

РЕШЕНИЕ № 3

София, 4 юни 2009 г.

**по конституционно дело № 3 от 2009 г., съдия докладчик Георги Петканов
(Обн., ДВ, бр. 45 от 16.06.2009 г.)**

Конституционният съд в състав: Председател: Румен Янков и членове: Васил Гоцев, Емилия Друмева, Владислав Славов, Евгени Танчев, Благовест Пунев, Димитър Токушев, Пламен Киров, Красен Стойчев, Снежана Начева, Георги Петканов, при участието на секретар - протоколиста Силвия Василева разгледа в закрито заседание на 4 юни 2009 г. конституционно дело № 3/2009 г., докладвано от съдията Георги Петканов.

Делото е образувано на 03.04.2009 г., по искане на 51 народни представители от 40-то Народно събрание. Към него е присъединено за съвместно разглеждане и решаване к.д. № 2/2009 г., което е образувано на 02.04.2009 г. по искане на 48 народни представители от същото Народно събрание.

Двете дела имат сходство на предмета. В исканията се настоява за установяване противоконституционността на:

- чл. 47а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), (ДВ, бр. 41 от 2007 г., с последно изменение в ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- чл. 48, ал. 3, 4 и 5 ЗЕС;
- § 5 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за електронните съобщения (ПЗРЗЕС), изменен с § 77 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения (ЗИДЗЕС), (ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- § 5а ПЗРЗЕС, създаден с § 77 ЗИДЗЕС, (ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- § 5б ПЗРЗЕС, създаден с § 77 ЗИДЗЕС, (ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- § 5в ПЗРЗЕС, създаден с § 77 ЗИДЗЕС, (ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- § 5г ПЗРЗЕС, създаден с § 77 ЗИДЗЕС, (ДВ, бр. 17 от 2009 г.);
- чл. 116и от Закона за радиото и телевизията (ЗРТ), (ДВ, бр. 14 от 2009 г.).

В искането се твърди, че чл. 47а ЗЕС противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията, тъй като се въвежда забрана за радио- и телевизионните оператори и свързаните с тях лица да получават разрешение за ползване на ограничен ресурс – радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване. Това ограничение се прилага и по отношение на свързани лица, с оператора по смисъла на Търговския закон.

Съгласно оспорения чл. 48, ал. 3 ЗЕС предприятие или свързаните с него лица по смисъла на Търговския закон, на което е издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ресурс – радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, има забрана да бъде радио- или телевизионен оператор, както и да създава радио- или телевизионни програми. Едновременно с това, тези лица според ал. 5 на чл. 48 нямат право да изграждат електронно съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми. Всичко това според искането противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията, защото нарушава принципът на свободната стопанска инициатива, не се създават и гарантират еднакви правни

условия за стопанска дейност, както и затова че еднаквите правни условия за инвестиции и стопанска дейност на българските и чуждестранните юридически лица не се закрилят от закона.

Забраната, установена в чл. 48, ал. 3 ЗЕС, съвпада и с тази, установена в чл. 116и ЗРТ.

Поддържа се също така, че разпоредбите на § 5, § 5а, § 5б, § 5в и § 5г ПЗРЗЕС, противоречат на чл. 19 ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията. Първият текст от Конституцията изисква законът да създава и гарантира на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност, като предотвратява злоупотребата с монополизма, нелоялната конкуренция и защитава потребителите. Освен това, съгласно чл. 41, ал. 1 от Конституцията всеки, в т.ч. български и чуждестранни субекти имат право да търсят, получават и разпространяват информация.

Развити са и съображения, че в противоречие с посочените конституционни текстове, законодателят не гарантира реална равнопоставеност на страните по сделките и лишава лицата от възможността да защитят ефикасно правата си. Във връзка с чл. 41, ал. 1 от Конституцията, са изложени съображения за противоречия с този текст, доколкото правото на всеки, в т.ч. български гражданин и/или чужденец ще бъде застрашено от оспорените разпоредби на закона. С определение от 16.04.2009 г., на основание чл. 149, ал. 1, т. 2 от Конституцията и чл. 19, ал. 1 от Закона за Конституционния съд, искането е допуснато за разглеждане по същество.

Като заинтересувани страни са конституирани Народното събрание, Министерският съвет, министърът на транспорта, министърът по европейските въпроси, Държавната агенция за информационни технологии и съобщения (ДАИТС), Съветът за електронни медии (СЕМ), Комисията за регулиране на съобщенията (КРС), Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) и Асоциацията на българските радио и телевизионни оператори.

Писмени становища по делото са представени от Народното събрание, Министерския съвет, ДАИТС, КРС и КЗК, като във всички тях са изложени съображения за липса на противоконституционност.

Конституционният съд, за да се произнесе, съобрази следното:

По противоречието на чл. 47а, чл. 48, ал. 3 и 4 ЗЕС и чл. 116и ЗРТ с чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията

Тъй като в исканията по двете дела са атакувани в голямата си част едни и същи разпоредби от изменителните закони (ЗИДЗЕС и ЗИДЗРТ), то в настоящото решение обединяваме аргументацията по двете искания.

В чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията е уредена свободната стопанска инициатива, законоустановеността на еднакви правни условия на стопанска дейност, с цел предотвратяване на злоупотребата с монополизма, нелоялната конкуренция и защитата на потребителя. Уредена е и закрилата на инвестициите и стопанската дейност на българските и чуждестранни граждани и юридически лица.

Съдът приема, че еднаквите условия за стопанска дейност и свободата на стопанската инициатива не са абсолютни и не означават липсата на ограничения и невъзможността със закон да се поставят изисквания към субектите при осъществяването на определена дейност. И такива ограничения според

Конституцията могат да бъдат свързани с предотвратяване на монополизма, ограничаване на нелоялната конкуренция и защитата на потребителите. Съдът е на мнение, че с тези ограничения не се нарушава свободната стопанска инициатива, прокламирана от Конституцията. Ако се допусне радио- и телевизионен оператор да извършва и цифрово радиоразпръскване, съществува възможността той да използва само своите програми, т.е. би ограничил достъпа на други радио- и телевизионни оператори до разпространение на техните програми. Същото може да се каже и по отношение на конкуренцията. Аргументите са аналогични – ако се допусне един радио- и телевизионен оператор или свързани с него лица да осъществяват и радиоразпръскване, както и на предприятието за радиоразпръскване да има свързани с него лица – радио- и телевизионни оператори, в условията на монополизъм може да се елиминира въобще всякаква конкуренция. Естествено би било такова предприятие да предлага само създадените от него или на свързаните с него субекти. Това ще е във вреда и на потребителите, които нямат право на избор и се ограничава техният достъп до информация.

Заслужава отбелязване, че в посочените разпоредби Конституцията не въвежда изискване за протекции на чуждестранни инвестиции, без да е налице закрила и на националните инвестиции. Ако се следва логиката на искателите за противоконституционност, че мултиплекс операторът може да е свързано лице с радио- и телевизионен оператор от друга държава, от това не следва, че се ограничава конкуренцията в България. Налага се заключението, че аргументацията на искателите е изведена по-скоро на ниво целесъобразност. Тя не представлява основа за доказване на противоконституционността на разпоредбите.

В чл. 48, ал. 3 е уредена обратната на чл. 47а хипотеза, а именно – невъзможността предприятие, получило такова разрешение (т.нар. мултиплекс оператор), да бъде радио- и телевизионен оператор, респ. да създава радио- и телевизионни програми. Аргументите според искателите за противоконституционност се свеждат до следното:

В едно от исканията се признава, че посочените разпоредби предотвратяват вертикалната концентрация на дейности с цел елиминиране на конкуренцията и в двете групи субекти. Претенцията се свежда до липсата на географски ограничавания на свързаните лица, което не отчита реалния пазар и противоречи на свободата на стопанската инициатива и закрилата на инвестициите и стопанската дейност в съответния сектор. Изтъква се като аргумент, че при наличието на съществуваща връзка между мултиплекс-оператори и телевизионни оператори в ЕС, те не могат да участват в процедури за избор на мултиплекс оператор в България нито на национално, нито на регионално ниво. Твърди се също, че подобно ограничение няма в други страни, а и наличието на свързани лица в рамките на ЕС не засяга конкуренцията на националните радио- и телевизионни оператори.

Във второто искане акцентът е върху невъзможността радио- и телевизионните оператори да разпространяват програмите си чрез собствени електронни съобщителни мрежи, както го правят в момента чрез аналогово наземно разпространение.

Измененията в ЗЕС и ЗРТ са обусловени от необходимостта да бъде изградена законова основа за осъществяване на цифрово наземно радиоразпръскване, което ще гарантира успешен преход от аналогово към цифрово радиоразпръскване.

Съгласно поетите от Република България ангажименти до края на 2012 г. тя следва да прекрати аналоговото разпространение на телевизионни програми и да изгради функционираща цифрова наземна електронно съобщителна мрежа.

Искателите смятат, че разпоредбата на чл. 47а ЗЕС ограничава конституционното право на физическите и юридическите лица в страната за свободна стопанска инициатива. Според тях не е осигурена и закрила на инвестициите, както и на стопанската дейност на българските и чуждестранни граждани и юридически лица. Изводът на искателите не може да бъде споделен.

Безспорно е, че радио- и телевизионната дейност е свързана, както със създаването на радио- и телевизионни програми, така и с осигуряването на разпространението на създадените програми чрез наземно радиоразпръскване (аналогово или цифрово), така, че да се осигури приемане от неограничен брой лица. Не е необходимо разпространението на програмите, създадени от радио- и телевизионен оператор да се осъществява чрез “собствена” мрежа.

Като ограничава с разпоредбата на чл. 47а ЗЕС, радио- и телевизионните оператори и свързаните с тях лица да получат разрешение за използване на радиочестотен спектър и ограничавайки чрез чл. 48, ал. 3 ЗЕС получилият вече разрешение мултиплекс- оператор и свързаните с него лица да бъдат радио- и телевизионен оператор и да създават радио- или телевизионни програми, законодателят ефективно гарантира спазването на принципите на свободна стопанска инициатива, осигурява превенция срещу нелоялната конкуренция и закриля правата на българските и/или чуждестранните граждани и юридически лица.

Следва да се отбележи, че в конкретния случай обект на свободната стопанската инициатива е специален обект – от тези, посочени в чл. 18 от Конституцията, т.е. радиочестотен спектър. Конституционният съд се е произнасял по въпроса като е приел, че правото на държавата по отношение на обектите са свързани не с качеството й на титуляр на правото на собственост, а като субект (носител) на суверенна власт.

Съдът счита, че разпоредбите на чл. 47а и чл. 48, ал. 3 и 4 от ЗЕС, както и чл. 116и от ЗРТ не противоречат на разпоредбите на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията на Република България. Те са предназначени да предотвратят вертикалните и хоризонталните концентрации и монополни положения.

Целта на тези разпоредби е ясно да се отграничи предприятието, което ще осъществява електронни съобщения (т.нар. оператор на мултиплекс) от лицата, които ще създават медийно съдържание (радио- и телевизионни оператори).

Текстът е в съответствие с чл. 18, ал. 3 от Конституцията, според който държавата осъществява суверенни права върху радиочестотния спектър и позициите на геостационарната орбита, определени за Република България с международни споразумения.

В случай, че един радио- и телевизионен оператор има издадено разрешение от КРС за ползване на индивидуално определен ресурс – радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, би се стигнало до ограничаване на конкуренцията и на

защитата на интересите на потребителите. Сливането на фигурата на оператор на мултиплекс с фигурата на радио- и телевизионен оператор и създаването на монополно положение за това предприятие, което съчетава двете функции, би довело до нарушения на конкретните изисквания. Подобни изкривявания биха имали негативен ефект и върху конкуренцията на медийния пазар, поради което законодателят е въвел ограничителните разпоредби на чл. 47а и чл. 48, ал. 3 и 4 от ЗЕС, както и на чл. 116и от ЗРТ.

Един оператор на мултиплекс, ако създава и медийно съдържание, може да злоупотреби с ключовата си позиция в няколко направления: може да откаже да сключи договор с телевизионен оператор, може да обвърже договора с други предложения, като го задължи да приеме от него освен мултиплицирането и другите услуги, може (не на последно място) да дискриминира отделните телевизионни оператори. Такъв пример за възможност за дискриминация е налице при предоставянето на честоти на отделните програми. Един телевизионен канал разполага с определен капацитет за разпространение. При мултиплицирането този капацитет се разпределя чрез предоставянето на т.нар. "битови честоти". От това каква част от тях е дадена на телевизионния оператор зависи качеството на разпространение, както и броят на разпространяваните в един мултиплекс услуги. Поради това може с предоставянето на по-малко битови честоти да бъде ошетен даден телевизионен оператор.

Именно за да се защити общественият интерес е въведено разграничението в разпоредбите на чл. 47а и чл. 48, ал. 3 и 4 от ЗЕС - оператор на мултиплекс и радио - телевизионен оператор да бъдат различни лица. Обратното – възможността един и същи субект да осъществява и двата вида дейност, би довело до създаването на условия за злоупотреба с монополно положение на хоризонтално и вертикално ниво и би довело до нарушаване правата на потребителите. Предвид на всичко това тези атакувани разпоредби зачитат обществения интерес и създават условия за плуралистична медийна среда.

Съдът счита, че разпоредбите на чл. 47а и чл. 48, ал. 3 и 4 от ЗЕС са съобразени с особеностите на цифровото радио- и телевизионно разпространение. Те включват правила, които регулират дейността на новите оператори на мултиплекси и предоставяните от тях услуги като създават условия за разгръщането на конкуренция между тях. Създаването на условия за разгръщането на свободна конкуренция ще доведе и до създаване на нови възможности за конкурентна среда при създаването на радио- и телевизионни програми и с това ще създаде предпоставки за утвърждаване на медийния плурализъм, а оттам и до гарантиране на свободата на избор на потребителите, каквито са изискванията на чл. 19, ал. 2 от Конституцията на Република България.

Съдържанието на разпоредбата на чл. 48, ал. 3 и 4 ЗЕС е възпроизведена в чл. 116и ЗРТ, поради което съображенията за противоконституционност на първия са относими и към идентичния му от медийния закон. Поради това разпоредбата на чл. 116и ЗРТ не противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията.

Противоречие на чл. 48, ал. 5 ЗЕС с чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията

Съгласно чл. 48, ал. 5 ЗЕС предприятие или свързано с него лице, на което е издадено разрешение за радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово

радиоразпръскване, няма право да изгражда електронна съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми.

Искателите подчертават, че забраната за изграждане на опорни мрежи от операторите на мултиплекс ограничава конкуренцията като ги обвързва да наемат за преноса до точките на разпръскване вече изградена мрежа от друго лице. Според тях, това е ограничение на свободната стопанска инициатива.

Разпоредбата на чл. 48, ал. 5 ЗЕС според искателите е противоконституционна, тъй като ограничава свободата на стопанската инициатива и нарушава правните условия за осъществяване на стопанска дейност. Вместо да защитава конкуренцията, тя пречатства и създава опасност от злоупотреба с монополно положение.

Забраната ограничава достъпа на външни инвеститори с опит в цифровите технологии в резултат на демотивирането им да инвестират в страната. Спорна е ефективността на крупна инвестиция в цифровизацията поради разделяне собствеността на мултиплекса и на преносната мрежа. В първия случай собственикът на мултиплекса ще зависи от този, който отдава под наем преносната мрежа като неин собственик и би могъл да злоупотреби с господстващата си позиция на медийния пазар, а във втория – вероятно е инвеститор да поеме изграждане на скъпо струваща нова преносна мрежа, без да получи разрешение да ползва индивидуално определен ресурс – радиочестотен спектър.

Едновременно с това, тези лица според ал. 5 на чл. 48 нямат право да изграждат електронно съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми. И всичко това според искателите противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията, защото се нарушава принципът на свободната стопанска инициатива, не се създават и гарантират на тези граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност и затова, че инвестициите и стопанската дейност на българските и чуждестранните граждани и юридически лица не се закрилят от закона.

По нататък искателите твърдят, че процесът на цифрово радиоразпръскване се съпровожда от пренос на сигнала до точката на разпръскване. Технологично това става чрез две основно разделени мрежи – радио мрежа (за разпръскване) и опорна мрежа (за пренос). Мрежите могат да бъдат или да не бъдат на едно и също лице, но забраната за изграждане на опорни мрежи от операторите на мултиплекс ограничава конкуренцията, като ги обвързва да наемат за преноса до точката на разпръскване вече изградена мрежа от друго лице.

Конституционният съд приема, че разпоредбата на чл. 48, ал. 5 ЗЕС противоречи на чл. 19, ал. 1 и 2 от Конституцията. Тя съдържа законова забрана мултиплекс оператори и свързани с тях лица, да изграждат и ползват мрежи за радио- и телевизионни програми (т. нар. опорни мрежи). Член 48, ал. 5 ЗЕС ограничава свободната стопанска инициатива и не гарантира на юридическите лица еднакви правни условия за стопанска дейност. Забраната за изграждане на електронна съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми по отношение на предприятие, на което е издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, не гарантира конституционно закрепените права на гражданите за плурализъм на

мненията, нито предотвратява концентрация на възможности за въздействие върху операторите, създаващи радио- и телевизионни програми. Нещо повече, предприятието, което ще изгражда цифровата мрежа за радиоразпръскване ще бъде принудено да наема мрежа за пренос (опорна мрежа). Подобни опорни мрежи могат да се изградят било чрез използване на радиочестотен спектър, както и чрез кабелна мрежа, а също така при ползване на определените за Република България позиции на геостационарната орбита. Законодателят неоправдано ограничава стопанската инициатива на операторите на мултиплекси да разработват и използват свои собствени преносни мрежи, тъй като очевидно се касае за свързани дейности. Не може да се приеме схващането, че въведеното ограничение гарантира по-високото качество на предоставените на потребителите услуги, тъй като дава възможност на мултиплекс операторите да се съсредоточават само и единствено върху основната си дейност, доколкото инвестират в създаването и развитието на собствена опорна мрежа, те биха забавили инвестициите в разпространението на програми. Несериозно е да се твърди, че мултиплекс операторите със собствена мрежа за пренос могат да ограничат достъпа на други лица до нея, което би създало условия за злоупотреба.

Практическото приложение на оспорваната норма води до определяне със законодателен акт на конкретни предприятия, които ще предоставят опорна мрежа под наем на бъдещите мултиплекс оператори, без последните да имат възможност да изградят собствени мрежи за пренос. Това е предпоставка за злоупотреба с монополно положение.

В този смисъл разпоредбата на чл. 48, ал. 5 ЗЕС се явява противоконституционна като нарушава чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията.

Противоречие на изменения § 5 и новосъздадените § 5а, § 5б, § 5в и § 5г ПЗРЗЕС, с чл. 19, ал. 2 и чл.41, ал. 1 от Конституцията

С преходните разпоредби от ЗЕС се регламентират отношенията, свързани с прехода и осигуряване изпълнението на ангажиментите на Република България във връзка с преустановяването на аналоговото наземно радиоразпръскване и гарантиране на зрителите на възможност за достъп до наземно цифрово радиоразпръскване (ефирна телевизия).

Искателите приемат, че разпоредбата на § 77 ЗИДЗЕС, с която се изменя § 5 и се създават нови § 5а, § 5б, § 5в и § 5г, противоречи на чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията. Така се създават условия за монопол върху собствеността на мултиплексите, необходими за Първия етап от цифровизацията на радио- и телевизионното разпръскване.

В § 5 ПЗРЗЕС се предвижда КРС да може да издава на регистрирани по реда на ЗРТ телевизионни оператори разрешения за ползване на свободен ограничен ресурс – радиочестотен спектър. Това трябва да става по процедура, предвидена в ЗРТ за временно ползване до издаването на разрешение за цифровото радиоразпръскване с национален обхват. Разрешението се издава след получаване на положително становище от СЕМ по ред, определен в правила приети от КРС.

Тази разпоредба не е противоконституционна, защото създава предпоставки за ефективно използване на свободни честоти, при това временно, за аналогово радиоразпръскване до момента, в който тези честоти ще бъдат предоставени по съответния законов ред за цифрово радиоразпръскване. Това не създава

предпоставки за монополно положение нито ограничава свободната конкуренция. Параграф 5 ПЗРЗЕС не противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията на Република България.

В § 5а, ал. 1 ПЗРЗЕС е разписана последователността по отношение на изграждане на цифрови мрежи с национален обхват за Първи и Втори етап на прехода.

Посочено е, че Първи и Втори етап на прехода ще се проведат едновременно.

С § 5а, ал. 1 ПЗРЗЕС се предвижда, че в рамките на една процедура по чл. 48, ал. 1, КРС определя едно предприятие, на което издава 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 за Първия етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване в Република България.

Според ал. 2 на същия текст едновременно с процедурата по ал. 1, се открива и аналогична процедура за избор на предприятие за Втория етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване.

Предприятията, на които се издават разрешенията по ал. 1 и ал. 2, не могат да бъдат свързани лица (§ 5а, ал. 3).

Оспореният текст създава условия за злоупотреба с монополното положение. Той предвижда, че едно юридическо лице в рамките на една конкурсна програма ще стане собственик на двата мултиплекса от Първия етап на цифровизацията за осъществяване на цифрово телевизионно радиоразпръскване.

Разрешението не стимулира конкуренцията при цифровото радиоразпръскване. То се отразява отрицателно на интересите на потребителите на медийния пазар, дори когато за избор на такова предприятие се проведе конкурс поради това, че ограниченият свободен ресурс – радиочестотен спектър не е достатъчен за ползване от всички лица, заявили намерение да получат разрешение, щом като избраното ще бъде единствено.

Конституционният съд приема, че § 5а, ал. 1 от ПЗРЗЕС противоречи на чл. 19, ал. 1 и ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията на Република България. Законът задължително изисква и двете цифрови мрежи от Първи етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване в Република България да бъдат предоставени след провеждане на един конкурс на едно и също лице. Провеждането на конкурс само по себе си не осигурява равни възможности за лицата, желаещи да изградят цифрови мрежи, и еднакви правни условия за стопанска дейност. Равните възможности и еднаквите правни условия ще бъдат налице ако законодателят например въведе конкурсни процедури за всяка от двете цифрови мрежи в Първия етап на цифровизацията. Аргументите за кратките срокове и значителните инвестиции за изграждането на съоръженията, необходими за цифровото разпространение на радио- и телевизионните програми, са неотнормими към изискванията на чл. 19, ал. 1 и ал. 2 от Конституцията. Цифровото разпространение на радио- и телевизионни програми се осъществява и към момента на територията на страната по кабелен път или чрез сателит. Освен национална мрежа за цифрово наземно радиоразпръскване се предвижда изграждането и на регионални мрежи. Поради това е недопустимо законодателно да бъдат създавани специални привилегирани условия за осъществяване на

търговска дейност, предвидени с § 5а, ал. 1 ПЗРЗЕС, като на един стопански субект с една конкурсна процедура се предоставят и двете национални мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване от Първи етап на цифровизацията.

По изложените съображения Конституционният съд приема, че § 5а, ал. 1 противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията, в частта му “една” и “едно”.

Конституционният съд не намира противоречие между ал. 2 и ал. 3 на § 5а от ПЗРЗЕС и чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3 от Конституцията на Република България.

Посочените разпоредби на закона предвиждат провеждането на конкурс за избор на предприятие в рамките на Втория етап от Плана за въвеждане на наземно цифрово телевизионно радиоразпръскване в Република България, както и ограничение на предприятията, получили мрежи за цифрово радиоразпръскване от Първия и Втория етап на цифровизацията, да не бъдат свързани лица по смисъла на Търговския закон.

С § 5б ПЗРЗЕС са регламентирани сроковете и условията за издаване на разрешения с регионален обхват за Първия етап на прехода.

С § 5в ПЗРЗЕС е регламентирано преустановяването на аналоговото разпространение при необходимост от ограничен ресурс – радиочестотен спектър за наземно цифрово радиоразпръскване. Вносителите приемат, че така цели региони за определен и неизвестно колко продължителен период от време, ще останат без възможност за приемане на радио- и телевизионни програми и по този начин ще се наруши гарантираното в чл. 41, ал. 1 от Конституцията право на достъп до информация и на нейното разпространение.

С § 5г ПЗРЗЕС е предвидено задължение за Народното събрание в определен срок да регламентира цифровото разпространение на програмите на БНТ и БНР с отделен закон.

Конституционният съд не намира противоречие между § 5, § 5б, § 5в и § 5г от ПЗРЗЕС и Конституцията на Република България.

Параграф 5б предвижда провеждане на процедури за определяне чрез конкурс на предприятия, които да изградят мрежи за цифрово радиоразпръскване с регионален обхват.

Параграф 5в регламентира преустановяването на аналоговото разпространение, при необходимост от ограничен ресурс – радиочестотен спектър за наземното цифрово радиоразпръскване в процеса на цифровизацията. Това е процес на преминаване от аналогово към цифрово наземно телевизионно радиоразпръскване в рамките на съвпадащ радиочестотен спектър. Процесът на цифровизация не би могъл да бъде извършен по друг начин освен чрез постепенното прекратяване на аналоговото радиоразпръскване и предоставянето на освободените честоти за цифрово радиоразпръскване. Преустановяването на аналоговото радиоразпръскване няма да спре достъпа на българските потребители до телевизионни програми, доколкото националните телевизионни програми, които се разпространяват към момента аналогово задължително ще се разпространяват и цифрово от предприятията от Първия етап на цифровизацията. Аналоговото радиоразпръскване ще бъде преустановено към момента, когато чрез цифровата мрежа ще се достигне съществуващото към момента покритие по население.

Претенцията на искателите в случая е неоснователна. По силата на чл. 29 ЗЕС, КРС има задължение да осъществява всички свои правомощия, вкл. и тези по

прекратяване на лицензии, в съответствие с целите и принципите на закона (чл. 4 - 5 ЗЕС). Сред тях е защитата на потребителите, гарантиране на правото им на достъпни и качествени електронни съобщения и отстраняването на пречки за осъществяването им. В закона е предвидено прекратяване на лицензията само при наличието на необходимост от това при гарантирано паралелно радиоразпръскване (аналогово и цифрово) за определен период от време.

Параграф 5г предвижда създаването на обществен мултиплекс, който гарантирано да разпространява обществените радио- и телевизионни програми на БНТ и БНР, като се гарантира общественият характер на тези две институции. Този текст е насочен към гарантиране на обществения интерес в процеса на цифровизацията чрез приемането на специален закон.

Поради това Конституционният съд счита, че посочените параграфи не противоречат на Конституцията на Република България.

Трябва да се посочи, че преминаването от аналогово наземно радиоразпръскване към цифрово такова, е сложен и скъп процес. Реализацията на този процес не бива да засегне по непозволен начин потребителите, а това са зрителите на програмите, които са и граждани, с конституционно гарантирани права за получаване и разпространяване на информация.

По изложените факти и съображения и на основание чл. 149, ал. 1, т. 2 от Конституцията на Република България Конституционният съд

РЕШИ:

Обявява за противоконституционни чл. 48, ал. 5 от Закона за електронните съобщения, (обн., ДВ, бр. 41 от 2007 г.; редакция бр. 17 от 2009 г.), създаден с § 10 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения и § 5а, ал. 1 в частта му “една” и “едно”, като отхвърля искането в останалата част на този текст, създаден с § 77 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения (редакция, ДВ, бр. 17 от 2009 г.).

Отхвърля искането на 51 народни представители от 40-то Народно събрание за обявяване за противоконституционни чл. 47а, чл. 48, ал. 3 и 4, § 5, § 5б, § 5в и § 5г от същия закон, както и чл. 116и от Закона за радиото и телевизията (обн. ДВ, бр. 138 от 1998 г., редакция, ДВ, бр. 14 от 2009 г.).

Съдиите Румен Янков и Благовест Пунев са подписали решението с особено мнение по чл. 47а, чл. 48, ал. 3 и 4 и § 5в от ЗЕС. Съдиите Васил Гоцев и Владислав Славов са подписали решението с особено мнение по чл. 47а, чл. 48, ал. 3, § 5, ал. 2, § 5б, ал. 2, § 5в от ЗЕС и чл. 116и от ЗРТ.

Председател: **Румен Янков**

Особено мнение
на съдиите Румен Янков и Благовест Пунев по к.д. № 3 от 2009 г.

Исходни позиции, които според нас трябва да се имат предвид при решаването на настоящото дело.

Според чл. 19, ал. 1 от Конституцията икономиката на страната се основава на свободната стопанска инициатива. Очевидно смисълът ѝ трябва да се търси в схващането на икономическия либерализъм - пазарът представлява саморегулиращ се механизъм, който решава собствените си проблеми и обезпечава равни възможности на всеки. Постановката не трябва да се смесва със социалния либерализъм - държавата да се намесва, за да предпази индивида от нищета, невежество, безработица и болест, който също има място в нашия основен закон. Тук трябва да се отбележи нещо важно. Разпоредбата на чл. 19, ал. 2 от Конституцията трябва да се разбира в смисъл, че законът не трябва да създава монополисти, да ограничава конкуренцията, да посяга на потребителите. Въвеждането с повсеместни забрани, ограничения не води до друго освен деформиране на пазара. За илюстрация - забраната за съвместяване на двете функции по разпространение се обосновава с опасността от вертикална интеграция на оператор на програма и ползвател на ограничен ресурс. Но тази интеграция е фактически въпрос. Както за нея, така и за опасността от съгласувани практики, монополно положение, забрана за нелоялна конкуренция, съществува последващ контрол пред Комисията за защита на конкуренцията.

Всеки опит правилата на Закона за защита на конкуренцията, под една или друга форма да бъдат възпроизведени в законите регулиращи икономиката, може да бъде определен като на неизживяно остаряло икономическо мислене което води до пряка държавна намеса в икономиката. Усилията с един закон предварително да се защитава конкуренцията не представлява нищо друго освен постановяване на пристрастни решения в една или друга полза. Горните примери показват, че законът е противоречив – в нашият случай в една посока.

Никой не отрича че трябва да съществуват механизми за защита срещу монополизма, който в определени случаи е пряка рожба на пазара. Но в обсъжданата сфера не би могло предварително да се каже съществува ли монополизъм и злоупотреба с него, има ли концентрация чрез придобиване на имущество като се създава съвместно предприятие и пр. В тези и други случаи както бе казано, ще трябва да бъдат задействани защитните механизми на Закона за защита на конкуренцията.

Член 47а от Закона за електронните съобщения противоречи на чл. 88, ал. 1 и чл. 19, ал. 1, 2, и 3 от Конституцията.

Посочената разпоредба се отнася до съществуващата забрана в ЗЕС радио- и телевизионен оператор (по-надолу за краткост оператор на програма) да получи ограничен ресурс – радиочестотен спектър, за осъществяването на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово разпръскване (ползвател на ограничен ресурс).

Според доклада на Комисията по транспорт и съобщения на НС новият § 9, с който е създаден чл. 47а е предложен за първи път на второ четене на закона и е приет с едно гласуване, въпреки че внася съвсем нова идея в съдържанието му.

Кратката по съдържание разпоредба на чл. 88, ал. 1 от Конституцията, говори, че законите се обсъждат и приемат с две гласувания. Нещо повече, дори при очевидна нужда, която налага съкращаването на законодателния процес в едно заседание, гласуванията според чл. 88, ал. 1 изр. второ, също трябва да бъдат две.

Разпоредбата цели да осигури осмисляне на предложението, възможност за дебат, отстраняване на опущения и грешки на гласуван на първо четене закон. Такава преценка е невъзможно да се извърши ако имащият право на законодателна инициатива направи предложението си след първото гласуване. В нашия случай процедирането по този начин има за последица вземането на решение в отсъствието на алтернатива, увеличаването на риска от неговата неадекватност и намалява очакването от оптимален резултат от акта. Тъкмо в стремежа да бъдат избегнати поменатите негативни последици, трябва да се търси разумът на обсъждания текст от Конституцията.

Само на това основание чл. 47а ЗЕС е противоконституционен. Въпреки това по този довод в решението няма нито ред.

Независимо от това за пълнота се налага анализ - противоречи ли ЗЕС в тази му част на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията?

Изхождайки от съдържащата се в чл. 47а забрана, да съвместяваш едновременно качеството на оператор на програма и да ползваш ограничен честотен ресурс за цифрово разпространение не защитава конкуренцията, тъй като се намалява броя на участниците в медийната среда. Наред с това разпоредбата създава проблем, тъй като принуждава собствениците на радио- и телевизионни програми да ползват услугите на определен ползвател на ограничен ресурс. Интегрираната структура оператор – ползвател на мрежа за разпространение дава възможност за обединяване на логистични ресурси и опит.

Въпреки това забраната за съвместяване на двете качества се оправдава с опасността от концентрация.

Само при аналоговото разпространение, поради техническа необходимост, създателят на програмата съвпада с лицето, което предоставя и услугата радиоразпръскване на сигнала. Но това съвсем не може да бъде основание да съществува забраната за цифровите оператори на програми да ползват собствена мрежа за разпространение на сигналите. Телевизионните оператори, които разпространяват програми чрез предоставен им спектър за наземно аналогово разпръскване, концентрират приходите от реклама. Тъкмо тук законът създава неравни правни условия за стопанска дейност – операторът на програма по аналоговата телевизия да ползва и част от радиовълновия спектър на държавата. Същевременно този, който ползва мрежа за наземно цифрово радиоразпръскване да не може да бъде оператор на програма. Края на 2012 г. е крайният срок по поет международен ангажимент страната ни да приключи цифровизацията на ефира. Впрочем въпреки шумно прокламираната цифровизация, която изцяло да замени аналоговото разпространение на сигнали с § 5 (ДВ, бр. 17 от 6 март 2009 г.) е предвидено раздадените разрешения за аналогово наземно разпръскване да се издават за срок до 31 декември 2012 г. И още - през м. април 2009 г. Комисията за регулиране на съобщенията е приела правила за издаване на разрешения за ползване на ограничен ресурс за наземно аналогово разпръскване. Така наред със съществуващите обществени оператори се добавят още субекти, които да ползват без ограничения приходи от реклама.

Забраната за съвместяване на дейността по съставяне на радио- и телевизионни програми, с предоставяне на услуга по радиоразпръскване, е предпоставка за ограничаване на инвестициите, за което ще стане дума по-долу.

Член 48, ал. 3, 4 от ЗЕС противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията.

Според ал. 3 онзи комуто е дадено разрешение за ползване на радиочестотен спектър за цифрово разпространение на програми не може да бъде радио и телевизионен оператор. Следващата алинея предвижда ограничение това предприятие или свързано с него лице да няма право да изгражда електронна съобщителна мрежа за пренос на програми.

Посочената ал. 3 на чл. 48 е огледален образ на чл. 47а и изложеното по-горе не е нужно да се приповтаря.

Аргументът че ако съществува такава възможност от разпространителите на програми може да доведе до концентрация се използва и тук. Но на тази теза може да се противопостави тезата, че разпространителите на програми са лишени от избор и преднамерено насочвани към различни собственици на мрежи за пренос. Упоритото твърдение във всичките становища на заинтересованите страни, включително и на Комисията за защита на конкуренцията, че поделението на БТК за радиоразпръскване няма господстващо положение на пазара, не пречи да бъде извършвана проверка, дали съществува концентрация по повод на опит покупката на поделението. Не е изключена възможността собственици на преносна среда да сключат споразумения или съгласувани практики по между си, които имат за последица предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията и така да затруднят разпространителите на програми.

Разпоредбата на чл. 48, ал. 3 противоречи на чл. 19 ал. 3 от Конституцията, тъй като е препятствие не само за инвестициите и стопанската дейност на българските, но и на чуждестранните инвеститори. Случайна хипотеза е, че в страната ще дойде инвеститор, който няма опит в доставка на услуги за аналогово или цифрово излъчване на радиотелевизионни сигнали или да не е оператор на програми. С това си съдържание разпоредбата картографира забраната по отношение не само на страни от Европейската общност, но и в по-общ план. Това значи че и българска фирма не може да прави инвестиции в чужбина. Да се обосновава забраната с процеса на световната глобализация, тъй като разпръскването няма предели, е повече от неуместно.

Относно противоречието на § 77 от ЗИДЗЕС, с който са създадени новият § 5в с разпоредбите на чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията.

Параграф 5в предвижда издадените от Комисията за регулиране на съобщенията разрешения, за ползване на ограничен ресурс за наземно аналогово разпространение, при необходимост да се изгради мрежа на наземно цифрово излъчване да се прекратят.

На първо място трябва да се отбележи, че разпоредбата е нова т.е. засяга вече придобити права. Фактът, че отчасти радиочестотният спектър за аналогово наземно разпространение отчасти се покрива с радиочестотният спектър за наземно цифрово радиоразпръскване не може да бъде аргумент (как ще се постъпи, ако радиочестотният спектър не съвпада).

Намираме разпоредбата за противоконституционна. Разрешението за ползване на индивидуално определен ресурс е стабилен акт, който поражда права и те могат да се включат в широкото понятие собственост по смисъла на чл. 17 от Конституцията. По установена практика на съда, в случаите при които са придобити права, независимо по договор или административен ред и след това се

отнемат, актът е противоконституционен. Подобен род регламентация не е присъща на правовата държава. Но дори да се приеме, че решението на Комисията е продиктувано от обществен интерес, то отнемането не може да бъде извършено по нейна преценка (с акт на администрацията), а по силата на закон.

Разпоредбата противоречи на чл. 17 ал. 5 от Конституцията.

По искането за прогласяване на противоконституционност на чл. 116и с чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията.

Съдържанието на разпоредбата е плод на синхронизацията между двата закона и казаното по-горе ще важи и тук.

Съдии: Румен Янков и Благовест Пунев

Особено мнение

на съдиите Васил Гоцев и Владислав Славов по к.д. № 3 от 2009 г.

Подписахме решението в отхвърлената му част с особено мнение по следните съображения:

По чл. 47а от Закона за електронните съобщения (ЗЕС).

1.1. Член 47а, ал. 1 постановява, че радио и телевизионен оператор не 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 разпръскване. Това означава, че съзателят на програми и съдържанието им не може и да ги разпространява, а трябва да търси друг да прави това. Съгласно ал. 2 ограничението се отнася и за лица свързани с оператора по смисъла на Търговския закон.

Разпоредбата противоречи на чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3 от Конституцията.

Нормално е телевизионният оператор, който създава една телевизионна програма да може и да я разпространява. Отделянето на двете стопански дейности е ограничение на свободната стопанска дейност и инициатива. Известно е, че според постоянната практика на Конституционния съд свободната стопанска инициатива няма абсолютен характер. Държавата като регулира определени дейности не може да ги ограничава произволно. Това може да стане само по изключение в защита суверенитета, сигурността на страната и нейната териториална цялост, съхраняване на околната среда и използването на природните ресурси в държавен интерес.

Ограничаването може да се налага и от изискванията на чл. 19, ал. 2 от Конституцията за осигуряване на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност, предотвратяване злоупотреба с монополно положение, нелоялна конкуренция и защита на потребителя.

В случая използването на радиочестотен спектър чрез електронните съобщителни мрежи от телевизионни оператори не се вмества в нито една от тези хипотези. И понастоящем при аналоговите съобщителни средства съчетанието на оператори и разпространители съществува и с това в никаква степен не е била застрашена нито националната сигурност, нито са били увредени изброените по-горе национални ценности. Осъществяването от страна на държавата на суверенни права върху радиочестотния спектър (чл. 18, ал. 3 от Конституцията), не я освобождава от задълженията по чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3.

Създаденото от чл. 47а ЗЕС ограничение не предотвратява злоупотребата с монополизъм и нелоялната конкуренция. Точно обратното. Възможността телевизионните оператори да ползват и радиочестотен спектър е пречка за създаване на монополизъм или злоупотреба с господстващо положение.

Ограничението е във вреда и на потребителя. То може да доведе до избирателно предаване на програми от страна на притежателя на правото да ги разпространява, която е във вреда на потребителя. При повече оператори, които имат и право да ползват индивидуално определен радиочестотен спектър той може да получи повече от избрана от него информация.

По този начин чл. 47а, ал. 1 противоречи и на ал. 2 от чл. 19 от Конституцията.

1.2. Член 47а, ал. 2 ЗЕС противоречи на чл. 19, ал. 3 от Конституцията. Забраната пречи на инвестиционната дейност в тази област. Нормално би било една мащабна инвестиция да цели осъществяване и на радио и телевизионен оператор. Това особено важи за крупни чуждестранни инвеститори, които са телевизионни оператори в своите страни. Те няма да могат да инвестират у нас, чрез създаване на електронни съобщителни мрежи и осъществяване ползването на индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър. Като се има предвид обема на финансовите ресурси, които са необходими да се вложат в тази област, очевидно инвеститори с по-широк кръг на дейност ще бъдат елиминирани, а правата ще могат да се предоставят само на единици, чрез което ще се създадат предпоставки за злоупотреба с монополно или господстващо положение.

2. По чл. 48, ал. 3.

2.1. Текстът на закона изхожда от ограничението по чл. 47а. Този комуто е издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър да не може да бъде радиотелевизионен оператор. Цели се ограничението да бъде не само при издаване на разрешението, но и да бъде в сила след това. Изложените по-горе съображения за противоконституционност на чл. 47а важат също така и за чл. 48, ал. 3.

3. По § 77 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за изменение и допълнение на закона за електронните съобщения (ЗИДЗЕС), с който е изменен текста на § 5 ЗЕС и са създадени нови § 5а, § 5б, § 5в и § 5г.

3.1. Относно новата ал. 2 по § 5 от ПЗРЗЕС.

Новата ал. 2 на § 5 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗЕС дава право на Комисията за регулиране на съобщенията (КРС) да издава на регистрирани по реда на закона за радиото и телевизията (ЗРТ) оператори, чрез използване на налични и/или нови електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово разпръскване, разрешение за ползване на свободен ограничен ресурс – радиочестотен спектър до издаване на разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс за електронни съобщения, чрез наземно цифрово радиоразпръскване с национален обхват. Според ал. 3 разрешението се издава по ред и правила, приети от КРС без да има законово задължение това да стане чрез конкурс. При това даденото разрешение не е ограничено със срок. Прекратяването е свързано с неопределено време (ал. 5 и § 5в ПЗРЗЕС). Разпоредбата противоречи преди всичко на чл. 19, ал. 2 от Конституцията. Не са налице еднакви правни условия за стопанските субекти. Едни оператори не могат да ползват радиочестотен спектър, а на други - той ще се предостави. Повече от очевидно е

създадена законова възможност, както за изборително предоставяне на право, така и за неопределеност на време, чрез което ще се ползва.

3.2. § 5б, ал. 2 ПЗРЗЕС. Разпоредбата предвижда в рамките на конкурса за издаване разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър с регионален обхват, да се издава само едно разрешение за един регион. Законовоото решение е същото, както преди издаване на разрешението при национален обхват (§ 5а, ал. 1). Вижда се, че стремежът на законодателя е не само в национален, но и в регионален мащаб да се създаде монопол в електронно-медииното пространство, с което е лесно да се предвиди, че може да се злоупотреби. Може да се стигне до там, че само предпочитани от регионалния орган предприятия да получат разрешение, както за национално, така и за регионално разпространение. Ако те биха имали едно и също виждане, в цялата страна само то ще бъде излъчвано. В никакъв случай това не може да бъде в полза на потребителя.

Изложените съображения в мотивите на настоящето решение относно противоречието на § 5а, ал. 1 ПЗРЗЕС с чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3 от Конституцията важат с пълна сила и по отношение на § 5б, ал. 2.

3.3. По § 5в ПЗРЗЕС. Разпоредбата предвижда издадените разрешения чрез използване на налични и/или нови съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване да се прекратяват, когато ползваният от предприятията индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър, е необходим за реализирането на съответния етап от изграждане на цифровата електронна съобщителна мрежа съобразно надлежно издадено съответно разрешение за начина на цифрово разпространение.

В член 29 ЗЕС е посочена възможност да бъде отнето даденото разрешение, без да са изброени основанията за това. Параграф 5в ПЗРЗЕС за първи път сочи конкретно основание. Не е посочен никакъв срок, в който може да стане това. Не са налице и еднакви правни условия за получилите разрешение. На всеки от тях то може да бъде отнето през различно време. От друга страна се посяга без обективни предпоставки и без никакво обезщетение и на придобитото право, което по своята същност е право на собственост, защитено от Конституцията (чл. 17). Съществува и риск да се лишат от право на информация за определено време жителите на някои райони от страната (чл. 41, ал. 1 от Конституцията).

Нарушени са чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3, чл. 17, ал. 5 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията.

4. По чл. 116и ЗРТ. Разпоредбата е противоконституционна. Тя пренася противоконституционните ограничения по чл. 47 а и чл. 48, ал. 3 на Закона за електронните съобщения в Закона за радио и телевизия. Съображенията за това са изяснени в т. 1. Налице е противоречие с чл. 19, ал. 1, ал. 2 и ал. 3 от Конституцията.

Съдии: **Васил Гоцев и Владислав Славов**