

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение, в съдебно заседание на трети ноември две хиляди и девета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ВАНЯ АНЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ: ТАНЯ ВАЧЕВА

ПАВЛИНА НАЙДЕНОВА

при секретар
на прокурора

Анелия Станкова

и с участието

изслуша докладваното

от председателя **ВАНЯ АНЧЕВА**

по адм. дело № 11056/2009. ☐

Производство по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 35, ал. 2 от Закона за електронните съобщения (ЗЕС).

Образувано е по жалба на "Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, район Лозенец, кв. "Витоша ВЕЦ Симеоново" 999, представлявана от председателя на Съвета на директорите Виктор Ангелов Серов, срещу решение № 513 от 26.05.2009 г. на Комисията за регулиране на съобщенията, с което в полза на "ТВ Седем" ЕАД е издадено разрешение № 01458/26.05.2009 г. за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали в град Дупница за канал № 57.

Релевирайки доводи за незаконосъобразност на решението, като постановено в противоречие с материалния закон и установените административнопроизводствени правила, жалбоподателят претендира неговата отмяна.

Ответникът – Комисията за регулиране на съобщенията (КРС/Комисията), чрез процесуалните си представители оспорва жалбата по същество и прави искане същата да бъде отхвърлена.

Заинтересуваната страна "ТВ Седем" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, ул. "Джеймс Баучер" № 100, чрез процесуалните си представители, оспорва жалбата.

Върховният административен съд, намира жалбата за подадена в срок, от лице, имащо активна процесуална легитимация и правен интерес от оспорването, срещу подлежащ на съдебен контрол валиден административен акт, поради което я приема за допустима. Прогласеното с чл. 120, ал. 2 на Конституцията право на гражданите и юридическите лица да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон, принадлежи на засегнатите от тези актове субекти, доколкото последните имат пряк, личен и непосредствен интерес. Поначало засегнати са онези лица, които са носители на материалноправни последици от решаването на спора, респ. в чиято правна сфера

рефлектира неблагоприятно порочния административен акт, а "засягането" е условие за възникване на процесуалния правен интерес от съдебно обжалване.

Анализът на характера и съдържанието на обективизираното в решение № 513/26.05.2009 г. на КРС властническо волеизявление, както и основанието за неговото постановяване налагат извод, че предоставяйки ползването на телевизионен канал № 57 за територията на град Дупница на "ТВ Седем" ЕАД, актът осуетява упражняването на субективните права на останалите оператори - кандидати за издаване на временно разрешително в хипотезата на § 5 от ПЗРЗЕС, следователно ги "засяга" по смисъла на цитираната Конституционна разпоредба. След като "Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД е подала заявление за издаване на разрешение за ползване на същия канал и искането не е удовлетворено, нито пък регулаторът е постановил по него изричен акт с негативно съдържание (който би бил предмет на самостоятелен съдебен контрол), решението за предоставяне на честотата като израз на изпълнително - разпоредителната дейност на КРС е финализиращият производството по § 5 от ПЗРЗЕС административен акт. Това обстоятелство легитимира и процесуалноправния интерес на участниците в процедурата от търсената съдебна защита (Арг.: чл. 147, ал. 1 от АПК).

За да се произнесе по същество съдът взе предвид следното:

Обществените електронни съобщения подлежат на регистрационен режим, освен ако за осъществяването им е необходим индивидуално определен ограничен ресурс, какъвто е и радиочестотният спектър за наземно излъчване на телевизионни програми, в който случай режимът е разрешителен - чл. 64, чл. 66, чл. 67 и чл. 79, във вр. § 1, т. 43 ЗЕС.

Съгласно разпоредбата на § 5, ал. 2 от ПЗРЗЕС (Обн., ДВ, бр. 17/2009 г.) до издаване на разрешения 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 по реда на този закон КРС може да издава на регистрирани по реда на Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) телевизионни оператори разрешения за ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, който не е предоставен по реда на § 9а от ПЗРЗРТ. С алинеи 3-та и 4-та е предвидено, че разрешенията се издават по ред, определен в Правила, приети от КРС, след получаване на положително становище от Съвета за електронни медии (СЕМ). Самите разрешения за индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за аналогово наземно телевизионно разпръскване се издават до 31 декември 2008 г. за максимален срок до 31 декември 2012 г. (ал. 1-ва).

Цитираното нормативно предписание налага извод, че с § 5 от ПЗРЗЕС законодателят е предвидил еднократна и поради това изключителна възможност КРС да издава на регистрирани по реда на ЗРТ телевизионни оператори разрешения за ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър. Това става в отклонение от предписанието на чл. 81 от ЗЕС по процедура, предвидена за временно ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър 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 водещия производството орган - КРС. Така издаваните разрешения са конститутивни индивидуални административни актове, посредством които Комисията учредява субективно право на

конкретни правни субекти да извършват дейност, контролирана от Държавата и чието правно действие е обвързано с прекратителен срок (в хипотезата на § 5, ал. 1 от ПЗРЗЕС) или прекратително условие (в хипотезата на § 5, ал. 5 от ПЗРЗЕС).

Въз основа на законовата делегация по § 5, ал. 3 от ПЗРЗЕС, с Решение № 362 от 14.04.2009 г. (Обн., ДВ, бр. 30 от 21.04.2009 г., в сила от 21.04.2009 г.), Комисията е приела Правила за реда за издаване на разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали, наричани за краткост по-долу "Правилата". Актът съдържа изискванията към кандидатите (Глава втора, чл. 5) и регламентация на процедурата по издаване на разрешенията (Глава трета, чл. 6 - чл. 10). Според предвиденията на чл. 10, ал. 1, в случай че броят на лицата, които отговарят на условията за издаване на разрешение, е по-голям от наличния свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за съответното населено място, Комисията издава разрешение на лицето, което притежава регистрация по чл. 2 с общ (политематичен) профил и е с по-добри показатели по чл. 6, ал. 2, т. 6 и т. 8 (приходи от реклама от телевизионна дейност за последната една година и е представени доказателства за наличие на закупена или наета техника за осъществяване на дейността).

Съгласно § 1 от ПЗР на Правилата, Комисията е публикувала на страницата си в Интернет информация за наличния свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали. За град Дупница са обявени два свободни канала - № 53 и № 57.

В изпълнение на предписанията на чл. 6 от Правилата, "ТВ Седем" ЕАД е подало заявление с вх. № 08-01-505/7.05.2009 г. за издаване на разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали за територията на град Дупница на телевизионен канал № 53 и № 57. Към заявлението е приложена документацията, визирана в чл. 6, ал. 2 от Правилата.

"Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД е депозирала заявление с вх. № 08-01-570/7.05.2009 г. за издаване на разрешение за ползване на двата налични канала за град Дупница - № 53 и № 57. За същите канали заявления са подали още 6 оператора (л. 1).

Със заповед № РД-11-49/30.04.2009 г. на председателя на КРС е определена работна група, която да направи преглед на всички подадени заявления и приложените към тях документи за съответствието им с Правилата. След обобщение на данните от проверката, работната група е депозирала доклад с оформени в табличен вид резултати по отделните показатели и предложения за разпределение на наличния свободен ресурс по заявители за съответните населени места, съобразно разпоредбата на чл. 10 от Правилата.

С протокол № 30 от заседание, проведено на 26.05.2009 г. (раздел Б, т. 8), Комисията е приела доклада на работната група и решения за издаване на разрешения за ползване на индивидуално определения ограничен ресурс, съгласно приложение 1 към протокола. Докладът на работната комисия (л. 22) е административнопроизводствена предпоставка за решението на КРС по класирането - § 5, ал. 3 от ПЗРЗЕС и чл. 10 от Правилата, и като такава е пряко относим към доказването на степента на съответствие на всеки кандидат с обявените критерии. Жалбоподателят не оспорва отразените в доклада изводи, в т.ч. относно релевантните за преценката показатели по чл. 6, ал. 2, т. 6 от Правилата, при което следва да се приеме, че формирането на крайната оценка на кандидатите е редовно.

По делото няма спор, че и двете страни удовлетворяват положителното условие на чл. 5, т. 1 от Правилата (притежават регистрацията по ЗРТ с общ (политематичен) и с продължителност на програмата 24 часа) и съответстват на отрицателната предпоставка на чл. 5, т. 2 (не притежават разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронна съобщителна мрежа за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали с национално покритие или за населеното място, за което кандидатстват). След получаване на изискуемото се от § 5, ал. 4 от ПЗРЗЕС и чл. 8 - чл. 9 от Правилата положителното становище на СЕМ (писмо вх. № 04-09-71/19.05.2009 г., л. 42 - л. 55), работната група е отчела съответствието на представената от тези двама кандидати документация с изискванията на чл. 6, ал. 2, т. 6 - 8 от Правилата (таблица 1), и акцентирайки на близо осем пъти по-високите приходи от реклама от телевизионна дейност за 2008 година, е предложила разрешението за канал № 57 да бъде издадено на "ТВ Седем" ЕАД. С процесното решение № 513/26.05.2009 г. Комисията е издала в полза на заинтересуваната страна разрешение № 01458/26.05.2009 г.

При така установеното от фактическа страна, решение № 513 от 26.05.2009 г. на КРС е издадено от колективния специализиран държавен орган, в рамките на установените от чл. 30 от ЗЕС правомощия. Съгласно т. 11 на посочената разпоредба, Комисията издава и преустановява действието на временни разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс. При осъществяване на властническите си правомощия по § 5 от ПЗР на ЗЕС, регулаторът действа съобразно утвърдени Правила и издава разрешителния акт за съответната честотата в полза на кандидата, съответстващ на заложените формални условия и генерирал най-високи приходи от реклама от осъществяваната телевизионна дейност за последната една година. Разпоредбата на § 5 от ПЗР на ЗЕС, както вече бе посочено по-горе, има ограничено правно действие и създава предпоставки за ефективно използване на свободни честоти за аналогово радиоразпръскване до момента, в който този честотен ресурс ще бъде предоставен по съответния законов ред за цифрово радиоразпръскване.

Противно на доводите на жалбоподателя това не ограничава свободната конкуренция на пазара на този вид услуги. В този аспект с Решение № 3 от 4.06.2009 г. на Конституционния съд по к.д. № 3/2009 г. (Обн. ДВ, бр. 45/2009 г.) е прието, че § 5 от ПЗРЗЕС не противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията на Република България. Още повече, че регулаторната политика по презумпция включва използването на радиочестотния спектър в обществен интерес и съобразно законовите изисквания.

Неоснователно е твърдението за липса на прозрачност при осъществяване на подборния процес. Наличието на ясни и публично обявени Правила, които регулаторът е спазил при произнасянето си, изключва подобно нарушение. Посочената в писмените бележки на жалбоподателя Директива 2002/20/ЕС от 7.03.2002 г. за разрешенията на електронните съобщителни мрежи и услуги ("Директива за разрешенията") е неотнормима към спора, доколкото целта и приложното ѝ поле са свързани със създаването на вътрешен пазар на електронните съобщителни мрежи и услуги чрез хармонизация и опростяване на правилата и условията за разрешение, за да се улесни тяхното предоставяне на територията на цялата Общност.

Същевременно цитатите на процесуалните представители на жалбоподателя са от Директива 2002/21/ЕС от 7.03.2002 г. относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (т.нар. "Рамкова директива") и са относими към целите на политиката и регулаторните принципи. Позоваването на изискванията за прозрачни и справедливи тарифи е неотнормимо към предмета на делото, а въведените с тази Директива задължения за националните регулаторни власти са свързани с насърчаване на конкуренцията при доставката на електронни съобщителни мрежи, електронни съобщителни услуги; допринасяне за развитието на вътрешния пазар и насърчаване интересите на гражданите на Европейския съюз, като изрично е отбелязано, че е желателно регулирането да бъде технологически неутрално. Именно това е сторено с проведените пред КРС процедури, като при наличие на Решение № 3 от 4.06.2009 г. на Конституционния съд "Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД не би могло да твърди, че предоставяне ползването на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър по реда на § 5 ПЗРЗЕС нарушава конкуренцията в сектора. Доколкото цитираните норми от Общностното право не създават права в полза на частни лица, жалбоподателят не може да се позове на вертикален директен ефект пред национална юрисдикция.

Като несъстоятелно следва да се квалифицира и твърдението му, че разпоредбите на ЗЕС са в противоречие със Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност (ЗОАРАКСД). При наличие на специален закон относно реда и начина на осъществяване на електронните съобщения, не може да се твърди, че изпълнявайки възложените му от ЗЕС функции държавният орган нарушава ЗОАРАКСД. В този смисъл доводът пряко противоречи на разпоредбата на чл. 4, ал. 3, във вр. с ал. 2 от с.з.

Оспореното решение е издадено при спазване на административнопроизводствените правила. Формулираното в него волеизявление не е типичен израз на регулаторните функции на административния орган - така, както са регламентирани в Глава пета, Раздел пети от ЗЕС; оттук и правилата за издаването му следва да се преценяват с оглед характера на производството и специфичната процедура за неговото провеждане. След като са обсъдени качествата на кандидатите за участие в предложената процедура и жалбоподателят не оспорва възприетите изводи относно приложените критерии по чл. 10, ал. 1 от Правилата, то КРС е издала решението си от необходимост да осъществи целта на производството и в изяснена фактическа обстановка. Противно на доводите на жалбоподателя, проведената процедура по § 5 ПЗРЗРТ не съставлява конкурс за аналогово лицензиране, компетентността на чието осъществяване е възложена на СЕМ - Арг: чл. 32, ал. 1, т. 14 и чл. 116 от ЗРТ.

Целта на обжалваното решение съответства на очертаните в чл. 4 от ЗЕС цели на закона и по-специално осигуряване възможност на потребителите да извличат максимална полза що се отнася до избора, цената и качеството на електронните съобщения, както и насърчаване ефективното ползване и управление на ограничените ресурси в защита на интересите на потребителите на далекосъобщителни услуги и на обществения интерес като цяло.

Именно затова регулаторът е предпочел кандидатът с най-високи приходи от реклама от телевизионна дейност (т. 6, ал. 2, т. 6 от Правилата), като по този начин е заложил на зрителския рейтинг и обусловения от него пазарен дял на медиата. Доколкото няма спор, че всички участници в процедурата са удовлетворявали изискванията на чл. 6, ал. 2, т. 8 от Правилата и са представили документация за покупка и/или наемане на визираната в т. 7 техника, необходима им за осъществяване на дейността; то правилно Комисията е зачела тези писмени доказателства като съответстващи на изискванията и е отбелязала, че операторите отговарят на определените условия, без да коментира техническото им оборудване и обезпеченост. Заложеният в чл. 6, ал. 2, т. 8 от Правилата показател е формален и не би могъл да има стойностно или количествено изражение, при което отчитането му не съставлява самостоятелно значим критерий за преценка на кандидатите.

Ето защо Комисията е формирала избора си въз основа на обективния показател с измерим фактор, какъвто е този по чл. 6, ал. 2, т. 6 от Правилата.

Въз основа на изложените съображения, КРС се е произнесла с оспореното решение при упражняване и в рамките на своите правомощия. Спазени са формата и административнопроизводствените правила за издаването на акта. Така издаденото решение е законосъобразно от материалноправна страна и съответства на целта на закона, поради което и жалбата като неоснователна, следва да бъде отхвърлена. При този изход на спора и на основание чл. 143, ал. 3 от АПК в полза на заинтересуваната страна се дължат претендираните и надлежно доказани разноски в размер на 200 лева.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. последно от АПК, Върховният административен съд, седмо отделение,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на "Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, район Лозенец, кв. "Витоша ВЕЦ Симеоново" 999, срещу решение № 513 от 26.05.2009 г. на Комисията за регулиране на съобщенията.

ОСЪЖДА "Вест ТВ (ВТВ)" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, район Лозенец, кв. "Витоша ВЕЦ Симеоново" 999, да заплати в полза на "ТВ Седем" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, ул. "Джеймс Баучер" № 100, съдебни разноски в размер на 200 (двеста) лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред петчленен състав на Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването му.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Ваня Анчева

ЧЛЕНОВЕ:/п/ Таня Вачева

/п/ Павлина Найденова