

ОСОБЕНО МНЕНИЕ

на съдиите Васил Гоцев и Владислав Славов по к.д. № 3/2009 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 създателят 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 вмести 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 – радио-честотен 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 избирателно 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. Законовото 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:

/В.Гоцев/

/Вл. Славов/