

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н P. CRUZ VILLALÓN
представено на 14 април 2011 година¹

Съдържание

I — Въведение	I - 11964
II — Правна уредба	I - 11967
A — Право на Съюза	I - 11967
1. Правна уредба относно защитата на интелектуалната собственост ..	I - 11967
а) Директива 2001/29 относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество	I - 11967
б) Директива 2004/48 относно упражняването на права върху интелектуалната собственост	I - 11968
2. Правна уредба относно защитата на личните данни	I - 11969
а) Директива 95/46 за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни ..	I - 11969
б) Директива 2002/58 относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации	I - 11969
3. Правна уредба относно електронната търговия: Директива 2000/31 ..	I - 11970
B — Национално право	I - 11970

¹ — Език на оригиналния текст: френски.

III — Факти в основата на спора по главното производство и преюдициални въпроси	I - 11971
А — Факти и главно производство	I - 11971
Б — Преюдициални въпроси	I - 11974
В — Производство пред Съда	I - 11974
IV — Анализ	I - 11975
А — Предварителни бележки	I - 11975
1. Преформулиране на първия въпрос: ЕКПЧ и Хартата	I - 11975
2. Структура на отговора	I - 11977
3. Подход в четири етапа	I - 11978
Б — Искана мярка (разпореждане за преустановяване) и изисквана „система“ (филтриране и блокиране)	I - 11979
1. Система за филтриране и блокиране	I - 11980
а) Механизъм за „филтриране“	I - 11980
б) Механизъм за „блокиране“	I - 11982
2. Характеристики на мярката за постановяване на разпореждане	I - 11982
а) „без ограничение във времето“: приложно поле <i>ratione temporis</i> на мярката	I - 11983
б) „всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени“: приложно поле <i>ratione materiae</i> на мярката	I - 11983
в) „за всички свои клиенти“: приложно поле <i>ratione personae</i> на мярката	I - 11984
г) „in abstracto и превантивно“: превантивна и възпираща функция на исканата мярка	I - 11985
д) „на свои разноски“: тежестта на разходите, свързани с изпълнението на исканата мярка	I - 11985
3. Междинно заключение	I - 11986

В — Квалифициране на мярката с оглед на директивите и на членове 7, 8 и 11 от Хартата: „ограничаване“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата	I - 11988
1. „[Т]ълкувани по-специално с оглед на членове 7 и 8 от Хартата“: относно зачитането на личния живот и правото на защита на личните данни	I - 11989
а) Защита на личните данни (член 8 от Хартата)	I - 11990
б) Тайна на електронните съобщения (член 7 от Хартата)	I - 11992
2. „[Т]ълкувани по-специално с оглед на член 11 от Хартата“: относно гарантирането на свобода на изразяване на мнение и право на информация	I - 11993
3. Междинно заключение	I - 11995
Г — Относно условията за ограничаване на упражняването на признатите от Хартата права и свободи и особено условието по-специално за „качество на закона“ (член 52, параграф 1 от Хартата)	I - 11995
Д — „[Е]динствено въз основа на законовата разпоредба“: преглед на националното законодателство с оглед на условието за „качество на закона“ (член 52, параграф 1 от Хартата)	I - 12000
V — Заключение	I - 12004

I — Въведение

1. Настоящото дело дава на Съда възможност на свой ред да разгледа въпроса за

нарушенията на авторското право и сродните права в интернет, незаконното изтегляне на защитени произведения, което обикновено се означава като „пиратство“ на музикални, кинематографични, аудио-визуални или литературни произведения, и да се заинтересува от борбата, водена от притежателите на тези права или техните

правоприемници срещу това явление, което се представя като бедствие в световен мащаб². По-специално Съдът е приканен да се произнесе по неразглеждания досега въпрос относно жизнеспособността, от гледна точка на правото на Съюза, на някои технически мерки за борба с пиратството, които, независимо че тяхната

надеждност не е напълно установена и те постоянно са под въздействието на технологичния прогрес и на развитието на практиките, се представят като възможен подходящ отговор на ежедневно извършваните посегателства върху правата върху интелектуална собственост в „глобалната мрежа“.

2 — Няма никаква нужда да се подчертава, че проблемът с пиратството в интернет има световни измерения и е дал основание за разнообразни противодействия в различните страни, най-често от съдебно естество (било срещу самите ползватели на интернет или срещу доставчиците на услуги, доставчиците на интернет услуги, доставчиците на услуги за съхраняване на информация, издателите на софтуери „peer-to-peer“ или доставчиците на услуги (вж. по-специално дела *Napster (A&M Records v Napster)*, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 2011 и *Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster)*, 125 S. Ct. 2764, 2005) в САЩ, дела *Kazaa* в Австралия (*Kazaa* [2005] F. C. A. 1242) или още дело *PirateBay* в Швеция (*Svea hovrätt*), 26 ноември 2010 г., дело № В 4041-09), понякога от законодателно естество (например във Франция законът, наричан „HadoPI“ по името на създадения с него Върховен орган за разпространение на произведенията и защита на правата в интернет (loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, JORF n° 135 du 13 juin 2009, p. 9666 [Закон № 2009-669 от 12 юни 2009 г. за насърчаване на разпространението и защитата на творчеството в интернет, JORF № 135 от 13 юни 2009 г., стр. 9666]); в Испания, *Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* (BOE от 5 март 2011 г. стр. 25033), понякога sui generis (вж. например *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, подписан през 2008 г. между основните доставчици на интернет услуги в Обединеното кралство и представителите на творческите индустрии), които са подробно коментирани и които очевидно не могат да бъдат представени тук дори и съвсем накратко, а дебатът, който този проблем поставя, също е световен и особено противоречив; за преглед на френския подход към проблема вж. по-специално *Derieux, E. et A. Granchet. La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI. Lamy Axe Droit*, 2010; за преглед на подхода, защитаван от Комисията, вж. нейния Първи доклад за прилагането на Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар, от 21 ноември 2003 г. (COM(2003) 702 окончателен, точка 4.7); нейния доклад „Прилагане на Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост“ (COM(2010) 779 окончателен, точка 3.3, както и нейното Съобщение от 16 юли 2008 г. „Европейска стратегия за правата върху индустриална собственост“, COM(2008) 465 окончателен, точка 5.3. Следва също така да се прегледат, измежду работите, осъществявани в рамките на Съвета на Европа, Препоръка CM/Rec(2008)6 на Комитета на министрите на държавите членки от 26 март 2008 г. относно мерките за насърчаване зачитането на правото на изразяване и на информация във връзка с филтрирането на интернет, както и Ръководните насоки в помощ на доставчиците на интернет услуги от юли 2008 г.; вж. също доклада на ОИСР, представен на 13 декември 2005 г. пред Working Party on the Information Economy, *Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL*.

2. Поставените пред Съда преюдициални въпроси по това дело изискват тълкуване на сложна съвкупност от разпоредби от актове на вторичното право и на разпоредби на първичното право, по-специално от Хартата на основните права на Европейския съюз³, с оглед на Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи⁴. Необходимо е обаче веднага да се посочи, че не може да става въпрос за разглеждане в рамките на настоящото заключение на съвкупността от правни въпроси и технически проблеми⁵, повдигани от посочените мерки. На основата на самата формулировка на поставените от запитващата юрисдикция въпроси, както и на изразите, с които тя излага правното и фактическо положение по делото по главното производство, ще се опитам да представя полезен отговор,

3 — Наричана по-нататък „Хартата“.

4 — Наричана по-нататък „ЕКПЧ“.

5 — Така в правно отношение няма да бъдат разглеждани правната квалификация на въпросните действия по нарушаване на права и влиянието на изключенията за копиране за лично ползване; в техническо отношение не могат да бъдат разглеждани нито техниките за незаконно сваляне, нито възможните средства за препятстването му. В по-общ план във връзка с това препращам към обилната правна теория, породена от юридическия смисъл на това явление.

като се съсредоточа върху най-основните му аспекти.

3. В това отношение от Съда се иска основно да посочи конкретно на запитващата юрисдикция дали от гледна точка на правото на Съюза е допустимо национален съд да приема мярка като исканата в делото по главното производство, като разпорежи на доставчик на интернет услуги⁶ да въведе система за филтриране и блокиране на електронните съобщения. Тъй като обаче така исканата мярка има свършено различен обхват за този ДИУ, от една страна, и за ползвателите на услугите на този ДИУ и в по-широк план, за интернет ползвателите, от друга страна, ще трябва да се има предвид тази двойна перспектива, независимо че поставеният въпрос е насочен съвсем конкретно към правата на ползвателите.

4. Необходимо е също така да се уточни от самото начало, че настоящото дело се отличава от случая, по който е постановено Решение по дело *Promusicae*⁷, независимо

че съществуват очевидни прилики в правната им рамка и общия им контекст. Макар и настоящото дело да изисква също както по дело *Promusicae*, посочено по-горе, съчетаване на изискванията, свързани със защитата на различни основни права, между двете дела съществуват различия, които, както подчертава самата запитваща юрисдикция, изключват възможността изводите от Решение по дело *Promusicae*, и по-специално определеният в него принцип на подходящото равновесие между правата, да са достатъчни, за да й позволят да се произнесе. Действително в дело *Promusicae* от ДИУ се иска да разкрие в рамките на съдебно производство самоличността и физическия адрес на лица, идентифицирани с техния IP адрес⁸, датата и часа на свързването им. Следователно се касае за съобщаване в съдебен контекст на известни и идентифицирани данни. Обратно, в делото по главното производство от доставчик на интернет услуги се иска да въведе система за филтриране на електронните съобщения и блокиране на електронни файлове, за които се предполага, че нарушават право върху интелектуална собственост. Не става въпрос за изисквана последваща намеса след установяване на нарушаване на авторски или сродни права, а за предварителна намеса, за да се избегне подобно нарушаване, и по-точно за да се въведе система, която да пречи по превантивен начин всяко бъдещо нарушаване на право върху интелектуална собственост⁹ при условия, в които,

8 — IP адресът е уникален адрес, който устройствата, осъществяващи комуникация в съответствие с „интернет протокола“, използват за своето идентифициране и за връзка помежду си в компютърна мрежа; вж. по-специално Jon Postel ed. *Internet Protocol, RFC 791*, September 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Вж. също заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело *Promusicae*, точки 30 и 31.

9 — В действителност, макар, както ще видим, от въпросния ДИУ да се изисква въвеждането на „превантивен“ механизъм за борба с нарушенията на правата върху интелектуална собственост, трябва обаче да се подчертае, че в случая по отношение на него е постановено съдебно разпореждане като реакция срещу установени нарушения на правата върху интелектуална собственост в рамките на гражданско производство.

6 — Наричан по-нататък „ДИУ“.

7 — Решение от 29 януари 2008 г., C-275/06, Сборник, стр. I-271, заключение на генералния адвокат Kokott от 18 юли 2007 г.

както ще видим, съществуват множество несигурности.

5. Като се има предвид това, съвсем естествено обаче ще се наложи разглеждане на положението в делото по главното производство в перспективата на основните права.

II — Правна уредба

A — Право на Съюза

6. От Съда се иска най-вече тълкуване на Директиви 2001/29/ЕО¹⁰ и 2004/48/ЕО¹¹ относно защитата на интелектуалната собственост, на Директивг 95/46/ЕО¹² и 2002/58/ЕО¹³ относно защитата на лич-

ните данни и на Директива 2000/31/ЕО¹⁴ относно електронната търговия, между които съществуват сложни връзки. Като се има предвид тази сложност, в представянето на правната уредба по делото ще бъдат посочени само разпоредбите, необходими за разбирането на спора по главното производство.

1. Правна уредба относно защитата на интелектуалната собственост

a) Директива 2001/29 относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество

7. Член 8 от Директива 2001/29, озаглавен „Санкции и средства за правна защита“, гласи следното:

„1. Държавите членки предвиждат съответни санкции и средства за правна защита по отношение на нарушения на правата и задълженията, определени в настоящата директива, и вземат всички необходими мерки, за да гарантират прилагането на тези санкции и средства за правна защита. Санкциите са ефективни, съразмерни и възпиращи.

10 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L167, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230).

11 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L157, стр. 45, поправки ОВ L195, 2004 г., стр. 16 и ОВ L204, 2007 г., стр. 27; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56).

12 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни (ОВ L281, стр. 31; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 10).

13 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации (ОВ L201, стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 36, стр. 63).

14 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия) (ОВ L178, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257).

2. Всяка държава членка взема необходимите мерки, за да гарантира притежателите на права, чиито интереси са засегнати от нарушаващата дейност, извършена на тяхна територия, да могат да предявят иск за [вреди] и/или да поискат [постановяването на съдебно разпореждане] и при необходимост изземване на материала на нарушението, както и на съоръжения, продукти или компоненти, посочени в член 6, параграф 2.

3. Държавите членки гарантират притежателите на права да могат да поискат [...] [постановяването на съдебно разпореждане] срещу посредници, чиито услуги се използват от трети лица за нарушаване на авторското право или на сродно на него право“.

б) Директива 2004/48 относно упражняването на права върху интелектуалната собственост

8. Член 9, параграф 1, буква а) от Директива 2004/48 гласи:

„Държавите членки гарантират, че по искане на заявителя съдебните органи могат:

а) да постановят неокончателна забрана на предполагаемия нарушител, чието

предназначение е да се предотврати всяко неминуемо нарушение на право върху интелектуална собственост, или да се забрани, на временни начала и при заплащане, когато е приложимо, на парична глоба, когато това е предвидено в националното законодателство, продължаването на предполагаемите нарушения на това право или това продължаване да стане обект на внасяне на гаранции с цел да се гарантира обезщетение за притежателя на правото. Неокончателна забрана може също така да се постанови при същите условия за посредник, чиито услуги се ползват от трето лице за нарушаване на право върху интелектуална собственост. Забраните спрямо посредници, чиито услуги се използват от трето лице за нарушаване на авторско право или на сродно на него право, са обхванати от Директива 2001/29/ЕО“.

9. Член 11 от Директива 2004/48, озаглавен „Забрани“, предвижда следното:

„Държавите членки гарантират, че когато съдебните органи [се произнасят] със съдебно решение, [с] което се установява нарушение на право върху интелектуална собственост, те могат да постановят [разпореждане спрямо] нарушителя, чиято цел е да се забрани по-нататъшно извършване на нарушението. Когато [това] е предвидено в националното законодателство, [неизпълнението на разпореждане], [ако] е уместно, [подлежи на периодична имуществена санкция] с цел да [се] гарантира спазването [му]. Държавите членки също така гарантират, че притежателите на права могат да [искат постановяване на

разпореждане спрямо] посредници, чиито услуги се ползват от трети страни за нарушаване на правото върху интелектуална собственост, без да се накърнява член 8, параграф 3 от Директива 2001/29/ЕО“.

б) Директива 2002/58 относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации

2. Правна уредба относно защитата на личните данни

а) Директива 95/46 за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни

10. Член 13, параграф 1, буква ж) от Директива 95/46 гласи:

„Държавите членки могат да приемат законодателни мерки за ограничаване на обхвата на правата и задълженията, предвидени в член 6, параграф 1, член 10, член 11, параграф 1, член 12 и член 21, ако подобно ограничаване представлява необходима мярка за гарантиране на:

[...]

ж) защита на съответното физическо лице или на правата и свободите на други лица“.

11. Член 5, параграф 1 от Директива 2002/58, посветен на поверителността на комуникациите, гласи:

„Държавите членки гарантират [поверителност] на съобщенията и [свързаните с тях данни за трафика] през публични комуникационни мрежи и публично достъпни електронни комуникационни услуги, чрез националното си законодателство. По-специално те забраняват слушане, записване, съхранение и други видове подслушване или наблюдение на съобщения и свързаните данни за трафика от страна на лица, различни от потребители без съгласието на заинтересованите потребители, с изключение на законно упълномощени да извършват това в съответствие с член 15 параграф 1. Настоящият параграф не пречи на техническото съхранение, което е необходимо за пренасяне на комуникация, без да противоречи на принципа за [поверителност]“.

12. Член 15, параграф 1 от Директива 2002/58, който предвижда приложение на някои разпоредби от Директива 95/46/ЕО, гласи:

„Държавите членки могат да приемат законодателни мерки, за да ограничат обхвата

на правата и задълженията, предвидени в член 5, член 6, член 8, параграфи 1, 2, 3, и 4 и член 9 от настоящата директива, когато такова ограничаване представлява необходима, подходяща и пропорционална мярка в рамките на демократично общество, за да гарантира национална сигурност (т.е. държавна сигурност), отбрана, обществена безопасност и превенцията, разследването, разкриването и преследването на [престъпления] или неразрешено използване на електронна комуникационна система, както е посочено в член 13, параграф 1 от Директива 95/46/ЕО. В тази връзка, държавите членки могат, *inter alia*, да одобрят законодателни мерки, предвиждащи съхранението на данни за ограничен период, оправдани на основанията, изложени в настоящия параграф. Всички мерки, упоменати в настоящия параграф, трябва да бъдат в съответствие с общите принципи на законодателството на Общността, включително онези, упоменати в член 6, параграфи 1 и 2 от Договора за Европейския съюз“.

3. Правна уредба относно електронната търговия: Директива 2000/31

13. Член 15 от Директива 2000/31, с който завършва раздел IV, посветен на отговорността на междинни доставчици на услуга,

въвежда принципа за отсъствие на общо задължение за контрол по следния начин:

„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.

2. Държавите членки могат да установят задължения за доставчиците на услуги на информационното общество за бързо информиране на компетентните публични органи за предполагаеми незаконни действия или информация, предоставена [от] получателите на техните услуги, или задължения за предаване на компетентните органи, по тяхно искане, на информация която позволява идентифицирането на получатели на техните услуги, с които те имат договори за съхраняване на данни“.

Б — *Национално право*

14. Член 87, параграф 1 от Закона от 30 юни 1994 г. относно авторското право и сродните права¹⁵, изменен със Закон от

¹⁵ — *Moniteur belge* от 27 юли 1994 г., стр. 19297.

10 май 2007 г. за транспониране на член 8, параграф 3 от Директива 2001/29 и член 11 от Директива 2004/48, гласи:

„Председателят на първоинстанционния съд и председателят на търговския съд [...] установяват съществуването и разпореждат преустановяването на всяко нарушение на авторско право или сродно право.

Те могат също да постановят разпореждане за преустановяване срещу посредници, чиито услуги се ползват от трето лице за нарушаване на авторско право или на сродно право“.

III — Факти в основата на спора по главното производство и преюдициални въпроси

A — Факти и главно производство

15. С акт от 24 юни 2004 г. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) сезира председателя на Tribunal de première instance de Bruxelles, при произнасяне в обезпечително производство, с искане за преустановяване срещу доставчика на

интернет услуги Scarlet Extended SA¹⁶ в рамките на белгийския Закон от 30 юни 1994 г. относно авторското право и сродните права.

16. Sabam изтъква, че в качеството си на ДИУ Scarlet е в най-подходящо положение, за да вземе мерки за преустановяване на нарушенията на авторското право, извършвани от неговите клиенти — интернет ползватели, които незаконно изтеглят фигуриращи в каталога му произведения посредством софтуери „peer-to-peer“, без да заплащат за авторските права, от която практика Scarlet се възползва, доколкото тези произведения могат да увеличат обема на неговия трафик и оттук — търсенето на неговите услуги.

17. Sabam иска, първо, да се установи наличието на нарушения на авторското право върху музикални произведения, принадлежащи към неговия репертоар, и по-специално на правото на възпроизвеждане и правото на публично разгласяване, които нарушения произтичали от неразрешения обмен на електронни музикални файлове посредством доставяните от Scarlet услуги, осъществяван със софтуери „peer-to-peer“.

18. По-нататък Sabam иска Scarlet да бъде осъдено да преустанови тези нарушения, под страх от периодична имуществена санкция, като направи невъзможна или спре всякаква форма на изпращане или приемане от неговите клиенти, без разрешение на правоимащите, на файлове, възпроизвеждащи музикално произведение, посредством софтуер „peer-to-peer“.

¹⁶ — Наричано по-нататък „Scarlet“.

19. Накрая Sabam иска Scarlet да му изпрати в осемдневен срок от връчването на бъдещото решение описание на приетите мерки, да публикува текст на началната страница на уебсайта си, както и да публикува посоченото решение в два ежедневника и един седмичник по свой избор, като в противен случай да му бъде наложена периодична имуществена санкция.

20. С решение от 26 ноември 2004 г. председателят на съда установява наличието на твърдените нарушения на авторското право. Преди обаче да се произнесе по искането за преустановяване, той назначава експерт, който да провери дали предложените от Sabam технически решения са технически осъществими, дали те позволяват да се филтрира единствено незаконният обмен на електронни файлове и дали съществуват други средства за контрол на използването на софтуери „peer-to-peer“, както и да определи разходите за така разглежданите технически средства.

21. Назначеният експерт представя своя доклад на 29 януари 2007 г., а заключенията от него, възпроизведени в акта за преюдициално запитване, гласят следното:

„1. Мрежа „peer-to-peer“ е прозрачно средство за споделяне на съдържание, което е независимо, децентрализирано и снабдено с напреднали функции за търсене и изтегляне.

2. С изключение на предложеното от Audible Magic решение, всички решения се опитват да възпрепятстват използването на мрежите „peer-to-peer“ независимо от предаването в тях съдържание;

3. Освен това дълготрайността на решенията за филтриране на приложения „peer-to-peer“ далеч не е осигурена в краткосрочен план (2-3 години) поради нарастващото използване на криптиране в този вид приложения;

4. Следователно предложеното от дружество Audible Magic решение е единственото, което се опитва да отговори по специфичен начин на проблемите. Това решение, предназначено основно за областта на образованието, само по себе си обаче не е с такива параметри, че да отговори на обема на трафик на един ДИУ. Оттук използването на тази техника в контекста на ДИУ води до високи разходи за придобиване и експлоатация за компенсирани на нейните малки размери.

5. Тези разходи следва да се съотнесат с периода, през който това решение ще бъде ефективно, тъй като посоченото по-горе криптиране превръща това решение в неефективно и в рамките на филтрирането на пренасянето на данни;

6. Използването на методи за вътрешно разследване, приложени отвътре на мрежа „peer-to-peer“, е по-сложно за осъществяване, но дава по-добри резултати. Действително а priori тези методи са насочени само към подлежащата на санкциониране част от обмена и могат да държат сметка за контекста, в който се извършва този обмен.

7. Освен това тези методи не са чувствителни или са осезаемо по-слабо чувствителни към криптиране и според мен представляват най-добрата насока за инвестиции в средносрочен и дългосрочен план за осигуряване на зачитането на авторските права при същевременно зачитане на правата на всички граждани“.

22. На основата на това експертно заключение председателят на Tribunal de première instance de Bruxelles постановява на 29 юни 2007 г. второ решение, с което осъжда Scarlet да преустанови установените в решението от 26 ноември 2004 г. нарушения на авторското право, като направи невъзможна всякаква форма на изпращане или приемане от неговите клиенти посредством софтуери „peer-to-peer“ на електронни файлове, възпроизвеждащи музикално произведение от репертоара на Sabam, като в противен случай ще му бъде наложена периодична имуществена санкция от 2500 EUR на ден, в случай че Scarlet не спазва решението след изтичането на шестмесечен срок.

23. Scarlet подава жалба срещу това решение пред Cour d'appel de Bruxelles на 6 септември 2007 г.

24. Освен това Scarlet сезира председателя на Tribunal de première instance de Bruxelles с акт от 7 декември 2007 г. с искане за отмяна или най-малкото за спиране на постановената срещу него периодична имуществена санкция. Scarlet изтъква, че няма материална или времева възможност да се съобрази с нареждането за преустановяване, доколкото системата „Audible Magic“ не функционира и не е установена техническа възможност за доставчик на интернет услуги да осъществява филтриране или ефективно блокиране на трафик „peer-to-peer“.

25. С решение от 22 октомври 2008 г. председателят на Tribunal de première instance de Bruxelles отхвърля това искане, като приема, че деволутивният ефект на обжалването не допуска повторното пледиране по делото от страните. Като признава, че решението Audible Magic не е могло да бъде приложено с успех, той обаче установява, че Scarlet не е изпробвало други решения за филтриране или блокиране и оттук, не е доказало, че нареждането за преустановяване не е можело да бъде изпълнено. Въпреки това той спира периодичната имуществена санкция до 31 октомври 2008 г., за да даде възможност на Scarlet да изследва други възможности.

Б — *Преюдициални въпроси*

26. При тези обстоятелства Cour d'appel de Bruxelles решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1. Допускат ли Директиви 2001/29 и 2004/48, във връзка с Директиви 95/46, 2000/31 и 2002/58, тълкувани по-специално с оглед на членове 8 и 10 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, държавите членки да разрешават на националния съд, сезиран в рамките на производство по същество и единствено въз основа на законната разпоредба, която предвижда, че: „[националният съд може] също да постанов[и] разпореждане за преустановяване по отношение на посредник, чиито услуги се ползват от трето лице за нарушаване на авторско право или на сродно право“, да разпорежи на доставчик на интернет услуги да въведе за всички свои клиенти, in abstracto и превантивно, изцяло на свои разноски и без ограничение във времето, система за филтриране на всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени, пренасяни посредством предлаганите от него услуги, по-специално чрез използването на софтуери „peer-to-peer“, с цел да се идентифицира в неговата мрежа движението на електронни файлове, съдържащи музикално, кинематографско или аудио-визуално произведение, върху което ищецът твърди, че притежава

права, и да се блокира впоследствие прехвърлянето на тези файлове в момента, в който те се заявяват, или в момента, в който се изпращат?

2. При положителен отговор на [първия] въпрос, налагат ли тези директиви на националния съд, който трябва да се произнесе по искане за постановяване на разпореждане спрямо посредник, чиито услуги се ползват от трето лице с оглед на нарушаване на авторско право, да прилага принципа на пропорционалност, когато той следва да се произнесе по ефикасността и възпиращото действие на поисканата мярка?“.

В — *Производство пред Съда*

27. Scarlet, Sabam съвместно с Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) и Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), както и Internet Service Provider Association (ISPA), а също така Кралство Белгия, Чешката република, Кралство Нидерландия, Република Полша, Република Финландия и Европейската комисия представят писмени становища.

28. Съдът изслушва представителите на Scarlet, Sabam, ISPA, както и представителите на Кралство Белгия, Чешката

република, Италианската република, Кралство Нидерландия, Република Полша и представителя на Европейската комисия в съдебно заседание, проведено на 13 януари 2011 г.

IV — Анализ

A — Предварителни бележки

1. Преформулиране на първия въпрос: ЕКПЧ и Хартата

29. Запитващата юрисдикция посочва, че първият преюдициален въпрос се отнася до тълкуването на редица разпоредби на вторичното право на Съюза „с оглед на членове 8 и 10 от ЕКПЧ“. По този начин тя несъмнено може да се опре на член 6, параграф 3 ДЕС, по силата на който „[о]сновните права, както са гарантирани от [ЕКПЧ] [...], са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи“. Във връзка с това са необходими обаче някои предварителни бележки, които ще ни доведат до преформулиране на въпроса в случая.

30. На първо място, същият член 6 ДЕС започва с уточнение в параграф 1, първа алинея, че Хартата „има същата юридическа сила като Договорите“, както Съдът не пропуска да подчертае в най-новата си съдебна практика¹⁷. Така, след като определените в Хартата права, свободи и принципи сами по себе си имат юридическа сила, която освен това е и от първи порядък, прибягването към посочените общи принципи, доколкото първите могат да се приравнят към вторите, вече не е така необходимо. Това е първият елемент в подкрепа на разглеждането на въпроса с оглед на разпоредбите на Хартата, а не с оглед на разпоредбите на ЕКПЧ, *ceteris paribus*¹⁸.

31. По-нататък, член 52, параграф 3 от Хартата предвижда, че „[д]околкото [тя] съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от [ЕКПЧ], техният смисъл и обхват са същите като дадените им в посочената Конвенция“, като се уточнява, че „[т]ази разпоредба не пречи правото на Съюза да предоставя по-широка

17 — Вж. по-специално измежду най-новите Решение от 14 октомври 2010 г. по дело Fuß (C-243/09, точка 66), Решение от 9 ноември 2010 г. по дело Volker und Markus Schecke и Eifert (C-92/09 и C-93/09, точка 45 и сл.) и Решение по дело В и D (C-57/09 и C-101/09, точка 78), Решение от 12 ноември 2010 г. по дело Asparuhov Estov (C-339/10, точка 12), Решение от 23 ноември 2010 г. по дело Tsakouridis (C-145/09, точка 52), Решение от 22 декември 2010 г. по дело DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, точка 30, Решение по дело Sayn-Wittgenstein (C-208/09, точка 52), Решение по дело Gavieiro Gavieiro и Iglesias Torres (C-444/09 и C-456/09, точка 75), Решение по дело Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU) и Решение от 1 март 2011 г. по дело Association Belge des Consommateurs Test-Achats и др. (C-236/09, точка 16).

18 — Вж. също в този смисъл заключението на генералния адвокат Bot от 5 април 2011 г. по дело C-108/10, Scattolon.

защита¹⁹. В обстоятелствата на делото по главното производство обаче гарантираните в член 8 от ЕКПЧ права „съответстват“ по смисъла на член 52, параграф 3 от Хартата на гарантираните в член 7 („защита на личния и семейния живот“) и в член 8 („защита на личните данни“) от Хартата права, също както гарантираните в член 10 от ЕКПЧ права „съответстват“ на гарантираните в член 11 от Хартата права („свобода на изразяване на мнение и свобода на информация“) независимо от съответни различия в употребените формулировки и използваните понятия²⁰.

правата и свободите“ на редица условия. Самият термин „ограничаване“ на свой ред съответства на термините „намеса“, използван в член 8 от ЕКПЧ, и „ограничение“, използван в член 10 от ЕКПЧ, разпоредби, в които се изброяват различни условия, които също до голяма степен съответстват на условията, поставени в член 52, параграф 1 от Хартата и чието тълкуване от Европейския съд по правата на човека следва да се вземе предвид от Съда²¹. Доколкото обаче в тези условия би имало различия, според мен е ясно, че е необходимо да се даде самостоятелно тълкуване на разпоредбите на Хартата²².

32. Накрая, важно е да се посочи, че разпоредбите на ЕКПЧ, които разрешават при определени условия мерки, ограничаващи така гарантираните права и свободи, по-конкретно член 8, параграф 2 и член 10, параграф 2 от нея, също намират съответствие при леко отличаваща се формулировка в една хоризонтална разпоредба на Хартата, обща за цялата съвкупност от права и свободи, които тя гарантира, а именно, параграф 1 от нейния член 52, озаглавен „Обхват и тълкуване на правата и принципите“.

33. Последната разпоредба подчинява „[в] сяко ограничаване на упражняването на

34. Като следствие от това и при изразените по-горе резерви предлагам въпросът на запитващата юрисдикция да се измени така, че посочването на членове 8 и 10 от ЕКПЧ да се замени с позоваване на „членове 7, 8 и 11 от Хартата във връзка с член 52, параграф 1 от нея, тълкувани, доколкото е необходимо, с оглед на членове 8 и 10 от ЕКПЧ“.

19 — Вж. Решение от 5 октомври 2010 г. по дело McB., C-400/10 PPU, точка 53 и Решение по дело DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft, точка 35.

20 — Вж. също в това отношение разясненията, изготвени, за да направляват тълкуването на Хартата, които са посочени в член 52, параграф 7, и в частност разясненията по член 7, член 8, член 11 и член 52 от Хартата.

21 — Както припомня Съдът в точка 35 от Решение по дело DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft, посочено по-горе, „съдържанието и обхватът на гарантираните права се определят не само от текста на ЕКПЧ, но по-специално и от практиката на Европейския съд по правата на човека“ в съответствие с разясненията, изготвени, за да направляват тълкуването на Хартата, посочени в член 52, параграф 7 от нея.

22 — Вж. във връзка с това моето заключение от 1 март 2011 г. по дело Samba Diouf (C-69/10, точка 42).

2. Структура на отговора

35. Scarlet и ISPA, както и белгийското, чешкото, италианското, нидерландското, полското и финландското правителство като цяло смятат, въз основа на задълбочен анализ на релевантните разпоредби, но при различия в подхода към проблема, че правото на Съюза не допуска мярка като исканата. Комисията, от своя страна, смята, че макар и посочените директиви сами по себе си да допускат въвеждане на система за филтриране и блокиране като изискваната, конкретните условия за нейното прилагане обаче не съответстват на принципа на пропорционалност. Така тя по същество преценява, че в крайна сметка националната първоинстанционна юрисдикция не е зачела изискванията, произтичащи от принципа на пропорционалност, а не може да се направи никакъв упрек по отношение на самите национални правни разпоредби.

36. Наистина, във връзка с това следва да се припомни, че съгласно член 52, параграф 1 от Хартата всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите трябва да се извършва, освен при други условия, при спазване на принципа на пропорционалност. Спазването на принципа на пропорционалност без никакво съмнение се налага, когато възниква въпросът за ограничение по смисъла на тази разпоредба, тоест, не само на етапа на налагането на такова *in concreto* от съда, което именно е

и предметът на втория въпрос, а също и предварително, на етапа на определянето му *in abstracto* и формулирането от законодателя. По мое мнение по този аспект от проблема липсват доводи на Комисията.

37. Във всички случаи е несъмнено, че макар и самият „закон“ да трябва да бъде подложен на контрол за пропорционалност, последният може да се осъществи едва след евентуалното установяване на самото „съществуване“ на този закон. В това отношение не е случайно, че първото от признатите в Хартата условия за всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, определени в член 52, параграф 1 от нея, е то да бъде „предвидено в закон“. Оказва се обаче, че като поставя въпроса дали разглежданата мярка може да бъде приета „единствено въз основа на законната разпоредба“, която посочва, запитващата юрисдикция ни приканва на първо място да разгледаме спазването на това първо условие. По мое мнение този аспект от въпроса не може да бъде пренебрегнат и се поставя преди всичко друго²³. Действително при липсата на „закон“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата не би имало основание да се разглеждат последователно условията, на които е подчинено всяко ограничаване на упражняването на признатите от Хартата права и свободи, и по-специално условието за пропорционалност. Макар и Съдът рядко да е имал повод да си поставя въпроси по

23 — Именно такъв е смисълът на въпроса, който зададох подробно в съдебното заседание на различните участници.

това условие²⁴, то все пак е общо за членове 8 и 10 от ЕКПЧ и отдавна е дало основание за богата практика на Европейския съд по правата на човека, поради което ще трябва да се обърнем специално към тази съдебна практика, за да дадем пълен и най-вече полезен отговор на запитващата юрисдикция.

отрицателен отговор, няма да има основания за разглеждане на втория въпрос²⁵.

3. Подход в четири етапа

38. Cour d'appel de Bruxelles формулира своето преюдициално запитване под формата на два въпроса, вторият от които, свързан със зачитането от националните юрисдикции на принципа на пропорционалност, е поставен само при условията на евентуалност, в случая при положителен отговор на Съда на първия въпрос. Съгласно моята хипотеза, доколкото считам, че на първия въпрос следва да се даде

39. Като се има предвид това, самата забележително богата и точна формулировка на първия преюдициален въпрос ще ми даде възможност да развия разсъжденията си, като пряко се опирам на различните елементи, от които тя се състои. За тази цел възнамерявам да представя разсъжденията си в четири етапа.

40. На първо място, ще трябва подробно да се разгледат естеството и характеристиките на мярката, чието приемане или по-точно чието потвърждаване или отхвърляне при обжалване е поискано от запитващата юрисдикция, в случая — въвеждането на система за филтриране и блокиране, като се разграничат характеристиките на исканата мярка, тоест на самото разпореждане за преустановяване, и тези на неговото съдържание. Би трябвало анализът на тази мярка вече да ми позволи да предложи принципен отговор на поставения въпрос, най-малкото от гледна точка на правата и интересите на Scarlet. Тъй като обаче от мен се иска основно да предложи отговор на поставения въпрос от гледна точка на основните права на ползвателите на услугите на Scarlet и в

24 — За обикновени „посочвания“ на условието вж. специално Решение от 21 септември 1989 г. по дело Hoechst/Комисия (46/87 и 227/88, Recueil, стр. 2859, точка 19), Решение от 17 октомври 1989 г. по дело Dow Benelux/Комисия (85/87, Recueil, стр. 3137, точка 30 и сл.), Решение от 26 юни 1997 г. по дело Familiapress (C-368/95, Recueil 1997, стр. I-3689, точка 26), Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279, точка 42) и Решение от 1 юли 2010 г. по дело Knauf Gips/Комисия (C-407/08 P, Сборник, стр. I-6375, точка 91); за „контрол“ на условието вж. Решение по дело Volker und Markus Schecke и Eifert, посочено по-горе, точка 66). Вж. също заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело Promusicae, точка 53.

25 — Поради това по-нататък ще се позовавам на преюдициалния въпрос в единствено число.

по-широк план — на интернет ползвателите, моето разглеждане трябва да продължи по-подробно в тази перспектива.

41. На основата на този анализ следователно ще бъде възможно, на второ място, да се разгледа исканата мярка с оглед на различните посочени директиви, и по-специално на релевантните разпоредби от Хартата, тълкувани при необходимост с оглед на съответните разпоредби от ЕКПЧ, посочени от запитващата юрисдикция. Така задълбоченият анализ на разглежданите мерки ще ни позволи да разгледаме мярката в перспективата на предвидените в член 52, параграф 1 от Хартата ограничения на правата и свободите.

42. Тъй като, както ще бъде установено, тази мярка се явява „ограничаване“ на упражняването на признатите от Хартата права и свободи по смисъла на член 52, параграф 1 от нея, на трето място следва да се разгледа при какви условия то би било допустимо, като се обърне внимание най-вече на изискването да бъде „предвидено в закон“. Действително не би трябвало да е необходимо, като се има предвид текстът на преюдициалното запитване и за да му бъде даден полезен отговор, тази мярка да бъде съпоставена с останалите предвидени в тази разпоредба условия.

43. С оглед на тези разсъждения на трето и последно място ще бъде разгледан

въпросът дали от гледна точка на ползвателите на услугите на Scarlet и в по-общ план — на интернет ползвателите, мярка като исканата може да бъде приета единствено въз основа на правните разпоредби на националното право, посочени от запитващата юрисдикция.

Б — Искана мярка (разпореждане за преустановяване) и изисквана „система“ (филтриране и блокиране)

44. Що се отнася до този аспект, запитващата юрисдикция поставя по същество въпроса дали юрисдикция на държава членка може „да разпорежи на [ДИУ] да въведе за всички свои клиенти, in abstracto и превантивно, на [свои] собствени разноски и без ограничение във времето, система за филтриране на всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени, пренасяни посредством предлаганите от него услуги, по-специално чрез използването на софтуери [„peer-to-peer“], с цел да се идентифицира в неговата мрежа движението на електронни файлове, съдържащи музикално, кинематографско или аудио-визуално произведение, върху което ищецът твърди, че притежава права, и да се блокира впоследствие пренасянето на тези произведения в момента, в който те се заявяват, или в момента, в който те се изпращат“, всичко това под формата на разпореждане за преустановяване.

45. Като се основавам на използваните в тази част от въпроса думи и изрази, ще разгледам характеристиките както на самата система за филтриране и блокиране, така и на исканата мярка за постановяване на разреждане.

1. Система за филтриране и блокиране

46. „Системата“, която трябва да се въведе, е двойна. Тя трябва, на първо място, да гарантира филтриране на всички съобщения на данни, пренасяни посредством мрежата на Scarlet, за да се открият или, с други думи, да се отделят онези, които предполагат нарушаване на авторско право²⁶. Въз основа на това филтриране системата трябва, на второ място, да гарантира блокиране на съобщенията, които предполагат действително нарушаване на авторското право, било „в момента, в който те се заявяват“, или „в момента, в който те се изпращат“²⁷. Доколкото ефективността на системата за филтриране е условие за ефективност на механизма за блокиране, тези две операции, макар и тясно свързани, се оказват с много различно естество и следователно имат различни последици.

²⁶ — Наричано по-нататък „система за филтриране“.

²⁷ — Наричано по-нататък „механизъм за блокиране“.

а) Механизъм за „филтриране“

47. Запитващата юрисдикция посочва, че исканата мярка би наложила на Scarlet, на първо място, въвеждане по отношение на всички негови клиенти на система за филтриране на всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени, пренасяни посредством предлаганите от него услуги, по-специално чрез използването на софтуери „peer-to-peer“. Тя уточнява, че преследваната с това филтриране цел е „да се идентифицира [...] движението на електронни файлове, съдържащи музикално, кинематографско или аудио-визуално произведение, върху което [Sabam] твърди, че притежава права“.

48. Предметът на контрола е определен именно като възможност за филтриране на получените и изпратени електронни съобщения, пренасяни посредством услугата на Scarlet. Самото това филтриране трябва да позволи да се идентифицират „електронните файлове“, изпратени и получени от абонатите на услугите на Scarlet, за които се предполага, че нарушават авторско право или сродни права. Следователно контролът, който трябва да бъде въведен и който по този начин включва фаза на филтриране и фаза на идентифициране, е определен основно от резултатите, до които трябва да доведе във връзка с целта за блокиране на файловете, открити като нарушаващи право върху интелектуална собственост. Той също така трябва да може да се адаптира към технологичното развитие.

За да бъде ефективен, той трябва да бъде едновременно системен, всеобщ и подлежащ на развитие²⁸.

49. Трябва да се посочи, че нито запитващата юрисдикция, нито Sabam не дават никакви указания относно конкретните условия, в съответствие с които този контрол може или трябва да бъде извършван, нито по отношение на техниките на филтриране, нито по отношение на начините за идентифициране на файловете, които

предполагаемо са пиратски²⁹. По-специално Съдът не разполага с никакви уточнения нито във връзка с интензивността, нито във връзка със задълбочеността на контрола, който трябва да се извършва.

50. Макар и да е необходимо да се припомни във връзка с това, че не е задача на Съда, а единствено на запитващата юрисдикция, ако е необходимо, да разглежда техническите аспекти на този въпрос³⁰, все пак е важно да се уточни, че естеството на филтрирането, което трябва да се

28 — В писменото си становище обаче Sabam подчертава, че исканата мярка е насочена само към „peer-to-peer“ съобщенията. Изразът „peer-to-peer“ („равен към равен“) означава метод за комуникация, съгласно който компютри, свързани в мрежа по пряка линия, обменят с помощта на софтуери, използващи специфични протоколи, данни, които могат да бъдат файлове (посоченото в настоящото дело „file sharing“ (споделяне на файлове), но също например и телефонни услуги като Skype. Като примери могат да се посочат следните протоколи и софтуери за споделяне на файлове: BitTorrent (Azoreus, BitComet, Shareaza, MlDonkey...), eDonkey (eDonkey2000, MlDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MlDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MlDonkey...), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MlDonkey...), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MlDonkey); за по-подробно представяне на „peer-to-peer“ вж. по-специално Stevens, R. Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, юли 2010 г. (на сайта на Оксфордския университет, Information and Communications Technology <<http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>>). Sabam уточнява, че мярката е предназначена „да направи невъзможна всякаква форма на изпращане или приемане [...] с помощта на софтуери „peer-to-peer“ на електронни файлове, възпроизвеждащи музикално произведение от репертоара на Sabam“. Задача на запитващата юрисдикция е да определи какво точно е положението, и по-специално дали системата трябва също така да се адаптира към алтернативните на „peer-to-peer“ начини за обмен на файлове, като например streaming (поток от данни) и direct download (пряко сваляне, например през RapidShare, MegaUpload). Съдът, обвързан от текста на отговорения към него преюдициален въпрос и мотивите на акта за преюдициално запитване, трябва да търгне от принципите, че изискваната система за филтриране и за блокиране е насочена „по-специално“, а следователно не изключително към съобщенията, осъществени чрез софтуери „peer-to-peer“.

29 — Това е неизбежно следствие от защитаването от Sabam принцип на „технологична неутралност“, по силата на който исканата мярка не налага на Scarlet възприемане на конкретна технология.

30 — С цялата наложителна за неспециалисти предпазливост изглежда, че въвеждането на система за филтриране и блокиране може да се основава на няколко механизма за откриване. Могат да се разграничат: 1) откриване на използвания мрежов протокол: тъй като всеки „peer-to-peer“ протокол има свои собствени механизми за управление на мрежата и координиране на разпределението на трафика, възможно е да се въведат филтри, които да търсят във всеки IP пакет присъщия за всеки протокол отпечатък (подпис). По-нататък е възможно, след като подписът стане известен, да се блокират или съществено да се забавят с възпираща цел всички съобщения, използващи този протокол, или да се използват възможностите за задълбочен контрол на съдържанието на файловете, така че да се блокират само определените като нарушаващи право; 2) откриване на съдържанието на обменяните файлове: този вид система може да открие предварително поставен в даден файл информационен белег или да сравни информационния отпечатък на даден файл с предварително определените отпечатъци на произведението. Посочената в акта за преюдициално запитване система „CorySense“ на Audible Magic е от този тип; 3) откриване на поведението на участниците в спорната комуникация: откриване на комуникационните портове, откриване на отварянето от компютър сървър/клиент на няколко съединения с няколко други клиенти; откриване на заявките за търсене/прехвърляне на файлове или дори откриване на криптирането на обмена като показател за опит да се заобиколят мерките за откриване. За преглед на различните възможни техники срв. например доклада „Kahn-Brugidou“ от 9 март 2005 г. и доклада „Olivennes“ за развитието и закрита на културните произведения в новите мрежи от 23 ноември 2007 г., вдъхновил посочения по-горе закон „Hadopi“.

извърши, очевидно не е лишено от въздействия в правно отношение³¹.

б) Механизъм за „блокиране“

51. Запитващата юрисдикция посочва, че механизмът за блокиране трябва да може да се задейства било „в момента, в който се изпращат“, било „в момента, в който се заявяват“ файловете, но не дава никакво допълнително уточнение за *modus operandi* на подобен механизъм. Sabam подчертава идеята, според която необходимият механизъм се определя основно от своето предназначение, от способността си „да направи невъзможна всякаква форма на изпращане или приемане от нейните клиенти посредством софтуер „peer-to-peer“ на електронни файлове, възпроизвеждащи музикално произведение от репертоара на Sabam“. То уточнява, че целта е да се попречи на предаването на определени данни с изпращането на съобщения, наречени „time out“, които посочват невъзможност да се извърши предаването.

52. В действителност³² е невъзможно да се опише конкретният начин на

31 — Независимо от защитавания от Sabam принцип на технологична неутралност изборът на системата, която да бъде въведена, също не е неутрален в технологично отношение. Така например може разумно да се смята, че система за филтриране по съдържание на всички съобщения по всяка вероятност ще има по-съществено въздействие върху комуникационната мрежа, отколкото филтриране само на обменените файлове по протокол, чийто подпис е идентифициран.

32 — Това е пряко следствие от отстояваната от Sabam идея за технологична неутралност.

функциониране, *modus operandi*, на системата за филтриране и на механизма за блокиране, чието въвеждане би наложила исканата мярка. Обхватът на изискваното филтриране, тоест съвкупността от засегнатите от контрола лица, засегнатите от контрола съобщения и интензивността на изисквания контрол, е едновременно твърде общ и отчасти неопределен. Следователно нито неговото конкретно въздействие върху обмена на данни, нито общата му икономическа цена, по-специално разходите за инсталиране и разходите за поддръжка, не могат да бъдат определени *a priori*.

2. Характеристики на мярката за постановяване на разпореждане

53. Естеството и основните характеристики на изискваната система за филтриране и блокиране, както са описани, имат пряко въздействие върху самото естество на исканата от юрисдикцията мярка. Твърде общият обхват на системата, която трябва да бъде внедрена, води до това, че самите приложни полета *ratione personae* и *ratione materiae* на исканата мярка под формата на разпореждане имат по необходимост общ характер също като приложното ѝ поле *ratione temporis*, както уточнява запитващата юрисдикция.

54. Исканата мярка притежава и други характеристики, които е важно да бъдат изтъкнати. Тя би наложила превантивно на Scarlet задължение за резултат под страх

от периодична имуществена санкция, от една страна, и би разпределила за негова сметка разходите за въвеждане на система за филтриране и блокиране, от друга. Следователно тази мярка се определя и чрез своята основна цел, която е да се делегира на ДИУ правната и икономическа отговорност за борбата срещу незаконното изтегляне на пиратски копия на произведения от интернет. Нека да ги разгледаме по-подробно.

а) „без ограничение във времето“: приложно поле *ratione temporis* на мярката

55. Запитващата юрисдикция уточнява, че мярката е искана „без ограничение във времето“. От своя страна, Sabam потвърждава в писменото си становище, че исканото разпореждане не би трябвало да бъде предмет на ограничение във времето, различно от присъщото на продължителността на самото авторско право. То също така набляга върху развиващото се измерение на мярката, която трябва да бъде съобразена с технологичното развитие и следователно трябва да може да бъде адаптирана.

56. Така исканата мярка би наложила на Scarlet и както ще видим — в по-общ план на ДИУ изобщо, едновременно постоянно и вечно задължение за търсене, изпробване, въвеждане и актуализиране на система за филтриране и за блокиране, определена

изключително спрямо ефективността на резултатите си с оглед на преследваната цел за защита на правата върху интелектуална собственост.

б) „всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени“: приложно поле *ratione materiae* на мярката

57. Както видяхме, съобщенията, подложени на филтриране и при необходимост — на блокиране, не са предмет на никаква спецификация. Не е възможно да се определи дали проверките трябва да засягат всички съобщения, или само съобщенията, осъществявани чрез софтуери „peer-to-peer“, но все пак става ясно, че за да доведе до ефективни резултати, контролът, който трябва да се въведе, следва да бъде едновременно системен и всеобщ.

58. Следователно исканата мярка, представена като обикновено разпореждане, насочено спрямо ДИУ в рамките на гражданско производство за установяване и санкциониране на нарушение на права върху интелектуална собственост, както и за обезщетяване на последвалите от това вреди, всъщност е насочена към постоянното и вечно въвеждане на системна и универсална система за филтриране на всички електронни съобщения, пренасяни посредством услугата на посочения ДИУ.

в) „за всички свои клиенти“: приложно поле *ratione personae* на мярката

авторското право да е било предварително и конкретно индивидуализирано.

59. Системата, която трябва да бъде въведена, е предназначена — като пряко следствие от контрола за универсалност на филтрирането на съобщенията — да прехваща поведението на всички ползватели на услугите на посочения ДИУ, а не само на неговите абонати. Както уточнява Sabam в писменото си изявление, не е важно дали съобщението излиза от или е предназначено за клиент на ДИУ. За да бъде ефективна, системата трябва да функционира, както е посочено в самия текст на преюдициалния въпрос, без лицата, за които се предполага, че са в основата на извършените нарушения на авторското право, да бъдат предварително индивидуализирани и независимо от каквото и да било договорно отношение между посочените лица и ДИУ.

60. Системата, която трябва да бъде въведена, следва да може да блокира изпращането от всеки абониран за Scarlet интернет ползвател до всеки друг интернет ползвател, независимо дали последният е абонат на Scarlet, на всички файлове, за които се предполага, че нарушават авторско право, чието управление, събиране и защита осигурява Sabam. Тя обаче трябва и да може да блокира приемането от всеки абониран за Scarlet интернет ползвател на всички файлове, които нарушават авторското право и произхождат от който и да е друг интернет ползвател, независимо дали последният е абонат на Scarlet. Системата трябва да позволява блокиране на всеки файл, чието съдържание влиза в репертоара на Sabam, без нарушението на

61. Освен това непременно трябва да бъде изтъкнато още едно измерение на твърде големия обхват на исканата мярка. Макар и да е ясно, че спорът по главното производство тук противопоставя само Sabam и Scarlet, от акта за преюдициално запитване и от писмените изявления на различните встъпили страни следва, че обхватът на спора по необходимост надхвърля интересите на страните по главното производство. Бъдещото решение на спора по главното производство несъмнено е предназначено да бъде разширено и генерализирано не само за всички ДИУ, но и в по-широк план за други важни интернет участници³³, не само в държавата членка по произход на преюдициалните въпроси, но и за всички държави членки или дори и отвъд тях³⁴. Всъщност запитващата юрисдикция действително иска от Съда, както вече подчертах, да се установи дали правото на Съюза допуска да ѝ бъде признато правомощие за постановяване на мярка като исканата и в по-широк смисъл, дали то допуска притежателите на права да могат да засилят своята борба срещу незаконното изтегляне, като умножават

33 — Впрочем Съдът е сезиран с идентичен преюдициален въпрос в рамките на друг спор между Sabam и платформата на социална мрежа Netlog; вж. дело Sabam (C-360/10), висящо пред Съда (ОВ С 288, 23 октомври 2010 г., стр. 18).

34 — Действително решенията на белгийските юрисдикции по това дело получиха съществен отзвук отвъд границите на Европа, както може да се установи с бързо търсене в интернет.

подобни искове във всички държави членки и отвъд тях³⁵.

62. Следователно исканата мярка, представена като разпореждане, насочено спрямо определено юридическо лице, и която му налага да въведе система за филтриране и блокиране, в действителност е предназначена да засегне трайно неопределен брой юридически или физически лица, ДИУ или интернет ползватели, доставчици на услуги за информационното общество и ползватели на тези услуги.

г) „in abstracto и превантивно“: превантивна и възпираща функция на исканата мярка

63. Запитващата юрисдикция изрично посочва, че от нея се иска да наложи на Scarlet исканата мярка „in abstracto“ и „превантивно“, без обаче да уточни какво точно има предвид с тези изрази. Може обаче да се предполога, че исканата мярка няма за предмет да наложи на ДИУ задължение

за действие, основано на установяване in concreto от юрисдикция и в рамките на граждански иск на действително нарушение или на риск от предстоящо нарушение на авторско право или сродни права. Така последната е замислена като едновременно превантивна и възпираща мярка³⁶.

д) „на свои разходи“: тежестта на разходите, свързани с изпълнението на исканата мярка

64. Накрая запитващата юрисдикция уточнява, че разходите за въвеждане на исканата система за филтриране и блокиране трябва да се поемат от доставчика. От тази гледна точка разглежданата мярка има като последица прехвърляне върху Scarlet на несъмнено значителната тежест на разходите, присъщи на завеждането на граждански производства, каквито обичайно трябва да завеждат притежателите на авторски права или сродни права или техните правоприменници за установяване,

35 — Изобщо не е необходимо да се изтъкват съществените преимущества, които би имало за притежателите на права или техните правоприменници, и по-специално за ангажираните в борбата срещу нелегалното сваляне дружества за колективно управление на права, всеобщото въвеждане на системи за филтриране и блокиране, ако се предположи, че те могат да бъдат действително ефективни, преди всичко в процесуално и имуществено отношение, спрямо стратегия, изразяваща се в искане по съдебен път на съдействието на ДИУ за откриване и регистриране на извършителите на нарушения, за да може след това срещу тях да бъдат започнати преследвания.

36 — Във връзка с това Sabam уточнява, че не възнамерява да привлече Scarlet като извършителя или носещ отговорност за нарушаванията на интелектуалната собственост, а да го възпре да предоставя услугите си на трети лица, доколкото последните ги използват, за да нарушават авторско право или сродни права. Важно е обаче да се припомни в тази връзка, че в първоинстанционното производство срещу Scarlet са постановени разпореждане за преустановяване и периодична имуществена санкция, които са предмет на обжалване по главното производство, и че Sabam иска потвърждаване на съдебните актове в първоинстанционното производство, както и превод и публикуване на бъдещото решение на сайта и в няколко вестника.

за санкциониране и ако е необходимо, за обезщетяване за нарушенията на посочените права.

65. Освен това прякото икономическо въздействие на разглежданата мярка³⁷, което не е било и всъщност не може да бъде³⁸ предмет на каквато и да било оценка, е утежнено и от периодичните имуществени санкции, които могат да придружават исканата мярка, и по-специално санкцията за закъснение при въвеждането на системата за филтриране и блокиране.

3. Междинно заключение

66. От изложеното дотук следва, че като налага на ДИУ въвеждане на система за филтриране и блокиране като описаната по-горе, исканата мярка всъщност се явява като ново „задължение“ от общ характер, предназначено с времето да бъде разширено трайно спрямо всички ДИУ.

37 — Експертът, към който се обръща председателят на Първоинстанционния съд в Брюксел, подчертава този аспект на въпроса. Вж. точки 4 и 5 от заключенията в неговия доклад от 29 януари 2007 г., посочени в акта за преюдициално запитване и възпроизведени по-горе в точка 21.

38 — Още веднъж, защитаваният от Sabam принцип на технологична неутралност предполага, че е невъзможно предварително да се преценят общите разходи за въвеждане на такава система за филтриране и блокиране, независимо дали става въпрос за разходи, свързани с изследвания и тестове на самата система, инвестиционни разходи (кутии за филтриране, маршрутизатори...), разходи за инженеринг и управление на проекта или още повтарящи се разходи за поддръжка и оперативен контрол.

Тя не притежава сама по себе си характеристиките конкретност и индивидуализация, които обичайно се очакват от всеки отговор или реакция на предполагаемо конкретно и определено поведение. Като реакция на повече или по-малко индивидуализирани нарушения на права върху интелектуална собственост от запитващата юрисдикция се иска да приеме мярка, която, ще повторя, по самото си естество може да бъде единствено обща във всяко едно отношение: личностно, пространствено и времево.

67. Ще посоча тук, че от тази гледна точка и ако въпросът на запитващата юрисдикция трябваше да бъде разгледан единствено в перспективата на правата и интересите на Scarlet, то на него би могло да се даде отрицателен отговор в приложение на принципа на законност в неговия най-общ смисъл. Действително, както подчертава Съдът в Решение по дело Hoeschst/Комисия, посочено по-горе³⁹, „намесата на публичната власт в сферата на частната дейност на лицата, независимо дали са физически или юридически лица, трябва да има законно основание и да се обосновава с предвидени в закона причини“. Това изискване за защита, признато като общ принцип на правото на Съюза, е следствие от принципите на законност и на правна сигурност, които от своя страна произтичат от идеята

39 — Точка 19.

за правовата държава⁴⁰. Така Съдът многократно се е произнасял, че принципът на правната сигурност изисква правна уредба, която налага разходи на данъкоплатците⁴¹, има неблагоприятни последици по отношение на частноправните субекти⁴² или налага ограничителни мерки, засягащи в значителна степен правата и свободите на посочените лица⁴³, да бъде ясна и точна, така че съответните лица да могат да се запознаят по недвусмислен начин със

своите права и задължения и да действат съобразно с тях⁴⁴. Както обаче ще покаже подробно по-долу⁴⁵, като се съсредоточава върху перспективата на ползвателите на услугите на Scarlet и в по-широк план върху интернет ползвателите, националната законова разпоредба, на чието основание може да бъде прието наложеното на Scarlet задължение, не съответства, освен на други, на тези изисквания.

40 — Едва ли има нужда да се припомня, че съгласно член 2 ДЕС Съюзът се основава на ценностите, по-специално на правовата държава, а Съдът отдавна е утвърдил в своята практика идеята за „правова общност“; вж. по-специално Решение от 23 април 1986 г. по дело Зелени/Парламент (294/83, Recueil, стр. 1339, точка 23) и Решение от 3 септември 2008 г. по дело Kadi и Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия (С-402/05 P и С-415/05 P, Recueil, стр. I-6351, точка 281). По тези въпроси и с всички резерви, с които следва да се придружава използването на национални понятия в правото на Съюза, вж. по-специално Callies, С. et M. Ruffert. EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar. Beck, 2007, р. 62; Schwarze, J. Droit administratif européen, Bruylant 2009, р. 219 sq.; Azouli, L. Le principe de légalité. — In: Auby, J.-B. et J. Duthel de la Rochère. Droit administratif européen. Bruylant 2007, р. 394, и по-специално р. 399; Simon, D. La Communauté de droit. — In: Sudre, F. et H. Labayle. Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux. Bruylant, 2000, р. 85, по-специално р. 117 sq.

41 — Вж. Решение от 9 юли 1981 г. по дело Gondrand и Garancini (169/80, Recueil, стр. 1931, точка 17), Решение от 22 февруари 1989 г. по дело Комисия/Франция и Обединено кралство (92/87 и 93/87, Recueil, стр. 405, точка 22), Решение от 13 февруари 1996 г. по дело Van Es Douane Agenten (С-143/93, Recueil, стр. I-431, точка 27), Решение от 17 юли 1997 г. по дело National Farmers' Union и др. (С-354/95, Recueil, стр. I-4559, точка 57), Решение от 16 октомври 1997 г. по дело Banque Indosuez и др. (С-177/96, Recueil, стр. I-5659, точка 27), Решение от 23 септември 2003 г. по дело BGL (С-78/01, Recueil, стр. I-9543, точка 71) и Решение от 20 ноември 1997 г. по дело Wiener SI (С-338/95, Recueil, стр. I-6495, точка 19).

42 — Вж. напр. Решение от 7 юни 2005 г. по дело VEMW и др. (С-17/03, Recueil, стр. I-4983, точка 80), Решение от 14 януари 2010 г. по дело Stadt Papenburg (С-226/08, Сборник, стр. I-131, точка 45), Решение от 14 септември 2010 г. по дело Akzo Nobel Chemicals и Akros Chemicals/Комисия и др. (С-550/07 P, Сборник, стр. I-8301, точка 100) и Решение от 2 декември 2010 г. по дело Jakubowska (С-225/09, Сборник, стр. I-12329, точка 42).

43 — Решение от 29 април 2010 г. по дело М и др. (С-340/08, Сборник, стр. I-3913, точка 65).

68. Освен това и съгласно подхода, с основание защитаван по-специално от Комисията, става достатъчно ясно, че липсва съотношение на пропорционалност между изтъкваното нарушаване на правата върху интелектуална собственост и исканата мярка. Според мен обаче основният поставен въпрос не е този. Въпросът, който се поставя, е дали това ново „задължение“ за въвеждане на система за филтриране и блокиране с описаните по-горе характеристики може, като се има предвид въздействието му върху основните права на ползвателите на услуги на посочения ДИУ, а именно интернет ползвателите, да бъде наложено на ДИУ под формата на

44 — Вж. също Решение от 30 януари 1985 г. по дело Комисия/Дания (143/83, Recueil, стр. 427, точка 10), Решение от 21 юни 1988 по дело Комисия/Италия (257/86, Recueil, стр. 3249, точка 12), Решение от 16 юни 1993 г. по дело Франция/Комисия (С-325/91, Recueil, стр. I-3283, точка 26), Решение от 1 октомври 2009 г. по дело Комисия/Съвет (С-370/07, Сборник, стр. I-8917, точка 39), Решение от 11 ноември 2010 г. по дело Grootes (С-152/09, Сборник, стр. I-11285, точка 43) и Решение от 22 декември 2010 г. по дело Gowan Comércio (С-77/09, Сборник, стр. I-13533, точка 47). Относно изискването за яснота и точност на мерките за транспониране на директивите вж. по-специално Решение от 20 октомври 2005 г. по дело Комисия/Обединено кралство (С-6/04, Recueil, стр. I-9017, точка 21), Решение от 10 май 2007 г. по дело Комисия/Австрия (С-508/04, Recueil, стр. I-3787, точка 73) и Решение от 3 март 2011 г. по дело Комисия/Ирландия (С-50/09, Сборник, стр. I-873, точка 46).

45 — Вж. по-долу в раздел Д, точка 101 и сл.

разпореждане и на правно основание, което предстои да разгледам.

В — Квалифициране на мярката с оглед на директивите и на членове 7, 8 и 11 от Хартата: „ограничаване“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата

69. Преюдициалният въпрос се отнася до тълкуването от Съда на „Директива 2001/29 и Директива 2004/48, във връзка с Директива 95/46, Директива 2000/31 и Директива 2002/58, тълкувани по-специално с оглед на членове [7, 8, 11 и член 52, параграф 1 от Хартата]“. По същество трябва да се определи дали, като се има предвид съществуващото национално законодателство, тази нормативна съвкупност, съставена от първично и вторично право на Съюза, дава на юрисдикциите на държавите членки възможност да постановяват с разпореждане мярка като описаната по-горе. Същевременно делото по главното производство следва да бъде разглеждано преди всичко с оглед на първичното право, а вторичното право да бъде тълкувано, тъй като, както ще видим, гарантираните от членове 7, 8 и 11 от Хартата права и свободи са пряко засегнати от въпросната мярка. Това твърдение изисква някои предварителни бележки.

70. Тук е важно да се припомни, че посочените във въпроса директиви образуват правната рамка, в която се очаква да се

впише постановяването на исканата мярка⁴⁶, като някои смятат, че тези директиви допускат или не пречат за това постановяване, а други, обратно, смятат, че тези директиви не допускат или дори се противопоставят на това постановяване⁴⁷. Тези директиви се позовават по повече или по-малко изричен начин на основните права, гарантирани от ЕКПЧ, а вече и от Хартата⁴⁸. В Решение по дело Promusicae Съдът приема, че при транспониране и прилагане на тези директиви държавите членки трябва да следят за запазване на подходящо равновесие между основните права, за чието гарантиране те допринасят.

71. Както е известно, членове 7, 8 и 11 от Хартата гарантират съответно право на

46 — За сведение член 8, параграф 3 от Директива 2001/29 и член 9, параграф 1, буква а) от Директива 2004/48 налагат на държавите членки двойно задължение за въвеждане на съдебни механизми, които да предотвратяват и санкционират нарушаването на правата върху интелектуална собственост. Член 15, параграф 1 от Директива 2000/31 налага на държавите членки двойно задължение за въздържане от действие: те трябва да не налагат общо задължение на „доставчиците“ да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, нито общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност. Директиви 95/46 и 2002/58 със самия си предмет гарантират правото на защита на личните данни. Член 4 от Директива 2006/24 предвижда, че държавите членки предприемат мерки, за да гарантират, че данните, запазени в съответствие с тази директива, се предоставят само на компетентните национални органи в специфични случаи и в съответствие с националното право.

47 — Вж. във връзка с това заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело Promusicae, в което се разглеждат подробно връзките между различните директиви.

48 — Вж. по-специално съображения 1, 2, 10 и 37 от Директива 95/46/ЕО, съображения 3, 11 и 24 от Директива 2002/58, съображение 9 от Директива 2000/31 и съображения 9 и 25, както и член 4 от Директива 2006/24.

зачитане на личния и семейния живот, право на защита на личните данни, както и свобода на изразяване на мнение и свобода на информация. Не е необходимо да се подчертава, че по настоящото дело са разглеждани и други основни права, а по-специално правото на собственост, гарантирано с член 17, параграф 1 от Хартата, и по-конкретно правото на зачитане на интелектуалната собственост, гарантирано с член 17, параграф 2 от Хартата, чието нарушаване посредством незаконно изтегляне от интернет приема мащабни изменения, които права очевидно са в центъра на спора по главното производство. Същевременно с оглед на исканата мярка и на изискваната система за филтриране и блокиране, както и на текста на поставения въпрос, въпроси възникват най-вече във връзка с гарантираните с членове 7, 8 и 11 от Хартата права, а правото на собственост е засегнато само вторично, доколкото въвеждането на системата трябва да стане изключително за сметка на ДИУ⁴⁹.

72. Именно при тези условия сега следва да се запитаме дали исканата мярка може да бъде квалифицирана като „ограничаване“ на правата и свободите по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата, тълкуван с оглед на член 8, параграф 2 и член 10,

49 — Доколкото системата за филтриране и блокиране трябва да бъде въведена изключително за сметка на ДИУ, посочената мярка може също така да изглежда като „лишаване“ от правото на собственост по смисъла на член 17 от Хартата, тълкуван с оглед на член 1 от Протокол № 1 към ЕКПЧ и релевантната практика на Европейския съд по правата на човека. Този аспект на въпроса няма обаче да бъде разглеждан в настоящото заключение.

параграф 2 от ЕКПЧ. Ако посочената мярка следва да се квалифицира в това си качество като ограничаване⁵⁰, то тогава би трябвало да се провери дали тя съответства на различните условия, поставени от тези разпоредби.

1. „[Т]ълкувани по-специално с оглед на членове 7 и 8 от Хартата“: относно зачитането на личния живот и правото на защита на личните данни

73. Следва да се разгледа последователно исканата мярка като възможно

50 — Или още като „намеса“ по смисъла на член 8 от ЕКПЧ или „ограничение“ по смисъла на член 10 от ЕКПЧ. Относно тези понятия вж. по-специално Ganshof van der Meersch, W. J. *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg*, *Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte*, Festschrift für H. Mosler, Springer, 1983, p. 263; Kiss, C.-A. *Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH*. — In: Turp, D. et G. Beaudoin. *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Yvon Blais, 1986, p. 119; Duarte, B. *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse. Université de Lille II, 2005; Viljanen, J. *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Thesis, University of Tampere, 2003; Loucaides, L. G. *Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights*. *The Finnish Yearbook of International Law*. Vol. 3, p. 334.

ограничаване на правото на защита на личните данни, от една страна, и на правото на опазване на тайната на съобщенията, от друга. Като цяло, както понякога установява Комисията⁵¹, възможността за запазване на анонимност е от основно значение, ако искаме да запазим основните права на личния живот в киберпространството. Същевременно, макар и ясно да се вижда, че Директива 95/46 и Директива 2002/58 следва да се тълкуват с оглед на членове 7 и 8 от Хартата⁵², разглеждани при необходимост с оглед на член 8 от ЕКПЧ⁵³, връзката между правото на защита на личните данни (член 8 от Хартата) и прилагането на исканата система за филтриране и блокиране далеч не е толкова ясна⁵⁴.

а) Защита на личните данни (член 8 от Хартата)

74. Донякъде е трудно да се извърши конкретна оценка на въздействието на системата за филтриране и блокиране върху правото на защита на личните данни. Първата трудност е в идентифицирането на въпросните лични данни, тъй като, освен във връзка с „IP адресите“⁵⁵, тези данни не са ясно идентифицирани. Действително, изискваната от Sabam технологична неутралност предполага, че a priori не е възможно да се определи дали системата, която трябва да бъде въведена, предполага обработка на лични данни. A priori не е възможно да се определи дали тя предполага събиране и определяне на IP адреси.

51 — Съобщение на Комисията до Съвета, Европейския парламент, Икономическия и социален комитет и Комитета на регионите — Създаване на по-сигурно информационно общество чрез укрепване на сигурността на информационните инфраструктури и борба с киберпрестъпността — eЕвропа 2002 (COM(2000) 890 окончателен, по-специално стр. 23).

52 — Вж. във връзка с това по-специално Решение от 20 май 2003 г. по дело Rundfunk (C-465/00, C-138/01 и C-139/01, Recueil, стр. I-4989, точка 68), Решение от 16 декември 2008 г. по дело Satakunnan Markkinapörssi и Satamedia (C-73/07, Recueil, стр. I-9831) и Решение по дело Volker und Markus Schecke, посочено по-горе, точка 56 и сл. Вж. също заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело Promusicae (точка 51 и сл.).

53 — Вж. по-специално съображение 10 от Директива 95/46, съображения 1, 2, 7, 10, 11 и 24, както и член 1, параграф 1 от Директива 2002/58.

54 — Scarlet и ISPA, както и белгийското, чешкото и нидерландското правителство изтъкват по същество, че въвеждането на такава система за филтриране и блокиране би довело до това ДИУ да осъществяват обработка на лични данни в нарушение на разпоредбите на директиви 95/46 и 2002/58. Sabam, полското и финландското правителство и Комисията смятат, обратно, че въвеждането на такава система не противоречи на Директиви 95/46 и 2002/58. За преглед на предвидените от тези директиви забрани за обработка на лични данни вж. по-специално заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело Promusicae (точка 64 и сл.).

75. Втора трудност се крие в определянето дали IP адресите представляват лични данни. До днес Съдът е разглеждал единствено случаи, в които са засягани поименни данни, свързани с IP адреси⁵⁶. Той обаче още никога не е имал повод да разгледа

55 — Scarlet и ISPA смятат, че IP адресът, индивидуален за всеки ползвател на интернет, представлява лични данни, доколкото именно позволява идентифициране на интернет ползвателите. Оттук събирането и определянето на IP адресите на интернет ползвателите, необходими за идентифицирането им и следователно за функционирането на такава система, представлявали обработка на лични данни, каквато директивите не допусkali.

56 — Решение по дело Promusicae, посочено по-горе, точка 45, Определение от 19 февруари 2009 г. по дело LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, C-557/07, Сборник, стр. I-1227.

дали IP адрес като такъв може да се смята за принадлежащ към личните данни⁵⁷.

лични данни по смисъла на член 2, буква а) от посочената директива⁶¹.

76. От своя страна, Европейският надзорен орган по защита на данните е имал повод да посочи⁵⁸, че „извършването на наблюдение върху поведението на потребителите на интернет и събирането на данни за техните IP адреси е равностойно на нарушение на техните права на зачитане на личния им живот и кореспонденцията им“⁵⁹. Създадената с Директива 95/46 група за защита на лицата при обработката на лични данни⁶⁰ също смята, че IP адресите без никакво съмнение представляват

77. Тези позиции съответстват на правната реалност, произтичаща от член 5 от Директива 2006/24/ЕО⁶², който задължава доставчиците на интернет услуги поспециално да запазват определен брой данни за целите на търсене, откриване и преследване на тежки нарушения. Тук се имат предвид по-конкретно, от една страна, „данни, необходими за проследяване и идентифициране на източника на съобщението“, сред които името и адреса на абоната или регистрирания ползвател, на който е бил присвоен IP адрес, и от друга страна, данни, необходими за определяне на „датата и времето на влизането и излизането от услугата за интернет достъп на базата на определена часова зона заедно с IP адреса [...], бил той динамичен или статичен, присвоен на дадено съобщение от доставчика на достъпа до интернет“.

57 — Може да се отбележи, че въпросът се поставя по непряк начин в дело *C-461/10 Bonnier* и др., висящо пред Съда (ОВ С 317, 2010 г., стр. 24), в рамките на което от Съда по същество се иска отговор дали Директива 2006/24 за изменение на Директива 2002/58 изключва прилагането на национална разпоредба, която е приета въз основа на член 8 от Директива 2004/48 и която допуска, с цел да се идентифицира даден абонат, доставчикът на интернет услуги да бъде задължен да предостави на притежателя на авторското право или на неговия представител IP адрес, за който се твърди, че е използван за извършване на нарушението на посоченото право.

58 — Становище на Европейския надзорен орган по защита на данните относно текущите преговори, водени от Европейския съюз за Търговско споразумение за борба с фалшифицирането (АСТА) (ОВ С 147, 2010 г., стр. 1, точка 24); Становище на Европейския надзорен орган по защита на данните от 10 май 2010 г. относно предложението за Директива на Европейския парламент и на Съвета относно борбата със сексуалното малтретиране, сексуалната експлоатация на деца и детската порнография и за отмяна на Рамковото решение 2004/68/ПВР (ОВ С 323, 2010 г., стр. 6, точка 11).

59 — По този повод той се позовава на практиката на Европейския съд по правата на човека, Решение от 26 юни 2006 г. по дело *Weber и Saravia* с/у Германия, жалба № 54934/00, Рес. 2006-XI, и Решение от 1 юли 2008 г. по дело *Liberty и други* с/у Обединеното кралство, жалба № 58243. Необходимо е обаче да се отбележи, че тези две дела не засягат пряко събирането на IP адреси в интернет, а надзора на далекосъобщенията.

60 — Т.нар. „работна група по член 29“.

78. В тази перспектива IP адрес може да се квалифицира като принадлежащ към лични данни, доколкото може да позволи

61 — Вж. по-специално Становище 4/2007 от 20 юни 2007 г. за понятието за лични данни, WP 136, достъпно на адрес <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>>. Вж. още, в по-общ план, Препоръка № 3/97 от 3 декември 1997 г. „Анонимността в интернет“, WP 6, и работния документ, озаглавен „Зачитане на личния живот в интернет — Интегриран европейски подход за защита на данните онлайн“, приет на 21 ноември 2000 г., WP 37, по-специално стр. 22.

62 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006 година за запазване на данни, създадени или обработени, във връзка с предоставянето на обществено достъпни електронни съобщителни услуги или на обществени съобщителни мрежи и за изменение на Директива 2002/58/ЕО (ОВ L 105, стр. 54; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 53, стр. 51).

идентифицирането на лице чрез позоваване на идентификационен номер или на всеки друг свойствен за него елемент⁶³.

на защита на личните данни⁶⁵ в достатъчна степен, за да може да бъде квалифицирана като ограничение по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата.

79. Оттук въпросът, който възниква, е не толкова какъв е правният статут на IP адресите, колкото да се определи при какви условия и за какви цели те могат да бъдат събирани, при какви условия може да се пристъпи към тяхното определяне и произтичащата от тях обработка на личните данни или още при какви условия може да се изисква тяхното събиране и определяне⁶⁴.

б) Тайна на електронните съобщения (член 7 от Хартата)

80. Тук е важно да се вземе предвид, че независимо от посочените по-горе несигурности от технологичен порядък, системата за филтриране и блокиране като изискваната несъмнено може да засегне правото

81. Прилагането на системата за филтриране на електронните съобщения като изискваната също не е без последици за правото на зачитане на кореспонденцията и в по-широк план за гарантираното с член 7 от Хартата право на тайна на съобщенията⁶⁶, тълкувано с оглед на член 8 от ЕКПЧ

63 — Такъв е например подходът на Commission nationale de l'informatique et des libertés [Национална комисия по въпросите на информатиката и свободите] във Франция; вж. разискване № 2007-334 от 8 ноември 2007 г. По тези въпроси вж. напр. González Pascual, M. La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable. — REDE, 2010, No 36, p. 591.

64 — За обхвата на забраната за съхранение и предаване на данни за трафик по смисъла на Директива 2002/58 и изключенията от нея вж. по-специално заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело Promusicae, точка 64 и сл.

65 — Член 11 от Директива 2006/24 добавя параграф 1а към член 15 от Директива 2002/58, съгласно който член 15, параграф 1 от Директива 2002/58 не се прилага по отношение на данни, специално изисквани от Директива 2006/24. Член 4 от Директива 2006/24 гласи всъщност, че „държавите членки предприемат мерки, за да гарантират, че данните, запазени в съответствие с настоящата директива, се предоставят само на компетентните национални органи в специфични случаи и в съответствие с националното право. Процедурите, които трябва да бъдат следвани, и условията, които трябва да бъдат изпълнени, за да се получи достъп до запазените данни, в съответствие с изискванията за необходимост и съразмерност, се определят от всяка държава членка в нейното национално право при условията на съответните разпоредби на правото на Европейския съюз или на публичното международно право, и в частност на ЕCHR, така както тя се тълкува от Европейския съд за правата на човека“.

66 — Scarlet, подкрепяно от ISPA, изтъква, че въвеждането на такава система би нарушило разпоредбите на Директива 2002/58 относно поверителността на електронните съобщения, като се позовава в това отношение на съображение 26 и член 5 от посочената директива.

и релевантната практика на Европейския съд по правата на човека.

82. Европейският съд по правата на човека още не е имал повод да се произнесе по съвместимостта с Конвенцията на специални мерки за контрол на електронните съобщения, нито *a fortiori* на система за филтриране и блокиране като изискваната. Може обаче да се смята, че като се има предвид съдебната практика във връзка с подслушването на телефони⁶⁷, подобни мерки биха представлявали намеси по смисъла на член 8 от ЕКПЧ. Освен това той вече е имал повод да се произнесе, че събирането и съхраняването без знание на лицето на лични данни, свързани с неговото използване на телефона, електронната поща и интернет, представляват „намеса“ в упражняването на правото на заинтересованото лице на зачитане на личния живот и кореспонденцията му по смисъла на член 8 от ЕКПЧ⁶⁸.

83. От своя страна, член 5 от Директива 2002/58⁶⁹ определя и гарантира

поверителност на съобщенията и свързаните с тях данни за трафика през публични комуникационни мрежи и публично достъпни електронни комуникационни услуги. Тази разпоредба налага по-специално на държавите членки задължението да забранят всяко наблюдение или подслушване на съобщения извън предвидените в законодателството случаи в съответствие с член 15 от посочената директива. Последната разпоредба позволява на държавите членки да приемат законодателни мерки, за да ограничат обхвата на правото на поверителност на съобщенията, когато това ограничаване представлява необходима мярка за осигуряване на превенцията, разследването, разкриването и преследването на престъпления. Мерките, които могат да бъдат приети в това отношение, трябва във всички случаи „да бъдат в съответствие с общите принципи на законодателството на Общността, включително онези, упоменати в член 6, параграфи 1 и 2 от Договора за Европейския съюз“.

2. „[Т]ълкувани по-специално с оглед на член 11 от Хартата“: относно гарантирането на свобода на изразяване на мнение и право на информация

67 — Впрочем той разглежда мярка за поставяне на подслушвателна техника в апартамент с изрично позоваване на тази съдебна практика. Вж. ЕСПЧ, Решение от 31 май 2005 г. по дело *Vetter c/y Франция*, жалба № 59842/00, точка 27, в което се препраща изрично към разсъжденията в Решение от 24 април 1990 г. по дело *Huvig c/y Франция*, жалба № 11105/84, серия А, № 176-В и Решение от 24 април 1990 г. по дело *Kruslin c/y Франция*, жалба № 11801/85, серия А, № 176-А.

68 — ЕСПЧ, Решение от 3 април 2007 г. по дело *Copland c/y Обединено кралство*, жалба № 62617/00, §§ 43 и 44.

69 — Трябва да се отбележи, че съображение 15 от Директива 2000/31 изрично препраща към член 5 от Директива 97/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15 декември 1997 г. относно обработката на лични данни и защитата на неприкосновеността на личния живот в телекомуникационния сектор (ОВ L24, 1998 г., стр. 1), отменена с Директива 2002/58.

84. Член 11 от Хартата, който гарантира не само право да се разпространява

информация, но и право да се получава информация⁷⁰, очевидно трябва да се прилага за интернет⁷¹. Както подчертава Европейският съд по правата на човека, „благодарение на тяхната достъпност и на способността им да съхраняват и разпространяват големи количества информация уебсайтовете имат голям принос за подобряване на достъпа на обществеността до актуалните новини и като цяло за улесняване на предаването на информация“⁷².

от Хартата⁷³, независимо от техническите условия, в съответствие с които се осъществява конкретен контролът на съобщенията, независимо от обхвата и задълбочеността на извършвания контрол и каквито и да са ефективността и надеждността на действително извършвания контрол, които са предмет на дискусия, както подчертах по-горе.

85. Няма никакво съмнение, както подчертава *Scarlet*, че въвеждането на система за филтриране и блокиране като исканата, и по-специално на механизма за блокиране, който може да предполага контрол на всички електронни съобщения, пренасяни посредством предлаганите от него услуги, по самото си естество представлява „ограничение“ по смисъла на член 10 от ЕКПЧ на свободата на разпространяване на информация, утвърдена с член 11, параграф 1

86. Както изтъква *Scarlet*, една съчетана система за филтриране и блокиране неизбежно ще засегне законния обмен на съдържания, а следователно ще има последици за съдържанието на гарантираните с член 11 от Хартата права, дори и само защото законният или незаконният характер на дадено съобщение, който зависи от обхвата на разглежданото авторско право, е различен в различните страни и следователно не може да бъде определен от техниката. Доколкото може да се прецени, никоя система за филтриране и блокиране не изглежда способна да гарантира по съвместим с изискванията на член 11 и член 52, параграф 1 от Хартата начин блокиране само на обмена, който може да бъде конкретно идентифициран като незаконен.

70 — Подобно на член 10 от ЕКПЧ. Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 26 ноември 1991 г. по дело *Observer и Guardian с/у Обединено кралство*, жалба № 13585/88, серия А, № 216, § 59 и Решение от 19 февруари 1998 г. по дело *Guegta и др. с/у Италия*, жалба № 14967/89, Rec. 1998-I, § 53.

71 — Може да се отбележи, че Европейският съд по правата на човека също така е имал повод да отчете „могъществото“ на интернет, който, тъй като е достъпен за всички *per se*, създава широкомащабен мултипликационен ефект, в своята преценка за съвместимостта на „ограничение“ на свободата на изразяване на мнение с оглед на изискванията на член 10, параграф 2 от ЕКПЧ. Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 13 януари 2011 г. по дело *Mouvement Raëlien Suisse с/у Швейцария*, жалба № 16354/05, §§ 54 и са., Решение от 16 февруари 2010 г. по дело *Akdaş с/у Турция*, жалба № 41056/04, § 28 и Решение от 16 юли 2009 г. по дело *Willem с/у Франция*, жалба № 10883/05, §§ 36 и 38.

72 — ЕСПЧ, Решение от 10 май 2009 г. по дело *Times Newspapers Limited с/у Обединено кралство*, жалби № 3002/03 и 23676/03, § 27. В случая ЕСПЧ преценява, че „тъй като съставянето на архиви в интернет представлява основен аспект на ролята, изпълнявана от интернет сайтовете“, то попада в приложното поле на член 10 от ЕКПЧ.

73 — Твърдяно е, че разпоредбите на правото върху интелектуална собственост на дадена държава членка могат сами по себе си да представляват ограничение по смисъла на член 10 от ЕКПЧ; вж. *Danay, R. Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom.* — *Yale Journal of Law & Technology*, 2005—2006, Vol. 8, No 2, p. 32.

3. Междинно заключение

87. От всичко по-горе следва, че исканата мярка, с това, че налага въвеждане на система за филтриране и блокиране на електронните съобщения като описаната по-горе, може да засегне отрицателно упражняването на анализирани по-горе права и свободи, защитени от Хартата, и следователно трябва да бъде квалифицирана, по отношение на ползвателите на услугите на Scarlet и в по-широк план — на ползвателите на интернет, като „ограничаване“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата⁷⁴. Ограничавания на упражняването на основните права на ползвателите обаче, каквито би включвало въвеждането на такава система за филтриране и блокиране, са допустими само доколкото отговарят на определен брой условия, които сега трябва да разгледаме.

Г — Относно условията за ограничаване на упражняването на признатите от Хартата права и свободи и особено условията по-специално за „качество на закона“ (член 52, параграф 1 от Хартата)

88. Хартата предвижда с познати изрази условията, на които е подчинено всяко

ограничаване на упражняването на признатите от нея права и свободи, също както ЕКПЧ определя условията, при които по-специално всяка намеса в правото на личен живот или всяко ограничение на свободата на изразяване могат да се смятат за законни.

89. Така член 52 от Хартата се позовава на „необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора“, както и на необходимостта всяка подобна мярка да преследва „цели от общ интерес“ и да съответства на принципа на пропорционалност. Макар и защитата на правата върху интелектуална собственост без съмнение да представлява цел от общ интерес, за което свидетелстват Директива 2001/29 и Директива 2004/48, исканата система за филтриране и блокиране обаче намира при обстоятелствата на делото по главно производство главното си основание в необходимостта от защита на „правата и свободите на други хора“. „Необходимостта да се защитят правата“ на притежателите на авторски права или сродни права е в центъра на настоящото дело, тя е главното основание на заведено от Sabam гражданско производство срещу Scarlet.

90. Така тук е важно настоятелно да се подчертае, че правото на собственост вече е закрепено с член 17 от Хартата, вторият параграф от който, важно е това да не се забравя, изрично уточнява, че „[и]нтелектуалната собственост е защитена“. Ще припомним също така, че Съдът вече е утвърдил правото на собственост като основно право, принадлежащо към

⁷⁴ — Или като „намеса“ по смисъла на член 8 от ЕКПЧ или „ограничение“ по смисъла на член 10 от ЕКПЧ.

общите правни принципи⁷⁵, и е признал, че авторските права са част от правото на собственост⁷⁶. Самите директиви 2001/29 и 2004/48⁷⁷ имат за предмет осигуряване на високо равнище на защита на интелектуалната собственост. Впрочем съгласно трайната практика на Европейската комисия по правата на човека и на Европейския съд по правата на човека интелектуалната собственост като такава несъмнено се ползва от защитата на член 1 от Протокол № 1 към ЕКПЧ⁷⁸.

91. Накрая, Съдът посочва, че главното основание за съществуване на авторското право е да предостави на създателя на изобретателни и оригинални произведения изключително право да използва тези произведения⁷⁹. Така авторското право и сродните права имат икономически характер с това, че включват по-специално възможността за търговско използване на пускането в обращение на защитеното произведение под формата по-специално

на лицензи, издавани срещу заплащане на такси⁸⁰.

92. Следователно без съмнение е налице „необходимост да се защити право“ по смисъла на член 52, параграф 1 от Хартата, която би могла да обоснове „ограничаването“ на други права и свободи по смисъла на същата разпоредба.

93. Като се има предвид това, следва да се посочи, че няма да е необходимо подробно разглеждане на всички условия за допустимост на ограничаванията на признатите от Хартата права и свободи, за да се даде на запитващата юрисдикция полезен отговор на нейния въпрос. Действително последната пита съвсем конкретно дали ограничаването на упражняването на правата и свободите, каквото според изложеното по-горе би представлявало прилагането на изискваната система за филтриране и блокиране, може да се осъществи „единствено въз основа на [националната] законова разпоредба“ в член 87, параграф 1 от Закона от 30 юни 1994 г. относно авторското право и сродните права, която впрочем тя цитира изцяло. Този аспект на преюдициалния въпрос налага приоритетно разглеждане на първото условие, определено в член 52, параграф 1 от Хартата, а именно ограничаването „да бъде предвидено в закон“, което е буквално общо както

75 — Вж. по-специално Решение от 12 септември 2006 г. по дело *Laserdisken*, C-479/04, Recueil, стр. I-8089, точка 62.

76 — Решение по дело *Laserdisken*, посочено по-горе, точка 65.

77 — Вж. по-специално съображения 3 и 4 от Директива 2001/29 и съображения 1 и 10 от Директива 2004/48.

78 — Вж. по-специално Европейска комисия по правата на човека, Решение от 4 октомври 1990 г. по дело *Smith Kline и French Laboratories Ltd. с/у Нидерландия*, жалба № 12633/87, DR 66, стр. 81 и Решение от 11 януари 1994 г. по дело *A. D. с/у Нидерландия*, жалба № 21962/93; ЕСПЧ, Решение от 20 ноември 1995 г. по дело *British-American Tobacco Company Ltd с/у Нидерландия*, серия А, № 331, §§ 71-72, Решение от 30 март 1989 г. по дело *Chappel с/у Обединено кралство*, жалба № 10461/83, серия А, № 152А, § 59, Решение от 11 януари 2007 г. по дело *Anheuser-Bush Inc. с/у Португалия*, жалба № 73049/01, §§ 71 и 72 и Решение от 5 юли 2005 г. по дело *Melnyschuk с/у Украйна*, жалба № 28743/03, § 3.

79 — Вж. Решение от 17 май 1988 г. по дело *Warner Brothers и Metronome Video* (158/86, Recueil, стр. 2605, точка 13).

80 — Вж. Решение от 20 януари 1981 г. по дело *Musik-Vertrieb membran и K-tel International* (55/80 и 57/80, Recueil, стр. 147, точка 12) и Решение от 20 октомври 1993 г. по дело *Phil Collins и др.* (C-92/92 и C-326/92, Recueil, стр. I-5145, точка 20).

за последната разпоредаба, така и за член 8, параграф 2 и член 10, параграф 2 от ЕКПЧ, като това разглеждане ще бъде осъществено с оглед на релевантните решения на Европейския съд по правата на човека, тълкуващи последните две разпоредаби, които, както вече подчертах, с времето образуват особено богат корпус от съдебна практика, който може да ни позволи да определим параметрите на това условие.

на въпросния закон⁸². Действително този „закон“ трябва да бъде „достатъчно достъпен и предвидим, тоест, формулиран с достатъчно точност, за да може правният субект — при необходимост прибегвайки до компетентен съвет — да съобрази поведението си“, да „предвиди последиците за себе си“⁸³, „да предвиди в разумна степен при наличните обстоятелства последиците, които могат да възникнат от определен акт“⁸⁴.

94. Европейският съд по правата на човека нееднократно се е произнасял, че разпоредабите на ЕКПЧ, които подчиняват намесата в упражняването на право или ограничаването на упражняването на свобода, гарантирани от нея, на условието те да са „предвидени в закона“⁸¹, предполага не само мярката да има правно основание като такова, да има „основа във вътрешното право“, но също така налагат и изисквания, свързани, както се посочва в неговия вече утвърден израз, с „качеството

95. Следователно „законът“ трябва да бъде достатъчно ясен⁸⁵ и предвидим, що се отнася до смисъла и естеството на приложимите мерки⁸⁶, да определя достатъчно ясно обхвата и условията за упражняване

81 — По-специално van Dijk, P. et al. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 4. ed., Intersentia, 2006, p. 336; Jacobs, F. G., R.C.A. White et C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*. 5. ed., Oxford University Press, 2010, p. 315; Harris D. J., M. O'Boyle et C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2. ed., Oxford University Press, 2009; Grabenwarter, C. *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*. 3. ed., Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 112; Matscher, F. *Der Gesetzesbegriff der EMRK*. — In: Adamovich et Kobzina, A. *Der Rechtsstaat in der Krise — Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*. Mainz, 1991, p. 105; Gundel, J. *Beschränkungsmöglichkeiten*. — In: *Handbuch der Grundrechte*. Band. VI/1, Müller, 2010, p. 471; Weiß, R. *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*. Duncker & Humblot, 1996.

82 — Вж. по-специално Martín-Retortillo Baquer, L. *La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*. — *Derecho Privado y Constitución*, 2003, No 17, p. 377; Wachsmann, P. *De la qualité de la loi à la qualité du système juridique*. — In: *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*. Bruylant, Bruxelles, Vol. 2, p. 1687.

83 — ЕСПЧ, Решение от 26 март 1987 г. по дело Leander c/у Швеция, жалба № 9248/81, серия А, № 116, § 50.

84 — ЕСПЧ, Решение от 25 февруари 1992 г. по дело Margareta и Roger Andersson c/у Швеция, жалба № 12963/87, серия А, № 226-А, стр. 25, § 75.

85 — ЕСПЧ, Решение от 3 юли 2007 г. по дело Tan c/у Турция, жалба № 9460/03, §§ 22—26; в това дело ЕСПЧ разглежда съответствието на правна уредба за кореспонденцията на лишени от свобода лица с принципа за яснота на закона. Той приема, че правната уредба, която по решение на дисциплинарна комисия дава на директорите на местата за лишаване от свобода правомощия да отказват предаването, да цензурират или да унищожават всяка пощенска пратка, счтена за „пречеца“, не посочва достатъчно ясно обхвата и условията на правото на преченка на органите в разглежданата област.

86 — Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 24 април 1990 г. по дело Kruslin c/у Франция, жалба № 11801/85, серия А, № 176-А, § 30 и Решение от 25 септември 2006 г. по дело Coban c/у Испания, жалба № 17060/02.

на правомощието за намеса в упражняването на гарантираните от ЕКПЧ права⁸⁷. Закон, който дава право на преценка, сам по себе си не противоречи на това изискване, при условие че обхватът и условията за упражняване на такова право са определени с достатъчна точност, като се има предвид законната цел в случая, за да се осигури на лицето подходяща защита от произвол⁸⁸. Така закон, даващ право на преценка, трябва да определя и неговия обхват⁸⁹.

96. Следователно ограничение би било допустимо само ако се опира на законово основание във вътрешното право; това законово основание трябва да бъде достъпно, ясно, предвидимо⁹⁰, като всички тези условия произтичат от идеята за върховенство на правото⁹¹. Именно от това изискване за върховенство на правото произтича⁹² необходимостта от достъпност

и предвидимост на закона за засегнатото лице⁹³.

97. Следователно условието, според което всяко ограничаване трябва да бъде „предвидено в закон“, предполага съгласно практиката на Европейския съд по правата на човека действието на носителите на публична власт да се вписва в граници, предварително определени от правни норми, което „налага определени изисквания, на които трябва да отговарят както самите правни норми, така и процедурите,

87 — Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 14 септември 2010 г. по дело *Sanoma Uitgevers* с/у Нидерландия, жалба № 38224/03, §§ 81 и 82.

88 — Наред с други, Решение по дело *Margareta* и *Roger Andersson*, посочено по-горе, § 75.

89 — ЕСПЧ, Решение от 25 март 1983 г. по дело *Silver* и др. с/у Обединеното кралство, жалби № 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 и 7136/75, серия А, № 61, § 88.

90 — Вж. по този въпрос точка 53 от заключението на генералния адвокат Kokott по посоченото по-горе дело *Promusicae*, в което се посочва Решение по дело *Österreichischer Rundfunk*, посочено по-горе (точки 76 и 77).

91 — За сбит формулировка на тези различни изисквания вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 25 май 1998 г. по дело *Korpp* с/у Швейцария, жалба № 23224/94, Rec. 1998-II, § 55.

92 — ЕСПЧ, Решение от 30 юли 1998 г. по дело *Valenzuela Contreras* с/у Испания, жалба № 27671/95, Rec. 1998-V, § 46, препращащо към Решение от 2 август 1984 г. по дело *Malone*, жалба № 8691/79, серия А, № 82 и към посочените по-горе Решение по дело *Kruslin* и Решение по дело *Korpp*.

93 — Принципът за върховенство на правото, който фигурира в преамбула на ЕКПЧ, предполага, че вътрешното право предлага известна защита срещу произволните нарушения от страна на публичната власт на гарантираните от нея права. Макар и този принцип „да предполага, че намесата на властите в правата на дадено лице може да подлежи на ефективен контрол“ (ЕСПЧ, Решение от 6 септември 1978 г. по дело *Klass* и др. с/у Германия, жалба № 5029/71, серия А № 28, стр. 25 и 26, § 55, Решение по дело *Malone*, посочено по-горе, § 68, Решение по дело *Silver* и др., посочено по-горе, § 90), „предполага, наред с други, че намеса на изпълнителната власт в правата на дадено лице подлежи на ефективен контрол, който обикновено следва да се осъществява, най-малкото като последна инстанция, от съдебната власт, тъй като тя предлага най-добрите гаранции за независимост, безпристрастност и редовно производство“ (ЕСПЧ, Решение по дело *Klass* и др., посочено по-горе, § 55), той също така изисква „минимална степен на закрила“, която би била пренебрегната, „ако даденото на изпълнителната власт право на преценка е без определени граници“ (по член 8 от ЕКПЧ, освен посочените по-горе Решение по дело *Malone*, § 68 и Решение по дело *Kruslin*, § 30, ЕСПЧ, Решение от 4 май 2000 г. по дело *Rotaru* с/у Румъния, жалба № 28341/95, Rec. 2000-V, § 55, Решение от 6 юни 2006 г. по дело *Segerstedt-Wiberg* и др. с/у Швеция, жалба № 62332/00, Rec. 2006-VII, § 76, Решение от 8 юни 2006 г. по дело *Lupsa* с/у Румъния, жалба № 10337/04, Rec. 2006-VII, § 34, Решение от 29 юни 2006 г. по дело *Weber* и *Saravia* с/у Германия, жалба № 54934/00, Rec. 2006-XI, § 94; по член 10 от ЕКПЧ, Решение по дело *Sanoma Uitgevers*, посочено по-горе, § 82) или още, ако правото на преценка, дадено на съд, е без определени граници (ЕСПЧ, Решение от 24 април 1990 г. по дело *Huvig* с/у Франция, жалба № 11105/84, серия А, № 176-V, стр. 55, § 29, Решение по дело *Weber* и *Saravia* с/у Германия, посочено по-горе, § 94, Решение по дело *Liberty* и др., посочено по-горе, § 62, Решение от 10 март 2009 г. по дело *Vukov* с/у Русия, жалба № 4378/02, § 78).

предназначени да наложат действително-то им спазване“⁹⁴.

които могат да възникнат от определен акт⁹⁶. Това е особено вярно по отношение на упражняващите професионална дейност, които са свикнали с необходимостта да демонстрират високо ниво на грижа при упражняване на професията си.

98. Европейският съд по правата на човека също така приема, че обхватът на понятието за предвидимост и достъпност на закона до голяма степен зависи от съдържанието на разглеждания текст, от областта, която той обхваща, както и от броя и качеството на неговите адресати⁹⁵. Предвидимостта на закона допуска засегнатото лице да прибегне до компетентен съвет, за да може да оцени в разумна степен при наличните обстоятелства последиците,

99. Накрая, Европейският съд по правата на човека е имал повод да уточни, че терминът „закон“ следва да се разбира в „материалноправен“, а не само във формален смисъл, а именно че той може да включва както „писаното“, така и „неписаното право“ или още „правото, създадено от съдиите“⁹⁷. От тази гледна точка по-специално може да се наложи при необходимост да се вземе предвид съдебната практика. „Постоянна съдебна практика“, която е публикувана и следователно достъпна и е следвана от по-нисшестоящите юрисдикции, при определени обстоятелства може да допълни законодателна разпоредба и да я изясни така, че да я направи предвидима⁹⁸.

94 — Wachsmann, P. La prééminence du droit. — In: Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob. p. 241, по-специално р. 263; вж. още Wiarda, G. La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit. — Rivista di studi politici internazionali, 1984, p. 452; Grabarczyk, K. Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. PUAM, 2008, по-специално стр. 194 и сл.; Morin, J.-Y. La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen. — In: Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski. Kluwer Law International, 1996, p. 643.

95 — ЕСПЧ, Решение от 28 март 1990 г. по дело Groppera Radio и др. с/у Швейцария, жалба № 10890/84, серия А, № 173, стр. 26, § 68; Решение от 15 ноември 1996 г. по дело Cantoni с/у Франция, жалба № 17862/91, Rec. 1996-V, § 35. Както подчертава ЕСПЧ по повод на мярка за наблюдение чрез GPS на движенията на лице в публични места, относително стриктните критерии, установени и следвани в конкретния контекст на наблюдение на далекосъобщенията, не могат да бъдат прилагани mutatis mutandis към всяка форма на намеса. Вж. ЕСПЧ, Решение от 2 септември 2009 г. по дело Uzun с/у Германия, жалба № 35623/06, § 66. В това дело ЕСПЧ е предпочел да следва общите принципи, които трябва да се спазват, „за да е налице подходяща защита срещу произволна намеса в упражняването на правата, защитени от член 8“ от ЕКПЧ. В случая, както той припомня, „когато става въпрос за мерки за тайно наблюдение от публичните органи, липсата на публичен контрол и рискът от злоупотреба с власт предполагат вътрешното право да предлага защита срещу произволните намеси в упражняването на правата, гарантирани от член 8“. „Създът трябва да бъде убеден в съществуването на подходящи и достатъчни гаранции срещу злоупотреби. Тази преценка зависи от съвкупността от обстоятелствата по делото, например естество, обхват и продължителност на евентуалните мерки, необходими причини за тяхното постановяване, компетентни органи за тяхното разрешаване, изпълняване и контролиране, вид правна защита, предоставен от вътрешното право“.

96 — Наред с други, Решение по дело Groppera Radio, посочено по-горе, § 68 и Решение по дело Tolstoy Miloslavsky, посочено по-горе, § 37.

97 — Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 26 април 1979 г. по дело Sunday Times с/у Обединено кралство (№ 1), жалба № 6538/74, серия А, № 30, § 49, Решение от 13 юли 1995 г. по дело Tolstoy Miloslavsky с/у Обединено кралство, жалба № 18139/91, серия А, № 316-В, § 37 и Решение по дело Sanoma Uitgevers, посочено по-горе, § 83.

98 — По-специално ЕСПЧ, Решение от 24 май 1988 г. по дело Müller и др. с/у Швейцария, жалба № 10737/84, серия А, № 133, § 29.

100. В заключение както Хартата, така и ЕКПЧ допускат възможност за ограничаване на упражняването на правата и свободите, за намеса в упражняването на правата или за ограничение в упражняването на свободите, които те гарантират, при условие по-специално те да са „предвидени в закон“. Като се основава предимно на принципа за върховенство на правото, утвърден в преамбюла на ЕКПЧ, Европейският съд по правата на човека, изгражда на основата на този израз и основно чрез понятието за „качество на закона“⁹⁹ истинска доктрина, според която всяко ограничаване, намеса или ограничение трябва предварително да е било предвидено в закон, най-малкото в материалноправния смисъл на думата, който да е достатъчно точен с оглед на преследваната цел, тоест да съответства на минимални изисквания. Тази съдебна практика трябва да бъде взета под внимание от Съда при тълкуването на обхвата на съответните разпоредби от Хартата.

Д — „[Е]динствено въз основа на законовата разпоредба“: преглед на националното законодателство с оглед на условието за „качество на закона“ (член 52, параграф 1 от Хартата)

101. На този етап от нашето разглеждане остава само да се отговори на въпроса дали законовото основание, установено от запитващата юрисдикция в правния ред на държавата членка, от гледна точка на ползвателите на услугите на ДИУ и в по-общ план — на интернет ползвателите, действително може да представлява изискваният от Хартата „закон“ по смисъла на разгледаната по-горе практика на Европейския съд по правата на човека, адаптирана евентуално към спецификите на правния ред на Съюза.

⁹⁹ — Трябва да се отбележи, че практиката на Европейския съд по правата на човека постепенно придава на понятието „качество на закона“ собствено значение, съобразено с осъществяването на преследваните от ЕКПЧ цели, което го отличава от близки понятия с нерядко по-широко съдържание, каквито се откриват в правото на някои държави членки; вж. наред с други Milano, L. Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi. — *Revue du Droit public*, 2006, No 3, p. 637; La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council. — *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Winter 2010, No 37, p. 243; Reicherzer, M. Legitimität und Qualität von Gesetzen. — *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, p. 121; Wachsmann, P. La qualité de la loi. *Mélanges Paul Amselek*, p. 809; Montalivet, P. de. La „juridicisation“ de la législation. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi. — In : *La confection de la loi*. PUF, 2005, p. 99; Moysan, H. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative. *AJDA*, 2001, p. 428.

102. Да започнем с припомняне на буквалното съдържание на разгледаната национална законова разпоредба, а именно, член 87, параграф 1, втора алинея от Закона от 30 юни 1994 г. относно авторското право и сродните права, която запитващата юрисдикция се е погрижила да възпроизведе in extenso в самия си преюдициален въпрос: „[председателят на първоинстанционния съд и председателят на търговския съд] могат също да постановят разпореждане за преустановяване по отношение на посредник, чиито услуги се ползват от трето лице за нарушаване на авторско право или на сродно право“.

103. Като се има предвид това, несъмнено белгийското право съдържа законово основание за постановяване, в рамките на граждански иск, заведен за установяване, санкциониране и обезщетение на нарушаване на авторско право или сродни права, на разпореждане за преустановяване по отношение, както в делото по главното производство, на ДИУ като Scarlet с цел да осигури действителното преустановяване на това нарушаване. Постановеният от запитващата юрисдикция проблем обаче не е дали компетентната белгийска юрисдикция може като цяло да постановява разпореждане за преустановяване в такъв контекст и с такава цел, а дали може с оглед на изискванията, произтичащи от „качеството на закона“ по смисъла на ЕКПЧ, а вече и на Хартата, да постанови мярка от естеството на исканата в случая на основата на това правомощие за постановяване на разпореждане.

104. В тази перспектива е необходимо първо да се върна към първоначалното си разсъждение за характеристиките и в крайна сметка — към „естеството“ на исканата мярка.

105. Както видяхме по-горе, по отношение на Scarlet и на ДИУ задължението да въведат единствено на свои разносни система за филтриране и блокиране

като разглежданата е толкова характерно, дори особено, от една страна, и толкова „ново“, дори неочаквано, от друга страна, че може да бъде допуснато единствено при условие че е предвидено изрично, предварително, ясно и точно в „закон“ по смисъла на Хартата. Трудно обаче може да се смята, че постановявайки исканата мярка на основание на разглежданата национална разпорежба, компетентната национална юрисдикция би останала в изрично, предварително, ясно и точно определените от „закона“ рамки, особено ако се вземат предвид разпоредбите на член 15 от Директива 2000/31¹⁰⁰. От гледна точка на Scarlet постановяването от белгийска юрисдикция на мярка от това естество е трудно предвидимо¹⁰¹, а като се имат предвид потенциалните и икономически последици, би се добило дори до произвол.

106. По отношение на ползвателите на услугите на Scarlet, и в по-общ план на интернет ползвателите, изискваната система

100 — Член 15, параграф 1 от Директива 2000/31 налага на държавите членки двойно задължение за въздържане от действие. Те трябва да не налагат общо задължение на „доставчиците“ да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, нито общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност. Освен това член 12, параграф 1 от Директива 2000/31 налага на държавите членки да гарантират, че доставчикът на услуги за предоставяне на достъп до комуникационна мрежа, а значи по-специално и ДИУ, не носи отговорност за пренесената информация.

101 — Съображение 30 от Директива 2009/136/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 година за изменение на Директива 2002/22/ЕО относно универсалната услуга и правата на потребителите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги, Директива 2002/58/ЕО относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации и Регламент (ЕО) № 2006/2004 за сътрудничество между националните органи, отговорни за прилагане на законодателството за защита на потребителите (ОВ L 337, стр. 11–36), също уточнява, че „[Д]иректива 2002/22/ЕО не изисква доставчиците на услуги да наблюдават информацията, предавана чрез техните мрежи, или да възбуждат съдебно преследване на своите клиенти въз основа на такава информация, нито предвижда доставчиците на услуги да носят отговорност за тази информация“.

за филтриране е предназначена, независимо от условията на конкретното ѝ функциониране, да се прилага систематично, всеобщо, трайно и непрекъснато, но нейното въвеждане не е придружено с никаква конкретна гаранция, що се отнася поспециално до защитата на личните данни и поверителността на съобщенията. Освен това механизмът за блокиране, също независимо от условията на конкретното му функциониране, е предназначен да влиза в действие, без да е изрично предвидена възможност за засегнатите лица, тоест интернет ползвателите, да се противопоставят на блокирането на даден файл или да оспорват основателността на такова блокиране.

107. Трудно може да бъде другоаче, след като разглежданият национален закон изобщо няма за цел да разреши на компетентните национални юрисдикции да постановяват мярка за филтриране на всички електронни съобщения на абонатите на ДИУ, упражняващи своята дейност на територията на разглежданата държава членка.

108. Следователно се налага изводът, че разглежданата разпоредба на националното право не може, с оглед на членове 7, 8 и 11 от Хартата, и по-специално с оглед на изискванията във връзка с „качеството на закона“ и в по-общ план на изискванията за върховенство на правото, да се счита за достатъчно законово основание за приемане на мярка за постановяване на разпореждане, налагаща система за филтриране

и блокиране като изискваната в делото по главното производство.

109. Освен това от гледна точка на „материалноправното“ понятие за „закон“ трябва също така да се установи, че изобщо не е имало позоваване на съществуването на богата практика на белгийските юрисдикции, която да е повтаряла и уточнявала тълкуването и прилагането на разглежданата разпоредба от националното право в съответствие с правото на Съюза и правото на ЕКПЧ, в смисъла на исканата мярка, и по този начин да е позволила да се направи заключение за спазено изискване за предвидимост на закона¹⁰².

110. Като се има предвид направената по-горе констатация, не е необходимо да се разглежда въздействието на правото на Съюза¹⁰³ върху „качеството“ на националното законово основание. Във връзка с това генералният адвокат Kokott подчертава в своето заключение по посоченото по-горе дело *Promusicae*¹⁰⁴, че „[p]авновесието между засегнатите основни права трябва да се установи първо от общностния законодател“, и че „[д]ържавите членки обаче също са задължени да го съблюдают в оставащото им свободно поле

102 — Вж. по-специално ЕСПЧ, Решение по дело *Chappel*, посочено по-горе, § 56. Вж. също ЕСПЧ, Решение от 15 февруари 2007 г. по дело *Bock и Palade c/y Румъния*, жалба № 21740/02, §§ 61–64, Решение от 14 февруари 2008 г. по дело *July et Libération c/y Франция*, жалба № 20893/03, § 55 и Решение от 5 февруари 2009 г. по дело *Brunet-Lecomte и др. c/y Франция*, жалба № 42117/04, § 42.

103 — По вземането предвид от Европейския съд по правата на човека на правото на Съюза при разглеждането на въпроса за качеството на закона вж. по-специално ЕСПЧ, Решение по дело *Santoni*, посочено по-горе, § 30 и Решение от 27 май 2008 г. по дело *Marchiani c/y Франция*, жалба № 30392/03.

104 — Точка 56.

за законодателно действие при транспонирането на директивите“.

111. Така се повдига особено деликатният въпрос за съответната „отговорност“ на Съюза и на държавите членки по отношение на разгледаните по-горе изисквания за върховенство на правото в положение, в което директиви заедно с национални мерки за транспониране са предмет на приложение, водещо до „ограничаване“ на гарантирано право или призната свобода от Хартата. Текстът на постановения от запитващата юрисдикция въпрос, изрично насочен към разпоредбите на националното законодателство, предназначени да транспонират Директива 2001/29 и Директива 2004/48 относно защитата на интелектуалната собственост, ни позволява обаче, след като предварително е установено, че никоя от разглежданите директиви не налага въвеждане на система за филтриране и блокиране като изискваната в делото по главното производство, да оставим временно настрана този въпрос.

112. Накрая, идеята, съгласно която посочените директиви, и по-специално Директива 2000/31, би трябвало да са предмет на актуализирано тълкуване, което да вземе предвид развитието на технологията и на използването на интернет, в този контекст следва да се отхвърли. Макар и очевидно изискването за предвидимост да не предполага абсолютна сигурност, както многократно се е произнасял Европейският съд

по правата на човека¹⁰⁵, подходът, защитаващ „живото“ тълкуване на текстовете, не може да компенсира липсата на каквото и да било национално законово основание, посочващо изрично система за филтриране и блокиране на електронните съобщения. Тълкуване на правото на Съюза, и по-специално на член 15 от Директива 2000/31 като позволяващ или допускащ постановяването на мярка като исканата, не би съответствало на изискванията за „качество на закона“ и би противоречало на принципите на правна сигурност¹⁰⁶ и на защита на оправданите правни очаквания.

113. Бих искал да добавя няколко заключителни съображения. Когато Хартата, също като ЕКПЧ, изисква всяко „ограничаване“ (или „намеса“, или „ограничение“) на правата и свободите да бъде „предвидено в закон“, тя препраща съвсем конкретно към функцията на закона и фактически на правото като източник на *tranquillitas publica*, и то в изключително чувствителната област, която ни занимава. Хартата обаче не само изисква законът „да предхожда“ всяко ограничаване на правата и свободите, но освен това изисква това ограничаване да зачита „основното съдържание“ на тези права и свободи, което налага практически неизбежно намеса на законодателя за определяне на границата

105 — Както той подчертава, „сигурността, макар и твърде желателна, често се съпровожда с прекомерна липса на гъвкавост; правото обаче трябва да може да се адаптира към промените в ситуацията“; по-специално Решение по дело Sunday Times, посочено по-горе, § 49, ЕСПЧ, Решение от 18 май 2004 г. по дело *Éditions Plon c/у Франция*, жалба № 58148/00, Rec. 2004-IV, § 26.

106 — Относно връзката, която понякога установява Европейският съд по правата на човека между принципите за върховенство на правото и за „сигурност на правните положения“, вж. по-специално ЕСПЧ, Решение от 25 юли 2002 г. по дело *Sovtransavto Holding c/у Украйна*, жалба № 48553/99, Rec. 2000-VII, § 77 и Решение от 8 ноември 2005 г. по дело *Timotiyevich c/у Украйна*, жалба № 63158/00, § 32. Вж. също Grabarczyk, K. *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, дисертация, посочена по-горе, по-специално p. 209 sq., № 583 sq.

между ограничаването на правото и по принцип недосегаемата територия на това основно съдържание. Също така Хартата изисква всяко ограничаване на упражняването на признатите от нея права и свободи да спазва принципа на пропорционалност, да съответства на принципа на необходимост и действително да отговаря на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора. По отношение на всички тези условия по мое мнение липсва самото съществуване на такъв „закон“, като под „закон“ се разбира „разисквано“, тоест демократично узаконено, право. Действително само закон в парламентарния смисъл на думата би могъл да позволи да се продължи разглеждането на останалите условия, поставени в член 52, параграф 1 от Хартата. В това отношение може да се твърди, че член 52, параграф 1

от Хартата включва имплицитно изискване за „разискван“ закон в съответствие с интензивността на общественото разискване. Тук обаче става въпрос за изричното изискване за закон като „предварително право“. Тъй като беше установено, че такъв в случая липсва, на първия въпрос на запитващата юрисдикция може да бъде даден отговор.

114. В заключение предлагам на Съда да даде отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос, поставен от Cour d'appel de Bruxelles, и вследствие на това да обяви, че няма основание да се отговаря на втория въпрос, поставен при условията на евентуалност.

V — Заключение

115. В заключение предлагам на Съда да отговори на поставения от Cour d'appel de Bruxelles преюдициален въпрос по следния начин:

„Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество и Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост във връзка с Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за

защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни, Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации и Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия), тълкувани с оглед на членове 7, 8, 11 и член 52, параграф 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз предвид членове 8 и 10 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, следва да се тълкуват в смисъл, че не допускат възможност, единствено въз основа на законовата разпоредба, която предвижда, че „[компетентните юрисдикции] могат също да постановят разпореждане за преустановяване по отношение на посредник, чиито услуги се ползват от трето лице за нарушаване на авторско право или на сродно право“, национална юрисдикция да приеме мярка, разпореждаща „на [доставчик на интернет услуги] да въведе за всички свои клиенти, in abstracto и превантивно, изцяло на свои разноски и без ограничение във времето, система за филтриране на всички електронни съобщения, както получени, така и изпратени, пренасяни посредством предлаганите от него услуги, по-специално чрез използването на софтуери „peer-to-peer“, с цел да се идентифицира в неговата мрежа движението на електронни файлове, съдържащи музикално, кинематографско или аудио-визуално произведение, върху което ищецът твърди, че притежава права, и да се блокира впоследствие прехвърлянето на тези файлове, в момента, в който те се заявяват, или в момента, в който те се изпращат“.