

Отговор на Google

I. Въведение

Google оценява възможността да предостави своите коментари при консултациите на българското Министерство на културата във връзка с най-доброто прилагане на Директивата (ЕС) 2019/790 на Европейския парламент и на Съвета от 17 април 2019 г. относно авторското право и свързаните с него права на единния цифров пазар и за изменение на Директиви 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС („Директивата“). Има няколко ключови въпроса, които бяхме повдигнали по-рано и които считаме за основни за ефективното и точно прилагане на директивата. Повторихме и надградихме коментарите си, предоставени през юли 2020 г. Нашето изложение се фокусира върху следните ключови елементи:

- Определение за публикация в пресата, което според нас трябва да е в съответствие с текста на Директивата, за да постигне заявените цели за хармонизация.
- Яснота по отношение на това какво представлява кратък откъс за правата на издателя.
- Яснота по отношение на това, че правото на издателите на публикации в пресата не е разрешително за възнаграждение, а по-скоро представлява изключителното право за разрешаване или забраняване на използване.
- Определение за доставчик на онлайн услуги за споделяне на съдържание, което трябва да отразява не само оперативните текстове на Директивата, но и Съображенията (в съответствие с Ръководството на Европейската комисия).
- Формулировка около „best efforts“, която Ръководството на Европейската комисия по отношение на член 17 от Директивата¹ отбелязва, че трябва да бъде автономно понятие и следователно да не е свързано със съществуващите стандарти в националното законодателство.
- Задължението на доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание да разкриват адрес, имейл и информация за лице за контакт – макар да сме съгласни, че е важно да има стабилна и ефективна процедура за жалби, подобно задължение би било натоварващо за платформата, и то без да предоставя достатъчно гаранции по отношение на защитата на личните данни на лицето за контакт.

Google оценява възможността да сподели своята гледна точка и опит, като очакваме с нетърпение да продължим нашите ангажимента с българското Министерство на културата по тези важни теми, свързани с транспонирането.

II. Коментари, свързани с Чл. 2 от Директивата

¹ Съобщение от Комисията до Европейския парламент и Съвета: Ръководство към член 17 от Директива 2019/790 относно авторското право на единния цифров пазар, COM(2021) 288 окончателно, е достъпно на адрес: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-article-17-directive-2019790-copyright-digital-single-market>.

В допълнителните разпоредби

- **23. Определение за публикация в пресата.** Определението за „публикация в пресата“ трябва да остане близко до Директивата, за да се гарантира хармонизирането на единния цифров пазар, което е една от основните цели на Директивата. Предлагаме да разгледате следните промени с цел изясняване на смисъла.

Настоящата формулировка на **Чл. 23 (а)** „... съдържа предимно литературни произведения с журналистически характер, но и други обекти като фотографски произведения, аудио или видео материали“ би могла да отразява по-недвусмислено духа на Директивата, като се промени на „съдържа предимно литературни произведения с журналистически характер, но **може също да включва** и други обекти като фотографски произведения, **аудио-визуални или видео материали**“. Акцентът в самата директива е категорично върху „литературни произведения“. Това вече е отразено чрез думата „предимно“. За по-голяма съгласуваност и яснота в чл. 23, добавянето на думите „може също да включва“ в чл. 23 (а) би помогнало да се гарантира тълкуване на транспонирането, което е в пълно съответствие с Директивата и ясно показва, че включването на други видове произведения в публикации в пресата е по-скоро изключение, отколкото правило. Отбелязваме също, че в последния проектозакон сега са упоменати „аудио **или** видео материали“, а не „аудио-визуални материали“. Предполагаме, че това е просто редакционен пропуск и предлагаме да се възстанови предишната версия („аудио-визуални материали“) или изцяло да се премахнат тези термини.

- **23 (г)** Освен това актуалната обновена формулировка на параграф 23 „(г) е поместена в периодично издание или каквато и да е медия, на хартиен носител или на новинарски сайт в интернет, като част от икономическа дейност на доставчик на услуги и под неговата редакционна отговорност и контрол“ ще бъде в по-голяма степен в съответствие с Директивата, ако тя бъде изменена по следния начин: „е поместена в ~~периодично издание или~~ каквато и да е медия, ~~на хартиен носител или на новинарски сайт в интернет~~, като част от икономическа дейност на доставчик на услуги, по негова **инициатива** и под неговата редакционна отговорност и контрол“. Допълненията като „периодично издание“ и „хартиен носител“ не са необходими, тъй като разпоредбата вече обхваща „всякакви медии“. Важно е обаче да се включи в определението, че публикацията в пресата се публикува *по инициатива на доставчика*, тъй като това е съществен елемент в определението на Директивата.

- **23 (а), (б), (в), (г):** Накрая отбелязваме, че последният проект за транспониране вече не включва думата „и“ след всеки от подпараграфите, което е промяна в сравнение с предишния законопроект. Предлагаме отново да се добави думата „и“ след подпараграфи, а именно след а), след букви б) и в), за да останем възможно

най-близо до формулировката в чл. 2(4) от Директива. Както бе споменато и по-горе, всяко национално транспониране трябва да остане близо до Директивата, за да се гарантира хармонизирането на единния цифров пазар, което е една от основните цели на Директивата. Използването на думата „и“ в чл. 2(4) от Директивата допълнително показва, че целта на законодателството е съответните изисквания да са съчетателни и кумулативни. Придържането към текста на чл. 2(4) от Директивата също служи за правна сигурност и яснота.

- **24:** приветстваме последните изменения и пояснения в параграф 24, по-специално въвеждането на ограничение на знаците, което ще осигури по-голяма правна сигурност както на доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание, така и на носителите на права. Трябва обаче да се има предвид, че – също като изключението за хипервръзки – изключението за много кратки откъси има за цел да гарантира, че новото право не възпрепятства достъпа до информация, като гарантира, че всеки може да продължи да използва кратки откъси (често наречени снippets) или малки изображения, стига да не заместват четенето на цялата статия. Снippetите помагат на потребителите да разберат какво съдържание стои зад съответната връзка.

Тествахме това през 2019 г. и установихме, че намаляването на дължината на снippetите доведе до намаляване на трафика.² Според нашите констатации „във всички версии на експеримента констатирахме значителна загуба на трафик към европейските издатели на новини. Дори умерена версия на експеримента, в която показахме заглавието на сайта, URL адреса и миниатюри на изображение и видео, доведе до над 45% по-нисък трафик към тези издатели на новини. Колкото повече информация успяхме да покажем за съответната страница, толкова повече трафик получиха тези страници (...).”

Следователно ние вярваме, че ограничение до 200 знака, а не само до 100, по-добре би служило на целите на изключението. В този ред на мисли, литовското правителство включи ограничение от 200 знака в определението за „много кратки откъси“.

- **25:** Що се отнася до актуализираната формулировка в параграф 25 („„доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание“ е доставчик на услуга на информационното общество, основната цел или една от основните цели на когото е съхраняване и предлагане на електронен достъп до голям брой запазени под цифрова форма произведения, качени от потребители на услугата на този доставчик, които произведения той организира и популяризира с цел реализиране на печалба.“): макар определението в актуализирания и преформулиран параграф 25 да остава по-широко от това, предвидено в Директивата, ние приветстваме факта, че българският проектозакон вече не квалифицира

² Виж: <https://searchengineland.com/eu-copyright-directive-nearing-final-form-as-google-tests-stripped-down-news-serps-310494>

цифровото съхранение като акт на възпроизвеждане – което би разширило обхвата на определението в Директивата – което, от своя страна, е важно средство за максимална хармонизация.

В този дух, отново бихме искали да подчертаем, че определението за доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание трябва да бъде допълнено с поясненията, представени в Съображения 62 и 63 от Директивата. Съображенията имат тълкувателна стойност и помагат да се изясни обхвата на основните разпоредби на даден правен инструмент. Ако те не бъдат транспонирани по някакъв начин в националното законодателство, неговата стойност като правен източник може да се загуби – което не е добре, като се има предвид, че Съображенията често съдържат нюансите на постигнатия политически компромис. Значението на Съображенията е подчертано от Комисията в Ръководството към чл. 17.³

В конкретния случай на член 17, за да се квалифицира като доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание, услугата трябва да играе важна роля на онлайн пазара – не само на който и да е пазар – като се конкурира с други онлайн услуги, като онлайн доставчици на аудио и видео стрийминг, за същата аудитория. Тъй като елементът на конкуренция с други услуги е от съществено значение за дефиницията на доставчик на онлайн услуга за споделяне на съдържание, типът съдържание, който най-често се споделя в услугата, също е важно съображение.

За да се илюстрира основната цел на елемента „конкуренция с други онлайн услуги“ в този контекст, не всички видове качено съдържание трябва да бъдат предмет на член 17. По-скоро трябва да бъде включено само това съдържание, което се конкурира със съдържание, предлагано от други онлайн услуги. Например, за музикално съдържание, преобладаващо на платформа за споделяне на видео, може да се каже, че се състезава за същата аудитория като Spotify, тъй като предлага голямо количество съвпадащо музикално съдържание. В този случай музиката вероятно ще попада в обхвата за тази платформа за споделяне на видео, но снимки, картини или скулптури не биха попадали, защото качването на тези произведения в платформа за споделяне на видео не привлича публиката от други конкурентни услуги.

III. Коментари, свързани с Чл. 15 от Директивата

³ Виж: Ръководство към чл. 17 от Директива 2019/790 относно авторското право на единния цифров пазар от 4 юни 2021 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0288&from=EN>

- **Чл. 90г. Определение за издател:** Както споменахме в предишни изложения, следвайки Директивата, **инициативата** на издателя на публикации в пресата трябва да бъде изрично спомената в определението.

Освен това изречението „По смисъла на предходното изречение издатели на публикации в пресата са издателите на периодични издания, на новини, новинарски агенции и други“ трябва да бъде заличено. Според Съображение 55, ключовият момент в понятието за „издател на публикации в пресата“ е актът на публикуване (т.е. предоставяне на достъп на широката общественост) на публикации в пресата по смисъла на Директивата. Изброяването на потенциални притежатели на права може да бъде подвеждащо, тъй като предоставянето на правото не зависи от квалификацията им като определен тип заинтересовани страни, а е по-скоро обусловено от факта, че те публикуват публикации в пресата. Следователно списъкът в проектозакона не изяснява собствеността върху конкретни публикации в пресата и дори може да породи фалшиви очаквания за притежаване на право, когато повече от един собственик на права (например издател на публикации и информационна агенция) се позовава на права върху едно и също съдържание.

- **Чл. 90д. Съдържание на правото.** Тази разпоредба следва да предава съдържанието на правото така, както е определено в Директивата. Правото на прес издателите представлява ексклузивно право за **разрешаване или забраняване на определени онлайн използвания** на техните публикации в пресата. Правото, така както е транспонирано в българския проектозакон, не включва правото на прес издателите да забраняват използвания, в нарушение на чл. 15 от Директивата. По същия начин правото за разрешаване на използвания не е свързано с изплащането на възнаграждение – затова Съображение 82 от Директивата изрично допуска безплатни лицензи. Затова предлагаме частта от чл. 90д. (1), който гласи „Издателят на публикации в пресата има изключителното право да отстъпва ... срещу възнаграждение“ се замени с „Издателят на публикации в пресата има изключителното право да разрешава или забранява“, в съответствие с формулировката и духа от Директивата.

IV. Коментари, свързани с Чл. 17 от Директивата

- **Чл. 226(1). Обхват на притежателите на права.** Отбелязваме, че настоящият проектозакон все още не отразява чл. 17(1) от Директивата, по отношение на това, че съдържащите се в него права не се предоставят на всички притежатели на права. По-скоро чл. 17(1) предоставя права само на притежателите на права, изброени в чл 3(1) и (2) от Директива 2001/29/СЕ, т.е. автори, изпълнители, продуценти на фонограми и филми и радио- и телевизионни оператори. По този начин производителите на бази данни (регламентирани от Директива 96/9/ЕО), създателите на софтуер (регламентирани от Директива 2009/24/ЕО) и прес издателите са изключени от обхвата на член 17. Член 226(1) от българския проектозакон следва да бъде изменен, съобразно с това, за да го отрази.

- **Чл. 226(5) – Стандартът “Best efforts”.** Макар законопроектът за транспониране правилно да избягва използването на неточните и непоследователни формулировки, използвани в българската версия на Директивата („всички възможни усилия“ и „максимални усилия“, на английски “*all possible efforts*” и “*maximum efforts*”)⁴, той все пак залага на **съществуващия от преди стандарт в Българския търговски закон „грижата на добрия търговец“** (на английски “*care of good trader*”), **в пряко противоречие с Ръководството към чл. 17 от Директивата на Европейската комисия.**⁵

Нещо повече, Ръководството, което има за цел да подпомогне правилното и съгласувано транспониране във всички държави членки, недвусмислено заявява, че стандартът „best efforts“ е **автономно понятие в правото на ЕС** и не се позовава на стандартите на местните законодателства. Като автономно понятие от правото на ЕС⁶, е от основна важност изразът „best efforts“ да бъдат транспонирани

⁴ Както се посочва и от академичните изследвания, и от органите на ЕС, формулировки като тази, използвана в българската версия на Директивата, произтичат от явен погрешен превод.

Според скорошни академични изследвания българската формулировка „показва несъответствия в рамките на един и същи раздел от член 17“ и, което е по-съществено, използването на такива изрази рискува да доведе до „неточно транспониране поради прекомерен праг“, което „очевидно ще претърпи неуспех по отношение на използваната формулировка, още повече, когато се имат предвид контекста и изразеното намерение на законодателя“ (Larroyed, Aline, When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate Transposition – The Case of ‘Best Efforts’ Under Article 17 DCDSM (November 30, 2020).

В скорошно писмо до няколко асоциации Европейската комисия заяви, че „понятието ‘best efforts’ е автономно понятие в правото на ЕС“ и „както е посочено в ръководството, [...] трябва да се чете в светлината на принципа на пропорционалност“, „следователно това понятие не трябва да се разбира като максимални възможни усилия“ (Letter by the European Commission's Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (DG Connect) to Allied for Startups, ACT | The App Association, Bitkom, The Computer & Communications Industry Association (CCIA Europe) and EuroISPA – The pan-European association of Internet Services Providers Associations, June 18, 2021). В два други случая Комисията заяви, че „best efforts“ по-скоро трябва да се разбира като „разумни усилия“ и трябва да се превежда буквално като „най-добрите усилия“, за да бъде в съответствие с намеренията на европейските законодатели – в противен случай това би довело до значителен риск от свръх блокиране (European University of Rome, Jean Monnet Chair in EU Innovation Policy, Dec. 16, 2020 Webinar on "Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere". Достъпно на

<https://www.youtube.com/watch?t=1469&v=nnnsOJOCBxQ&feature=youtu.be> and And Medialaws, April 29, 2021 Webinar on “Il recepimento della Direttiva Copyright in Italia e il nodo della clausola di best efforts”. Достъпно на <https://www.youtube.com/watch?v=owUE42UjBjU&t=135s>)

⁵ Съобщение от Комисията до Европейския парламент и Съвета: Ръководство към член 17 от Директива 2019/790 относно авторското право на единния цифров пазар, COM(2021) 288 окончателно, е достъпно на адрес: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-article-17-directive-2019790-copyright-digital-single-market>.

⁶ Съдът на Европейския съюз определя автономните понятия, като взема предвид контекста, в който терминът е определен в Директивите, както и крайната цел на разпоредбата, където терминът се появява (See for example cases C-467/08, Padawan, para. 32, and C-201/13, Deckmyn, paras. 14-19).

буквално в националното законодателство, за да се гарантира неговата хармонизация и хомогенност във всички държави членки, както и това, **държавите членки да не се стремят да го приведат в съответствие с други понятия или стандарти, които съществуват в националното им законодателство.**

Използването на националния стандарт „грижата на добрия търговец“ за транспониране на понятието „*best efforts*“ би **нарушило това основно правило** и би **възпрепятствало правната несъмненост и хармонизация**, тъй като може да се тълкува като погрешно предполагащо, че в България следва да се прилага **различен стандарт**. Както е посочено от академичните изследвания, това би довело до „*един фрагментиран единен цифров пазар*“ и, чрез създаване на различни очаквания от страните, „*до ненужни спорове*“.⁷

Всъщност формулировката „грижата на добрия търговец“ явно **се различава от езика на преговорите – английски** – както и от другите правилни езикови версии на Директивата, включително датски („*bedte indsats*“), фински („*toteuttaneet toimia parhaansa*“), френски („*meilleurs efforts*“), галски („*sárdhícheall*“), малтийски („*l-aħġar sforzi*“) и словенски („*si po najboljših močeh prizadevali*“). Тя също така не съответства на законопроектите за транспониране, **така както бяха променени от правителства, които се сблъскаха с проблем с неправилния превод** в своята езикова версия на Директивата, като белгийската, хърватската, чешката, холандската, естонската, немската и литовската, които правилно замениха неточните формулировки с буквални преводи на „*best*“ (съответно „*beste*“, „*najbolje*“, „*nejlepši*“, „*beste*“, „*parim*“, „*bestmögliche*“ и „*geriausias*“). Настоящата българска формулировка също явно се отклонява и от направеното наскоро транспониране в съседната Румъния, където подвеждащата фраза „*all efforts*“ („*toate eforturile*“) най-накрая бе заменена с по-верния израз „*reasonable efforts*“ („*eforturi rezonabile*“).

Транспонирането на стандарта „*best efforts*“ във всички тези държави е в съответствие с изискванията на Директивата и тълкуването на този стандарт в търговската практика е в смисъла на **разумно и пропорционално** усилие по отношение на това какво би направил един усърден оператор.⁸ Те също така са в съответствие с препоръките, направени както от академичните изследвания,⁹ така и от органите на ЕС¹⁰.

⁷ Виж по-специално Larroyed, Aline, *op. cit.*

⁸ Чл. 17(5); **Съображение 66**, пар. 2: „*Всички стъпки, предприети от доставчиците на услуги, трябва да бъдат ефективни по отношение на преследваните цели, но не трябва да надхвърлят необходимото.*“

За тълкуването на „*best efforts*“ в търговската практика виж Чл. 5.1.4 UNIDROIT Principles 2016.

⁹ Larroyed, Aline, *op. cit.*;

Виж също: Bassini, Marco and De Gregorio, Giovanni, „The Implementation of the Copyright Directive in Italy and the Proper Understanding of the ‘Best Efforts’ Clause“, Medialaws, 29 March 2021. Достъпно

Поради всички тези причини предлагаме да бъде следван подобен подход при транспонирането на чл. 17(4) и да се използва или „най-добрите усилия“ („*best efforts*“) или „разумни усилия“ („*reasonable efforts*“), а не съществуващия от по-рано местен стандарт „грижата на добрия търговец“ („*care of good trader*“) и да се изясни, че **в България не се предвижда отклонение от стандарта**, договорен на ниво ЕС и последователно прилаган в други държави членки.

- **Чл. 226(11). Механизми за подаване на жалби и правна защита.** При предишни поводи сме обръщали внимание, че Директивата не налага включването на механизми за подаване на жалби и правна защита в общите условия на доставчика на онлайн услуги за споделяне на съдържание. Директивата също така не задължава доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание да разкриват адрес, имейл и информация на лице за контакт. Причината за това е, освен всичко останало, че подобни подробни процедури ще варират при различните платформи и е трудно да се установи универсално правило за всички и следователно да се постигне необходимата правна сигурност за всички участващи. При по-големи платформи даденото лице за контакт може да се променя често, което ще затруднява платформата да актуализира съответно своите условия. Освен това проектозаконът не предоставя достатъчни гаранции по отношение на защитата на личните данни на лицето за контакт.

Във всеки случай е изключително важно всеки механизми за подаване на жалби и правна защита, използван от доставчика на онлайн услуги за споделяне на съдържание, да не цели разрешаване на спорове в смисъл на вземане на решение относно същината на спора. Механизми за подаване на жалби и правна защита трябва просто да доведе до решение дали да се запази или блокира достъпа до въпросното съдържание, без да има отговорност от страна на доставчика на онлайн услуги за споделяне на съдържание за взимането на такова решение. Отбелязваме това по-специално с оглед на факта, че в основата на член 17 е залегнало, че услугите, които отговарят на член 17(4), не носят отговорност за нарушаването на авторски права при качвания. Както сме изтъквали и преди, решаването по същината на спора е задача на независим орган за алтернативно разрешаване на спорове или в действителност на съд – а не на доставчика на

на: <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2021/04/Policy-paper-ML-Article-17-and-best-efforts-5.pdf>

¹⁰ Виж по-специално Letter by the European Commission's Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (DG Connect) to Allied for Startups, ACT | The App Association, Bitkom, The Computer & Communications Industry Association (CCIA Europe) and EuroISPA – The pan-European association of Internet Services Providers Associations, *op. cit.*

Виж също уебинар за "Direttiva Copyright tra proporzionalità e best effort. I nodi da sciogliere", *op. cit.* И уебинар за "Il recepimento della Direttiva Copyright in Italia e il nodo della clausola di best efforts", *op. cit.*

онлайн услуги за споделяне на съдържание. В този контекст се позоваваме и на неотдавнашното становище на главния адвокат по дело С- 401/19 (Република Полша срещу Европейския парламент, Съвет на Европейския съюз), където главният адвокат подчерта, че определени „сложни въпроси по авторско право“, т.е. точният обхват на изключенията и ограниченията, не трябва да се оставят на доставчиците на онлайн услуги за споделяне на съдържание. С други думи, вземането на решение по същината на спора „трябва да бъде оставено на съда“ (в параграф 203).

- **Чл. 22б(13).** Както вече изтъкнахме по отношение на член 22(б)(11), предложеният механизми за подаване на жалби и правна защита не следва да води до решение по същината на спора. Освен това Директивата предвижда елемент на преглед от страна на човек. Този преглед не трябва да се извършва от доставчика на онлайн услуги за споделяне на съдържание, а от притежателите на права, които са в по-добра позиция да преценят дали съответното качване е разрешено или дали дадено качване си заслужава да бъде преследвано. Следователно на притежателите на права трябва да бъде предоставена тази възможност да управляват защитеното от авторско право тяхно съдържание и да информират съответните органи по отношение на него, както намерят за добре.