

РЕШЕНИЕ

№ 10259
София, 03.07.2019

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България – Четвърто отделение, в съдебно заседание на трети април две хиляди и деветнадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ДИАНА ГЪРБАТОВА
ЧЛЕНОВЕ: ДОБРИНКА АНДРЕЕВА, ВЛАДИМИР ПЪРВАНОВ

при секретар Татяна Щерева
и с участието на
прокурора изслуша
докладваното от
председателя ДИАНА ГЪРБАТОВА
по адм. дело № 6353/2018.

Производството е по реда на чл. 64, ал. 1 от Закона за защита на конкуренцията /ЗЗК/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с §149 от Преходни и заключителни разпоредби към ЗИДАПК /обн. ДВ, бр. 77 от 2018г., в сила от 01.01.2019г./.

Образувано е по жалба на МУЗИКАУТОР – Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права /Музикаутор, Сдружението/, със седалище и адрес на управление в гр. София, представявано от И. Димитров – изпълнителен директор, подадена чрез упълномощени адв. М. Андреева и адв. А. Долапчиев, против решение № 404 от 05.04.2018 г., постановено от Комисията за защита на конкуренцията /КЗК, Комисията/ по преписка № КЗК-141/2017 г. С жалбата и в съдебно заседание чрез адв. Андреева се релевират отменителни основания по смисъла на чл. 146, т. 3, 4 и 5 АПК, като се твърди, че оспореното решение е незаконосъобразно, постановено в нарушение на материалния закон, при съществени нарушения на процесуалните правила и в противоречие с целта на закона. Според жалбоподателя при постановяване на процесният акт КЗК се е отклонила от трайната практика по прилагане на чл. 21 ЗЗК и от същността за концепцията за злоупотреба с господстващо положение. Оспорващото Сдружение развива тезата, че в хода на производството Комисията не е изследвала причината, довела до прекратяване на договорните отношения между страните, която е пряко свързана с поведението на Българското национално радио и пълното игнориране от негова страна на необходимостта да се проведат преговори с цел установяване на взаимноприемлива рамка между страните, с оглед променените пазарни условия. Излага становище за неправилно приложение на нормата на чл. 21, т. 5 ЗЗК, тъй като изискуемата специфична цел,

предвидена в този текст липсва и видно от мотивите на обжалваното решение КЗК не е доказала и изобщо не твърди, че Сдружението е преследвало такава цел. Оспорва атакувания акт на КЗК при условието на евентуалност в частта за определяне размера на наложената санкция и заявява, че като основа за коректното ѝ изчисляване следва да се вземат само 20% от приходите, които са за издръжка на Музикаутор, защото останалата част се получава от правоносителите на авторски права - членове на организацията и сродните сдружения, с които са сключили договори за взаимно представителство. Развива подробни съображения за отмяна на процесното решение и претендира присъждане на направените по делото разноски с представен списък за тях.

Ответникът - Комисията за защита на конкуренцията оспорва жалбата чрез упълномощен юрисконсулт Кантарев, който пледира за отхвърляне жалбата като неоснователна и за потвърждаване обжалваното решение, с което е установено, че Музикаутор е извършило нарушение по чл. 21, т. 5 АПК. Прави искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Заинтересованата страна - Българското национално радио /БНР/ със седалище и адрес на управление в гр. София, изразява становище чрез упълномощен юрисконсулт Митев за отхвърляне на жалбата, като в съдебно заседание и с писмени бележки оспорва твърденията на жалбоподателя за наличие на нарушения при издаване на обжалваното решение и счита, че то е законосъобразно постановено. Заявява искане за присъждане на разноски, представляващи юрисконсултско възнаграждение с представен списък. Като прецени събраните по делото доказателства, обсъдени поотделно и в съвкупност, настоящият съдебен състав намира за установено следното от фактическа страна: Страните не спорят помежду си относно обстоятелството, че с искане вх. № ВХР-110/16.01.2017г. генералният директор на БНР е поискал от КЗК образуване на производство за установяване на нарушение по Глава седма "а" ЗЗК и налагане на санкция срещу Музикаутор. В подробно изложените съображения искателят е релевирал твърдение, че ответникът по искането е осъществил с поведението си нарушение на чл. 37а ЗЗК, изразяващо се в това, че на 18.07.2016 г. по искане на Музикаутор е проведена среща между изпълнителния директор на Сдружението и членове на УС на БНР, в която от страна на Музикаутор е заявено, че БНР следва да заплаща като възнаграждение за използване на произведения от репертоара на Сдружението процент от целия му брутоприход, който включва, както приходите от реклама, така и субсидията от държавния бюджет, равен на процента от приходите, който заплащат търговските доставчици на радиоуслуги за получаване на правото да използват произведенията, управлявани от Музикаутор. Сдружението е предложило да приложи спрямо БНР отстъпка, намаляваща във времето, така че заплащаната от националното радио сума да нараства постъпателно и да достигне желанието от Сдружението краен размер през 2019 г. Според искателя към този момент между БНР и Музикаутор действа сключен договор № 145/19.12.2011 г. за разрешаване използването на музикални и литературни произведения по радио, съгласно който Сдружението отстъпва на БНР правото да използва произведения от неговия репертоар срещу заплащане на годишна база възнаграждение в размер на 1% от субсидията на БНР от държавния бюджет, заедно с процент

от приходите за реклама и спонсорство, определен съобразно дела на музиката в цялото съдържание на програмите на БНР, като в договора е предвидено този процент да нараства до 2014 г. Молителят пред КЗК релелира твърдение, че между двете страни по договора са проведени множество преговори, но единственото съгласие, което е постигнато е на среща, проведена на 21.09.2016 г., в която между преговарящите страни е постигната договореност за изменение на договор № 145/19.12.2011 г., която дава възможност договорът да се прекрати от всяка страна с едномесечно писмено предизвестие. На 16.11.2016 г. в БНР е постъпило писмо от зам. - министъра на културата, с което БНР е уведомено за представено от Музикаутор заявление за утвърждаване на размера на възнагражденията, дължими от БНР при излъчване по безжичен път и предаване в електронни съобщителни мрежи на музикални произведения и свързани с тях литературни произведения, като предложената тарифа предвижда възнаграждения, идентични с предложените от Музикаутор на БНР през м. юли 2016 г. От страна на БНР е изложено становище, че приложената икономическа обосновка е изключително схематична и не съдържа мотиви, обосноваващи предложените размери на възнагражденията, дължими от БНР, освен препратки към "обичайна европейска практика" и позоваване на споразумение, постигнато между Музикаутор и Асоциацията на българските радио и телевизионни оператори (АБРО). Към датата на предявяване на искането до КЗК министърът на културата не е утвърдил предложението на Сдружението. С писмо от 22.11.2016 г. Сдружението е прекратило действащия договор № 145/19.12.2011 г., считано от 01.01.2017г., с което прустановява възможността на БНР да използва музикални произведения от репертоара на Музикаутор. В горепосоченото искане се твърди, че по покана на искателя е проведена нова среща на 01.12.2016 г., на която е представено предложение от БНР за нарастване на заплащаното на Музикаутор възнаграждение, като се повиши процентът от рекламните приходи и се запази процентът от бюджетната субсидия, предвиден в изтичащия в края на 2016 г. договор № 145/19.12.2011 г., но Музикаутор е отказал да приеме тези условия и е представил свое предложение, предвиждащо заплащане на пълната сума в размер на 4.4% от всички приходи на БНР, вкл. от бюджетната субсидия. На 21.12.2016 г. БНР е получило нотариална покана, с която Музикаутор забранява на искателя да излъчва в програмите си, с изключение на уеб-радио каналите, които са предмет на отделен договор, произведения от управланията от Музикаутор репертоар. С оглед на това от 00:00 часа на 01.01.2017 г. БНР няма право да използва произведения от репертоара на Музикаутор, което според искателя, лишава слушателите на програмите на БНР от възможност да слушат съвременна българска и чуждестранна музика, отнема на голяма част от българските композитори една от най-големите платформи, чрез които музиката им достига до широк кръг от хора и създава сериозни затруднения за изпълнението на обществената мисия, възложена на БНР със Закона за радиото и телевизията /ЗРТ/. На 02.02.2017г. в Комисията е постъпило второ искане от БНР, с което се препраща към обстоятелствата, описани в искането с вх. № ВХР-110/16.01.2017г. и се претендира установяване злоупотреба с господстващо положение на Музикаутор по смисъла на чл. 21 ЗЗК, тъй като Сдружението пряко налага цени, които не почиват на никаква

икономическа логика и като използва едностранното прекратяване на договора си с БНР и забраната за излъчване на репертоар като инструмент за принуда, Музикаутор ограничава производството на програми със съвременно музикално звучение. Комисията е образувала преписка № КЗК-141/2017г. и е извършила проучване по релевираните от страна на БНР оплаквания за осъществено нарушение по чл. 21 ЗЗК. На основание чл. 45, т. 1 във връзка с чл. 46 и чл. 47, ал. 1, 4 и 5 ЗЗК, Комисията е изисквала информация и документи от Музикаутор, БНР, министъра на културата, министъра на финансите и от Асоциация на българските радио- и телевизионни оператори /АБРО/. В своето становище ответникът по преписката е пояснил, че относно видовете права управлявани от Музикаутор, няма друга организация за колективно управление на авторски права /ОКУАП/, която управлява същите авторски права, които са предмет на лицензията на сдружението и в Министерство на културата не е регистрирана друга такава организация. В качеството си на ползвател на произведения, част от репертоара на Музикаутор, БНР може да ползва музикални произведения съгласно издадената лицензия на сдружението, като управлението и отстъпването на тези права се осъществява както колективно, така и индивидуално. В становището е изтъкнато, че в посочения от искателя период в Закона за авторското право и сродните му права /ЗАПСП/ са предвидени нормативни разпоредби в Раздел Ia, чл. 40 - чл. 40з ЗАПСП, които имат за цел да определят начина и пътя за договаряне, като в ЗАПСП няма изрични нормативни разпоредби, които да предвиждат специални изключения за БНР от въведеното правило, което е изложено и във влязлото в сила решение № 5169 от 24.07.2013г. на Административен съд - София - град, по адм.д. № 6001/2013г. В становището на Музикаутор е посочено, че министърът на културата не е одобрил тарифа за заплащане на дължимите от БНР авторски възнаграждения, поради което от м. юли 2016г. Сдружението е изпратило писмо до БНР, с което желае да организира среща между двете страни, целта на която е постигане на споразумение за тарифата. Месец по-късно, Музикаутор е представил конкретно предложение за тарифа, но то не е било прието от БНР. През м. октомври 2016 г. на проведено заседание в Народното събрание пред Комисията по култура и медии, БНР не е внесло предложение за увеличение на субсидията си във връзка с актуализиране на спорните цени. В горепосоченото становище на Сдружението е отразено, че в следващите месеци страните по договора не са постигнали съгласие, вследствие на което на 21.11.2016 г. Музикаутор е изпратил уведомление, че не желае подновяване на договора, като е изпратена и нотариална покана, с която се забранява на БНР използването на репертоара на Сдружението. В отговор в края на декември 2016г. БНР е изпратило до Музикаутор предложение за промяна в тарифата, което предвижда увеличение със 7% на размера на възнаграждението за 2017г. спрямо 2016 г., изчислено на база стойност, а не като проценти. Това предложение не е прието от Музикаутор, поради несъответствието на приложения подход със залегналите принципи и модел в договорената с АБРО проекто-тарифа и внесена за утвърждаване в министерството на културата. Във визираното становище ответникът по образуваната преписка е подчертал, че неговата цел не е забраната за използване на репертоара на Сдружението, а необходимостта преговорите да

се водят в съответствие с изискванията на чл. 40е ЗАПСП и задължителните указания, дадени в горепосоченото решение на АССГ. На 24.02.2017 г. спорещите страни са успели да сближат позициите си и са постигнали споразумение за срок от 3 години, с което не се е достигнало до пълно изравняване на тарифните позиции с останалия радиосектор /АБРО/, а е договорено размерът на възнаграждението да се определя на база всички приходи, свързани с радиодейност. В представеното писмено становище от министъра на културата е посочено, че Сдружение Музикаутор е вписано в регистъра на организациите за колективно управление на авторски и сродни права, съгласно чл. 40 ЗАПСП, като същото притежава удостоверение № У-62/05.09.2014 г., даващо му право да излъчва и предава по електронни съобщителни мрежи музикални произведения и свързаните с тях литературни произведения. На основание на регистрацията и съобразно нейния обхват, в съответствие с чл. 40, ал. 4 и 5 ЗАПСП Музикаутор има възможност да сключва договори с ползватели- радиооператори, вкл. и БНР. По възникналия двустранен спор министърът на културата е изразил мнение, че съгласно чл. 40е, ал. 3 ЗАПСП размерите на възнагражденията, събирани от ОКУП се утвърждават от министъра на културата въз основа на предложение на съответната организация, но към този момент Музикаутор няма утвърдена тарифа за възнагражденията, дължими от БНР, тъй като предложение за такава тарифа е внесено в Министерство на културата, но заповед за утвърждаването ѝ не е издадена. Според горепосочения министър при липса на утвърдена тарифа договарянето с БНР би следвало да се извърши по реда на чл. 40е, ал. 14 ЗАПСП, като размерите на възнагражденията се определят съобразно тарифата на Музикаутор, прилагана към момента на сключване на договора, която разпоредба предвижда начин за преодоляване на евентуално възникнали спорове и не е пречка за договаряне на възнаграждения в размер, различен от този в заварената тарифа, в случай че страните се споразумеят за това. Министърът на културата е дал становище, че са възможни два подхода в зависимост от волята на страните, а именно: 1) Да се приложи тарифата, действала до депозирането в министерство на културата на новото предложение за частните радиооператори в раздела ѝ, съответстващ на увеличеното музикално съдържание в програмите на БНР; 2) Да се приеме, че е налице хипотезата на чл. 40е, ал. 14, изр. 2 и 3 ЗАПСП - чрез сключване на споразумение да се определи размера на възнагражденията и превеждането им по доверителна сметка до утвърждаване на тарифа по административен ред. От приложената по делото преписка е видно, че с определение № 654 от 15.06.2017 г. КЗК е предявила на Музикаутор твърдения за извършено нарушение по чл. 21, т. 5 ЗЗК, изразяващо се в злоупотреба с господстващо положение на пазара на предоставяне на права за излъчване на музикални и литературни произведения от репертоара на Музикаутор по безжичен път, предаването или препредаването на произведенията по електронна съобщителна мрежа за доставчици на радиоуслуги на територията на страната, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите посредством необосновано прекратяване на съществуващите договорни отношения с Българското национално радио, с което се препятства осъществяваната от радиото дейност. В установения срок ответникът по преписката е представил писмени

възражения срещу предявените твърдения за нарушение и е направил искане за изслушване в открито заседание. Искателят също е представил становище по предявените твърдения за нарушение. Не е спорно обстоятелството, че двете страни са изслушани в Комисията по реда на чл. 76, ал. 1 ЗЗК в открито заседание на КЗК, проведено 02.11.2017 г., което е обективизирано в Протокол № 1360 от същата дата. На 05.04.2018г. е постановено процесното решение № 404 по преписка № КЗК-141/2017 г., с което КЗК се произнася с диспозитив в следния смисъл: 1. УСТАНОВЯВА, че Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права "МУЗИКАУТОР", с ЕИК 831005050, е извършило нарушение по чл. 21, т. 5 от ЗЗК, изразяващо се в злоупотреба с господстващо положение на пазара на предоставяне на права за излъчване на музикални и литературни произведения от репертоара на Музикаутор по безжичен път, предаването или препредаването на произведенията по електронна съобщителна мрежа за доставчици на радиоуслуги на територията на страната, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите посредством необосновано прекратяване на съществуващите договорни отношения с Българското национално радио, с което се препятства осъществяваната от радиото дейност; 2. НАЛАГА ИМУЩЕСТВЕНА САНКЦИЯ в размер на 56 678 (петдесет и шест хиляди шестотин седемдесет и осем) лв. на Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права "МУЗИКАУТОР", с ЕИК 831005050 за нарушението по т. 1. Това решение е съобщено на ответника в административното производство на дата 19.04.2018г., съобразно приложеното към преписката известие за доставяне. Недоволно от постановения акт на КЗК Сдружение Музикаутор го оспорва с жалба, подадена чрез КЗК на 03.05.2018г. до Върховния административен съд, която е предмет на настоящото производство.

При така изяснената фактическа обстановка, съдът извежда следните правни изводи:

ПО ДОПУСТИМОСТТА: Жалбата на Музикаутор е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА, като подадена от надлежна страна с личен, пряк и непосредствен правен интерес от оспорване. Жалбата е предявена в преклузивния 14 - дневен срок, визиран в чл. 64, ал. 1, изречение второ, предложение първо от ЗЗК.

ПО ОСНОВАТЕЛНОСТТА: Разгледано по същество оспорването е ОСНОВАТЕЛНО по следните съображения:

При осъществената служебна проверка по законосъобразността на обжалваното решение, решаващият съдебен състав счита, че то е постановено от независимия специализиран държавен регулаторен орган по конкуренцията в рамките на правомощията на КЗК, уредени в чл. 8, т. 1 и т.2, чл. 38, ал.1, т.3, чл. 60, ал. 1, т.2 и т. 3 и чл. 77, ал. 1, т. 1 и т.2 ЗЗК, с оглед на което съдът намира, че оспореният акт е издаден от компетентният за това административен орган. Процесният административен акт е произнесен от горепосочения колективен орган при изискуемия кворум и мнозинство за приемане на решение, регламентирани в чл. 59, ал. 1 и ал. 2 ЗЗК. Оспореното решение е постановено в писмена форма, съдържа всички изискуеми

реквизити, предвидени в чл. 62, ал.1 ЗЗК и същото е подписано с особено мнение от наблюдаващия проучването заместник - председател на КЗК, в съответствие с изискванията на чл. 61, ал. 1 и ал. 2 ЗЗК. С оглед на това съдът счита, че при постановяване на обжалваното решение не са осъществени нарушения, съставляващи отменителни основания по смисъла на чл. 146, т. 1 и 2 АПК.

По твърдението, развито в жалбата, за допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и противоречие с приложимите материалноправни разпоредби, съдът счита следното: Процесното решение е издадено на основание чл. 60, ал. 1, т. 2, т. 3 и чл. 77, ал. 1, т. 1, т. 2 ЗЗК и в него е прието за основателно искането на БНР за установяване на извършено от Музикаутор нарушение по чл. 21 ЗЗК. За да достигне до този резултат Комисията правилно е определила като участници в производството: Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права "МУЗИКАУТОР", което е регистрирано в регистъра на юридическите лица с нестопанска цел и е организация за колективно управление на права, регистрирана от министъра на културата в съответствие с чл. 40а, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 40б ЗАПСП с удостоверение за регистрация № У-62/05.09.2014 г., както и Българското национално радио, което е юридическо лице, национален обществен доставчик на радио-услуги, осъществяващ радио-дейност на основание Закона за радиото и телевизията и Закон за електронните съобщения, което лице съгласно чл. 42, ал. 1 ЗРТ е първостепенен разпоредител с бюджетни средства. КЗК е преценила релевираните оплаквания на БНР в искане с ВХР-110/02.02.2017 г. на БНР за установяване на евентуално извършено нарушение от ответника по преписката по чл. 21 от ЗЗК и е констатирала, че твърдението на искателя е, че с поведението си Музикаутор налага цени на БНР, както и, че ограничава производството на програми. Комисията е счела, че текстовете на чл. 21, т. 1 и т. 2 ЗЗК са неприложими по отношение на поведението, предмет на образуваното производство, като относно нормата на чл. 21, т. 1 ЗЗК е счела, че визира едностранно поведение, осъществявано от предприятие с господстващо положение, т. е. налагането на съответните цени е в резултат на едностранно поведение на предприятието, което може да го осъществи благодарение на господстващото си положение на съответния пазар. В случая обаче търсеното от Музикаутор увеличение на размера на възнагражденията по необходимост преминава през процедура на предварително обсъждане с представителна за сектора организация на ползватели и подлежи на последващо утвърждаване със заповед на министъра на културата при спазване на изискванията на закона - чл. 40е, ал. 3, ал. 5 ЗАПСП. Това означава, че предвид съществуването на нормативно разписана процедура по установяване и утвърждаване на размера на възнаграждението за ползване на произведенията от репертоара на Музикаутор, ответникът по преписката не е в състояние едностранно да наложи цена за отстъпваните права, доколкото неговото поведение зависи от съгласувателната процедура с АБРО и от последващо утвърждаване от министъра на културата на договорената с представителната организация тарифа. В мотивите на обжалваното решение КЗК е квалифицирала поведението на Музикаутор като необоснован отказ да се достави стока или

да се предостави услуга на реален или потенциален клиент, за да се възпрепятства осъществяването от него стопанска дейност - нарушение по смисъла на чл. 21, т.5 ЗЗК. Следва да се има предвид, че разпоредбата на чл. 21 ЗЗК забранява на предприятие с монополно или господстващо положение на пазара с поведението си да предотвратява, ограничава или нарушава конкуренцията на съответния пазар и по този начин да засяга интересите на потребителите. За да бъде изпълнен съставът на чл. 21 ЗЗК, е необходимо да се установи: 1. адресатът на разпоредбата е предприятие; 2. Да се дефинира пазарът, на който това предприятие осъществява дейността си; 3. Да се установи, че това предприятие има монополно по смисъла на чл. 19 ЗЗК или господстващо по смисъла на чл. 20 от същия закон пазарно положение; 4. Да се докаже, че с поведението си то може да повлияе отрицателно на конкуренцията и по този начин да навреди на интересите на потребителите. Относно първия изискуем елемент - "Предприятие" по смисъла на този закон съгласно пар. 1, т. 7 от ДР ЗЗК е всяко физическо, юридическо лице или неперсонифицирано образувание, което извършва стопанска дейност, независимо от правната и организационната си форма. "Стопанска дейност" по определението на т. 13 от § 1 е дейността на предприятия, резултатите от която са предназначени за размяна на пазара. Според дефиницията на § 1, т. 13 ДР ЗЗК стопанска е всяка дейност по предлагане на стоки и услуги на пазара, която се осъществява по начин, че по принцип да може да доведе до реализиране на печалба в частен интерес. В случая КЗК се е позовала на нормата на чл. 40, ал. 6 ЗАПСП, според която организациите за колективно управление на авторски права могат да бъдат само сдружения на автори и други носители на такива права. Тук е мястото да се отбележи, че в мотивите на обжалваното решение на нито едно място не е отразено, че всички нормативни текстове, съдържащи се в Раздел Ia ЗАПСП, озаглавен "Колективно управление на права", вкл. цитирания чл. 40 и сл. ЗАПСП към датата на постановяване на процесното решение - 05.04.2018г. са били отменени /ДВ, бр. 28 от 2018г., в сила от 29.03.2018г./ Тъй като визираните разпоредби са били действащи през процесния период на установеното нарушение, съдът намира, че в случая горепосоченото нарушение не е съществено по характер. Посочените по- горе организации безспорно не могат да реализират печалба и са длъжни да разпределят и изплащат всички средства, получени от ползвателите, между носителите на права, след като удържат необходимото за своята дейност. Основната функция на организациите за колективно управление на права е сключването от името на членовете им на договори с ползвателите и събирането и разпределението на възнагражденията, произтичащи от тези договори, като резултатът от дейността на ОКУП е размяната на правото на използване на защитен обект на авторско или сродно право срещу насрещна парична престация. С оглед на това Комисията точно е преценила, че извършваната от Музикаутор дейност е стопанска, тъй като резултатите от дейността на ОКУП са предназначени за размяна на пазара, поради което същите представляват "предприятия" по смисъла на ЗЗК. Разпоредбата на чл. 21 ЗЗК е относима към конкретни форми на поведение на предприятие, когато то се намира в господстващо положение на съответния пазар. Между страните не е било спорно обстоятелството, че Музикаутор е единственият участник на пазара на предоставяне на права за

излъчване на музикални и литературни произведения от репертоара на Музикаутор по безжичен път, предаването или препредаването на произведенията по електронна съобщителна мрежа за доставчици на радиоуслуги на територията на страната, от което е изведено заключение, че сдружението притежава господстващо положение по смисъла на чл. 20 ЗЗК на дефинирания в производството съответен продукт и географски пазар. Според изразеното становище от КЗК, за да се квалифицира като нарушение на чл. 21, т. 5 ЗЗК отказът за доставка на услуги от страна на Музикаутор следва да касае продукт, който е обективно необходим за участието на БНР на съответния пазар, на който предприятието осъществява дейност, да е вероятно да доведе до елиминиране на ефективната конкуренция, да е вероятно да доведе до засягане интересите на потребителите. В мотивите на обжалваното решение относно периода, досежно който е установено нарушение е вписано следното: "Нарушението, извършено от Сдружение "Музикаутор", за което се предявяват настоящите твърдения, представлява необосновано прекратяване на съществуващите договорни отношения с Българското национално радио, с което се препятства осъществяваната от радиото дейност. Периодът, в който това прекратяване е факт е от 01.01.2017 г. до 23.02.2017 г. С оглед на това, нарушението, за което се предявяват твърденията, обхваща периода от 01.01.2017 г. до 23.02.2017 г." Така формулираната теза на Комисията буди двоумение, тъй като с процесното решение не се предявяват твърдения, а би следвало да се установява нарушение по реда на ЗЗК. В случая явно горепосочените правни изводи са възпроизведени буквално от определение № 654 от 15.06.2017 г., с което КЗК вече е предявила на Музикаутор твърдения за извършено нарушение по чл. 21, т. 5 ЗЗК. С оглед на това в конкретната хипотеза не може да се разбере дали с обжалваното решение отново се предявяват твърдения или се извежда заключение относно периода на нарушението. Констатираното нарушение е съществено, защото въпросът за периода на нарушението е определящ относно констатирането на антиконкурентно поведение на ответника по преписката точно през установения период, за който е определена и финансовата санкция, визирана в т.2 от диспозитива на оспореното решение. При преценяване съответствието на обжалвания административен акт с изискванията на административнопроизводствените правила, съдът констатира, че КЗК е сезирана с две отделни искания, подадени с вх. № ВХР-110/16.01.2017 г. и с вх.№ ВХР-110/02.02.2017 г. В първото от тях БНР подробно е изложило обстоятелствата по спора си с Музикаутор и е поискало установяване на нарушение по реда на Глава седма "а" ЗЗК - чл. 37а, а с второто искане по същите обстоятелства искателят претендира установяване на нарушение по реда на чл. 21 ЗЗК. Следва да се има предвид, че в искането с вх.№ВХР-110/02.02.2017 г. не е вписано, че БНР се отказва от първото си искане, поради което съдът счита, че КЗК е трябвало да се произнесе и по двете депозирани искания, като Комисията следва да разгледа и изложи самостоятелни правни изводи, както за евентуално установено нарушение по чл. 21 ЗЗК, така и по твърдяното от искателя нарушение по чл. 37а ЗЗК. Настоящият съдебен състав констатира, че в случая Комисията се е отклонила от своята установена практика да образува отделни преписки по двете постъпили искания, както е процедирано при образуване на преписка № КЗК-

696/2015г. и преписка № КЗК-31/2016г.; по преписка КЗК-972/2014г. и преписка № 1059/2014г. и др., които са служебно известни на съда. В случая обаче няма никакви данни да е образувана друга преписка по искането с вх. № ВХР-110/16.01.2017 г., а напротив - в първото изречение на обжалваното решение е вписано, че е "образувано производство по преписка КЗК № 141 от 2017 г. по искане с Вх. № ВХР-110/16.01.2017 г. и искане с ВХР-110/02.02.2017 г. на Българското национално радио". Следователно процесното решение би следвало да обхване изложените оплаквания и в двете цитирани искания, което в случая не е осъществено. В мотивите и в диспозитива на атакуваното решение изцяло липсва произнасяне по искането с вх. № ВХР-110/16.01.2017 г., с което молителят претендира установяване на нарушение по Глава седма "а" - чл. 37а ЗЗК. Това установено от съда нарушение е съществено и налага отмяна на обжалваното решение само на това основание и изпращане преписката на ответния административен орган за ново произнасяне по целия предмет на спора, съдържащ се в двете искания на БНР.

Освен гореизложеното, решаващият съдебен състав констатира, че нито в описаната фактическата обстановка, нито при излагане на правните изводи е съобразено постъпилото становище от страна на АБРО, която е представителната организация по смисъла на чл. 40е, ал. 5 ЗАПСП. Произнасянето по отношение на горепосоченото становище и излагане на мотиви във връзка с него е от решаващо значение за изхода на спора, предвид задължителната процедура по предварително обсъждане, която е регламентирана в цитираната норма и която в случая е проведена по инициатива на жалбоподателя и в изпълнение на влязлото в сила решение № 5169 от 24.07.2013г. по адм.д. № 6001/2013г. на Административен съд - София - град, което е задължително за страните по делото: БНР, Музикаутор, АБРО, както и за всички - чл. 177, ал. 1 АПК. Следва да се има предвид и обстоятелството, че КЗК е квалифицирала прекратяването на действащия договор между жалбоопдателя и заинтересованата страна в настоящото съдебно производство като необоснован отказ да се предостави стока или да се предостави услуга на реален или потенциален конкурент, за да се възпрепятства осъществявана от него стопанска дейност, представляващо нарушение на чл. 21, т. 5 ЗЗК. При обосноваване на този извод, Комисията е изложила противоречиви мотиви. От една страна е приела, че Музикаутор едностранно е прекратил договорните си отношения с БНР, считано от 01.01.2017 г. и по този начин БНР е било лишено от възможност за ефективно конкуриране на пазара, а от друга страна - органът по конкуренцията е изразил становище, че намесата на Комисията в отношенията на предприятия в случаите на прекратяване на дълготрайни отношения под формата на договори е оправдана единствено в изключителни случаи само и доколкото, това "може да се доведе до промени в конкурентната среда". Съдът установи, че в случая липсва изследване в коя точно конкурентна среда са изискуемите промени - дали е настъпило изкривяване на пазара на колективно управление на авторски права върху музикални произведения, който обхваща освен жалбоподателя и други организации /ПРОФОН, ЕАЗИПА, КОПИ БГ и др./, по отношение на които през периода от 01.01.2017г. до 23.02.2017г. е възникнала възможност да встъпят в горепосочения пазар и да установят фактически отношения с БНР или относно пазара на радиоразпространението, включващ

БНР и останалите радиа, излъчващи музикални произведения, досежно който пазар заявеният стремеж на жалбоподателя е да се уеднаквят условията за договаряне. Настоящият съдебен състав намира за необосновани и несъответстващи на установената фактическа обстановка изводите на КЗК за едностранно прекратяване на търговски договор, което е разгледано едностранчиво и напълно е игнорино становището на Сдружението, че се касае за упражняване на права в изпълнение на подписаното между него и АБРО рамково споразумение от 01.11.2016 г., с което се определя размерът на възнаграждението дължимо от радиосектора; липса на разговори по същество с БНР по представената проекто-тарифа; системното нарушение на БНР на договорения обем на музикално съдържание в програмите на БНР за периода 2012 г. до 2016 г., който излиза извън обхвата на посочения в договора между двете страни размер на възнаграждението - 40%. С оглед на това съдът намира, че при провеждане на преговорите между спорещите страни и от цялостното поведение на Музикаутор през процесния период, не може да се изведе еднозначен извод, че прекратяването на действащия договор между страните е израз на едностранното налагане на исканите от Музикаутор условия за определяне размера на дължимите му възнаграждения за лицензирането на съответните права. Както бе отразено по-горе КЗК категорично е приела, че ответникът по преписката не разполага с възможност едностранно да наложи цени на продуктивния пазар и въпреки това е формирала заключение, че Сдружението е било в състояние да оказва натиск и да налага приемане на претендираните стойности на възнагражденията за авторски права. От съществено значение в случая е, че КЗК не е изложила правни изводи по отношение на отношенията на двете спорещи страни до юли 2016г. и изобщо не е изследвала причините за поисканите от страна на Музикаутор промени в действащия договор. Безспорно опитите за постигане на споразумение относно утвърждаване на тарифите на Музикаутор в радиосектора са започнали още през 2011 г., когато предложената за утвърждаване проекто-тарифа за БНР е отразявала изцяло параметрите на договора, подписан на 19.12.2011 г. с БНР, която тарифа не е била съгласувана с представителната организация на частните радиа - АБРО и това е станало причина зам. министърът на културата да откаже нейното утвърждаване. При обжалване на постановени отказ е постановено решение № 5169 от 24.07.2013 г., в решаващите мотиви от което АССГ се е произнесъл, че статутът на БНР като обществена медия и обстоятелството, че то формира приходите си от субсидията от държавния бюджет, не изключва необходимостта от обсъждане на тарифата с представителната организация (АБРО), независимо от това, че БНР е национален обществен доставчик на аудио-визуални медийни услуги със специфични задачи и функции, като съдът е изразил становище, че това еднакво третиране произтича от факта, че и БНР, и останалите оператори са ползватели по смисъла на закона, поради което няма основание за прилагане на изключението по чл. 40е, ал. 4, т. 2 ЗАПСП. В мотивите на обжалваното решение не е обсъден и правнорелевантния факт, че и двете изготвени от Музикаутор проекто-тарифи са обсъдени и договорени с браншовата организация АБРО, в изпълнение на изискването на ЗАПСП и изцяло е в съответствие с дадените указания на Музикаутор от зам. - министъра на културата от 14.10.2013 г. и са съобразени с указанията на

влязлото в сила решение № 5169 от 24.07.2013 г. на АССГ. Съдът констатира, че Комисията не е обсъдила обстоятелството, че причината, поради която законодателят е въвел изискване за съгласуване на тарифите единствено с представителната организация в радиосектора, от една страна се дължи на законодателното решение, че ЗАПСП не прави разлика между търговските и обществените радио и телевизионни оператори, поради което БНР следва да се счита за ползвател по смисъла на § 2, т. 6 от ДР на ЗАПСП и от друга страна, поради необходимостта за прилагане на равнопоставено третиране между търговските радиооператори и БНР, в който смисъл е и изричното настояване на АБРО, което изразява становището по този въпрос на своите членове. Отказът на министъра на културата да утвърди тарифата на БНР, съгласувана след проведените преговори между АБРО и Музикаутор, е довело до значително напрежение в сектора и съответно до възникване на спорове между страните, за което обаче ответникът по преписката не следва да носи отговорност. В тази връзка съдът намира, че трудната ситуация, която е възникнала в периода 01.01.2017г. - 23.02.2017г. не се дължи само на едностранното поведение на Сдружението - жалбоподател, а и на категоричната позиция на БНР, което е отхвърляло последователно всички предложения на Музикаутор. Безспорно от м. юли 2016г. започналите преговори между двете страни по договора не са достигнали резултат, тъй като нито една от двете спореци страни не е била склонна на компромис, като и БНР и Сдружението категорично са поддържали становищата си, без да са склонни на отстъпки. От съдържанието на искането на БНР от 16.01.2017г. е видно, че молителят се е позовал на непроменен размер на държавната субсидия и на необходимост от осигуряване на значителни средства за охрана на сградите на БНР, по отношение на които обстоятелства ответникът по преписката не може да носи отговорност. Следва да се има предвид и факта, че в действащата през процесния период норма на чл. 40е, ал. 9 ЗАПСП е регламентирана процедура, според която, ако в тримесечен срок от започване на преговорите не се постигне споразумение между страните министърът на културата следва да назначи със заповед петчленна комисия, която да подпомогне спорещите страни. В случая преговорите са започнали през м. юли 2016г. и след изтичането на законния тримесечен срок министърът е следвало да изпълни задължението си да назначи визираната комисия, но това очевидно не е сторено, което допълнително е влошило договорния процес, не по вина на жалбоподателя. От значение е и обстоятелството, че едва след волеизявлението на жалбоподателя за прекратяване на договора искателят е поискал с писмо изх. № 1317/30.12.2016г. подкрепа от председателя на Комисията по култура и медии към 43 - тото Народно събрание, от председателя на Съвета за електронни медии, от министъра на културата и от министъра на финансите във връзка с решаването на създадения сериозен проблем. С оглед на това съдът намира, че създадената тежка и сложна ситуация след 01.01.2017г. се е дължала на сложен комплекс от действия и бездействия, както на Музикаутор, така и на БНР, министъра на културата и другите държавни институции, на които е разчитало БНР като обществена медия. Тези фактори обаче не са взети предвид от страна на КЗК при формиране на извода за наличие на едностранно поведение на Сдружението, което да е повлияло негативно на конкурентната среда. Освен това следва да

се отбележи, че в хода на производството пред Комисията, същата не е установила никакво отрицателно въздействие върху пазарното положение на БНР, а е изразила предположение за това, но съдът намира, че по реда на ЗЗК е недопустимо установяване на нарушение на чл. 21, т.5 ЗЗК само по подозрение и предположение. В този смисъл е и формираното от Комисията заключение за наличието на специфичната цел, изискуема в нормата на чл. 21, т. 5 ЗЗК, като доказателства в подкрепа на твърдението на искателя по този въпрос нито са събрани в административното производство, нито са обсъдени в мотивите на обжалваното решение. При наличието на описаната в решението фактическа обстановка и при разглеждане на цялостното поведение на двете спорещи страни от 2011 г. до края на 2016 г., не би могло да се изведе еднозначен извод, че конкуренцията е нарушена или хипотетично би могла да бъде нарушена и БНР е било възпрепятствано да осъществява стопанската си дейност. Това е така, защото с прекратяването на действащия договор от 2011 г., изрично предвидено като възможност за двете страни в него, се създава ситуация, която оказва негативен ефект и на двете страни по спора - БНР е търговски партньор на Музикаутор от съществено значение и прекратяването на договорните отношения между страните би довело до чувствително намаляване на приходите на сдружението, което от своя страна би оказало съществен отрицателен ефект на неговите членове - автори. Тази последица не би могла в дългосрочен план да бъде компенсирана по друг начин, доколкото конкурентната среда на съответния пазар не би се променила, съответно загубите от прекратяване на договора с БНР, не биха могли да се наваксат от останалите партньори на Музикаутор. От друга страна БНР, както бе посочено по-горе, се издържа почти изцяло - 95% от държавна субсидия, с оглед на което, а и поради съображения, произтичащи от изискванията на ЗРТ, то не би могло нито да напусне пазара, нито да намали пазарното си присъствие от гледна точка на аудиторията. Съдът споделя становището, изразено в особено мнение на наблюдаващия производството заместник - председател на КЗК, че Комисията в качеството ѝ на регулатор, отговорен за осигуряването на защита и условия за разширяване на конкуренцията и на свободната инициатива в стопанската дейност, следва да държи сметка за положението на всички конкуренти на съответния пазар. В конкретната хипотеза обаче, реалната и ефективна конкуренция на пазара се осъществява и поддържа преди всичко от частните търговски радиооператори, чието отношение към поставения проблем изцяло е игнорирано от страна на ответния адм. орган, като в противоречие с изискванията на чл. 40е ЗАПСП КЗК е изключила от фактическия и правен анализ обсъждането на обстоятелствата, съпътстващи договарянето на тарифите на БНР и АБРО. В мотивите на обжалваното решение изцяло е пренебрегнато желанието на Музикаутор, видно от преговорите водени с АБРО, за прилагане на едни и същи принципи при определяне на възнагражденията, което не означава "еднакво третиране". Подобен стремеж и поведение, от гледна точка на правилата за конкуренция, следва да не се наказва от регулатора, тъй като изцяло кореспондира със задължението на предприятието с господстващо положение да третира своите контрагенти равнопоставено, като се има предвид, че и законът изрично го задължава да не допуска прилагане на различни условия за един и същ вид договори по

отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти - чл. 21, т. 3 ЗЗК. Ето защо съдът намира, че постигнатото споразумение на 24.02.2017г. и сключеният след него Договор № 120 от 16.06.2017 г. между БНР и Музикаутор при взаимно изгодни и за двете страни условия не доказват тезата на КЗК за оказван недопустим и антиконкурентен натиск от страна на жалбоподателя, целящ според Комисията, възпрепятстване стопанската дейност на БНР. За пълнота на изложението следва да се отрази, че при определяне конкретния размер на наложената имуществена санкция, КЗК не е съборазила действащата през процесния период норма на чл. 40, ал. 6, изречение второ ЗАПСП, по силата на която ОКУАП не могат да реализират печалба, а са длъжни да разпределят и изплащат всички средства, получени от ползвателите, между носителите на права, след като удържат необходимото за своята дейност. По изложените съображения решаващият съдебен състав счита, че при постановяване на процесното решение Комисията е допуснала описаните съществени нарушения на административнопроизводствените правила, изразяващи се в непроизнасяне по подаденото от БНР искане от 16.01.2017г., едностранчивото обсъждане на правнорелевантните факти и обстоятелства, игноринане и необсъждане на възраженията на ответника по преписката, неустановена фактическа обстановка във връзка с изискуемото от закона едностранно негативно за конкурентната среда поведение, както и неизследвана и недоказана специфична цел, визирана в нормата на чл. 21, т. 5 ЗЗК. Установените от съда нарушения са довели до неправилно приложение на материалния закон и налагат отмяна на обжалваното решение с връщане преписката на Комисията с указанията, дадени по-горе в мотивите на съдебното решение.

По РАЗНОСКИТЕ: С оглед изхода на спора претенциите на ответника и заинтересованата страна за присъждане на юрисконсултски възнаграждения се оставя без уважение. На основание на чл. 143, ал. 1 АПК ответният административен орган следва да заплати на жалбоподателя своевременно поисканите разноски с представен списък за тях, а именно: внесена държавна такса в размер на 50 лв. и договорено и заплатено адвокатско възнаграждение, възлизащо на 2300 лв., който размер е съответстващ на действителната фактическа и правна сложност на правния спор, поради което съдът намира за неоснователно възражението на ответника за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

На основание на горното и на чл. 172, ал. 2, предложение второ и чл. 173, ал. 2, предложение второ АПК, Върховният административен съд, четвърто отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права "МУЗИКАУТОР", РЕШЕНИЕ № 404 от 05.04.2018 г., постановено от Комисията за защита на конкуренцията, по преписка № КЗК-141/2017 г.

ИЗПРАЩА преписката на Комисията за защита на конкуренцията за ново произнасяне със задължителните указания по тълкуването и прилагането на закона, изложени в мотивите на настоящото решение.

ОСЪЖДА Комисията за защита на конкуренцията за заплати на Сдружение на композитори, автори на литературни произведения, свързани с музиката и музикални издатели за колективно управление на авторски права "МУЗИКАУТОР", БУЛСТАТ 831005050, със седалище и адрес на управление гр. София 1000, ул. Будапеща № 17, ет. 4, направените по делото разноси в общ размер 2350 /две хиляди триста и петдесет/ лева, от които: 50 /петдесет/ лева - внесена държавна такса и 2300 /две хиляди и триста/ лева - заплатено адвокатско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба в 14 - дневен срок от съобщаването, пред петчленен състав на Върховния административен съд.