

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдиите Румен Янков и Благовест Пунев по к.д. № 3/2009 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 обезпечавя 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 съществували 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 съобщение 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 съдържане 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

97

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 издадените 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 по купката 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

99

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

Благовест Пунев