

57



РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
МИНИСТЕРСКИ СЪВЕТ

ДО
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

СТАНОВИЩЕ

ОТ

Министерския съвет на Република България

ПО

конституционно дело № 3 за 2009 г.

УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН ПРЕДСЕДАТЕЛЮ,
УВАЖАЕМИ ГОСПОЖИ И ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

С определение на Конституционния съд от 16 април 2009 г. сме конституирани като заинтересувана страна по конституционно дело №3 за 2009 г., образувано по искане на народни представители от XL-то Народно събрание за установяване на противоконституционност на разпоредби от Закона за електронните съобщения (ЗЕС), Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения (ДВ, бр. 17 от 2009 г.) и Закона за изменение и допълнение Закона за радиото и телевизията (ДВ бр. 14 от 2009 г.)

1. Относно твърдението за противоречие на чл. 47а и чл. 48, ал. 3 от ЗЕС на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията

Цитираните разпоредби се отнасят до определената в закона невъзможност радио- и телевизионен оператор (чл. 47а, ал. 1), съответно свързаните с тях лица (чл. 47а, ал. 2), да получат от Комисията за регулиране на съобщенията (КРС) разрешение

за ползване на ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, както и на обратната хипотеза - невъзможността предприятие, получило такова разрешение (т.нар. мултиплекс оператор), да бъде радио- и телевизионен оператор, респ. да създава радио- и телевизионни програми (чл. 48, ал. 3).

Аргументите за противоконституционност на разпоредбите, се свеждат до следното:

Народните представители не отричат, че посочените разпоредби предотвратяват вертикалната концентрация на дейности с цел елиминиране на конкуренцията и в двете групи субекти. Независимо от това те считат, че липсата на географско ограничаване на свързаните лица не отчита реалния пазар и противоречи на свободата на стопанската инициатива и закрилата на инвестициите и стопанската дейност в съответния сектор. Изтъква се 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, 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.

Твърди се и несъответствие с гл. III, чл. 6, т. 2, б. "б" от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 г. относно общата регулаторна рамка на електронните мрежи и услуги.

Акцентираща се също върху невъзможността радио- и телевизионните оператори да разпространяват програмите си чрез собствени електронни съобщителни мрежи, както го правят в момента чрез аналогово наземно разпространение.

В чл. 19, ал. 1 - 3 от Конституцията е уредено правото на свободна стопанска инициатива, съответно законоустановеността на еднакви правни условия за стопанска дейност с цел предотвратяване на злоупотребата с монополизма, нелоялната конкуренция и защитата на потребителя, както и закрилата на инвестициите и стопанската дейност на български и чуждестранни граждани и юридически лица. Цитираните разпоредби представляват основа за законодателните разрешения в областта на свободната стопанска инициатива. Конституционният съд нееднократно се е произнасял по тези разпоредби, които забраняват дерогирането на основните принципи на свободната стопанска инициатива със закон (Решение № 8 от 1995 г. по к. д. №12 за 1995 г., Решение № 2 от 1996 г. по к. д. № 26 от 1995 г., Решение № 22 от 1996 г. по к. д. № 24 от 1996 г., Решение № 3 от 2000 г. по к. д. № 3 от 2000 г. и др.) Конституционният съд приема също, че еднаквите условия за стопанска дейност и

свободата на стопанската инициатива не са с абсолютен характер и те не означават пълната липса на ограничения и невъзможността със закон да се поставят изисквания към субектите при осъществяване на определена дейност.

Такива ограничения според Конституцията могат да бъдат свързани с предотвратяване на монополизма, ограничаване на нелоялната конкуренция и защитата на потребителите. Неточно е твърдението в искането на народните представители, че в случая тези хипотези са неприложими към въведените в ЗЕС ограничения. Споменаваните в искането и въведени по Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) бариери предотвратяват нелоялна конкуренция между оператори по ЗРТ, но не и когато тя се осъществява между мултиплекс-оператори и радио- и телевизионни оператори. Ограниченията, въведени в ЗЕС гарантират свободната конкуренция както между мултиплекс-операторите, така и между радио- и телевизионните оператори, чиито програми се използват при цифрово радиоразпръскване. От значение е също, че в конкретния случай обект на свободната стопанска инициатива е радиочестотният спектър, който не е собственост на държавата, а за който тя само осъществява суверенни права и осигурява всеобщ достъп (чл. 18, ал. 3 от Конституцията и във връзка с тълкуването по к.д. № 26 за 1995 г. и к. д. № 17 за 1998 г.)

Същността на изменението в закона е именно в отделянето на радио- и телевизионните оператори, получили от Съвета за електронни медии по реда на ЗРТ лицензии, въз основа на които се разпространяват радио- или телевизионни програми чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, от предприятието, получило разрешение от КРС за ползване на ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване. Законът предвижда недопустимост тези дейности да се осъществяват и от правни субекти, имащи качеството на свързани лица по смисъла на Търговския закон с двете групи оператори. Това законодателно решение ще подпомогне успешното реализиране на прехода от аналогово към цифрово радиоразпръскване, защото ясно се разделят инфраструктурата (цифровата мрежа) от предоставяните услуги – създаване на програми, като отговорност и съответно като осигуряване на необходимите за всяка от двете дейности инвестиции.

Значителна част от аргументацията на народните представители е изведена от обстоятелството, че при аналоговото радиоразпръскване е възможно сливане на радио- и телевизионен оператор, който създава програма, с лицето, което осигурява разпространението на програмата, поради спецификата на това радиоразпръскване - един предавател, работещ на една честота може да разпространява само една

програма. В настоящия момент радиочестотният спектър е предоставен на телевизионните оператори, но предавателите не са тяхна собственост. При цифровото радиоразпръскване е технически възможно и икономическо обосновано разделянето на предприятието, което притежава опорната мрежа от това, което осигурява радиоразпръскването и от радио- и телевизионните оператори, които създават програмите, тъй като един предавател може да осигурява разпространението на повече програми.

Твърдението, че с избора на едно предприятие, което да осъществява цифрово радиоразпръскване и ограничаване на възможността това да са радио- и телевизионни оператори се създават предпоставки за монополизъм, не е състоятелно. Напротив, ако се допусне радио- и телевизионен оператор да извършва и радиоразпръскване, той ще разполага с възможността да използва само своите програми и да ограничи достъпа на други оператори до това. Наличието пък на едно предприятие, което да получи разрешение от комисията за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, е обосновано с конкретните технически и икономически възможности в България към момента. Следователно с тези ограничения не се нарушава свободната стопанска инициатива, прокламирана от Конституцията.

Аналогични са аргументите и по отношение на защитата на конкуренцията - ако се допусне един радио- и телевизионен оператор или свързани с него лица да осъществяват и радиоразпръскване, както и предприятието за радиоразпръскване да има свързани с него лица - радио- и телевизионни оператори, в условията на монополизъм може да се елиминира въобще всякаква конкуренция. Законът следва да изключи възможността такова предприятие да предлага само създадените от него или от свързани с него лица програми, респ. да концентрира приходите от реклами не само за развитие на програмната, но и на другата си дейност. Допускането на такава възможност е във вреда и на потребителите, които нямат право на избор (или поне този избор е ограничен само до няколко цифрови програми) и се ограничава техния достъп до информация.

Наред с това Конституцията в посочените текстове не въвежда изискване за протекция на чуждестранни инвестиции, без да е налице закрила и на националните инвестиции. Ако се приеме логиката на вносителите на искането за противоконституционност, че мултиплекс-операторът може да е свързано лице с радио- и телевизионен оператор от друга държава и с това не се ограничава конкуренцията в България, то това би означавало, че нормата трябва да действа само по отношение на регистрирани в България лица с такъв предмет на дейност, с което се

нарушава изричното изискване на чл. 19, ал. 2 и 3 от Конституцията, както и правилата на свободното движение на лица и капитали в рамките на ЕС.

Като цяло аргументацията на народните представители е изведена по-скоро на ниво целесъобразност и не представлява основа за доказване на противоконституционността на разпоредбите. Освен това твърдяното несъответствие с гл. III, чл. 6, т. 2, б. "б" от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 г. относно общата регулаторна рамка на електронните мрежи и услуги изобщо не е аргументирано. В противовес на това твърдение при обсъждането на законопроектите в комисиите на Народното събрание и специално в Комисията по европейските въпроси от 11 септември 2009 г. е прието, че е налице пълно съответствие на предложените изменения с тази директива.

2. Относно твърдението за противоречие на чл. 48, ал. 5 от ЗЕС с чл. 19, ал. 1 - 3 от Конституцията

Разпоредбата на чл. 48, ал. 5 се отнася до законовата забрана мултиплекс-операторът да изгражда и мрежа за радио- и телевизионни програми (т.нар. опорна мрежа). Народните представители считат, че това принуждава мултиплекс-операторът да наема за преноса до точката на радиоразпръскване изградена мрежа от друго лице, което също ограничавало конкуренцията. Такава мрежа към момента притежава само „БТК“ АД и това водело до злоупотреба с монополизъм.

Твърди се и противоречие с гл. III, чл. 8, т. 2, б. „в“ и „г“ във връзка с чл. 9, ал. 1от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 г. относно общата регулаторна рамка на електронните мрежи и услуги.

Трябва да се отбележи, че е неточно твърдението, че със ЗЕС се определя „БТК, АД като единствен притежател на опорната мрежа за пренос на радиосигнал. В случая отново се касае за законодателно решение, което е преценено за целесъобразно с оглед съществуващите инвестиции и темповете на цифровизация в България.

Не е ограничаване на стопанската инициатива забраната на едно лице да извършва две различни, макар и свързани дейности. Няма и законово изискване непременно да се наема мрежа от „БТК“ АД. Законът дава възможност и на други правни субекти да изградят такава мрежа, но те не могат да бъдат едновременно с това и мултиплекс-оператори. Ограничаването на правните субекти да извършват разнородни, макар и свързани дейности, е гаранция за по-високия професионализъм и концентриране на средства за всяка от тях, отколкото разпиляването им в различни посоки. Изискванията на закона гарантират и по-високо качество на предоставените на потребителите услуги, тъй като дава възможност мултиплекс-операторите да се съсредоточат само и единствено върху тази си дейност. В противен случай, инвестирайки в създаването и развитието на собствена опорна мрежа, те биха

забавили инвестициите в разпространението на програми. Наред с това мултиплексо-оператор със собствена мрежа може да ограничи достъп на други лица до нея, което би създавало условия за злоупотреба.

Не може априорно да се твърди монополно положение на „БТК“ АД по отношение на преносните мрежи, макар че е налице значителен пазарен дял. В момента съществуват вече изградени преносни мрежи и на други предприятия и институции, макар че към момента те се използват предимно за собствени нужди. При това в действащото законодателство няма забрана за наличие на господстващо положение, а има забрана за злоупотреба с господстващо положение във формите, определени в чл. 21 от Закона за защита на конкуренцията. Самото наличие на господстващо положение подлежи на контрол от Комисията за защита на конкуренцията и законът създава достатъчно гаранции за това.

Твърдяното противоречие с гл. III, чл. 8, т. 2, б. „в“ и „г“ във връзка с чл. 9, ал. 1 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 г. относно общата регулаторна рамка на електронните мрежи и услуги не е аргументирано. Както бе посочено по-горе, при обсъждане на законопроектите в комисиите на Народното събрание е прието, че е налице пълно съответствие на предложените изменения с тази Директива.

3. Относно твърдението за противоречие на § 77 от ЗИДЗЕС, с който е изменен съществуващият § 5 и са създадени новите § 5а, § 5б, § 5в и § 5г в Преходните и заключителните разпоредби (ПЗР) на ЗЕС с чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията

Твърдяното противоречие с чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията според народните представители е предимно относно разпоредбата на § 5в от ПЗР на ЗЕС. С нея се предвижда прекратяване на издадените от КРС разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, чрез използване на налични и/или нови електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване, когато ползваният от предприятията ресурс е необходим за реализиране на съответния етап от изграждане на цифрова електронна съобщителна мрежа съобразно издадено от КРС 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 и/или регионален обхват. Счита се, 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.

Това твърдение е неоснователно, тъй като КРС по силата на чл. 29 от ЗЕС има задължение да осъществява всички свои правомощия, включително и тези по прекратяване на лицензии, в съответствие с целите и принципите на закона (чл. 4 - 5 от ЗЕС). Сред тях са защитата на потребителите, гарантиране на правото им достъпни и качествени електронни съобщения, 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. Това е свързано и с правомощията на КРС да насърчава и подпомага развитието на вътрешния пазар на електронни съобщения и да предоставя право на избор на потребителите относно вида, цените и качеството на електронните съобщения. Освен това при тези процедури КРС отново по силата на ЗЕС е длъжна да създаде условия и за осигуряване поддържането на целостта и сигурността на обществените електронни съобщителни мрежи.

4. Относно твърдението за противоречие на чл. 116и от ЗРТ с чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията

Текстът по чл. 116и, ал. 2 е аналогичен с чл. 48, ал. 2 от ЗЕС, като ограничението по ал. 2 се отнася и до свързаните с мултиплекс-оператора лица, с което се разширява кръга на ограниченията. В искането се препраща към аргументацията по т.1, като становището по тези аргументи и твърдения е изразено по-горе. В допълнение може да се добави, че двата законопроекта - ЗИДЗЕС и ЗИДЗРТ са разглеждани паралелно от комисиите в Народното събрание, обсъждани са и са гласувани по едно и също време и те не съдържат противоречия помежду си, а взаимно се допълват.

По посочените съображения считаме, искането на народните представители от XL-то Народно събрание за установяване на противоконституционност на разпоредбите на ЗИДЗЕС по § 9 относно чл. 47а, по § 10 относно чл. 48, ал. 3, 4 и 5 и § 77 относно измененията в § 5 и новия § 5 в ПЗР на ЗИДЗЕС, както и на § 23 от ЗИДЗРТ относно чл. 116и, ал. 2 от ЗИДЗРТ, е неоснователно и следва да бъде отхвърлено.

МИНИСТЪР-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

(Сергей Станишев)

