

Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Катедра „Европеистика“, Философски факултет



АВТОРЕФЕРАТ

На дисертация за присъждане на образователна и научна степен
„Доктор“ на тема:

Баланс между
авторското право и обществения интерес:
консистентност на политиката на ЕС

Ана Лазарова

Професионално направление 3.3. Политически науки,
Докторска програма “Европеистика” - Медийна политика и право на ЕС

София
Април 2022 г.

СЪДЪРЖАНИЕ НА АВТОРЕФЕРАТА:

1. Структура на дисертационния труд.....	3
2. Обща характеристика на дисертационния труд.....	5
3. Кратко изложение на дисертационния труд.....	11
3.1. Увод.....	11
3.2. Първа глава – Общи положения.....	13
3.3. Ефекти на реформата по отношение на образованието.....	23
3.4. Ефекти по отношение на достъпа до културно наследство.....	25
3.5. Ефекти по отношение на разпространението на новини.....	30
3.6. Ефекти по отношение на потребителското съдържание онлайн.....	34
3.7. Заключение.....	39
4. Доказване на изследователската теза. Изводи.....	40
5. Научни приноси на дисертационния труд.....	47
6. Списък на публикациите по темата на дисертационния труд.....	48

1. Структура на дисертационния труд

Дисертационният труд е структуриран както следва:

I. Увод

- 1.1. Общи бележки
- 1.2. Обект, предмет и цели на изследването. Методология
- 1.3. Терминологични уточнения

II. Първа глава – общи положения

- 2.1. Същност на изключенията от авторското право
 - 2.1.1. изключението като балансиращ инструмент
 - 2.1.2. изключението като привилегия
 - 2.1.3. изключението като субективно право
- 2.2. Обосновка на хипотезите на свободно използване
 - 2.2.1. основни човешки права
 - 2.2.2. обществен интерес
 - 2.2.3. *de minimis* използване
- 2.3. Задължително действие спрямо държавите членки
 - 2.3.1. хармонизация
 - 2.3.2. ригидност на европейските изключения
 - 2.3.3. практика на Съда на ЕС
- 2.4. Обвързваща сила спрямо частноправните субекти
 - 2.4.1. преодоляване по договорен път
 - 2.4.2. едностранно запазване на права
 - 2.4.3. технически средства за защита

III. Ефекти на реформата по отношение на образованието

- 3.1. Заварени инструменти
 - 3.1.1. европейски контекст
 - 3.1.2. нужда от реформа
 - 3.1.3. свободно използване за образователни цели в България
- 3.2. Ново задължително образователно изключение
 - 3.2.1. разпоредбата на член 5
 - 3.2.2. възможност за дерогация на балансиращия механизъм
 - 3.2.3. изгубени в превода
- 3.3. Ефект
 - 3.3.1. динамика между новото и старото образователно изключение
 - 3.3.2. национален подход при транспонирането
 - 3.3.3. българската интерпретация

IV. Ефекти по отношение на достъпа до културно наследство

- 4.1. Закрила на общественото достояние
 - 4.1.1. експанзия на авторското право
 - 4.1.2. цифровото изчерпване и библиотеките
 - 4.1.3. нов режим на защита на общественото достояние
- 4.2. Цифровизация и опазване на културно наследство
 - 4.2.1. изключения в полза на институциите за културно наследство
 - 4.2.2. разпоредбата на член 6
 - 4.2.3. взаимодействие със завареното законодателство

- 4.3. Използване на творби извън търговско обращение
 - 4.3.1. произведения извън търговско обращение
 - 4.3.2. механизми на използване
 - 4.3.3. противоречия при въвеждането на механизма

V. Ефекти по отношение на разпространението на новини

- 5.1. Ново сродно право на издателите на публикации в пресата
 - 5.1.1. в преследване на Google
 - 5.1.2. предмет на новото сродно право
 - 5.1.3. адресати на новото сродно право
- 5.2. Заварени прес изключения
 - 5.2.1. преглед на печата (прес ревю)
 - 5.2.2. съобщаване на актуални събития
 - 5.2.3. нехармонизирани и нестабилни инструменти
- 5.3. Напрежение в уредбата

VI. Ефекти по отношение на потребителското съдържание онлайн

- 6.1. Задължения за филтриране
 - 6.1.1. адресати на механизма на член 17
 - 6.1.2. аз разгласявам, ти разгласяваш, ние разгласяваме публично
 - 6.1.3. задължения на посредниците съгласно член 17
- 6.2. Изключения и потребителски права
 - 6.2.1. изключенията в параграф 7 на член 17
 - 6.2.2. случайно/ инцидентно включване
- 6.3. “Всички възможни усилия” с задължение за резултат
 - 6.3.1. “Ми стараем се — каза му дяволът.”
 - 6.3.2. задължение за резултат

VII. Заключение

VIII. Библиография

2. Обща характеристика на дисертационния труд

Дисертационният труд е с общ обем 333 страници, от които увод, пет глави, заключение и списък с използваната литература. Библиографията съдържа общо 371 източника, от които 146 първични и 225 вторични източници.

Изследването има за **обект** няколко ключови механизма от Директива (ЕС) 2019/790 за авторското право в цифровия единен пазар¹, от значение за балансиране на насрещни основни права на автори и потребители, тенденциите при националното транспониране на тези механизми, в това число в България, и отношението им със завареното законодателство и институти от други правни отрасли.

С оглед същността и особеностите на цифровия пазар, разглежданата директива обхваща сфери на регулация, които далеч надхвърлят интересите на правноносителите в стриктен смисъл и се отразяват на голям брой нови индустрии и сфери на обществения живот. Такива са онлайн образованието, цифровизирането на културно наследство и функциониране на културните институции, разпространението онлайн на новини и на създадено от потребителите съдържание и т.н.

С оглед гореизложеното, в рамките на дисертационния труд актуалната авторскоправна реформа се разглежда именно през призмата на равновесието между, от една страна, интересите на автора и носителите на сродни права, и от друга, интересите на ползвателите на култура и информация или с други думи – обществения интерес.

Според някои автори, през последните две десетилетия европейското право на интелектуална собственост се “конституционализира”², в смисъл, че системата на основните човешки права има силно влияние върху вторичното законодателство на ниво ЕС в тази сфера. Тя в голяма степен обуславя интерпретацията, която Съдът на ЕС дава на различни ключови концепции, конкретни институти и отношения в

¹ Директива (ЕС) 2019/790 на Европейския парламент и на Съвета от 17 април 2019 година относно авторското право и сродните му права в цифровия единен пазар и за изменение на директиви 96/9/ЕО и 2001/29/ЕО (PE/51/2019/REV/1, OJ L 130, стр. 92–125).

² Pollicino, O., Riccio, G. and Bassini, M. (2020). *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age. A Comparative Analysis in Search of a Common Constitutional Ground*. Edward Elgar Publishing.

авторското право, и има своето отражение и в националното законодателство и съдебната практика на държавите членки на ЕС. Според анализаторите сега повече от всякога дискусиите относно обхвата и ограниченията на правото на интелектуална собственост включват и основните му конституционни обосновки и въздействието му върху други основни права³. В контекста на цифровата среда бе въведено и понятието за “цифров конституционализъм“, доколкото дейността на икономически силни частни субекти има съществени последици върху упражняването на конституционните права на гражданите⁴.

На конституционно ниво, що се отнася до основни човешки права, интелектуалната собственост се счита за форма на собственост. Това е установено в чл. 17, параграф 2 от Хартата на основните права на ЕС⁵, както и в член 1 от Първия протокол 1 към ЕКПЧ⁶. В практиката, тези права често се противопоставят на други основни права и свободи като напр. правото на изразяване, правото на личен живот, правото на художествено изразяване и т.н. В контекста на авторското право в тази връзка възниква въпросът как се постига справедлив баланс между правата на интелектуална собственост, от една страна, и конкуриращи се с тях насрещни права – и на ползвателите, и обществения интерес като цяло.

Основният инструмент, който както на ниво ЕС, така и на национално ниво, служи за прокарване на справедливо равновесие между насрещните интереси в горния контекст, са т.нар. “изключения и/или ограничения от авторското и сродните му права”. Това са заложи в закона хипотези, в които при определни условия даден кръг бенефициери, а в някои случаи – всички граждани, имат право да използват защитени от авторско и сродни права произведения без съгласието на правноносителя, а в много случаи – и без да дължат заплащане на възнаграждение. Класически изключения и ограничения от авторското право са цитатът, използването за илюстриране при обучение, свободното разпространение на новини, използването на закриляни творби за целите на карикатурата и пародията и пр. Изключението като механизъм определя

³ Geiger, C., (2021). Building an Ethical Framework for Intellectual Property in the EU: Time to Revise the Charter of Fundamental Rights. Innovation law and Policy, Which Reforms for IP Law?, Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2022 (Forthcoming). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3938873>.

⁴ Вж. напр. Pollicino, O. (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Bloomsbury Publishing.

⁵ Харта на основните права Европейския съюз (2016/С 202/02).

⁶ Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ).

граница на упражняването на авторското право като ограничава монопола на правоносителя и абсолютния му контрол върху съдбата на творбата в полза на обществения интерес. В този смисъл, намесата на новото авторскоправно законодателство на ЕС в сфери като образование, достъп до култура, допълнителна защита на публикациите в пресата, усилването на отговорността на платформите за нарушения на техните потребители и т.н. става пряко чрез или косвено влияе на уредбата на института на изключенията и ограниченията във всеки един от тези сектори.

Още във фазата на предложение, Директива (ЕС) 2019/790 бе обект на обилна критика, която продължи и след приемането ѝ, в процеса на транспониране от държавите членки. Въпросите, които се поставят най-остро във връзка с въвеждането на новото законодателство на ЕС на национално ниво, са свързани със съмненията, че съдържащите се в него решения не са добре проектирани и обмислени и ще се отразят негативно на упражняването на свободата на информация от страна на интернет потребителите и на инструментариума за балансиране на интересите на правоносителите с обществения интерес.

В този смисъл, **предмет** на дисертационния труд е съдържанието, консистентността и очакваните ефекти на реформата на авторското право на европейско ниво в няколко аспекта, пречупени през института на изключенията и ограниченията на авторското и сродните му права като основен инструмент за балансиране на насрещни права и интереси, а именно: (i) свободно използване на защитено съдържание за целите на дистанционното и трансгранично образование, (ii) свободно използване за целите на цифровизацията на културното наследство, (iii) свободно използване за целите на разпространение и достъп до новини и журналистически разследвания и (iv) свободно използване от потребителите на онлайн платформи с оглед правото на свободно изразяване и достъп до информация.

Целта на изследването е да се установи дали е концептуална и техническа, вътрешна и вършна консистентност на течащата европейска реформа на авторското право в контекста на примиряването на интереса на правоносителите с обществения интерес, и в частност – как законодателните решения в рамките на реформата се отразяват на баланса между правата на автори и издатели, от една страна, и комуникационните права на ползватели и потребители, от друга. В резултат от

изследването се открояват основни противоречия в новата уредба и биват идентифицирани потенциални конфликти с вече съществуващата такава – както на ниво ЕС, така и на национално ниво. Правят се препоръки за подобряване на законодателните решения, предимно в посока смекчаване на неблагоприятните последици от някои несъвършени институти в контекста на течащото в момента в България транспониране.

Дисертационният труд отразява следните изследователски **задачи**:

- задълбочено проучване на заварената уредба и съдебната практика на Съда на ЕС по повод баланса на интересите на правноносителите и обществеността;
- проучване на начина, по който изключенията и ограниченията, уредени в правото на ЕС до 2019 г., са транспонирани в националните законодателства във всички държави членки на ЕС, с акцент върху българската интерпретация;
- задълбочен анализ на инструментите, които Директива (ЕС) 2019/790 въвежда на европейско ниво;
- проучване на текущото транспониране на Директива (ЕС) 2019/790 в националните законодателства на държавите членки; анализ на нивото на хармонизация на авторското право, което директивата постига в сравнение с предходната директива с хоризонтален ефект в областта от 2001 г.;
- анализ на концептуалната, правотехническата, вътрешната и външна консистентност на реформата с акцент върху въпроса доколко тя успява да запази и подобри баланса между права на интелектуална собственост и обществен интерес, преди всичко с оглед упражняването на свобода на информация.

Чрез проведения в дисертационния труд анализ се доказва следната **изследователска теза**: Новите законодателни решения в рамките на авторскоправната реформа са небалансирани по отношение на сблъсъка между интересите на правноносителите, и по-специално – издателите, от една страна, и обществения интерес, от друга. Новите законодателни решения влизат в конфликт с предходни регулации на европейско ниво в сферата на ограничаване на авторските права, като напр. уредбата на института на изключенията и ограниченията съгласно предходни директиви и съответстващото национално законодателство. Новите решения са концептуално

непоследователни. В практически план, новите механизми създават повече проблеми, отколкото решения.

За постигане на задачите в дисертационния труд използвам нормативния, формално-логическия, правно-догматичния, системния, историческия и сравнително-правния⁷ методи. Изложението включва анализ на действащата правна уредба на ниво ЕС и на национално ниво, както и съдебна практика на Съда на Европейския съюз и национална съдебната практика.

За целите на събирането на информация по завареното законодателство, съдебната интерпретация на определени институти в различните държави членки на ЕС и наличните предложения за транспониране на Директива 2019/790 на различни етапи от законодателния процес в различните държави членки, използвам също необработени данни от проекти за картографиране на национални законодателства, в които участвам лично, както и директни въпросници към правни експерти от няколко национални юрисдикции.

Нуждата от изследване на темата е обусловена от новостта и изключителната динамичност на материята, както и необходимостта новите механизми да бъдат поставени в перспективата на общите принципи на балансиране на насрещни основни права и интереси. По редица основни въпроси в тази сфера съществува незавършена дискусия. Разбира се, материята е изключително динамична и тепърва ще бъде изследвана в дълбочина на европейско, а и международно ниво. Само в последния месец бяха публикувани десетки статии на водещи европейски специалисти в сферата на интелектуалната собственост, които анализират новоприетото законодателство в контекста на основните човешки права и предходното приложимо европейско законодателство и практика на Съда на ЕС.

Изследването е направено и при отчитането на някои ограничения пред него, които са свързани с конкретния му фокус и задачи. На първо място, макар че с оглед

⁷ Според Mark van Hoecke е погрешно самото “сравнение” в сравнителноправните изследвания да бъде разглеждано като самостоятелен метод. Van Hoecke предлага понятието “кутия с инструменти” (toolbox), за означаване на комплекса от методологични възможности, от които изследователят може да се възползва при сравнителноправните изследвания. Това са i) функционалният, ii) аналитичният, iii) структурният и iv) историческият методи, както и т.нар. v) “право в контекст” (интердисциплинарен подход). Вж. van Hoecke, M., 'Methodology of Comparative Legal Research', LaM december 2015, DOI: 10.5553/REM/000010.

изследването на конкретни правни институти дисертационният труд разглежда уредбата по аналогични въпроси в световен план, той като цяло е ограничен по географски показател до Европейския съюз и неговите държави членки. Реформата на авторското право в ЕС е разгледана в контекста на баланса между интересите на правоносителите и обществения интерес. Извън изследването остава аспектът на отношенията между творци и посредници в творческите индустрии (издатели, продуценти), който също е засегнат от реформата. На следващо място изследването се съсредоточава основно върху правотехническите решения при балансиране на насрещни права и по-специално върху института на изключенията и ограниченията от авторското право. Извън обекта на изследването, въпреки своята важност за “балансиращото упражнение”, остават други институти като напр. фигурата на злоупотребата с право, както и директното прилагане на основните човешки права. Подари ограничения обем на настоящия труд от обхвата му са изключени или едва бегло засегнати специфични аспекти на приложението на изключенията, които определят динамиката им с авторските права, като напр. изискването за законен достъп, приложението на средства за техническа защита и др. Изследването на приложението на изключенията е ограничено до групи от обществени отношения, директно засегнати от реформата в ЕС. Най-последно, нововъведените институти са разгледани от гледна точка на взаимодействието им със заварената уредба. Въпреки важността на редица законодателни проекти на ЕС, чието приемане е на дневен ред в настоящия момент, като например Законодателния акт за цифровите услуги, изследването, поради ограничения си обем, не обхваща анализ на сложната динамика между тези проекти и Директива 2019/790.

3. Кратко изложение на дисертационния труд

3.1. Увод

Уводът на дисертационния труд въвежда в темата на изследването, като прави обзор на историята на подготовката на авторскоправната реформа в Европейския съюз. Уводът също така илюстрира проблемите на вътрешната и външна косистентност на изборния от европейския законодател подход с общо представяне на двата привлекли най-голямо обществено внимание и интензивна критика от страна на академичната общност правни механизма “за постигане на добре функциониращ пазар за авторски права”⁸. Това са новото сродно право на издателите на преса съгласно член 15 и новия режим на посредническа отговорност за незаконно потребителско съдържание съгласно член 17 от Директивата.

На следващо място, уводът съдържа информация за обекта, предмета, целта и задачите на изследването. Задава се изследователска теза и се уточнява използваната методология. Очертават се ограниченията на изследването.

Като последна, трета част от увода са обособени терминологични уточнения. Доколкото темата за баланса между насрещни интереси в контекста на авторското право и в частност – института на изключенията и ограниченията на авторското право и неговото бурно скорошно развитие не е задълбочено изследвана в България, се налага да се уточни и установи подходяща за целите на изследването терминология.

3.1.1. Теоретични изводи

Като част от увода на дисертационния труд е включен задълбочен обзор на понятията, означаващи разглеждания механизъм за балансиране на насрещни интереси в контекста на упражняването на авторските права, използвани както в доктрината, така и от европейския и националния законодател и съда. Понятията биват систематизирани в зависимост от тяхната конотация във връзка с важността на изпълнения обществен интерес.

⁸ “Мерки за постигане на добре функциониращ пазар за авторски права” е заглавието на Дял IV от Директива (ЕС) 2019/790. Този дял съдържа най-спорните механизми, въведени с директивата – член 15 и член 17.

3.1.2. Предложения *de lege ferenda*

Правят се предложения за намирането на точен превод на български език на понятието *user rights*. Прави се оценка на необходимостта от дефиниране на понятието и се приема, че очертаването на подобно понятие не търпи отлагане, доколкото първите недвусмислено формулирани субективни права на ползвателите на закриляни произведения вече са част от европейското позитивно право в контекста на транспонирането на член 17 от Директива (ЕС) 2019/790. Поради трудността да бъде измислено изцяло ново понятие, което коректно да предава съдържанието на *user rights*, се предлага използването на термина “ползвателски права”. Поради традиционното свързване на термина “ползвател” с търговските ползватели, се предлага да бъдат предприети целенасочени изменения в българския закон, така щото ползвателите по смисъла на Дял втори "а" от Закона (Колективно управление на авторски и сродни на тях права), да бъдат “прекръстени” на “търговски ползватели”, като общият термин “ползвател” бъде “освободен” за всички лица, законосъобразно използващи чуждо произведение, независимо от основанието, в това число бенефициерите на изключенията и ограниченията от авторското и сродните му права, както и лицата, използващи творческо съдържание, което не е обект на авторско право, напр. поради изтекли права.

3.2. Първа глава – Общи положения

Първа глава очертава теоретичната рамка по отношение на проблемите на установяване на справедливо равновесие между авторските права и обществения интерес, като поставя общите регулаторни промени, въведени с Директива (ЕС) 2019/790 инструменти, в контекста на европейското *acqui*. Изследването включва задълбочен анализ на основния инструмент за балансиране на насрещни интереси в този контекст – изключенията от авторското право. Главата съдържа (i) изследване на теоретичните постановки относно правната същност на изключенията; (ii) идеологическата и политическа обосновка в основата на тези инструменти и отражението, което обосновката дава на тяхната правна сила; (iii) степента на задължителност и хармонизация на тези инструменти на ниво ЕС и (iv) доколко те представляват императивни и диспозитивни норми и наличните способи да бъдат отменени и заобиколени.

3.2.1. Теоретични изводи

Първа глава от дисертационния труд съдържа детайлен анализ на *факторите, които определят силата и стабилността* на изключенията на европейско и национално ниво, като ги систематизира в четири големи категории. Първата категория анализира доктрината относно *правната същност* на изключенията като инструмент на позитивното право, както и проследява практическите предизвикателства пред всяка една от представените теоретични постановки. Втората категория фактори, влияещи на силата и стабилността на изключенията, е тяхната политическа и идеологическа *обосновка*. В резултат на изследването се приема, че това по същество е най-относимият фактор, който във фазата на правоприлагане надделява над останалите изследвани такива. Третият и четвъртият фактори са свързани с изричната сила, която самият законодател придава на едно изключение – от една страна, за държавите членки – т.е. дали изключението е уредено на ниво ЕС като *задължително или факултативно*, и от друга страна – за частноправните субекти, т.е. дали изключението е уредено *с императивна или с диспозитивна норма*.

- правна същност на изключенията като механизъм на позитивното право

На първо място в Първа глава се изследва правната същност на изключенията и ограниченията, като различните виждания в теорията са групирани в три категории: (i)

изключенията като балансиращ инструмент, (ii) като привилегия и (iii) като субективно право.

За изключенията като *балансиращ инструмент* се достига до извода, че те са един твърде несъвършен такъв. Това е така защото, на първо място, поради комбинация от фактори, изключенията не са *неутрален* инструмент, а по-скоро такъв, който силно фаворизира правата на автора за сметка на обществения интерес, и на второ място – защото поради липсата на хармонизация и стабилност, както и поради тяхната изключителна ригидност, изключенията са и един особено *негъвкав* инструмент, чието прилагане способства за увеличаване на правната несигурност.

По отношение на виждането за изключенията като *привилегия* се прави извод, че тази трактовка също е несъвършена, доколкото компрометира концепцията за справедливия баланс между насрещните права и интереси. Прави се извод, че възприемането на изключението единствено като ограничена форма на пасивна защита уврежда принципа за равнопоставеност между противоречащите си основни права на конституционно ниво и е в нарушение на *правото на ефективни правни средства за защита* на основните комуникационни права на ползвателите. При това ограничаването на защитата на последните се извършва посредством низшестоящ спрямо Хартата, съответно – ЕСПЧ или националните конституции - нормативен акт, каквито са директивата и националния закон в материята на авторското право. Така бива изключено директното прилагане на основните права, въплътени в изключения, съответно тези основни права нямат път на активна защита.

Прави се извод, че единственият жизнеспособен вариант при заварената европейска уредба на изключенията е разглеждането им като *ползвателски права* от същия разряд/порядък като авторските и сродни права, уредени във вторичното законодателство. Това следва в особено голяма степен от т.нар. Трилогия от 2019 г. на основополагащите решения на Съда на ЕС по делата *Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*⁹, която на практика постановява, че единственият инструмент, до който националният съд има достъп при прокарване на равновесието между авторското и насрещно човешко право, са съответните изключения, така, както са интерпретирани

⁹ Дело C-469/17 Funke Medien NRW GmbH срещу Bundesrepublik Deutschland [2019] EU:C:2019:623; дело C-476/17 Pelham GmbH и др. срещу Ralf Hütter и Florian Schneider-Esleben [2019] EU:C:2019:624; дело C-516/17 Spiegel Online GmbH срещу Volker Beck [2019] EU:C:2019:625.

от националния законодател и доколкото изобщо съществуват в националното право¹⁰. Прякото прилагане на основното право, въплътено в изключението, не се допуска. В резултат на изследването се установява, че националният съд има следните опции при правоприлагане: (i) в случай, че националният законодател не е транспонирал съответното съществуващо в правото на ЕС изключение, съдът следва да приеме безапелационният примат на авторското право над насрещното засегнато основно право на ползвателя; (ii) в случай, че изключение, стриктно покриващо хипотезата на конкретното неоторизирано използване е пренесено в националното законодателство, националният съд има право да извърши преценка на баланса на насрещните интереси единствено в посока допълнително ограничаване на хипотезата на свободно използване в съответствие със съвременната интерпретация на функцията на тристъпковия тест. Единствената възможност националният съд да преодолее едно твърде рестриктивно за ползвателя изключение, съществуващо в националното позитивно право, е да не го приложи като противоречащо на правото на ЕС, респективно – на националната Конституция. В този смисъл, единствената възможност за спазване на условието за равно третиране на насрещни права от конституционен порядък в контекста на авторското право е възприемането на изключенията като субективни ползвателски права.

- обосновка на изключенията

На следващо място Първа глава съдържа подробен анализ на *обосновката* на хипотезите на свободно използване, като се стига до извод, че обосновката е *най-същественният критерий* при преценката на силата и стабилността на едно изключението. Това е така, защото в някои случаи, изследвани в дисертационния труд, тълкуването на намерението на европейския законодател при формулирането на хипотезата на разрешена употреба е в състояние да преодолее изричното определяне на нормата като задължителна или факултативна, съответно като императивна или диспозитивна. По-специално, колкото по-“силна” е причината за съществуване на изключението, толкова по-устойчива е връзката му със съответната клауза – модел на европейско ниво. В този смисъл, анализът на обосновката е особено релевантен по отношение на *факултативните* европейски изключения, където намеренията на

¹⁰ В България, например, не е транспонирано базовото за упражняване на свободата на изразяване изключение за карикатура, пародия и пастиш.

законодателя относно очакваната степен на постигната хармонизация имат съществено влияние върху крайната преценка на дискрецията на отделните национални юрисдикции при прилагането на тези изключения. Изключенията биват групирани в три обособени категории според тяхната обосновка: (i) изключения, въплъщаващи основни права, (ii) изключения, въплъщаващи обществен интерес в по-широк смисъл и (iii) *de minimis* изключения. Установява се, че категориите са динамични, като едно изключение може да принадлежи към няколко категории, както и обосновката му да еволюира с оглед развитието на техниката и обществените отношения. Направената класификация напълно отхвърля “провала на пазара” като годна обосновка на изключенията, тъй като се приема, че динамиката на пазарните механизми не е в състояние да даде доктринална поддръжка на, в случая, ползвателско право. Като икономически критерий в този смисъл в изследването се възприема липсата на съществена увреда за правноносителя от съответното неоторизирано използване. Изключения, които в по-малка степен въплъщават основни човешки права или първостепенен обществен интерес, но за сметка на това нямат потенциала за пазарно заместване, са обособени в категория *de minimis*.

- характер на изключенията от гледна точка на задължително действие спрямо държавите членки

На следващо място в дисертационния труд се прави задълбочено изследване на динамиката в отношенията между Съюза и държавите членки с оглед дискрецията на последните да определят обхвата на националните изключения и ограничения. В частност, търси се дали е налице определен модел при формиране на политиките на европейския законодател по отношение на задължителното, съответно факултативно действие на европейските норми, съдържащи изключения от авторското право. Стига се до извод, че препратките към *значението на упражняването на конкретни изключения за вътрешния пазар* са произволни и обосновани единствено от необходимостта за оправдаване на законодателната интервенция на Съюза в конкретната регулаторна сфера. Приема се, че политиките на ЕС в тази област се провеждат по-скоро *ad hoc* и до голяма степен са базирани на натиск от конкретни заинтересовани страни, вместо на доказателства и целенасочена стратегия. Законодателните решения се взимат без стратегическа преценка относно обхвата на свободното използване и влиянието му върху единния пазар.

В допълнение, в резултат на изследването се приема, че фиксирайки максимален брой на разрешените хипотезите на свободно използване, без да фиксира минимален такъв, или без да унифицира техния обем, ЕС *вреди на каузата за хармонизация* на законодателството в сферата на авторското право. Подобно законодателно решение е обусловено изцяло от целта за предоставяне на засилена защита на правата на интелектуална собственост, а не от целта за сближаване на законодателството на държавите членки с оглед премахване на пречки пред функционирането на вътрешния пазар.

В резултат на изследването се стига също така до извод, че критерият за “значението” на дадено изключение за цифровия единен пазар като фактор за неговата стабилност е *напълно произволен* и на практика оправдава подхвърлянето на отговорността за оценката на силата и степента на обществената значимост на изключенията от европейския законодател върху Съда на ЕС. От друга страна Съдът изпада в клопката на кръговата аргументация, като обосновава свои изводи за *недостатъчно значение* на дадено изключение за вътрешния пазар с липсата на предоставен от законодателя задължителен характер. Стига се до извод, че отнемането от националния съд на преценката за баланса между насрещни права, каквито са авторското право от една страна и свободата на изразяване, от друга, води до несправедливо предимство в полза на авторското право. Действително правото на мнение не е неограничено, но в конкретния случай позоваването на съда на това основно човешко право е извънредно и априори ограничено от двойната “цедка” на до голяма степен некоординирани законодателни решения, първо на ниво ЕС, а после на национално ниво.

На следващо място тази част на дисертационния труд съдържа детайлен анализ на *актуалния опит* на Европейския съюз да придаде консистентност на хармонизационните си политики, като се стига до извод, че този опит е напълно неуспешен. В допълнение се извършва сравнителноправен анализ на подходите към транспонирането на новата директива на национално ниво, като се стига до извод, че въвеждането на задължителните изключения от Директива 2019/790 се развива катастрофално и се очаква да задълбочи, вместо да смекчи, фрагментацията на правната уредба на изключенията. Прави се общо заключение, че ригидността на хипотезите на свободно използване, тяхната казуистична природа, в съчетание с

тенденцията на европейско ниво изключенията да бъдат формулирани като факултативни норми по отношение на държавите членки, неизбежно води до още по-голяма фрагментация и правна несигурност, тъй като *inter alia* националните съдилища не са свободни да сближат тълкуването си на механизмите за балансиране на насрещни права.

- императивен или диспозитивен характер на изключенията

Последният фактор, който се изследва в Първа глава, е характерът на европейските норми, уреждащи изключенията, от гледна точка на това дали са *повелителни или диспозитивни*. Извежда се важността на действието на нормите в този контекст, доколкото при диспозитивен характер на изключенията правноносителят може едностранно, със своите общи условия, да дерогира целия балансиращ механизъм, оставяйки гражданите без път за упражняване на техните основни права. В резултат на анализа се приема, че режимът на Директива 2001/29/ЕО е меродавен по отношение на това дали общите изключения са от императивен или диспозитивен характер. Чрез буквално и систематично тълкуване се стига до извода, че ограниченията, съдържащи се в нея, с изключение на тези, за които е изрично предвидено да бъдат преодолявани по договорен ред, следва да бъдат възприемани като такива от императивен характер.

Въпреки горните изводи, се приема, че европейският законодател в крайна сметка е създавал неяснота и вътрешно противоречив режим без умисъл и без стратегия относно това какво всъщност трябва да бъде естеството на взаимодействието между законовите изключения и частните договорки. Налага се изводът, че въпросът за императивния или диспозитивен характер на изключенията следва да се реши на национално ниво. Държавите членки, при липса на консенсус на ниво ЕС, са оставени да определят сами основни принципи при балансирането на насрещни основни права. Съответно те могат да въведат или не правило за непреодолимост на изключенията по договорен път във вътрешното си законодателство. По този основополагащ въпрос европейският законодател прави в полза на националния едно *“мълчаливо” делегиране*, за което в резултат на изследването се приема, че е пореден фактор за фрагментация на уредбата, и което уврежда правната сигурност.

На последно място по този въпрос се прави анализ на опита с Директива (ЕС) 2019/790 да се *въведе императивен характер* по отношение на част от предвидените с нея изключения. Стига се до извод че (i) самата директива съдържа механизми за дерогация на обявените за императивни изключенията, който до голяма степен обезмисля разпоредбата на член 7, (ii) член 7 се отнася не за всички изключения, въведени с новия законодателен акт и (iii) разпоредбата избягва да изясни статута на основния каталог от заварени изключения съгласно член 5 от Директива 2001/29/ЕО.

Изследването обхваща още два механизма за преодоляване на действието на изключенията. Единият е *едностранното “задържане” на права* от правоносителя. След анализ на практическото приложение на този механизъм се прави извод, че той е различен от преодоляването по договорен път. Идентифицирани са казуси, които могат да възникнат по повод паралелното прилагане на двата института.

Друг такъв механизъм, който служи за едностранно ограничаване на приложното поле на изключенията от авторското право, са *техническите средства за защита*. Прави се извод, че той представлява още един аспект на нарушаване на крехкия баланс между интересите на правоносителите и обществения интерес.

3.2.2. Предложения *de lege ferenda*

Във връзка с общотеоретичното изследване на института на изключенията от авторското право на ниво ЕС и на национално ниво, се правят някои предложения *de lege ferenda*.

- режим на новите изключения, въведени с Директива (ЕС) 2019/789

Предвид извода, че директивата не съдържа две изключения, към които европейският законодател е подходил еднакво – както на концептуално, така и на практическо ниво, от гледна точка на законодателна техника – се прави предложение за унифициране на подхода чрез интегриране на новите норми към заварената система от изключения на национално ниво.

- правни последици при противоречие между законови хипотези на свободно изпълване и противоречащи им договорки

След анализ на императивните изключения в Директива (ЕС) 2019/789 се стига до извод, че в контекста на българското право последицата, която следва да се свързва с наличието на договореност, която възпрепятства или ограничава правото на свободно използване, е *нищожност*. Изразява се подкрепа за съдържанието на член 26л, ал. 2 в проекта за Закона за изменение и допълнение на Закона за авторското право и сродните му права¹¹, плод на дейността на работната група по транспонирането в националното законодателство на Директива (ЕС) 2019/789, тъй като формулировката му преодолява неяснотата, съдържаща се в оригиналния текст на директивата и профилактира евентуални затруднения на съда какви правни последици да приложи при правоприлагане. Това, от своя страна, означава, че всяко лице, което има правен интерес и черпи права от нищожността, ще има право да се позовава на нея, като при образуван процес съдът служебно ще следи за релевиране на нищожността, а процесуалните средства за обявяването на нищожността и позоваването на нея няма да са ограничени по време.

- възможности за договорно и едностранно преодоляване на действието на изключенията в българското право

По отношение на нововъведените механизми за едностранно обезсилване на законните изключения от правноносителите се обръща внимание на вече съществуващата българска съдебна практика в контекста на изключението за *преглед на печата*. Един притеснителен аспект на установената практика е обстоятелството, че се допуска, макар авторът да не е забранил изрично свободното използване на произведението си по реда на това изключение, последният да изразява валидно несъгласието си за използване *постфактум*. Прави се предложение *de lege ferenda* изискването запазването на права да се прави предварително да бъде *изрично* включено в закона както при транспонирането на двете нови изключения в Директива (ЕС) 2019/790, съдържащи възможност за запазване на права, така и да бъде добавено в хипотезата на член 24, ал.1, т.5 от ЗАПСП. На следващо място се обръща внимание върху съществуващата в България практика “резервирането” на права да се прави *en gros* от съответната медиа/вестник. Стига се до обоснован извод, че въпреки

¹¹ Законопроектът, заедно с мотивите към него, предварителна частична оценка за въздействие и становище на Дирекция “Модернизация на администрацията”, могат да бъде намерени на уебсайта на Портала за обществени консултации на министерски съвет. Достъпно на: <https://www.strategy.bg/PublicConsultations/View.aspx?lang=bg-BG&Id=6348>

практическото удобство за доставчиците на съдържание, което би внесла възможността издатели, портали, хранилища и библиотеки “на едро” да забраняват използване на произведенията в колекциите им в рамките на изключенията, съдържащи възможност за едностранна отмяна от правноносителя, подобно тълкуване и практическо приложение не бива да се допуска. Изискването правноносителят да забранява свободно използване единствено с директно волеизявление следва да бъде изрично заложено в закона.

На следващо място се анализира на съществуващия в закона механизъм, позволяващ преодоляване на технически средства за защита. Прави се предложение за въвеждане на ефективен механизъм за премахване на техническите средства, пречещи на законосъобразни употреби, който механизъм да ограничи възможностите за едностранно преодоляване на законовите хипотези на свободно използване. Макар Министерство на културата да възприе предложението за обвързване на реакцията на правноносителите за премахване на технически средства за защита, които блокират законно използване, с определен срок, законът за изменение и допълнение не предвижда санкции за правноносителите, които отказват законен достъп в този срок. Това сериозно компрометира ефективността на мярката. Евентуални санкции или други процедури за предоставяне на достъп биха могли да бъдат въведени с последващи преговори между заинтересованите страни. Критикува се и ограничаването на задължението за реакция в определен срок само до изключението по член 26ж, който транспонира член 3 от директивата. Изключението по член 4 от директивата също влиза в обхвата на член 7, ал. 2 и въпреки възможността то да бъде едностранно обезсилено от правноносителя, приложението му все пак не следва да бъде ограничавано и по технически път. Предлага се, както и при имплементирането на член 3, и тук законодателят да се погрижи за разписването на прозрачна процедура за бързо предоставяне на достъп до съдържание, блокирано от средства за техническа защита. Мерките, предложени по отношение на член 3 следва да се прилагат и за двете изключения. Предлага се въвеждането на 72-часов срок по отношение на достъпа по силата на всички изключения съгласно член 25а от ЗАПСП.

- подобряване на общата уредба на заварените изключения

В допълнение, се прави предложение *de lege ferenda*, както в завареното образователно изключение по т.3 на член 24 от ЗАПСП, така и в библиотечното изключение по т.9, изискването за “публикуване” да се измени на такова за “разгласяване”. Вторият критерий е чувствително по- “щадящ” спрямо потенциалното ограничаване на предмета на изключението и не е дискриминативен по отношение на цифровото разпространение.

Предлага се *оптимизиране на съществуващата система от преpraцащи норми* с оглед недискриминационното прилагане на хипотезите на свободно използване и към всички сродни права.

3.3. Ефекти на реформата по отношение на образованието

Следващата Глава III изследва нововъведените с Директива (ЕС) 2019/790 инструменти, тяхната история, динамика със заварената уредба и практическо приложение, в контекста на политиките за насърчаване на достъпа до образование. Фокусът е въведената от Директива (ЕС) 2019/790 уредба на изключението за илюстриране при обучение (член 5).

3.3.1. Теоретични изводи

Глава III от дисертационния труд съдържа детайлен анализ на разпоредбата на член 5 от директивата в контекста на заварената уредба. Проследява се предисторията, обосновката и процеса на приемане на образователното изключение. Отбелязва се как в хода на подготовката и гласуването на директивата, поради намесата на множество заинтересовани лица, целящи замяната на изключението с лицензионни схеми, както и стремежа на държавите членки да запазят действащите си механизми, текстът на член 5 претърпява изменения, които компрометират както задължителния, така и императивния характер на изключението.

Констатира се *нарушаване на и без това крехкия баланс* между авторското право и обществения интерес, доколкото е въведена възможност едно от най-важните изключения, олицетворяващо основни човешки права като правото на образование, на изразяване и достъпа до информация, и закрилящо съществен обществен интерес, да бъде изцяло обезсилено. При това обезсилването може да се случи не просто по силата на частна договорка в обратен смисъл, а при принципното наличие на определени пазарни реалности, независещи по никакъв начин нито от бенефициера на изключението, нито от ценностната обосновка на използването. В резултат на изследването се установява *противоречието* между нормата на член 5, параграф 2, и европейското *acqui*, в частност решението на СЕС по делото *Ulmer*¹².

На следващо място се анализират заявките на европейския законодател новото образователно изключение да преодолее пречките пред (i) цифровото и (ii) трансграничното използване на защитени произведения за целите на обучението. В

¹²Решение на Съда на ЕС по дело C-117/13, *Technische Universität Darmstadt* срещу *Eugen Ulmer KG* [2014] ECLI:EU:C:2014:2196.

резултат на изследването се установява, че тези заявки са породили два *“мита” за новостта и революционния характер на образователното изключение*, които в крайна сметка водят до допълнителна фрагментация. Заради неясното послание на европейския законодател, на новото образователно изключение до голяма степен се гледа не като на задължителен минимум за хармонизиране на вече съществуващо основно ползвателско право в този смисъл, а като на нещо ново в контекста на европейското *acquis*. Същевременно декларираният от европейския законодател *“задължителен”* характер на нормата видно кара много държави членки да *“играят на сигурно”*, като транспонират текста на член 5 независимо от вече съществуващата по същия въпрос уредба. В редица европейски държави понастоящем се създават *паралелно съществуващи* и до голяма степен, но не напълно, припокриващи се механизми за регулирането на едни и същи обществени отношения. Обстоятелството, че в допълнение директивата съдържа няколко *опции*, които компрометират целената от цялата реформа правна сигурност в контекста на трансграничните цифрови отношения, води до обоснован извод, че новата разпоредба не е в състояние да преодолее нито един от аспектите на наследената фрагментация на правната уредба в ЕС, с едно единствено изключение – член 5 ще премахне приложението само за аналогова употреба, тъй като прави цифровата такава задължителна.

3.3.2. Предложения de lege ferenda

По отношение на транспонирането на член 5 се прави предложение за интегриране на нейните изисквания в съществуващата уредба. Това следва да се случи чрез разширяване на обхвата на заварената разпоредба на член 24, ал.1, т.3 от ЗАПСП.

В случай на приемане на отделно изключение при параметрите, заложи в публикувания през септември 2021 г. ЗИД на ЗАПСП, се обръща внимание на необходимостта от *въвеждане на механизъм за уреждане и публично финансиране* за използването на образователни материали и музикални партитури при илюстриране за целите на обучението в контекста на онлайн преподаването.

3.4. Ефекти по отношение на достъпа до културно наследство

Глава IV изследва нововъведените с Директива (ЕС) 2019/790 инструменти в контекста на политиките за насърчаване на достъпа до култура, тяхната история, динамиката със заварената уредба и практическо им приложение. Очертават се препоръки за подобряване на ефективността на съответните инструменти в процеса на национално транспониране.

3.4.1. Теоретични изводи

Глава IV включва подробен анализ на възможностите на институциите за културно наследство да цифровизират и използват закриляно съдържание, както и такова, което представлява обществено достояние.

Във връзка със *защитата на общественото достояние* се анализира съдържанието и предложението за транспониране на член 14 от директивата. Стига се до извод, че що се отнася до това законодателят да отговори на всички проблеми, свързани с ефективното използване на общественото достояние, в това число от институциите за културно наследство, уредбата на член 14 е крайно недостатъчна и Директива (ЕС) 2019/790 не предлага системно решение. Същевременно се отчита обстоятелството, че паралелно с уредбата в член 14, директивата всъщност създава нови проблеми по отношение на използването на произведения и други обекти, които нямат творчески характер или не са обект на авторски и сродни права. Примери в тази насока са член 15, който въвежда ново сродно право върху публикациите в пресата, които може да не са оригинални, и член 17, който създава реален риск за затрудняване на свободното използване на материали – обществено достояние от страна на интернет потребителите.

На следващо място изследването обхваща решението, което се дава в рамките на реформата за *цифровизацията на защитени произведения за целите на съхранението*. Новата уредба отново е подробно разгледана с оглед нейното отношение към заварената такава. Установява се, че хармонизационните усилия на европейския законодател в контекста на Директива (ЕС) 2019/790 са изключително вяли и обхващат много тясна хипотеза от дейността на библиотеките – по същество един екзистенц-минимум, отвъд който може да се говори за престъпна небрежност към

културното наследство на Европа, когато последното не може дори да бъде съхранено заради съществуващи права на интелектуална собственост. Обръща се внимание на възможността културните институции да прибегнат до помощта на други културни институции и трети страни за целите на масовото цифровизиране.

Изследва се взаимодействието на новата разпоредба на член 6 със завареното изключение за възпроизвеждане в полза на институциите за културно наследство, както и други техни правомощия, установени със специални актове или от Съда на ЕС с неговата тълкувателна практика. Като се прави анализ във връзка с използването на цифрови обекти по принцип и в частност – заемането на електронни книги от обществените библиотеки, се стига се до извод, че предвид решенията на Съда на ЕС *Ulmer* от 2014 г.¹³ и *V.O.B.* от 2016 г.¹⁴, възможността на библиотеките да цифровизират може да се разглежда като “акцесорно право” и в контекста на т.нар. дерогация от правото на отдаване под наем или в заем съгласно чл. 6 от Директива 2006/115/ЕО за правото на отдаване под наем и в заем.

Във връзка с новата уредба на *използването на творби извън търговско обращение*, изследването акцентира на понятието за “достатъчно представителна организация за управление на права” и множеството потенциални практически проблеми, които то предизвиква. Анализира се също така въпроса за конкуренцията между правоносител и представляващата го ОКУП при упражняване на едно и също право, което се явява все по-често срещан в практиката конфликт и потенциално може да увреди свободата на договаряне. В тази светлина са изследвани редица въпроси по отношение на легитимността на представителството на ОКУП в схемите за разширено лицензиране.

3.4.2. Предложения *de lege ferenda*

В рамките на Глава IV се правят следните предложения *de lege ferenda*:

- обществено достойние

¹³ Решение на Съда на ЕС по дело C-117/13, *Technische Universität Darmstadt* срещу *Eugen Ulmer KG* [2014] ECLI:EU:C:2014:2196.

¹⁴ Решение на Съда на ЕС по дело C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken* срещу *Stichting Leenrecht* [2016] ECLI:EU:C:2016:856.

В резултат на анализа на проекта за транспониране на член 14 от Директивата в българското законодателство, се препоръчва въвеждането на обща разпоредба под формата на алинея 2 на член 34 от ЗАПСП, която изрично да уточнява, че не се допуска възникване на авторски и сродни права върху реалистични копия и репродукции на произведения на авторско право, които са обществено достояние, освен ако самите копия или репродукции не са оригинални като резултат от творческата дейност на създателя им.

Алтернативно, в случай, че новата уредба се установи в член 4 от ЗАПСП, то следва да се предвиди изрично препращане към него от съответните норми за прилагане по аналогия за всяко едно от сродните права.

- използване на закриляни произведения от библиотеките

По отношение на правомощието на обществените библиотеки да отдават защитени произведения в публичен заем, както и възможността да заемат електронни книги, се установява, че институциите за културно наследство масово не се възползват от решението *V.O.B.* на Съда на ЕС и реално не отдават в заем цифрови екземпляри на произведения. Причините за това са комплексни, но в крайна сметка всички те се фокусират в *липсата на интерес от страна на издателите библиотеките да заемат книги на основание правото на публично отдаване в заем*, който съответно води до *отказ* от страна на издателите да продават електронни книги на институциите за културно наследство. Приема се, че българските библиотеки биха могли да заемат на аудиторията си електронни книги, без да дължат отчисления за това по силата на член 22а от ЗАПСП. Нещо повече, предвид изводите на Съда от решението по делото *Ulmer* от 2014 г.¹⁵, се стига до оригиналния извод, че библиотеките имат възможност да цифровизират обекти за целите на заемането, възползвайки се от изключението за възпроизвеждане като “акцесорно право” и в контекста на т.нар. дерогация от правото на отдаване под наем или в заем съгласно чл. 6 от Директива 2006/115/ЕО.

Критикува се обстоятелството, че завареното изключение за възпроизвеждане от библиотеките по член 24, т.9 от ЗАПСП е въведено единствено за авторското право, но не се отнася до артисти изпълнители (чл. 84 ЗАПСП), продуценти на звукозаписи

¹⁵Решение на Съда на ЕС по дело C-117/13, *Technische Universität Darmstadt* срещу *Eugen Ulmer KG* [2014] ECLI:EU:C:2014:2196 [32-35].

(чл. 90 ЗАПСП), филмови продуценти (чл. 90в ЗАПСП) и радио и телевизионните организации (чл. 93 ЗАПСП). Прави се предложение за унифициране на режима.

По повод механизма за *използване на произведенията извън търговско обращение* се приема, че е закономерно и следващо логично от разпоредбите на Директивата, както и целесъобразно, статутът на колекциите да се определя от стопаните им – културните институции, чрез полагане на разумно усилие. Това е особено релевантно предвид обстоятелството, че в много случаи, с оглед недобре развитата екосистема за колективно лицензиране в България, може да се очаква институциите за културно наследство да използват изключително активно и предимно изключението по член 8, параграф 2, като по-достъпен и предпочитан метод за “клирънс” на правата. С оглед това се предлага те да поемат контрола над идентифицирането на произведенията извън търговско обращение, доколкото голяма част от колекциите изобщо няма да са обект на колективно лицензиране.

По нататък се правят предложения *de lege ferenda* за целите на установяването на достатъчна представителност на съответните ОКУП, които ще извършват разширено колективно лицензиране в рамките на механизма. Предлага се преценката да обхваща както броя на представляваните автори в съответната държава, така и мандата на ОКУП за конкретния вид използване и наличието на реципрочни споразумения със сестрински организации в чужбина за представяне на техния чуждестранен репертоар. Приема се, че критериите следва да са абсолютни, а не свързани с по-широка представителност за колективно управление на такива права в сравнение с друга сходна организация според формулировката на чл. 94в ЗАПСП. Отхвърля се използването по аналогия и критериите за определяне на представителната организация на ползвателите за всеки вид използване по чл. 94р от ЗАПСП, които фиксират 50% + 1 като изискуем количествен праг. Отхвърлят се като критерии за представителност и декларирането на представителност, както и обстоятелството, че има само една ОКУП за дадено използване. Критикува се подходът, заложен в ЗИД на ЗАПСП за *повторно вписване на ОКУП в регистъра*, поддържан от Министерство на културата. Процедурата се оценява като *формална*, доколкото въвежда необорима презумпция, че вписаните ОКУП “ще се считат за представителни”, и нямаща нищо общо с реалната представителност, изисквана от директивата. ОКУП трябва реално да представлява много съществена част

правоносители, за да има право да представлява нечленове без риск висок брой правоносители да напуснат схемата.

Доколкото обект на новия механизъм са творби, които се определят като „културно наследство“ и се съдържат в колекциите на институциите на паметта, се предлага представителността на ОКУП да се оценява спрямо правоносителите, *чиито произведения съставляват основната част от „културното наследство“* или представителността да се определя спрямо цифровизираните колекции на библиотеки и музеи.

3.5. Ефекти по отношение на разпространението на новини

Глава V изследва нововъведените с Директива (ЕС) 2019/790 инструменти, тяхната история, взаимодействие със заварената уредба и практическото им приложение, в контекста на разпространението на новини. Тя изследва реформата на авторското право в аспекта на достъпа до журналистическо съдържание. Очертават се препоръки за подобряване на ефективността на съответните инструменти в процеса на национално транспониране.

3.5.1. Теоретични изводи

Глава V подлага на задълбочен анализ член 15 от директивата. В тази си част дисертационният труд разглежда проблематичната законодателна техника, използвана при уреждането на този механизъм, като маркира конфликта на новото право със заварената авторскоправна уредба, както и взаимодействието с други отрасли на правото, в това число закрилата на основните човешки права и защита на конкуренцията. Поставя се особен акцент върху слабо изследваното до момента ограничение на новото сродно право до определени адресати.

В тази част изследването се съсредоточава върху (i) *ефективността* на нововъведеното право с оглед целения резултат и (ii) *нежелани последици*, които въвеждането му ще има върху други институти и обществени отношения. Отчита се, че целта на новото право е да принуди *Google* да плаща за интелектуалната собственост, която “взема” от Европа. В резултат на изследването и като се анализира скорошния френски опит с *Google*, се установява на първо място, че в тази конкретна задача новото сродно право *не е самодостатъчно* като правен инструмент, а трябва да се прилага в контекста на сложен набор от мерки от арсенала на други области на правото, като например конкурентното право. Идентифицират се въпроси, които френското решение да се използва правото за защита на конкуренцията за *запълване на законодателни празноти* повдига както по отношение на допустимите начини за принудително реализиране на едно право на интелектуална собственост, така и за до голяма степен превратното използване на инструменти от сферата на защитата на конкуренцията. Анализира се налагането на *de facto* забрана за отказ от страна на *Google* от търсене на продукт на правоприоритетите, като този ефект се анализира в аналогия с други институти от

конкурентното право, като института на отказа от предлагане, доктрината на “основните инсталации” и задълженията на доставчиците на услуги от *общ икономически интерес* да предоставят услугата си независимо от икономическия си интерес.

На следващо място, рисковете от въвеждане на сродно право на издателите на новини се разглеждат в два аспекта. От една страна се констатира проблем в (i) обекта на новото право – т.нар. “публикация в пресата”. Тя е обект на интелектуална собственост, който не е еднакъв, но до голяма степен се припокрива с обект на авторско право - журналистическа статия, репортерска снимка, друг защитен обект, като напр. видео-репортаж. В резултат на изследването на първо място се констатира, че при прилагане на новото право ползвателят ще трябва по принцип да осъществява (i.a.) двоен “клирънс” на правата върху един обект – да сключи два договора за използване или да обезщети двама правоносители – автора и издателя. На следващо място обосновано се извежда рискът за разпространяване на авторскоправната защита (i.b.) върху неоригинално съдържание, включително върху машинно генерирано такова, доколкото за публикациите в пресата не е налице изискване за творчески елемент или личен авторов щрих. Прави се извод, че съвременната авторскоправна защита все повече се отдалечава от ядрото на концепцията за закрила на творческия труд. Инструментите на авторското право, съответно сродните му права, все по-често се занимават с това да регулират периферни за сферата им обществени отношения, като целта им е да стимулират икономически някои помощни роли в производствената верига на творческите индустрии, каквито са продуцентите и издателите. Прави се паралел между новото сродно право на издателите на новини и европейската уредба на базите данни, която въвежда паралелно съществуващи авторско право за автора на базата данни и *sui generis*, по своята същност сродно, право в полза на инвеститорите в процеса по изработване на бази данни. Установява се, че единствената цел на създаване на правото на прес издателите е да получават лицензионни постъпления от онлайн търсачките и генераторите на новини. Същевременно, обаче, този нов инструмент създава съществен риск за монополизиране на разпространението на традиционно изрично извадените от авторскоправна защита новини.

На следващо място глава V изследва в дълбочина въпроса с (ii) адресатите на новото право. Стига се до извод, че дефинирайки “онлайн права”, като права,

необходими за предоставяне на “онлайн услуги”, европейският законодател отново прибегва до кръговото разсъждение. Приема се, че всички актове на използване, необходими за предоставянето на онлайн услуга биха попаднали в обхвата на онлайн употребата, поради което ограничението за онлайн употреба в член 15 е излишно и меродавният критерий за определяне обхвата на правото, с оглед начина на регулирано използване, са неговите адресати. Установява се, че подобен критерий, очертаващ обхвата на правото, не е прилаган при предходните два опита за уредба на право в полза на издателите на новини на национално ниво – в Испания и Германия¹⁶.

Като се прави задълбочен анализ на термина *доставчици на услуги на информационното общество* (ISSPs), се стига до оригиналния извод, че нормата на член 15 обхваща повече заинтересовани страни, отколкото е първоначалната ѝ цел. По-специално, *ISSPs* включват самите доставчици на медийни услуги, в това число онлайн вестници, новинарски портали и оператори на отделни уебсайтове, в някои случаи и независими журналисти¹⁷. Прави се аргументиран извод, че въпреки наратива, че новото право защитава интересите на доставчиците на съдържание и по-конкретно - журналистите, срещу големи американски технологични компании, в действителност то ограничава, *inter alia*, използването на публикации в пресата между самите доставчици на новини. В този смисъл, *de lege lata* търговските доставчици на новини и ползвателите на публикации в пресата принадлежат към една и съща категория заинтересовани страни, когато говорим за адресатите на член 15.

Тези две групи участници на пазара са и *бенефициери* на различни специфични изключения от авторското право по отношение на свободното повторно използване на статии и други материали от журналистически и информативен характер. От гледна точка на адресатите на новото право се изследва конфликтът с традиционни механизми, гарантиращи свободно използване на защитени обекти в публичен интерес, каквито са заварените информационни изключения съгласно Директива 2001/29/ЕО.

¹⁶ Ограничението на съответния германски законодателен инструмент е само за търговска употреба. Вж раздел 87e (1) от германския Закон за авторското право - Urheberrechtsgesetz (UrhG). Испанското решение представлява специфична модификация на националното изключение за цитат.

¹⁷ За дефиниция на “журналист” в няколко държави членки, вж. Czarny-Drożdżejko, E. (2020). *The Subject-Matter of Press Publishers’ Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market* (ПС 51, 2020) 624–641.

В допълнение се прави обоснован извод, че доколкото бенефициери на двете информационни изключения често са „масмедииите“, в тази категория следва да попаднат и агрегаторите на новини и, *de lege ferenda*, социални мрежи и платформи за споделяне. В този смисъл се констатира още по-голямо застъпване на кръга адресати на член 15 и този на бенефициерите на информационните изключения. Затова се приема, че изключенията могат да се превърнат в арена на сблъсък на интереси на значително по-консолидирани и икономически значими играчи. Като следствие, хаотичното прилагане на изключенията може допълнително да изкриви медийния пейзаж и да създаде допълнителна правна несигурност.

Анализът на заварените изключения, включително на национално ниво, взима предвид и практиката на Съда на Европейския съюз по делото *Spiegel Online*¹⁸, където СЕС установява, че „съобщаването на актуални събития“ и, по аналогия, „прегледът на печата“ имат „ограничено“ икономическото значение и не заслужават пълна хармонизация. Стига се до извод, че при картографирането на прилагането на национални изключения, по-специално в контекста на новото право на издателите на преса, трябва да се отчете обстоятелството, че някои от националните инструменти, предназначени да поддържат баланса между авторското право и свободата на информацията може да съществува в противоречие с достиженията на правото на ЕС.

3.5.2. Предложения *de lege ferenda*

По отношение на заварените български прес изключения, се предлага разширяване на обхвата на хипотезите на т.5 и 6 на член 24 от ЗАПСП, така, че да повишат своята ефективност и да се доближат до европейската клауза – модел.

Обръща се специално внимание на изясняване на механизма за “резервиране” на права съгласно т.5, с оглед противоречащата на духа на закона съдебна практика при прилагането на разпоредбата.

¹⁸ Решение на Съда на ЕС по дело C-516/17, *Spiegel Online GmbH* срещу *Volker Beck* [2019] EU:C:2019:625.

3.6. Ефекти по отношение на потребителското съдържание онлайн

Последната Глава V изследва нововъведените с Директива (ЕС) 2019/790 инструменти, тяхната история, отношение със заварената уредба и практическо приложение, в контекста на свободата на информация при платформите за потребителско съдържание. В тази си част изследването се съсредоточава върху режима на отговорност на онлайн посредниците, въведен с член 17 от директивата. Очертават се препоръки за подобряване на ефективността на съответните инструменти в процеса на национално транспониране.

3.6.1. Теоретични изводи

Главата анализира механизма за ангажиране на отговорността на онлайн платформите за качването от потребителите им незаконно съдържание. В резултат на детайлния анализ на изключително противоречивата уредба на член 17, се прави обоснован извод за *липса на консистентност* на новата уредба както на правотехническо, така и на концептуално ниво.

Разглеждат се допълнителните фактори за усложняване на противоречивия режим, като например обстоятелството, че институциите на ЕС не са в състояние да дадат автентично тълкуване на така формулираната от самите тях разпоредба. Пример в тази насока е неяснотата у самата Европейска комисия за това каква форма на “публично разгласяване” урежда член 17. Във финалния консултационен документ на Европейската комисия от юли 2020 г.¹⁹ последната, позовавайки се на текста на Събражение 64, заявява, че член 17 представлява *lex specialis* по отношение на член 3 от Директива 2001/29/ЕО и член 14 от Директива 2000/31/ЕО, и че държавите членки *няма да са в състояние да разчитат на нито една от тези две предходни директиви при имплементирането на понятията “разрешение” и “публично разгласяване”*. В окончателните насоки на Комисията за прилагането на член 17, обаче, институцията заема противоположното виждане²⁰. В резултат на изследването са стига до извод, че

¹⁹ European Commission, (2020). *Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*. Available at: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder-dialogue>.

²⁰ European Commission, (4 June 2021). *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2021) 288 final.

към настоящия момент се налага тълкуването, че адресатите на разпоредбата извършват действия по публично разгласяване и предоставяне на публично разположение съгласно член 3 от директивата от 2001 г. Изразява се очакване при действието на новия механизъм да се приложи практиката на Съда на Европейския съюз при дефинирането на “публика”²¹.

Както и в останалите глави, и този правен институт, въведен с директивата, е анализиран в контекста на упражняването на съществуващите в полза на потребителите изключения и ограничения. За целта детайлно се разглеждат въведените на последния етап от законодателния процес задължителни изключения в параграф 7 на член 17. Целта на тези изключения е да се гарантира упражняването на потребителските права в рамките на механизма. Въпреки че опитът за въвеждане на ефективни гаранции за гражданските права и свободи в член 17 се приветства, отново се установява липса на вътрешна и външна консистентност на регулацията. Това е така, защото законодателят отново не залага на интегриран подход при прилагането на изключенията, а въвежда чисто нов режим на оригинално формулирани изключения, които се отнасят единствено до използването в контекста на потребителско съдържание, качвано на онлайн платформите.

Като се изследва законодателната техника, използвана при въвеждането на новите две специални изключения, се прави обоснован извод, че те са задължителни и с природа на императивни норми и са най-близко до статута на потребителски права. Изключенията за цитат и пародия са разгледани във връзка със заварените аналогични случаи на разрешена употреба.

3.6.2. Предложения de lege ferenda

В рамките на Глава VI се проследява използването на понятието “всички възможни усилия” в българската съдебна практика. Установява се, че то се свързва със съдържанието, което се влага в понятието “непреодолима сила” съгласно разпоредбата на чл. 306, ал. 2 от Търговския закон. Терминът се използва и в контекста на

²¹ Понятието за публика е фундаментално както в законодателните актове на съюза, така и в практиката на Съда на ЕС. Един от най-актуалните и най-често засягани проблеми при тълкуването от СЕС на основните понятия “разгласяване на публиката” и “предоставяне на публично разположение” е именно значението на термините “публика” и “публично”. За доктрината на “новата публика” вж. напр. дела C-306/05; C-607/11; C-466/12; C-348/13; C-160/15; C-610/15; C-174/15; C-263/18; C-753/18 и др.

дължимата грижа, която се прилага от съда при извършването на някои процедурни действия, като напр. установяване местонахождението на лице, установяване на обстоятелства по дело, за призоваване и личен разпит.

Критикува се обстоятелството, че в проекта за Закон за изменение и допълнение на Закона за авторското право и сродните му права за транспонирането на Директива 2019/790, подготвен от Министерство на културата, ключовият в уредбата на отговорността на посредниците термин *всички възможни усилия* е заменен от традиционния в българското право термин *грижа на добрия търговец*. Новата уредба се съдържа в §7 от проекта за ЗИД на ЗАПСП, който въвежда в закона нов член 22б, наречен “Използване от доставчици на онлайн услуги за споделяне на съдържание”. Съответно, “грижата на добрия търговец” е стандартът за дължима грижа, въведен в алинея 5 на новия член. В хода на изработването на текста екипът на Министерство на културата прие, че терминът “всички възможни усилия” е по-характерен за англо-саксонската прецедентна система, докато „грижата на добрия търговец“ следва да бъде предпочетен стандарт, тъй като представлява добре позната в страната ни и изобщо в континенталното право формулировка, в това число и за съдебната практика. В дисертационният труд се стига до извод, че грижата на добрия търговец е понятие, развивано от десетилетия в националната съдебна практика и има определено съдържание и установена интерпретация в български контекст. Напротив, *всички възможни усилия* съгласно Директива 2019/790 е нов механизъм на европейското право, чието съдържание е много специфично очертано в директивата. Съдържанието на термина е подробно разяснено в издадените от Европейската комисия Насоки за прилагане на член 17 от Директива 2019/790²² и то не се припокрива с общ стардарт за дължима грижа в българското право, какъвто е *грижа на добрия търговец*.

На следващо място се установява, че в ЗИД на ЗАПСП не е разработен *ред за упражняване на субективното право на потребителите* съгласно ал.10 на член 22б. Приема се, че без такова допълнение ще е налице неяснота и за съда, и за самия потребител, как точно последният може да упражни правото си по общ съдебен ред. Предлага се такъв специален ред да се предвиди в дял трети от ЗАПСП, където за

²² European Commission, (4 June 2021). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, COM(2021) 288 final.

момента са подробно уредени исковете, с които разполагат правоносителите при нарушаване на техните права.

По-нататък, по отношение на изключенията, въведени с параграф 7 на член 7, се прави препоръка за тяхното въвеждане в българското право като общи технологично неутрални норми. Констатира се, че България е една от малкото държави членки на ЕС, които към този момент все още не са транспонирали, поне частично, изключението за използване за целите на карикатурата, пародията или пастиша. Предполагаемата причина за това са изказаните при въвеждането на Директива 2001/29/ЕО опасения, че последното ще бъде използвано превратно, за да се оправдават нарушения на авторското право. Приема се, че подобен аргумент е не само невалиден, но и опасен, доколкото може да бъде използван на практика по отношение на всяко изключение. Той често излиза по инерция от устата на представители на правоносителите, но безкритичното му възпроизвеждане от академичната общност и най-вече – от законодателя, е повод за тревога.

Приветства се заявката на Министерство на културата за холистичен и технологично неутрален подход по повод въвеждането със ЗИД на изключението за пародия в неговата цялост, в редакцията му от Директива 2001/29/ЕО и без да ограничава приложението му до механизма на член 17.

Обръща се внимание на изключението за пастиш, при което е налице непълнота и леко разминаване в превода в българските версии на двете директиви, като в Директива 2001/29 френският термин *pastiche* е преведен като “имитацията на друго литературно произведение”, а в българския превод на Директива (ЕС) 2019/790 – като “имитация”. Понятието “имитация” предизвиква притеснения у представителите на правоносителите в хода на транспонирането на текста в българския закон. Приветства се решението на екипа на Министерство на културата да преведе термина *pastiche* чрез по-описателното, но далеч по-точно понятие “имитация чрез подражаване на характера или стила на друго произведение”. С оглед изводите на Съда на ЕС относно пародията, се приема, че пастишът е по-фокусиран върху имитация на едно или няколко оригинални произведения и не е необходимо да има критична или подигравателна цел.

Стига се до извод, че този вид свободно използване тепърва ще бъде разработван, тъй като според някои автори има потенциал да “приюти” потребителския ремикс²³.

На последно място се отчита предвиденото в ЗИД на ЗАПСП добавяне на изключението за случайно включване на произведение или на друг обект на закрила в друг обект в общата норма на член 24.

²³ Вж. напр. Senfleben, M. (2019). Bermuda Triangle–Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market. *Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market* (April 4, 2019). Вж. също Senfleben, M. (2020). User generated content: towards a new use privilege in EU copyright law. In T. Aplin (ed). *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*. Edward Elgar Publishing.

3.7. Заключение

Заключението на дисертационния труд съдържа резюме на теоретичните приноси на дисертационния труд и предложенията *de lege ferenda*.

Отчита се изпълнението на поставените в увода задачи и постигането на заявените цели в резултат от изследването да се открият основни противоречия в новата уредба и да бъдат идентифицирани потенциални конфликти с вече съществуващата такава – както на ниво ЕС, така и на национално ниво; както и да бъдат направени препоръки за подобряване на законодателните решения, предимно в посока смекчаване на неблагоприятните последици от някои несъвършени институти в контекста на течащото в момента в България транспониране.

В заключение на дисертационния труд са направени обобщени изводи относно консистентността и ефективността на изследваната авторскоправна реформа на ЕС. Постигната е целта на изследването, като се установяват дефицитите както на концептуално, така и на правотехническо ниво, както вътрешни противоречия в самите нововъведени институти, така и конфликт със завареното секторно законодателство и уредбата на други правни отрасли.

4. Доказване на изследователската теза. Изводи

Директива (ЕС) 2019/790 е един от актовете на ЕС, привлякъл най-много полемики в последните години. Тя е израз на стремежа на европейския законодател изцяло да реформира и модернизира авторското право в ЕС, както и да хармонизира понастоящем изключително разпокъсаната уредба на достъпа до информация и култура. За жалост, проведената с директивата реформа страда от твърде много дефицити, до степен да се постави под въпрос смисълът и логиката на самото нейно съществуване.

- **липса на визия**

В резултат на изследването може да се приеме преди всичко, че един от дефицитите на проведената на европейско ниво реформа на авторското право е *липсата на консистентна визия* по отношение на целите, които тази реформа си поставя.

С оглед анализа на заварената европейска уредба в сферата на авторското и сродните му права, могат да се изведат две основни цели, които следва да бъдат постигнати, за да се определи една такава законодателна интервенция като нужна и успешна. На първо място, предвид завареното състояние на силна фрагментация на националните уредби, европейското авторско право има крещяща нужда от *хармонизация*. Тази нужда се превежда във въздигането на създаването на цифров единен пазар в основен приоритет на политиките на ЕС и нееднократно му извеждане като основна цел на реформата изобщо. Тази цел обаче се сблъсква с тенденцията на държавите членки да се дава голяма свобода за запазване на съществуващи и изменение на нови механизми²⁴.

На второ място бих определила като основна цел на реформата *подобряване на механизмите за балансиране* на конкуриращи се основни права и изобщо изясняване на динамиката между интересите на правноносителите в авторското право и обществения интерес. Тази цел може да бъде открита във всеки един от трите стълба

²⁴ Вж. напр. съображение 23 от Директива (ЕС) 2019/790.

на Стратегията за цифров единен пазар за Европа, а именно осигуряването на *по-добър достъп* на потребителите и бизнеса до онлайн стоки и услуги в Европа, създаването на подходящи условия за успешното *развитие на цифрови мрежи и услуги* и максимизиране на потенциала за *растеж* на европейската цифрова икономика. В частност, в рамките на Директива (ЕС) 2019/790 тази цел се превежда в поставените задачи за осигуряване на *широка достъпност до творческо съдържание* в целия ЕС, както и осигуряване на *баланс с други цели на публичните политики* в образованието, научните изследвания и иновациите. Тази втора основна цел се сблъсква с ясната политика на европейския законодател за обслужване на интересите на големите правоносители в творческите индустрии. Макар подкрепата на европейската култура да е достойна и важна цел, в своите конкретни проявления в контекста на авторскотоправната уредба, политиката на гарантирането на високо равнище на закрила на авторското право и сродните му права води до непрекъснато засилване на позициите на правоносителите спрямо тази на гражданското общество при упражняването на основни човешки права и компрометиране на оскъдните съществуващи балансиращи механизми между авторското право и обществения интерес.

Наличието на противоречащи си цели не би било дефицит, ако в рамките на реформата бе предложен инструментариум за балансиране и взаимодействие между тях и имаше яснота по отношение на очакваните ефекти от неговото прилагане. Такъв, обаче, не е налице.

- **липса на стратегия за постигане на поставените цели**

На следващо място във всеки един аспект на реформата личи липса на стратегически подход за проектиране на модернизирано законодателство.

Преди всичко в резултат на изследването се откроява ярко обстоятелството, че повечето въведени в рамките на реформата институти са въведени *ad hoc*, без стратегически план и без опит да се види по-голямата картина. Приоритизирането на политически и икономически цели доведе до изоставяне на утвърдени доктрини за авторското право и до непредсказуеми, противоречиви резултати в дефиницията на основни въпроси като напр. границите на изключителните права, тяхното равновесие с

други частни и публични интереси и обхвата на свободата на договаряне в този контекст.

В допълнение, голяма част от нововъведените институти по своето същество са *пожелателни*. Европейският законодател оставя впечатлението, че не е в състояние да въведе задължителни за всички правила. Той е неохотен балансър на различни частни интереси – на държавите членки и/или на мощните индустрии.

Като част от този дефицит следва да се изтъкне и очевидната *липса на икономическа и правна обосновка* по същество на нововъведените механизми. Нито новото право на издателите на новини съгласно член 15, нито механизмът за посредническа отговорност съгласно член 17, са проектирани на базата на доказателства и стратегически цели.

- **неконсистентно използване на основни правни инструменти**

На следващо ниво реформата страда от порока на непоследователното и неконсистентното използване на традиционни правни институти.

Особено болезнена е тази липса на косистентност по отношение на *изключенията от авторското право*, всяко едно от които е уредено в директивата с различна законодателна техника. На европейско, а и на световно ниво, не липсват инициативи, които целят да систематизират и концептуализират инструментите за балансиране на насрещни права, и в частност – изключенията и ограниченията от авторското право. Задачата да се разработи предложение за глобален подход към изключенията е подета още през 2008 г. от професорите Хугенхолц и Окедиджи в рамките на проект на IViR. Те предлагат нов *Международен инструмент за изключенията*, който да координира, хармонизира и балансира повишените (и нови) стандарти за защита, изложени в последователните ревизии на Бернската конвенция, споразумението TRIPS и Интернет договорите на СОИС²⁵. Две години по-късно академичната общност предлага проект за *Европейски кодекс за авторското право* в

²⁵ Hugenholtz, P.B. and Okediji, R. (2012). Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright. Study supported by the Open Society Institute (OSI), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-37, Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2017629>.

рамките на проекта Wittem²⁶, който включва опит за кодификация на изключенията на европейско ниво. Съвсем наскоро, широк кръг от изтъкнати специалисти в областта на авторското право под шапката на института Макс Планк разработи проект за т.нар. *Международен инструмент за разрешените употреби*, който да кодифицира изключенията на глобално ниво²⁷. Опитът показва, че тези експертни разработки нямат голяма, ако изобщо имат някаква, тежест при нормотворчеството на ниво ЕС.

Друг пример за неконсистентното използване на правни инструменти в рамките на реформата е уредбата на *императивните и диспозитивни норми* и в частност – фактът, че определени разпоредби са провъзгласени за повелителни, като същевременно е предвидено тяхното действие да може да бъде отменено не просто при договорното преодоляване, а при наличието на *оферта* за предоставяне на лиценз – концепция, противоречаща както на изричната тълкувателна практика на Съда на ЕС, така и на общите принципи за правна сигурност и автономия на волята.

Пример в тази посока е и странната *механична амалгама* от правни инструменти, използвани в юрисдикции с различни правни традиции, въведена за целите на използването на произведенията извън търговско обращение.

Дефицит на концептуално ниво се наблюдава в много отношения и при двата нови механизма за обезщетяване на правоносителите от големите платформи. И двата инструмента съгласно член 15 и член 17 имат проблем с точното определяне на кръга на адресатите си. Новото сродно право на издателите на новини за пръв път в историята на интелектуалната собственост бива ограничено до определени адресати, вместо да действа *erga omnes*. В допълнение, член 17 въвежда толкова *неясна концепция за публично разгласяване*, извършвано директно от посредниците, че и до момента остава спорно дали тя се припокрива със същото понятие, заварено по силата на *InfoSoc* директивата.

- **несъответствие със заварената уредба**

²⁶ Wittem Group (2010). European Copyright Code. Available at: www.copyrightcode.eu

²⁷ Hilty, R., Köklü, K., Moscon, V., Correa, C.M., Dusollier, S., Geiger, C., Xalabarder, R. et al. (2021). International Instrument on Permitted Uses in Copyright Law and Explanatory Notes. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, (21-06).

На следващо ниво, налице е сериозен дефицит по отношение на експертното позициониране на новото законодателство в контекст.

Директивата използва заварени правни институти напълно безпринципно. Като пример в тази насока отново може да се посочи уредбата на посредническата отговорност, която е в абсолютен разрез с натрупаната практика на Съда на ЕС по въпроса за новата публика и въвежда една “новаторска” и твърде хаотична система от фикции, за да оправдае опита за постигане на определен икономически резултат.

Новото законодателство освен това флагрантно нарушава утвърдени принципи. То влиза в противоречие със съществуващата в европейското право забрана за *общ мониторинг* на потребителското съдържание, както и пренебрегва правото на ефективни правни средства за защита във връзка с липсата на жизнеспособен път за упражняване на основните права на ползвателите и т.н.

Реформата не отчита редица специфики на *завареното законодателство* – напр. вече съществуващата уредба на определени *изключения* или вече съществуващата *защита на журналистическите публикации*. Директивата създава нови норми без оглед на това как те ще се прилагат съвместно със заварените такива с частично припокриващ се предмет.

В допълнение, новите законодателни решения не отчитат адекватно съществуващи *политики* на ниво ЕС, каквито са целенасочената подкрепа на отворения достъп, на продължаващото и други форми на неформално образование и пр.

- **абдикация на европейските институции от нормотворческите им правомощия**

Смушаващ е обемът на делегацията, която на практика се прави с Директивата към националните юрисдикции. Европейският законодател прехвърля на държавите членки ангажимента *да уточнят редица понятия*, за които не е имало консенсус при приемането на Директивата или са били въведени в последния момент на законодателния процес, в това число основополагащи за целите на цифровия единен пазар термини като “достатъчно представителни организации” по член 8 или “много

кратки откъси” по член 15. В рамките на процеса по транспониране е видно, че държавите членки се възползват от дадената възможност за творчество и уреждат тези понятия по коренно различен начин.

Други примери за лошо законодателство в този аспект са компрометирането на “задължителните” изключения и формалните, лишени от истински смисъл *колизионни норми* в член 24 от директивата.

Особено показателен за тази тенденция е подходът на Съюза към уточняването на механизма на член 17. На първо място, уточняването на прилагането на тази хаотична амалгама от противоречиви правила бе възложено на Комисията. Съответно, забавянето на ЕК от близо година между публикуването на предварителните препоръките за пренасянето на член 17 в националното право на държавите членки, изработени в резултат на диалозите на заинтересуваните страни, и издаването на окончателните препоръки е, бих казала, скандално. То остави отчетливо впечатление за шиканиране, както и че Комисията е изчаквала изтичането на срока за транспониране на директивата, надявайки се държавите членки да въведат разпоредбите на член 17 *verbatim*.

- **по-скоро негативен ефект на новата уредба с оглед нейното практическо приложение**

Предвид *ad hoc* подхода на реформата, би могло да се очаква, въпреки липсата на концептуална консистентност и въпреки използването на не особено елегантната законодателна техника, нововъведенията поне да дават практически решения на наболели проблеми в оборота и при функционирането на единния пазар. За жалост потенциалният практически ефект на директивата също не се очертава добър.

На ниво практическо приложение се очаква влошаване на фрагментацията на уредбата на изключенията и ограниченията. Член 5 от директивата не само въвежда възможности за дерогация в различен обем, а дори окураважа държавите членки да въведат различни твърди критерии по отношение на обхвата на съответното национално изключение, напр. по отношение на обема на изпълване. В случая на член 6, дори уредбата на този абсолютен екзистенц минимум за дейността на институциите за културно наследство не е в състояние да въведе унифицирана минимална защита на

възпроизвеждането за целите на съхранение на културно наследство, а обуславя допълнителна фрагментация, защото се въвежда паралелно с вече съществуващ аналогичен механизъм.

Очаква се също така реформата да има ефект на допълнително компрометиране на балансиращото упражнение за установяване на справедливо равновесие между интересите на правноносителите и общественият интерес. Особено ярък пример е невъзможността за примиряване на насрещните права на автори и ползватели и съответстващите им конкуриращи се задължения на посредниците по член 17.

В резултат на изследването, може да се заключи, че към настоящия момент проблемни законодателни решения надграждат по един особено злокачествен начин съществуващата до момента и без това разфокусирана система за примиряване на авторското право с редица основни човешки права. В процес, воден от набор от некоординирани сили, авторскоправното законодателство на ЕС се отдалечава от общото ядро на традиционните модели на държавите членки, като се разработва на базата на недостатъчно дефинирани основания и без съгласувани принципи и догми, без реално намерение за изграждане на последователна система. Може да се направи обосновано заключение, че реформата на авторското право няма да постигне така обобщените цели по (i) хармонизация на авторското право в съюза и (ii) изясняване на механизмите за балансиране на насрещни права. Напротив – вероятният цялостен ефект на реформата е (i) последваща фрагментация на правната уредба, съответно – повишена правна несигурност и (ii) влошени условия за провеждане на балансиращо упражнение в контекста на конкуренцията между авторското право и обществения интерес.

5. Научни приноси на дисертационния труд

- Въвеждане на оригинална система за оценка на силата и стабилността на изключенията от авторското право според европейското *acqui* съгласно четири изведени фактора.
- Систематизация на изключенията от авторското право на ниво ЕС с оглед тяхната идеологическа/политическа обосновка.
- Доказване на несъстоятелността на критерия за “въздействие” на изключенията “върху безпрепятственото функциониране на вътрешния пазар” като основание за степента им на хармонизация, съответно като признак за тяхната сила и стабилност.
- Идентифициране на конкретни дефицити на авторскоправната реформа на ниво ЕС по отношение на нейната концептуална, техническата, вътрешната и външна консистентност.
- Идентифициране на рискове при прилагането на новото законодателство с оглед завареното европейско и национално право и с оглед прилагането на институти от други правни отрасли.
- Предложения за установяване на относима терминология.
- Предложения *de lege ferenda* за оптимално транспониране на изследваните институти от Директива (ЕС) 2019/790 в българското законодателство и подобряване на действащата заварена уредба.
- Предложения за практическо приложение на negliжирана до настоящия момент практика на Съда на ЕС.

6. Списък на публикациите по темата на дисертационния труд

Публикации на български език (по азбучен ред):

1. Лазарова, А., (2021). Европейската авторскоправна реформа и правото на образование. *Съвременно право*, бр. 2/2021, достъпно на: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=999533>;
2. Лазарова, А., (2020). Използване на произведения извън търговско обращение съгласно новата Директива за авторското право в цифровия единен пазар. *ББИА онлайн*, брой 4/2020, ISSN 1314-4944 (електронно издание), ISSN 1314-7285 (печатно издание);
3. Лазарова, А., (2021). Контрол на съдържанието онлайн – нерешимият конфликт. *Сборник доклади от Шеста съвместна докторантска конференция на тема „(Не)възможният Европейски съюз – време на решения за общото бъдеще“*. София 2021, ISBN 978-619-7611-00-7;
4. Лазарова, А., (2020). Контролът върху разпространението на новини: дали новото право на издателите ще ограничи свободата на информация? *Сборник доклади от Пета съвместна докторантска конференция на тема „ЕС и новото нормално – от социална изолация към гражданска осъзнатост*. София 2020, ISBN 978-619-7611-00-7;
5. Лазарова, А., (2021). Нещо като книга, нещо като предаване, изобщо като нищо на света. Правна същност на електронните книги. *ББИА онлайн*, брой 1/2021, ISSN 1314-4944 (електронно издание), ISSN 1314-7285 (печатно издание);
6. Лазарова, А., (2022). Преодоляване на действието на изключенията от авторското право по договорен път. *Съвременно право*, бр.4/2021 (предстояща публикация);

Публикации на английски език (по азбучен ред):

7. Lazarova, A. (2022). Bulgaria falls into all the traps set by Article 5 of the CDSM Directive. *Journal of Intellectual Property Law & Practice, DSM Special Issue*, jpac029. Available at: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac029>
 - (ръкописът е достъпен под режим на свободен достъп в платформата SSRN на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071381);
8. Lazarova, A., Houang, A., Vézina, B., De Angelis, D., Jacques, S., Nobre, T., Simon, V. et al. (2021). Creative Commons Copyright Platform Working Group on User Rights' Position Paper. Creative Commons. Available at: <https://medium.com/creative-commons-we-like-to-share/working-group-on-user-rights-position-paper-9c5e589f1c9b>;
9. Lazarova, A., Margoni, T., Matas, A., Pearson, S., Reda, J., Vézina, B., Walsh, K. and Wyber, S. (2021). Creative Commons Statement on the Opt-Out Exception Regime / Rights Reservation Regime for Text and Data Mining under Article 4 of the EU Directive on Copyright in the Digital Single Market. Available at:

<https://creativecommons.org/wp-content/uploads/2021/12/CC-Statement-on-the-TDM-Exception-Art-4-DSM-Final.pdf>;

10. Lazarova, A. (2021). Re-use the news: between the EU press publishers' right's addressees and the inforamatory exceptions' beneficiaries. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 16, Issue 3, March 2021, Pages 236–246, Available at: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab049>
 - (ръкописът е достъпен под режим на свободен достъп в платформата SSRN на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071438);
11. Lazarova, A. (2021). The EU Copyright Reform's great disservice to free use for educational purposes. *Europeana Pro*. Available at: <https://pro.europeana.eu/post/the-eu-copyright-reform-s-great-disservice-to-free-use-for-educational-purposes>;
12. Ozge Yildirim, E., Lazarova, A., Van Houweling, M., Houang, A., Wolfe, M., Vezina, B., Stihler, C. (2021). Freedom to Share: How the Law of Platform Liability Impacts Licensors and Users. Available at: <https://zenodo.org/record/5837508#.Yg0zVpMzaRs>.