

ДО
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

И С К А Н Е

От група народни представители от XL Народно събрание за обявяване на
противоконституциоността на:

✓ 1. Разпоредбата на чл.47а от Закона за електронните съобщения, приет от XL Народно събрание (Обн. ДВ. бр.41 от 22 Май 2007г., изм. ДВ. бр.109 от 20 Декември 2007г., изм. ДВ. бр.36 от 4 Април 2008г., изм. ДВ. бр.43 от 29 Април 2008г., изм. ДВ. бр.69 от 5 Август 2008г., изм. ДВ. бр.17 от 6 Март 2009г.), като противоречаща на чл.19, ал.1 и 2 от Конституцията на Република България;

✓ 2. Разпоредбата на чл.48, ал.3, 4 и 5 от Закона за електронните съобщения, приет от XL Народно събрание (Обн. ДВ. бр.41 от 22 Май 2007г., изм. ДВ. бр.109 от 20 Декември 2007г., изм. ДВ. бр.36 от 4 Април 2008г., изм. ДВ. бр.43 от 29 Април 2008г., изм. ДВ. бр.69 от 5 Август 2008г., изм. ДВ. бр.17 от 6 Март 2009г.), като противоречаща на чл.19, ал.1, 2 и 3 от Конституцията на Република България;

— 3. Разпоредбата на § 77 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения, приет от XL Народно събрание (обн. ДВ, бр. 17 от 06.03.2009 г.), с който е изменен текста на § 5 и са създадени нови § 5а, 5б, 5в и 5 г в Преходните и заключителни разпоредби на Закона, като противоречаща на чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията на Република България;

4. Разпоредбата на §23 от Закона за изменение и допълнение на Закона за радиото и телевизията, приет от XL Народно събрание (обн. ДВ, бр. 14 от 20.02.2009 г.), с който се създава нов чл.116и в ЗРТ, като противоречаща на чл.19, ал.2 и 3 от Конституцията на Република България

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

I. С новия чл. 47а от ЗЕС се въвежда забрана за радио- и телевизионните оператори и свързаните с тях лица да получават разрешение за ползване на ограничен ресурс – радиочестотен

спектр за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване. Съответно изменението в чл. 48, ал. 3 от ЗЕС забранява на предприятие с издадено разрешение за ползване на ограничен ресурс -- радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване да създава радио и телевизионни програми. Аналогична на забраната на чл. 48, ал. 3

Правната последица от тези две разпоредби на ЗЕС и една на ЗРТ е, че радио и телевизионните оператори са препятствани да упражняват присъщата за тях дейност – разпространение на радио и телевизионни програми чрез собствени електронни съобщителни мрежи. Тази дейност те са осъществявали и осъществяват в момента чрез аналогово наземно разпространение и не е налице хипотеза, която да налага създаването на подобно законово ограничение за осъществяване на присъща за операторите стопанска дейност.

Член 19, ал. 1 от Конституцията постановява, че икономиката на страната се основава на свободната стопанска инициатива. "Свободната стопанска инициатива на участниците в стопанския живот е свързана и с еднаквите правни условия за стопанска дейност - чл. 19, ал. 2 от Конституцията" (Решение № 3 от 2000 г. по к.д. № 3 от 2000 г. , ДВ, бр. 37 от 2000 г.), като се предотвратява злоупотребата с монополизма и нелоялната конкуренция. Тези принципи са били винаги утвърждавани в практиката на Конституционния съд (Решение № 8 от 1995 г. по к.д. № 12 от 1995 г. , ДВ, бр. 59 от 1995 г., Решение № 2 от 1996 г. по к.д. № 26 от 1995 г. , ДВ, бр. 16 от 1996 г., Решение № 22 от 1996 г. по к.д. № 24 от 1996 г. , ДВ, бр. 1 от 1997 г.). Това основно право не може да бъде дерогирано със закон и да се създават неравноправни отношения между отделните стопански субекти в страната ни.

Конституционният съд неведнъж е подчертавал в решенията си, че правото на свободна стопанска инициатива няма абсолютен характер. Свободата на стопанска инициатива не изключва принципите на държавно регулиране и на държавен контрол на стопанската дейност. Конституцията предоставя на законодателя правото да уреди съответно да ограничи свободата на стопанска инициатива по законодателен ред. Такива са хипотезите на чл. 19, ал. 2 от Конституцията - предотвратяване на злоупотребата с монополизма и нелоялната конкуренция и защитата на потребителя. Първата от изброените хипотези – злоупотреба с монополизъм е неприложима, тъй като участието на радио- и телевизионните оператори в дейността по осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване само по себе си не може да доведе до монополизъм (атакуваната разпоредба на §77 от ЗИД на ЗЕС създава правни предпоставки за монополизъм в тази стопанска дейност.)

Втората хипотеза – нелоялната конкуренция, също е неотнормирана. Както вече посочихме и към настоящия момент радио и телевизионните оператори осъществяват електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване. В цифрова среда посредством една мрежа ще бъде възможно да се разпространяват от 4 до 6 телевизионни програми.

7

Плавният преход от аналогово към цифрово радиоразпръскване предполага именно опитът на тези правни субекти да бъде използван, а не те да бъдат ограничавани от участие в стопанска дейност, която им е присъща. Такъв подход е възприет в много от държавите-членки на ЕС, които са предоставили дейността по управление на т.нар. цифрови мултиплекси (електронните съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване) именно на действащите телевизионни оператори. Такива са примерите на Великобритания, Франция, Германия, Италия, Испания (последните четири държави с много сходни на българската правни системи). Ограничения пред радио и телевизионните оператори или свързани с тях лица, не са въведени в нито една държава от новоприсъединилите – Полша, Чехия, Унгария и т.н. Хипотезата един телевизионен оператор да осъществява нелоялна конкуренция, управлявайки собствена електронна съобщителна мрежа за наземно цифрово радиоразпръскване чрез толериране на собствени телевизионни програми за сметка на програми на други телевизионни оператори е невъзможна, тъй като Закона за радиото и телевизията създава достатъчно гаранции за избягване на евентуална нелоялна конкуренция и за стимулиране на плурализма. Съгласно ЗРТ при избора на програми, които да разпространява, предприятието управляващо електронната съобщителна мрежа за наземно цифрово радиоразпръскване, ще трябва да се съобрази и да избира само измежду лицензираните от Съвета за електронни медии програми (първа бариера). Съветът определя също вида и профила на три от програмите, които ще се разпространяват в електронните съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване (втора бариера). И накрая пакетът от програми, избрани от предприятието, управляващо мрежата, се одобрява от СЕМ (трета бариера). Така посредством нормите на ЗРТ законодателят е предвидил достатъчна защита срещу евентуална нелоялна конкуренция. Следователно абсолютната забрана за радио- и телевизионните оператори от участието им в присъща за тях стопанска дейност – осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, е непропорционална законодателна мярка, която е незаконосъобразна тъй като противоречи на чл. 19, ал. 1 от Конституцията.

Третата хипотеза за евентуално ограничаване на свободната стопанска инициатива – защита на потребителите, също е неотносима. Потребителите могат да бъдат само облагодетелствани, ако дейността по разпространение на радио- и телевизионни програми в цифрова среда се осъществява от лицата, които имат най-голям и позитивен опит в тази дейност, натрупан в периода на аналогово излъчване. Атакуваните законови норми вредят на потребителите като въвеждат модел за преход от аналогово към цифрово радиоразпръскване, който не е познат и не е прилаган в нито една държава. Вместо да се възползва от опита на държавите, които вече са напреднали в цифровизацията благодарение на ангажираността на доказаните аналогови телевизионни оператори, българските законотворци са избрали да изключат от процеса именно лицата с опит в тази стопанска дейност, което поставя под съмнение успешния преход. Нещо повече, чрез атакуваната разпоредба на §77 от ЗИД на ЗЕС, с която се създава § 5в от ПЗР на ЗИД на ЗЕС, потребителите са поставени пред реална опасност

8
да бъде лишени от безплатна ефирна телевизия изобщо (аргументи за това са изложени по-нататък в жалбата).

Свободната стопанска инициатива може винаги да бъде ограничена и с оглед защитата на други конституционни ценности - например суверенитета, сигурността и независимостта на страната и нейната териториална цялост; опазването и възпроизводството на околната среда, поддържането и разнообразието на живата природа и разумното използване на природните богатства и ресурсите на страната; особената закрила на земята; защитата на българския език и на националното историческо и културно наследство и т.н. Свободната стопанска инициатива може да бъде ограничавана винаги в хипотезите на чл. 57, ал. 2 и 3 от Конституцията (решение №6 на КС от 25.02.1997), но нито една от тези конституционни ценности не е заплашена от участието на радио и телевизионни оператори в дейността по осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване.

II. Измененият текст на чл. 47а от ЗЕС гласи: „(1) Радио- и телевизионен оператор не може 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. (2) Ограничението по ал. 1 се прилага и по отношение на лица, свързани с оператора по ал. 1 по смисъла на Търговския закон.”

Съответно, според последната редакция на чл. 48, ал. 3 от ЗЕС “предприятие или свързани с него лица по смисъла на Търговския закон, 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, не могат да бъдат радио- или телевизионни оператори и нямат право да създават радио- или телевизионни програми.”

Двете разпоредби поставят едно и също ограничение пред лицето/лицата, които ще участват в процедурата по получаване на разрешение за ползване на радиочестотен спектър за целите на процеса по цифровизация и/или вече са получили такова.

Чл. 47а поставя забрана за радио- и телевизионните оператори да получат разрешение за използване на радиочестотен спектър, като в ал. 2 това ограничение се разширява и до свързани с радио- и телевизионния оператор лица.

Обратно, чл. 48, ал. 3 ограничава получилият вече разрешение мултиплекс оператор да бъде радио- или телевизионен оператор и да създава радио- или телевизионни програми, като отново това ограничение се простира и върху свързаните с мултиплекс оператора лица.

Макар забраната за концентриране на две дейности – по създаване на радио- и телевизионни програми и предоставяне на услуги по радиоразпръскване в едно и също предприятие да е оправдана с оглед предотвратяването на вертикални концентрации в ущърб на конкуренцията, разширяването на

тази забрана до всички свързани лица по смисъла на Търговския закон без значение от географския пазар, на който такива свързани лица осъществяват дейността си, вече прекраща необходимостта от защита на конкуренцията и засяга два основни конституционни принципа – на свобода на стопанската инициатива и на закрила на инвестициите и стопанската дейност.

Настоящите редакции на чл. 47а, ал. 2 и чл. 48, ал. 3 от ЗЕС създават едно непреодолимо препятствие пред повечето европейски инвеститори в сферата на цифровото радиоразпръскване (мултиплекс), които са (исторически) свързани с телевизионни оператори от Европейския съюз, да участват в конкурсни процедури по избор на предприятие, на което да се издаде разрешение за цифрово радиоразпръскване с национален или регионален обхват в България.

Сравнително-правният преглед в Европейския съюз показва, че не съществува друга законодателна практика, която така целенасочено да възпира участието на инвеститори с дългогодишен опит и желание за влягане на значителни средства за развитието на процеса по цифровизация в дадена държава. Свързаността на лице, кандидатстващо за разрешение за цифрово радиоразпръскване в България, с предприятие, което е радио- или телевизионен оператор в чужда държава по никакъв начин не би могло да засегне конкуренцията между националните радио- и телевизионен оператори, създаващи собствени програми за разпространение на територията на България. Европейските законодателни разрешения предлагат различни методи за гарантиране липсата на влияние между дейностите на оператора на мултиплекс и програмните оператори, ако те са свързани лица, без това да води до неоправдани ограничения. В такива случаи кандидатите за мултиплекс се задължават да осигурят независимост между двете извършвани дейности чрез (а) структурно, организационно и персонално отделяне на програмния оператор от оператора на мултиплекс или (б) поемане на задължения от страна на програмния оператор, че няма да влияе на избора на програми от страна на оператора на мултиплекс. Това са максималните ограничения, които могат да се поставят пред кандидатите без това да доведе до нарушаване на конкуренцията в сектора.

Оспорените правни норми създават предпоставка за ограничаване на инвестициите и в ущърб на конкуренцията, тъй като предприятията, които ще отговарят на така създадените условия ще бъдат изкуствено ограничен брой. По този начин ще бъде нарушен и един от основните принципи за гарантиране липсата на опорочаване или ограничаване на конкуренцията в сектора на електронните съобщения на Рамковата Директива (глава III, чл. 8, т. 2, буква "б" от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7.03.2002 г. относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги).

III. Според нормата на чл. 48, ал. 5 от ЗЕС "предприятие или свързано с него лице по смисъла на Търговския закон, на което е издадено разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез

7
електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване, няма право да изгражда електронна съобщителна мрежа за пренос на радио- и телевизионни програми”.

Процесът на цифрово радиоразпръскване се предхожда от пренос на сигнала до точката на разпръскване. Технологично това става чрез две условно разделени мрежи – радиомрежа (за разпръскване) и опорна мрежа (за пренос). Мрежите могат да бъдат или да не бъдат на едно и също лице. Забраната обаче 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 и, за съжаление, наименованието на това друго лице вече е известно.

Практическото приложение на оспорената норма води до определяне със законодателен акт на едно конкретно предприятие, което ще предоставя 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, тъй като е ноторно известно обстоятелството, че единствената съществуваща понастоящем и изградена в условията на държавен монопол национална мрежа за пренос на радио- и телевизионни сигнали е собственост на “Национално управление радио- и телевизионни станции” – бивше държавно предприятие, понастоящем собствено на “Българска телекомуникационна компания” АД, гр. София.

Оспореното ограничение няма и сравнителноправен аналог в държавите от Европейския съюз, които вече са извършили цифровизация, както и в законодателствата на държавите, които тепърва извършват този процес. Примери могат да се дадат с държави като Великобритания, която е една от първите държави започнали да цифровизират телевизията (още през 1998) и държавата с една от най-добрите практики според Европейската комисия – Австрия, чиито законодателства не предвиждат изобщо подобен род разделяне на функциите по радиоразпръскване и пренос на програми. Държави като Унгария, Словакия, Словения и Полша, които тепърва също променят националното си законодателство с цел то най-целесъобразно да послужи за процеса на цифровизация, също не са предвидили такава забрана за операторите на мултиплекси да изградят мрежи за пренос.

Нещо повече, разпоредбата нарушава и принципите за насърчаване на ефективни инвестиции в инфраструктурата и насърчаване на ефективно управление на радиочестотите на основата на обективни, прозрачни, недискриминационни и пропорционални критерии заложи в Рамковата Директива (глава III, чл. 8, т. 2, букви “в” и “г”, вр. чл. 9, ал 1 от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7.03.2002 г. относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги). В допълнение, оспорваната разпоредба нарушава и чл. 19, ал. 1 и 3 от Конституцията. Забраната за изграждане на мрежа обхваща и свързаните с мултиплекс оператора лица, като по този начин отново се накърняват принципите за свобода на стопанската инициатива и на закрила на инвестициите и стопанската дейност. В така създаденото ограничение не се открива законотворческия

мотив за защита на конкуренцията, а напротив, поставя се поредното препятствие пред инвеститори с опит и богата практика в сферата на цифровизацията да вземат участие в тази процедура и в България.

IV. Със Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения, приет от XL Народно събрание (обн. ДВ, бр. 17 от 06. 03. 2009 г.), бе създаден нов § 5а в Преходните и заключителни разпоредби на Закона, съгласно ал. 1 от който в рамките на една процедура по чл. 48, ал. 1 Комисията за регулиране на съобщенията определя 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 Министерски съвет. Текстът създава монополно положение в разпространението на цифровата телевизия, като се дава възможност на едно юридическо лице да бъде собственик на ограничени ресурс – радиочестотен спектър, респективно на материалната част (цифрови мултиплекси) за осъществяване на телевизионното разпръскване. С прилагането на приетия текст вместо да се стимулира ефективната конкуренция при цифровото радиоразпръскване се създават условия за пълен монопол върху собствеността на мултиплексите, необходими за първия етап от цифровизацията на телевизионното и радио- разпръскване. По такъв начин се нарушават интересите на потребителите – български зрители, и се застрашава националния и обществен интерес в полза на едно лице.

Текстът е в противоречие с чл. 19, ал. 1 и ал. 2 от Конституцията на Република България, който 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.

V. Със Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения, приет от XL Народно събрание (обн. ДВ, бр. 17 от 06. 03. 2009 г.), бе създаден нов § 5в в Преходните и заключителни разпоредби на Закона, който предвижда издадените от Комисията за регулиране на съобщенията разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър, чрез използване на налични и/или нови електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване да се прекратят, когато ползваният от предприятията индивидуално определен ограничен ресурс – радиочестотен спектър, е необходим за реализиране на съответния етап от изграждане на цифрова електронна съобщителна мрежа, съобразно издадено от Комисията за регулиране на съобщенията 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. Текстът създава изключителна опасност населението в големи райони от страната да остане без телевизия за

продължителен период от време, тъй като цифровата телевизия все още няма да е покрила съответните територии, а разрешенията за аналогово телевизионно разпръскване на телевизии с национално покритие ще бъдат отнети преди да са изтекли. Едновременно с това голяма част от населението, поради ограничените си финансови възможности, все още няма да се е снабдило с цифров приемник или адаптери за цифрова телевизия.

Текстът е в противоречие с чл. 19 и чл. 41, ал. 1, съгласно който всеки български гражданин има право да получава информация. Това негово право ще бъде застрашено с прилагането на § 5в от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за електронните съобщения.

Предвид горните съображения и на основание чл. 149, ал.1, т. 2 от Конституцията, във връзка с чл. 12, ал. 1, т. 2 от Закона за Конституционния съд, правим следното

ИСКАНЕ

Да установите противоконституционността на следните разпоредби:

1. Разпоредбата на чл.47а от Закона за електронните съобщения, като противоречаща на чл.19, ал.1 и 2 от Конституцията на Република България;
2. Разпоредбата на чл.48, ал.3, 4 и 5 от Закона за електронните съобщения, като противоречаща на чл.19, ал.1, 2 и 3 от Конституцията на Република България;
3. Разпоредбата на § 77 от Закона за изменение и допълнение на Закона за електронните съобщения, като противоречаща на чл. 19, ал. 2 и чл. 41, ал. 1 от Конституцията на Република България;
4. Разпоредбата на §23 от Закона за изменение и допълнение на Закона за радиото и телевизията, като противоречаща на чл.19, ал.2 и 3 от Конституцията на Република България

Предлагаме като заинтересовани страни по делото да бъдат конституирани Народното събрание, Министерския съвет, Министъра на транспорта, Държавната агенция по информационни и комуникационни технологии, Съвета за електронни медии, Министъра по европейските въпроси и Асоциацията на българските радио и телевизионни оператори - АБРО.

1. Иван Николов Иванов
2. Флора Мисир
3. Екатерина Михайлова
4. Ангелас Ангеласев
5. Асен Асенов
6. Светослав Малинов

7. Игезор Благовесов Томев
8. Ваньо Свешнев Шарков
9. Петар Попов
10. Димитър Димитров
11. Татяна Капканова
12. Мардан Костандов
13. Иван Свешнев
14. Румен Ангелов
15. Мардан Великов
16. Антоанета Почева
17. Димитър Марданов
18. Борислав Бонифратов
19. Евдокия Мачева
20. Илья Димитров
21. Кляс Свешнев Димитров
22. Евгени Стефанов Чачев
23. Петър Кирилов Берков
24. Станко Николов Тодоров
25. Димитър Панданов Кучев
26. Димитър Емил Камбуров
27. Веселин Негозид
28. Петър Петров Димитров
29. Марган Димитров
30. Игезор Иванов
31. Ст. Георгиев
32. Яне Янев
33. Димитър Аджид

34. Иван Косинов
35. Анастас 2-й
36. Павел М. Терех
37. Марко Таммис
38. Иван Конзиков
39. Венислав Вербанов
40. Ася Михайлова
41. Ифросна, Иурини
42. Иван Бсмаков
43. Николай Васильевич
44. Николай Викаров
45. Петр Петров
46. Адамс Угров
47. Вадим Вадимов
48. Вадим Вадимов
49. Кристиан Кристианов
50. Иван Иванов
51. Вадим Вадимов