

Конструктивно-критичен прочит на търговското споразумение за борба с фалшифицирането (АСТА)

Виолета Цакова

Резюме: В статията се разглеждат въпроси, поставени от приемането на нов международен договор в областта на защитата на интелектуалната собственост – АСТА.

С помощта на сравнителен анализ се разкриват различията между заложените в АСТА стандарти, процедури, мерки и средства за защита на интелектуалната собственост и уредените в групи международни договори, в правото на ЕС и в националното законодателство. Извеждат се и се обосновават редица слабости на АСТА, които го представят като непрецизен и небалансиран по отношение на защитаваните от него права и интереси.

В статията се посочват възможните ползи от АСТА за икономиката и политиките на ЕС, за закрилата и защитата на интелектуалната собственост в България.

Ключови думи: АСТА, ТРИПС, интелектуална собственост, авторско право.

JEL: K12, K33, O34.

Потребност от АСТА

На 26.01.2012 г. България подписа Търговското споразумение за борба с фалшифицирането, известно като АСТА¹. Новината се разпространи мигновено и пре-

гизвика крайно противоположни отзиви и бурни реакции. Дълго време това беше най-широко и най-емоционално дискутираната тема от медиите, от създатели и потребители на интелектуална собственост, поляризирани като противници и защитници на АСТА. Причината за този висок интерес е фактът, че днес всеки от нас е свързан по един или повече начини с интелектуалната собственост като неин създател, разпространител или ползвател. Интелектуалната собственост стана важна част от нашия живот, нещо повече – нашият живот стана силно свързан и във висока степен зависим от нея.

Със сигурност всеки вече знае, макар и в различни степени на познанието си, какво представлява интелектуалната собственост. Накратко – това е собствеността върху резултатите от интелектуалните, творческите, креативните усилия на човека. Тези резултати са многообразни по вид и разнородни по природа. Те са навсякъде около нас и до нас във вид на изобретения, полезни модели, промишлени дизайни, търговски марки, литературни, научни, музикални, сценични, архитектурни и фотографски произведения, филми, произведения на изобразителните и на групи видове изкуства. Общото в тази пъстра картина от интелектуални продукти е, че те са резултат от интелектуални дейности, а много често и резултат от значими инвестиции.

¹ Виолета Цакова е доктор, доцент в катедра "Интелектуална собственост" на УНСС, e-mail vtzakova@abv.bg

¹ Anti-Counterfeiting Trade Agreement

Интелектуалната собственост е призната и уредена в голям брой международни договори, в европейски директиви и регламенти и в националното ни законодателство. По силата на признаването ѝ, тя се ползва от защита в случай на посегателства върху нея. Защитата на интелектуалната собственост предполага по-специални грижи заради особености както на интелектуалните продукти върху които съществува, така и на тяхното използване. Някои от тези **особености** са:

- **интернационалният характер на интелектуалните продукти**, които независимо от националния си произход, могат да се използват на териториите на много, дори на всички държави в света;

- **Високата мобилност на интелектуалните продукти**, осигурена от информационните и комуникационните технологии, и най-вече от интернет, без формалности и административни процедури;

- **значението на интелектуалните продукти за иновативността и конкурентоспособността на бизнеса**, което ги прави примамлив и предпочитан обект на посегателства и присвояване;

- **силната уязвимост на интелектуалните продукти към кражби**. Причината за това е, че те се появяват в реалния свят във форми и формати, които могат да се възпроизведат лесно, бързо, икономично и с високо качество. Най-лесно е присвояването на интелектуални продукти, които се създават и предлагат за ползване в цифров формат;

- **кражбата на интелектуални продукти е неосезаема**, тя не оставя следа (за разлика от кражбата на вещи, която се установява лесно). Това, както и усещането за безнаказаност, допълнително поощрява посегателствата;

- **невъзможността притежателите на интелектуална собственост сами да следят за нейното правомерно използване и да я опазват от посегателства**.

Посочените особености на интелектуалните продукти и проблемите със защитата на собствеността върху тях доведоха до **висок и постоянно засилващ се ръст на пиратството** и други посегателства върху интелектуалната собственост. Нелегалният бизнес с чужда интелектуална собственост има многоплатов **негативен ефект** – кражба на работни места и осуетяване на бюджета, нелоялна конкуренция спрямо легалните бизнес участници, застрашаване на здравето, на личната и корпоративна сигурност, ерозиране на доверието в гаранционните и защитни функции на закона, в морални норми и общочовешки ценности.

Задължение на държавата е да осигури условия за упражняване на права, които е признала, и да гарантира защитата им в случай на посегателства върху тях.

На основата на всичко казано до тук могат да се направят следните **изводи**:

- правата на интелектуална собственост са признати и законово уредени;

- защитата на правата на интелектуална собственост се нуждае от специално внимание, грижи и активност;

- уредбата и защитата на правата на интелектуална собственост е проблем, който има не само национален, но и наднационален характер и решението му трябва да се дава както от националното законодателство, така и с международни договори.

Основи на АСТА

Активността в уредбата на интелектуалната собственост на международно равнище е много висока. В това отношение АСТА продължава сложилата се тенденция за повишаване равнището на закрила и стандартите за защита на интелектуалната собственост.

АСТА се основава на редица международни договори в областта на интелектуалната собственост, администрирани

Статии

от Световната организация за интелектуална собственост, като Парижката конвенция за закрила на индустриалната собственост, Бернската конвенция за закрила на произведенията на литературата и изкуството, Римската конвенция за закрила на правата на артисти изпълнители, продуценти на звукозаписи и излъчващи организации, Договорът за авторското право, Договорът за изпълненията и звукозаписите и много други. В най-висока степен обаче, АСТА се основава на Споразумението ТРИПС² и най-вече на неговата част III "Защита на правата на интелектуална собственост". По повод връзката на АСТА с ТРИПС, трябва да се каже, че АСТА не е специално споразумение към ТРИПС, а е самостоятелен международен договор, който развива защитата на интелектуалната собственост по ТРИПС, вкл. като я пренася към цифровата среда.

В много висока степен АСТА отразява положения от Директива 2004/48/ЕО за упражняването на правата на интелектуална собственост, чиито регулации държавите от ЕС, вкл. и България, са въвели във вътрешното си право. В този смисъл може да се каже, че АСТА е опит за пренасяне на установените в ЕС високи стандарти в защитата на интелектуалната собственост на широко международно равнище.

Новост на АСТА

Принципната новост на АСТА е, че това е **първият международен договор, който пренася защитата от физическата и към цифровата среда**, дава инструменти за контрол по спазването на правата на интелектуална собственост в интернет. Изпреварващо може да се каже, че това не е нов вид, несъществуваща до момента защита. Новото е средата, към която тя се

пренася и в която ще се прилага. Интернет средата се формира в края на ХХ век с малко писани и много неписани правила, разви се изключително бързо до мащаби, затрудняващи контрола, предложи многообразни начини и средства за използване, асоциира се с нови форми на проявление на основни граждански права и свободи.

Като новост на АСТА може да се посочи и стремежът за използване на всичко положително от правото на ЕС в областта на интелектуалната собственост, постигнато през последните години. Достиженията на европейското законодателство са отразени в различни директиви и регламенти, касаещи отделни обекти или режими на интелектуалната собственост, които АСТА се стреми да постави в единна правна рамка с общи процедури, мерки и средства за защитата на интелектуалната собственост. В този смисъл, **АСТА развива комплексния подход по ТРИПС в съответствие с новите реалности и новите потребности от уреждане на отношенията по повод интелектуалната собственост на основата на високите европейски стандарти.**

Формални дефекти в АСТА

АСТА е необходим и отдавна чакан международен договор в областта на интелектуалната собственост, предвид мащабите на интелектуалните кражби и тяхната експанзия в интернет. Той имаше всички основания да бъде коректен и прецизен, предвид създадената до момента добра основа в закрилата и защитата на интелектуалната собственост. Но това като че ли не му се отпала. АСТА показва дори формални дефекти, някои от които ще бъдат коментирани.

² Споразумение за свързаните с търговията аспекти на интелектуалната собственост, което е Приложение 1 към Договора за Световната търговска организация, подписан 1994 г., към които България се присъедини 1996 г.

Наименование

Още самото наименование на споразумението – "Търговско споразумение за борба с фалшифицирането", предизвиква смущение. Дори ако пренебрегнем не дотам съответстващите понятия "търговско" (защото то не се ограничава до търговските аспекти на интелектуалната собственост) и "борба" (защото правните регулации не се борят с негативните явления, а им противодействат и дават защита срещу тях), то **наименованието на споразумението необосновано ограничава защитата само срещу фалшифицирането**. В действителност, равнопоставено на фалшифицирането и много често излизащо дори на преден план в АСТА е интелектуалното пиратство, което обаче не е отразено в наименованието. Погребно разминаване между наименование и съдържание на международен договор създава погрешна, в случая – стеснена представа и очакване за неговата насоченост и приложното му поле.

Основни параметри

Достойнство на международните договори е, когато те заявяват ясно своите цели, принципи и обхват, определят в пълнота и недвусмислено понятийния си апарат. При АСТА това не е постигнато. Дори непретенциозен прочит показва, че споразумението няма предмет и съответно не става ясно какво точно ще регулира в сложния спектър на проявления на интелектуалната собственост – нейната закрила, защита, управление, упражняване, администриране или всички заедно, или част от тях.

Неудовлетворително, според нас, е и решението по определяне на целите и

принципите на АСТА чрез препращане към ТРИПС, без никакви уговорки за допълнения, разширения или акценти. Защото АСТА, както вече отбелязахме, не е специално споразумение към ТРИПС, а самостоятелен международен договор, подписан почти две десетилетия след него, подготвен да отрази нови реалности, поради което целта на ТРИПС не съответства в достатъчна степен на неговия замисъл и насоченост³. Аналогично е положението и с принципите на АСТА, за които също се препраща към ТРИПС. Подобна правна икономия или намерение да се заяви и покаже приемственост не е в интерес на новото споразумение. Защото приемственост и тъждественост не са едно и също, а в случая тъждествеността принизява ролята на АСТА и не кореспондира с нейните по-амбициозни цели и намерения. При така приложния подход, **АСТА остава без свой базис и с тягостни празноти във фундамента на конструкцията си**. Да не говорим за неудобствата на тези, които ще го ползват и прилагат. Те ще трябва да работят паралелно с двете споразумения, за да разберат какво и доколко АСТА възприема от ТРИПС и какво ново дава. Компенсирането на последиците от правната икономия ще става чрез собствени съпоставителни анализи, с всички рискове на неофициалното тълкуване.

Дефиниции

Важен елемент и ориентир при международните договори са дефинициите за базисните им работни понятия. В това отношение АСТА не може да получи адмирации. Предложени са 17 дефиниции, много от които са безпредметни поради едностранността или известността си⁴. Други се отна-

³ Чл. 7 на ТРИПС– Цели "Закрилата и защитата на правата на интелектуална собственост би трябвало да допринесат за **насърчаване на технологичното обновление, за трансфера и разпространението на технологиите, за взаимната изгода на производителите и потребителите на технологичните познания** по начин, водещ към социално и икономическо благосъстояние, както и за осигуряването на **равновесие между права и задължения**."

⁴ Например, разписване на абривиатурите на АСТА, на СТО, на ТРИПС, идентифициране на Споразумението за СТО, пояснения за това що е "комитет по АСТА", "лице" и др.

Статии

сят до установени, възприети и безспорни понятия в митническото право⁵ и не следва да са обект на изясняване/преповтаряне в това споразумение.

Същевременно, сред дефинитивните норми липсват такива, които да дават яснота за съдържанието на основни и/или широко използвани в АСТА понятия, които са от значение за предприемане на съответни защитни процедури и мерки, като например "търговски/нетърговски характер", "търговска цел", "пиратство", "съмнителни стоки", "приемливи/убедителни доказателства", "предполагаемо деяние", "предполагаемо фалшифицирана търговска марка" и др. Красноречив пример за непълнота и непрецизност на дефинитивните норми е определението на такова фундаментално за АСТА понятие като "носител на права". То няма съдържание, не очертава коректно и изчерпателно или поне примерно кръга на носителите на права, а се изчерпва с уговорката, че включва и сдружения⁶.

От краткия анализ на тук става ясно, че една от причините за някои от сочените дефекти на АСТА – неяснота и неопределеност, е отсъствието на здрави опорни позиции и липсата на еднозначност и непротиворечивост в понятийния апарат.

Обхват

Приложното поле на АСТА не е определено изрично. По косвен път се разбира, и то отново чрез препратка към ТРИПС, че то обхваща всички обекти и всички права на интелектуална собственост⁷. Като амбиция това е впечатляващо, но дали е

постижимо. Въпросът е провокиран от разнородността на обектите на интелектуална собственост, различията в правата на собственост върху отделните обекти, спецификата в отношенията по повод тяхното използване, особеностите при нарушаването на интелектуалната собственост върху определен вид обекти и най-вече различията в степента на опасност от конкретно нарушение на конкретно право за конкретен вид обект на интелектуална собственост. При всички тези различия, еднаквата регулация на защитата и ефектът от нея са под въпрос. Еднаквостта ще доведе до пренебрегване на разлики по същество и като последици. Защото не може да се сравняват по тежест на нарушението и последиците от него например, търговията с фалшиво лекарство, предлагането на греха с имитирана марка и "свалянето" на музика от интернет.

Освен това, АСТА е непоследователен – веднъж постановява, че ще защитава всички обекти на интелектуална собственост по ТРИПС⁸, а впоследствие позволява да бъдат изключени или сам изключва от обхвата на защита патентите за изобретения⁹. Подобен подход към изобретенията, които са основен обект на интелектуална собственост, не кореспондира с присвоената от ТРИПС цел на АСТА – за насърчаване на иновациите и на технологичния трансфер с поддържане интереса на лицата, които ги осигуряват. Опитите да се обясни изключването на патентите заради достъпа до лекарства не звучат убедително. За-

⁵ Например, "претоварване", "свободна зона", "митнически транзит", "транзитно преминаващи стоки" и др.

⁶ Чл. 5 (л) "носител на правата" включва федерации или асоциации, които имат необходимата правоспособност, за да предявят права върху интелектуална собственост.

⁷ Чл. 5 (з) и др.

⁸ Обекти на интелектуална собственост по ТРИПС са обектите на авторско право и на сродните му права, търговски марки, географски означения, промишлени дизайни, патенти, топология на интегрални схеми и търговска тайна.

⁹ Патентите за изобретения са изключени от защита по АСТА с два режима: пожелателно, в раздел 2 "Гражданскоправни средства на прилагане" и изрично, в чл. 13 – "Обхват на граничните мерки".

щото патентите се отнасят до много широк спектър от иновационни решения, които без съмнение поддържат и развиват иновативността и конкурентоспособността на икономиките. А когато висша цел, като например защита на общественото здраве, налага изключения, то те могат да бъдат уредени специално, без да се засягат идеята, духът и подходът на споразумението.

В целия текст на АСТА се открива и "дискриминация" по отношение на защитаваните обекти и права на интелектуална собственост, като **открито се показва подчертано внимание и пристрастие към защитата на търговските марки и обектите на авторско право и сродните му права**. От многократното уговаряне, че защитата трябва да обхваща "поне" тези обекти, както и от цялостния текст на споразумението, става ясно, че то е замислено и създадено, за да противодейства на нарушения по фалшифицирането на търговски марки и пиратирването на музика, филми и софтуер. При тази пристрастност, останалите обекти и права на защита изглеждат като поставени за "декорация". На това основание не е трудно да се прозрے чии интереси и кои носители на права се защитават приоритетно от АСТА.

На основата на извършения до тук анализ могат да се направят няколко извода, но сведени до един, това е "**фалстарт**" на **АСТА** на основание недостатъчно кореспондираща му цел, ограничено съответстващи му принципи, непълно дефинирани понятия, нееднозначно определено приложно поле и диференциран по неясен признак подход при защитата на интелектуалната собственост върху различни обекти. При такава ситуация, "играчите" едва ли могат да бъдат отбор, едва ли ще могат да играят по единни правила и за победа.

Анализ по същество

С малко оптимизъм и кредит на доверие може да се приеме, че е възможно отсъствието на яснота за формални параметри на АСТА да се компенсира в работната му част с разписани ясни и приложими правила. Ще опитаме да преценим това чрез анализ на част от разпоредбите на споразумението, които се отнасят до авторското право и сродните му права. Извън обхвата на анализа остават въпросите, свързани с търговските марки и другите обекти на интелектуална собственост. Изборът на разпоредби, които ще бъдат коментирани се основава на два критерия: 1) новост на разпоредбата с възможните последици от нейното прилагане и 2) съответствие на разпоредбата с националното законодателство и правото на ЕС. Анализът ще се ограничи само до глава втора, която представлява – "същинската" работна част на споразумението, и хронологично ще се следва нейната структура по раздели.

Общи задължения

Още в раздел първи, който урежда общите задължения на страните по споразумението, намираме пропуск в чл. 6.4, който е незначителен на пръв поглед, но е повод за притеснение. Текстът уговаря, че АСТА не изисква от страните по него да търсят отговорност от свои длъжностни лица за "действия, предприети в изпълнение на техни служебни задължения." Смущаващото в случая е **принципното освобождаване от отговорност с отсъствие на изискване за добросъвестност** в действията на служителите. За сравнение, ТРИПС изисква добросъвестността като условие за освобождаване от отговорност¹⁰. Този "малък" пропуск при освобождаването от

¹⁰ Чл. 48.2 на ТРИПС – общо уговаряне и чл. 58 (с) – специално уговаряне при прилагането на граничните мерки.

Статии

отговорност може да позволи прояви на недоброръвестност, дори на злоупотреби от страна на съответни длъжностни лица при изпълнение на служебните им задължения по прилагането на АСТА, независимо от наличието или отсъствието на умисъл за това.

Гражданскоправна защита

Един от способите за защита срещу нарушаване на права на интелектуална собственост е гражданскоправният. Той се иницира по молба на засегнатото от нарушението лице, отправена до съда. В молбата може да се иска постановяването на различни мерки, но главно за преустановяване на нарушението и обезщетяване за претърпените от него вреди.

Можеше да се каже, че уредената в АСТА гражданскоправна защита е изцяло в съответствие с Директива 2004/48/ЕО и с българското законодателство, ако не бяха някои притесняващи различия. Едното от тях е свързано с обезщетенията за вреди при нарушаване на авторски и сродни на тях права, уредени в чл. 9 на АСТА. Новото и тревожното в този член се свързва с няколко момента.

Първият е за **размера на обезщетението за вреди**. Чл. 9.1 предвижда вредите да могат да се определят на база различни мерки на стойността, вкл. чрез стойността на търгуваните в нарушение стоки или услуги, измерена по пазарни цени. Използването на тази база ще доведе до значително завишаване на размера на обезщетението, предвид големите различия в цените на легалните и на пиратските стоки и услуги и приемането на еднакви обеми на търговията с тях, каквито не биха се достигнали при търговия на легалния пазар.

Във връзка с посочената от АСТА база за определяне на вредите, съответно – на

обезщетението при нарушения, ще направим кратък преглед по въпроса в законодателството на ЕС и на България:

- Директива 2004/48/ЕО изисква обезщетението, дължимо от нарушителя на притежателя на права, които са нарушени, да е в размер, съответстващ на действителните вреди¹¹;

- Законът за авторското право и сродните му права (ЗАПСП) изисква обезщетението да се определя на база действително реализираните (а не на база възможните) приходи по пазарни цени¹². Цената на гребно на правомерно търгувани стоки и услуги е допусната като база за определяне на обезщетението само за тези случаи, при които няма достатъчно данни за размера на вредите от нарушението¹³.

За коректност и пълнота ще добавим, че и трите нормативни акта изискват при определянето на обезщетението за нарушения да се вземат предвид и пропуснатите ползи. Но тези ползи се получават на реално експлоатиран пазар и реализираните на него сделки. Механичното пренасяне на индикаторите на този пазар към легалния не съответства на реалностите и създава преувеличена представа за пропуснатите ползи.

Вторият момент, създаващ притеснение във връзка с обезщетението, е съществуващата неяснота за начина на прилагане на двете разпоредби на чл. 9, свързани с компенсацията за вреди от нарушения – коментирания вече параграф 1 и параграф 2, който постановява нарушителят да заплати на носителя на права получените от нарушението ползи. Сегашният запис на двата текста дава възможност за кумулативност в прилагането им, т.е. гвукратно компенсиране на вредите

¹¹ Чл. 13.1 на Директива 2004/48/ЕО.

¹² Чл. 94, ал. 3 от ЗАПСП.

¹³ Чл. 94а, ал. 1, т. 2 от ЗАПСП.

по две отделни схеми. Това ще създаде необосновано прекомерни тежести за нарушителя и не съответства на основния принцип за пропорционалност между тежестта на нарушението и налаганите за него мерки.

В чл. 9 на АСТА могат да се намерят и други "нововъведения" и празноти, свързани с обезщетението за вреди от нарушения. Ще се спрем само на още една неопределеност. Тя е заложена в чл. 9.3 (в) с предвиждането на т.нар. "допълнителни обезщетения" в случаите на нарушаване на авторски права, но без каквито и да било пояснения за основанията за такива обезщетения и тяхната същност, за случаите, условията, размера и процедурата по определянето им.

Известни притеснения предизвиква и текстът на чл. 10.2 на АСТА, съгласно който съдебните органи, въз основа на искане от носителя на права, могат да разпоредят унищожаване на устройствата, "преобладаващо" използвани за извършване на нарушение. Притеснението идва от възможността за различни квалификации на използването и преценката им (инцидентно, основно, преобладаващо, преимуществено, изключително и др.), както и заради вероятността устройствата да не са собственост на нарушителя и действителният им собственик да не знае, че те се използват за извършване на нарушение. Да си представим, че сте предоставили за ползване личния си преносим компютър на свой познат, а той го използва, като извършва най-вече действия, нарушаващи авторското право. По силата на посочената разпоредба на АСТА вашият лаптоп ще бъде унищожен, което не е нито справедливо, нито ефективна мярка за защита на авторските и сродните им права. За сравнение:

- Директива 2004/48/ЕО предвижда унищожаването на устройствата, използвани "основно" за извършване на нарушението, като една измежду други възможни мерки¹⁴;

- ЗАПСП предвижда изземване от употреба на устройствата, използвани "изключително" за извършване на нарушението, но не и унищожаването им¹⁵.

Основание да се счита, че АСТА въвежда нови международни стандарти в гражданскоправната защита без оценка за тяхното въздействие и ефективност и без условие за пропорционалност, дава и текстът на чл. 11, уреждащ правото на информация във връзка с нарушенията. Искането на такава информация е пожелателно в ТРИПС¹⁶ и задължително според АСТА. Освен това, АСТА прави **две разширения**. Първо, по отношение кръга на лицата, от които може да се иска информация, като включва не само нарушителя, както предвижда ТРИПС, но и предполагаемия нарушител. Второ, по отношение на исканата информация, която освен за участващите в производството и разпространението на пиратски стоки и услуги и за техните канали на разпространение, както е по ТРИПС, може да включи и много други данни, с примерно посочване на такава информация: за средствата за производство, за всяко лице, участвало в който и да е аспект на нарушението или предполагаемото нарушение, както и за лица, за които се твърди, че са замесени в производство и разпространението на пиратски стоки или услуги и техните канали за разпространение.

В интерес на истината и за пълнота по въпросите, свързани с правото на информация, следва да се каже, че Директива 2004/48/ЕО съдържа направените в АСТА разширения, но заедно с това е предвидила

¹⁴ Чл. 10.1 на Директива 2004/48/ЕО.

¹⁵ Чл. 95, ал. 1, т. 4 от ЗАПСП.

¹⁶ Чл. 47 на ТРИПС.

и **гаранция срещу злоупотреби с предоставената информация**¹⁷, за **каквато АСТА не говори**. ЗАПСП от своя страна е уредил възможно най-широко, в сравнение с АСТА и с Директивата, правото на информация за целите на събирането на доказателствен материал¹⁸. Тревогата в случая може да бъде по-скоро по отношение на размаха, с който ЗАПСП разгръща правото на информация, без достатъчно предпазни мерки за лицата, задължени с нейното предоставяне.

В групата на гражданскоправните средства за защита срещу нарушения внимание заслужава и уредбата на **временните мерки** в чл. 12.3 на АСТА. По принцип временните мерки имат превантивен характер и се предприемат с цел предотвратяване на нарушения или осигуряване на доказателства за нарушения. Те са обхванати в ТРИПС, в Директива 2004/48/ЕО и в националното законодателство¹⁹. Основната притеснителна разлика при уредбата на временните мерки в посочените нормативи актове и в АСТА е, че докато първите **предвиждат ясно процесуални гаранции на предполагаемия нарушител, то АСТА не дава такива**. "Нарушителят" не може да се противопостави на временните мерки и се обезщетява едва след като се установи, че не е извършил и не е имал намерение да извърши нарушение. До тогава чака безпомощно, без да има на разположение средства за противодействие на наложените временни мерки, като иска тяхната отмяна или изменение. Така неговата дейност се блокира за неопределено време,

което може да е достатъчно дълго, за да убие бизнеса му, да го направи неконкурентен и дори да го извади от пазара.

Съпоставителният анализ на временните мерки по АСТА и по ТРИПС, Директива 2004/48/ЕО и ЗАПСП показва и групи различия, като например:

- определянето на **срок** за действие на временните мерки по ТРИПС²⁰ и по Директивата²¹ и отсъствието на такъв по АСТА;
- АСТА свежда временните мерки само до **изземване или груп вид задържане** на съмнителните стоки, на материалите и на инструментите, с които се извършва или може да се извърши нарушение, докато ЗАПСП определя по-широк набор от временни мерки за прекратяване или за предотвратяване на нарушение²².

Гранични мерки

Граничните мерки представляват временно задържане от митническите органи на стоки, пренасяни през границата, за които има съмнение, че засягат чужда интелектуална собственост. Тези мерки не са същинско средство за защита, но осигуряват необходимо време на притежателя на правото да предприеме такава по съдебен ред. Освен това са и ефикасно средство за предотвратяване навлизането в търговската мрежа на територията на дадена държава и територията на ЕС на пиратски и фалшиви стоки.

Граничните мерки са уредени за първи път в ТРИПС. Прилагането им в ЕС е установено с Регламент 1383/2003/ЕО²³.

¹⁷ Чл. 8.3 (в) на Директива 2004/48/ЕО.

¹⁸ Чл. 95в и 95г от ЗАПСП.

¹⁹ За разлика от АСТА, ТРИПС и Директива 2004/48, в които мерките се определят като "временни", в чл. 96а и други от ЗАПСП, те са наречени "привременни".

²⁰ Чл. 50.6 на ТРИПС.

²¹ Чл. 9.5 на Директива 2004/48/ЕО.

²² Чл. 96а, ал. 1 от ЗАПСП.

²³ Регламент на Съвета № 1383/2003 от 22 юли 2003 г. относно намесата на митническите органи по отношение на стоки, за които се подозира, че нарушават някои права на интелектуална собственост, както и относно мерките, които следва да се вземат по отношение на стоки, нарушаващи някои права на интелектуална собственост.

Бързият сравнителен анализ на уредбата на граничните мерки по ТРИПС, Регламента и АСТА показва, че **равнището на закрила по Регламента като цяло е по-високо от това в ТРИПС и в АСТА** по отношение на обектите и правата на интелектуална собственост и съответно не се налага въвеждането на нови стандарти в законодателството на ЕС и гържавите членки. Някои от текстовете в АСТА обаче дават повод за коментар.

Първо, АСТА изисква защитата на интелектуалната собственост да разшири обхвата на наблюдение и контрол, като включи и **малките пратки** стоки, пренасяни през границата. За сравнение, по ТРИПС малките пратки принципно попадат в обхвата на граничните мерки, но се предвижда възможност за тяхното изключване²⁴, каквато възможност АСТА не предлага.

Второ, съгласно АСТА, по решение на съответната гържава, в обхвата на контрол може да се включи и **личният багаж** на пътниците²⁵. В случай, че той съдържа стоки с "търговски характер", ще е налице основание за прилагане на граничните мерки, т.е. на задържане. Притесненията във връзка с тази разпоредба идват от неопределеността на понятието "търговски характер". Вие може да пренасяте в личния си багаж пет или дори само един компакт диск, съдържащ музика или филм, който сте купили на чужд пазар и имате намерение да го ползвате лично или да го подарите. Въпросният компакт диск обаче е такъв предмет, който може да се тиражира в неограничен брой екземпляри и на това основание да бъде квалифициран като стока, внасяна с цел извършване на дейност с търговски характер.

Трето, докато ТРИПС и Регламента определят ясно **срока на задържането** на

стоките²⁶, то АСТА използва неопределено то понятие "разумен срок". Преценката за разумност на срока обаче може да е различна от страна на различните гържави, прилагащи АСТА, със съответните негативни последици от тези различия.

Четвърто, АСТА не предвижда разпоредба, уреждаща **обезщетенията** на вносителя, получателя и собственика на задържаните стоки, равностойна на тази в ТРИПС и Регламента. Текстът на чл. 18 на АСТА изчерпва въпроса с предоставянето на носителю на права, поискал задържането. За сравнение, чл. 56 на ТРИПС предвижда обезщетение за всяка вреда, причинена на засегнатите от неправомерното задържане лица, а чл. 6.1 на Регламента изисква носителю на права да декларира поемането на своята отговорност за неправомерно задържане.

Наказателноправна защита

Правото на ЕС не съдържа наказателни разпоредби относно нарушения на интелектуална собственост, докато АСТА включва такива. На това основание може да се каже, че в областта на наказателноправната защита законодателството на ЕС не кореспондира със заложеното в АСТА и може да се наложи разширяване. Само по себе си това вече е принципна новост за правото на ЕС, в което наказателното право е област на споделена компетентност между ЕС и неговите гържави членки.

В областта на наказателноправната защита внимание изисква най-вече чл. 23 на АСТА заради обхванатите от него нови и/или неясни текстове, уреждащи престъпните деяния.

²⁴ Чл. 60 на ТРИПС.

²⁵ Подобна пожелателна разпоредба има в ТРИПС (чл. 60) и в Регламент 1383/2003/ЕО (чл. 4.2), но до момента гържавите членки на ЕС не са се възползвали от тях.

²⁶ Срокът на задържането е определен в чл. 11.1 и 13.1 на Регламент 1383/2003 с продължителност от 10 работни дни и в чл. 55 на ТРИПС с продължителност до 10 работни дни.

Статии

Първо, чл. 23.1 на АСТА изисква криминализиране на пиратството на авторски произведения и обекти на сродни права, когато то е извършено в търговски мащаби. България, както и останалите държави от ЕС, отдавна са криминализирали пиратството, съответно АСТА не налага промени в наказателните закони на държавите членки. Новото е в предлаганата дефиниция за "търговски мащаби", която е твърде неопределена и неясна. Тя изисква включване в обхвата ѝ "поне извършването на търговска дейност с цел извлечение на пряка или непряка икономическа или търговска изгода." Такова разбиране за търговски мащаб и особено уговорката за достатъчно минимално съдържание показват, че обхватът на действията, извършвани в търговски мащаби, може да бъде свободно определян. Освен това, макар да позволява ангажирането и на други критерии, дефиницията се опира единствено на целеви критерий. Съответно, за да е налице "търговски мащаб" на дадена дейност, достатъчно е тя да се извършва с цел извлечение на пряка или непряка икономическа или търговска изгода – нещо, което е присъщо по принцип на всички сделки, вкл. на инцидентните сделки между физически лица. Следва да се има предвид, че в съчетанието "търговски мащаб" определящото е "мащаб", а той предполага праг на размера. **Търговският мащаб на една дейност не може да се преценява абстрактно** и на основание целта на извършването ѝ. Преценката се прави само във връзка с конкретен продукт и конкретен пазар. Казаното не е съобразено в дефиницията по АСТА. Според нея, видът и количеството на търгуваните стоки, мащабите и продължителността на извършване на дейността, както и обемът на пазара, на който тя се извършва, са игнорирани. При това разбиране за "търговски мащаби" има опасност от прекомерно разширяване обхвата на престъпните деяния. Не е за поценяване и рис-

кът от накърняване на правото на свободно използване на авторски произведения и обекти на сродни права.

Второ, чл. 23.3 на АСТА предлага на държавите да преценят и да решат за криминализирането на неразрешеното копиране на **аудиовизуални произведения**, които се показват на публично достъпни места. В интерес на истината, у нас това деяние вече е криминализирано в Наказателния кодекс, но в общ, а не със специален текст, конкретизиращ обекта (аудиовизуално произведение) и действието спрямо него (копиране). В състава на престъпленията по чл. 172а, ал. 1 се включва и "възпроизвеждането на чужд обект на авторско или сродно на него право, без необходимото по закон съгласие на носителя на съответното право", което деяние всъщност реализира неразрешеното копиране на аудиовизуални произведения, независимо от мястото, на което те се показват. **Идеята за специално уреждане на това престъпно деяние не е добра и не трябва да се възприема**, защото по аналогия може да се стигне до излишно размито множество престъпления, обособени по конкретни обекти и конкретни неправомерни действия с тях. Същинското основание за тревога всъщност идва от това, че може да се засегне правото на свободно използване на аудиовизуални произведения, вкл. чрез възпроизвеждането им за лично ползване. Защото АСТА предлага самото копиране да се квалифицира като престъпление, независимо от целта, заради която то се прави и последващото използване на направеното копие.

Трето, АСТА предвижда разширяване кръга на **наказателно отговорните лица** за извършени престъпления срещу интелектуалната собственост. В чл. 23.4 се установява наказателна отговорност за помагачество и за подбудителство, а в чл. 23.5 се предлага такава отговорност да може да се носи и от юридически лица. В българското наказателно право такива

възможности не съществуват. Евентуалното възприемане на предложеното с АСТА разширяване на кръга на наказателно отговорните лица е рисковано и опасно и в двете направления:

- по отношение на помагачеството и подбудителството, защото в процеса на създаване и използване на авторски произведения и обекти на сродни права се включват много участници и всеки от тях е поставен под заплаха да се окаже в положението на помагач или подбудител за извършване на престъпление;

- по отношение на юридическите лица, защото ще влезе в противоречие с принципа на наказателното ни право.

Защита в цифрова среда

АСТА е първият международен договор, който урежда защитата на интелектуалната собственост в цифрова среда. Веднага трябва да се направят две много важни уточнения. Първото, че АСТА не признава нови авторски или сродни на тях права. Правото на достъп до защитено произведение или обект на сродно право в цифрова среда, наричано също и "интернет право", е уредено още през 1996 г. в два договора на СОИС – Договора за авторското право и Договора за изпълненията и звукозаписите²⁷, а през 2000 г. в ЗАПСП. Второто уточнение е, че **интернет правото е равнопоставено на всички останали авторски и сродни на тях права**, уредени преди него, като правото на възпроизвеждане, правото на разпространение, правото на излъчване по безжичен път, правото на предаване по кабел и много други. Подобно на тях, интернет правото има изключителен характер и всяко негово упражняване, без разрешение на носителя му, се счита за нарушение. С други думи, защитата на интернет правото произтича от неговото признаване. Тя е уредена в законодателството на България

и другите държави от ЕС с общо правило, относимо към всички авторски и сродни на тях права. Накратко: само притежателят на права върху музикално, аудиовизуално, литературно или друго произведение или тяхно изпълнение, или техен запис, може да предостави достъп до своето произведение, изпълнение или запис в интернет, както и само той може да даде изрично разрешение на конкретно лице да предостави достъпа. От това следва, че **не АСТА определя кое е законно и кое е незаконно** и на това основание ще се преследва. Определението е дадено в международни договори, в правото на ЕС и законодателствата на неговите държави членки. АСТА само насочва вниманието към интернет правото и изисква то да се защитава подобно на защитата на другите авторски и сродни на тях права. Това са принципните положения. Да видим как те са преобразувани в работни правила в АСТА.

Прилагането на правата в цифрова среда е уредено в един единствен член на АСТА. Това е чл. 27, който има седем параграфа и всеки от тях заслужава специално внимание, предвид основите, които се слагат в защитата на интернет правото. Тук ще се спрем само на някои от постановените с АСТА правила за защита на авторското право и сродните му права в интернет пространството.

Разбираемо най-голямо внимание заслужава параграф 4 на чл. 27, който предизвика масовите протести в България и в други европейски държави на интернет общества и потребители. Съгласно текста, доставчиците на онлайн услуги могат да бъдат задължени от компетентен орган да предоставят **информация за идентифицирането на потребител**, когато се предполага, че достъпът му в мрежата е използван за извършване на нарушение. Изпреварващо ще кажем, че тази разпоредба е поже-

²⁷ Известни като "договори за интернет", приети 1996 г. и ратифицирани от Р България 2001 г.

Статии

лателна и не задължава страните по АСТА с възприемането ѝ. Но това не означава, че не заслужава анализ и коментар. В интерес на истината, текстът свързан с разкриването самоличността на потребител на интернет услуги е много обтекаем, недостатъчно ясен, а освен всичко е и непрецизен като превод. В действителност, става въпрос за процедура, която е уредена принципно в националното ни законодателство още преди появата на АСТА. Тя се свързва с необходимостта от идентифициране на лицето, за което се твърди, че извършва нарушение на авторско или сродно на него право. Без такава идентификация, граждански процес не може да се започне и защита не може да се търси. Изискването за разкриване на информация за потенциален нарушител не е нещо ново в правоприлагането, но под условие за конфиденциалност на информацията, злоупотреба с нея и използването ѝ само за целите на съдебното производство.

И тук възниква въпросът – защо е тази враждебност към разпоредбата на въпросния параграф и какво я подхранва. Следващите редове са опит да се даде известна яснота по поставените въпроси, но без да се цели пълният им и непротиворечив отговор, защото такъв не може да се намери или да се извлече от текста на АСТА.

Преди всичко не става ясно, изискването за разкриване самоличността на потребител за кое съдебно производство се отнася – само за гражданското или и за наказателното. Неопределеността се създава от параграф 1 на чл. 27, който изрично посочва, че неговите текстове се отнасят и до двата способа за защита, както и от посоченото в параграф 4 основание за съдебното разпореждане - "Юридически допустима жалба"²⁸. На второ място идва

притеснението за отсъствието на всякаква яснота по отношение на основанията, при които носител на авторско и сродно на него право може да поиска разкриването на самоличността на потребител на онлайн услуги. При това, не трябва да пропускаме, че активните за разкриването на тази информация няма да са първичните носители на такива права – автори и изпълнители, а посредниците, на които те са ги предоставили или са ги упълномощили с управлението им, т.е. издатели, продуценти, мениджъри, агенти, организации за колективно управление на права и други във веригата на довеждане на едно произведение или изпълнение до крайните потребители. Защото АСТА защитава в най-висока степен техните интереси, вкл. като им предоставя механизми за тяхното по-активно, дори агресивно реализиране. Друго основателно притеснение във връзка с разпоредбата на АСТА за разкриване на информация идва от това, че тя може да засегне както реални нарушители, така и ненарушители, в случаите когато техният интернет достъп се използва от друго лице, което извършва нарушение, експлоатирайки достъпа. По тази схема всеки потребител на интернет може да се окаже в положение на предполагаем нарушител, чиито лични данни да бъдат разкрити на основание прилагането на АСТА. Но това е само началото. Следва съдебен процес, в който потребителят се привлича като потенциален нарушител и трябва да се докаже, че не е такъв.

Казаното не е във връзка и не дава подкрепа на шумно и атрактивно защитаваните права на лична неприкосновеност, свобода на изразяването, на кореспонденцията и други права на комуникиране. Защото **незаконното си е незаконно – преди АСТА, след нея и дори без нея. И сега споделянето**

²⁸ В официалния превод на АСТА на български се използва понятието "Юридически допустима жалба", докато в оригинала на английски език се използва понятието "legally sufficient claim", т.е. правно допустим иск. Това обаче е частен опит за пояснение, който не може да разсее създадената неяснота.

на чуждо произведение с неограничен брой потребители в интернет е посегателство върху авторски и сродни на тях права. Неопределеността е само в това, дали ще бъде квалифицирано като нарушение или като престъпление по преценка на съда. Защитата на авторското право и сродните му права не трябва да се смесва и да се противопоставя на правото за свободно споделяне на незащитена информация, лични мнения, коментари или становища, или дори на собствени произведения, за които авторите им не желаят да се ползват от протекциите на закона. За споделянето на такава информация никои никога не може да ограничава, разубеждава или да налага забрани. **Интернет си има свои правила и те ясно регламентират какво може и какво не може да се прави в мрежата, стига тези правила да се познават и да се спазват.** В този смисъл незаконното споделяне на чужди произведения и сега е незаконно, само че още не е "прихванато" като такава, не е поставено на фокус поради слабо правоприлагане.

Специално внимание заслужават параграфи 5 и 6 на чл. 27 на АСТА, които уреждат **технологичните мерки за защита** на права върху произведения, предоставени за ползване в цифров формат. С кратка информация, без претенции за нейната пълнота ще поясним, че технологичните мерки представляват всякакви технологични решения, които пречат, ограничават или контролират неразрешения достъп до произведения, представени в цифров формат, като кодиране, водни знаци, пароли, PDF формати и много други.

Това което предлага АСТА е разширяване обхвата на технологичните мерки и по-агресивната им защита, насочена не само срещу тяхното заобикаляне, но и срещу производството, разпространението и

вноса на уреди или продукти или предоставянето на услуги, които са средство за заобикаляне на технологичните мерки. Стандартите на АСТА обаче са въведени от години в българското законодателство²⁹. Единственото ново е, че защитата се насочва не само срещу технологии, устройства, компоненти и услуги, които могат да се използват за заобикаляне на технологичните мерки, но и срещу продукти, вкл. компютърни програми. При разширената защита е възможно например, програмен продукт, който конвертира програма, да засегне нейния код, каквото вмешателство е недопустимо и на това основание да попадне под ударите на АСТА.

На основата на извършения до тук анализ на работната част на АСТА могат да се направят няколко **извода**:

- АСТА е нова стъпка в международната уредба на защитата на интелектуалната собственост, която в отделни положения предлага по-високи стандарти от установените в ТРИПС;

- като цяло, стандартите за защита на интелектуалната собственост в АСТА не превишават установените и прилагани от години стандарти в ЕС;

- като цяло въведените с АСТА процедури, мерки и средства за защита на интелектуалната собственост са уредени в българското законодателство.

Наред с тези "успокояващи" изводи може да се направи и един тревожен. АСТА не е "разписан" добре. Многобройни доказателства за това могат да се намерят както в направения тук, така и в други анализи. Най-слабата страна на АСТА е неяснота, непълнота, неопределеност, небалансираност и непрецизност до степен на противоречивост за много положения. Затова и в становището си за АСТА някои европейски депутати и специалисти се позовават на

²⁹ Те са уредени подробно в чл. 97, ал. 5, 6 и 7 от ЗАПСП, независимо от различията в понятията, с които оперира международното право – "технологични мерки", и българският закон – "технически средства за защита".

Статии

английската поговорка "Дяволът е в детайлите". Проблемът на АСТА е в **липсата на детайли, в непълнотите или прекалено общи текстове, което създава опасност за възможната преценка и решение** при тълкуване по много въпроси на прилагането на защитата на интелектуалната собственост.

Очаквани ползи и ефекти

В дебатите около АСТА, фокусирани върху неговата подготовка и подписване, технология на ратифициране, възможности за резерви по определени текстове, съответствие с правото на ЕС и националното законодателство, баланса между интересите на творците и гражданските права и други, извън ползрението останаха въпросите за положителните ефекти от АСТА.

Тук само ще посочим, без да изследваме, някои от възможните ползи от АСТА заради необходимостта от известен баланс на направения критичен като цяло анализ. Но трябва да се има предвид, че въпросът за ползите е най-важен и предопределящ отговорите и решенията по много други. Той изисква подбавящо внимание и специален анализ, какъвто авторът ще търси възможност да направи в отделен материал или ще се радва някой друг да го направи.

Независимо от общото впечатление, че АСТА е лобистко споразумение, насочено към защита интересите на големите компании в областта на развлекателната индустрия и най-вече на музикалната и филмовата, чрез него могат да се постигнат **обща ползи за икономиката и други политики на ЕС и неговите държави членки**. Като такива могат да се посочат:

- АСТА ще осигури **еднакво високи стандарти на защита** на интелектуалната собственост в международен план, като въведе в действие високите стандарти, установени в ЕС;

- АСТА води към **актуализиране на**

международните търговски правила с поставянето на приоритетни ориентири за най-бързо развиващите се форми и обекти на търговска дейност – електронната търговия и търговията с интелектуални продукти;

- АСТА ще осигури гаранции за равнопоставеност на условията при които бизнесът в ЕС се конкурира с този в държави извън ЕС;

- АСТА ще защитава създадените в ЕС иновации, нови знания и културни продукти срещу посегателства и присвояване, което е от значение за иновативността и конкурентоспособността, може да подкрепи икономическия растеж и да защити работни места;

- АСТА ще насърчи износа на инвестиции и производства в държави, приели неговите стандарти за защита на интелектуалната собственост;

- АСТА ще създаде условия за обединяване усилията на различни държави за противодействие срещу нарушенията на интелектуалната собственост и срещу мащабната нелегална търговия с интелектуални продукти и др.

Колкото повече са държавите, присъединили се към АСТА, толкова по-голямо и осезаемо ще е проявлението на посочените ползи. Но поне засега държавите от БРИКС не показват желание за присъединяване. А това са държави, на чиито територии живее половината от населението на планетата и се произвежда половината от световната продукция. Някои от тези държави са и с най-бързо развиващите се икономики и с най-голямо пиратство на чужда интелектуална собственост. Спечелването им за каузата на АСТА ще е трудно и е въпрос на политика и балансиране на интереси.

Конкретно за България АСТА може:

- да допринесе за усъвършенстване на българското законодателство в областта на авторското право и сродните му права, което в сегашния си вид търпи много критики;

- да доведе до повишаване на знанията за интелектуалната собственост и в частност за собствеността върху авторски произведения и артистични изпълнения;

- да повиши вниманието и грижите към творците и да промени благоприятно отношението към техния труд по създаването на интелектуални продукти;

- да формира подobaващо отношение на уважение към резултатите от интелектуалните дейности на творците и съпричастност при тяхната защита срещу кражби;

- да ускори налагането и по-стриктно спазване на правилата при ползването на чужди произведения и изпълнения в интернет;

- да активизира правоприлагането в областта на защитата на авторското право и сродните му права във физическата и цифровата среда.

Заклучение

Международен договор, който да урежда защитата на интелектуална собственост в съответствие с новите реалности, е повече от необходим, дори вече е закъснял. Подобен договор ще е надеждно и ефективно средство за противодействие на разрастващите се посегателства върху интелектуалната собственост. Нейното мащабно и безнаказано ограбване демотивира създателите на интелектуални продукти и има разрушителни последици за легалния бизнес, който създава или се основава на такива продукти. Сега този бизнес се задушава от присвояването на неговите интелектуални ресурси, настаняването на неговите пазари, отнемането на неговите клиенти, свиване на полагащия му се доход, съкращаване на необходимите за функционирането му работни места.

В такава враждебна среда не може да се оцелее с поединична защита. Нужно е общо, единно и силно противодействие. Един международен договор може да бъде ефективно средство за такoва противодействие, но само ако отговаря на редица изисквания. Той трябва да е ясен, точен, прецизен и справедлив, да балансира интересите и да гарантира правата на всички участници в процеса по създаване и използване на интелектуални продукти, да дава решение на проблемите им, за да е приемлив за тях и да получи подкрепата им. Хармонизирането на всички тези изисквания трудно може да се постигне или поне не изведнъж. Но напрежението около АСТА, след неговото подписване, можеше в голяма степен да се смекчи, ако в подготовката му бяха ангажирани повече отговорност, реализъм, безпристрастност, прозорливост, балансираност и професионализъм. Това обаче се отнася към миналото или към бъдещето, но не и към настоящето, защото АСТА е факт.

Споразумението е такoва, каквото е, с всичките му минуси и плюсове. Ако се ратифицира от ЕС и държавите членки, това ще е вследствие на компромис и ще доведе до загуба на доверие към европейските политики сред немало хора. Ако не се ратифицира, това ще отложи неизвестно дълго във времето момента, в който държавите ще имат на разположение необходимия им международен договор за защита на интелектуалната собственост. А дотогава нарушенията на интелектуалната собственост ще нарастват по мащаби и агресивност, стоящите зад тях сили ще укрепват позициите си, творците ще продължат да се разочароват, а индустриите, които създават или се основават на интелектуална собственост, ще увеличават загубите си.