Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
H. SAUGMANDSGAARD ØE
представено на 15 юли 2021 година [1]

Дело C-401/19

Република Полша
срещу
Европейски парламент

Съвет на Европейския съюз

„Жалба за отмяна — Директива (ЕС) 2019/790 — Авторско право и сродни права — Използване на защитено съдържание от доставчици на онлайн услуги за споделяне на съдържание — Публично разгласяване — Отговорност на тези доставчици — Член 17 — Освобождаване от отговорност — Параграф 4, буква б) и буква в), in fine — Филтриране на съдържанието, публикувано онлайн от потребителите — Свобода на изразяване на мнение и свобода на информация — Харта на основните права на Европейския съюз — Член 11, параграф 1 — Съвместимост — Гаранции, съпътстващи това филтриране“

I. Въведение

1. С настоящата жалба, подадена на основание член 263 ДФЕС, Република Полша иска от Съда, главно, да отмени член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от 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 [2], а при условията на евентуалност — да отмени член 17 изцяло.

2. С жалбата от Съда се иска да разгледа въпроса за отговорността, която носят доставчиците на онлайн услуги за споделяне, когато потребителите на тези услуги качват онлайн [3] защитено от авторското право или сродните му права съдържание.

3. Тази проблематика вече е била отнесена до Съда по съединени дела C-682/18, YouTube, и C-683/18, Cyando, от гледна точка на рамката, създадена от Директива 2000/31/ЕО за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] ОВ L 130, 2019 г., стр. 92.

[3] Ще използвам без разграничение понятията „публикуване онлайн“ или „качване онлайн“, за да обознача процеса, чрез който цифрово съдържание се прави публичнодостъпно на уебсайтовете или свързаните с тези услуги за споделяне приложения за интелигентни устройства.

електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия)[4] и от Директива 2001/29/ЕО относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество[5]. Този път трябва да се разгледа член 17 от Директива 2019/790, който предвижда нов режим на отговорност, приложим към доставчиците на онлайн услуги за споделяне.

4. Както ще бъде обяснено в настоящото заключение, тази разпоредба налага на посочените доставчици задължения за контрол на съдържанието, което потребителите на техните услуги публикуват онлайн, за да предотвратят качването на закриляни произведения и обекти, които правоносителите не желаят да правят достъпни чрез тези услуги. По правило този предварителен контрол следва да е под формата на филтриране на съдържанието, извършено с помощта на инструменти на информационните технологии.

5. Това филтриране обаче повдига изтъкнати от жалбоподателя сложни въпроси относно свободата на изразяване на мнение и свободата на информация на потребителите на услугите за споделяне, гарантирани в член 11 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“). В продължение на решенията си Scarlet Extended[6], SABAM[7] и Glawischnig-Piesczek[8] Съдът ще трябва да определи дали, и евентуално при какви условия, такова филтриране е съвместимо с посочените свободи. Това означава той да вземе предвид както предимствата, така и рисковете, до които води подобно филтриране, и в този контекст да гарантира поддържането на „справедливо равновесие“ между, от една страна, интереса на правоносителите от ефективна защита на интелектуалната им собственост, и от друга страна, интереса на тези потребители и на обществеността като цяло от свободното движение на информацията онлайн.

6. В настоящото заключение ще обясня, че според мен при съблюдаване на свободата на изразяване на мнение законодателят на Съюза може да наложи някои задължения за контрол и филтриране на някои онлайн посредници, при условие обаче тези задължения да са съпътствани от достатъчно гаранции, за да се сведе до минимум въздействието на подобно филтриране върху посочената свобода. Тъй като според мен член 17 от Директива 2019/790 съдържа такива гаранции, ще предложа на Съда да постанови, че тази разпоредба е валидна, и поради това да отхвърли жалбата на Република Полша[9].

4 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 г. (ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257).

5 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 г. (ОВ L 167, 2001 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230; поправка, ОВ L 168, 2016 г., стр. 19).

6 Решение от 24 ноември 2011 г. (C-70/10, наричано по-нататък „решение Scarlet Extended“, EU:C:2011:771).

7 Решение от 16 февруари 2012 г. (C-360/10, наричано по-нататък „решение SABAM“, EU:C:2012:85).

8 Решение от 3 октомври 2019 г. (C-18/18, наричано по-нататък „решение Glawischnig-Piesczek“, EU:C:2019:821).

9 Веднага правя уточнението, че след изготвянето на настоящото заключение, в хода на превода му, *от една страна*, бе постановено решение от 22 юни 2021 г., YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, EU:C:2021:503), *и от друга страна*, Комисията публикува своите Насоки за прилагане на член 17 от Директива 2019/790 (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“, 4 юни 2021 г. (COM(2021) 288 final). Предвид напредналия стадий, на който се намираше работата по настоящото заключение, разгледах тези два документа само в послепис, който читателят ще открие в точка 221 и сл. от настоящото заключение.

II. Правна уредба

А. Директива 2000/31

7. Член 14 от Директива 2000/31, озаглавен „Съхраняване на информация“, предвижда в параграф 1:

„Когато се предоставя услуга на информационното общество, която се състои в съхраняване на информация, предоставяна [от] получателя на услугата, държавите членки гарантират, че доставчикът на услуги не носи отговорност за информацията, съхранена по молба на получателя на услугата, при условие че:

а) доставчикът няма сведения за незаконна[та] дейност или информация, а във връзка с искове за щети, не е запознат с факти или обстоятелства, от които да е видна незаконната дейност или информация;

или

б) доставчикът, при получаването на такива сведения или запознаването с такива факти, действа експедитивно за отстраняването или блокирането на достъпа до информацията“.

8. Член 15 от тази директива, озаглавен „Отсъствие на общо задължение за контрол“, предвижда в параграф 1:

„Държавите членки не налагат общо задължение на доставчиците при предоставянето на услугите по членове 12, 13 и 14 да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, нито общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност“.

Б. Директива 2001/29

9. Член 3 от Директива 2001/29, озаглавен „Право на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“, предвижда в параграфи 1 и 2:

„1. Държавите членки предоставят на авторите изключително право да разрешават или забраняват публичното разгласяване на техни произведения по жичен или безжичен път, включително предоставяне на публично разположение на техни произведения по такъв начин, че всеки може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него.

2. Държавите членки предвиждат […] изключително право да разрешават или забраняват предоставяне на публично разположение по жичен или безжичен път по такъв начин, че всеки да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него:

а) за изпълнителите — на фиксиранията на техните изпълнения;

б) за продуценти на звукозаписи — на техните звукозаписи;

в) за продуцентите — на първото фиксиране на филми, на оригинала и копията на техните филми;

г) за радио- и телевизионните организации — за фиксирането на техните излъчвания, независимо дали тези излъчвания са предавани по жичен път или по въздуха, включително чрез кабел или спътник“.

10. Член 5 от тази директива, озаглавен „Изключения и ограничения“, предвижда в параграф 3:

„Държавите членки могат да предвидят изключения или ограничения по отношение на правата, предвидени в членове 2 и 3, в следните случаи:

[…]

г) цитати за целите като критика или обзор, […];

[…]

к) използване за целите на карикатурата, пародията или имитацията;

[…]“.

B. Директива 2019/790

11. Член 17 от Директива 2019/790, озаглавен „Използване на защитено съдържание от доставчици на онлайн услуги за споделяне на съдържание“, гласи:

„1. Държавите членки предвиждат, че доставчикът на онлайн услуга за споделяне на съдържание извършва публично разгласяване или предоставяне на публично разположение за целите на настоящата директива, когато дава достъп на обществеността до защитени с авторско право произведения или до други защитени обекти, качени от нейните ползватели.

Следователно доставчикът на онлайн услуга за споделяне на съдържание получава разрешение от правоносителите, посочени в член 3, параграфи 1 и 2 от [Директива 2001/29], например чрез сключване на лицензионно споразумение, за публично разгласяване или предоставяне на публично разположение на произведения или други обекти.

2. Държавите членки предвиждат, че когато доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание получи разрешение, например чрез сключването на лицензионно споразумение, това разрешение обхваща също така действия, извършвани от ползватели на услугите, попадащи в обхвата на член 3 от [Директива 2001/29], когато те не действат на търговска основа или когато тяхната дейност не генерира значителни приходи.

3. Когато доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание извършва действие по публично разгласяване или действие по предоставяне на публично разположение при условията, установени в настоящата директива, ограничението на отговорността по

член 14, параграф 1 от [Директива 2000/31] не се прилага за ситуациите, обхванати от настоящия член.

Първа алинея от настоящия параграф не засяга евентуалното прилагане на член 14, параграф 1 от [Директива 2000/31] по отношение на тези доставчици на услуги за цели, които попадат извън обхвата на настоящата директива.

4. Ако не е дадено разрешение, доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание носят отговорност за неправомерни действия по публично разгласяване, включително предоставяне на публично разположение, на защитени от авторското право произведения и други обекти, освен ако доставчиците на услуги докажат, че:

а) са положили всички възможни усилия за получаване на разрешение; и

б) в съответствие с високите секторни стандарти за дължима професионална грижа са положили всички възможни усилия, за да се гарантира неналичността на конкретните произведения и други обекти, за които правоносителите са предоставили на доставчиците на услуги съответната и необходима информация; и във всеки случай

в) са действали експедитивно, след като са получили достатъчно обосновано уведомление от страна на правоносителите, за да преустановят достъпа до или да премахнат от своите уебсайтове произведенията или другите обекти, за които е постъпило уведомлението, и са положили максимални усилия за предотвратяване на бъдещото им качване в съответствие с буква б).

5. Когато се определя дали доставчикът на услуги е изпълнил задълженията си по параграф 4 и с оглед принципа на пропорционалност, наред с другото, се вземат предвид следните елементи:

а) видът, публиката и размерът на услугата, както и видът произведения или други обекти, качени от ползвателите на услугата; и

б) наличието на подходящи и ефективни средства и тяхната цена за доставчиците на услуги.

[…]

7. Сътрудничеството между доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание и правоносителите не води до предотвратяване на наличието на произведения или други обекти, качвани от ползватели, които не нарушават авторското право и сродните му права, включително когато тези произведения или други обекти са обхванати от изключение или ограничение.

Държавите членки гарантират, че при качването и предоставянето на публично разположение на съдържание, генерирано от потребителите, в онлайн услугите за споделяне на съдържание, потребителите във всяка държава членка могат да разчитат на което и да е от следните съществуващи изключения или ограничения:

а) цитиране, критика, обзор;

б) използване с цел карикатура, пародия или имитация.

8. Прилагането на настоящия член не води до общо задължение за контрол.

Държавите членки предвиждат, че доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание предоставят на правоносителите по тяхно искане адекватна информация относно функционирането на техните практики във връзка със сътрудничеството, посочено в параграф 4, а когато между доставчиците на услуги и правоносителите се сключват лицензионни споразумения — информация относно използването на съдържанието, обхванато от споразуменията.

9. Държавите членки предвиждат доставчикът на онлайн услуга за споделяне на съдържание да въвежда ефективен и експедитивен механизъм за подаване на жалби и за правна защита, който е на разположение на ползвателите на услугата в случай на спорове относно преустановяването на достъпа до или премахването на произведения или други обекти, качени от тях.

Когато правоносителите поискат да бъде преустановен достъпа до техни конкретни произведения или други обекти или тези произведения или други обекти да бъдат премахнати, те надлежно обосновават причините за своите искания. Жалбите, подадени чрез предвидения в първа алинея механизъм, се обработват без ненужно забавяне, а решенията за преустановяване на достъпа до или за отстраняване на каченото съдържание подлежат на човешка преценка. Държавите членки гарантират също така, че са налице механизми за извънсъдебно решаване на спорове. Тези механизми дават възможност споровете да бъдат разрешавани безпристрастно и не трябва да лишават ползвателя от правната защита, предоставяна от националното право, без да се засягат правата на ползвателите да прибягват до ефективни средства за правна защита. По-конкретно държавите членки гарантират, че ползвателите имат достъп до съд или друг компетентен правораздавателен орган, за да се позовават на приложимостта на изключение или ограничение по отношение на правилата на авторското право и сродните му права.

Настоящата директива по никакъв начин не засяга законното използване, като например използването съгласно изключенията или ограниченията, предвидени в правото на Съюза […].

Доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание информират своите потребители в своите общи условия, че те могат да използват произведения и други обекти съгласно изключенията или ограниченията на авторското право и сродните му права, предвидени в правото на Съюза.

10. Считано от 6 юни 2019 г., Комисията, в сътрудничество с държавите членки, организира диалози със заинтересованите страни за обсъждане на най-добрите практики за сътрудничество между доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание и правоносителите. Комисията, в консултация с доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание, правоносителите, сдруженията на ползвателите и други съответни заинтересовани страни и като взема предвид резултатите от диалозите със заинтересованите страни, издава насоки за прилагането на настоящия член, по-специално по отношение на сътрудничеството, посочено в параграф 4. Когато се обсъждат най-добрите практики, се обръща специално внимание, наред с другото, на необходимостта от баланс между основните права и използването на изключения и

ограничения. За целите на диалога със заинтересованите страни сдруженията на ползвателите имат достъп до подходяща информация от доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание относно функционирането на техните практики във връзка с параграф 4“.

III. Обстоятелства в основата на жалбата

A. Предложение за директива относно авторското право в цифровия единен пазар

12. На 14 септември 2016 г. Европейската комисия представи Предложение за директива относно авторското право в цифровия единен пазар[10]. Това предложение има за цел да адаптира правилата на Съюза в областта на литературната и художествената собственост — авторското право и сродните му права, — и по-специално Директива 2001/29, към еволюцията на цифровите технологии[11]. То има за цел също по-нататъшното хармонизиране в тази област по начин, който — макар да продължава да гарантира висока степен на закрила на интелектуалната собственост — осигурява широка достъпност на творческото съдържание в целия Съюз и поддържа в цифровата среда „справедливо равновесие“ с други обществени интереси.

13. В този контекст член 13 от предложението цели по-конкретно да поправи „Value Gap“, а именно получаваната разлика между стойността, която доставчиците на онлайн услуги за споделяне извличат от закриляните произведения и обекти, и доходите, които изплащат на правоносителите[12].

14. В това отношение следва да се припомни, че въпросните услуги, които са характерни за интерактивния „Web 2.0“ и най-познати примери за които са YouTube[13], Soundcloud и Pinterest, позволяват на всеки автоматично да публикува онлайн желаното от него съдържание без предварителен подбор от страна на доставчиците им. Съдържанието, публикувано в интернет от ползвателите на тези услуги — обикновено обозначено като „user-generated content“ или „user-uploaded content“ — впоследствие може да бъде преглеждано чрез *streaming* (поточно предаване) от интернет сайтовете или свързани с тези услуги приложения за интелигентни устройства — като това се улеснява от функциите за индексиране, търсене и препоръчване, които обикновено се намират на сайта или приложението — при това най-често безплатно — като доставчиците на същите услуги обичайно получават възнаграждение от продажбата на рекламно пространство. Така в интернет се предоставя на публично разположение огромен обем съдържание[14], включително значителен дял произведения и други закриляни обекти.

10 Предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета относно авторското право в цифровия единен пазар (COM(2016) 593 final) (наричано по-нататък „предложението за директива“).

11 Вж. изложението на мотивите на предложението за директива, стр. 2 и 3.

12 Вж. стр. 3 от предложението за директива и „Commission Staff Working Document, impact assessement on the modernisation of EU copyright rules“ (SWD (2016) 301 final) (наричан по-нататък „анализът на въздействието“), част 1/3, стр. 137—141.

13 Вж. по отношение на платформата YouTube заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, наричано по-нататък „заключението по съединени дела YouTube и Cyando“, EU:C:2020:586, т. 14—18).

14 Например няколко стотици хиляди видеоклипове се публикуват всеки ден в YouTube от потребителите на тази платформа, които, ако се вярва на Google, са над 1,9 милиарда. Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 43).

15. От 2015 г. нататък обаче правоносителите, и по-специално тези от музикалната индустрия, изтъкват, че докато тези услуги за споделяне фактически заемат важно място в онлайн разпространението на произведения и други закриляни обекти и докато доставчиците им извличат значителни приходи от реклама, последните не заплащат справедливо възнаграждение на правоносителите. Приходите, които същите доставчици им изплащат, по-специално били незначителни в сравнение с тези, които доставчиците на услуги за *стрийминг* на музика — като Spotify — им плащат, въпреки че потребителите често възприемат тези два вида услуги като еквивалентни източници на достъп до посочените обекти. Това също така водело до нелоялна конкуренция между посочените услуги [15].

16. За да се разбере добре доводът за „Value Gap“, трябва отново да се разгледа приложимата правна уредба преди приемането на Директива 2019/790 и несигурността около нея.

17. *От една страна*, член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 признава на авторите изключително право да разрешават или забраняват всякакво „публично разгласяване“ на техни произведения, включително „предоставянето на публично разположение“ на тези произведения по такъв начин, че всеки да може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него [16]. Подобни права се признават на притежателите на сродни права върху техните защитени обекти [17] по силата на член 3, параграф 2 от тази директива [18]. Следователно по принцип [19] трето лице не може да „разгласява публично“ закриляно произведение или закрилян обект, без преди това да е получило разрешение от притежателя или притежателите на права върху това произведение или обект, което разрешение обикновено е под формата на лицензионен договор и се предоставя срещу възнаграждение [20]. Макар впрочем винаги да е било ясно, че публикуването онлайн от ползвател на закриляно произведение или закрилян обект чрез услуга за споделяне представлява действие на „публично разгласяване“, което изисква такова предварително разрешение, въпросът дали самите доставчици на тези услуги трябва да сключват лицензионни споразумения и да заплащат възнаграждение на притежателите на права е бил предмет на спор между въпросните доставчици и правоносителите [21].

18. *От друга страна*, член 14 от Директива 2000/31 съдържа „сигурна зона“ (*safe harbour*) за доставчиците на услуги на информационното общество, състояща се в съхраняването на съдържание, предоставяно от трети лица. По същество тази разпоредба предвижда, че доставчикът на такава услуга е освободен от всякаква отговорност, която би могла да

15 Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 137, 139 и 142, както и част 3/3 от приложение 12B.

16 Следователно, строго погледнато, член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 съдържа „право на публично разгласяване“ и „право на предоставяне на публично разположение“. Тъй като обаче първото обхваща второто, ще използвам за удобство термина „публично разгласяване“, за да обозначавам без разграничение тези две права.

17 Вж. изброяването в член 3, параграф 2 от Директива 2001/29, възпроизведено в точка 9 от настоящото заключение.

18 В тесен смисъл член 3, параграф 2 от Директива 2001/29 признава само на притежателите на сродни права изключително право на „предоставяне на публично разположение“ на техните закриляни обекти. Правото на „публично разгласяване“ в тесен смисъл е признато в член 8 от Директива 2006/115/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година за правото на отдаване под наем и в заем, както и за някои права, свързани с авторското право в областта на интелектуалната собственост (ОВ L 376, 2006 г., стр. 28; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17 том 3 стр. 14). За някои притежатели на сродни права последното право е изключително право, а за други става въпрос само за право на възнаграждение. Тези нюанси обаче са без значение за настоящото дело. Ето защо ще отбележа само член 3 от Директива 2001/29.

19 При спазване на изключенията и ограниченията на авторското право (вж. точка 144 от настоящото заключение).

20 Вж. по-специално решение от 14 ноември 2019 г., Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, т. 38 и цитираната съдебна практика).

21 Вж. в това отношение заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 53—93).

произтече [22] от незаконно съдържание, съхранено от него по искане на получателите на услугата, при условие че доставчикът няма сведения, че то е такова, или съответно го е премахнал експедитивно. И тук обаче има спор около въпроса дали доставчиците на онлайн услуги за споделяне могат да се ползват от това освобождаване в областта на авторското право [23].

19. Тези спорове бяха още по-оживени, тъй като Съдът досега не бе имал повод да се произнесе по тях [24].

20. В този контекст някои доставчици на услуги за споделяне просто отказват да сключват лицензионни споразумения с притежателите на права върху закриляни произведения и обекти, публикувани онлайн от потребителите на техните услуги, тъй като считат, че не са длъжни да го правят. Други доставчици на услуги все пак приемат да сключат такива споразумения, но според правоносителите условията по тези споразумения не са справедливи, тъй като те не могат да преговарят на равна основа с посочените доставчици [25].

21. След като това бе припомнено, предложението за директива следователно има за цел, *от една страна*, правоносителите да могат да получат по-добро възнаграждение за използването чрез онлайн услугите за споделяне на техните произведения и други закриляни обекти, като се потвърждава задължението на доставчиците на услугите да сключват лицензионни споразумения с тези правоносители [26].

22. *От друга страна*, това предложение има за цел да позволи на правоносителите да контролират по-лесно използването на техните закриляни произведения и обекти чрез въпросните услуги. В това отношение член 13 от него задължава доставчиците на посочените услуги по същество да използват инструментите за автоматично разпознаване на съдържание, които вече са въведени доброволно от някои от тях, т.е. инструменти на информационните технологии, чието функциониране ще бъде описано по-нататък [27], които могат да се използват по-специално в момента на публикуване онлайн на съдържание от потребител — откъдето произтича общото обозначение на тези инструменти с термина „Upload filter“ (филтри при качване) — за да се провери с помощта на автоматизиран процес дали съдържанието включва произведение или друг закрилян обект и ако е необходимо, да се блокира разпространението му [28].

23. Предложението за директива, и по-специално член 13 от нея, предизвиква множество разисквания в Парламента и Съвета в рамките на законодателния процес. Този процес освен това се отличава с интензивни лобистки кампании от страна на засегнатите икономически оператори и от демонстративни прояви на противопоставяне на част от

22 Член 14, параграф 1 от Директива 2000/31 се прилага хоризонтално за който и да е вид съдържание и отговорност, независимо от съответната област на правото (интелектуална собственост, клевета, омраза в мрежата и т.н.). Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 138 и бележка под линия 128).

23 Вж. в това отношение заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 132—168).

24 Той току-що го направи в известна степен в решението си от 22 юни 2021 г., YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, EU:C:2021:503). Вж., относно това решение, точка 222 от настоящото заключение.

25 Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 140.

26 Вж. изложението на мотивите на предложението за директива, стр. 3.

27 Вж. точка 57 от настоящото заключение.

28 Вж. съображение 38, трета алинея, съображение 39 и член 13, параграф 1 от предложението за директива.

гражданското общество, академичните среди и защитниците на свободата на изразяване на мнение, изтъкващи вредните последици, които според тях би могло да има за тази свобода задължаването на доставчиците на услуги за споделяне да въведат „upload filters“ [29].

24. Предложението за директива в крайна сметка е одобрено от Парламента на 26 март 2019 г., а от Съвета — на 16 април 2019 г. [30] Това предложение е прието официално като Директива 2019/790 на 17 април 2019 г. Тя е трябвало да бъде транспонирана от държавите членки до 7 юни 2021 г. [31]

Б. Член 17 от Директива 2019/790

25. В хода на законодателния процес член 13 от предложението за директива претърпява различни промени. В много по-различна редакция той е приет като член 17 от Директива 2019/790. Струва ми се уместно още на този етап да представя някои от основните му аспекти.

26. *Първо*, както е видно от заглавието му, член 17 от Директива 2019/790 се отнася до „доставчици на онлайн услуги за споделяне на съдържание“ [32]. Това понятие е дефинирано в член 2, точка 6, първа алинея от Директивата като обозначаващо всеки „доставчик на услуга на информационното общество, основната цел или една от основните цели на когото е да съхранява и да предоставя достъп на публиката до голям брой защитени от авторското право произведения или други защитени обекти, качени от ползватели на услугата на този доставчик, които той организира и популяризира с цел реализиране на печалба“. Независимо от отворения характер на използваните изрази, от това определение ясно следва, че член 17 се отнася до „големите“ доставчици на услуги за споделяне, считани за свързани с „Value Gap“ [33] и чието функциониране това определение очевидно се стреми да отрази [34].

[29] Вж. по-специално петицията „Stop the censorship-machinery! Save the Internet!“ (достъпна на адрес: https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet). Вж. също *Kaye*, D. Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 13.6.2018, и Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing, 26 април 2018 г., Обединени нации.

[30] Директива 2019/790 не е приета единодушно. При окончателното гласуване в Съвета шест държави членки (Италианската република, Великото херцогство Люксембург, Кралство Нидерландия, Република Полша, Република Финландия и Кралство Швеция) гласуват против текста, а три държави членки (Кралство Белгия, Република Естония и Република Словения) се въздържат (вж. документ 8612/19 от 16 април 2019 г., „Резултати от гласуването, Директива на Европейския парламент и на Съвета относно авторското право и сродните му права в цифровия единен пазар и за изменение на директиви 96/9/ЕО и 2001/29/ЕО (първо четене)“, достъпен на адрес: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/bg/pdf). Освен това редица държави членки в различни декларации изразяват опасенията си относно последиците от тази директива за правата на потребителите (вж. съвместната декларация на Нидерландия, Люксембург, Полша, Италия и Финландия, декларацията на Естония и декларацията на Германия, налични на адрес: surhttp://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/FR/pdf).

[31] Директива 2019/790 е публикувана в *Официален вестник на Европейския съюз* на 17 май 2019 г. Тя влиза в сила на 7 юни същата година (вж. членове 29 и 31 от тази директива).

[32] За удобство ще използвам израза „доставчик на услуги за споделяне“.

[33] Впрочем в съображение 62 от Директива 2019/790 се уточнява, че понятието „доставчици на онлайн услуги за споделяне на съдържание“ се отнася за услугите, „които играят важна роля на пазара на онлайн съдържание, като се конкурират с други онлайн услуги за съдържание, като например онлайн услуги за излъчване на аудио и видео съдържание[,] за същата публика“, което отразява обобщените в точка 15 от настоящото заключение доводи.

[34] Член 2, точка 6, втора алинея от Директива 2019/790 съдържа неизчерпателно изброяване на доставчиците на услуги, за които не следва да се прилага член 17 от тази директива.

27. *Второ*, в член 17, параграф 1, първа алинея от Директива 2019/790 се посочва, че доставчик на услуги за споделяне „извършва публично разгласяване или предоставяне на публично разположение за целите на настоящата директива, когато дава достъп на обществеността до защитени с авторско право произведения или до други защитени обекти, качени от нейните ползватели“. При това положение, както се уточнява във втора алинея от този параграф, тези доставчици по принцип трябва да получат разрешение от правоносителите, например чрез сключване на лицензионно споразумение, за използването чрез техните услуги на защитено съдържание, публикувано онлайн от потребителите [35]. По този начин законодателят на Съюза решава ex lege спора, посочен в точка 17 от настоящото заключение в полза на тези правоносители [36].

28. Това задължение е пряко свързано с основната цел, която преследва член 17 от Директива 2019/790, а именно „да се изгради добре функциониращ и справедлив пазар за авторското право“ [37], като се насърчи развитието на „пазара за лицензиране между правоносителите и доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание“. Става въпрос за укрепване на позицията на правоносителите при договарянето (или предоговарянето) на лицензионни споразумения с посочените доставчици, за да се гарантира, че тези споразумения са „справедливи“ и поддържат „разумен баланс между двете страни“ [38], и така да се разреши проблемът с „Value Gap“. Преговорната позиция на посочените правоносители е допълнително укрепена, тъй като по принцип те от своя страна не са длъжни да сключват такива споразумения с доставчиците [39].

29. *Трето*, в член 17, параграф 3 от Директива 2019/790 се уточнява, че когато доставчик на услуги за споделяне извършва действие по „публично разгласяване“ или „предоставяне на публично разположение“ при условията, определени в параграф 1 от този член, освобождаването от отговорност, предвидено в член 14 от Директива 2000/31, не се прилага [40].

30. Четвърто, в член 17, параграф 4 се уточнява, че когато доставчиците на услуги за споделяне не са получили разрешение от правоносителите, те носят отговорност за „неправомерните“ [41] действия по публично разгласяване, осъществени посредством техните услуги. Става въпрос за логическа последица от изложеното по-горе: тъй като вече се счита, че тези доставчици осъществяват действия по „публично разгласяване“, когато

35 Тази отговорност не замества, а се добавя към отговорността на качващите съдържанието потребители, които лично извършват отделни действия по „публично разгласяване“. Вж. обаче бележка под линия 265 от настоящото заключение.

36 В съображение 64 от Директива 2019/790 се посочва, че става въпрос за „пояснение“. Всъщност според мен законодателят на Съюза е преформулирал обхвата на правото на „публично разгласяване“ по смисъла на член 3 от Директива 2001/29 (само) за целите на прилагането на посочения член 17. Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 250—255).

37 Съображение 3 от Директива 2019/790.

38 Вж. съображение 61 от Директива 2019/790.

39 Вж. съображение 61 от Директива 2019/790, в което се уточнява, че „тъй като свободата на договаряне не следва бъде засегната от тези разпоредби, правоносителите не следва да бъдат задължени да дават разрешение или да сключват лицензионни споразумения“.

40 Както се уточнява в член 17, параграф 3, втора алинея от Директива 2019/790, това не засяга прилагането на член 14 по отношение на доставчиците на услуги за споделяне за цели, които попадат извън обхвата на тази директива. Всъщност, както обясних в заключението си по съединени дела YouTube и Cyando (т. 141—168), според мен в други хипотези посочените доставчици се ползват от освобождаването, предвидено в посочения член 14. Следователно, както изтъква Комисията, член 17, параграф 3 от Директива 2019/790 е lex specialis по отношение на същия член 14.

41 При тази формулировка трябва да се разбира, че доставчиците носят отговорност за „незаконните“ действия по публично разгласяване, тоест за неразрешени действия, за които не се прилага никое изключение или ограничение (вж. т. 143 и сл. от настоящото заключение).

„предоставят достъп“ до произведенията и другите закриляни обекти, качени от потребителите на техните услуги, те носят *пряка* (или „първична“) *отговорност* при незаконно „разгласяване“.

31. По принцип пряката отговорност на лицето, извършило незаконно действие на „публично разгласяване“, е обективна отговорност [42]. Следователно доставчиците на услуги за споделяне би трябвало автоматично да носят отговорност всеки път, когато закриляно произведение или закрилян обект се качва незаконно в интернет чрез техните услуги. На това основание те биха могли по-специално да бъдат осъдени да заплатят на съответните правоносители обезщетение за вреди, което може да е в значителен размер [43].

32. Тъй като обаче, от *една страна*, именно потребителите на услугите за споделяне публикуват онлайн намиращото се там съдържание, без доставчиците на услугите да осъществяват предварителен подбор в това отношение [44], и *от друга страна*, тези доставчици вероятно няма да могат да получат разрешение от всички правоносители за всички настоящи и бъдещи произведения и други закриляни обекти, които е възможно да бъдат качени там [45], подобна обективна отговорност би принудила посочените доставчици да променят напълно икономическия модел — и по този начин да се откажат от самия модел на интерактивния „Web 2.0“.

33. При това положение законодателят на Съюза е счел, че за същите доставчици следва да се предвиди специален механизъм за отговорност [46]. Съгласно член 17, параграф 4 от Директива 2019/790 в случай на незаконно „публично разгласяване“, осъществено посредством техните услуги, те могат да се освободят от отговорност, като докажат, че:

„а) са положили всички възможни усилия за получаване на разрешение; и

б) в съответствие с високите секторни стандарти за дължима професионална грижа са положили всички възможни усилия, за да се гарантира неналичността на конкретните произведения и други обекти, за които правоносителите са предоставили на доставчиците на услуги съответната и необходима информация; и във всеки случай

в) са действали експедитивно, след като са получили достатъчно обосновано уведомление от страна на правоносителите, за да преустановят достъпа до или да премахнат от своите уебсайтове произведенията или другите обекти, за които е постъпило уведомлението, и са положили максимални усилия за предотвратяване на бъдещото им качване в съответствие с буква б)“.

42 Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 100 и 101).

43 Вж. член 13 от Директива № 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56).

44 Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 73—78).

45 *Най-напред*, не всички правоносители ще желаят да разрешат използването на техните закриляни произведения и обекти чрез тези услуги. *След това*, докато за доставчиците на услуги за споделяне ще бъде относително лесно да сключат лицензионни споразумения с „Големите“ или организациите за колективно управление, това ще се окаже по-сложно по отношение на плеядата „малки“ правоносители и самостоятелни автори. *Накрая*, към тази сложност се добавя фактът, че публикуваното онлайн съдържание чрез услугите за споделяне може да включва множество различни видове права и че за авторското право и сродните му права се прилага принципът на териториалност. Лицензиите съответно функционират на принципа „държава по държава“, което умножава броя на разрешенията, които следва да бъдат получени.

46 Вж. съображение 66 от Директива 2019/790.

34. В центъра на настоящата жалба са две от тези кумулативни условия. Останалите параграфи на член 17 от Директива 2019/790 ще бъдат представени в хода на разглеждането на жалбата [47].

IV. Производството пред Съда и исканията на страните

35. На 24 май 2019 г. Република Полша подава настоящата жалба в секретариата на Съда.

36. Република Полша иска от Съда:

– да отмени член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine — а именно в частта, съдържаща израза „и са положили максимални усилия за предотвратяване на бъдещото им качване в съответствие с буква б)“ — от Директива 2019/790,

– при условията на евентуалност — ако според Съда обжалваните разпоредби не могат да бъдат отделени от останалата част на член 17 от тази директива, без да се измени същността му — да отмени този член изцяло,

– да осъди Парламента и Съвета да заплатят съдебните разноски.

37. Парламентът иска от Съда:

– да отхвърли жалбата като неоснователна,

– да осъди Република Полша да заплати съдебните разноски.

38. Съветът иска от Съда:

– да отхвърли главното искане като недопустимо,

– при условията на евентуалност, да отхвърли цялата жалба като неоснователна,

– да осъди Република Полша да заплати съдебните разноски.

39. С решение на председателя на Съда от 17 октомври 2019 г. Кралство Испания, Френската република, Португалската република и Европейската комисия са допуснати да встъпят в подкрепа на исканията на Парламента и Съвета. Всички встъпили страни представят писмени становища при встъпване, с изключение на Португалската република.

40. Страните и встъпилите страни, с изключение на португалското правителство, са представлявани в проведеното на 10 ноември 2020 г. съдебно заседание за изслушване на устните състезания.

[47] С изключение на член 17, параграф 6 от Директива 2019/790, в който се предвиждат специфични условия за освобождаване от отговорност на „новите“ доставчици на услуги за споделяне и който излиза извън предмета на разглежданата жалба.

V. Анализ

41. В подкрепа на жалбата си Република Полша изтъква само едно основание, а именно нарушение на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация, гарантирано в член 11, параграф 1 от Хартата [48]. Преди да разгледам това основание по същество (дял Б), ще разгледам накратко допустимостта на жалбата (дял А).

А. По допустимостта

42. Парламентът, Съветът, френското правителство и Комисията изтъкват, че главното искане в жалбата, доколкото цели отмяната само на от член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от Директива 2019/790, е недопустимо. Аз също съм на това мнение.

43. Всъщност съгласно постоянната практика на Съда частичната отмяна на акт на Съюза е възможна само ако елементите, чиято отмяна се иска, са *отделими* от останалата част на акта. Това изискване не е изпълнено, когато частичната отмяна би довела до изменение на неговата същност [49].

44. Отмяната само на член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от Директива 2019/790 впрочем би променила същността на член 17. Както изтъкват Парламентът, Съветът, френското правителство и Комисията, различните разпоредби на посочения член 17 в тяхната съвкупност представляват „сложен“ режим на отговорност, отразяващ желания от законодателя на Съюза баланс между правата и интересите на доставчиците на услуги за споделяне, потребителите на техните услуги и правоносителите. Отмяната само на обжалваните разпоредби би довела до замяна на този режим на отговорност с режим, който е едновременно съществено различен и значително по-благоприятен за тези доставчици. С други думи, извършването на такава частична отмяна би означавало Съдът да *преразгледа* същия член 17, което той не може да направи в производство за отмяна по член 263 ДФЕС.

45. Между страните обаче е безспорно, че направеното от жалбоподателя искане при условията на евентуалност за цялостна отмяна на член 17 от Директива 2019/790 е допустимо. Всъщност колкото и важен да е този член, отмяната му не би изменила същността на посочената директива. Многобройните ѝ членове имат различен предмет и са обособени в различни дялове и глави. В това отношение член 17 от посочената директива е *отделим* от останалите ѝ членове, които биха могли да продължат да съществуват, ако той бъде отменен [50].

Б. По същество

46. Единственото основание, изтъкнато от Република Полша, може да бъде обобщено с няколко думи. По същество тя твърди, че съгласно член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от Директива 2019/790, за да се освободят от каквато и да е отговорност в случай на

[48] Ето защо ще сведа анализа си до това основно право, независимо от въпросите, които член 17 от Директива 2019/790 може да повдигне с оглед на други основни права, гарантирани от Хартата, като свободата на стопанската инициатива (член 16).

[49] Вж. по-специално решение от 8 декември 2020 г. Полша/Парламент и Съвет (C-626/18, EU:C:2020:1000, т. 28 и цитираната съдебна практика).

[50] С изключение на определението за „доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание“, съдържащо се в член 2, точка 6 от Директива 2019/790, което би загубило смисъла за съществуването си.

незаконно „публично разгласяване“ чрез техните услуги на произведения или други закриляни обекти, доставчиците на услуги за споделяне трябва да извършват предварителен контрол на съдържанието, което потребителите желаят да публикуват онлайн. За тази цел те трябва да използват инструменти на информационните технологии, позволяващи автоматичното филтриране на посоченото съдържание. Този предварителен контрол обаче представлявал ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение, гарантирано в член 11 от Хартата. Ограничаването не било съвместимо с този правен акт, тъй като засягало „основното съдържание“ на посоченото основно право или най-малкото не зачитало принципа на пропорционалност.

47. В своя защита Парламентът и Съветът, подкрепяни от испанското и френското правителство и от Комисията, оспорват всеки един от тези аспекти. Ето защо ще ги разгледам последователно в следващите раздели. *Най-напред* ще се спра на обхвата на обжалваните разпоредби (раздел 1). *След това* ще разгледам въпроса за ограничаването на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация (раздел 2) и *накрая* — въпроса за съвместимостта на това ограничаване с Хартата (раздел 3).

1. Обхватът на обжалваните разпоредби

48. За да се разбере добре обхватът на условията за освобождаване от отговорност, предвидени в член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от Директива 2019/790, като обект за сравнение е полезно да се имат предвид условията по член 14 от Директива 2000/31. По същество съгласно този член доставчикът се освобождава от всякаква отговорност, която може да произтече от незаконна информация, съхранявана от него по молба на потребител на услугата му, при условие че, първо, няма сведения за това или, второ, според случая експедитивно е премахнал тази информация или е блокирал достъпа до нея. На практика от такъв доставчик не се очаква да наблюдава наличната на сървърите му информация и да търси активно намиращата се на тях незаконна такава [51]. Когато обаче узнае за съществуването и местоположението на такава незаконна информация — обикновено в резултат на изпратено от трето лице уведомление — този доставчик трябва да реагира, като премахне въпросната информация или блокира достъпа до нея по система за „уведомление и изтегляне“ (*notice and take down*) [52].

49. Напротив, както изтъква жалбоподателят, за да изпълнят предвидените в обжалваните разпоредби условия, доставчиците на услуги за споделяне трябва да извършват превантивен контрол върху публикуваната онлайн информация от потребителите на тези услуги (подточка а). За да упражняват такъв контрол обаче, в много случаи тези доставчици трябва да използват инструменти на информационните технологии, позволяващи автоматичното филтриране на посоченото съдържание (подточка б).

[51] Съгласно член 15 от Директива 2000/31 (вж. т. 105 от настоящото заключение). Посредством съдебни или административни разпореждания на доставчиците обаче могат да бъдат наложени някои задължения за контрол, независимо от това освобождаване от отговорност (вж. по-специално член 14, параграф 3 от Директива 2000/31 и член 8, параграф 3 от Директива 2001/29).

[52] Вж. за повече подробности, заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 173—196).

а) Превантивен контрол върху съдържанието, публикувано онлайн от потребителите…

50. *На първо място*, припомням, че *от една страна*, съгласно член 17, параграф 4, буква б) от Директива 2019/790 доставчиците на услуги за споделяне трябва „в съответствие с високите секторни стандарти за дължима професионална грижа [да] са положили всички възможни усилия“, за да се „гарантира неналичността“ на конкретни произведения и други закриляни обекти, за които правоносителите са предоставили на доставчиците на услуги съответната и необходима информация.

51. *От друга страна*, съгласно буква в) от този параграф, след като са получили достатъчно обосновано уведомление от страна на правоносителите за наличието на произведения или други закриляни обекти в рамките на предоставяните от тях услуги, същите тези доставчици трябва не само да действат експедитивно, за да преустановят достъпа до тези обекти или да ги премахнат от своите уебсайтове [53], но и да положат „максимални усилия“ за „предотвратяване на бъдещото им качване“ — този път по логика „уведомление и *постоянно блокиране*“ (*notice-and-stay-down*).

52. Накратко, обжалваните разпоредби налагат на доставчиците на услуги за споделяне задължения за полагане на дължима грижа — или с други думи, задължения за използване на средства [54] — при осъществяването на *контрола* върху техните услуги. За да се „гарантира неналичността“ на произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите и „за предотвратяване на бъдещото им качване“, тези доставчици трябва да предприемат „всички стъпки, които добросъвестен оператор би предприел“ [55], за да откриват и блокират или премахват активно сред съвкупността от съдържание, публикувано от потребителите онлайн, онова, което възпроизвежда въпросните обекти [56].

53. Това тълкуване се потвърждава от целта, преследвана в член 17 от Директива 2019/790. Всъщност при действието на член 14 от Директива 2000/31 правоносителите трябва да наблюдават услугите за споделяне и чрез уведомления да съобщават на доставчиците им за предоставяното чрез тях съдържание, нарушаващо права, за да могат последните да го премахнат. Както обаче припомня Съветът, при приемането на посочения член 17 законодателят на Съюза е счел, че такава система създава прекомерна тежест за правоносителите и не им позволява да контролират ефективно използването чрез тези услуги на техните произведения и други закриляни обекти [57]. По-специално премахнатото

[53] Предвиденото в член 17, параграф 4, буква c), in principio, условие съответно е аналогично на условията по член 14 от Директива 2000/31.

[54] Задължението за използване на средства изисква от длъжника да положи всички възможни усилия за постигането на резултат, без да е длъжен да го постигне. Вж. в този смисъл решения от 4 юни 2009 г., Комисия/Гърция (C-250/07, EU:C:2009:338, т. 68), и от 27 март 2014 г., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 53).

[55] Вж. съображение 66, втора алинея от Директива 2019/790.

[56] Така член 17, параграф 4 от Директива 2019/790 по същество представлява система на отговорност поради *небрежност*: съгласно тази разпоредба доставчиците на услуги за споделяне ще носят отговорност, ако не противодействат достатъчно старателно на публикуването онлайн на незаконно съдържание от потребителите на техните услуги. В това отношение посоченият член 17 е вид „хибридна“ конструкция между пряката отговорност, която носят извършителите на незаконосъобразни действия, и непряката (или „вторична“) отговорност, която носят посредниците за деяния на трети лица. Вж., относно това разграничение, заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 64, 65, 102 и 103).

[57] Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 140.

съдържание често бива качвано отново онлайн малко по-късно, което ги принуждава да подават нови и нови уведомления [58]. За да се разреши проблемът, обжалваните разпоредби прехвърлят на същите тези доставчици задължението да контролират своите услуги [59].

54. *На второ място*, както изтъква Република Полша, за да изпълнят целите на обжалваните разпоредби, доставчиците на услуги за споделяне трябва се стремят да предотвратяват — ex ante — публикуването онлайн на съдържание, нарушаващо права, а не просто да премахват — ex post — това съдържание.

55. В това отношение от съображение 66 от Директива 2019/790 следва, че съгласно член 17, параграф 4, буква б) от тази директива доставчиците на услуги за споделяне трябва да се стремят да „избегнат“ чрез техните услуги „да бъдат качени“ произведения и други закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите. Буква в) от този параграф е още по-ясна по отношение на естеството на очакваните мерки, тъй като в нея се посочва, че доставчиците трябва да положат усилия за „предотвратяване“ на бъдещото „качване“ на закриляните произведения или обекти, за които е постъпило уведомление от правоносителите. С вметнатия израз „в съответствие с буква б)“ освен това се подчертава, че в тези две точки от доставчиците се очаква едно и също: те трябва да се стремят да *предотвратят* публикуването онлайн — или качването отново онлайн при „*stay-down*“ — на определено незаконно съдържание чрез техните услуги.

56. Това тълкуване се потвърждава и от целта, преследвана с член 17 от Директива 2019/790, а именно да се позволи на правоносителите да контролират по-лесно използването на техните произведения чрез услугите за споделяне. Както изтъква Съветът, тази разпоредба има за цел отново да потвърди в цифровата среда изключителния характер на правото на „публично разгласяване“. Целта на задълженията за полагане на дължима грижа, наложени с обжалваните разпоредби на доставчиците на услуги за споделяне, е да се гарантира, че тези правоносители могат ефективно „да се противопоставят на евентуалното публично разгласяване на тяхното произведение от възможните му ползватели“ [60] чрез тези услуги. Следователно, както подчертават Парламентът и Съветът, доставчиците трябва да се намесят преди публикуването на съдържанието онлайн, т.е. преди закриляните произведения или обекти, които то евентуално възпроизвежда, действително да бъдат „публично разгласени“ в нарушение на това изключително право.

б) …за който в много случаи ще бъде необходимо да се използват инструменти за филтриране

57. На този етап от настоящото заключение ми се струва полезно да обясня, че определен брой инструменти на информационните технологии позволяват автоматично да се открива публикуването или наличието на дадена информация на сървър. По-специално за тази цел съществуват инструменти за автоматично разпознаване на съдържание

58 Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 193).

59 Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 137 и съображение 61 от Директива 2019/790.

60 Вж. по-специално решение от 8 септември 2016 г., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, т. 28 и цитираната съдебна практика).

(*Automatic Content Recognition* или „ACR“), които се основават на различни техники, а именно — от най-простата към най-сложната — „цифрово хеширане“ (*hashing*), „цифрово маркиране“ (*watermarking*) и „цифров отпечатък“ (*fingerprinting*)[61].

58. От втората половина на първото десетилетие на XXI век обаче такива инструменти, които използват по-специално последната техника[62], са въведени доброволно от някои доставчици на услуги за споделяне именно[63] за да търсят активно нарушаващото права съдържание чрез техните услуги[64]. Всъщност инструментите за разпознаване чрез „цифров отпечатък“ могат да *филтрират автоматично* произведения и други закриляни обекти на правоносителите сред каченото чрез посочените услуги съдържание, сравнявайки това съдържание към момента на публикуването му или след това с референтна информация, предоставена от посочените притежатели[65]. Когато това сравнение установи съответствие („match“), посочените инструменти по принцип дават възможност на съответните правоносители да решат ръчно или автоматично да *блокират* въпросното съдържание, да разрешат публикуването му онлайн и да следят популярността му посредством статистически данни за аудиторията или пък да го „монетизират“ чрез добавяне на реклами[66].

59. Предложението за директива отчита тези технологични разработки. Анализът на въздействието подчертава ефикасността на инструментите за разпознаване чрез *„цифров отпечатък“* при нарушаването на права и нарасналата им наличност на пазара. Ще припомня съответно[67], че това предложение се стреми да направи задължително въвеждането на такива инструменти от доставчиците на услуги за споделяне, тъй като

[61] „Хешироването“ се състои в цифровото представяне чрез специален инструмент на компютърен файл под формата на уникална последователност от букви и цифри, наречена „хашкод“ (hashcode). При сравняване на посочения „хашкод“ с тези на публикуваните на сървъра файлове могат да се открият автоматично всички намиращите се там копия, идентични на оригиналния файл. „Watermarking“ се състои във включването чрез специален инструмент в дадено съдържание на специфичен, видим или невидим с просто око, своеобразен „маркер“, който впоследствие може да бъде открит, за да се идентифицира оригиналното съдържание и копията, които са направени от него. Накрая, „fingerprinting“ се състои в генериране с помощта на специален инструмент на уникално цифрово представяне („отпечатък“) на определено съдържание — изображение, звукозапис, видеозапис и т.н. — като то бъде сведено до някои от неговите характерни елементи. При сравняване на този „отпечатък“ с тези на файловете, които се намират на даден сървър, е възможно да се идентифицират всички файлове, които по същество имат съответстващо съдържание. Вж., за повече подробности, *Mochon*, J.-P. Rapport de mission — Une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 29.1.2020.

[62] Инструментите, които функционират въз основа на техниката „hashing“, са с ограничена ефикасност при разпознаването на съдържание, тъй като, както посочих в предходната бележка, тази техника позволява единствено да се открият *идентичните копия* на даден компютърен файл. И най-малкото изменение спрямо оригиналния файл (промяна на пиксел от изображението и т.н.) ще попречи на автоматичното откриване, докато сравняваните файлове по същество биха имали идентично съдържание. По същия начин техниката „watermarking“ позволява единствено да се открият копията на маркиран файл и лесно може да бъде заобиколена. Вж. Mochon, J.-P., op. cit.

[63] Тези инструменти се използват за откриване на други видове незаконно съдържание (детска порнография, обидно съдържание и т.н.). Вж. Mochon, J.-P., op. cit.

[64] В това отношение без съмнение най-известният софтуер е „Content ID“, разработен от Google за YouTube. Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 22).

[65] На практика системата се състои в създаване на „цифрови отпечатъци“ на произведения и други закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите, и включване на тези „отпечатъци“ в база данни, свързана с инструмента за разпознаване. След това, посредством алгоритъм всички публикувани онлайн файлове автоматично се сканират, а техните собствени „отпечатъци“ се сравняват с тези, които се съдържат в базата данни, за да се открият съответствия. Инструментите за разпознаване чрез „цифров отпечатък“ могат да идентифицират такива съответствия дори в кратки срокове (например няколко секунди, що се отнася до звукозапис), или когато съдържанието е променено, за да се избегне автоматичното откриване (например картината на филма е била обърната, ускорена и т.н.). Някои инструменти като Content ID дори са в състояние да разпознаят не само звукозаписи, но и мелодиите от стоящите в основата произведения. Вж. Mochon, J.-P., op. cit.

[66] Вж., за повече подробности относно тези инструменти и техните доставчици, анализа на въздействието, част 3/3, стр. 164—172 и Mochon, J.-P., op. cit.

[67] Вж. точка 22 от настоящото заключение.

целта е да се принудят онези, които все още не са го направили, да се „осъвременят“, а другите — да бъдат задължени да предоставят на правоносителите прозрачен достъп до инструментите им за разпознаване [68].

60. Както не пропускат да подчертаят Парламентът, Съветът и испанското правителство, окончателната редакция на Директива 2019/790 вече не съдържа изрични позовавания на инструментите за автоматично разпознаване на съдържание. Член 17, параграф 4, букви б) и в) от тази директива са формулирани общо. Тези разпоредби формално не задължават доставчиците на услуги за споделяне да следват конкретни мерки или техники за постигане на преследваните с тях цели [69].

61. Според ответниците и встъпилите страни обжалваните разпоредби съответно не задължават тези доставчици да използват такива инструменти. Доставчиците разполагали със „свобода на действие“ по отношение на мерките и техниките, които следва да приложат, за да постигнат посочените в тези разпоредби цели. В този контекст въпросните доставчици можели да „изберат“ да използват подобни инструменти — или да продължат да го правят, що се отнася до тези, които вече го правят — и дори да разработят „новаторски разрешения“ [70]. Във всеки случай съгласно член 17, параграф 5 от Директива 2019/790 изискваните от същите доставчици мерки трябвало да се преценяват във всеки отделен случай в светлината на принципа на пропорционалност.

62. При това положение, както твърди Република Полша, според мен обжалваните разпоредби действително задължават доставчиците на услуги за споделяне в голям брой случаи да използват тези инструменти за разпознаване на съдържание [71]. Според мен между предложението за директива и приемането му като Директива 2019/790 законодателят на Съюза само е променил метода. Вместо да предвиди *пряко* задължение за въвеждане на такива инструменти, той ги налага *косвено* посредством предвидените в тези разпоредби условия за освобождаване от отговорност.

63. Всъщност, от *една страна*, както правилно подчертава жалбоподателят, следва да се има предвид фактическият контекст, в който се вписват обжалваните разпоредби. Член 17 от Директива 2019/790 се отнася за доставчиците на услуги, които съхраняват и предоставят на обществеността достъп до „голям брой защитени от авторското право

68 Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 140—144. Вж. в същия смисъл Съобщение на Комисията „Борба с незаконното онлайн съдържание. Повишаване на отговорността на онлайн платформите“ (COM(2017) 555 final) от 28 септември 2017 година, стр. 13 и 14.

69 В съображение 68 от Директива 2019/790 се посочва единствено че доставчиците на услуги за споделяне могат „да предприемат различни действия“.

70 Вж. в същия смисъл прессъобщение на Парламента от 27 март 2019 г. „Questions and Answers on issues about the digital copyright directive“: „Is the directive creating automatic filters on online platforms? No. The draft directive sets a goal to be achieved […]. The draft directive however does not specify or list what tools, human resources or infrastructures may be needed to prevent unremunerated material appearing on the site. There is therefore no requirement for upload filters. However, if large platforms do not come up with any innovative solutions, they may end up opting for filters […]“. (достъпно в интернет на адрес: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive).

71 Това впрочем е и становището на голяма част от експертите в областта. Вж. по-специално *Grisse*, K. After the storm — examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790. — Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2019, vol. 14, № 11, 887—899, по-специално 894—895; *Leitsner*, M. European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive — Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge? — Zeitschrift für geistiges Eigentum, 2020, vol. 12, No. 2, 123—214, по-специално 141—143; *Lambrecht*, M. Free speech by design — Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive. JIPITEC, vol. 11, 2020, 68—94, по-специално p. 71; *Dusollier*, S. The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition. — Common Market Law Review, vol. 57, 2020, 979—1030, по-специално стр. 1016; Mochon, J.-P., op. cit., p. 106, както и *Frosio*, G., *Mendis*, S. Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend? Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Frosio G. (éd), Oxford University Press, 2020, по-специално стр. 562.

произведения или други защитени обекти“. С други думи, става въпрос за оператори, управляващи голям, дори огромен обем съдържание. Освен това тези услуги за споделяне се предоставят без прекъсване и са отворени към значителен брой потребители, като по този начин във всеки момент може да се публикува онлайн значително количество ново съдържание.

64. В такъв контекст ми се струва очевидно, както изтъква жалбоподателят, че доставчиците на услуги за споделяне не биха могли чрез своите служители да проверяват цялото или дори по-голямата част от публикуваното онлайн съдържание [72], което впрочем Парламентът признава. Ето защо ми е трудно да си представя с какви средства, различни от използването на инструмент за автоматично разпознаване, който им позволява да филтрират качваното съдържание чрез техните услуги, тези доставчици биха могли разумно „да гарантират неналичността“ на закриляните произведения и обекти, идентифицирани от правоносителите, и „да предотвратяват бъдещото им качване“ чрез своите услуги в съответствие с преследваните с обжалваните разпоредби цели [73], а отбелязването от Парламента и Съвета на евентуални „новаторски разрешения“ оказва в това отношение само доста относителна помощ [74]. Освен това в съдебното заседание ответниците и встъпилите страни неохотно признават в отговор на въпросите на Съда, че тези инструменти често фактически ще са абсолютно необходими в това отношение [75].

65. *От друга страна*, припомням, че за да изпълнят наложените им задължения за полагане на дължима грижа съгласно текста на член 17, параграф 4, буква б) от Директива 2019/790, доставчиците на услуги за споделяне трябва да вземат мерки, които да отговарят на „високите секторни стандарти за дължима професионална грижа“. Както се уточнява в съображение 66, втора алинея от тази директива, в това отношение трябва да се вземат предвид „най-добрите практики в отрасъла“ и „съвременното състояние на [познанията]“.

66. Както обаче обясних в точка 58 от настоящото заключение, инструментите за разпознаване чрез „цифров отпечатък“ вече се използват от различни доставчици на услуги за споделяне за няколко вида съдържание [76]. Следователно, за да изпълнят произтичащите от обжалваните разпоредби задължения за полагане на дължима грижа, другите доставчици, приемащи такова съдържание чрез своите услуги, изглежда, са длъжни да съобразят „най-добрите практики в отрасъла“ и „съвременното състояние на [познанията]“, като въведат такива инструменти, за да филтрират посочените категории съдържание.

72 Вж. Lambrecht, M., op. cit., p. 71: „[…] if YouTube wanted to ensure a human review of the 432.000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70.000 full time (very efficient) employees“.

73 Това не означава, че доставчиците на услуги за споделяне изобщо не биха могли да извършат чрез своите служители проверка на определено съдържание. Тези доставчици обаче ще трябва да използват автоматизирани инструменти, най-малкото за да намалят обема на съдържанието, което следва да се подложи на такава проверка (вж. т. 211 от настоящото заключение).

74 Някои оператори изглежда са започнали да разработват и използват инструменти, позволяващи идентифициране на съдържание чрез изкуствен интелект. Вж. по-специално Mochon, J.-P., op. cit., p. 35. При всички положения това по естеството си остава техника за автоматично разпознаване на съдържание.

75 По-специално, френското правителство признава, че „при сегашното състояние на технологията използването на механизми за автоматично филтриране изглежда най-подходящото средство за бързото разпознаване на неразрешено публикуване онлайн на защитено съдържание, предвид обема на постоянно публикуваното съдържание чрез засегнатите от член 17 платформи“. Съветът също признава, че „големите“ доставчици на услуги за споделяне биха могли „да се почувстват задължени“ да използват такива инструменти.

76 Инструментите за разпознаване чрез „цифров отпечатък“ могат да се използват върху аудио-, фотографско и видеосъдържание. Вж., Mochon, J.-P., op. cit. Уточнявам, че член 17 от Директива 2019/790 се прилага — при липсата на каквото и да е ограничение в това отношение в текста на този член или в определението за „доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание“, съдържащо се в член 2, точка 6 от тази директива — *за всички видове закриляни обекти* (визуални, музикални, кинематографични, текстови, но също и редове с кодове, видео игри и др.).

67. Наистина, както подчертават ответниците и встъпилите страни, съгласно член 17, параграф 5 от Директива 2019/790 очакваните мерки от доставчиците на услуги за споделяне трябва във всеки отделен случай да бъдат в съответствие с принципа на пропорционалност. В това отношение трябва да се вземат предвид по-специално, първо, „видът, публиката и размерът на услугата, както и видът произведения или други обекти, качени от ползвателите на услугата“, и второ, „наличието на подходящи и ефективни средства и тяхната цена за доставчиците на услуги“[77]. В този контекст не може да се изключи възможността в някои особени случаи изискването от някои доставчици да използват определен инструмент за разпознаване на съдържание да се окаже в противоречие с този принцип. Изглежда също така, че при сегашното състояние на технологиите тези инструменти нито са адаптирани, нито са ефикасни, що се отнася до определени видове закриляни произведения и обекти[78].

68. Отделно от тези особени случаи, според мен е ясно, че във всички хипотези, при които на пазара са налице различни подходящи и ефективни инструменти и те не са неразумно скъпи, доставчиците на услуги за споделяне a priori са длъжни да ги въведат, за да докажат, че са положили „всички възможни усилия“ за предотвратяване на публикуването онлайн на незаконно съдържание, и по този начин да изпълнят обжалваните разпоредби[79]. В съответствие с принципа на пропорционалност те могат, ако е необходимо, да изберат измежду наличните средства онези, които са най-подходящи с оглед на тяхното положение и ресурсите, с които разполагат[80], а най-състоятелните измежду тях могат дори сами да разработят такъв инструмент.

69. *Накратко*, за да докажат съгласно обжалваните разпоредби, че „в съответствие с високите секторни стандарти за дължима професионална грижа са положили всички възможни усилия“, „за да се гарантира неналичността“ на закриляните произведения и обекти, идентифицирани от правоносителите, и за „предотвратяване на бъдещото им качване“ чрез техните услуги, доставчиците на услуги за споделяне в много случаи трябва да въведат инструменти за автоматично разпознаване на съдържанието, за да *филтрират* съдържанието, което потребителите на услугите им публикуват онлайн, и при необходимост да *блокират* част от него преди качването му[81].

77 Вж. също съображение 66, втора алинея от Директива 2019/790 („[…] Различни средства […] биха могли да бъдат подходящи и пропорционални според вида съдържание […]“.).

78 Вж. по-специално Mochon, J.-P., op. cit., p. 12. Такъв, изглежда, е случаят по-специално със заснетите елементи при видеоигри. При липса на инструменти на информационните технологии, позволяващи автоматично и ефективно филтриране на някои видове закриляни произведения и обекти, не може да се изключи възможността обхватът на задълженията за полагане на дължима грижа, наложени на доставчиците на услуги за споделяне, да бъде значително намален в това отношение въз основа на принципа на пропорционалност. Вж. в този смисъл съображение 66, втора алинея от Директива 2019/790, съгласно което „не може да бъде изключено, че в някои случаи наличието на неразрешено съдържание[, закриляно от авторското право,] може да бъде избегнато само след уведомяване от правоносителите“.

79 Вж. Grisse, K., op. cit., p. 895 и Frosio, G., Mendis, S., op. cit., p. 562.

80 Вж., по аналогия, решение от 27 март 2014 г., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 51—53).

81 Освен това в много случаи инструментите за разпознаване на съдържание ще позволят на доставчиците на услуги за споделяне да изпълнят задълженията за прозрачност, наложени им с член 17, параграф 8, втора алинея от Директива 2019/790. Всъщност съгласно тази разпоредба посочените доставчици трябва да предоставят на правоносителите информация относно използването на съдържанието, обхванато от евентуалните лицензионни споразумения, сключени с тях. Точно тези инструменти впрочем позволяват да се събират статистически данни, често много точни, относно аудиторията на съдържанието, представено чрез тези услуги (вж. анализа на въздействието, част 3/3, стр. 165, както и точка 58 от настоящото заключение).

2. Наличието на ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация

70. След като обхватът на обжалваните разпоредби бе изяснен, сега следва да се пристъпи към разглеждането на тези разпоредби от гледна точка на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация.

71. Гарантираното от член 11 от Хартата право, което „включва свободата [на всеки] да отстоява своето мнение, да получава и да разпространява информация и идеи без намеса на публичните власти и независимо от границите“ [82], съответства на правото, предвидено в член 10 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“). По силата на член 52, параграф 3 от Хартата тези права следователно имат същия смисъл или поне същия обхват. От това следва, че член 11 от Хартата трябва да се тълкува в светлината на член 10 от ЕКПЧ и на свързаната с него практика на Европейския съд по правата на човека (наричан по-нататък „ЕСПЧ“).

72. Това основно право безспорно е релевантно в случая. Всъщност, както посочват Република Полша и Комисията в съответните си становища, услугите за споделяне, посочени в член 17 от Директива 2019/790, са от особено значение за свободата на получаване и на разпространяване на информация или идеи.

73. Както твърди жалбоподателят, публикуването онлайн на съдържание чрез посочените услуги — независимо дали става въпрос за видеоклипове, фотографии, текстове и т.н. — е част от упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация [83]. Такова публикуване онлайн може да се отнася и до други сходни свободи. По-специално, когато въпросното съдържание представлява художествено изразяване на качващите го потребители, публикуването му онлайн е част от упражняването на свободата на изкуствата, гарантирана в член 13 от Хартата и в член 10 от ЕКПЧ [84].

74. Бих искал да уточня, че това е така независимо дали въпросното съдържание нарушава авторски права. Според мен изтъкнатият от Парламента довод в обратния смисъл се основава на твърде обща правна преценка. Всъщност фактът, че дадена информация е защитена с авторски права, не води до изключването ѝ поначало от приложното поле на свободата на изразяване на мнение [85]. Макар по принцип да е *обосновано*

[82] Вж. по-специално решение от 29 юли 2019 г., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, т. 73 и цитираната съдебна практика). Вж. също член 19 от Всеобщата декларация за правата на човека, приета на 10 декември 1948 г. от Общото събрание на Организацията на обединените нации (Резолюция 217 A (III) и член 19 от Международния пакт за граждански и политически права, приет от Общото събрание на Организацията на обединените нации на 16 декември 1966 г.

[83] Вж. по аналогия ЕСПЧ, решение от 19 февруари 2013 г., Neij и Sunde Kolmisoppi с/у Швеция, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712 (наричано по-нататък „ЕСПЧ, Neij и др. с/у Швеция“), т. 9 и 10, ЕСПЧ, решение от 10 април 2013 г., Ashby Donald и др. с/у Франция, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, наричано по-нататък „ЕСПЧ, Ashby Donald и др. с/у Франция“, § 34 и заключение на генералния адвокат Jääskinen по дело L'Oréal и др. (C-324/09, EU:C:2010:757, т. 49 и 157).

[84] Всъщност, макар ЕКПЧ да не познава подобна свобода като самостоятелно право, „свободата на художествено изразяване“ спада към член 10 от тази конвенция. Вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 24 май 1988 г., Müller и др. с/у Швеция, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27 и ЕСПЧ, решение от 8 юли 1999 г., Karataş с/у Турция, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

[85] Доколкото ми е известно, единствените мнения, информации или идеи, които поначало са изключени от защитата по член 10 от ЕКПЧ, са съдържащите реч на омраза, тъй като са несъвместими с прогласените ценности, гарантирани от тази конвенция (вж. по-специално ЕСПЧ, решение Gunduz с/у Турция, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41).

разпространението на такава информация да се ограничава, този въпрос е от значение едва на етапа на разглеждане на условията за допустимост на подобно ограничаване на тази свобода [86].

75. Според жалбоподателя обаче мерките за филтриране, които доставчиците на услуги за споделяне са принудени да въведат, за да изпълнят член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine от Директива 2019/790, представляват по естеството си „превантивни мерки“ за контрол върху информацията на потребителите. Тези мерки щели да доведат до „предварителни ограничения“ по смисъла на практиката на ЕСПЧ, свързана с член 10 от ЕКПЧ. Следователно обжалваните разпоредби водели до въвеждането на „автоматизирана обща цензура с превантивен характер“ върху услугите за споделяне, осъществявана от доставчиците им. По този начин посочените разпоредби съставлявали особено тежка „намеса“ на законодателя на Съюза в свободата на изразяване на мнение и свободата на информация на посочените потребители.

76. Ответниците и встъпилите страни обаче оспорват тезата, че обжалваните разпоредби водят до такава „цензура“ или до каквато и да е „намеса“ в посочената свобода. По-специално според Съвета тези разпоредби — или най-общо член 17 от Директива 2019/790 — нямат за цел да ограничат ex ante информацията, която може да бъде разпространявана чрез тези услуги. Потребителите оставали свободни да качват чрез тях желаното от тях съдържание. Във всички случаи, в които публикуваното онлайн съдържание е защитено с авторски права, същите доставчици просто трябвало да получат разрешение от съответните правоносители, а в противен случай щели да носят отговорност ex post.

77. Също като жалбоподателя считам, че обжалваните разпоредби действително водят до „намеса“ в свободата на изразяване на мнение на потребителите на услугите за споделяне. Държа обаче веднага да направя терминологично уточнение. Думата „цензура“ несъмнено има няколко значения. При това положение от становището на жалбоподателя ясно личи, че с нея той има предвид идеята за предварителен контрол на информацията преди разпространението ѝ. В този контекст твърденията на Парламента, Съвета и испанското правителство, че терминът „цензура“ не бил релевантен в случая, тъй като член 17 от Директива 2019/790 не предполагал никакъв „политически или морален“ контрол върху публикуваната онлайн информация чрез услугите за споделяне, според мен са неотносими. За да се избегне всякакво допълнително объркване, в настоящия раздел ще използвам само понятията „превантивни мерки“ и „предварителни ограничения“.

78. След като това уточнение бе направено, член 17 от Директива 2019/790 не предвижда просто, както твърди Съветът, че доставчиците на услуги за споделяне трябва да получат разрешение за защитеното съдържание, публикувано онлайн от потребителите на техните услуги, а в противен случай носят пряка отговорност. Както обясних в предходния раздел, обжалваните разпоредби предвиждат също, че посочените доставчици са освободени от тази отговорност, когато полагат „всички възможни усилия“, за да *предотвратят* публикуването онлайн от тези потребители на съдържание, възпроизвеждащо

[86] Вж. по-специално ЕСПЧ, Neij и др. с/у Швеция, т. 10 и 12 и ЕСПЧ, Ashby Donald и др. с/у Франция, § 35 и 44. Вж. също Smith, G. Copyright and freedom of expression in the online world. — Journal of Intellectual Property Law & practice, 2010, vol. 5, No. 2, 88—95, и *Michaux*, B. Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d'auteur et Internet., L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet, Van Enis, Q. (Dir.), Bruylant, 2019, 491—526. Вж. също точка 117 от настоящото заключение.

произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите. Така същите доставчици трябва да извършват превантивно филтриране и превантивно блокиране на въпросното съдържание.

79. Както обаче изтъква жалбоподателят, по естеството си филтрирането е „превантивна мярка“ за контрол върху разпространяваната информация чрез тези услуги, а мерките за блокиране, които могат да произтекат от него, представляват „предварителни ограничения“ по смисъла на практиката на ЕСПЧ по член 10 от ЕКПЧ [87]: не с цел *репресия*, а с цел да се *предотвратят* евентуални нарушения на авторското право, информацията, която потребителите възнамеряват да публикуват онлайн, се проверява, като тази, за която се счита, че може да доведе до такова нарушение, се ограничава *преди разпространението ѝ* [88].

80. В тези случаи, противно на твърденията на Съвета, потребителите не са „свободни“ да публикуват желаното от тях съдържание чрез услугите за споделяне. Приложените от доставчиците им мерки за филтриране и блокиране ще ограничават съдържанието, което те могат да качат. От това следва, че е налице „намеса“ в упражняването на свободата на комуникация на посочените потребители. Освен това филтрирането и блокирането на съдържанието преди разпространението му водят до „намеса“ в свободата на обществеността да получава информация [89].

81. Парламентът и Съветът възразяват, че доставчиците на услуги за споделяне могат в качеството си на частни оператори свободно да избират информацията, която желаят да бъде разпространена чрез техните услуги, и съответно да вземат решение за филтриране и блокиране на съдържание. Дори да се допуснело, че това представлява „намеса“ в свободата на изразяване на мнение на потребителите, отговорност за нея във всички случаи не носел законодателят на Съюза.

82. Според мен в този довод се смесват две хипотези. Вярно е, че доставчиците на услуги за споделяне могат в рамките на свободата на стопанска инициатива и на свободата на договаряне, гарантирани им с член 16 от Хартата, в условията за ползване на техните услуги или пък в „правилата на общността“ да определят политика по отношение на съдържанието и по собствена инициатива да прилагат форма на „саморегулиране“, като

[87] Вж. ЕСПЧ, решение от 18 декември 2012 г., Ahmet Yildirim с/у Турция, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, (наричано по-нататък „ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция“), § 55, ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г. Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 и ЕСПЧ, решение от 30 април 2019 г., Kablis с/у Русия, CE:ECHR:2019:0430JUD004831016 (наричано по-нататък „ЕСПЧ, Kablis с/у Русия“), § 90.

[88] Вж., по аналогия решения Scarlet Extended (т. 29, 36, 37 и 40) и SABAM (т. 26, 35, 37 и 38). Това може да бъде съпоставено със съществувалите до момента „репресивни“ мерки, като например премахването след уведомление или разпореждане от съд на *информация, която вече е била публикувана онлайн* и при която незаконосъобразността е явна и/или е била преценена от този съд.

[89] Вж., по аналогия, ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 55 и ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 (относно мерките за блокиране на уебсайтове), както и заключението на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, т. 85). Както ще обясня подробно по-нататък, възможността блокираното съдържание евентуално да бъде поместено отново онлайн, ако съответните потребители докажат в рамките на механизма за подаване на жалби, предвиден в член 17, параграф 9 от Директива 2019/790, че не нарушават авторски права, според мен не може да постави под въпрос тази констатация за „намеса“. Същото се отнася и за въпроса дали това филтриране е строго насочено към незаконосъобразното съдържание. Тези обстоятелства обаче ще бъдат анализирани при разглеждането на пропорционалния характер на тази намеса.

извършват филтриране и блокиране на съдържание, което според тях нарушава тези правила. В тази хипотеза няма „намеса на държавните власти“ по смисъла на член 10 от ЕКПЧ и на член 11 от Хартата в свободата на изразяване на мнение на потребителите [90].

83. В случая обаче според мен не става въпрос за „саморегулиране“ на доставчиците на услуги за споделяне. Независимо дали забраната за публикуване онлайн на нарушаващо права съдържание е включена в общите им условия на използване или в техните „правила на общността“, филтрирането и блокирането на съдържание се извършва с цел да се спазят изискванията на обжалваните разпоредби [91].

84. Ето защо, според мен, отговорност за „намесата“ в свободата на изразяване на мнение на потребителите действително е възможно да носи законодателят на Съюза. Освен това самите Парламент и Съвет признават, че обжалваните разпоредби по същество имат за цел да възложат на доставчиците на услуги за споделяне задачата да контролират извършените посредством тези услуги нарушения на авторското право. В известен смисъл законодателят е делегирал на тези доставчици задачата да контролират правилното прилагане на авторското право в цифровата среда. Законодателят обаче не може да извършва такова делегиране и да прехвърля същевременно всякаква отговорност върху посочените доставчици за произтичащата от това намеса в основните права на потребителите [92].

85. Убеждението ми в това отношение не отслабва поради твърдението на Съвета, че обжалваните разпоредби не „задължавали“ доставчиците на услуги за споделяне да извършват филтриране и блокиране на съдържанието, публикувано онлайн от ползвателите на техните услуги, тъй като член 17, параграф 4 от Директива 2019/790 не налагал stricto sensu никакво „задължение“ на тези доставчици, а само предвиждал механизъм за освобождаване от отговорност, който те щели да имат „възможност“ да използват, когато не са получили разрешение от правоносителите.

86. Всъщност според мен, за да се прецени съвместимостта на член 17 от Директива 2019/790 с член 11 от Хартата, следва да се вземе предвид не само съдържанието му, но и конкретните последици от него. Като се има предвид обаче, *от една страна*, че доставчиците на услуги за споделяне няма да могат да получат разрешение от

[90] В тази хипотеза въпросът, който се поставя във връзка с тази свобода, е в каква степен предвид придобитата от посочените услуги важност — които са се превърнали в съществен инструмент за упражняване на свободата на онлайн комуникация (вж. т. 103 от настоящото заключение) — доставчиците им трябва да зачитат основните права на ползвателите и в каква степен публичните органи са длъжни по силата на „позитивните задължения“, произтичащи от тези членове, да вземат „позитивни мерки за защита“, гарантиращи ефективното ползване на посочената свобода в отношенията между потребителите и доставчиците на услуги за споделяне. В случая не е необходимо да се отговаря на тези въпроси. Относно „позитивните задължения“, произтичащи от член 10 от ЕКПЧ, вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 6 май 2003 г., Appleby с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39 и ЕСПЧ, решение от 16 декември 2008 г., Khurshid Mustafa с/у Швеция, CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, § 31.

[91] Вж. по аналогия ЕСПЧ, решение от 28 юни 2001 г., VgT Verein gegen Tierfabriken с/у Швеция, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, § 44—47). По това дело ЕСПЧ приема, че отказът на частен телевизионен канал да излъчва телевизионен спот, изготвен от сдружение за защита на животните, представлява „намеса“ в свободата на изразяване на мнение на това сдружение, *за която отговорност носи държавата ответник*, тъй като този отказ цели да се спази националният закон за радиото и телевизията, забраняващ политическата пропаганда. Ето защо, за разлика от Република Полша, не считам, че теорията за „позитивните задължения“ е релевантна в настоящия случай. При всички положения този въпрос не е определящ за анализа. В това отношение ЕСПЧ многократно е постановявал, че „[г]раницата между позитивните и негативните задължения на държавата по [ЕКПЧ] не може да бъде точно определена“ и че принципите, приложими в единия или другия случай, по същество са същите (вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 13 юли 2012 г., Mouvement Raëlien Suisse с/у Швеция, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 и цитираната съдебна практика).

[92] Вж. по аналогия ЕСПЧ, решение от 25 март 1993 г., Costello-Roberts с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, § 27: „държавата не може да се освободи от отговорност, като делегира своите задължения на частни организации или частноправни субекти“.

правоносителите за определен брой произведения и други закриляни обекти [93], докато, *от друга страна*, потребителите биха могли евентуално все пак да качат в интернет голямо количество съдържание, възпроизвеждащо въпросните обекти, прибягването до предвидения в член 17, параграф 4 от Директива 2019/790 механизъм за освобождаване ще бъде за тези доставчици не „възможност“, а необходимост, освен ако не поемат прекомерен риск от понасяне на отговорност. Следователно в много случаи предвидените в обжалваните разпоредби условия за освобождаване на практика ще представляват истински *задължения* за посочените доставчици. Освен това отбелязвам, че в самия параграф 5 от същия член 17 се отбелязват „*задълженията* [на доставчиците на услуги за споделяне] по параграф 4“ (курсивът е мой).

87. Според мен такъв механизъм за отговорност/освобождаване е също толкова ефикасна техника, колкото и пряко задължение, за да бъдат принудени съответните икономически оператори да извършват превантивно филтриране на съдържанието на техните ползватели. Както посочих в точка 62 от настоящото заключение, законодателят на Съюза просто е променил метода в това отношение. Тези различни методи обаче *водят до едни и същи последици* и поради тази причина трябва да се разглеждат по един и същ начин от гледна точка на основните права [94].

3. Съвместимостта на това ограничаване с Хартата

88. От предходния раздел следва, както твърди Република Полша, че обжалваните разпоредби водят до ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение, гарантирано в член 11 от Хартата.

89. Свободата на изразяване на мнение обаче не е абсолютно право. Съгласно член 52, параграф 1 от Хартата ограничения при упражняването на тази свобода са допустими, при условие, първо, да са „предвидени в закон“, второ, да зачитат „основното съдържание“ на тази свобода и трето, да са съобразени с принципа на пропорционалност.

90. Аналогично, съгласно член 10, параграф 2 от ЕКПЧ и свързаната с него практика на ЕСПЧ намеса в свободата на изразяване на мнение е допустима, стига, първо, да е „предвидена от закона“, второ, да преследва една или повече законосъобразни цели, определени в посочения параграф 2, и трето, да е „необходима в едно демократично общество“ [95]. Макар тези условия да се различават частично във формулировката си от предвидените в член 52, параграф 1 от Хартата, отново трябва да се приеме, че те имат един и същ смисъл или поне един и същ обхват [96].

93 Вж. бележка под линия 45 от настоящото заключение.

94 Накрая, ще добавя, че самият факт на непрякото задължаване на доставчиците на услуги за споделяне да осъществяват такъв контрол върху своите услуги сам по себе си представлява „намеса“ на законодателя на Съюза в свободата на изразяване на мнение *на тези доставчици*. Всъщност, след като те предоставят на всяко лице средства, позволяващи получаване или разпространяване на информация, тяхната дейност попада в приложното поле на член 11 от Хартата и на член 10 от ЕКПЧ. Вж. по аналогия ЕСПЧ, Neij и др. с/у Швеция, т. 9 и 10, ЕСПЧ, решение от 2 февруари 2016 г., Magyar Tartalomzolgáltatók Egyesület and Index.hu zrt с/у Унгария, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 45 и ЕСПЧ, решение от 4 юни 2020 г., Jezior с/у Полша, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 41.

95 Вж., по-специално, ЕСПЧ, решение от 14 март 2002 г., Gaweda с/у Полша, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 37, ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 56 и ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36.

96 Вж. точка 71 от настоящото заключение. Освен това по силата на член 53 от Хартата предоставяната от този инструмент степен на защита никога не може да бъде по-ниска от гарантираната от ЕКПЧ. За тази цел Съдът трябва да възприеме тълкуване на условията, предвидени в член 52, параграф 1 от Хартата, което да бъде поне толкова стриктно колкото тълкуването, което ЕСПЧ дава на условията по член 10, параграф 2 от ЕКПЧ.

91. Ето защо в следващите раздели ще разгледам спазването на трите условия, предвидени в член 52, параграф 1 от Хартата, като същевременно те ще бъдат тълкувани във връзка с относимата практика на ЕСПЧ. В този контекст ще изложа причините, поради които разглежданото ограничаване е „предвидено в закон“ (подточка а), защо зачита „основното съдържание“ на правото на свобода на изразяване на мнение (подточка б) и защо, стига член 17 от Директива 2019/790 да се тълкува правилно, зачита принципа на пропорционалност (подточка в).

а) Разглежданото ограничаване е „предвидено в закон“

92. Съгласно постоянната практика на Съда, условието всяко ограничаване на упражняването на основните права да е „предвидено в закон“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата, разглеждано с оглед на практиката на ЕСПЧ относно предвиденото в член 10, параграф 2 от ЕКПЧ еквивалентно условие, предполага не само че това ограничаване трябва да има законово основание („наличие на закон“), но и че това законово основание трябва да притежава някои качества като достъпност и предвидимост („качество на закон“)[97].

93. В случая, *от една страна*, разглежданото ограничаване явно има законово основание, тъй като произтича от разпоредби, приети от законодателя на Съюза.

94. Що се отнася, *от друга страна*, до „качеството“ на това законово основание, припомням, че съгласно практиката на Съда[98] и тази на ЕСПЧ[99], законовото основание, което води до ограничаване на упражняването на основно право, трябва да бъде достатъчно достъпно и предвидимо, що се отнася до последиците от него, тоест да бъде формулирано достатъчно ясно и точно, за да позволи на заинтересованите лица, при необходимост прибягвайки до компетентен съвет, да съобразят своето поведение.

95. Считам впрочем, че обжалваните разпоредби са достатъчно ясни и точни, за да отговорят на този стандарт. Несъмнено определението за „доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание“, предвидено в член 2, точка 6 от Директива 2019/790, и обжалваните разпоредби съдържат няколко отворени понятия — „голям брой защитени от авторското право произведения или други защитени обекти“, „всички възможни усилия“, „високи[…] секторни стандарти за дължима професионална грижа“ и т.н. — създаващи известна степен на несигурност по отношение на съответните икономически оператори и на наложените им задължения във всяко положение. Съгласно дадените от Парламента и Съвета разяснения обаче използването на тези понятия има за цел да гарантира възможността разглежданите разпоредби да се адаптират към различни видове оператори и положения, както и към развитието на практиката и технологиите, за да устоят на изпитанията на времето. Съгласно практиката на ЕСПЧ обаче законодателят на Съюза може, без да наруши изискването за „предвидимост“, да реши да придаде на приеманите от

97 Вж. по-специално решение от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 81), становище 1/15 (Споразумение PNR ЕС—Канада) от 26 юли 2017 г. (EU:C:2017:592, т. 146) и заключението ми по дело Facebook Ireland и Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, т. 263).

98 Вж. по-специално решение от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 81).

99 Вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 26 април 1979 г., Sunday Times с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49, ЕСПЧ, решение от 14 март 2002 г., Gaweda с/у Полша, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 39 и ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

него текстове известна гъвкавост вместо абсолютна правна сигурност[100]. Освен това дадените в настоящото заключение пояснения и тези, които Съдът ще даде в предстоящото си решение и в други бъдещи решения, ще допринесат за уточняването на тези понятия и за премахване на съмненията около тях — а с това също се изпълнява изискването за „предвидимост“[101].

96. След това уточнение ще отбележа, че Съдът[102] и ЕСПЧ[103] обвързват с изискването за „предвидимост“ и въпроса дали законното основание, водещо до намесата, съдържа достатъчни гаранции срещу риска от засягане на основните права чрез произвол или злоупотреба (в съответствие с принципа на „върховенство на правото“). В случая този аспект се оспорва от жалбоподателя.

97. Въпросът дали обжалваните разпоредби съдържат достатъчно гаранции, за да се защити свободата на изразяване на мнение на потребителите на услугите за споделяне срещу прекомерни или произволни мерки за филтриране и блокиране, обаче е свързан и с *пропорционалния характер* на ограничаването, произтичащо от тези разпоредби[104]. Ето защо, за да се избегнат повторения, ще оставя разглеждането на този въпрос за анализа на условието за спазване на принципа на пропорционалност[105].

б) Разглежданото ограничаване зачита „основното съдържание“ на правото на свобода на изразяване на мнение

98. Следва да се припомни, че условието по член 52, параграф 1 от Хартата, съгласно което всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, признати от този акт, трябва „да зачита основното съдържание на същите права и свободи“, означава, че когато дадена мярка засяга това „основно съдържание“, тя не може да се счита за обоснована. В такъв случай се приема, че тази мярка противоречи на Хартата и, в хипотезата на акт на Съюза, трябва да бъде отменена или обявена за невалидна, без да е необходимо да се разглежда условието за спазване на принципа на пропорционалност[106].

99. Всъщност законодателят на Съюза може да ограничи упражняването на някои основни права в общ интерес, за да защити други права и интереси. Той може да направи това по-специално за да защити друго основно право. В този контекст той разполага с известна свобода на преценка, за да претегли и намери „справедливо равновесие“ между различните разглеждани права и интереси[107]. Тази свобода на преценка обаче има абсолютна граница.

100 В този смисъл ЕСПЧ многократно е постановявал, че „[с]игурността, макар и желателна, понякога се съпътства от прекомерна строгост; правото впрочем трябва да може да се адаптира към промените в положението. Също така, по силата на обстоятелствата в много закони се използват повече или по-малко неясни формулировки, чието тълкуване и прилагане зависят от практиката“. Вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 16 юни 2015 г., Delfi AS с/у Естония, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (наричано по-нататък „ЕСПЧ, Delfi AS с/у Естония“, § 121 и цитираната съдебна практика).

101 Самият факт, че в случая страните и встъпилите страни излагат различни тълкувания на член 17 от Директива 2019/790 (вж. т. 168 и 170 от настоящото заключение) не означава, че изискването за „предвидимост“ не е спазено (вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 17 февруари 2004 г., Gorzelik и др. с/у Полша, CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65). Съдът следва да изясни правилното тълкуване на тази разпоредба.

102 Вж. по-специално решение от 17 декември 2015 г., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 81).

103 Вж. по-специално ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 59 и 64 и ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

104 Вж. по аналогия решение от 6 октомври 2020 г., La Quadrature du Net и др. (C-511/18, C-512/18 и C-520/18, EU:C:2020:791, т. 132).

105 Вж. точка 128 и сл. от настоящото заключение.

106 Вж. заключението ми по дело Facebook Ireland и Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, т. 272).

107 Вж. точки 117 и 129 от настоящото заключение.

„Основното съдържание“ на основно право представлява „недосегаемо ядро“, което трябва да остане свободно от всякаква намеса. Следователно никоя цел, колкото и легитимна да е тя, не обосновава извършването на някои — изключително тежки —посегателства срещу основните права. С други думи, целта не оправдава всяко средство.

100. В случая според Република Полша обжалваните разпоредби засягат „основното съдържание“ на правото на свобода на изразяване на мнение. Всъщност превантивният контрол, който съгласно тези разпоредби трябва да се осъществява от доставчиците на услуги за споделяне върху съдържанието, публикувано онлайн от потребителите им, поставял под въпрос това право като такова, тъй като предполагал намеса в посоченото съдържание и евентуалното му блокиране още преди неговото разпространение.

101. Също като ответниците и встъпилите страни, аз не споделям това мнение.

102. Несъмнено превантивните мерки за контрол върху информацията по принцип се считат за особено сериозна намеса в свободата на изразяване на мнение[108], поради крайностите, до които могат да доведат. Тези превантивни мерки по принцип се отричат в едно демократично общество, тъй като се счита, че ограничавайки определена информация още преди разпространението ѝ, тези мерки възпрепятстват всякакъв публичен дебат по съдържанието, лишавайки по този начин свободата на изразяване на мнение от самата ѝ функция на вектор на плурализма[109]. Поради тези причини, както подчертава жалбоподателят, множество държави членки забраняват в своите конституции генерализирания предварителен контрол върху информацията.

103. Тези съображения са напълно релевантни за интернет. Както изтъква жалбоподателят, тази мрежа има особено значение за свободата на получаване или разпространяване на информация или идеи[110]. Същото се отнася по-специално за големите платформи и социални мрежи, които, позволявайки на всеки да публикува онлайн желаното от него съдържание, а на потребителите — да получат достъп до него, представляват „безпрецедентни“ инструменти за упражняването на тази свобода[111]. В това отношение посочените платформи участват във форма на „демократизиране“ на създаването на информация и макар да са управлявани от частни оператори фактически са станали съществена инфраструктура за изразяването онлайн[112]. Следователно при сегашното

[108] Вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 26 ноември 1991 г., Observer и Guardian с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60, ЕСПЧ, решение от 14 март 2002 г., Gaweda с/у Полша, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 35 и ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 64 и цитираните препратки.

[109] Припомням, че поради тази причина свободата на изразяване на мнение е същностна основа на всяко демократично общество. Вж. по-специално решение от 23 април 2020 г., Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, т. 48 и цитираната съдебна практика), ЕСПЧ, решение от 7 декември 1976 г., Handyside CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49 и ЕСПЧ, решение от 26 ноември 1991 г., Observer и Guardian с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 59.

[110] Вж., от една страна, решение от 8 септември 2016 г., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, т. 45). Вж., от друга страна, решение на ЕСПЧ от 10 март 2009 г., Times Newspapers Ltd с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27, решение на ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 48 и 54 и решение на ЕСПЧ от 1 декември 2015 г., Cengiz и др. с/у Турция, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 49 и 52.

[111] Вж. по-специално решение на ЕСПЧ от 1 декември 2015 г., Cengiz и др. с/у Турция, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 51 и 52 и решение на ЕСПЧ Kablis с/у Русия, § 81.

[112] Вж. по-специално Препоръка CM/Rec (2018)2 на Комитета на министрите към държавите членки относно ролите и отговорността на интернет посредниците (приета от Комитета на министрите на 7 март 2018 г. по време на 1309-ото заседание на представителите на министрите) и *Balkin*, J. M. Old-School/New-School Speech Regulation. — Harvard Law Review, vol. 127, No. 8, 2014, 2296—2342, по-специално стр. 2304.

състояние на средствата за комуникация правото на свобода на изразяване на мнение предполага по-специално свободата на достъп до тези платформи и на изразяване в тях, по принцип, без намеса на публичните власти [113].

104. Ако обаче тези власти налагат, пряко или непряко [114], на контролиращите тези инфраструктури междинни доставчици задължението да контролират предварително, като цяло, съдържанието на ползвателите на техните услуги в издирване на всякакъв вид информация, която е незаконосъобразна, а дори просто нежелателна, тази свобода на комуникация би била поставена под въпрос като такава. Според мен в такъв случай би било засегнато „основното съдържание“ на правото на свобода на изразяване на мнение, предвидено в член 11 от Хартата.

105. В този контекст член 15 от Директива 2000/31 според мен е от основно значение. Като предвижда, че на междинните доставчици не може да бъде наложено „общо задължение […] да контролират информацията, която пренасят или съхраняват“, тази разпоредба не допуска подлагането на онлайн информацията на генерализиран предварителен контрол, възложен на тези посредници. По този начин тя гарантира, че интернет остава свободно и открито пространство [115].

106. Поради тази причина съм склонен да разглеждам предвидената в посочения член 15 забрана като *общ принцип* на правото, регулиращо интернет, тъй като той конкретизира основната свобода на комуникация в цифровата среда [116]. Впрочем бих искал да отбележа, че в практиката си Съдът вече е сближил зачитането на тази свобода и посочената забрана [117]. Всъщност едното не може без другото. Според мен от това следва, че посочената забрана надхвърля рамката на въпросния член 15 и е задължителна не само за държавите членки, но и за законодателя на Съюза.

107. Въпреки това, противно на твърденията на жалбоподателя, основното право на свобода на изразяване на мнение, конкретизирано със забраната за налагане на „общи задължения за контрол“, не възпрепятства всички видове задължения за контрол.

108. Всъщност, както припомня Комисията, Съдът приема в практиката си относно разпорежданията, които могат да бъдат постановени срещу онлайн посредници [118], че е възможно такъв посредник да бъде задължен да „предотвратява“ определени нарушения, като упражнява целенасочена форма на контрол върху услугата си [119]. Така той разграничава

[113] Вж. Conseil constitutionnel (Конституционен съвет, Франция), Решение № 2020—801 DC от 18 юни 2020 г., Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet [Закон за борба със съдържанието с омраза в интернет], § 4.

[114] Тоест чрез механизъм за освобождаване от отговорност, както в настоящия случай (вж. т. 62 от това заключение).

[115] Вж. заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по съединени дела Google France и Google (C-236/08—C-238/08, EU:C:2009:569, т. 142 и 143). Вж. също Препоръка CM/Rec (2007)16 на Комитета на министрите към държавите членки относно мерките за насърчаване на обществената ценност на Интернет, приета от Комитета на министрите на 7 ноември 2007 г. по време на 1010-ото заседание на представителите на министрите, приложение, част III, точка a) и Препоръка CM/Rec(2018)2 относно ролите и отговорностите на интернет посредниците, приложение, точка 1.3.5.

[116] Вж. в същия смисъл Smith, G., Time to speak up for Article 15., Blog Cyberleagle, 21 май 2017 г. (достъпно на адрес https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html).

[117] Вж. решения Scarlet Extended (т. 40 и 52) и SABAM (т. 38 и 50).

[118] Съдът многократно е постановявал, че националните норми, които определят реда и условията за постановяване на посочените разпореждания, както и тяхното прилагане от националните юрисдикции, трябва да спазват забраната за налагане на „общи задължения за контрол“, предвидена в член 15 от Директива 2000/31. Вж. по-специално решения Scarlet Extended (т. 32—35) и SABAM (т. 30—33).

[119] Вж. съображение 45 и член 14, параграф 3 от Директива 2000/31.

„общите“ задължения за контрол от тези, които се прилагат в „конкретни“ случаи [120]. Аналогично, ЕСПЧ не счита превантивните мерки за контрол върху информацията, включително задълженията за блокиране, за несъвместими сами по себе си с член 10 от ЕКПЧ, стига те да се вписват в конкретна рамка [121]. В решение Delfi AS. с/у Естония този съд дори приема, че от някои междинни доставчици може да се очаква да контролират активно своите услуги с цел издирване на някои видове незаконна информация [122].

109. Жалбоподателят възразява, че именно наложеното на доставчиците на услуги за споделяне задължение за контрол въз основа на обжалваните разпоредби е „общо“. Всъщност, за „да се гарантира неналичността“ на произведения и други закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите, и за „предотвратяване на бъдещото им качване“ чрез техните услуги, доставчиците трябва на практика да филтрират цялото съдържание, качвано от всички потребители.

110. Също като ответниците и встъпилите страни обаче считам, че тези разпоредби в действителност налагат „конкретно“ задължение за контрол [123]. Трябва обаче да призная, че практиката на Съда [124] е претърпяла скорошно развитие по отношение на критерия, разграничаващ „общото“ от „конкретното“.

111. *Първоначално* Съдът изглежда се придържа към количеството информация, подлежаща на проверка. В решение L'Oréal и др. [125] Съдът приема, че оператор на електронен пазар не може да бъде задължаван да извършва „активен контрол на всички данни на всеки от неговите клиенти, който да предотврати всяко бъдещо нарушение на права върху интелектуалната собственост“. В решение Scarlet Extended той приема, че доставчик на интернет услуги не може да бъде задължаван чрез разпореждане да въведе система за филтриране „на всички електронни съобщения, пренасяни посредством предлаганите от него услуги“ и следователно „без разграничение към всички свои клиенти“ с цел да „се идентифицира в мрежата на този доставчик движението на електронни файлове, съдържащи музикално, кинематографско или аудио-визуално произведение, за което ищецът твърди, че притежава права върху интелектуална собственост, за да се блокира прехвърлянето на файлове, чийто обмен нарушава авторското право“ [126]. В решение SABAM [127] Съдът възприема същата логика по отношение на задължението на оператора на платформа на социална мрежа да въведе сходна система за филтриране. Накрая в решение

[120] Вж. съображение 47 от Директива 2000/31 („[з]абраната за държавите членки да налагат на доставчиците на услуги задължение за контрол […] не се отнася за задълженията за контрол, които са приложими към конкретен случай […]“.).

[121] Вж. ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 64, ЕСПЧ, решение от 1 декември 2015 г., Cengiz и др. с/у Турция, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62 и ЕСПЧ, решение по дело Kablis с/у Русия, § 97.

[122] Вж. точка 138 от настоящото заключение.

[123] Вж. в същия смисъл Grisse, K., op. cit., p. 897, *Spindler*, G. The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation — Contravening prohibition of general monitoring duties? JIPITEC, vol. 10, 2020, p. 350 et 353—359, и *Cabay*, J. Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du „juste équilibre“. Propriété intellectuelle à l'ère du big data et de la blockchain. Schulthess, De Werra, J., Benhamou, Y. (ed), Женева, 2021, 225—237.

[124] Бих искал да уточня, че противно на твърденията на Парламента, тази съдебна практика е релевантна в случая, макар да се отнася за разпореждания, постановени от национални юрисдикции, а не за приет от законодателя на Съюза акт. Всъщност понятието „общо задължение за контрол“ трябва да се тълкува по един и същ начин, независимо от източника на това задължение (вж. в този смисъл заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (бележка под линия 104).

[125] Решение от 12 юли 2011 г. (C-324/09, EU:C:2011:474, т. 139).

[126] Решение Scarlet Extended (т. 29 и 38—40). Според моя прочит Съдът придава решаващо значение на факта, че „подобен превантивен контрол би изисквал активно наблюдение на *всички електронни съобщения, пренасяни в мрежата* на съответния [доставчик на интернет услуги], и следователно този контрол би обхванал *цялата информация, която следва да бъде пренесена и всеки клиент, който използва тази мрежа*“ (т. 39) (курсивът е мой).

[127] Вж. т. 35—38 от това решение.

Mc Fadden [128] Съдът приема, че оператор на безжична локална мрежа не може да бъде задължаван да контролира „цялата пренасяна информация“ чрез тази мрежа, макар да става въпрос за блокиране на копия от едно-единствено музикално произведение, идентифицирано от правоносителя [129].

112. *Понастоящем* Съдът, изглежда, се придържа към точността на онова, което се търси. В това отношение в решение Glawischnig-Piesczek [130], което този път се отнася за клевета, Съдът приема, че задължението операторът на социална мрежа да контролира цялата публикувана в тази мрежа информация [131] трябва да се счита за „конкретен случай“, тъй като става въпрос за търсене и блокиране на „точно определена“ клеветническа информация [132], че доставчикът не е длъжен да извършва „самостоятелна преценка“ на законността на филтрираната информация и че, напротив, той може „да използва автоматизирани техники и средства за търсене“ [133].

113. Това развитие на практиката на Съда [134] според мен е обосновано. По-нататък ще уточня свързаните с това ограничения [135], но тук ще отбележа, че разглеждането на задължение за контрол като „общо“, тъй като фактически принуждава междинния доставчик да извършва филтриране с помощта на инструменти на информационните технологии на цялата информация, публикувана онлайн от потребителите на услугата му, дори да става въпрос за издирване на конкретни нарушения, би означавало, за съжаление, да не се вземе предвид технологичното развитие, което прави възможно подобно филтриране, и да се лиши законодателят на Съюза от полезно средство за борба с някои видове незаконно съдържание.

114. В случая, за да се постигнат посочените в обжалваните разпоредби цели, доставчиците на услуги за споделяне действително трябва да контролират цялото съдържание, което техните потребители публикуват онлайн. Сред това съдържание обаче трябва да се издирят „конкретните произведения или други обекти“, за които правоносителите предварително са им дали „съответната и необходима информация“ (член 17, параграф 4, буква б) от Директива 2019/790) или „достатъчно обосновано уведомление“ (буква в) от същия

128 Решение от 15 септември 2016 г. (C-484/14, EU:C:2016:689, т. 25 и 88).

129 Сериозно може да бъде поставен въпросът дали обжалваните разпоредби съдържат „общо задължение за контрол“, както това понятие се разбира в посочените решения. По-специално разликите между задълженията, произтичащи от тези разпоредби, и системата за филтриране, разглеждана по делото, по което е постановено решение Scarlet Extended, изобщо не са очевидни. По това дело правоносителите искат на посредника да бъде разпоредено да „идентифицира […] файловете, съдържащи произведения, върху които [тези правоносители] твърд[ят], че има[т] права“ (т. 38 от това решение), при това конкретно чрез инструмента „Audible Magic“ (вж. заключение на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, т. 21 и 24). Това впрочем е инструмент за разпознаване чрез „цифров отпечатък“, функциониращ въз основа на референтни файлове, предоставени от посочените правоносители, и който освен това е посочен в анализа на въздействието (част 3/3, стр. 55).

130 Уточнявам, че това решение е постановено след подаването на разглежданата жалба.

131 Вж. заключението на генералния адвокат Szpunar по дело Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, т. 25, 26 и 59).

132 Решение Glawischnig-Piesczek (т. 35).

133 Решение Glawischnig-Piesczek (т. 46).

134 Уточнявам, че макар решение Glawischnig-Piesczek да се отнася до правото в областта на клеветата, произтичащите от него изводи надхвърлят тази област. Всъщност понятието „общо задължение за контрол“ се прилага хоризонтално, независимо от вида на нарушенията, които трябва да бъдат издирвани от посредника. Вж. заключение на генералния адвокат Szpunar по дело Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, т. 43).

135 Вж. точки 194—199 от настоящото заключение.

параграф 4). По-нататък в настоящото заключение 136 ще обясня по-точно какво съдържание трябва да бъде блокирано. Според мен обаче на този етап от анализа посочените елементи са достатъчни, за да се докаже, че посочените разпоредби действително предвиждат, непряко, задължение за „конкретен“ контрол, и да се изключи засягане на „основното съдържание“ на правото на свобода на изразяване на мнение[137].

115. Накрая ще уточня, че макар законодателят на Съюза да не може да делегира на онлайн посредници задачата да извършват генерализиран предварителен контрол на информацията, споделяна или предавана чрез техните услуги, според мен той може, без да засегне „основното съдържание“ на свободата на изразяване на мнение, да реши да наложи на някои онлайн посредници някои мерки за активен контрол по отношение на някоя конкретна незаконна информация. Отбелязвам впрочем, че в това отношение член 17 от Директива 2019/790 се вписва в поредицата от съобщения и препоръки на Комисията[138] и нови правила[139], които целят в този смисъл да накарат някои посредници — по-специално големите „платформи“ — да дадат своя принос в борбата с някои видове незаконно съдържание. Във всеки отделен случай обаче трябва да се гарантира спазването на принципа на пропорционалност. Такава форма на делегиране на контрола на законността онлайн[140] на някои посредници се съпътства по-специално от рискове за свободата на изразяване на мнение на потребителите на техните услуги и следователно не може да се извършва без достатъчно гаранции за тези потребители[141].

в) Разглежданото ограничаване е съобразено с принципа на пропорционалност

116. Сега остава да се разгледа условието за спазване на принципа на пропорционалност, което съгласно текста на член 52, параграф 1 от Хартата се подразделя на две подусловия: разглежданото ограничаване трябва да бъде, първо, „необходимо“, и второ, „действително да отговаря на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора“.

117. Спазването на *второто подусловие* не е предмет на спор между страните. С оглед на общата цел, преследвана с член 17 от Директива 2019/790[142], разглежданото ограничаване отговаря на „необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора“, а именно авторските и сродните права на притежателите им. Припомням, че интелектуалната

136 Вж. точки 200—203 от настоящото заключение.

137 Отбелязвам впрочем, че законодателят на Съюза потвърждава забраната за „общи задължения за контрол“ в член 17, параграф 8 от Директива 2019/790 (вж. т. 194—203 от настоящото заключение).

138 Вж. по-специално Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите от 6 май 2015 г. „Стратегия за цифров единен пазар за Европа“ (COM(2015) 192 final), стр. 4, 8 и 12—14, Съобщение от 25 май 2016 година „Онлайн платформите и цифровият единен пазар — Възможности и предизвикателства пред Европа“ (COM(2016) 288 final, стр. 8—11) и Съобщение от 28 септември 2017 година „Борба с незаконното онлайн съдържание — Повишаване на отговорността на онлайн платформите“ (COM(2017) 555 final). Вж. също Препоръка (ЕС) 2018/334 на Комисията от 1 март 2018 година относно мерки за ефективна борба с незаконното съдържание онлайн (ОВ L 63, 2018 г., стр. 50), съображения 1—5, 24 и 36 и точки 18, 36 и 37.

139 Вж. по-специално Регламент (ЕС) 2021/784 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2021 година относно справянето с разпространението на терористично съдържание онлайн (ОВ L 172, 2021 г., стр. 79), по-конкретно член 5, и Предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета от 15 декември 2020 г. относно единния пазар на цифрови услуги (Законодателен акт за цифровите услуги) и за изменение на Директива 2000/31/ЕО (COM(2020) 825 final), по-конкретно член 27. Отбелязвам, че принципът, съгласно който на онлайн посредниците не може да се налага общо задължение за контрол, е потвърден още веднъж в член 7 от последното предложение.

140 Вж. точка 84 от настоящото заключение.

141 Вж. точки 140—153 от настоящото заключение. Вж. също в този смисъл Препоръка 2018/334 (съображения 24, 27 и 36 и точки 19—21).

142 Вж. точка 28 от настоящото заключение.

собственост е защитена като основно право, по-специално [143] в член 17, параграф 2 от Хартата и в член 1 от Протокол № 1 към ЕКПЧ [144]. В този смисъл обжалваните разпоредби представляват „позитивни мерки за защита“, приети от законодателя на Съюза, за да се осигури на посочените правоносители действителното и ефикасното упражняване на правата им върху интелектуална собственост в отношенията им с доставчиците на услуги за споделяне [145].

118. Страните обаче спорят по въпроса дали разглежданото ограничаване отговаря на *първото подусловие*. В това отношение уточнявам, че разглеждането на „необходимостта“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата от ограничаване на упражняването на гарантирано от нея основно право в действителност обхваща проверката на три кумулативни изисквания: трябва всъщност да се провери дали това ограничаване е 1) „подходящо“ 2) „необходимо“ и 3) „пропорционално“ stricto sensu [146]. Ще разгледам последователно тези три изисквания в следващите раздели.

1) Разглежданото ограничаване е „подходящо“

119. Изискването разглежданото ограничаване да е „подходящо“, изглежда, не се оспорва от Република Полша. Във всички случаи, също като Парламента и Съвета, считам, че то е изпълнено.

120. Всъщност при анализа дали дадена мярка е подходяща Съдът трябва да провери не дали тази мярка представлява *най-доброто средство* за постигане на преследваната цел, а дали *е годна да допринесе* за постигането на тази цел [147].

121. В случая задълженията за контрол, които имат доставчиците на услуги за споделяне по силата на обжалваните разпоредби, впрочем са годни да допринесат за постигането на преследваната от законодателя на Съюза цел. Като прехвърлят на тези доставчици задачата да контролират своите услуги и да се борят активно срещу нарушаващото права съдържание, което може да се окаже при тях, тези разпоредби, от *една страна*, силно стимулират посочените доставчици да сключват лицензионни споразумения с

[143] Вж. също член 27, параграф 2 от Всеобщата декларация за правата на човека и член 15 от Международният пакт за икономически, социални и културни права.

[144] Вж., по-специално, ЕСПЧ, решение от 11 януари 2007 г., Anheuser-Busch Inc. с/у Португалия, CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 72, ЕСПЧ, решение Ashby Donald и др. с/у Франция, § 40 и ЕСПЧ, решение Neij и др. с/у Швеция, т. 11.

[145] Вж. по аналогия решения от 29 януари 2008 г., Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, т. 53), от 15 септември 2016 г., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, т. 81), както и ЕСПЧ, решение Ashby Donald и др. с/у Франция, § 36 и ЕСПЧ, решение от 19 февруари 2013 г., Neij и др. с/у Швеция, т. 10 и 11. Както изтъкват Парламентът и Съветът, разглежданото ограничение отговаря едновременно на цел от общ интерес, която не само е „призната“, но и е „преследвана“ от Съюза, а именно насърчаването на културното многообразие (вж. съображение 2 от Директива 2019/790). Всъщност защитата на авторското право има за цел по-специално да подпомогне създаването, производството и разпространението на информацията, знанията и културата (вж. по-специално съображения 9—11 и 14 от Директива 2001/29). Съгласно член 3, параграф 3 ДЕС Съюзът впрочем си поставя за цел да „следи за опазването и развитието на европейското културно наследство“.

[146] Вж. по-специално решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 50), от 15 февруари 2016 г., N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, т. 54), и от 17 декември 2020 г., Centraal Israëlitisch Consistorie van België и др. (C-336/19, EU:C:2020:1031, т. 64).

[147] Вж. по-специално решение от 17 декември 2020 г. Centraal Israëlitisch Consistorie van België и др. (C-336/19, EU:C:2020:1031, т. 66 и цитираната съдебна практика).

правоносителите[148], и *от друга страна*, позволяват на тези правоносители да контролират по-лесно използването на техните закриляни произведения и обекти чрез посочените услуги[149].

2) Разглежданото ограничаване е „необходимо“

122. Република Полша обаче твърди, че ограничаването на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение, произтичащо от член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine, от Директива 2019/790, надхвърля „необходимото“ за постигането на преследваната от законодателя на Съюза цел. Според нея задълженията, предвидени в буква а) и в буква в), in principio, от този параграф, са достатъчни в това отношение. *От една страна*, задължението на доставчиците на услуги за споделяне в съответствие с посочената буква а) да положат „всички възможни усилия“, за да получат разрешение от правоносителите, засилвало преговорната позиция на последните. *От друга страна*, задължението на същите тези доставчици по посочената буква в), in principio да действат експедитивно, след като са получили достатъчно обосновано уведомление, за да преустановят достъпа до или да премахнат от своите уебсайтове произведенията или другите закриляни обекти, за които е постъпило уведомлението, гарантирало ефективна защита на правата на тези правоносители.

123. Не споделям това мнение.

124. В това отношение припомням, че тестът за „необходимост“ се свежда до проверка дали съществуват алтернативни мерки, които да са *също толкова ефикасни* колкото избраната мярка, за да се постигне преследваната цел, но същевременно да са *по-слабо ограничителни*[150].

125. Както впрочем по същество твърдят Парламентът и Съветът, режим на отговорност, който налага единствено задълженията, предвидени в член 17, параграф 4, буква а) и буква в), in principio, от Директива 2019/790, очевидно не би бил *също толкова ефикасен*, за се постигане преследваната от законодателя на Съюза цел, колкото режим, в който освен това се предвиждат задълженията, произтичащи от буква б) и от буква в), in fine, от този параграф, дори ако първите задължения действително са *по-слабо ограничителни* за правото на свобода на изразяване на мнение от вторите[151].

126. Всъщност, *от една страна*, макар, както твърди жалбоподателят, задължението доставчиците на услуги за споделяне да положат „всички възможни усилия“, за да получат разрешение от правоносителите, вече да засилва само по себе си положението на тези правоносители за договарянето на лицензионни споразумения с посочените доставчици, член 17 от Директива 2019/790 няма за цел единствено да гарантира, че правоносителите

148 Тъй като, припомням, обжалваните разпоредби се прилагат единствено за закриляните произведения и обекти, които са идентифицирани от правоносителите и за които доставчиците на услуги за споделяне не са получили разрешение от последните.

149 Вж. точка 53 от настоящото заключение. Фактът, че всяко филтриране може да бъде заобиколено от недобросъвестни ползватели (вж. обаче, що се отнася до солидността на инструментите за филтриране чрез „отпечатъци“, бележка под линия 65 от настоящото заключение) и неизбежно е съпътствано от известен процент грешки, може евентуално да намали годността на тези задължения за постигне на преследваната цел, но все пак не ги прави негодни (вж. решение от 27 март 2014 г., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 63).

150 Вж., по-специално, решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 54 и 55), от 17 октомври 2013 г., Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, т. 46, 52 и 53), и от 4 май 2016 г., Philip Morris Brands и др. (C-547/14, EU:C:2016:325, т. 160).

151 Вж. бележка под линия 172 от настоящото заключение.

получават справедливо възнаграждение за използването на техните произведения и други закриляни обекти чрез тези услуги. В по-общ план целта е да се гарантира, че същите правоносители могат действително да контролират подобно използване, и по-специално, ако желаят, да *предотвратят* достъпа до тези обекти чрез такива услуги.

127. В това отношение, *от друга страна*, не може да се отрече, както подчертават ответниците, че система за уведомление и изтегляне — като произтичащата от член 14 от Директива 2000/31 и възпроизведена по същество в член 17, параграф 4, буква в), in principio от Директива 2019/790 — не позволява на съответните правоносители да се противопоставят на използването на произведенията им чрез услугите за споделяне *също толкова ефикасно*, колкото система като произтичащата от обжалваните разпоредби, която освен това налага на доставчиците на тези услуги задължения за контрол.

3) Разглежданото ограничаване е „пропорционално“ stricto sensu

128. Съгласно постоянната практика на Съда ограничаване на упражняването на гарантирано от Хартата основно право се счита за „пропорционално“ в тесния смисъл на думата, ако причинените с разглежданата мярка неудобства не са несъразмерни спрямо преследваните цели [152].

129. В случая чрез обжалваните разпоредби се противопоставят, от една страна, правото на свобода на изразяване на мнение, гарантирано в член 11 от Хартата, и от друга страна, правото на интелектуална собственост, закриляно с член 17, параграф 2 от този акт. Както припомнят Парламентът, Съветът и испанското правителство, първото право няма „автоматично предимство“ пред второто [153]. Следователно преценката на пропорционалността на тези разпоредби трябва да се извърши, ако прибегнем до използваната от Съда формулировка, „при спазване на необходимото съчетаване на изискванията, свързани със защитата на тези различни основни права“, и на „справедливо равновесие“ между тях [154]. Впрочем в областта на авторското право Съдът поставя особен акцент върху необходимостта това „справедливо равновесие“ да се поддържа в цифровата среда [155].

130. Република Полша обаче изтъква, че именно законодателят на Съюза не е запазил това равновесие в член 17 от Директива 2019/790. Според нея вредата, причинена на свободата на изразяване на мнение с обжалваните разпоредби, е несъразмерна спрямо предимствата, които те могат да осигурят от гледна точка на защитата на правата върху интелектуална собственост.

131. От своя страна считам, също като Парламента, Съвета и Комисията, че законодателят на Съюза е можел да реши да преразгледа равновесието, присъщо на режима на отговорност, приложим към доставчиците на услуги за споделяне (подраздел i). Приетият нов режим на отговорност обаче създава значителни рискове за свободата на изразяване

[152] Вж. по-специално решение от 17 декември 2020 г., Centraal Israëlitisch Consistorie van België и др. (C-336/19, EU:C:2020:1031, т. 64 и цитираната съдебна практика).

[153] Вж. по аналогия решение от 9 ноември 2010 г., Volker und Markus Schecke и Eifert (C-92/09 и C-93/09, EU:C:2010:662, т. 85).

[154] Вж. по-специално решение от 17 декември 2020 г., Centraal Israëlitisch Consistorie van België и др. (C-336/19, EU:C:2020:1031, т. 65 и цитираната съдебна практика).

[155] Вж. по-специално решение от 9 март 2021 г., VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, т. 54 и цитираната съдебна практика).

на мнение (подраздел ii), налагайки да се предвидят достатъчни гаранции за свеждане до минимум на тези рискове (подраздел iii), което според мен законодателят на Съюза е направил (подраздел iv).

i) Законодателят на Съюза легитимно е могъл да замени първоначално установеното равновесие с ново

132. Освобождаването от отговорност, предвидено за междинните доставчици в член 14 от Директива 2000/31, отразява равновесие — между, по-специално, свободата на изразяване на мнение и правата върху интелектуална собственост — което е желано от законодателя на Съюза при приемането на тази директива. По това време той е възнамерявал да насърчи развитието на посочените доставчици, за да стимулира като цяло растежа на електронната търговия и на „услугите на информационното общество“ на вътрешния пазар. Следователно е било важно на доставчиците на услуги да не се налага отговорност, която може да застраши дейността им. Интересите на правоносителите е трябвало да бъдат защитени и претеглени спрямо свободата на изразяване на мнение на интернет потребителите в рамките на системата за „уведомление и изтегляне“ и в рамките на разпорежданията, които е можело да бъдат постановени по отношение на тези доставчици [156].

133. Както изтъква Съветът, оттогава обстоятелствата без съмнение са се променили. Появата на „Web 2.0“ услугите води до предимства и до нови икономически и социални рискове, оказващи влияние върху различните засегнати интереси. В този контекст законодателят на Съюза е можел да преразгледа направения почти двадесет години по-рано избор, да прецени тази промяна в обстоятелствата и да оцени посочените предимства и рискове [157].

134. В това отношение, както подчертават Парламентът, Съветът и френското правителство, законодателят на Съюза разполага с широко право на преценка в областите, в които неговите действия предполагат избор както от политическо, така и от икономическо или социално естество и в които е призван да извършва комплексни преценки и оценки [158]. Адаптирането на авторското право към цифровата среда и установяването в тази област на режим на отговорност за онлайн услугите за споделяне, който осигурява справедливо равновесие между всички засегнати права и интереси, без съмнение е „сложна“ задача [159].

135. По подобен начин ЕСПЧ признава на публичните органи широка свобода на преценка, когато трябва да постигнат равновесие между различните защитени от ЕКПЧ права [160]. В случая тази свобода на преценка придобива още по-голямо значение, тъй като законодателят на Съюза по принцип е трябвало да регулира не политически дебати, а използването на произведения и други закриляни обекти [161].

156 Вж. съображения 1—7, 40, 41 и 45—49 от Директива 2000/31 и заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 245).

157 Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 246).

158 Вж. по-специално решение от 17 декември 2015 г., Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, т. 76 и цитираната съдебна практика).

159 Вж. Препоръка CM/Rec(2018)2 относно ролите и отговорностите на интернет посредниците, преамбюл, точка 9.

160 Вж. по-специално ЕСПЧ, Ashby Donald и др. с/у Франция, § 40 и цитираната съдебна практика. Вж. също ЕСПЧ, Neij и др. с/у Швеция, т. 11 и ЕСПЧ, решение от 11 март 2014 г., Akdeniz с/у Турция, CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, § 28. Вж. в същия смисъл решение от 3 февруари 2021 г., Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, т. 91—93).

161 Вж. по аналогия, ЕСПЧ, Neij и др. с/у Швеция, точка 11.

136. В широко разискван контекст [162] законодателят на Съюза е направил политически избор в полза на творческите индустрии. Той приема, че предходното равновесие между разглежданите права и интереси вече не е задоволително и че за да продължи да осигурява висока степен на защита на правоносителите [163], следва да въведе нов режим на отговорност за някои доставчици на „Web 2.0“ услуги, като им наложи определени задължения за контрол върху съдържанието, публикувано от потребителите на техните услуги. Предвид широката свобода на преценка, с която разполага законодателят, считам, че този избор по принцип не е непропорционален.

137. По-конкретно, пропорционалният характер на обжалваните разпоредби според мен почива на съвкупност от обстоятелства, изтъкнати от ответниците и от встъпилите страни, а именно, първо, значимостта на имуществената вреда, причинявана на правоносителите от незаконното публикуване онлайн на техните произведения чрез онлайн услугите за споделяне, с оглед на огромното количество качвано чрез тези услуги съдържание и бързината на обмена на информация в интернет [164], второ, обстоятелството, че поради същите причини системата за „уведомление и изтегляне“ трудно позволява на тези правоносители да контролират използването на произведенията им чрез посочените услуги, трето, затрудненията, с които те се сблъскват при предприемането на действия срещу носещите отговорност потребители, и четвърто, обстоятелството, че задълженията за контрол, засягат специфични междинни доставчици. По последния въпрос отбелязвам, че посредством извършваното от тях популяризиране на съдържанието доставчиците на услуги за споделяне [165] упражняват известно влияние върху информацията, до която обществеността има достъп. Тези аспекти целят в известна степен [166] да доближат тези доставчици до традиционните посредници като издателите, така че може да е пропорционално по отношение на тях да се въведе режим на специфична отговорност, различен от приложимия за останалите хостинг доставчици [167].

138. Освен това, както изтъкват испанското и френското правителство, в решение Delfi AS с/у Естония ЕСПЧ приема, че при претеглянето на свободата на изразяване на мнение по смисъла на член 10 от ЕКПЧ и гарантираното в член 8 от тази конвенция право на чест не е непропорционално да се приеме, че голям онлайн новинарски портал е отговорен за това, че не е възпрепятствал публикуването на определени видове незаконни коментари, оставени от потребители на неговия уебсайт под статия, или поне че не ги е премахнал по собствена инициатива в кратък срок.

[162] Част от доктрината твърди, че не съществуват емпирични доказателства за съществуването на „Value Gap“. Вж. по-специално *Frosio*, G. From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe. — Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, vol. 12, No. 7, 565—575, по-специално ijp. 567—569. Вж. за обратно мнение *Bensamoun*, A. Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique. Entertainment, Bruylant, No. 2018-4, 278—287.

[163] Бих искал да уточня, че законодателят на Съюза, разбира се, е този, който решава в каква степен възнамерява да осигури закрилата на авторското право и сродните му права в Съюза.

[164] Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 137—144 и 175. Вж. в същия смисъл решения от 13 май 2014 г., Google Spain и Google (C-131/12, EU:C:2014:317, т. 80) и Glawischnig-Piesczek (т. 36 и 37).

[165] Вж. точка 14 от настоящото заключение.

[166] Неизвършването от тези доставчици на предварителен подбор на публикуваната чрез техните услуги информация (вж. т. 32 от настоящото заключение) според мен съставлява решаваща разлика, която не позволява те да бъдат третирани по същия начин като издателите.

[167] Вж. в този смисъл Препоръка CM/Rec(2018)2 относно ролите и отговорностите на интернет посредниците, преамбюл, точки 4 и 5 и приложение, точка 1.3.9. Според мен такъв режим на отговорност не би бил пропорционален за „традиционните“ хостинг доставчици. Същото би важало a fortiori за други видове посредници, като например доставчиците на услуги за „обикновен пренос“ (вж. член 12 от Директива 2000/31).

139. В това решение ЕСПЧ впрочем отчита, първо, мащаба на вредата, причинена от такива коментари, като се има предвид скоростта на движение на информацията онлайн[168], и второ, факта, че макар да е възможно системата за „уведомление и изтегляне“ в редица случаи да представлява подходящ инструмент за претегляне на правата и интересите на всички заинтересовани лица, тя не е достатъчна, за да се преустанови тежкото увреждане, до което водят такива коментари[169]. ЕСПЧ подчертава също, трето, че за пострадалото лице би било трудно да предприеме действия срещу авторите на коментарите, и четвърто, че операторът на новинарския портал оказва известно влияние върху коментарите на потребителите, така че може да е обосновано да се възприеме специфичен подход относно отговорността на такъв посредник[170]. Поради това е възможна известна аналогия с настоящото дело[171].

ii) Рисковете, присъщи на режим на отговорност като произтичащия от обжалваните разпоредби

140. Както по същество твърди Парламентът, тъй като филтрирането, което трябва да извършат доставчиците на услуги за споделяне въз основа на обжалваните разпоредби, ще възпрепятства разпространяването чрез тези услуги на съдържание, нарушаващо авторското право или сродните му права, произтичащото от тези разпоредби ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение, що се отнася до това съдържание, е обосновано.

141. Връзката, която законодателят на Съюза е установил в посочените разпоредби между отговорността на доставчиците на услуги за споделяне и ефикасността на това филтриране, обаче създава значителен риск за свободата на изразяване на мнение, а именно, риск от „прекомерното блокиране“ на законно съдържание.

142. Такъв риск от „прекомерно блокиране“ по принцип е налице, когато публичните органи държат междинните доставчици отговорни за незаконната информация, предоставена от потребителите на техните услуги. За да избегнат всякакъв риск от понасяне на отговорност, тези посредници могат да проявят склонност към демонстриране на усърдие и да блокират в прекомерна степен тази информация *при най-малко съмнение в нейната законност*[172].

143. В случая е налице по-специално риск доставчиците на услуги за споделяне, за да избегнат всякакъв риск от понасяне на отговорност към правоносителите, системно да възпрепятстват предоставянето на разположение чрез услугите им на всяко съдържание,

168 Вж. ЕСПЧ, Delfi AS с/у Естония, § 133.

169 Вж. ЕСПЧ, Delfi AS с/у Естония, § 151, 155, 158 и 159.

170 Вж. ЕСПЧ, Delfi AS с/у Естония, § 113, 115, 117, 128 и 145.

171 Уточнявам, че по това дело операторът на новинарския портал е трябвало да контролира въпросния портал, издирвайки „очевидно незаконна“ информация. Както ще уточня в точки 194—218 от това заключение, такъв е и настоящият случай.

172 Вж. по-специално Balkin, J.-M., op. cit., p. 2309 и ЕСПЧ, решение от 4 юни 2020 г., Jezior с/у Полша, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 60 („Вменяването на отговорност [на междинния доставчик] във връзка с коментари от трети лица може […] да окаже възпиращо въздействие върху свободата на изразяване на мнение в интернет“). Вж. също ЕСПЧ, решение от 2 февруари 2016 г., Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete и Index.hu Zrt с/у Унгария, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 86 и ЕСПЧ, решение от 7 февруари 2017 г., Pihl с/у Швеция, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 35. При предвиденото в член 14 от Директива 2000/31 освобождаване от отговорност този риск обаче е ограничен, тъй като междинните доставчици трябва да премахнат единствено информацията, чиято незаконност е установена или „видна“.

възпроизвеждащо произведенията и другите закриляни обекти, за които са получили „съответната и необходима информация“ или „достатъчно обосновано уведомление“ от правоносителите, включително съдържание, които не нарушава техните права [173].

144. Всъщност, освен че някои потребители, които искат да публикуват онлайн съответното съдържание, биха могли да разполагат с лиценз за въпросните произведения и обекти, правоносителите нямат абсолютен монопол върху използването на техните закриляни обекти. В това отношение член 5, параграф 3 от Директива 2001/29 съдържа списък с изключения и ограничения на изключителното право на „публично разгласяване“. Тези изключения и ограничения по принцип осигуряват „справедливо равновесие“ между, от една страна, интереса на правоносителите от защитата на тяхната интелектуална собственост, и от друга страна, защитата на интересите и основните права на ползвателите на закриляни обекти, както и общия интерес [174] — а именно достъпът на обществеността до културата. По-специално, редица от посочените изключения и ограничения — сред които свързаните с цитирането, критиката и обзора [175] и свързаните с карикатурата, пародията и имитацията [176] — в съответното им приложно поле дават превес на правото на свобода на изразяване на мнение и творчество на потребителите пред интереса на тези правоносители.

145. Значителна част от публикуваното онлайн съдържание от потребителите на услугите за споделяне впрочем се изразява именно в използване и дори последващо творческо присвояване на произведения и други закриляни обекти, което може да се окаже обхванато от тези изключения и ограничения [177].

146. Все пак въпросът дали такова изключение или ограничение е приложимо към определено съдържание зависи от контекста и налага известен анализ [178]. В различни случаи линията, разделяща законното използване от нарушението на права, може да се окаже спорна [179]. Във всички тези неясни положения на доставчиците на услуги за споделяне може да им се стори по-лесно да възпрепятстват предоставянето на разположение на

[173] Още повече, *от една страна*, че съгласно член 17, параграф 4 от Директива 2019/790 доставчиците на услуги за споделяне носят тежестта да докажат, че са положили „всички възможни усилия“, за да предотвратят публикуването онлайн на нарушаващо права съдържание, *и от друга страна*, че те носят значителен риск от понасяне на отговорност предвид „голямото количество“ съдържание, до което тези услуги дават достъп.

[174] Вж. по-специално решения от 3 септември 2014 г., Deckmyn и Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, т. 26), от 7 август 2018 г., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, т. 43), и от 29 юли 2019 г., Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, т. 38, 42, 43 и 54). Вж. също съображение 6 от Директива 2019/790.

[175] Вж. член 5, параграф 3, буква г) от Директива 2001/29 и решения от 29 юли 2019 г., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, т. 71), и Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, т. 57).

[176] Вж. член 5, параграф 3, буква к) от Директива 2001/29 и решение от 3 септември 2014 г., Deckmyn и Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, т. 25).

[177] Тук имам предвид „мемовете“, кинокритиката, превратното представяне и всякакви други видове съдържание с развлекателна или образователна насоченост, които изобилстват при тези услуги и които освен това сами по себе си могат да представляват произведения, често „трансформиращи“.

[178] Например, що се отнася до изключението, предвидено в член 5, параграф 3, буква г) от Директива 2001/29, трябва по-специално да се провери дали ползвателят е „[установил] пряка и тясна връзка между цитираното произведение и собствените си разсъждения, с което [е създал] възможност за такова умозрително стълкновение с чуждото произведение“ (решение от 29 юли 2019 г., Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, т. 79). При изключението, предвидено в буква к) от този параграф, трябва да се установи дали съдържанието, от една страна „напомня за съществуващо произведение, като същевременно съществено се различава от него“, и от друга страна, „е проява на хумор или осмиване“ (решение от 3 септември 2014 г., Deckmyn и Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, т. 20).

[179] Освен това анализът се усложнява от факта, че приложимите изключения и ограничения, както и обхватът им могат да варират в различните национални правни уредби. Всъщност, макар изброяването в член 5 от Директива 2001/29 да е изчерпателно, то дава *възможност* на всяка държава членка да транспонира във вътрешното си право онези изключения, които желае. Освен това посочените държави в зависимост от случая разполагат със свобода на преценка относно тяхното прилагане. Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 188).

съответното съдържание, отколкото да трябва самостоятелно да обосновават прилагането на тези изключения или ограничения в евентуално производство за търсене на отговорност, инициирано от правоносителите [180].

147. Рискът от „прекомерно блокиране“, който описах по-горе, в случая се увеличава и от това, че условията за освобождаване, предвидени в член 17, параграф 4, буква б) и буква в), in fine, от Директива 2019/790, в множество случаи задължават de facto доставчиците на услуги за споделяне да използват инструменти за автоматично разпознаване на съдържание.

148. В това отношение следва да не се забравят ограниченията, присъщи на въпросните инструменти — ограничения, които жалбоподателят надлежно е подчертал и които освен това вече са установени от Съда в неговите решения Scarlet Extended и SABAM [181]. Всъщност инструментите за автоматично разпознаване на съдържание откриват именно *съдържание*, а не *нарушения* на авторското право. Тези инструменти, по-специално функциониращите въз основа на техниката на „цифровия отпечатък“, могат да откриват *съответствия*, тоест да разпознаят, че съдържанието на даден файл, цялостно или частично, възпроизвежда съдържанието на референтен файл [182]. Както изтъква Република Полша, понастоящем тези инструменти обаче не са в състояние да преценяват контекста, в който е използвано възпроизведеното произведение, и по-специално да разпознават прилагането на изключение или ограничение на авторското право [183]. Рискът от „прекомерно блокиране“ е още по-голям, тъй като способността на посочените инструменти да разпознават съответствия при все по-кратки откъси (например няколко секунди за звукозапис) се увеличава. Следователно тяхното използване създава риск ползвателите да бъдат лишени от пространство за изразяване на мнение и творчество, позволено с посочените изключения и ограничения [184]. Освен това способността на инструментите за автоматично разпознаване да идентифицират нарушаващо права съдържание зависи от точността и истинността на предоставената от правоносителите информация. Следователно използването на тези инструменти може да доведе до необосновани претенции, например във връзка с произведения, които са обществено достояние [185], въз основа на референтна информация, която е погрешна или чрез която се злоупотребява (т.нар. риск от „прекомерни претенции“) [186].

180 Вж. по аналогия заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 189).

181 Вж. в този смисъл точка 52 от първото и точка 50 от второто решение. Вж. също заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 243).

182 Вж. точка 58 от настоящото заключение.

183 Вж. по-специално документ на Комисия „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market“, стр. 15.

184 Вж. по-специално Grisse, K., op. cit., p. 887, Dusollier, S., op. cit., p. 1018 и Lambrecht, M., op. cit., p. 73. Вж. също *Jacques*, S., Garstka, K., Hviid, M. и Street, J. The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube's Content ID digital fingerprinting technology, 2017.

185 Сродното право на продуцентите на звукозаписи също води до специфични рискове в това отношение. Например такъв продуцент може да идентифицира с цел блокиране запис на изпълнение на ноктюрно на Шопен (произведение, което впрочем е станало обществено достояние), върху който той има права. След като някои инструменти като Content ID са в състояние да разпознаят не само съдържанието, възпроизвеждащо откъси от *този звукозапис*, но и съдържанието, което възпроизвежда *същата мелодия* (вж. бележка под линия 65 от настоящото заключение), те могат автоматично да блокират например видеоклипове на потребители, които правят видеозапис на своето собствено изпълнение на това ноктюрно.

186 По-конкретно, изглежда, че по тази причина Content ID вече е възприемало по погрешка безобидно съдържание за закриляни произведения. Вж., за различни примери, *Garstka*, K. Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression, Intellectual Property and Human Rights, Wolters Kluwer Law & Business, 4. ed., Torremans, P. (ed), 2020, 327—352, по-специално стр. 332—334.

iii) Необходимостта да се предвидят достатъчни гаранции за свеждането до минимум на тези рискове

149. Като се имат предвид описаните в предходния подраздел рискове от „прекомерно блокиране“, режим на отговорност като произтичащия от обжалваните разпоредби според мен трябва да бъде съпътстван от достатъчни гаранции, за да се сведат до минимум тези рискове, и така да се гарантира, че обхватът на намесата в свободата на изразяване на мнение е ясно очертан [187]. По принцип всякакъв вид делегиране от публичните органи на контрола на законността онлайн на междинните доставчици [188], приемащ формата на наложени пряко или непряко на тези посредници задължения за контрол, трябва да бъде съпътствано от такива гаранции.

150. По-конкретно считам, че такъв режим следва да се вписва в правна рамка, която установява ясни и точни правила, уреждащи обхвата и прилагането на мерките за филтриране, които трябва да приложат посочените доставчици на услуги, така че да се осигури на потребителите на тези услуги ефективна защита срещу злоупотребяващо или произволно блокиране на информацията, която желаят да публикуват онлайн [189].

151. Подчертавам също, че когато ограничаването на основните права произтича от самото законодателство на Съюза и поради това отговорността за ограничаването може да му се вмени, какъвто е настоящият случай [190], законодателят на Съюза носи голяма част от отговорността в това отношение. В такава хипотеза той не може напълно да остави на държавите членки — или a fortiori, на доставчиците на услуги, натоварени с прилагането на това законодателство — грижата за въвеждане на такива гаранции. Напротив, той трябва да определи поне същността им [191]. При това положение, след като в конкретния случай става въпрос за директива, която освен това засяга техническа област, някои правила за прилагане трябва да бъдат уточнени от държавите членки, а също и от Комисията [192].

152. Ще добавя, че е абсолютно необходимо законодателят на Съюза да предвиди същността на тези гаранции, за да се осигури еднаквото прилагане на законодателството на Съюза във всички държави членки, тъй като такова еднакво прилагане е още по-необходимо като се има предвид, че в случая става въпрос за директива за хармонизиране, приета на основание член 114 ДФЕС. Доставчиците на услуги за споделяне, осъществяващи дейност на международно равнище, не следва да се оказват подчинени на 27 национални режима на отговорност, които могат да се различават по отношение на обхвата на наложените им задължения за филтриране. Най-вече

187 Вж. по аналогия решения от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 61), и от 8 април 2014 г., Digital Rights Ireland и др. (C-293/12 и C-594/12, EU:C:2014:238, т. 65).

188 Вж. точки 84 и 115 от настоящото заключение.

189 Вж. в този смисъл ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 64, ЕСПЧ, решение от 8 октомври 2013 г., Cumhuriyet Vakfi и др. с/у Турция, CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, § 61, ЕСПЧ, решение от 1 декември 2015 г., Cengiz и др. с/у Турция, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62 и ЕСПЧ, решение Kablis с/у Русия, § 97. Вж. също, по аналогия, решения от 8 април 2014 г., Digital Rights Ireland и др. (C-293/12 и C-594/12, EU:C:2014:238, т. 54, 55 и 65), от 21 декември 2016 г., Tele2 Sverige и Watson и др. (C-203/15 и C-698/15, EU:C:2016:970, т. 117), и от 2 март 2021 г., Prokuratuur (Условия за достъп до данните за електронните съобщения) (C-746/18, EU:C:2021:152, т. 48).

190 Вж. точка 84 от настоящото заключение.

191 Решение от 8 април 2014 г., Digital Rights Ireland и др. (C-293/12 и C-594/12, EU:C:2014:238, т. 60—67), и заключение на генералния адвокат Cruz Villalón по съединени дела Digital Rights Ireland и др. (C-293/12 и C-594/12, EU:C:2013:845, т. 117 и 120).

192 Вж. точки 210—213 от настоящото заключение.

ползвателите на тези услуги би трябвало да се ползват с по същество еднаква защита срещу мерките за блокиране, при които има злоупотреба или произвол, независимо в коя държава членка се намират.

153. Накратко, макар законодателят на Съюза да разполага с широка свобода на преценка, за да реши какъв да е *принципът* на режим на отговорност като предвидения в обжалваните разпоредби, той същевременно не може да си спести въвеждането на *достатъчни гаранции*, за да се сведат до минимум произтичащите от този режим рискове за свободата на изразяване на мнение. Според мен Съдът следва да контролира строго спазването на това изискване [193].

iv) Предвидените в случая гаранции

154. Република Полша твърди, че в случая законодателят на Съюза не е спазил това изискване. Според нея обжалваните разпоредби не са придружени с никаква гаранция, която да може да очертае обхвата на намесата в свободата на изразяване на мнение на потребителите на услугите за споделяне.

155. Ответниците и встъпилите страни обаче твърдят, че член 17 от Директива 2019/790 съдържа „пълна система от гаранции“. Обжалваните разпоредби всъщност били неотделими от параграфи 5, 7, 8 и 9 от този член. Тези параграфи установявали ясни и точни правила, определящи обхвата и прилагането на мерките, които доставчиците на услуги за споделяне трябва да прилагат, и така запазвали „справедливо равновесие“ между правата върху интелектуална собственост и свободата на изразяване на мнение.

156. Струва ми се, че член 17, параграф 5 от Директива 2019/790 — съгласно който, припомням, мерките, които трябва да вземе всеки доставчик, трябва да се преценяват при отчитане на принципа на пропорционалност с оглед на елементи като „размера на услугата“ или „цената“ на наличните инструменти — се отнася в по-голяма степен към въпроса за зачитането на свободата на стопанската инициатива, който не е предмет на настоящото дело, отколкото към свободата на изразяване на мнение. Ето защо считам, че не е необходимо да се връщам отново на него.

157. За сметка на това според мен параграфи 7, 8 и 9 от този член действително съдържат значителни гаранции за защита на потребителите на услугите за споделяне срещу мерките за блокиране на съдържанието им, при които има злоупотреба или произвол. Затова ще ги разгледам в следващите подраздели.

– Правото на законно използване на закриляни обекти (параграф 7) и механизмът за подаване на жалби (параграф 9)

158. Ответниците и встъпилите страни правилно изтъкват, че в член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 се съдържа една от основните гаранции, с които се цели да се ограничи рискът въз основа на обжалваните разпоредби доставчиците на услуги за

[193] В това отношение отбелязвам, че ЕСПЧ многократно е постановявал, че „големите опасности“, които създават за свободата на изразяване на мнение „предварителните ограничения“, произтичащи от мерките за блокиране, налагат „възможно най-подробна проверка“. Вж. по-специално ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 47.

споделяне да възпрепятстват предоставянето на разположение чрез техните услуги на съдържание, което законно възпроизвежда произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите.

159. Всъщност, *от една страна*, в първата алинея от този параграф се предвижда, че „сътрудничеството между доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание и правоносителите[194] не води до предотвратяване на наличието на произведения или други обекти, качвани от ползватели, които не нарушават авторското право и сродните му права, включително когато тези произведения или други обекти са обхванати от изключение или ограничение“[195].

160. *От друга страна*, съгласно втората алинея от посочения параграф държавите членки трябва да гарантират, че потребителите могат да се позоват на изключенията и ограниченията, свързани с а) цитиране, критика и обзор и б) използване с цел карикатура, пародия или имитация[196], когато публикуват онлайн съдържание чрез услугите за споделяне.

161. От това следва, че законодателят на Съюза изрично е признал субективни права в областта на авторското право на потребителите на услуги за споделяне. Тези потребители вече имат противопоставимо на доставчиците на тези услуги и на правоносителите *право* законно да използват закриляни обекти чрез посочените услуги, включително *правото* да се позовават на изключенията и ограниченията на авторското право и сродните му права[197]. Това признаване от законодателя на значението на тези изключения и ограничения за потребителите съвпада с практиката на Съда, който неотдавна признава, че те „съдържат права“ в полза на потребителите[198].

162. Подчертавам, че съгласно член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 потребителите могат да се позовават *на всички изключения и ограничения, предвидени в правото на Съюза*[199], и по-специално на тези по член 5 от Директива 2001/29, при положение все пак, че те са включени в приложимото национално право. Докато впрочем член 5 оставя на държавите членки *възможността* да транспонират изброените в него изключения и ограничения[200], същият параграф 7 вече ги *задължава* да предвидят поне изключенията и ограниченията, свързани с цитирането и пародията във вътрешното си право[201], предвид особеното им значение за свободата на изразяване на мнение.

194 Тази формулировка трябва да се разбира така: мерките за филтриране и блокиране, които тези доставчици трябва да вземат въз основа на обжалваните разпоредби. Вж. съображение 66, първа алинея от Директива 2019/790.

195 Това се отнася по-специално и до използването на произведения и други закриляни обекти, обхванати от лицензионни споразумения, сключени от потребителите (вж. съображение 66, първа алинея от Директива 2019/790), и използването на произведенията, които са обществено достояние.

196 Въпросните изключения и ограничения освен това са предвидени в член 5, параграф 3, букви г) и к) от Директива 2001/29, както посочих в бележки под линия 175 и 176 от настоящото заключение.

197 Те могат по-специално да направят това пред националните юрисдикции (вж. член 17, параграф 9, втора алинея от Директива 2019/790 („[…] ползвателите имат достъп до съд или друг компетентен правораздавателен орган, за да се позовават на приложимостта на изключение или ограничение по отношение на правилата на авторското право и сродните му права“).

198 Вж. решения от 29 юли 2019 г., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, т. 70), и Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, т. 54).

199 Макар в това отношение посоченият параграф 7 да е двусмислен, това тълкуване ясно следва от съображение 70 от Директива 2019/790 („Мерките, предприети от доставчици на онлайн услуги за споделяне […] не следва да засягат прилагането на *изключенията или ограниченията на авторското право* […]“.), и от параграф 9 от този член, по-специално неговата четвърта алинея („[…] те могат да използват произведения и други обекти съгласно изключенията или ограниченията […], *предвидени в правото на Съюза*“) (курсивът е мой).

200 Вж. бележка под линия 179 от настоящото заключение.

201 Или поне що се отнася до използването на закриляни обекти чрез услугите за споделяне.

163. От това конкретно следва, че доставчиците на услуги за споделяне нямат законово право да блокират или премахват съдържание, което представлява законно използване на произведения или други защитени обекти, *с мотива че това съдържание нарушава авторското право*[202]. По-специално, те вече не могат в общите си условия за използване или в рамките на договорни споразумения с правоносителите да изключат прилагането на изключенията и ограниченията, като предвидят например че самото твърдение на правоносителите за нарушение на авторското право ще е достатъчно, за да обоснове подобна мярка за блокиране или за премахване[203]. Напротив, тези доставчици трябва в същите общи условия да информират потребителите си, че могат да използват произведения и други закриляни обекти в рамките на посочените изключения и ограничения[204].

164. Според мен с приемането на член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 законодателят на Съюза, съзнавайки рисковете от „прекомерно блокиране“[205], които е възможно да произтекат от въведения от него режим на отговорност, и с цел да осигури „справедливо равновесие“ между засегнатите права и интереси и да защити свободата на изразяване на мнение на потребителите на услугите за споделяне[206], предвижда ясно и точно ограничение на мерките за филтриране и блокиране, които доставчиците на тези услуги трябва да приложат на основание параграф 4 от този член.

165. В това отношение Парламентът, Съветът и Комисията основателно подчертават, че предвид императивния характер на израза, използван в първата му алинея — „не води“[207] — същият параграф 7 налага *задължение за резултат* на доставчиците на услуги за споделяне: *те са длъжни да постигнат резултат*, а именно да не възпрепятстват предоставянето на разположение чрез техните услуги на съдържание, което законно възпроизвежда произведения и други закриляни обекти, дори тези произведения и обекти да са били идентифицирани от правоносителите. Следователно границата на допустимите мерки за филтриране и блокиране е ясно очертана: те *не трябва да имат като цел или резултат предотвратяването на такова законно използване*. Следователно тази разпоредба допринася за противодействие срещу склонността към „усърдие“ на доставчиците и по този начин за очертаване на обхвата на намесата в свободата на изразяване на мнение, за да може тя да бъде сведена до разпространението на съдържание, което нарушава правилата на авторското право.

166. Република Полша обаче възразява, че с оглед на посочените в точка 148 от настоящото заключение ограничения, присъщи на функционирането на инструментите за разпознаване на съдържание, и по-специално невъзможността им да установяват прилагането на

202 В това отношение член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 ограничава свободата на стопанска инициатива на доставчиците на услуги за споделяне, за да се гарантира свободата на изразяване на мнение на потребителите. Тези доставчици обаче продължават да са свободни да премахнат съдържанието, което попада в обхвата на изключения или ограничения, поради причини, *различни от проблемите с авторските права*, например ако са обидни или противоречат на политиката им относно голотата. Следователно тази разпоредба сама по себе си не налага на посочените доставчици задължение за разпространение („must carry“) на такова съдържание.

203 Вж. в този смисъл Leistner, M., op. cit, 165—166. Следователно всяка разпоредба в обратен смисъл в тези общи условия или в такива договорни споразумения според мен би била несъвместима с член 17, параграф 7 от Директива 2019/790.

204 Вж. член 17, параграф 9, четвърта алинея от Директива 2019/790. Информацията, предоставена на потребителите относно правото им да използват закриляни обекти в рамките на изключение и ограничение, както и относно границите на това право, е от съществено значение, за да се обоснове упражняването от последните на свободата им на изразяване на мнение и на творчество, като същевременно се намалява рискът от случайни нарушения на авторските права.

205 Вж. анализа на въздействието, част 1/3, стр. 140 и 141 и бележка под линия 422.

206 Вж. съображение 70, първа алинея от Директива 2019/790.

207 „shall not result“ в текста на английски език на Директива 2019/790.

изключенията и ограниченията на авторското право, член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 представлява по-скоро смирено пожелание, отколкото ефективна гаранция. На практика съдържанието, попадащо в обхвата на тези изключения и ограничения, щяло да бъде блокирано автоматично от посочените инструменти. Следователно тази разпоредба не можела да осигури на потребителите на услуги за споделяне ефикасна защита срещу злоупотребяващо или произволно блокиране на съдържанието им.

167. Доводите на жалбоподателя по този въпрос отразяват фундаментално различие в гледните точки между страните и встъпилите страни относно обхвата на посочения параграф 7 и конкретния начин, по който правата на потребителите трябва да се зачитат на практика. Всъщност пред Съда са обсъдени два отделни начина на тълкуване на тази разпоредба в това отношение.

168. Според *първото тълкуване*, на което Република Полша основава жалбата си и което освен това се изтъква от испанското и френското правителство, (единственият) механизъм [208], гарантиращ на практика, че мерките за филтриране и блокиране, взети от доставчиците на услуги за споделяне въз основа на обжалваните разпоредби, не възпрепятстват предоставянето на разположение чрез техните услуги на законно използване на произведения и други закриляни обекти, бил „механизмът за подаване на жалби и за правна защита“, който съгласно параграф 9 от Директива 2019/790 тези доставчици трябвало да осигурят на ползвателите на техните услуги „в случай на спорове относно преустановяването на достъпа до или премахването на произведения или други обекти, качени от тях“.

169. По-конкретно, в съответствие с исканията на правоносителите доставчиците на услуги за споделяне трябвало да блокират ex ante всяко съдържание, възпроизвеждащо изцяло или отчасти посочените от тях произведения и други закриляни обекти — независимо дали нарушават техните права — а потребителят, който счита, че използва законно тези обекти, например в рамките на изключение или ограничение, трябва да подаде жалба в този смисъл. Ако тази жалба е основателна, съответното съдържание щяло да се публикува онлайн ex post след разглеждането ѝ. Уточнявам, че макар жалбоподателят и испанското и френското правителство да изразяват едно и също разбиране на член 17, параграф 7 от Директива 2019/790, те се разминават коренно по отношение на последиците, които трябва да бъдат изведени от него [209].

170. Съгласно *второто тълкуване*, предложено от Парламента, Съвета и Комисията, предвиденото в член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 право на потребителите на услуги за споделяне да използват законно закриляни обекти, трябва да се вземе предвид ex ante от доставчиците на тези услуги в самия процес на филтриране. Всъщност обжалваните разпоредби и посочения параграф 7 трябвало да се разглеждат заедно, а предвидените в тях задължения се прилагали „едновременно“. „Всички възможни усилия“, които доставчиците трябва да положат в съответствие с тези разпоредби, за да предотвратят публикуването онлайн на закриляните произведения и обекти, идентифицирани от правоносителите, не

[208] Френското правителство отбелязва и евентуални доброволни мерки, вземани от правоносителите (вж. бележка под линия 252 от настоящото заключение).

[209] *Според първия*, както посочих в точка 166 от настоящото заключение, фактът, че правата на потребителите на услугите за споделяне се вземат предвид само ex post при подадена жалба от тези потребители, доказвал непропорционалния характер на ограничаването на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение. *За вторите* обаче това тълкуване поддържало „справедливо равновесие“ между засегнатите права и интереси, тъй като осигурявало на правоносителите възможност да контролират a priori използването на техните произведения и други закриляни обекти, причинявайки същевременно само „временно неудобство“ на същите потребители.

можели на практика да доведат до превантивно и системно блокиране на това законно използване. Механизмът за подаване на жалби и за правна защита, предвиден в член 17, параграф 9, представлявал допълнителна и крайна гаранция за случаите, в които въпреки задължението, съдържащо се в същия параграф 7, посочените доставчици поради грешка все пак са блокирали такова законно съдържание.

171. Подкрепям последното тълкуване, което според мен следва от буквалния, систематичен и исторически анализ на член 17 от Директива 2019/790.

172. *Най-напред*, що се отнася до формулировката, припомням, че съгласно текста на член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 сътрудничеството между правоносителите и доставчиците на услуги за споделяне не трябва да води до „предотвратяване на наличието“ на съдържание, което законно възпроизвежда произведения или други закриляни обекти. Тълкуването в смисъл, че това съдържание може системно да се блокира ex ante, стига да е възможно потребителите да го върнат ex post, според мен далеч не е най-естественият начин на разбиране на този текст [210].

173. *По-нататък*, в систематично отношение, както изтъква Комисията, обжалваните разпоредби и същият параграф 7 трябва да се тълкуват във връзка с член 17, параграф 9, трета алинея, съгласно който посочената директива „по никакъв начин не засяга“ законното използване на закриляни произведения и обекти. Ако впрочем съответното съдържание трябва да бъде системно блокирано ex ante, а потребителите трябва да подават жалба, за да успеят да го публикуват онлайн, очевидно това законно използване би се оказало „засегнато“ по определен начин.

174. Отбелязвам също така, че въпросът за законното използване на закриляни обекти е отбелязан не само в съображение 70 от Директива 2019/790, което се отнася за механизма за разглеждане на жалбите, но и в съображение 66, първа алинея [211] относно превантивните мерки, които доставчиците на услуги за споделяне трябва да въведат въз основа на обжалваните разпоредби. Освен това съгласно посоченото съображение 70, първа алинея този механизъм има за цел да „подкрепи“ — а не „да позволява“ — такова законно използване.

175. *Накрая*, това тълкуване се потвърждава от подготвителните работи. В това отношение отбелязвам, че член 17, параграф 9 от Директива 2019/790 произлиза от член 13, параграф 2 от предложението за директива. Това предложение не съдържа разпоредба относно законното използване на произведения и други закриляни обекти. Такава разпоредба е добавена чрез изменения при първото четене на текста в Парламента и в Съвета. В тези изменения механизмът за подаване на жалби и за правна защита е имал за цел

[210] Това е още по-ясно в текста на английски език на Директива 2019/790 („[…] shall not result in the *prevention* of the availability […]“.) (курсивът е мой). Освен това според мен този параграф 7 конкретизира правото на свобода на изразяване на мнение, така че текстът му подлежи на широко тълкуване. Вж. по аналогия решение от 14 февруари 2019 г., Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, т. 51 и цитираната съдебна практика).

[211] „[…] предприетите от такива доставчици на услуги стъпки не следва да засягат потребителите, които използват услугите за споделяне на онлайн съдържание с цел законно качване на информация […] при такива услуги […]“.

по-специално да позволи това законно използване [212]. След първото отхвърляне на текста от Парламента на 5 юли 2018 г., в следващите му редакции и в окончателно приетата редакция въпросът за правата на потребителите и въпросът за механизма за подаване на жалби и за правна защита впрочем са разделени в две отделни разпоредби.

176. Според мен този законодателен процес показва също, че намерението на законодателя на Съюза е претърпяло промяна в това отношение. Докато член 13 от предложението за директива е едностранно благоприятен за правоносителите, то при приемането му като член 17 от Директива 2019/790 този член 13 се превръща в сложна разпоредба, която се стреми да признае и да претегли различните засегнати интереси. Както изтъква Съветът, в тази разпоредба законодателят е избрал да защити както правоносителите, така и потребителите. Както подчертава Парламентът, член 17 отразява деликатен компромис в това отношение. Тази промяна не може да се пренебрегва при тълкуването му [213].

177. Предложеното от Парламента, Съвета и Комисията тълкуване, според което правата на потребителите по член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 трябва да се вземат предвид ex ante, а не само ex post, *в допълнение* гарантира пропорционалността на произтичащото от обжалваните разпоредби ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение [214].

178. В това отношение е вярно, че механизмът за подаване на жалби и за правна защита, предвиден в член 17, параграф 9 от Директива 2019/790, представлява едновременно основна гаранция и значителен напредък спрямо Директива 2000/31 [215]. Става въпрос за необходим компонент от всяка система за филтриране, като се има предвид произтичащият от нея риск от „прекомерно блокиране“. Законодателят на Съюза съпровожда този механизъм и с „процесуални подгаранции“. Посоченият механизъм трябва да бъде „ефективен и експедитивен“ и така подадените жалби трябва да се разглеждат „без ненужно забавяне“. С други думи, доставчиците на услуги за споделяне са длъжни да действат в това отношение със същата бързина като тази, която трябва да демонстрират при получените от правоносителите уведомления по член 17, параграф 4, буква в) от Директива 2019/790 [216]. Освен това правоносителите трябва да обосноват „надлежно“ исканията си за блокиране, а жалбите трябва да бъдат разгледани от човек.

[212] Вж., от една страна, „Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market“, 29 юни 2019 г., Парламент, Комисия по правни въпроси, документ A8-0245/2018 (достъпен на адрес https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.html?redirect), изменение 77: „[…] *To prevent misuses or limitations in the exercise of exceptions and limitations to copyright*, Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place effective and expeditious complaints and redress mechanisms […]“. Вж., от друга страна, Съвет, документ 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, 25 май 2018 г. (достъпен на адрес https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf): „Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. *For that purpose*, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism […]“. (курсивът е мой).

[213] Вж. по аналогия заключение на генералния адвокат Wathelet по дело Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206, т. 82) и моето заключение по съединени дела Acacia и D'Amato (C-397/16 и C-435/16, EU:C:2017:730, т. 53 и 63—65).

[214] В това отношение припомням, че съгласно постоянната практика на Съда „актовете на вторичното право на Съюза трябва, доколкото е възможно, да се тълкуват по начин, който не поставя под съмнение тяхната валидност, и в съответствие с цялото първично право, и в частност с разпоредбите на Хартата“ (вж. по-специално решение от 2 февруари 2021 г., Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, т. 50 и цитираната съдебна практика).

[215] Всъщност Директива 2000/31 не съдържа никакво задължение за междинните доставчици да предвидят процедура за „насрещно уведомяване“, позволяваща на потребителите да оспорват „прекомерното премахване“ на тяхната информация.

[216] Впрочем в текста на английски език на Директива 2019/790 същото прилагателно е използвано в член 17, параграф 4, буква в) и в параграф 9, първа алинея („acted *expeditiously*, upon receiving a […] notice […]“. и „[…] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism […]“.) (курсивът е мой).

179. В допълнение, съгласно същия параграф 9 държавите членки трябва също така да гарантират, че съществуват механизми за извънсъдебно разрешаване на спорове между ползватели и правоносители. Такива механизми са полезни, за да се даде възможност за безпристрастното решаване на тези спорове. Според мен е още по-важно, че държавите членки са длъжни да предвидят „ефективни средства за правна защита“ в тази област. В това отношение в своето решение UPC Telekabel Wien [217] Съдът подчертава по същество, че такова право на ефективни правни средства за защита е абсолютно необходимо, за да се гарантира упражняването онлайн на правото на свобода на изразяване на мнение.

180. Макар тези процесуални гаранции да са важни, сами по себе си те обаче не могат да са *достатъчни*, за да се гарантира „справедливо равновесие“ между авторското право и свободата на изразяване на мнение на потребителите.

181. *На първо място*, съгласно практиката на Съда и тази на ЕСПЧ наличието на такива процесуални гаранции не освобождава публичните органи от задължението да осигурят свеждането до минимум на *страничните последици* от дадена мярка за филтриране и блокиране. Става въпрос за отделни *и кумулативни* изисквания.

182. Всъщност тези две юрисдикции многократно са постановявали, че всяка мярка за филтриране и блокиране трябва да бъде „строго целева“ в смисъл, че трябва да се отнася за незаконно съдържание и да няма произволно или прекомерно отражение върху законното съдържание [218]. В своето решение L'Oréal и др. [219] Съдът приема в същия смисъл, че наложените на посредник мерки за контрол не трябва да създават пречки за законното използване на неговата услуга. Накрая, в своето решение UPC Telekabel Wien [220] той приема, че мярка за блокиране не трябва да „[лишава] неоснователно“ потребителите на интернет от възможността законно да споделят информация и да имат достъп до нея.

183. Тази съдебна практика не означава, че правото на свобода на изразяване на мнение не допуска такива мерки, след като те биха могли да причинят и *най-малко блокиране* на законно съдържание. Използваният от Съда термин „неоснователно“ според мен отразява идеята, че ефикасността на защитата на правата на правоносителите може да обоснове някои случаи на „прекомерно блокиране“.

184. Все пак тук отново трябва да има „справедливо равновесие“ между ефикасността на филтрирането и неговите странични последици. Както следва по същество от практиката на ЕСПЧ, не може в едно демократично общество да се изисква абсолютна ефикасност — и съответно „нулев“ риск, що се отнася до евентуалните нарушения на авторските права — ако това би довело до блокиране на законно съдържание, чийто обем не е незначителен [221].

[217] Решение от 27 март 2014 г. (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 57).

[218] Вж., от една страна, по-специално решения от 27 март 2014 г., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 56), и от 15 септември 2016 г., Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, т. 93). Вж., от друга страна, ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 46: „[…] When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects […]. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression]. […]“. Вж. също Препоръка CM/Rec(2018)2 относно ролите и отговорностите на интернет посредниците, приложение, точка 2.3.2.

[219] Решение от 12 юли 2011 г. (C-324/09, EU:C:2011:474, т. 131).

[220] Решение от 27 март 2014 г. (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 63).

[221] Вж. по-специално ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 66, ЕСПЧ, решение от 23 юни 2020 г., Vladimir Kharitonov с/у Русия, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 45 и ЕСПЧ, решение Kablis с/у Русия, § 94.

185. Френското правителство възразява, че според неговото тълкуване на член 17 от Директива 2019/790 мерките за филтриране, които доставчиците на услуги за споделяне трябва да въведат въз основа на обжалваните разпоредби, отговарят на това изискване, тъй като били „строго целеви“ — насочени към съдържанието, възпроизвеждащо изцяло или отчасти произведения и други закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите.

186. Тези доводи не могат да бъдат приети. Всъщност от решения Scarlet Extended и SABAM е видно, че система за филтриране, която системно блокира съдържанието, чрез което законно се използват закриляни обекти, би накърнила непропорционално свободата на изразяване на мнение и свободата на информация[222] . Според мен това е така именно защото страничните последици от подобно филтриране са твърде големи, за да бъдат съвместими с тази свобода — и то независимо дали увредените потребители разполагат с право на защита срещу блокирането на тяхната информация, който аспект Съдът дори не е засегнал в тези решения.

187. Съществуват основателни причини за това. В случая, *от една страна*, превантивното блокиране на цялото съдържание, възпроизвеждащо произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите, би довело до системно пренасяне на тежестта от бездействието върху потребителите, тъй като разпространението на законното съдържание не би могло да се осъществи, без те да подадат жалба, която да бъде уважена. Ако тези потребители трябва системно да предявяват правата си в рамките на механизма за подаване на жалби, твърде вероятно е значителна част от тях да се откажат да го направят, по-специално поради липсата на достатъчно познания, за да преценят дали използването от тях на тези обекти е законосъобразно и дали поради това са налице основания за подаване на такава жалба[223]. Превантивното „прекомерно блокиране“ на цялото това законно използване и системното пренасочване към потребителите на тежестта за доказване на тази законност в краткосрочен или дългосрочен план рискуват да доведат до „chilling effect“ върху свободата на изразяване на мнение и творчество, изразяващ се в спад на активността на тези потребители[224].

188. *От друга страна*, обменът на информация онлайн се характеризира по-специално със своята бързина. Някои видове съдържание, качено чрез услугите за споделяне, се търсят от обществеността само в кратък период от време, по-специално свързаното с актуални събития[225]. Така това съдържание много често остарява за няколко дни. Ако публикуването му се забави поради системно блокиране ex ante, съществува риск съдържанието да бъде лишено от всякаква актуалност и всякакъв интерес за публиката.

[222] Вж. в този смисъл решение Scarlet Extended (т. 52: „[разпореждането за филтриране] създава опасност от нарушаване на свободата на информация, тъй като е възможно тази система *да не разграничава в достатъчна степен незаконното от законното съдържание*, така че прилагането ѝ може да доведе до блокиране на съобщения със законно съдържание. Всъщност не се спори по това, че отговорът на въпроса за законността на дадено пренасяне на данни *зависи и от прилагането на законовите изключения от авторското право*, които се различават в различните държави членки. Освен това в някои държави членки някои произведения могат да спадат към публичната сфера или да са предмет на безплатно предоставяне онлайн от страна на съответните автори“) (курсивът е мой). Вж. относно същия довод решение SABAM (т. 50).

[223] Тази склонност на потребителите да не предявяват правата си е документирана в Европа и в Съединените щати. Вж. по-специално *Urban*, J.-M, Karaganis, J. et Schofield, B. Notice and Takedown in Everyday Practice. UC Berkeley Public Law Research Paper № 2755628, 2017; *Fiala*, L., Husovec, M. Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process. TILEC Discussion Paper № 2018-028, 2018, p. 3.

[224] Вж. в същия смисъл *Spindler*, G., op. cit., p. 355. Това би могло да доведе и до лишаване на обществеността от правото ѝ на достъп до това неоснователно блокирано законно съдържание.

[225] Например „видео реакция“ (*reaction video*) на трейлър на видео игра или на филм се търси около момента на публикуване на този трейлър. Аналогично, пародийно видео, свързано със скорошен политически скандал, по правило се гледа веднага след скандала. Вж. в това отношение Garstka, K., op. cit., p. 339.

Поради това, за разлика от испанското и френското правителство, считам, че такова системно блокиране би било особено проблематично, дори и да е само „временно“, тъй като евентуалното връщане на съдържанието след разглеждането на жалбите на потребителите не би позволило да се поправи вредата, причинена на свободата им на изразяване на мнение [226].

189. *На второ място*, отбелязвам, че в неотдавнашната си практика Съдът набляга на необходимостта да се „запази полезното действие“ на изключенията и ограниченията на авторското право предвид значението им за поддържането на „справедливо равновесие“ между засегнатите права и интереси, особено когато с тях се цели да се гарантира зачитането на свободата на изразяване на мнение — какъвто е случаят с използването за целите на цитиране, критика или обзор и с използването за целите на карикатура, пародия или имитация [227].

190. Именно за да се „запази полезното действие“ на тези изключения и ограничения, според мен обаче е важно да се гарантира, че превантивните мерки, взети въз основа на обжалваните разпоредби, не ограничават системно правото на потребителите да ги използват. След като в цифровата среда правоносителите разполагат с възможности за контрол върху своите закриляни обекти без еквивалент в „реалния свят“ — тъй като инструментите за разпознаване на съдържание им дават виртуално средства за предотвратяване на *всякакво* използване на тези обекти, включително на използване, което не попада в обхвата на монопола им, като например пародията — то тези изключения и ограничения следва да се защитават в същата степен. Опасността в това отношение би била максимална закрила на някои интелектуални творби да се осигурява в ущърб на други форми на творчество, които са също толкова социално желателни [228].

191. *От всичко изложено по-горе* според мен следва, че съгласно прочита на обжалваните разпоредби във връзка с параграф 7 от Директива 2019/790 мерките за филтриране, които доставчиците на услуги за споделяне са длъжни да прилагат, трябва да се съобразят с две кумулативни задължения: те трябва да предотвратяват публикуването онлайн на съдържание, възпроизвеждащо незаконно идентифицираните от правоносителите произведения и други закриляни обекти, без същевременно да възпрепятстват предоставянето на разположение на съдържание, възпроизвеждащо законно тези обекти.

192. Следователно, противно на твърденията на жалбоподателя, доставчиците на услуги за споделяне не могат „да прилагат всяка налична мярка“, за да защитят правата върху интелектуална собственост на правоносителите [229]. „Всички възможни усилия“ и „професионалната грижа“, които трябва да положат в това отношение, следва да се

[226] Впрочем ЕСПЧ многократно е постановявал, че „информацията е нетрайно благо и забавянето на публикуването, дори за кратък период от време, крие голям риск тя да бъде лишена от всякаква стойност и интерес“ (вж. по-специално ЕСПЧ, решение от 26 ноември 1991 г., Observer и Guardian с/у Обединеното кралство, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 47 и ЕСПЧ, Kablis с/у Русия, § 91). Испанското и френското правителство възразяват, че бързината на онлайн обмяната на информация, напротив, обосновавала превантивното блокиране на цялото съдържание, възпроизвеждащо произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите, за да се избегне всякакъв риск от публикуване онлайн на незаконно съдържание и от причиняване в резултат на това на „непоправими“ вреди на правоносителите. На този довод ще се спра отново в точки 215 и 216 от настоящото заключение.

[227] Вж. по-специално решения от 29 юли 2019 г., Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, т. 51 и 57), и Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, т. 36, 55 и 72).

[228] Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 243).

[229] Добре осъзнавам факта, че съгласно съображение 66, трета алинея от Директива 2019/790 доставчиците на услуги за споделяне могат да бъдат освободени от отговорност в случай на незаконно публикуване онлайн на закрилян обект чрез тяхната услуга само ако докажат, че са „са положили всички възможни усилия“. Според мен тук става въпрос за несполучлива формулировка, която не може да постави под въпрос това, което току-що обясних.

разглеждат в светлината на член 17, параграф 7 от Директива 2019/790. Тъй като тези доставчици се намират в двояко професионално положение спрямо потребителите и правоносителите, те трябва да действат „грижливо“ по отношение на тези две категории.

193. Така член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 задължава тези доставчици — но също административните и съдебните органи на държавите членки, когато осъществяват контрол върху прилагането на този член [230] — да имат предвид страничните последици от мерките за филтриране, които прилагат [231]. Следователно те не могат превантивно и системно да блокират съдържанието, попадащо по-специално в обхвата на изключенията и ограниченията на авторското право. Те трябва да вземат предвид ex ante зачитането на правата на потребителите. Приканвам Съда да потвърди недвусмислено в бъдещото си решение, че това е правилното тълкуване на въпросния член 17.

– *Забраната на общите задължения за контрол (параграф 8)*

194. Съгласно член 17, параграф 8 от Директива 2019/790 „[п]рилагането на [този] член не води до общо задължение за контрол“. Следователно обжалваните разпоредби трябва да се тълкуват и в светлината на този параграф.

195. С повторното потвърждаване на забраната на такова „задължение“ [232], законодателят на Съюза според мен впрочем въвежда друга значителна гаранция за свободата на изразяване на мнение. Всъщност тази забрана очертава обхвата на мерките за филтриране, които могат да се очакват от всеки междинен доставчик, а в случая от доставчиците на услуги за споделяне.

196. В това отношение от вече посоченото по-горе от мен решение Glawischnig-Piesczek могат да се направят определени изводи [233]. В това решение Съдът, тълкувайки посочената забрана в редакцията ѝ съгласно член 15 от Директива 2000/31, приема, че със съдебно разпореждане на оператора на социална мрежа може да бъде наложено задължение да търси и блокира сред публикуваната онлайн в тази мрежа информация „точно определена информация […], чието съдържание е анализирано и преценено от компетентния съд […], който вследствие от тази преценка е обявил информацията за незаконна“ [234]. Така съдът е можел да изиска от оператора да блокира достъпа до всичката *идентична* на нея *информация*. Разпореждането е можело дори да обхваща *равностойната информация*, стига въпросния оператор да не бъде задължаван да извършва „самостоятелна преценка“ на законността ѝ, а напротив — да може „да използва автоматизирани техники и средства за търсене“ [235].

197. От това *най-общо* следва, че макар от техническа гледна точка междинните доставчици да са в добра позиция, за да се борят с наличието на определена незаконна информация, разпространявана чрез техните услуги [236], от тях не може да се очаква да

230 Вж. бележка под линия 249 от настоящото заключение.

231 За съпоставка вж. ЕСПЧ, Ahmet Yildirim с/у Турция, § 66.

232 Обясних основополагащия характер на забраната на „общите задължения за контрол“ за свободата на онлайн комуникация в раздела относно „основното съдържание“ на свободата на изразяване на мнение (т. 98 и сл. от настоящото заключение).

233 Вж. точка 112 от настоящото заключение.

234 Решение Glawischnig-Piesczek (т. 35).

235 Решение Glawischnig-Piesczek (т. 46).

236 Вж. съображение 59 от Директива 2001/29, съгласно което „[…] [в] много случаи […] посредници[те] са в състояние да сложат край на […] нарушения[та] [извършени чрез техните услуги] […]“.

правят „самостоятелни преценки“ на законността на съответната информация. Като цяло тези междинни доставчици не притежават необходимите за това експертни познания и най-вече необходимата *независимост* — a fortiori, когато над тях виси заплахата от понасянето на тежка отговорност [237]. Следователно те не могат да бъдат превърнати в арбитри на законността онлайн, на които е възложено разрешаването на сложни правни въпроси [238].

198. Следователно, за да се сведе до минимум рискът от „прекомерно блокиране“ и по този начин да се гарантира зачитането на правото на свобода на изразяване на мнение, според мен междинният доставчик може да бъде задължен единствено да филтрира и блокира информация, чиято незаконност е предварително установена от съд, или, ако това не е направено, информация, чийто незаконен характер *проличава веднага*, тоест *явно*, без по-специално да е необходимо да се поставя в контекста ѝ [239].

199. Отбелязвам впрочем, че задълженията за контрол, които ЕСПЧ счита за обосновани в решение Delfi A.S. с/у Естония, се отнасят за *явно незаконна* информация [240]. В последващата си практика ЕСПЧ уточнява, че що се отнася до информацията, чийто незаконен характер не проличава веднага и е необходим контекстуален анализ, подобен контрол не може да се изисква [241]. При последния вид информация, за да се стигне до премахването ѝ, е необходимо надлежно обосновано уведомление, предоставящо елементите от контекста, които могат да направят незаконосъобразността очевидна, и дори съдебно разпореждане, ако подобно уведомление не е достатъчно в това отношение.

200. *Конкретно*, както обясних в заключението си по съединени дела YouTube и Cyando [242], пренесено в контекста на авторското право, от решение Glawischnig-Piesczek следва, че макар съгласно член 15 от Директива 2000/31 междинен доставчик не може да бъде задължаван да извършва генерализирано филтриране на съхраняваната от него информация *в търсене на каквото и да е нарушение*, тази разпоредба допуска a priori този доставчик да бъде принуден да извърши блокиране на *конкретен файл*, служещ за незаконно използване на защитено произведение, което обстоятелство е предварително установено от съд. Посочената разпоредба допуска в този контекст на доставчика да се наложи задължение да открива и блокира не само *идентичните копия* на този файл, но и други *равностойни* файлове, тоест използващите по същия начин въпросното произведение.

237 Вж. точки 142, 143 и 146 от настоящото заключение.

238 Вж. заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 187 и 188).

239 Вж. в този смисъл Препоръка 2018/334 (съображение 25): „По-специално може да е уместно такива проактивни мерки да се вземат, когато *незаконният характер на съдържанието е вече установен или когато съдържанието е от такъв вид, че поставянето му в даден контекст не е от съществено значение*“) и Препоръка CM/Rec(2018)2 относно ролите и отговорностите на интернет посредниците (приложение, точка 1.3.2: „За да изискват от посредник да ограничи достъпа до съдържание, националните власти *трябва да се снабдят с разпореждане от съдебен орган* […]. Това не се прилага за случаите на *незаконно съдържание, независимо от контекста*, като например съдържанието, отнасящо се до сексуално насилие на деца, или когато се налагат незабавни мерки в съответствие с условията, предвидени в член 10 от Конвенцията“) (курсивът е мой).

240 ЕСПЧ подчертава, че става въпрос за „явно незаконни“ коментари, „[които могат да се определят] от пръв поглед като подбуждане към омраза или към насилие“, така че да „не е необходимо те да се подлагат на езиков или правен анализ, за да се установи, че са незаконни“ (вж. по-специално § 110, 114, 115, 117, 140 и 155 от това решение).

241 Вж. ЕСПЧ, решение от 7 февруари 2017 г., Pihl с/у Швеция, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 25, ЕСПЧ, решение от 19 март 2019 г., Hoiness с/у Норвегия, CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, § 68, ЕСПЧ, решение от 2 февруари 2016 г., Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete и Index.hu Zrt с/у Унгария, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 63 и 64, и ЕСПЧ, решение от 4 юни 2020 г., Jezior с/у Полша, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 54 и 58.

242 Вж. точка 221 от това заключение.

201. Според мен това тълкуване може да се отнесе mutatis-mutandis към член 17, параграф 8 от Директива 2019/790. Доколкото в създадената от член 17 система незаконният характер на подлежащото на филтриране съдържание не се установява предварително от правораздавателен орган, съгласно обясненията в точка 198 от настоящото заключение може да става въпрос само за търсене на съдържание, с което предвид информацията, предоставена от правоносителите, *явно се нарушават права*. Предвид обжалваните разпоредби, разглеждани в светлината на параграф 8, мерките за филтриране, които доставчиците на услуги за споделяне са длъжни да въведат по силата на обжалваните разпоредби, според мен съответно трябва да се сведат до съдържанието, което е „идентично“ или „равностойно“ на идентифицираните от правоносителите произведения и други защитени обекти [243].

202. Първата категория, посочена в предходната точка, се отнася конкретно до идентичните възпроизвеждания, без допълнения или добавена стойност на произведения и други закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите. Втората се отнася до съдържанието, което възпроизвежда тези обекти по същия начин, като същевременно съдържа незначителни изменения, така че потребителите не биха ги различили от оригиналните обекти (например при обикновени технически изменения, предназначени за заобикаляне на системата за филтриране, като например промяна във формата, разместване или промяна на скоростта на изображението и т.н.) [244]. Откриването на тези две категории съдържание няма да изисква от доставчиците на услуги за споделяне да направят „самостоятелна преценка“ на законността им — нарушението ще се окаже „явно“ с оглед на „съответната и необходима“ информация, предоставена от правоносителите — и ще може да се извърши с помощта на „автоматизирани техники и средства за търсене“ [245].

203. От доставчиците на услуги за споделяне обаче не може да се изисква да филтрират превантивно и съдържанието, което, макар да възпроизвежда идентифицирани от правоносителите закриляни произведения и обекти, се различава значително от последните, какъвто е случаят с повторните използвания на откъси от произведения в друг контекст, с „трансформиращото“ съдържание и т.н., които могат да попаднат в обхвата на изключенията и ограниченията на авторското право. Идентифицирането на нарушенията, които могат да се открият в тях, би предполагало „самостоятелни преценки“ от страна на тези доставчици, тъй като ще им се наложи да оценят контекста на това използване. Както впрочем твърди Република Полша, комплексните въпроси на авторското право, свързани по-специално с точния обхват на изключенията и ограниченията, не могат да бъдат оставени на доставчиците. Тези доставчици не трябва да решават какви са границите на креативността онлайн, като сами проучват например дали съдържанието, което потребителят планира да качи, отговаря на изискванията на пародията. Такова делегиране би довело до неприемлив риск от „прекомерно блокиране“. Такива въпроси трябва да бъдат оставени на съда.

[243] Вж. в същия смисъл *Quintais*, J., Frosio, G., van Gompel, S. et al. Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics. — JIPITEC, 2019, vol. 10, No. 3, Lambrecht, M., op. cit., 88—90, Cabay, J., op. cit., 237—273 и Dusollier, S., op. cit., p. 1020. Това тълкуване произтича и от непринудения прочит на текста на член 17, параграф 4, букви б) и в) от Директива 2019/790, който задължава доставчиците на услуги за споделяне да гарантират неналичността на „произведения“ и на други „обекти“, а не на каквото и да е неправомерно съдържание, което засяга много или малко въпросните обекти (вж. в същия смисъл Lambrecht, M. op. cit., p. 89).

[244] С други думи, имам предвид онова, което понякога се определя като „точни“ копия и „почти точни“ копия. В това отношение отбелязвам, че част от съдържанието, достъпно чрез услугите за споделяне, се състои именно от точни или почти точни копия на произведения или други защитени обекти, като например кинематографични произведения или звукозаписи,.

[245] Решение Glawischnig-Piesczek (т. 46). Уточнявам, че според мен в това решение Съдът не е възнамерявал да изключи необходимостта от някои проверки, извършвани от хора. Ще се върна на този въпрос в точка 211 от настоящото заключение.

– *Последиците, които произтичат от изложеното по-горе*

204. Според мен от предходните точки следва, че член 17 от Директива 2019/790 съдържа достатъчно гаранции, за да се очертае обхватът на произтичащото от обжалваните разпоредби ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение.

205. *От една страна*, съгласно параграф 7 от този член на доставчиците на услуги за споделяне не се разрешава да блокират превантивно, въз основа на обжалваните разпоредби, цялото съдържание, възпроизвеждащо произведенията и другите закриляни обекти, идентифицирани от правоносителите, включително онова, което е възможно да е законно. *От друга страна*, по силата на параграф 8 от същия член тези доставчици могат да бъдат задължени да откриват и блокират само съдържанието, което е „идентично“ и „равностойно“ на тези обекти, тоест съдържание, чиято незаконност е *явна* с оглед на „съответната и необходима“ информация, предоставена от правоносителите. В такива случаи, тъй като е много вероятно да е налице нарушение, това съдържание може да се счита за *незаконно по презумпция*. Следователно превантивното му блокиране е пропорционално, като съответните потребители трябва да докажат законността му — например защото разполагат с лиценз или защото всъщност произведението е публично достояние[246] — чрез механизма за подаване на жалби. Накратко, „всички възможни усилия“, които доставчиците на услуги за споделяне са длъжни да положат в съответствие с обжалваните разпоредби, се състоят в блокиране на тези явни нарушения[247].

206. Напротив, във всички неоднозначни положения — кратки откъси от произведения, възпроизведени в по-дълго съдържание, „трансформиращи“ творби и т.н. — в които по-специално прилагането на изключения и ограничения на авторското право би било разумно предвидимо, съответното съдържание не може да бъде предмет на превантивна мярка за блокиране.

207. Всъщност, както подчертават Парламентът, Съветът и Комисията, предвиденото в член 17, параграф 7, първа алинея от Директива 2019/790 задължение за резултат — а именно да не се възпрепятства публикуването онлайн на законно съдържание — в това отношение е по-строго от задълженията за полагане на „всички възможни усилия“, произтичащи от обжалваните разпоредби, които представляват задължения за използване на средства[248]. Това означава, че законодателят на Съюза е възнамерявал — според мен, правилно — да гарантира, че в подобна хипотеза доставчиците на услуги за споделяне отдават предимство на свободата на изразяване на мнение. С други думи, според

246 Според мен „съответната и необходима“ информация, предоставена от правоносителите трябва да включва данни, с които може да се докаже, че те притежават права върху произведенията или другите закриляни обекти, чието блокиране искат, за да се ограничи рискът от такива „прекомерни претенции“ (вж. т. 148 от настоящото заключение).

247 Това тълкуване не може да бъде поставено под въпрос от довода на жалбоподателя и на френското правителство, че думата „явно“ не се съдържа в текста на Директива 2019/790. Всъщност не става въпрос за съществено понятие, а само за степента на контрол, която доставчиците на услуги за споделяне трябва да упражняват. Тази степен на контрол се извежда от член 17, параграф 8 от тази директива и от необходимостта обжалваните разпоредби да се приложат по начин, който съответства на параграф 7 от този член. Освен това, противно на твърденията на френското правителство, разграничението между информацията, чиято незаконност е видна на пръв поглед, и тази, която се нуждае от допълнително обследване, не е нова идея. В това отношение само ще припомня, че в контекста на член 14 от Директива 2000/31 междинният доставчик трябва да премахне информация, когато има „сведения“ за незаконния ѝ характер или когато незаконният ѝ характер е „виден“ с оглед на данните, с които разполага. В случая става въпрос за същата идея. Препращам и към съображенията на ЕСПЧ в решение Delfi A.S. с/у Естония. Накрая идеята за явно нарушение в смисъл на „точно“ или „почти точно“ копие е вече позната.

248 Вж. точка 52 от настоящото заключение. Вж. в същия смисъл *Geiger*, C., Jütte, B.-J. Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match., SSRN Papers (достъпно на адрес: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), p. 44.

законодателя „лъжливите положителни резултати“, изразяващи се в блокиране на законно съдържание, са с по-тежки последици от „лъжливите отрицателни резултати“, предполагащи пропускане на определено незаконно съдържание.

208. Както твърдят Парламентът, Съветът и Комисията, в двусмислени положения съответното съдържание трябва да се приеме за *законно по презумпция* и публикуването му онлайн не може да бъде възпрепятствано.

209. Трудността се състои в намирането на практически решения за прилагането на това раздвояване с помощта на инструментите за автоматично разпознаване на съдържание, които доставчиците на услуги за споделяне трябва да използват в голям брой случаи. Жалбоподателят впрочем изтъква, че законодателят на Съюза не е предвидил в Директива 2019/790 никакво конкретно разрешение в това отношение.

210. При това положение според мен законодателят на Съюза е трябвало, както посочих, да предвиди същността на необходимите гаранции, за да се сведат до минимум рисковете за свободата на изразяване на мнение, произтичащи от обжалваните разпоредби. Същевременно, както изтъква Съветът, в област като разглежданата по настоящото дело, която предполага вземане на технически мерки, и като се има предвид, че член 17 от Директива 2019/790 ще се прилага за различни видове доставчици, услуги и закриляни обекти, държавите членки и Комисията трябва да конкретизират условията за това [249].

211. На практика тези разрешения ще се изразяват във включване в инструментите за разпознаване на съдържание на параметри, които позволяват да се помогне за разграничаването на явното от двусмисленото. Това може да варира според съответните видове закриляни обекти и изключения. Например ще трябва да се вземат предвид установяваните с тези инструменти равнища на съответствие и да се определят прагове, над които е обосновано автоматичното блокиране на съдържание и под които е разумно предвидимо прилагането на някое изключение, като например цитирането [250]. Такова разрешение би могло да се съчетае с механизъм, позволяващ на потребителите да посочат (*flagging*), при или непосредствено след публикуването онлайн, дали според тях те се

[249] Най-общо, административните и съдебните органи на тези държави трябва да контролират прилагането на обжалваните разпоредби от доставчиците на услуги за споделяне и да гарантират възможността потребителите действително да се ползват от правото си на законно използване в съответствие с член 17, параграф 7 от Директива 2019/790. В това отношение Република Полша изтъква, че тази директива не съдържа нито една разпоредба относно отговорността на доставчиците на услуги за споделяне към потребителите при нарушение на параграф 7. Според мен тази отговорност трябва да се открие в националното право на държавите членки при съблюдаване на принципа на процесуална автономия. Необходимо е там да се предвидят и други ефективни, възпиращи и пропорционални санкции. Освен това, тъй като зачитането на правата на потребителите е част от „всички възможни усилия“, които трябва да положат доставчиците на услуги за споделяне, от това следва, че ако такъв доставчик не зачита въпросните права, *той трябва да загуби възможността да се ползва от механизма на освобождаване, предвиден в параграф 4 от този член*.

[250] Всъщност инструментите за разпознаване чрез „отпечатъци“ могат да правят разграничения в зависимост от количеството защитено съдържание, използвано повторно в публикувано онлайн съдържание, по-специално що се отнася до аудио- и видеосъдържание. Несъмнено, както изтъква френското правителство, не е достатъчно например един музикален откъс да е по-кратък от определена продължителност, за да се приложи изключението за цитиране, тъй като това зависи от намерението на ползвателя (вж. бележка под линия 178 от настоящото заключение). При залагането на параметрите на инструмента за филтриране трябва просто да се зададе диапазон, в който прилагането на това изключение изглежда не *сигурно*, а просто *разумно предвидимо*.

ползват от изключение или ограничение, а това би наложило съответният доставчик ръчно да прегледа въпросното съдържание, за да се провери дали прилагането на това изключение или ограничение е явно изключено или, напротив, е разумно предвидимо [251].

212. Най-общо, що се отнася до различните видове доставчици, услуги и закриляни произведения или обекти, определянето на тези практически решения не може нито да бъде оставено изцяло на посочените доставчици, нито, противно на твърденията на френското правителство, да бъде оставено напълно на правоносителите [252]. Предвид значението на посочените разрешения за свободата на изразяване на мнение на потребителите, те трябва да се определят не непрозрачно само от тези частни лица, а прозрачно под надзора на публични органи.

213. Според мен именно в това се състои ползата от диалога между заинтересованите страни, предвиден от законодателя на Съюза в член 17, параграф 10 от Директива 2019/790. Тази разпоредба предвижда задължение за Комисията, в сътрудничество с държавите членки, да организира диалози между доставчиците на услуги за споделяне, правоносителите, потребителските организации и другите заинтересованите страни за обсъждане на „най-добрите практики за сътрудничество между доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание и правоносителите“. На тази основа Комисията трябва да издаде насоки за прилагането на посочения член 17, по-специално за начина на прилагане на обжалваните разпоредби. В този процес трябва да се обърне „специално внимание“ на „необходимостта от баланс между основните права и използването на изключения и ограничения“. Комисията, с помощта на заинтересованите страни, съответно е длъжна да предложи практически решения, позволяващи прилагане на обжалваните разпоредби при съблюдаване на член 17, параграфи 7 и 8 [253].

214. Накрая, уточнявам, както твърди Комисията и в съответствие с посоченото от мен в точка 183 от настоящото заключение, че предвиденото в член 17, параграф 7 от Директива 2019/790 задължение не означава, че механизмите, които водят до незначителен брой случаи на „лъжливи положителни резултати“, автоматично ще са в противоречие с тази разпоредба. Процентът на грешките обаче трябва да бъде възможно най-малък. Следователно, когато при актуалното състояние на технологиите, що се отнася например до някои видове закриляни произведения и обекти, не е възможно да се използва

[251] В това отношение обясненият от Комисията подход в документа ѝ „Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market“ според мен е правилен начин на действие (вж. стр. 15 и 16 от този документ). Вж., за сходни предложения, Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S. et al., op. cit., Lambrecht, M., op. cit., 79—94 и Leitsner, M., op. cit., 193—208. Държавите членки биха могли също да предвидят механизми за предотвратяване на злоупотребите. В настоящото дело не е необходимо да се заема по-конкретна позиция по тези различни предложения.

[252] Френското правителство изтъква, че прилагането на инструментите за разпознаване се основава на правила за управление, чиито параметри са зададени от правоносителите, и че например в областта на киното последните не възразявали — обикновено срещу част от приходите, свързани с „монетизирането“ на съответния видеозапис (вж. т. 58 от настоящото заключение) — онлайн да бъдат публикувани откъси от техни филми от по няколко минути. Разбира се, идеята, че спазването на изключенията и ограниченията би могло да бъде осигурено чрез доброволни мерки, взети от правоносителите, не е чужда на правото на Съюза (вж. член 6, параграф 4 от Директива 2001/19 относно техническите мерки за защита). Считам обаче, че в контекст на филтриране като произтичащото от обжалваните разпоредби, предвид описаните от мен рискове, защитата на правата на потребителите не би трябвало да се основава единствено на волята на същите правоносители.

[253] Според мен с определянето на тези „най-добри практики“ посочените насоки ще допринесат за установяване на „високи секторни стандарти за дължима професионална грижа“, които доставчиците трябва да спазват съгласно обжалваните разпоредби. Въпросните насоки трябва да бъдат актуализирани при необходимост, за да се отчете „съвременното състояние на [познанията]“.

инструмент за автоматично филтриране, без да се стига до процент „лъжлив положителен резултат“, който не е пренебрежим, използването на такъв инструмент според мен трябва да се изключи по силата на параграф 7 [254].

215. Предложеното в настоящото заключение тълкуване не се поставя под въпрос от твърдението на испанското и френското правителство, че е задължително да се блокира превантивно цялото съдържание, възпроизвеждащо изцяло или отчасти идентифицираните от правоносителите закриляни обекти, за да се елиминира всякакъв риск от разпространение на незаконно съдържание чрез услуга за споделяне, тъй като такова разпространение може да им причини „непоправима“ вреда предвид бързината на обмена на информацията в интернет.

216. Всъщност, макар според мен рискът от сериозна и непосредствена вреда, породен от опит за публикуване онлайн на явно нарушаващо права съдържание, да може да обоснове превантивна мярка за блокиране на това съдържание [255], посочените правоносители не могат да изискват „нулев риск“, що се отнася до евентуалните нарушения на техните права, както отбелязах в точка 184 от настоящото заключение. Би било непропорционално тези мерки да се прилагат към всички по-спорни случаи на потенциални вреди, евентуално причинени например от „трансформиращо“ съдържание, което може да попада или да не попада в рамките на изключенията и ограниченията на авторското право и което не е в пряка конкуренция с оригиналните закриляни обекти [256]. Напротив, в тези случаи вземането на подобни превантивни мерки би създало риск от нанасяне на „непоправими“ вреди на свободата на изразяване на мнение поради причините, които обясних в точка 188 от това заключение.

217. Освен това Съдът многократно приема, че „от член 17, параграф 2 от Хартата въобще не произтича, че правото върху интелектуална собственост е неприкосновено и че трябва да се осигури абсолютната му защита“ [257].

218. Освен това предложеното в настоящото заключение тълкуване не оставя правоносителите без защита, що се отнася до това двусмислено съдържание. Не трябва по-специално да се преразглежда обхватът на самото право на публично разгласяване като такъв [258]. Всъщност фактът, че в някои случаи съдържанието, възпроизвеждащо незаконно техните произведения и други закриляни обекти, не се блокира в момента на публикуването онлайн, не е пречка тези правоносители [259] да поискат по-специално премахването и постоянното блокиране на въпросното съдържание чрез уведомление съгласно член 17,

254 Вж. в този смисъл Grisse, K., op. cit., p. 898.

255 Имам предвид например незаконното публикуване в интернет чрез услуга за споделяне на даден филм, който наскоро — или дори все още не — е излязъл по кината.

256 Вж. в същия смисъл Lambrecht, M., op. cit., 89—90.

257 Вж. по-специално решение от 27 март 2014 г., UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, т. 61 и цитираната съдебна практика).

258 По-специално, не става въпрос да се предвиди праг de minimis, под който правоносителите биха загубили всякаква възможност да предявят правата си. Наличието на такъв праг винаги е било отхвърляно от Съда. Вж. в това отношение заключение на генералния адвокат Szpunar по дело Pelham и др. (C-476/17, EU:C:2018:1002, т. 28—33).

259 Това също така не засяга възможността правоносителите да се снабдят със съдебно разпореждане (вж. съображение 66, първа алинея от Директива 2019/790), и дори и да предявят иск срещу потребителя, който носи отговорност.

параграф 4, буква в) от Директива 2019/790[260], съдържащо разумна обосновка на причините, поради които например трябва да се изключи прилагането на изключение[261]. От своя страна съответният доставчик ще трябва да разгледа надлежно уведомлението и да реши дали с оглед на тези нови обстоятелства незаконността е очевидна[262]. Ако това е така, съответният доставчик трябва експедитивно да блокира достъпа до съдържанието или да го премахне от уебсайта си, като в противен случай ще понесе отговорност. Както подчертава Комисията, видно от съображение 66, втора алинея от Директива 2019/790[263] законодателят на Съюза е предвидил, че в някои случаи този начин на действие е единственият, който може да гарантира неналичността на дадено съдържание. Ако предвид тези обяснения незаконността не е очевидна, тъй като съответното съдържание повдига сложни и/или нови правни въпроси в областта на авторското право, по принцип ще бъде необходима намесата на съда, който единствен е компетентен да се произнесе по тези въпроси. Тогава правоносителите ще трябва да сезират съдебен орган въз основа по-специално на член 8, параграф 3 от Директива 2001/29 с цел този орган да се произнесе по въпросното съдържание и ако то се окаже незаконно да разпореди блокирането му.

219. Както правилно отбелязва Парламентът, това гарантира „справедливо равновесие“ между действията, които потребителите са длъжни да предприемат в определени случаи, за да успеят съдържанието им бъде публикувано онлайн, и действията, които се изискват от правоносителите в други случаи, за да успеят то да бъде премахнато[264].

4. Заключение по съвместимостта на разглежданото ограничаване с Хартата

220. От всички изложени по-горе съображения следва, че произтичащото от обжалваните разпоредби ограничаване на упражняването на правото на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация, съгласно тълкуването на тези разпоредби в настоящото

[260] Вж. в същия смисъл Cabay, J., op. cit., p. 221 и Lambrecht, M., op. cit., p. 90. В този контекст практическо разрешение би могло да бъде информирането на правоносителите веднага щом онлайн се публикува съдържание, възпроизвеждащо техни закриляни обекти, за да могат те евентуално бързо да подготвят мотивирано искане за блокиране (вж. член 17, параграф 9, втора алинея от Директива 2019/790). Така при всяко положение посочените притежатели няма да трябва сами да наблюдават услугите за споделяне, за да откриват и локализират съответното съдържание, което ще се засича автоматично от тяхно име с помощта на инструмент за разпознаване.

[261] Отбелязвам впрочем, че по отношение на съдържанието, чиято незаконност не може да се счита за явна, ЕСПЧ приема, че системата за „уведомление и изтегляне“ е подходящо средство за поддържане на „справедливо равновесие“ между засегнатите права и интереси, тъй като именно тези уведомления позволяват да се представят на доставчиците на услуги необходимите елементи от контекста, за да се установи незаконността на съдържанието. Вж. по-специално ЕСПЧ, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete и Index.hu Zrt с/у Унгария, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 91.

[262] Вж. по аналогия заключението ми по съединени дела YouTube и Cyando (т. 190). Следователно доставчиците на услуги за споделяне не могат само да одобряват всички искания за блокиране, които получават от правоносителите, без проверка.

[263] „[…] не може да бъде изключено, че в някои случаи наличието на неразрешено съдържание може да бъде избегнато само след уведомяване от правоносителите.“

[264] Както посочих в точка 178 от настоящото заключение, доставчиците на услуги за споделяне трябва да разглеждат тези жалби и уведомления със същата бързина и със същата грижа.

заключение, отговаря на всички условия, предвидени в член 52, параграф 1 от Хартата. Ето защо това ограничаване според мен е съвместимо с посочения правен акт. Поради това считам, че жалбата на Република Полша трябва да бъде отхвърлена [265].

B. Послепис

221. След изготвянето на настоящото заключение, в хода на превода му от службите на Съда, бяха публикувани два важни документа.

222. *От една страна*, бе постановено решение YouTube и Cyando [266]. Възприетото от Съда в това решение разбиране на Директиви 2000/31 и 2001/29, което не мога да разгледам подборно тук, според мен не поставя под въпрос развитите в настоящото заключения съображения [267].

223. *От друга страна*, Комисията публикува своите Насоки за прилагане на член 17 от Директива 2019/790 [268]. В основната им част в тях се възпроизвежда позицията, защитавана от Комисията пред Съда, и се отразяват обясненията, съдържащи се в точки 158—219 от настоящото заключение. В тези насоки обаче за пръв път също така се посочва, че правоносителите трябва да имат възможност „да резервират“ (earmark) обектите, чието неразрешено публикуване онлайн „може да им причини значителна имуществена вреда“. Доставчиците трябва да демонстрират особена грижа към посочените обекти. Посочва се също, че доставчиците не изпълняват задълженията си за полагане на „всички възможни усилия“, ако позволяват публикуването онлайн на съдържание, възпроизвеждащо същите обекти въпреки наличието на такива „резерви“. Ако това трябва да се разбира в смисъл, че същите доставчици трябва да блокират ex ante съдържание само защото правоносителите твърдят, че съществува риск от нанасяне на значителна имуществена вреда — след като в насоките не се съдържа друг критерий, свеждащ обективно механизма на „резервиране“ до особени случаи [269] — макар това съдържание да не нарушава явно права, аз не мога да се присъединя към такова виждане, освен ако не преразгледам всички съображения, изложени в това заключение.

[265] Бих искал да подчертая един последен аспект. Ответниците и встъпилите страни изтъкват факта, че основният начин доставчикът на услуги за споделяне да избегне всякаква отговорност за произведенията и другите закриляни обекти, публикувани онлайн чрез услугата му, съгласно член 17, параграф 1 от Директива 2019/790 е да получи разрешение от правоносителите. В този контекст механизмът за освобождаване от отговорност, предвиден в параграф 4 от този член, и произтичащите от него задължения за филтриране във всички случаи ще се отнасят само за произведения и други закриляни обекти, за които не е било получено такова разрешение. Според мен, макар, строго погледнато, да не става въпрос за „гаранция“, съпътстваща това филтриране, този въпрос е важен за свободата на изразяване на мнение на потребителите на тези услуги, още повече че съгласно член 17, параграф 2 от Директива 2019/790 при определени условия тези разрешения обхващат и действията по „публично разгласяване“, извършвани от тези потребители. Ето защо споделям становището на Комисията, че държавите членки следва да предвидят в националното си право механизми за улесняване на предоставянето на такива разрешения. Колкото по-голяма е възможността за получаването на тези разрешения от доставчиците на услуги за споделяне, толкова повече правоносителите ще получават подходящо възнаграждение за използването на техните закриляни обекти и толкова по-малко ползвателите ще трябва търпят прилагането на мерки за филтриране и блокиране на съдържанието им.

[266] Решение от 22 юни 2021 г., YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, EU:C:2021:503).

[267] Вж. решение от 22 юни 2021 г., YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, EU:C:2021:503, т. 59)

[268] Вж. известие на Комисията „Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market“, по-специално стр. 18—24.

[269] Комисията отбелязва обектите, които имат особена имуществена стойност в определен период. Механизмът на „резервиране“ обаче не изглежда сведен до тези обекти. В насоките също така не се дава определение на понятието „значителна имуществена вреда“. Припомням, че според френското правителство при публикуване онлайн на съдържание, с което се нарушават права, нанесената на правоносителите имуществена вреда винаги е „непоправима“.

VI. По съдебните разноски

224. Съгласно член 138, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като според мен жалбата на Република Полша трябва да бъде отхвърлена и тъй като Парламентът и Съветът са направили такова искане, тази държава членка следва да бъде осъдена да заплати съдебните разноски. На основание член 140, параграф 1 от този правилник френското и испанското правителство и Комисията, които са встъпили по делото, трябва обаче да понесат направените от тях съдебни разноски.

VII. Заключение

225. Въз основа на изложените по-горе съображения предлагам на Съда:

– да отхвърли жалбата на Република Полша,

– да осъди тази държава членка да заплати съдебните разноски и

– да осъди Кралство Испания, Френската република и Европейската комисия да понесат направените от тях съдебни разноски.