренцията;
- забранява съгласно член 47а и член 48, ал. 3 от ЗЕС на предприятията, свързани с телевизионни оператори, които не са разрешени в България, да участват в конкурсните процедури за подбор на оператори на мултиплекси и да предоставят мултиплексни услуги в България, както и на оператори на мултиплекси, с разрешения, издадени в България, да започнат работа като оператори на телевизия в страни, различни от България, България не е изпълнила задълженията си съгласно изискванията на член 2, параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, на член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение и член 9, параграф 1 от Рамковата директива;
- забранява съгласно член 48, параграф 5 от ЗЕС на притежатели на спектър за цифрово радио и телевизионно разпръскване (оператори на мултиплекси) да строят електронни съобщителни мрежи за излъчване на радио- и телевизионни програми, България не е изпълнила задълженията си съгласно изискванията на член 2,

параграф 2 и член 4, параграф 2 от Директивата относно конкуренцията, на член 7, параграф 3 от Директивата за разрешение и член 9, параграф 1 от Рамковата директива.

Съгласно член 258, първа алинея от Договора за функционирането на Европейския съюз, Комисията приканва България да вземе необходимите мерки, за да се съобрази с настоящото мотивирано становище в срок от два месеца от получаване на уведомлението за него.

Съставено в Брюксел на 22.3.2012

За Комисията

Joaquín ALMUNIA

Заместник- председател

Заверено копие

За Генералния секретар,

Jordi AYET PUIGARNAU

Началник на Канцеларията