

РЕШЕНИЕ

№ 9

гр. София, 10.01.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 5-ТИ ТЪРГОВСКИ, в публично заседание на тринадесети декември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Иван Иванов

Членове: Величка Борилова
Зорница Гладилова

при участието на секретаря Красимира Г. Георгиева
като разгледа докладваното от Величка Борилова Въззивно търговско дело
№ 20221001000883 по описа за 2022 година

предвид следното:

Въззивното производство по реда на чл.258 и сл. ГПК е образувано по жалба на «Далла турс»ЕООД, чрез адв.А. П. от САК насочена против Решение № 260519/03.08.2022 г., постановено по т.д. № 350/2020 г. по описа на СГС, ТО, с което въззивното дружество е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГГермания, сумата от 9 624,38 лв., представляваща обезщетение по чл.95 ЗАПСП, от която 8 124,39 лв. пропуснати ползи от ползване на фотографията «Залив на Котор», разгласена на авторския сайт на Т. на 02.01.2017 г., извършено чрез публикуването ѝ на сайта на въззивника с цел предлагане на екскурзии до Черна гора; 420 лв. претърпяна загуба за заплатено адвокатско възнаграждение за доброволно уреждане на спора и 500 лв. обезщетение за неимуществени вреди - частитен иск от обща претенция от 1 000 лв., ведно със законната лихва за забава върху главницата от 8 124,39 лв., считано от 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г. в размер от 579,99 лв.

Във въззивната жалба се правят оплаквания, които могат да се квалифицират като такива за постановяване на атакувания съдебен акт в противоречие с материалния закон – ЗАПСП, както и при съществено нарушение на съдопроизводствените правила - едностранчива и превратна преценка на приобщените доказателства, вкл. за необоснованост.

Поддържа се, че присъдените с обжалваното решение обезщетения за репарирание на причинените на въззиваемия имуществени и неимуществени вреди от използване на авторската му фотография „Залив на Котор“ са останали в хода на процеса недоказани по основание и размер, а при присъждането им първоинстанционният съд необосновано е игнорирал част ангажираните доказателства, а на други е дал вяра.

Като правен резултат от подробно развитите оплаквания в горната насока се иска от настоящата инстанция отмяна на атакуваното решение и по съществото на спора отхвърляне на предявените иски в пълния им претендиран размер.

В отговора по тази въззивна жалба насрещната страна е оспорила развитите в нея

доводи и поддържа правилност на първоинстанционното решение.

След запознаване с данните по първоинстанционно дело решаващия състав съобрази следното:

СГС е бил сезиран с предявени при условието на обективно съединяване искове с правно основание чл.95 ЗАПСП и чл.86, ал.1 ЗЗД от Н. Т. - гражданин на ФРГ Германия против „Далла турс“ ЕООД.

В обстоятелствената част на исковата молба се изложени твърдения, че ищецът е професионален фотограф от Берлин, вкл. автор на уеб сайта за професионални фотографии „Sumfinity“, на който публикувал свои авторски снимки. Такава снимка била и „Залив на Котор“, снимана в Черна гора и разгласена в авторския сайт на ищеца през м.декември 2018 г. в албума „Черна гора“. Твърди се, че ищецът е бил посочен като автор в публикацията.

Ответното дружество „Далла турс“ ЕООД било туроператор и във връзка с търговската му дейност използвал сайта <https://dallatours.com>. Същото предлагало екскурзии до Черна гора в различни формати, рекламирани на сайта му, като освен реклама предлагало и публични оферти, придружени с фотографии с цел онагледяване обекти от маршрута на съответните пътувания.

Чрез използването на специализирания софтуер „Photo Claim“ ищецът установил на 07.06.2019 г., че ответното дружество използва авторската му снимка „Залив на Котор“ на неговия сайт, а чрез интернет архиватора „Wayback Machine“ установил, че тази фотография фигурира на сайта му и към 02.08.2019 г. В този смисъл и се поддържа, че фотографията била ползвана от ответника в периода между двете посочени дати.

Поддържа и че не е давал съгласието си за ползване на фотографията от ответника, като последният при публикуването ѝ не посочил информацията относно нейния автор и източника, от който се е снабдил със същата.

Ищецът предприел извънсъдебни опити за уреждане на възникналите с насрещната страна спор относно използването на авторската му фотография, като на 15.09.2019 г. отправил покана в горния смисъл, но получил отказ.

Твърди се, че в резултат на поведението на ответника ищецът бил лишен от правото си да получи възнаграждение за творчеството и труда си и по този начин претърпял пропуснатата полза чрез получаване на лицензионно възнаграждение срещу предоставяне правото на ползване на процесните снимки, възлизащо в размер на 8 124.39 лв., определен според установената тарифа на автора, допълнена от осреднените цени в Германия, където упражнява дейността си.

Освен това с цел да защити нарушеното му право ищецът претърпял и загуби в размер на 420 лв. за ползваните от него адвокатски услуги при опита му за доброволно уреждане на спора.

Отделно от това, в резултат на посегателството над изработеното от него, същият е претърпял и неимуществени вреди, като приел тежко поредната кражба на труда му, почувствал се унижен и подценен, изпитвал страдания, стрес и дискомфорт.

Твърди, че ангажиментът му да следи в интернет дали някой не му краде труда го натоварва психически и не му позволява да се почувства като творец и артист.

Поискал е от съда да постанови решение, с което да осъди ответното дружество да му заплати обезщетение за претърпените от него имуществени и неимуществени вреди в общ размер от 9 624,38 лв., от които 8 124,39 лв. имуществени вреди, като пропуснати ползи, 579,99 лв. законна лихва върху тази сума, считано за периода 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г., както и сумата от 500 лв. неимуществени вреди - частичен иск от такъв в общ размер от 1 000 лв.

В отговора си по исковата молба ответникът е оспорил предявените искове по основание и размер.

Оспорил е всички фактически твърдения на ищеца, вкл. на първо място това, че е автор на процесната фотография, поддържайки от своя страна, че същата е била налична на

стотици уеб сайтове и онлайн платформи, без да съдържат името на автора ѝ и . Познавайки се на нормата на чл.15 ал.1 от Конвенцията за закрила на литературните и художествените произведения поддържа, че няма вина за непосоченото от него авторство върху снимката, нито е могъл да предполага, че използваната фотография е защитена с авторско право. Поддържал е, че снимка със заглавието, дадено от ищеца - „Залив на Котор“ е била достъпна за ответника в периода на онлайн рекламна кампания през юни 2019 г. за свободно използване и възпроизвеждане по ел.път на общо петнадесет уеб сайта, конкретно посочени, като част от тях били достъпни и преди посочената от ищеца дата на разгласяване на авторския му сайт, а именно - на 03.03.2015 г. и на 11.07.2016 г. от интернет сайт gs.ctrrio.com.

При условието на евентуалност поддържа, че в случая следвало да намери приложение нормата на чл.24, ал.1, т.1 ЗАПСП относно случаите на разрешено свободно ползване на произведение без заплащане на възнаграждение на носителя на авторско право, предвид че процесната фотография била използвана в секция „Блог“ на сайта на ответното дружество, съдържаща представяне на различни статии и пътеписи и други подобни истории, а не с комерсиална цел при предлагане на пътувания.

Оспорил е твърденията на ищеца за „разгласяване“ /“публикуване“/ на същата фотография като обект на авторско право по смисъла на чл.3, ал.3 от Конвенцията за закрила на литературните и художествени произведения и поддържа, че липсата на публикация в посочения смисъл и достъпността на снимката за свободно ползване и възпроизвеждане по електронен път без данни за авторството изключва вината на ответника и съответно отговорността му по чл.95 от ЗАПСП. Твърди от своя страна, че поставянето на снимката в собствения сайт на ищеца я прави достъпна за неограничен кръг от потребители с изрично предложение да бъде принтирана и препратена на свои приятели без да е указана цена и без ищецът да е отразил върху фотографията своето авторство или да е поставил знак, за да го защити срещу употреба от трети лица, от където извежда извод за разрешено използване на произведението му.

Отделно от изложеното твърди, че снимката е използвана временно и инцидентно в рамките на определени рекламни кампании в интернет спрямо твърде ограничен кръг от потребители, като оспорва да е ползвана през твърдения от ищеца период.

Оспорило е и предявените иски по размер, вкл. приложимостта на цените на германския пазар при определяне размера на пропуснатите ползи за ищеца, съответно възприетия от него механизъм за остойностяване на възнаграждението му.

Във връзка с указанията на първоинстанционния съд, дадени в определението му по реда на чл.140 ГПК ищецът е пояснил изрично, че процесната фотография е направена от него на 02.01.2017 г. и разгласена за първи път на сайта му на 07.12.2017 г.

По отношение размер на предявения иск за заплащане на причинени имуществени вреди поддържа, че представената от него тарифа за изчисляване на обезщетението е меродавна, т.к. е най-тясно свързана с автора и размерът на вредата би следвало да се определи по аршина на увредения, а не на вредителя. Допълнил е, че фотографът сам определя колко струва труда му.

Не е оспорил факта, че процесната фотография може да бъде изтеглена от неговия сайт, но за ползването ѝ е необход. съгласие на автора и ищецът не е давал такова, като същият продавал фотографиите на своя сайт, а тарифата му е леснодостъпна на уебсайта му.

От своя страна ответното дружество е поддържало, че е ползвало процесната снимка по повод няколко рекламни кампании, като е била публикувана, съответно „свалена“ няколко пъти, именно във връзка с тях.

Заявило е, че снимката била използвана от дружеството без същото да е знаело кой е неин автор, вкл. - че не са уредени авторски права с него.

Признало е изрично факта, че фотографията е ползвана за рекламни кампании за туристическа дестинация гр.Котор, Черна гора в средата на 2019 г. и по-конкретно - м.април 2019 г. до края на м.май 2019 г.

Софийският апелативен съд, в изпълнение на правомощията си по чл.269 ГПК след като извърши служебна проверка за валидност и допустимост на атакуваното решение и

прецени доводите на страните и събраните по делото доказателства, съобразявайки основанията за неправилност, посочени във въззивната жалба, приема следното:

Обжалваното решение на СГС е валидно и допустимо, като постановено от надлежен съдебен състав, в рамките на неговата правораздавателна власт и в съответната форма, по редовно предявени искиове.

По последните страни по делото са надлежно легитимирани /с оглед твърденията на ищеца/, за които е налице правен интерес от предявяване на процесните осъдителни искиове за присъждане на обезщетение за нарушение на авторските му права.

Разгледани по същество оплакванията за неправилност на първоинстанционното решение въззивната инстанция намира за частично основателни, като за да достигне до този извод съобрази от фактическа и правна страна следното:

Нормата на чл.3, ал.1, т.7 от ЗАПСП категорично определя фотографските произведения и произведенията, създадени по начин, аналогичен на фотографския, като обект на авторско право, поради което и възражението на въззивника в обратната насока се явяват несъстоятелни, а процесната фотография „Залив на Котор“ следва да се разглежда именно като такъв обект.

Аргумент в подкрепа на изложеното следва да се почерпи и от изслушаната /и неоспорена в тази ѝ част/ съдебно-техническа експертиза пред първоинстанционния съд, изготвена от вещото лице - фотограф, според която процесната фотография /кадър/ е направен с по-сложна фотографска технология - не е един кадър, а сбор от няколко. Отделно от това снимките на въззиваемия, публикувани на уебсайта му, вкл. процесната, имат специална обработка, която ги прави различни от всички останали с подобни изображения, която се дължи на използваната от него технология на събрана панорама, която прави изображението по-реалистично.

От своя страна чл. 5 от ЗАПСП дефинира, че носител на авторското право е авторът - физическото лице, в резултат на чиято творческа дейност е възникнало произведението.

Действащата норма чл.6, ал.1 ЗАПСП /вкл. и 2019 г./ – периодът, датата на която се твърди да е установено нарушението/ пък сочи, че до доказване на противното за автор се смята лицето, чието име или друг идентифициращ знак са посочени върху произведението по обичайния за това начин.

Гореобсъдената нормативна рамка предпоставя, че чл.6, ал.1, пр.1 ЗАПСП е установил в специалния закон разместваща доказателствената тежест оборима презумпция за авторство на произведението на лицето, чието име или друг идентифициращ знак са посочени по обичайния за това начин върху оригинала на произведението, върху копия или екземпляри от него.

Именно с оглед на същата не ищецът, а ответникът в настоящето производство е страната, която следва да установи при условието на пълно и главно доказване, че не ищецът е автор на процесната фотография.

Ето защо и настоящата инстанция намира несъстоятелен доводът на ответника-въззивник, че в случая презумпцията на чл.6, ал.1 ЗАПСП не може да се приложи, т.к. публикуването на фотографии на сайта на ищеца-въззивник, без да е посочено, че той е техен автор, респ. - върху нея не е поставен специален знак /воден/, удостоверяващ авторство, е равнозначно на изразено от него съгласие тези фотографии, вкл. процесната, да бъде използвана от потребителите на електронната мрежа, вкл. и на сайта на ответника.

Този довод не съответства на установеното по делото от съвкупния анализ на приобщените доказателства, доколкото случаят лицето, посочено за автор на процесната фотография, е именно ищецът-въззиваем, и този факт е посочен по обичайния за това начин, еднозначно и безсъмнено на заглавната страница на авторския му сайт – “Sumfinity“, достъпен и на български език, по отношение на който решаващият състав извърши и служебна справка. Според съдържанието на същата сайтът разгласява изобразително изкуство от Н. Т. – европейски художник, като посетителя на сайта е поканен да открие света чрез снимките му, създадени по време на неговите пътувания.

Следователно - процесната фотография е разгласена на сайта на ищеца-въззиваем по

начин, на който изрично и недвусмислено е посочено, че съдържа само и единствено негови авторски фотографии, в раздела албум „Montenegro“ /“Черна гора“/ – подраздел „Kotor“ /“Котор“/.

Този факт, преценен във връзка с останалите приобщени по делото доказателства /заклученията на двете съдебно-технически експертизи, гласните доказателства, чрез показанията на свидетеля М. - служител на въззивното дружество и писмените такива/, вкл. изричното признание от страна на въззивника-ответник в писменото му становище-молба с вх.№ 269046/25.01.2021 г. в насока, че процесната фотография е ползвана от него за рекламни кампании за туристическа дестинация гр.Котор, Черна гора в средата на 2019 г. /признанието е конкретно - м.април - м.май 2019 г./, безсъмнено водят на извод, че фотографията е авторска на Т. и е разгласена за трети лица на нарочно създадения от него сайт за споделяне на негови авторски фотографии през м.декември 2018 г. За пълнота – на сайта фотографията е придружена и от допълнителен текст, касаещ виждането на авторът ѝ за заснетия от него обект - заливът на Адриатическо море в гр.Котор при залез слънце.

Ето защо и решаващият състав намира за несъстоятелно възраженията във въззивната жалба за неустановеност авторството по отношение на процесната фотография от страна на Т., респ. - за липса на идентичност между авторската фотография на въззиваемия и тази, използвана на сайта на туристическата агенция за онагледяване на туристически екскурзии до Черна гора.

Както вече се посочи, същото се намира в категорично несъответствие с установената правна рамка относно презюмцията за авторство, установена от чл.6, ал.1 ЗАПСП, респ. - с безсъмнено установените релевантни за предмета на спора факти от съвкупния анализ на приобщените доказателства относно използването на процесната авторска фотография от страна на въззивника при осъществяването на търговската му дейност - туристически услуги, за визуализиране на предлагани екскурзии до Черна гора.

Освен че фактът на използване на именно на процесната фотография от въззивника за период от два месеца е изрично признат от него, фактът, че тя е била копирана /“свалена“/ точно от сайта на въззиваемия, а не от друг сайт, при това - от служител на „Далла турс“ЕООД - продуктовия мениджър на търговското дружество - свидетеля Е. М., е установен от показанията на този свидетел.

Ето защо и обстоятелството дали преди публикуване на процесната снимка от въззиваемия в интернет мрежата са били налични и други с подобно изображение, което е можело да бъдат използвани свободно /т.е. без заплащане на авторски права/, е ирелевантен за предмета на производството - релевантен е единствено този, че конкретно процесната фотография, публикувана на уеб сайта за авторска фотография на въззиваемия, е била използвана без неговото съгласие и разрешение от въззивното дружество.

Ирелевантен е и фактът, че същата не притежава електронен сертификат, воден знак или друга система да еднозначно разпознаване, респ. - че въззиваемият не е забранил десен бутон за свалянето от сайта му на процесната фотография и не е използвал предвидения в § 1, ал. 1 ДР на ЗАПСП знак - латинската буква "С", заградена в кръгче.

На първо място материалният закон не е установил подобно изискване като предпоставка за защита на авторско право.

На отделно основание според решаващият състав фактът, че процесната фотография е налична в авторския сайт на въззиваемия, подредена в нарочно създадена секция /Черна гора/, като е налице изрично посочване в сайта, че за лицензираното ѝ използване е необход. посетителя на сайта да се запознае с ценовия лист и да се свърже с автора, представлява фактическо действие, с което авторът на фотографията е упражнил правото си по чл. 18, ал. 2, т. 6 ЗАПСП - да покаже на неограничен кръг лица създаденото от него по фотографски начин произведение, вкл. изрично е определил условията, при които той бил дал разрешение за възпроизвеждането и разпространението му.

Това му действие не може да се тълкува и в насока на изразено конклюдентно или изрично съгласие и разрешение фотографията му да се ползва от трети лица, доколкото поради спецификата на произведението му - фотографията се възприема зрително, показването му чрез публикуването на авторския сайт на въззивника следва да се счита като

действие единствено за публично му представяне на посетителите на сайта. За извършването на каквито и да е последващи действия от тях, засягащи правата на автора, вкл. и тяхното принтиране или електронно копиране и разпространение, авторът е посочил нарочен начин за връзка с него, вкл. е оповестил ценови лист, касаещ предоставянето на лицензионно право в полза на трети лица.

В този смисъл и възпроизвеждането на снимката в електронен сайт от самия й автор представлява упражняване на изричното правомощие на автора да представи /покаже/ публично произведението си - в случая художествена фотография, и възпроизведено по този начин от него същото изпълва хипотезата на чл.3, ал.3 от Конвенцията за закрила на литературните и художествени произведения /Бернската конвенция, ратифицирана от България през 1974 г. - ДВ бр.53/06.07.1974 г./ и следва да се счете за „публикувано произведение“, но, както вече се посочи - това действие не може да се тълкува като изразено изрично или конклюдентно съгласие за използването и разпространяването му от трети лица, въвн от хипотезата на чл.23 ЗАПСП.

Противно на оплакванията във въззивната жалба, в хода на първоинстанционното производство въззивникът не е оспорил фактът /напротив - признал го е изрично/, че е използвал авторската фотография на въззимаемия без неговото съгласие за търговски цели - онагледяване на предлагане от него туристическа услуга до определена дестинация - Черна гора, поради което и не може да се приеме друго, освен че не е приложима нормата на чл.24 ЗАПСП, вкл. и в хипотезата й на ал.1, т.1.

При установеното по делото, че това използване е продължило първоначално за период от два месеца /м.април - м.май 2019 г./, вкл. се е повторило с оглед кампанийния характер на организиранияте екскурзии до посочената дестинация, от които търговецът, развиващ туроператорска дейност е получавал приходи, а в периодите, когато кампаниите не са били активни, също е била налична на сайта /показанията на свидетеля М./ използването на процесната фотографии от въззивника няма характера на „инцидентно“.

Като е възпроизвел и разпространил до неограничен брой лица, без знанието и разрешението на автора и без същият да е посочен като такъв при използване на фотографията, въззивникът е действал в нарушение на правото на автора по чл.15, ал.1, т.4 ЗАПСП да иска името му или друг негов идентифициращ го авторски знак да бъдат обозначени по съответния начин при всяко използване на произведението.

Следователно разпространението на авторската фотография на Т. от възвиваемото дружество е извършено в нарушение на посочената правна норма, което от друга страна легитимира активно авторът да търси обезщетение за всички претърпени от него преки и непосредствени вреди от нарушението срещу лицето, нарушило авторските му права. По арг. от чл.95г ЗАПСП и предвид че по делото няма данни кое точно лице – служител или др. наето лице при ответното дружество е извършило фактически нарушението, отговорността за последното се носи от юридическото лице.

Изр.2 на същата норма е установила разместваща доказателствената тежест оборима презумпция, че в този случай вината се предполага до доказване на противното.

Ето защо и правнонесъстоятелно е въведеното възражение от ответника-възвиваем, че в случая липсвал умисъл, като елемент от фактическия състав на нормата на чл.95 ЗАПСП, т.к. не е знаел, че фотографията е авторска.

Същият не е ангажирал от една страна доказателства, които да оборят въведената от закона презумпция за виновното осъществяване на нарушението, а от друга – незнанието на факта, че използваната и разпространена без разрешение фотография е авторска, не е извинително поведението на ответника-възвиваем и не го освобождава от носенето на гражданска отговорност за понесените от автора вреди.

По изложените съображения въззивната инстанция счита, че следва изцяло да сподели крайният извод на първоинстанционния съд за доказаност по основание на предявените иски за присъждане на обезщетение за причинени на автора на процесното произведение имуществени и неимуществени вреди.

Несъстоятелно е оплакването във въззивната жалба, че при формирането му първоинстанционният съд е допуснал съществено нарушение на съдопроизводствените

правила, като едностранно и превратно е ценил ангажираните пред него доказателства - по-конкретно - изслушаните експертизи.

Първоинстанционният съд е обсъдил подробно становищата и на двете изслушани съдебно-технически експертизи - тази, изготвена от вещото лице фотограф и видеограф Е. Н. и тази от вещото лице А. Н. К. - специалист информационна сигурност, като е изложил съображения в коя част кредитира същите и в коя - не им дава вяра.

Действайки по гореописания начин СГС не е нарушил, а стриктно е спазил установените съдопроизводствените правила при събиране и проверка на доказателствата.

След самостоятелно запознаване с двете експертизи и поясненията на изготвилите ги вещи лица въззивната инстанция също прие, че не следва да кредитира втората от изслушаните съдебно-технически експертизи по отношение на дадените от нея отговори на релевантните за настоящето производство въпроси относно авторството на процесната фотография, респ. - датата, на която тя е била публикувана за първи път.

Горният извод се налага на първо място от обстоятелството, че вещото лице К. не е дало нито един конкретен и неоспорим отговор на поставените му въпроси - всеки един от тях съдържа неопределеност и вариантност.

Отделно от това част от отговорите са в категорично несъответствие с установеното от анализа на останалите приобщени по делото доказателства, вкл. изричните признания на въззивника /досежно електронния сайт, от който е била „свалена“ процесната снимка и времето, когато е извършено това действие от свидетеля М./, а друга част - вкл. отговора на въпроса относно датата, на която снимката е публикувана в интернет пространството и възможността за манипулируемост на данните, са вътрешно противоречиви и неподкрепени обективно от каквито и да е други налични данни по делото /липсва посочване кои са линковете с видими фотографии, подобни на процесната, респ. -неактивните, още повече че крайното заключение е че от тях не може да се даде отговор на въпроса кога са публикувани аз първи път/ .

Ето защо и решаващият състав приема, че по отношение отговорите на относимите към спора въпроси следва да кредитира заключението на вещото лице Н., което е последователно и логично обосновано - в него са дадени конкретни и аргументирани отговори на въпросите относно съдържанието на EXIF данните на снимката, резултатите от алгоритъмът за търсене на подобни изображения в Google търсачката, следващ максимална степен на достоверност на източника, /първите три попадения са сайтовете на Т./, значението на понятието RAW /суров/ файл и данните, които той дава, спецификата на обработката на фотографиите на въззиваемия, правещи си уникални, идентичността на ползваната от въззивното дружество фотография с тази обработка.

Нещо повече - именно след изслушване на посочената експертиза с нарочно определение на първоинстанционния съд е приет за безспорно установен между страните и ненуждаещ се от доказване фактът, че използвана от въззивника фотография и наличната в молбата – становище, депозирана в о.с.з. на 31.03.2021 г., са идентични.

Отделно от изложеното и какво вече се посочи - обстоятелството, че в интернет пространството са налични и други фотографии на географския обект - залив на гр.Котор, вкл. на самия град, както и че са били налични преди датата на заснемане на процесната фотография, не опровергава изводът за основателност на предявения иск за репарирание на причинените на автора на конкретната фотография вреди от противоправното поведение на трети лица, засягащи защитеното му от закона авторско право, защото по делото безсъмнено се установява, че именно въззиваемият е автор на процесната фотография и именно тя е ползвана без неговото разрешение от въззивника при осъществяване на търговската дейност на последния по организиране на туристически екскурзии до Черна гора, за период от време от м.април 2019 г. до 07.06.2019 г.

Последната дата съдът приема за установена с оглед данните от архиватора „Wayback Machine“, за които, вкл. вещото лице К. в заключението си сочи, че са с добра репутация, вкл. и с оглед установеното от гласните доказателства на свидетелите М. и М. /също служител на въззивното дружество - негов счетоводител/.

При безсъмнената установеност на предявените искове по основание, при преценка на

техния размер във връзка с нормата на чл.95, ал.3 ЗАПСП, според която този размер следва да бъде съобразен с всички обстоятелства, свързани с нарушението, пропуснатите ползи и неимуществените вреди, както и приходите, реализирани от нарушителя вследствие на нарушението, въззивната инстанция намира следното:

Възприема се в теорията и съдебната практика, че отговорността за нарушено авторско право представлява особен вид деликтна отговорност, която има обективен характер и е без значение дали нарушителят е знаел или не за чуждите права върху произведението.

Ето защо и осъществяващия нарушението дължи на автора на произведението обезщетение за причинените му вреди, настъпили в пряка причинна връзка с това нарушение, вкл. имуществени и неимуществени.

При установеното по делото, че именно въззивното дружество е публикувало на своя електронен сайт без разрешението на автора ѝ и без той да е посочен като такъв процесната фотография, използвайки я за визуализиране на туристическа дестинация, за която е организирано екскурзии, като по този начин е имало възможност същата да бъде възприета визуално /видяна/ от неограничен кръг лица, то същото дължи обезщетение на въззиваемия такова, каквото е определимо по правилото на чл.95, ал.3 ЗАПСП.

В случая и доколкото липсват категорични и безспорни данни какви приходи въззивникът е реализирал вследствие на нарушението /за този факт са ангажирани единствено показанията на свидетелката М., служител на въззивника, които, преценени в светлината на чл.172 ГПК не следва да се кредитират, поради особените ѝ отношения с посочената страна по делото/ решаващият състав приема, че при определяне на претендираното обезщетение не би могло да се използва т.нар. „метод на приходите“.

Затова приложим следва да се счете сравнителния метод /на пазарните аналози/.

Решаващият състав приема още, че при прилагането на този метод обаче не може да възприеме за единица за сравнение определената цена за ползване на процесната фотография от самия ищец-въззиваем в публикувания ценови лист на уеб сайта му /възприета и от вещото лице Н./, нито Таблицата за средни възнаграждения при продажба на фотографии, приложима в немската фото-индустрия така, както се претендира с исковата молба.

Предвид трансграничния характер на спорното правоотношение, по което една от страните /ищецът/ е гражданин на друга държава членка на ЕС, в случая при спазване императива на Регламент № 1215/ 2012 на Европейския парламент и на съвета от 12 декември 2012 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела производството е инициатирано и се развива пред местнокомпетентния съд - българския, по арг. от чл.4 от Регламента.

При разрешаването на повдигнатия правен спор от българския съд освен процесуалната приложимост на националния български закон приложение намира и местния материален закон, уреждащ спорното правоотношение ЗАПСП и ЗЗД, т.к. отговорността на ответника е деликтна и специалният закон не съдържа свои автономни правила относно този правен институт.

Горният извод се предпоставя от една страна по арг. от чл.71, ал.1 КМЧП и чл.99, ал.1, т.2 ЗАПСП, а от друга - от чл.8, т.1 от Регламент ЕО) № 864/2007 на ЕП и на Съвета от 11 юли 2007 г. относно приложимото право към извъндоговорните задължения („Рим II"), вкл. практиката на СЕС по приложението му /напр. Решение на Съда (четвърти състав) от 3 октомври 2013 година по дело C-170/12, Решение на Съда (пети състав) от 3 март 2022 година по дело C-421/20, Решение на Съда (пети състав) от 3 март 2022 г. (преюдициално запитване от Oberlandesgericht Düsseldorf — Германия) — Acacia Srl/Bayerische Motoren Werke AG (Дело C-421/20) (2022/C 171/13/.

В цитираните решения по безпротиворечив начин е дадено разрешение на спорният по делото въпрос относно критериите, по които се определя обезщетението за пропуснати ползи при неправомерно използване на авторско произведение и той е в насока, че именно българският съд е компетентен да се произнесе по отношение на вредата, причинена на територията на РБългария, която се явява държава-членка на сезираната юрисдикция, като вземе предвид критериите, определени от приложимия национален закон.

Принципът за приложението на материалното право на държавата - членка, в която се търси защита за нарушения на права върху обекти на интелектуалната собственост (*lex loci protectionis*) е приложим в случая и по арг. от т.26 от Преамбюла на същия Регламент.

В този смисъл и т.к. ищецът-въззиваем е потърсил защита на авторското си право с твърдения, че е нарушено на територията на РБългария, въпросът как се определя обезщетението за пропуснати ползи при неправомерно използване на авторско право в казус като настоящия безсъмнено ще се разреши от приложимия българският материален закон, който е изцяло съответен на зададената правна рамка от съюзното право.

При неговото приложение е необходимо да се съобрази, че ищецът е гражданин на ФРГ Германия и определените от него самия цени за произведенията му, вкл. тези на немската фото-индустрия, са несъответни на обществените и икономическите условия в България и не могат да намерят приложение при определяне на обезщетението за причиняване на имуществени вреди на автора за територията на България. Горният извод се налага поради обстоятелството, че определените от въззиваемия цени са съобразени с обществено икономическите условия в друга държава - членка - Германия, като такива е и т.нар. Таблица за средните възнаграждения при продажба на фотографии, приложима в немската фото-индустрия, а в казуса обезщетението за причинените му имуществени вреди касае нарушение на авторското му право на територията на РБългария, където процесната фотография е използвана за рекламни цели на българския туристически пазар от български туроператор, и е била предназначена за потребители на тази услуга в България.

На отделно основание ценовият лист на въззиваемия, достъпен в интернет на уеб страницата му, не дава информация за характера и основанието за начисляване на претендираните добавки към основната определена цена за интернет използване на произведенията му, респ. - какво е основанието за начисляването им /допълнителни 50%, допълнителни 100 % така, както е посочено от пълномощника му в разменената кореспонденция с въззивното дружество и както се претендира в процеса/. По този начин не може да се прецени съответствието им с последиците от установеното нарушение, с оглед избягване вероятността от неоснователно санкциониране на нарушителя.

Предвид изложеното в случая решаващият състав съобрази заключението на вещото лице Н., упражняващ професията на фотограф в РБългария, в което се сочи, че цената на използваната фотография може да е в много широки граници и не може да се фиксира, а обичайната практика на фотографите в България за комерсиално използване на техни кадри включва или посочването на цените и условията, при които може да се ползва снимката на подходящо място, или договарянето между страните - фотограф и клиент относно тази цена. Сочи, че той използва в практиката си само втория вариант - на договарянето.

При липса на други доказателства касателно спорния въпрос относно размера на претендираното обезщетение за причинените на ищеца-въззиваем имуществени вреди, представляващи пропуснати ползи и неимуществени такива, представляващи психически болки, страдания, стрес и дискомфорт решаващият състав счита, че приложение следва да намери нормата на чл. 95а, ал. 1, т. 1 ЗАПСП, според която когато искът е установен по основание, но няма достатъчно данни за неговия размер, ищецът може да иска като обезщетение от 500 лв. до 100 000 лв., като конкретният размер се определя по преценка на съда при условията на чл. 95, ал. 3 и 4 ЗАПСП.

Следва да се акцентира, че тези условия освен че отчитат конкретиката на всеки един казус /релевантните за определяне на конкретното обезщетение обстоятелства, свързани с нарушението/, установяват и специална предупредително-възпиращата функция на присъжданото обезщетение - прието е, че същото трябва да въздейства възпиращо и предупредително на нарушителя и на останалите членове на обществото.

Ето защо и решаващият състав намира, че при доказано нарушение на авторско право, както в случая, вкл. при налични данни относно автора и нарушителя, спецификата на нарушението, неговата продължителност и интензитет, обезщетение по реда на чл.95а, ал.1, т.1 ЗАПСП следва да бъде присъдено независимо, че в случая ищецът-въззиваем не е поискал неговото присъждане по посочения ред. Горният извод в най-пълна степен съответства на придадената на присъжданото обезщетение не само обезщетителна, но и санкционна функция, вкл. на целите, застъпени в съюзното право относно гарантиране

спазването правата върху интелектуалната собственост.

Така при определяне на конкретния размер на дължимото се обезщетение решаващият състав съобрази обстоятелството, че се касае за една фотография, която е била използвана за период от около три месеца от въззивника, за да илюстрира допълнително с рекламна цел търговската му дейност /без да се акцентира на самото произведение/, като в резултат на рекламните кампании не се установи търговецът да е реализирал конкретни приходи.

По изложените съображения решаващият състав приема, че справедливото обезщетение в случая се съизмерява със сумата от по 500 лв. за причинени имуществени вреди, представляващи пропуснати ползи и 500 лв. за неимуществените такива, или общо сумата от 1 000 лв., дължима за причинените на ищеца-въззиваемото имуществени и неимуществени вреди от нарушаването на авторското му право по отношение процесната фотография от страна на въззивника. Към същото следва да бъде добавено и обезщетение за причинени вреди в размер на 400 лв., представляващи сторени извънсъдебни разноски за разрешаване на процесния спор, сума, платена като възнаграждение на представляващия го адвокат, съобразно ангажираните към исковата молба 10.07.2019 г.

За претендираните разноски в размер на 20 лв. на посоченото основание не са ангажирани доказателства да са сторени /представеното пълномощно касае единствено сума в размер на 400 лв./.

Предвид така наведените съображения първоинстанционното решение следва да бъде частично отменено в частта му, с която предявеният иск за присъждане на обезщетение за причинени имуществени и неимуществени вреди е бил уважен над сумата от общо 1 400 лв. до сумата от общо 9 044,39 лв.

По отношение акцесорния иск за присъждане на лихва за забава за периода от 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г. първоинстанционното решение също следва да бъде частично отменено, като последица от частичната отмяна на главния иск и такава се присъди за посочения период, но само върху сумата от 1 400 лв. Определена с помощта на електронен калкулатор при посочените параметри същата възлиза на 99,95 лв., като над посочения размер до присъдения такъв с първоинстанционното решение от 579,99 лв. искът следва да се отхвърли, като неоснователен.

По разноските.

Съобразно изходът от спора пред настоящата инстанция и по правилото на чл.78, ал.1 и ал.3 ГПК присъдените разноски в полза на страните пред първоинстанционния съд следва да бъдат ревизирани.

Така предвид представения списък с разноски от страна на ищеца на същия се дължат разноски от ответника единствено за уважената част от предявения иск, в случая - в размер на 56 лв. и 30 лв. за платена възнаграждение на вещото лице, както и 232 лв. за платено адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител.

Съответно - на ответника се дължат разноски, съобразно отхвърлената част от иска, възлизащи на 676,16 лв. за платени възнаграждения на вещите лица, както и 1 014 лв. за платено адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител.

Пред въззивната инстанция и двете страни са представили списъци с разноски и доказателства за заплащането им, като предвид формулираните и от двете страни възражения за прекомерност на платените адвокатски възнаграждения решаващият състав приема, че същите са съответни на фактическата и правна сложност на спора и не са прекомерни.

В този смисъл на въззивника се дължат разноски съобразно уважената част от въззивната жалба, изчислени като 163 лв. за платена държавна такса за въззивното производство и 1 014 лв. за платено адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител.

На въззиваемата страна се дължат разноски съответно на отхвърлената част от въззивната жалба, изчислено в размер на 232 лв.

Мотивиран от изложеното, Софийският апелативен съд, търговско отделение, пети състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 260519/03.08.2022 г., постановено по т.д. № 350/2020 г. по описа на СГС, ТО, с което «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания, сумата над 1 400 лв. до сумата от общо 9 044,39 лв., представляваща обезщетение по чл.95 ЗАПСП за причинени имуществени /пропуснати ползи и причинени вреди/ и неимуществени вреди от ползване на фотографията «Залив на Котор», разгласена на авторския сайт на Т. през м.декември 2018 г., извършено чрез публикуването ѝ на сайта на «Далла турс»ЕООД с цел предлагане на екскурзии до Черна гора, като искът за причинени неимуществени вреди е предявен за сумата от 500 лв. и като частитен иск от обща претенция от 1 000 лв., както и в частта с която «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания, сумата над 99,95 лв. до сумата от 579,99 лв., представляваща лихва за забава върху главницата, считано от 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г. и в частта, с която «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания сторени по делото разноски пред СГС над сумата от 318 лв. до сумата от 2 058 лв. и вместо него ПОСТАНОВЯВА:

ОТХВЪРЛЯ като неоснователен предявеният осъдителен иск с правно основание чл.95 ЗАПСП от Н. Т. - гражданин на ФРГермания против «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 за парично вземане над сумата от 1 400 лв. до сумата от 9 044,39 лв., представляваща обезщетение за причинени имуществени /пропуснати ползи и причинени вреди/ и неимуществени вреди от ползване на фотографията «Залив на Котор», разгласена на авторския сайт на Т. през м.декември 2018 г., извършено чрез публикуването ѝ на сайта на «Далла турс»ЕООД с цел предлагане на екскурзии до Черна гора, като искът за причинени неимуществени вреди е предявен за сумата от 500 лв. и като частитен иск от обща претенция от 1 000 лв., както и предявеният осъдителен иск по чл.86, ал.1 ЗЗД за заплащане на сумата над 99,95 лв. до претендирания размер от 579,99 лв., представляваща лихва за забава върху главницата, считано от 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г.

ПОТВЪРЖДАВА Решение № 260519/03.08.2022 г., постановено по т.д. № 350/2020 г. по описа на СГС, ТО, с което «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 в частта му, с която «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания, сумата от общо 1 400 лв., представляваща обезщетение по чл.95 ЗАПСП за причинени имуществени /пропуснати ползи и причинени вреди/ и неимуществени вреди от ползване на фотографията «Залив на Котор», разгласена на авторския сайт на Т. през м.декември 2018 г., извършено чрез публикуването ѝ на сайта на «Далла турс»ЕООД с цел предлагане на екскурзии до Черна гора, като искът за причинени неимуществени вреди е предявен за сумата от 500 лв. и като частитен иск от обща претенция от 1 000 лв., както и в частта с която «Далла турс»ЕООД, ЕИК 203796661 е осъдено да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания, сумата от 99,95 лв., представляваща лихва за забава върху главницата от 1 400 лв., считано от 07.06.2019 г. до 18.02.2020 г.

ОСЪЖДА Н. Т. - гражданин на ФРГермания, с адрес в гр.*** ул. »***» № **, роден на ***** г., със съдебен адрес в РБългария гр.София, 100, ул.»Цар Шишман» № 3, ет.1 - «Г. и Г.» да заплати на «Далла турс» ЕООД, ЕИК 203796661 сторените от дружеството разноски пред въззивната инстанция в размер на 1 177 лв. за платени държавна такса и адвокатско възнаграждение, съобразно отхвърлената част от иска.

ОСЪЖДА «Далла турс» ЕООД, ЕИК 203796661 да заплати на Н. Т. - гражданин на ФРГермания сумата от 232 лв. сторени по делото разноски пред въззивната инстанция за адвокатско възнаграждение на процесуалния му представител, съобразно уважената част от иска.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба в едномесечен срок от връчването му на страните пред ВКС на РБългария, при наличие на предпоставките по

чл.280, ал.1 и ал.2 ГПК.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____