

# РЕШЕНИЕ № 1896

гр. София, 18.07.2018 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**СОФИЙСКИЯТ АПЕЛАТИВЕН СЪД, Търговско отделение, Шести състав**, в публичното заседание на осемнадесети април, две хиляди и осемнадесета година, в състав :

Председател : [REDACTED]  
Членове : [REDACTED]

при секретаря [REDACTED], като изслуша докладваното от съдията **Иванов т.д. № 1140 по описа за 2018 г.** за да се произнесе взе предвид следното

Производството е по реда на чл. 258 и сл. от ГПК.

С решение № 27 от 4.01.2018 г. по т.д. № 7987/ 2016 г. на Софийския градски съд, търговско отделение, VI - 23 състав, [REDACTED] ЕООД - гр. София е осъдено да заплати на Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия, на основание чл. 94, ал. 1 от ЗАПСП, сумата 5 776 лева, представляваща обезщетение за причинени вреди поради нарушаване на авторското право на Нико Тринкхаус върху фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ и фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“, съответно 5774 лева имуществени вреди и 2 лева неимуществени вреди, ведно със законната лихва за забава от 3.11.2016 г. до окончателното плащане на сумата.

Срещу решението е подадена въззивна жалба от [REDACTED] ЕООД - гр. София, в която се изтъква, че то е недопустимо, неправилно и незаконосъобразно, в подкрепа на което са изложени следните съображения.

Недопустимостта е обоснована с твърдението, че ответника никога не е бил собственик на домейна, от който се твърдяло да са били

използвани процесните фотографии, затова и не бил надлежно легитимирана страна по иска.

Съображенията за неправилност на обжалвания акт са основани на „материалноправна незаконосъобразност в хипотезата на чл.24, ал.1, т.7 от ЗАПСП“, като се изтъква, че съдът е разгледал делото повърхностно, като приел, че всяка фотография е обект на авторското право в хипотезата на чл.3, ал.1, т.7 от ЗАПСП.

Освен това не било доказано главно от ищеца дали той е автор на двете фотографии в хипотезата на чл.2, във връзка с чл.3, ал.1, т.7 от ЗАПСП. В нарушение на чл.184, ал.1 от ГПК, изходни „RAW“ (сурови фотографски файлове), технически са създадени от ищеца не били представени на хартиен носител или диск пред съда, а директно на експертизата. Затова заключенията и на двете експертизи били порочни и не установили твърдяното авторство на ищеца по безспорен начин. Никъде в изследваните RAW файлове или в тези от сайта на ищеца не бил поставен негов авторски знак, който да обоснове предположението за авторство по смисъла на чл.6, ал.1 от ЗАПСП. Не било доказано, освен това, че ищецът е професионален фотограф, който работи в областта на художествената фотография. Снимките били очевидно туристически, въпреки „експертното мнение“ на двете експертизи.

Не била доказана причинна връзка между поведението на ответника и претендираната вреда - умисъл да бъде използвана снимката, при знанието, че тя е чуждо авторско „произведение на изкуството“ за означаване на конкретни стоки или услуги, с които потребителя да асоциира конкретно постфактум „произведението“. Не било доказано и от кое точно използване на фотографиите произтичал деликта - къде е комерсиалната цел при това използване.

По отношение на размера на обезщетението съдът не съобразил, че макар и ищецът да е немски гражданин твърдяното нарушение било извършено на територията на България и не можело критериите на формиране на възнаграждения в Германия автоматично да бъдат транспонирани на българска територия, тъй като международното частно право не познавало подобен институт.

Молбата е решението да бъде отменено и да бъде постановено друго решение, с което иска да бъде отхвърлен изцяло.

Ответникът по въззивната жалба Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия, в писмения отговор я оспорва като неоснователна по следните съображения.

Дори домейнът ww[REDACTED] да е бил регистриран от трето по делото лице - [REDACTED], това не изключвало възможността ответникът да е ползвал уебсайта, за да наруши авторските права на



ищеца. По делото били представени доказателства, че сайтът се ползва от [REDACTED] - туристически агент, и от [REDACTED] Д- туроператор.

Твърдението, че е нарушена разпоредбата на чл.24, ал.1, т.7 от ЗАПСП, било неоснователно, тъй като противоречало на граматическото, систематичното и логическото тълкуване на цитираната норма. Заключениеята на експертите потвърдили, че конкретните фотографии са художествени произведения и резултат от творчество, при това на високо професионално ниво.

Неоснователно било и твърдението за недоказано авторство на фотографиите, тъй като били представени многобройни доказателства за авторството, а и вещите лица били единодушни, че по всяка вероятност ищецът е техен, а с оглед практически възможното, по- доказано авторство от това трудно можело да бъде постигнато. От друга страна въззивникът не провел обратно доказване, че някой е публикувал фотографиите по-рано от въззиваемия.

Безпочвено било твърдението, че умисълът като форма на вината е част от фактическия състав на специалния деликт по чл.94 от ЗАПСП.

Неоснователно било твърдението, че с непредставянето на суровите фотографски файлове са били нарушени процесуалните права на ответника- те можели да се огледат от вещо лице по реда на чл. 205 от ГПК и нямало как да се приложат между кориците на делото, освен като копия на хартиен носител. Въззивникът не бил лишен от правото да оспорва тяхната „автентичност“ тъй като, освен че не били документ, те не били и подписани и ищецът не твърдял да имат формална доказателствена сила.

Неоснователно било и твърдението, че обезщетението по чл. 94 от ЗАПСП е било определено необосновано, тъй като било определено справедливо, с оглед претърпените вреди (пропуснати ползи и неимуществени вреди), личната превенция и генералната превенция.

Молбата към съда е жалбата да бъде оставена без уважение.

Софийският апелативен съд, търговско отделение, шести състав съобрази следното.

Въззивната жалба е процесуално допустима - подадена е в срока по чл. 259 от ГПК от страна в процеса, която има правен интерес от обжалването на подлежащ на въззивен контрол валиден и допустим съдебен акт.

При обсъждането на нейната основателност приема за установено следното.



В исковата молба ищецът Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия, твърдял, че е професионален фотограф и през есента на 2011 г. е създал фотографиите : „Колоната с лъва на св. Марк“, снимана във Верона, което произведение било разгласено на блога му „Daily -HDR“ на 16.10.2012 г., и „Верона от замъка Сан Пиетро“, снимана във Верона и разгласена на 6.02.2014 г. на сайта „[REDACTED]“, в албума „[REDACTED]“.

Ответникът [REDACTED] бил туроператор, който заедно със [REDACTED] използвал сайта [REDACTED] във връзка със своята търговска дейност.

Като реклама и за да онагледят обекти от маршрути за пътувания при организирани екскурзии, без лиценз или разрешение, ответникът използвал фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ с дата на публикацията най-късно 11.02.2015 г., както и снимката „Верона от замъка Сан Пиетро“, публикувана най-късно на 20.11.2014 г. При използването на публикациите не било отбелязвано кой е авторът на използваните фотографии и какъв е източникът, от където са придобити. Към 17.10.2016г. ответникът все още е използвал фотографиите без оторизация от техния автор, въпреки, че бил предупреден от ищеца и помолен да преустанови нарушението си.

С действията си ответникът нарушил правата му по чл. 18, ал. 1, във връзка с ал. 2, т. 1-3 и 6 и чл. 19 от ЗАПСП, както и правото му да иска да бъде отбелязан по подходящ начин като автор на произведението - чл. 15, ал. 1, т. 4 от ЗАПСП.

Молбата към съда била ответника да бъде осъден на основание чл. 94 от ЗАПСП обезщетение за това, че е пропуснал да увеличи имуществото си чрез получаване на лицензионно възнаграждение срещу предоставяне право на ползване на фотографиите по цените на които немските фотографи предоставяли ползването на своите произведения, обобщени и систематизирани в ежегоден сборник на Съюза на професионалните търговци на фотографии, Фотографии хонорари, таблица „Осреднени цени за продажба на фотографии“, в размер на 2 591 лева за фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ и 3 183 лева за фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“. Заявил и претенция за обезщетение за неимуществените вреди, претърпяни вследствие правонарушението - изживяния шок да види свои снимки на чужд сайт, а осъзнаването на факта, че трудът му е бил използван без възнаграждение и без признание го демотивирало и депресирало, до размер на по един лев за всяка една от двете фотографии.

Ответникът [REDACTED] оспорил иска, като изтъкнал, че ищецът не е автор на двете фотографии, не е професионален фотограф, а фотографиите не са обект на авторско право - нямат



художествен характер, а са обикновени пейзажни снимки. Посочил, че не се установявал умисъл при ответника при ползването на снимките, както и че благодарение на точно тези две фотографии потребителите на туристически услуги са започнали повишено да ползват продукта на ответника. Оспорил и размера на претендираните имуществени вреди, като заявил, че критериите на формиране на възнаграждения в Германия не могат да бъдат автоматично транспонирани на българска територия, тъй като международното частно право не познава подобен институт.

Молбата към съда била исквите претенции да бъдат отхвърлени като неоснователни.

От преценката на доказателства, по отделно и в съвкупност, се установява следната фактическа обстановка на спора.

На лист 28 от делото е страница от блога [REDACTED], на която е изобразена фотография с наименование [REDACTED] с посочване, че е поставена на 16.10.2012 г. от [REDACTED] ринкхаус.

На лист 32 от делото е копие от страница от уеб сайт <http://Sumfinity.com>, на която е фотография с наименование Verona from Castel San Pietro, поставена на 6.02.2014 г. (същата фотография е и на страница 28 от делото с посочване, че авторското право принадлежи на Нико Тринхаус).

На лист 37 - 40 от делото са разпечатки от уеб сайт на [REDACTED], в които са поставени оферти за туристически пътувания : първата - по дестинацията Венеция - Верона Падуа, на която над текста е фотографията „Колоната с лъва на Св. Марк във Верона“, а датата е 7.05.2015 г. ; втората-предлагаша екскурзия до Рим, на която над текста е фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“, а датата е 1.02.2016 г.

На лист 46 - 50 от делото са разпечатки от уеб сайт [REDACTED] от 18.10.2016 г., съдържащи оферти на [REDACTED] за екскурзии по дестинацията Венеция - Верона - Падуа, до Рим и Нова година във Венеция. На лист 50 - 69 от делото са разпечатки от уеб сайт на Сън Травел от 15.09.2016 г. и от 17.10.2016 г., съдържащи оферти на същите екскурзии. Към всеки един от текстовете има изображение на едната или другата от двете фотографии.

На лист 70 от делото е копие на разпечатка от електронно писмо, подписано от Димо Господинов, като пълномощник на Нико Тринхаус, до управителя на [REDACTED], в което последната е уведомена за това, че дружеството е използвало двете фотографии чрез публикуването им в интернет, без съгласието на автора, като е отправена покана за доброволно уреждане на спора до 26.09.2016 г. с плащането на



обезщетение в размер на 6 880 лева и представяне на декларация за преустановяване на нарушението.

В съдебното заседание на 13.06.2017 г. е прието заключението на комплексна експертиза, изпълнена от вещите лица Росен Руменов Стоянов, Адалберт Асенов Антоу и Величка Ангелова Тодорова, в което на поставената задача, са дадени следните отговори.

Фотографиите „Колоната с лъва на св. Марк“ и „Верона от замъка Сан Пиетро“ имат значение на произведение на изкуството и са резултат от творческа дейност на фотографа.

Авторството на фотографиите се идентифицира с разгласяването им в интернет пространството по твърдения от ищеца начин - фотографиите са качени на авторския сайт sumfinity.com и на блога daily-hdr.com на фотографа Нико Тринкхаус, където специално има раздел в менюто „[REDACTED]“ за лицензионния режим на публикуваните фотографии, както и начина на закупуване в менюто „[REDACTED]“. Упоменато е и безплатно ползване на фотографиите, но само за некомерсиални цели. По този начин е възприетото в практиката установяване на авторство.

Средната пазарна цена на фотографиите, изчислена съобразно цените в приложения по делото Сборник на професионалните търговци на фотографии в Германия, е 1 395 евро за фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ и 1 627.50 евро за фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“.

Двете фотографии, публикувани на авторския сайт sumfinity.com и на блога daily-hdr.com на ищеца и на електронната страница на ответника са едни и същи. Признаците, по които се установява идентичност са кадрирането, светлината, сенките, небето, които в случая са напълно идентични.

Периодът на ползване на снимките от ответника е, както следва : за фотографията „Колоната с лъва на св.Марк“ - от 11.02.2015 г. до 17.10.2016 г. Била е качена на сайта на ответника на 11.02.2015 г. и към 10.05.2017 г. е била там ; за фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“ - от 20.11.2014 г. до 17.10.2016г. Била е качена на сайта на 20.11.2014 г. и към 10.05.2017 г. е била там.

За периода на ползване на фотографиите - от 20.11.2014 г. до 17.10.2016 г. в България не е имало действаща тарифа за ползване на фотографии, от което следвало, че то се е договаряло индивидуално между автора и ползвателя. Експерта не намерил офертни цени за професионални фотографии, имащи значение на произведение на изкуството. Начин на заплащане за ползването на фотографии се договарял индивидуално между автора и съответния ползвател. Експерта не установил утвърден регламент за начина на плащане за ползване на професионални фотографии.



- 7 -

От предоставените за изследване сурови (роул) файлове категорично се установило, че фотографиите са авторски и са собственост на Нико Тринкхаус - професионален фотограф. Снимките на интернет страницата на ответника са идентични с тези на ищеца.

Графично изображение с име „[REDACTED]“ и представляващо фотография на „Колоната с лъва на св.Марк“ е качена на сайта на ответника с Интернет адрес [REDACTED], с големина от 120 640 байта, файлово разширение .jpg, не по-рано от „сряда, 11.02.2015г., в 07:15:22 часа по Гринуич (GMT)“, съгласно подадената от сървъра информация като дата на последната модификация (промяна, влагане, качване). За изчисляване на локално часово време се добавя +3 към часовете, тъй като попада в периода на зимното часово време [REDACTED].

Графично изображение с име „[REDACTED]“ и представляващо фотография на „Верона от замък Сан Пиетро“ е качена на сайта на ответника с Интернет адрес [REDACTED], файлово разширение - .jpg, не по-рано от „вторник, 20.11.2014 г., в 16:28:49 часа по Гринуич (GMT)“.

Графичното изображение, представляващо фотография на „Колоната с лъва на св.Марк“ продължава да се ползва от системата на сайта www.suntravel.bg и към датата на изготвянето на експертизата, като придружаващият я текст в страницата описва и касае вероятни екскурзии за периода 21.06.2017 г. - 25.06.2017 г. и 16.08.2017 г. - 20.08.2017 г. Изображението е качено в съдържанието на страницата в размер 750x258 пиксела, с разделителна способност от 96 dpi и дълбочина на цветовете - 24-битова.

Графично изображение, представляващо фотография на „Верона от замък Сан Пиетро“ продължава да се ползва от системата на сайта www.suntravel.bg и към датата на изготвянето на експертизата, намира се в неактивна страница, като информацията в нея предполага, че е касала вероятна екскурзия за периода 29.12.2016 г.- 2.01.2017 г.. Изображението е качено в съдържанието на страницата в размер 600x600 пиксела, с разделителна способност от 96 dpi и дълбочина на цветовете - 24-битова.

В съдебното заседание на 23.11.2017 г. е прието заключението на тройна фотографска експертиза, изпълнена от вещите лица [REDACTED] от което се установява следното.

Двете фотографии на ищеца „Колоната с лъва на св. Марк“ и „Верона от замък Сан Пиетро“ имат значение на произведение на изкуството и са резултат от творческа дейност на фотографа.



Ищецът е авторът на процесните фотографии.

Средната пазарна цена на фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ е 1 395 евро, а на фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“ - 1 627.50 евро.

Фотографиите, публикувани на блога/сайта на ищеца и на електронната страница на ответника са идентични.

Без значение е в коя държава ще се ползват фотографиите, те са публикувани на сайт, който ги предлага с определени цени и се заплащат по тях, както е без значение дали фотографът е българин или чужденец.

Роул файловете са идентични с процесните фотографии. Датата на създаване на фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ е 25.09.2011 г. в 13:09:10 ч. Датата на създаване на фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“ е 25.09.2011 г. в 16:31:43 ч.

При тази фактическа обстановка, в рамките на правомощията си по чл. 269 от ГПК - да се произнесе по заявените в жалбите *конкретни оплаквания* за неправилност на обжалвания акт, настоящият състав на въззивната инстанция приема от правна страна следното.

Разпоредбата на чл. 94, ал. 1 от Закона за авторското право и сродните му права (преди изменението на закона със ЗИДЗАПСП, обн. в бр. 28 от 29.03.2018 г. на „Държавен вестник“, в сила от 29.03.2018 г., с което съдържанието ѝ е точно възпроизведено в чл. 95) е приложение на общия принцип на чл. 45 от ЗЗД в областта на авторското право и сродните му права - деликтна отговорност, произтичаща от непозволено увреждане.

Предпоставките за основателност на исковата претенция са същите, каквито са и при иска с правно основание чл. 45 от ЗЗД : нарушаване на авторското право или някое от сродните му права ; виновно поведение на нарушителя ; вреда, причинена от нарушението ; причинна връзка между нарушението и вредата.

Специалната характеристика на иска се определя от специфичния обект на правна закрила - авторско право върху произведение на литературата, изкуството и науката, което е резултат на творческа дейност и е изразено по какъвто и да е начин и в каквато и да е обективна форма.

Активно легитимирана страна по деликтния иск са лицата, посочени в чл. 5 от закона като носители на авторското право : автора - физическото лице, в резултат на чиято творческа дейност е създаденото произведение, както и други физически или юридически лица, само в случаите, предвидени в този закон.

В конкретния случай искът е предявен от физическо лице, което твърди да е автор на две фотографски произведения - закрилян обект на авторското право в хипотезата на чл. 3, ал.1, т. 7 от ЗАПСП.



Правоизключващото възражение на ответника е основано на твърдението, че това са пейзажни фотографии, заснети в градска среда и затова не са обект на авторското право, както и че е била нарушена забраната на чл. 24, ал.1, т. 7 от ЗАПСП. Цитираната разпоредба постановява, че „без съгласието на носителя на авторското право и без заплащане на възнаграждение е допустимо „използването на произведения, постоянно изложени на улици, площади и други обществени места, без механично контактно копиране, както и излъчването им по безжичен път или предаването им чрез кабел или друго техническо средство, ако това се извършва с информационна или друга нетърговска цел.

В подкрепа на извода, че въпросните фотографии са обект на авторско право по смисъла на чл. 3, ал.1 от ЗАПСП, е съвпадащото мнение на вещите лица от единичната и от тройната експертизи, че те „имат значение на произведение на изкуството и са резултат от творческа дейност на фотографа“. Според подробното обяснение на експерта Георги Шушков в съдебното заседание на 23.11.2017 г., те са произведение на изкуството, тъй като от гледна точка на светло-тоналния и цветно-тоналния рисунък имат художествена стойност, а другия фактор, който обуславя това твърдение, е уметелото използване на линията, фигурата и формата, композицията на кадъра. Посочва, че особено важно значение за художествената стойност на фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“ е спазването на силния диагонал на кадъра, като визира разположението на реката. Изтъква и използването на дървото или храста в лявата страна на кадъра, като естествен контрапункт.

В допълнение към казаното вещото лице [REDACTED] посочил, че по принцип всяко избиране на гледна точка, режим на снимане, избор какво да се вижда и какво да не се вижда, представлява позиция на снимачия. Изказал предположение, че е възможно с поставянето на това дърво или растителност на преден план на тази фотография, да е било прикрито нещо, което снимачия не е харесал и затова е избрал тази гледна точка, като обяснил, че във фотографията това се нарича промяна на предкадровата действителност при снимане. В заключение изтъкнал, че *и при снимането на градски пейзаж има творческо мислене и майсторство на фотографа*, в зависимост от режимите на снимане.

Няма основания да се постави под съмнение компетентността на специалистите, участвали в изготвянето на тройната експертиза. Всички те са професионални фотографи, които упражняват професията си като преподаватели в учебни заведения : [REDACTED] и [REDACTED] - в Нов български университет, департамент „Кино, реклама и шоубизнес“, а [REDACTED] в - в Националната професионална гимназия по полиграфия



и фотография. Несъмнено те притежават специални знания из областта на фотографията, каквито съдът няма, поради което изготвеното от тях заключение следва да бъде кредитирано изцяло.

Според пълномощника на въззивника, който е автор на публикацията „Защо пейзажните фотографии, заснети в градска среда, не са обект на авторско право в България?“, отпечатана в бр. 12 от 2017 г. на списание „Собственост и право“, разпоредбата на чл. 24, ал.1, т. 7 от ЗАПСП „забранява произведенията, изложени на публични места да бъдат механично контактно копирани - т.е. фотографирани с комерсиална цел“, защото „Контактното копиране не може да доведе до ново произведение, тъй като се извършва без съгласието на автора, което го прави противозаконно. Кое и да е копиране на произведение - обект на авторски права по чл. 3, е забранено от ЗАПСП и представлява авторско-правно нарушение, като тезата, че на базата на подобно деяние може да се създаде ново фотографско произведение е абсурдна на това основание“ (стр. 66 - 67).

Според ответника по въззивната жалба смисъла, вложен в тази разпоредба е, че не се иска съгласие и не се дължи възнаграждение на авторите при използването на техни произведения, които са станали част от градския пейзаж, а дали това използване само по себе си е довело до произведение, защитено от ЗАПСП, зависи най - вече от това дали е било вложено някакво творчество или не.

Настоящият състав приема, че правилно е второто становище. Аргументите за това се съдържат в обясненията на вещото лице Георги Шумков, според които „същността на фотографията е документална“, но *това не означава механично копиране*, още повече, че по дефиниция пейзажът представлява художествен образ на природата или градската среда с нейните феномени, състояния и пр. Експертът е изтъкнал, че и в двете фотографии е търсена конкретна отсечка, още повече при колоната с лъва, и че се наблюдава затворена композиция, а това в никакъв случай не е механично копиране на конкретния градски пейзаж.

Затова в заключение може да се каже, че създаването на двете фотографии е плод на авторовата идея да отрази с помощта на техническото средство едно монументално произведение на скулптурното изкуство („Колоната с лъва на Свети Марк“) и да запечата от определен ракурс и конкретна перспектива панорамен изглед на гр. Верона, като е вложил в тези произведения своето лично емоционално възприятие по отношение на тези „обекти от градския пейзаж“, което ги определя като *резултат на творческа дейност* по смисъла на чл. 3 от ЗАПСП.

При крайния извод, че двете фотографии са „закрилян обект“ на авторско право, въпросът за тяхното авторство се поставя във връзка с



възражението на въззивника, че заключенията и на двете експертизи, които установили авторството, били порочни, тъй като в нарушение на чл.184, ал.1 от ГПК създадените от ищеца изходни „RAW“ (сурови) фотографски файлове не били представени на хартиен носител или диск пред съда, а директно на експертизата. Освен това никъде в изследваните RAW файлове или в тези от сайта на ищеца не бил поставен негов авторски знак, който да обоснове предположението за авторство по смисъла на чл. 6, ал.1 от ЗАПСП.

От служебната проверка на заявените от страните искания и обусловените от тях процесуални действия, не се установи твърдяното процесуално нарушение. В отговора на исковата молба ответникът е поискал ищеца да бъде задължен на основание чл. 190 от ГПК да представи „оригиналите на процесните две фотографии в RAW формат или друг суров фотографски материал“, но в писмения доклад, отразен в определението от 23.01.2017 г. съдът основателно отказал, като изтъкнал, че в тежест на ищеца е да установи авторството на фотографиите и затова представянето на доказателства в тази насока е предоставено на неговата преценка.

В първото заседание по делото, проведено на 23.03.2017 г. пълномощникът на ищеца представил копия от първичните роул файлове и пълномощникът на ответника не възразил електронните документи да бъдат приложени по делото. От протоколите на съдебните заседания се вижда, че в хода на производството по делото *ответникът не е заявил искане по чл. 184, ал. 1 от ГПК* и което е по - съществено, не е оспорил своевременно заключението на експертизата *с възражение, основано на неистинността на представените за изследване RAW файлове.* Експертите са посочили, че в RAW файловете има много пълна информация, включително и серийния номер на фотоапарата, и тъй като в случая и двете снимки имат един и същ номер на фотоапарата би трябвало да са направени от един и същи човек - ищецът по делото, който ги е представил за изследване във връзка с поставената на експертизата задача.

Във връзка с оспореното авторство е показателно и това, че ответникът в нито един момент не е изложил аргументирани твърдения, нито е представил доказателства тези фотографии да са били публикувани по какъвто и да било начин от друго лице преди датите, на които са били показани в сайта на ищеца.

В контекста на изложеното „неучастието“ на въпросните фотографии „в изложби или артистични събития, публикации в други медии и т.н.“ не е сериозен аргумент в подкрепа на тезата на въззивника, че ищеца не е техен



автор, както и че не е „професионален фотограф“, който работи в областта на художествената фотография. Въпрос на лична преценка е начина, по който авторът желае да представи своето творчество на един по - широк кръг почитатели на фотографското изкуство и е очевидно, че ищецът е пожелал това да стане с поставянето им на собствения му уебблог.

В този смисъл следва да бъде съобразено, че в т.4 от констативно - съобразителната част от заключението на тройната експертиза вещите лица са обяснили, че разгласяването на фотографиите в интернет пространството чрез публикуването им на авторския сайт [sumfinitly.com](http://sumfinitly.com) и на блога [daily-hdr.com](http://daily-hdr.com) на ищеца е „един от начините, възприет в практиката за установяването на авторство“.

Вижда се, освен това, от разпечатката на електронната страница на същия този уебблог (на лист 30 в делото), на която е изображението на фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“, че е поставено означението „Copyright Nico Trinkhaus“, което създава предположение за авторство, по смисъла на чл. 6, ал. 1 от ЗАПСП.

Несъстоятелно е възражението на въззивника, че макар и да визира конструкцията на чл. 45 от ЗЗД, искът по чл. 94 от ЗАПСП „има специален характер (поради уредбата му в специалния ЗАПСП) и не представлява „стандартна“ форма на деликта, поради което неговата основателност е обусловена от доказването на „умисъл у ответника“ да използва снимката, знаейки, че тя е чуждо авторско „произведение на изкуството“.

Както бе споменато по - горе „специалния характер“ на този иск е единствено в специфичния обект на правна закрила. Затова и трябва да се мисли, че ако законодателят е желал да изключи непредпазливостта като форма на виновното поведение на нарушителя на авторското право, то несъмнено е трябвало да регламентира изрично това изключение. В специалния закон такава изрична разпоредба липсва, което означава, че за конкретния случай непозволеното увреждане може да бъде реализирано във всяка една от формите на проявление на вината.

Въведеното с исковата молба твърдение е за нарушение на изключителното право на автора да разрешава използването на фотографиите от други лица чрез публичното им показване - чл.18, ал. 2, т. 6 от ЗАПСП, както и на правото да получи възнаграждение за това използване - чл. 19 от ЗАПСП.

Ответникът не спори, а и от заключението на тройната експертиза се установява, че фотографиите, публикувани на блога/сайта на ищеца и на електронната страница на ответника са идентични.

Според заключението на комплексната експертиза фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ е била качена на сайта на ответника на



11.02.2015 г., била е използвана до 17.10.2016 г., и към 10.05.2017 г. още е била там, фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“ е била качена на същия сайт на 20.11.2014 г., била е използвана до 17.10.2016 г. и към 10.05.2017 г. още е била там.

Сам по себе си факта на използването на фотографиите не нарушава споменатото право на автора им, стига това използване да е за некомерсиални цели, както изрично е било оповестено на авторския сайт sumfinitly.com и на блога daily-hdr.com на ищеца.

В случая обаче, това не е така, защото и двете фотографии са били използвани с цел рекламиране на туристическите пътувания и екскурзии, които ответникът организираше в рамките на своя основен предмет на дейност като туроператор по смисъла на чл. 61 и сл. от Закона за туризма.

Затова съобразно правилото на чл. 154 от ГПК в тежест на ответника е да докаже, че е използвал фотографиите с разрешението на техния автор. Доказателства в тази насока няма, което означава, че приложимата и за настоящия случай презумпция на чл. 45, ал. 2 от ЗЗД не е оборена, а това е предпоставка за ангажирането на отговорността на ответника за вредите, които виновно е причинил на ищеца с така извършеното нарушение на неговото авторско право.

В контекста на изложеното, по оплакването на въззивника за недопустимост на обжалвания акт, като постановен при липса на пасивна легитимация на ответника, с оглед обстоятелството, че собственик на домейна [REDACTED] трето за спора лице - [REDACTED] съдът приема следното.

В рамките на правомощията си по чл. 269 от ГПК въззивният съд дължи проверка за допустимостта на акта в обжалваната част. Липсата на пасивна материалноправна легитимация е *предпоставка не за недопустимост, а за неоснователност на иска*. Съобразно разясненията в т. 4 от Тълкувателно решение № 1 от 9.12.2013 г. на ВКС, ОСГТК „По силата на изричната разпоредба на чл. 133, във връзка с чл. 131, ал.2, т. 5 от ГПК, с изтичането на срока за отговор се преклудира възможността ответникът да противопоставя възражения, основани на съществуващи и известни нему към този момент факти. По силата на концентрационното начало в процеса, страната не може да поправи пред въззивната инстанция пропуските, които поради собствената си небрежност е допуснала в първоинстанционното производство. Да се допусне противното би означавало да се обезсмисли заложената в процесуалния закон идея за дисциплиниране и ускоряване на исковото производство чрез концентриране в началната фаза на процеса на действията по определяне



на исканията и възраженията на страните и по установяване на релевантните за спора факти.“.

Нито в отговора на исковата молба, нито в първото заседание по делото ответникът е направил възражение в посочения смисъл. То е заявено в един доста по - късен момент - в третото съдебно заседание, но въпреки настъпилата преклузия съдът го обсъдил в мотивите си, за да го отхвърли като неоснователно.

Произнасянето по преклудираното възражение е процесуално нарушение, което в конкретния случай не е съществено, тъй като с него не са били нарушени правата на ищеца, но доколкото ответникът го е въвел като оплакване в жалбата си с посочването на аргументирани доводи за неговата основателност, въззивният съд ще трябва да го обсъди.

От представеното от ответника удостоверение, издадено от Регистър БГ (на лист 170 от делото) се вижда, че въпросният домейн е бил регистриран на 3.09.2004 г. за нуждите на [REDACTED], а на 25.04.2017 г. правото на управление и ползване на домейна е прехвърлено на [REDACTED].

Този факт по никакъв начин не опровергава твърденията на ищеца, че именно ответника по делото е извършил твърдяното нарушение. Както основателно се посочва в отговора на въззивната жалба, факта че домейна е регистриран на друго лице не изключва възможността той да бъде използван от ответника. В подкрепа на това твърдение са и доказателствата, които го установяват - от справката по партидата на двете дружества в търговския регистър се установява, че едноличен собственик на капитала и на двете дружества е [REDACTED], която е и техен управител, имат един и същ адрес на управление : гр. София, [REDACTED] адрес за кореспонденция : гр. София, бул. [REDACTED], и основната им дейност по НКИД е „дейност на туроператори и туристически агенции“. Нито в отговора на исковата молба, нито в хода на производството по делото *ответникът е оспорил факта, че домейна се ползва от него*, и че на него той предоставя на своите клиенти информация за туристическите пакети, които предлага в качеството си на туроператор. Същият домейн се ползва и от неговия собственик във връзка с упражняваната дейност на туристически агент.

За ищеца е без значение какви са вътрешните отношения между тези две дружества и какви претенции би могъл да има собственика на домейна към неговия ползвател във връзка с ангажирането на отговорността му по деликтния иск. Същественото е това, че по описания начин ответникът е нарушил авторското право на ищеца и дължи обезщетяване на вредите, причинени от това нарушение.



Правната норма постановява, че обезщетение се дължи за всички вреди, които са пряка и непосредствена последица от нарушението, като при определяне размера на обезщетението следва да бъдат съобразени всички обстоятелства, свързани с нарушението, пропуснатите ползи и неимуществените вреди, както и приходите, реализирани от нарушителя вследствие на нарушението.

По отношение на размера на претендираните имуществени вреди съдът приема следното.

Като обстоятелство, свързано с нарушението, следва да бъде преценяван периода, през който ответникът е използвал с рекламна цел двете фотографии : „Колоната с лъва на св. Марк“ от 11.02.2015 г. до 17.10.2016 г., „Верона от замъка Сан Пиетро“ от 20.11.2014 г. до 17.10.2016 г., както и факта, че даже и при висящността на спора - към 10.05.2017 г. те не са били свалени от въпросния сайт.

Установяването на приходите, реализирани от нарушителя вследствие на нарушението, е в тежест на ищеца, но същият не е представил доказателства в тази насока, поради което това обстоятелство следва да бъде изключено от кръга на обсъжданите във връзка с определянето на размера на обезщетението.

В тази връзка е нужно да се отбележи, че непредставянето от ответника на изисканата от ищеца на основание чл. 95 г, ал. 1 (сегашият чл. 95е, ал.1) от ЗАПСП информация, няма последиците на чл. 161 от ГПК. Такава информация щеше да има значение за спора само в случай, че по делото имаше обективни данни за приходите, реализирани от организираните от ответника екскурзии до посочените дестинации в предходен период от време, с оглед възможността да бъде направена съпоставка за да се отговори на въпроса дали поставянето с рекламна цел на двете фотографии на въпросния сайт е допринесло за увеличаването на броя на пътуващите, респ. на паричните постъпления от екскурзиите.

При това положение обезщетението ще следва да бъде определено в размера на пропуснатите ползи, които според исковата молба се съизмерват с „възнаграждението, което ищецът би получил за ползването на фотографиите си при правомерно развитие на отношенията си с ответника - наличието на лицензионен договор.

При обсъждането на заключението на тройната експертиза експертите обяснили, че ежедневно български търговски дружества закупуват чуждестранни фотографии, „било през сайт, блог на автора или банка за фотографии, които се заплащат по цените, които са обявени“, като фотографията може да струва 50 - 80 евро, но и милиони. Последното изявление без съмнение е основано на основополагащия пазарен принцип -



търсенето определя цената.

В тази връзка средната пазарна цена на използването на двете фотографии за конкретния период от време е била определена при съобразяване с цените, установени в представения от ищеца Сборник на Съюза на професионалните търговци на фотографии в Германия. Методологията на изчисляването на стойността на тази специфична стока е основана на обективни данни - стандартните общи условия за използването на снимки в различните медийни сфери (на лист 80 от делото). Независимо от това, че според общите условия правата на ползване се предоставят само за Германия, при липсата на лицензионен договор, в който да са били уговорени условия, съобразени с факта, че фотографиите са предназначени да бъдат използвани в България, няма основание да се твърди, че тези цени са неприложими за българския пазар. След като експертите са стигнали до този извод, а други обективни критерии за изчисляването на цената на ползването на фотографиите не са посочени от страните, съдът намира, че предложената оценка следва да бъде възприета като меродавна.

Според убеждението на съда, определено в този размер обезщетението е справедливо, с оглед и на целите, установени в разпоредбата на чл. 94, ал. 4 (сегашният чл. 95, ал.4) от ЗАПСП - да въздейства възпиращо и предупредително на нарушителя и на останалите членове на обществото.

Претенцията за присъждане на неимуществени вреди, изразили се в това, че „ищецът е бил шокиран от това да види свои снимки на чужд сайт, а положението, че трудът му се ползва без възнаграждение и без капчица признание, го е демотивирало и депресирало“, е неоснователна и недоказана.

Преди всичко трябва да се изтъкне, че оценяването на тези неприятни изживявания на сумата два лева е най - малко несериозно и демонстративно и този факт не може да бъде игнориран. Освен това ищецът не е представил никакви доказателства за това, че наистина е изживял твърдяните душевни неудобства.

В тази част решението следва да бъде отменено и бъде постановено ново решение, с което претенцията за неимуществени вреди бъде отхвърлена като неоснователна.

Пълномощникът на ответника по въззивната жалба е поискал присъждането на разноските в настоящата инстанция и това искане следва да бъде уважено за сумата 801 лева, представляваща адвокатско възнаграждение, платено с преводно нареждане от 13.02.2018 г.



По изложените съображения Софийският апелативен съд, търговско отделение, шести състав

## Р Е Ш И:

**ОТМЕНЯ** решение № 27 от 4.01.2018 г. по т.д. № 7987/ 2016 г. на Софийския градски съд, търговско отделение, VI - 23 състав *в частта, с която* [REDACTED] - гр. София е осъдено да заплати на Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия, на основание чл. 94, ал. 1 (сега действащият чл. 95, ал. 1) от ЗАПСП, сумата 2 лева, представляваща обезщетение за неимуществените вреди, причинени поради нарушаване на авторското право на Нико Тринкхаус върху фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ и фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“, ведно със законната лихва за забава от 3.11.2016 г. до окончателното плащане на сумата, **вместо което ПОСТАНОВИ**

**ОТХВЪРЛЯ** *иска с правно основание чл. 94, ал. 1 (сега действащият чл. 95, ал. 1) от ЗАПСП*, предявен от Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия срещу [REDACTED] Д - гр. София, ул. [REDACTED] за сумата 2 (два) лева, представляваща обезщетение за неимуществените вреди, причинени поради нарушаване на авторското право на Нико Тринкхаус върху фотографията „Колоната с лъва на св. Марк“ и фотографията „Верона от замъка Сан Пиетро“, ведно със законната лихва за забава от 3.11.2016 г. до окончателното плащане на сумата, **като неоснователен и недоказан.**

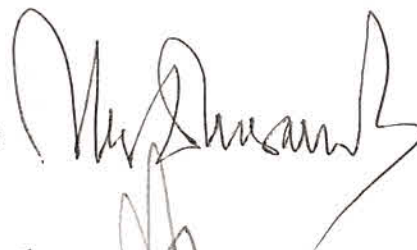
**ПОТВЪРЖДАВА** № 27 от 4.01.2018 г. по т.д. № 7987/ 2016 г. на Софийския градски съд, търговско отделение, VI - 23 състав в останалата част.

**ОСЪЖДА**, [REDACTED] Д - гр. София, у [REDACTED] да заплати на Нико Тринкхаус, гражданин на Федерална Република Германия на основание чл. 78, ал. 1 от ГПК сумата 801 (осемстотин и един) лева, представляваща разноски, направени пред въззивната инстанция.



Решението подлежи на обжалване пред Върховния касационен съд на Република България в едномесечен срок от връчването му на страните.

**ПРЕДСЕДАТЕЛ :**



**ЧЛЕНОВЕ : 1.**

**2.**





30.07

Приложение № 11 към чл. 2, т. 11

Съд: Апелативен Съд - София      Дело №: 1140/2018  
Състав: 6      Вид дело: Търговско  
№ на страната в      Дата: 24.07.2018  
спис. на лицата 2  
за призоваване:

## СЪОБЩЕНИЕ

До **Нико Тринкхаус** чрез **Димо Господинов** като **Адвокат**  
/ адресат - трите имена на ФЛ, на едноличния търговец с фирмата му, наименование на ЮЛ /  
като **Ответник**

/ процесуално качество на адресата - ищец, ответник, подпомагаща страна /  
**гр./с. София, ул. Цар Шишман №3, вх.1, ет.1, ап.2**  
/ точен адрес на адресата - посочен по делото / настоящ, постоянен на ФЛ, седалище, адрес на  
управление на ЕТ и ЮЛ /

Приложено, връчваме Ви препис от решение № 1896/18.07.2018г. постановено от  
Апелативен Съд - София, отд., 6 състав, по дело № 1140/2018.  
Решението подлежи на обжалване, както е посочено в него.

С писмена молба можете да заявите желание да ползвате правна помощ, при  
необходимост и право за това.

**Забележка:** Лица, чрез които не може да бъде връчено съобщението, съгласно чл.  
46, ал.3 от ГПК:

/на срещна страна, лица, заинтересовани от изхода на делото или изрично посочени в писмено изявление  
на адресата /

На основание чл. 5 ал. 2 от Наредба №7/22.02.08г. за утвърждаване на образците на книжа,  
свързани с връчването по ГПК, на адресата са указани задълженията по чл. 40 и чл. 41 от ГПК, както и  
последствията от неизпълнението им.

**Забележка:** Вижте указанията на гърба на съобщението.

Деловодител / Секретар :

Нина Танчова

л.  
на  
  
с  
до  
ата  
  
с на  
ено  
то се  
л.



28