

## За някои вероятни ефекти от прилагането на Споразумението АКТА (АСТА) по отношение дигиталните мрежи

*Асен Дюлгеров, адвокат, САК*

Споразумението с работна абревиатура АСТА (със заглавие приблизително преведено като *Търговско споразумение за борба с фалшифицирането*) декларира борбата с разпространението на „фалшифицирани и пиратирани стоки, както и на услуги които разпространяват обекта на нарушението чрез „засилено международно сътрудничество и по-ефективна международна правна защита” като своя основна цел (вж. *Пreamбюла*). Това се отнася в еднаква степен и до „нарушения, които се извършват в дигитална среда”.

Раздел 5 от Глава II на Споразумението е озаглавен „Защита на правата върху обекти на интелектуална собственост в дигитална среда“. Разделът обхваща само един структурен текст – този на чл. 27, озаглавен „(Правна) Защита в дигитална среда“. Член 27 съдържа осем обособени хипотези, адресирани към страните по споразумението. Повечето от тези хипотези съдържат императивни норми и следователно създават задължения за държавите, ратифицирали АСТА, а други имат диспозитивен характер. Не отговаря на действителността твърдението, че повечето от разпоредбите имат диспозитивен характер. Друг е въпросът, че задълженията са адресирани към държавите, а не директно към правните субекти. Засега.

Поотделно хипотезите са следните:

1. Задължение за предвиждане на граждански и наказателни производства пред съд за ефективна защита срещу нарушения на права върху обекти на интелектуална собственост, извършени в дигитална среда. Задължение за предвиждане на експедитивни процесуални средства (вероятно се имат предвид бързи производства) за предотвратяване на нарушенията или преустановяване на започнали такива нарушения. Нормата е императивна и се отнася изключително до нарушенията в дигитална среда, както и всички хипотези по-нататък. Задължението е общо и може да се смята по принцип изпълнено от Р България, ако е ясно как точно ще стане това в дигитална среда. По начало в Закона за авторското право и сродните му права (ЗАПСП) са предвидени съответни искиове, а в НК – съответни хипотези на наказателно преследване. Изпълнено е включително и задължението за бързи производства, тъй като съгласно чл. 310, ал. 1, т. 3 от ГПК производствата за установяване и преустановяване на нарушение на права по ЗАПСП, Закона за патентите и регистрацията на полезните модели, Закона за марките и географските означения, Закона за промишления дизайн, Закона за топологията на интегралните схеми и Закона за закрила на новите сортове растения и породи животни са бързи и се гледат по реда на Глава XXV от ГПК – „Бързо производство”. Това, което не става ясно е какви са конкретните състави на нарушенията в дигитална среда и по какъв начин ще се третират двата основни аспекта и предпоставки на отговорността – вината и причинната връзка, особено в съвременния технологичен контекст. Тъй като разпоредбата е пределно обща, трудно е да се екстраполира върху дигиталната среда. Така например, основната разпоредба за гражданска отговорност по ЗАПСП е формулирана по следния начин: „Който наруши авторско право, сродно на него право или друго право по този закон, дължи обезщетение на носителя на правото или на лицето, на което той е отстъпил изключително право за използване”. Проблемът е, че **вината в случая**, както впрочем въобще при търсене на отговорност за непозволено увреждане, **се предполага до доказване на противното**. Тя има различни форми и обхваща и проявената небрежност като вид непредпазливост. Тоест, може да се стигне до произволно ограничаване потока на информация чрез

Интернет, като на ответника е стоварена тежестта да доказва, че е положил необходимото старание и всички необходими усилия (по стандарта „грижата на добър търговец“) да предотврати използването за неправомерни цели на дигиталната мрежа, която той оперира. По същия начин би могло да се поиска санкциониране на пощите, които са пренесли пиратирана стока между извършителите, тъй като това би се явявала „услуга по разпространението на обекта на нарушението“. Почтите ще трябва да доказват липса на вина, т.е. че: (1) са упражнили необходимия контрол; (2) това е станало с необходимото старание; (3) това е извършено без да отварят плика с кореспонденцията (което би било противоконституционно) и (4) че не са могли да упражнят контрол върху съдържанието на пратката по друг разумен и ефикасен начин.

Проблемът за България е, че **операторите ще бъдат въвлечени в процеси, в които поради тежестта на доказване ще трябва да ангажират огромни финансови ресурси** и това може да доведе до прекратяване на дейността им много преди съдебното решение. Излишно е да се припомня, че за всяко единично нарушение (т.е. за ъплоуднат единичен файл) може да се води отделен процес, дори и повече от един процес.

2. В т. 2 се прави опит за доразвиване на горните въпроси и по отношение правата върху дигитални мрежи, които права също са обявени за обект на закрила. На първо място обаче, понятието „дигитални мрежи“ нито е дефинирано в Споразумението, нито се прави препратка към дефиниция съдържаща се в други актове на международното право. Действително, това понятие е конвенционално, т.е. донякъде се явява общоизвестно, но когато става въпрос за отговорност влагането на различно съдържание в конкретните правни и житейски хипотези е повече от опасно. При това положение не може да се определи точно предметният обхват, което би затруднило изпълнението на разпоредбата.
3. Точка 3 има пожелателен характер и е очевидно предназначена да успокои общественото мнение, изразяващо опасения за накърняване на конституционни права на гражданите и техни фундаментални свободи.
4. Точка 4 е диспозитивна и се опитва да насочи националните власти към въвеждане на принудителни мерки по отношение на провайдерите на онлайн услуги. Става въпрос за принудително разкриване на информация (при това на носителя на авторско право) достатъчна за идентифицирането на ползвател на услугата, чиито акаунт вероятно (но не доказано) е бил използван за извършване на нарушението. Разпоредбата засяга случаите, в които носителят на правото е предявил своята **„правно достатъчна претенция“** по повод на извършеното нарушение и за тази цел се нуждае от допълнително информация.

Коя претенция ще е правно достатъчна е въпрос, който подлежи на уточняване с акумулиране на съдебна практика от необходимите три инстанции. Дотогава е твърде вероятно **всяка правна претенция** да бъде смятана за достатъчна. Въпреки че е в интерес на доказването, възприемането на такава една мярка би довела до нарушаване на конституционни права и най-вече тези, свързани с личните данни и личната сфера на ползвателя на услугата, да не говорим че липсват достатъчно гаранции срещу злоупотреби с тези данни и в момента. Единственият конституционособразен начин за предоставяне на тези данни е въз основа на изричен съдебен акт. Ето защо, може да се прогнозира, че през първите пет години от прилагането на такава една мярка ще започне неограничено разкриване на данни, от което ще претърпят вреди както граждани, така и оператори. Потребителите вероятно ще се прехвърлят към оператори от трети страни, в които се работи с устойчиви стандарти за закрила на човешките права и на личните данни.

5. Точка 5 изисква императивно въвеждането на мерки и санкции срещу използването на технологични решения, използвани от авторите в защита срещу нарушения на техните права. Разпоредбата е обща и се доразвива в т. 6.
6. Точка 6 изяснява обхвата на защита по т. 5. Мерките следва да са насочени на първо място срещу неправомерно преодоляване на специфични технически защиты, което се извършва съзнателно или ако има основателни съмнения, че се извършва съзнателно. Понятието **„основателни съмнения“** е повече от двусмислено и едва ли Р България може да се гарантира лимитираното му и законосъобразно използване. На второ място, страните по АСТА трябва да осигурят и закрила срещу публичното пазарно предлагане на устройства и услуги, които дават възможност за такова неправомерно преодоляване на защиты, вкл. на компютърни програми. На ограничения подлежат производството, вноса и разпространението на такива устройства и услуги, ако са предназначени преимуществено за горната неправомерна цел или имат само ограничена търговска цел извън неправомерната.
7. Точка седем също има императивен характер и има за цел да защити свързаните с производството метаданни или обща електронна информация за управлението на правата. Изискването е държавите да въведат ефективни мерки, с които се преследва премахването или модифицирането на тази информация от лица, които знаят, или за които съществуват разумни основания да се смята че знаят, че съставляват извършване, улесняване или допускане на нарушение на авторските права. Държавите трябва да преследват не само премахването или модифицирането на тази информация, но и разпространяването или излъчването на авторски произведения със съзнанието че тази информация е премахната или модифицирана без правно основание.
8. Точка 8 дава право на страните да въведат подходящи ограничения или изключения за прилагането на точки 5, 6 и 7, ако е въвела други достатъчно ефективни средства за защита по т. 5 и 7. Тук се съдържа една възможност, която трябва да се използва, ако се приеме, че от години Р България е въвела изчерпателно и без резерви всички изискуеми от международното право мерки, които дават резултати.

Като цяло следва да се има предвид, че авторските и сродните им права, макар да са предвидени като обект на конституционноправна закрила (чл. 54, ал. 3 КРБ) имат по същество монополен характер, т.е. по дефиниция те попадат в противоречие със идеята за свободния пазар и свободната конкуренция. Балансирането на двата взаимно изключващи се но еднакво общественозначими интереси е изключително трудно и е по възможностите само на най-развитите икономически и доказано правови държави.

Авторските и сродните им права също така могат да попаднат в конфликт с фундаменталните човешки права и основни свободи. Макар че на много места в текста на АСТА се изисква прилагането на предвидените мерки да не накърнява „фундаменталните принципи“, това далеч не е достатъчно. При протичане на един граждански процес средно пет години във всички инстанции и при условие че съдебното решение е в полза на ответника, това ще повлече серия от непредвидими юридически и икономически усложнения. Когато се защитава една обществена ценност следва да се анализира доколко в замяна обществото е склонно да пожертва, макар и временно, друга такава.

Въвеждането и прилагането на предвидените в АСТА законодателни и други мерки ще има различни ефекти в различните държави. В страни с развита правна система и защита на правата тези мерки могат да предизвикат необходимия ефект. България обаче не е сред тях. В страни като нея, където върховенството на правото е все още непостижимо висок стандарт, проблемите които ще бъдат създадени ще бъдат много по-масивни от тези които намерят решение.

Може ли АСТА да се ратифицира с резерви? Съгласно Чл. 2, § 1, б. „d” от Виенската конвенция за правото на договорите от 1969 г. (*ратифицирана с Указ № 503 на Държавния съвет от 12 февруари 1987 г. - ДВ, бр. 14 от 1987 г.; влязла в сила за НРБ на 21 май 1987 г.; Обн., ДВ, бр. 87 от 10.11.1987 г.*) "резерва" означава едностранно изявление независимо от формата на изразяване или наименованието направено от държава при подписване, ратификация, приемане, утвърждаване на договор или присъединяване към него, с което тя иска да изключи или промени правното действие на определени разпоредби на договора при тяхното прилагане по отношение на тази държава. По силата на чл. 19 от Конвенцията резерви могат да се направят при подписването, ратификация, приемането или утвърждаването на международния договор, освен когато: (а) дадена резерва се забранява от договора; (б) договорът предвижда, че може да се правят само определени резерви, към които не спада тази резерва, или (с) когато в случаите, непопадащи под действието на букви "а" и "б", резервата е несъвместима с обекта и целите на договора. В дадения случай АСТА не съдържа нито забрана за формулиране на резерви, нито каквито и да е правила в тази посока. Трудно е да се приеме, че формулирането на резерва по отделни текстове, най-вече по чл. 27 би било несъвместимо с обекта и целите на договора, тъй като Р България вече е приела всички останали мерки като част от вътрешното си право (чл. 94-97г от ЗАПСП), а само няколко разпоредби (и дори хипотези) остават спорни в контекста на цялостния конституционен ред. Следователно, отговорът на този въпрос е положителен.

В заключение, на всички е добре известно, че не съществува безплатен обяд, но това се отнася в еднаква степен за правно защитената и икономически гарантирана свобода да се твори, от една страна и за личните права и свободи, от друга. Няма основателна причина за внасяне на нов дисбаланс между едните и другите защитени ценности на цивилизацията.

07.02.2012 г.