



## Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ  
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
представено на 25 април 2018 година<sup>1</sup>

Дело C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen**  
срещу  
**Dirk Renckhoff**

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof (Върховен федерален съд, Германия))

„Преюдициално запитване — Авторско право и сродни права в информационното общество — Понятието за публично разгласяване — Предоставяне на разположение в интернет портал на защитено произведение, достъпно за всички интернет потребители в друг интернет портал — Хипотеза, при която произведение е копирано на сървър без разрешението на носителя на авторското право“

1. До неотдавна различните училищни проекти по тема обикновено се изготвяха върху картон и се украсяваха със снимки, репродукции и картинки от книги и списания. След това се излагаха в учебните центрове (за радост на родителите), без авторите на въпросните снимки да претендират за обезщетение поради използването им.
2. В крак със съвременните технологии, днешните ученици също включват снимки или картинки в своите проекти, с тази разлика, че както самите проекти, така и използваните изображения са дигитални. В интернет има милиони графични изображения, които могат да бъдат включени в училищен проект, а и е сравнително лесно готовата работа да се качи на уебсайт, достъпен за всеки.
3. Настоящият случай е такъв. Ученичка от Gesamtschule Waltrop (средно общообразователно училище във Валтроп), в Land Nordrhein-Westfalen (Провинция Северен Рейн-Вестфалия)<sup>2</sup>, Федерална република Германия, намира в интернет снимка на испанския град Кордоба и я включва към свой проект за занятията по испански език. След като проектът е готов, го *помества* на уебсайта на училището, а заснелият кадър професионален фотограф разбира, че изображението е използвано без негово разрешение и смята, че авторското му право е нарушено (поради което иска преустановяване на деянието и обезщетение за нанесени вреди).

<sup>1</sup> Език на оригиналния текст: испански.

<sup>2</sup> Наричана по-нататък „Провинцията“ или „Провинция Северен Рейн-Вестфалия“, без разлика.

4. В този контекст Bundesgerichtshof (Върховен федерален съд, Германия) иска от Съда да уточни обхвата на понятието „предоставяне на публично разположение“ (в мрежата), с оглед на посоченото нарушение. Тъй като в дигиталния свят *предоставянето на разположение* съответства на „акта на разгласяване“ в аналоговия<sup>3</sup>, на принципа *mutatis mutandis* следва да се приложи съдебната практика, развита по отношение на „акта на разгласяване“<sup>4</sup> по член 3 от Директива 2001/29/ЕО<sup>5</sup>.

5. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали това понятие обхваща изтеглянето на снимката на Кордоба и нейното последващо включване в проект, добавен на уебсайта на училището. Макар тълкуването на израза „публично разгласяване“ да е било предмет на немалко решения на Съда, произнасяни във връзка с въпроси за новите технически средства и методите на публикуване на защитени произведения, това запитване показва, че за националните съдилища необходимостта от тълкуване не е отпаднала<sup>6</sup>.

6. Съдът а quo има съмнения относно един от принципите, развити от Съда: по-конкретно иска да установи дали фотографията, включена в проекта, качен на училищния уебсайт, е била предоставена на разположение на „нова“ публика. Въпреки това мисля, че за разрешаването на спора може би ще бъде подходящо да се обърне внимание и на други фактори относно способа и обстоятелствата, при които е била използвана фотографията, които противоречат на останалите посочени критерии на съдебната практика.

## I. Правна уредба

### A. Международно право

#### 1. Договор на СОИС за авторското право

7. На 20 декември 1996 г. Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) приема в Женева Договора на СОИС за авторското право, влязъл в сила на 6 март 2002 г. и одобрен от името на Европейската общност с Решение 2000/278/ЕО на Съвета<sup>7</sup>.

8. Член 1, параграф 4 от същия задължава договарящите се страни да спазват разпоредбите на членове от 1 до 21 от Бернската конвенция<sup>8</sup>.

3 Решение от 11 септември 2014 г., Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, т. 42). Вж. обясненията за възникването на израза „предоставяне на разположение“ в международното авторско право, откъдето е преминал в Директива 2001/29, *Walter*, M.M. Article 3 — Right of communication to the public. — In: *Walter*, M.M./*Von Lewinski*, S. *European Copyright Law — A Commentary*. Oxford 2010, p. 978.

4 Страните, представили писмени становища в преюдициалното производство, споделят това разбиране, тъй като съответно се позовават на съдебната практика във връзка с акта на разгласяване.

5 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 L 167, 2001 г., стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230).

6 Изразът „няма нищо по-лошо от брилянтно ясна снимка с неясна идея“, приписван на северноамериканския фотограф Ансел Адамс, може да помогне при разбирането на тази поредица от съдебни спорове.

7 От 16 март 2000 г. (ОВ L 89, 2000 г., стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 20, стр. 212).

8 Бернска конвенция за закрила на литературните и художествените произведения (Парижки акт от 24 юли 1971 г.), в редакцията ѝ след изменението от 28 септември 1979 г. (наричана по-нататък „Бернската конвенция“).

## 2. Бернската конвенция

9. Съгласно член 2, алинея 1 от Бернската конвенция:

„Понятието „литературни и художествени произведения“ включва всеки продукт от литературната, научната и художествената област, независимо от начина и формата на изразяването му, като [...] фотографски произведения, към които се приравняват произведения, създадени по способ, аналогичен на фотографския; [...]“.

10. Член 11 *bis*, алинея 1, точка ii) от същата конвенция посочва:

„(1) Авторите на литературни и художествени произведения имат изключителното право да разрешават:

[...]

(ii) всяко публично съобщаване по жичен път или преизлъчването на произведение, вече излъчено или излъчвано в момента по безжичен път, когато те се осъществяват от организация, различна от първоначалната“.

## Б. Правото на Съюза. Директива 2001/29

11. Сближаването на законодателствата на държавите членки в областта на интелектуалната собственост е извършено главно с Директива 93/98/ЕИО<sup>9</sup>, впоследствие изменена и отменена с Директива 2006/116/ЕО<sup>10</sup>, която кодифицира предходните редакции. Едно от тези изменения има за цел да се регламентира защитата на авторското право и сродните му права в така нареченото информационно общество посредством Директива 2001/29.

12. Съгласно съображение 23:

„Настоящата директива следва да хармонизира в по-голяма степен правото на автора на [публично разгласяване]. Настоящото право следва да се разбира в широк смисъл, като обхваща всяко съобщаване на публиката, която не присъства на мястото, откъдето произхожда разгласяването. Това право следва да обхваща всяко такова предаване или препредаване на произведение на публиката по жичен или безжичен път, включително аудио-визуално излъчване. Това право не обхваща други действия“.

13. Съображение 31 гласи:

„Трябва да се поддържа справедлив баланс между правата и интересите на различните категории притежатели на права, както и на различните категории притежатели на права и ползватели на закриляни обекти. Съществуващите изключения и ограничения по отношение на правата, както са определени от държавите членки, следва да бъдат преоценени с оглед новата електронна среда. [...]“.

<sup>9</sup> Директива на Съвета, от 29 октомври 1993 година относно хармонизирането на срока на закрила на авторското право и определени сходни права (ОВ L 290, 1993 г., стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 141, наричана по-нататък „Директива 93/98“).

<sup>10</sup> Директива на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 г. (ОВ L 372, 2006 г., стр. 12; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 3, стр. 7).

14. Съображение 34 гласи:

„Държавите членки следва да имат правото да предвидят някои изключения или ограничения в някои случаи като използването за образователни или научноизследователски цели в полза на държавни учреждения като библиотеките и архивите, с цел отразяване на актуални събития, за цитиране, за използване от лица с увреждания, за целите на обществената безопасност и за целите на административни и съдебни производства“.

15. Член 2 („Право на възпроизвеждане“) предвижда:

„Държавите членки предвиждат изключителното право да разрешават или забраняват пряко или непряко, временно или постоянно възпроизвеждане по какъвто и да е начин и под каквато и да е форма, изцяло или частично:

а) за авторите — на техните произведения;

[...]“.

16. Член 3 („Право на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“) предвижда в параграф 1:

„1. Държавите членки предоставят на авторите изключително право да разрешават или забраняват публичното разгласяване на техни произведения по жичен или безжичен път, включително предоставяне на публично разположение на техни произведения по такъв начин, че всеки може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него“.

17. Член 5 („Изключения и ограничения“) гласи в параграфи 3 и 5:

„3. Държавите членки могат да предвидят изключения или ограничения по отношение на правата, предвидени в членове 2 и 3, в следните случаи:

а) използване с единствена цел за илюстриране при преподаване или научни изследвания, с уговорка да се посочи източникът, освен ако това не се окаже невъзможно, включително името на автора, доколкото е оправдано от преследваната нетърговска цел;

[...]

5. Изключенията и ограниченията, предвидени в параграфи 1, 2, 3 и 4, се прилагат само в някои специални случаи, които не засягат нормалното използване на произведението или друг закрилян обект, и не засягат неоправдано законните интереси на притежателя на права“.

**В. Национално право. Urheberrechtsgesetz (Закон за интелектуалната собственост)<sup>11</sup>**

18. Член 2, който урежда приложното поле, изрично включва както фотографски произведения (Lichtbildwerke), така и произведения, създадени по подобен начин.

<sup>11</sup> Закон от 9 септември 1965 г. (BGBl. I, стр. 1273), последно изменен на 1 септември 2017 г. (BGBl. I, стр. 3346). Наричан по-нататък „UrhG“.

19. Член 52, в действащата му към момента на настъпване на фактите редакция, предвижда:

„Публичното разгласяване на публикувано произведение се разрешава, ако организаторът не действа с цел печалба, публиката участва безплатно, а при конференция или представяне на дадено произведение никой от участниците не получава отделно възнаграждение. За разгласяването се заплаща разумно обезщетение. Обезщетение не се дължи за [...] училищни събития, доколкото поради социалното или образователното им предназначение те са достъпни само за ограничен брой и за определени лица“.

20. Съгласно член 64, приложим за фотографските произведения, авторското право се закриля седемдесет години след смъртта на автора. От друга страна, макар че съгласно принципа *mutatis mutandis* „останалите“ фотографии се ползват от закрилата над фотографските произведения по член 72, параграфи 1 и 2, тази закрила е с намалена продължителност от петдесет години от публикуването им или от първото им разрешено разгласяване, ако то е станало по-рано (параграф 3 от същия член).

## II. Фактите в основата на спора по главното производство и преюдициалният въпрос

### A. Факти

21. Господин Renckhoff, по професия фотограф, съди град Валтроп и Провинцията<sup>12</sup> за това, че на уебсайта на *Gesamtschule Waltrop* на 25 март 2009 г. е публикуван ученически проект по испански език, който съгласно преюдициалното запитване съдържа показаната фотография на Кордоба:



22. Под изображението, изтеглено от портала „[www.schwarzaufweiss.de](http://www.schwarzaufweiss.de)“ (онлайн дигитално списание със същото име), ученичката поставя препратка към тази интернет страница, където не е посочен авторът на фотографията<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Провинция Северен Рейн-Вестфалия извършва училищна инспекция в общината, от която зависи училището, и която е работодател на преподавателския състав.

<sup>13</sup> В съдебното заседание представителят на г-н Renckhoff посочва, че в „*impressum*“ на онлайн списанието за пътувания е имало предупреждение относно защитата на авторски права върху неговото съдържание. Във фактите по преюдициалното запитване обаче това не се посочва. Преценката на тези обстоятелства се полага при необходимост на съда *a quo*.

23. Г-н Renckhoff посочва, че е отстъпил на оператора на онлайн списанието само правото на използване. Според него поместването на фотографията на училищния уебсайт нарушава неговите (авторски) права на възпроизвеждане и на предоставяне на публично разположение на въпросната фотография.

## Б. Производство пред националните съдилища

24. Първоинстанционният съд уважава частично иска на г-н Renckhoff, като осъжда Провинцията да премахне фотографията и да заплати 300 евро, заедно с лихвите.

25. След обжалване на постановеното решение от двете страни, апелативният съд внася само изменения, като забранява възпроизвеждането на фотографията с цел поместването ѝ в интернет. Според съда жалбоподателят има право да заведе срещу Провинцията иск за преустановяване на нарушение по член 97, параграф 1 от UrhG въз основа на косвената отговорност (Störerhaftung).

26. Както Провинцията (която настоява искът да бъде изцяло отхвърлен), така и г-н Renckhoff (който настоява исканията му да бъдат изцяло уважени), обжалват решението на апелативния съд пред Bundesgerichtshof (Върховен федерален съд).

27. Запитващата юрисдикция се съмнява дали копирането на защитеното произведение на компютър и последващото му поместване на училищния уебсайт се обхваща от понятието „публично разгласяване“ съгласно тълкуването на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 в практиката на Съда.

28. Съдът *a quo* смята, че са изпълнени голяма част от изискванията за квалифициране на спорните факти като „публично разгласяване“. По-специално, относно *разгласяването*:

- публикуването на уебсайта не предполага физически и пряк контакт между лицата, които представят или изпълняват произведението, и съответната публика<sup>14</sup>,
- не е извършено с техническо средство, различно от използваното при първото пускане на фотографията в мрежата, и
- предоставяйки на потребителите на училищния уебсайт достъп до проекта със снимката, който иначе те не биха имали, ученичката и нейният преподавател са действали, напълно съзнавайки последиците от поведението си<sup>15</sup>.

29. По отношение на другия елемент, *публиката*, за начало запитващата юрисдикция приема, че не е ясно „дали при съществуващите обстоятелства разгласяването на [...] фотография[та], което става на училищния уебсайт, е било насочено към нова публика, тоест публика, която правноносителят не е имал предвид, когато е разрешил първоначалното публично разгласяване“<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Вж. решение от 24 ноември 2011 г., Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, т. 35 и 36 и цитираната съдебна практика).

<sup>15</sup> Вж., наред с други, решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 19 и цитираната съдебна практика).

<sup>16</sup> Вж. решение от 8 септември 2016 г., GS Media (C-160/15, наричано по-нататък „решение GS Media“ или „дело GS Media“, EU:C:2016:644, т. 37 и цитираната съдебна практика). Запитващата юрисдикция възприема тълкуване, че във всички случаи е използван същият технически способ на разгласяване, поради което следва да се изясни дали разгласяването е извършено или не пред тази нова публика, тъй като този аспект е допълнителен на първия.

30. Крайната му преценка обаче е, че „не може да се приеме, че когато дава съгласието си за поместване на произведението му на уебсайт, който е свободно достъпен, носителят на авторското право има предвид като публика не само ползвателите на интернет, посещаващи същия сайт било непосредствено, било чрез поставена на друг сайт хипервръзка, но и ползвателите на интернет, посещаващи друг уебсайт, където произведението е поместено без разрешението на автора. Настоящият състав счита, че съгласно практиката на Съда на Европейския съюз ползвателите на интернет от втората посочена категория представляват нова публика“.

31. Счита също така, че липсата на съгласие на носителя на авторското право за копирането на фотографията на училищния сървър и последващото публикуване в интернет отличава това дело от случаите на използване на хипервръзки или „фреймиране“<sup>17</sup>. Затова авторското право по член 17, параграф 2 от Хартата на основните права на Европейския съюз („Хартата“) би имало предимство пред правото на потребителите на свобода на изразяване на мнение и свобода на информация съгласно член 11 от нея.

32. Разглежда се и ключовата роля на потребителя, който помества и държи произведението на собствения си уебсайт, при разгласяването, тъй като той решава дали и за колко време произведението да бъде на разположение на публиката, в противоречие с правото на възпроизвеждане на автора. В случая обаче на хипервръзка, препращаща към уебсайт, тази връзка става безполезна, ако произведението е свалено от първоначалния уебсайт.

33. На последно място според запитващата юрисдикция е без значение, че използването на фотографията чрез нейното поместване на училищния уебсайт не е с търговска цел<sup>18</sup>.

34. При тези обстоятелства Bundesgerichtshof (Върховен федерален съд) решава да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Представлява ли прикачването на произведение от друг уебсайт, където то е свободно достъпно за всички ползватели на интернет с разрешението на носителя на авторското право, към собствен уебсайт, намиращ се на публично разположение, акт на „предоставяне на публично разположение“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29, когато произведението първо е копирано на сървър, а след това е качено оттам на собствен уебсайт?“.

### III. Производството пред Съда и исканията на страните

#### A. Производство

35. Актът за преюдициално запитване е постъпил в секретариата на Съда на 31 март 2017 г.

36. Писмени становища са представили провинция Северен Рейн-Вестфалия, италианското правителство и Комисията.

37. На 7 февруари 2018 г. е проведено съдебното заседание, на което присъстват представители на провинцията, на г-н Rensckhoff, на италианското правителство, на френското правителство и на Комисията.

<sup>17</sup> Вж. решение GS Media, т. 31 и 45.

<sup>18</sup> Според нея, „макар търговският характер, който има разпространяването на закриляно произведение, да не е ирелевантен за квалифицирането на това разпространяване като „публично разгласяване“, по-специално и с оглед на определянето на размера на потенциално възнаграждение за това разпространяване (решение на Съда, 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др., C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 204—206), той със сигурност не е определящ за тази квалификация (решение на Съда [...] от 31 май 2016 г., Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, т. 49; вж. обаче и решение [...] GS Media, т. 55)“.

38. Съдът покани страните да вземат в съдебното заседание становище относно значението на решение GS Media, както и относно тълкуването на член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29.

## Б. Обобщение на доводите на страните

39. Според Провинция Северен Рейн-Вестфалия и италианското правителство, по делото няма никакво публично разгласяване, тъй като липсват елементи, изисквани съгласно съдебната практика. По-точно, ученичката и нейният преподавател не са действали умишлено и не са съзнавали напълно последиците от своето поведение<sup>19</sup>. Освен това, тъй като фотографията вече е била достъпна за посетителите на портала на списанието за пътувания, поместването ѝ на уебсайта на училището не им предлага никаква нова възможност за достъп (до фотографията). Поради това не е налице и разгласяване пред *нова* публика според съдебната практика<sup>20</sup>.

40. Провинцията посочва, че заедно с член 17, параграф 2 относно защитата на интелектуалната собственост и член 11 относно свободата на изразяване на мнение и свободата на информация, от Хартата при оценката на засегнатите интереси следва да се прецени правото на образование, залегнало в член 14 от Хартата, въз основа на което ученичката включва снимката като илюстрация на своята работа. Според Провинцията правото да се създават портали, също като линковете, спомага за доброто функциониране на интернет, поне в случаите, когато производението се намира на свободно разположение в мрежата.

41. Накрая, Провинцията не се съгласява със запитващата юрисдикция по отношение на ролята, която се приписва на потребителя. В дадения случай производението е отделено от своя автор, който е дал разрешение то да бъде публикувано и достъпно за всички потребители на интернет портала на трето лице. Постъпвайки по този начин, той доброволно се отказва от правото си да взема решение за използването на фотографията. Освен това отказът на собственика на производението да публикува препратка към авторското му право предполага неговото съгласие потребителят да приема, че производението не е закриляно от особено право. Накрая отбелязва, че в своя проект ученичката е посочила източника на фотографията, и подчертава липсата на търговска цел.

42. Италианското правителство твърди, че не е имало никакво ограничение на достъпа до производението в интернет, поради което то е било свободно достъпно. Не може да се иска от ученичката и нейния преподавател да са напълно наясно с неправомерния характер на своите действия, тъй като те не са били незаконни.

43. Поради това според италианското правителство липсва разгласяване пред „нова“ публика по смисъла на съдебната практика<sup>21</sup> и ученичката е използвала технически способ, който не се различава от първоначално използвания. Накрая посочва, че първоначалното разрешение е включвало достъп до фотографията в онлайн списанието за пътувания, без ограничение до определени категории интернет потребители.

19 Противно на изискването по решение GS Media, точка 35 и цитираната съдебна практика.

20 За разлика от запитващата юрисдикция, Провинцията намира, че в дадения случай е приложима съдебната практика на Съда във връзка с хипервръзките и „фреймирането“, като цитира решение GS Media, точка 52, решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 18), и определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, т. 15).

21 Посочва по-специално решения от 26 април 2017 г., Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, т. 31 и цитираната съдебна практика), и от 14 юни 2017 г., Stichting Brein (C-610/15, наричано по-нататък „решение Stichting Brein II“, EU:C:2017:456, т. 31 и 44).



44. Комисията обаче смята, че публикуването на фотографията на училищния уебсайт е публично разгласяване, тъй като отговаря на установените в съдебната практика изисквания: а) предаване на защитено произведение<sup>22</sup>, б) понятието „разгласяване“ трябва да се разбира в широк смисъл, и по-специално че обхваща всяко предаване, независимо от използваните технически средства или способности<sup>23</sup>, в) техническите средства могат да бъдат различни<sup>24</sup> или еднакви<sup>25</sup>, г) не е необходимо публиката, която има достъп до произведението, в действителност да го ползва<sup>26</sup> и д) публиката е съставена от неопределен брой потенциални адресати, а не от определена група заинтересовани лица<sup>27</sup>.

45. В писменото си становище Комисията отхвърля прилагането по настоящото дело на съдебната практика относно хипервръзките<sup>28</sup>, а в съдебното заседание изразява много по-нюансирана позиция. Не поддържа твърдението, че при препращане чрез хипервръзки носителят на авторското право запазва своето право за разпореждане, като съществена разлика с дадения случай. По-скоро счита, че както при решение GS Media, следва да се направи индивидуална преценка на акта на разгласяване, при която да се вземат предвид различните аспекти във връзка с напълно съзнателното поведение на ученичката, по-точно фактът, че тя е можела да предположи, че фотографията е свободно достъпна за публиката.

46. Комисията, както и италианското правителство, обръща внимание на евентуалното прилагане по настоящото дело на изключението по член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29, който Федерална република Германия транспонира с член 52 от UrhG<sup>29</sup>.

47. В съдебното заседание г-н Renckhoff застъпва становището, че критериите от решение GS Media не са приложими към настоящото дело. Поместването на фотографията на училищния уебсайт е извършено без съгласие на автора, чието право на контрол върху използването на неговото произведение е било нарушено. Освен това публиката, посещаваща този сайт, е различна от тази на онлайн списанието за пътувания.

48. Г-н Renckhoff, както и френското правителство, отхвърля прилагането на член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29, тъй като използването на фотографията не е било задължително, нито необходимо и включването ѝ в училищния уебсайт излиза извън строго училищните рамки. Френското правителство добавя, че поведението би било в противоречие с параграф 5 от същия член, поради непропорционалното използване на произведението.

49. Освен това според френското правителство делото се отнася преди всичко до правото на възпроизвеждане, заради копирането на изображението на училищния сървър (член 2 от Директива 2001/29), и едва на второ място до публичното разгласяване. Прилагането на принципите на решение GS Media би било в противоречие с целта да се осигури висока степен на закрила на авторските права.

22 Вж. решение от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 38).

23 Посочва решение от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 193).

24 Решение от 7 март 2013 г., ITV Broadcasting и др. (C-607/11, EU:C:2013:147, т. 26).

25 Определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, т. 15).

26 Решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 19).

27 Решение от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 41—44).

28 По-специално решения от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 26), и GS Media, точки 41 и 47—51.

29 Вж. решение от 11 септември 2014 г., Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, т. 55).

#### IV. Анализ на преюдициалното запитване

##### A. Предварителни бележки и подход

50. Така както е формулирано, запитването на запитващата юрисдикция се ограничава до проверка на съставните елементи на *публичното разгласяване*, както са определени в практиката на Съда<sup>30</sup>. Нещо повече, от изложените от тази юрисдикция съображения може да се заключи, че в действителност се съмнява единствено дали фотографията е била предоставена на *нова публика*, по смисъла на посочената съдебна практика<sup>31</sup>.

51. По-конкретно, запитването до Съда не се отнася до акта на копиране на фотографията на компютъра или на училищния сървър и евентуално попадане в обхвата на член 2 от Директива 2001/29. Ограничавайки по този начин своя въпрос, намирам, че съдът съвсем правилно приема разглежданото поведение като единно, вместо да го разделя на две отделни понятия (възпроизвеждане и публично разгласяване).

52. Все пак, предвид това, че случаят касае ежедневието на милиони ученици в Европа, намирам за препоръчително да се анализират и други фактори, с оглед да се определят рамките на отговора на преюдициалното запитване. Затова възнамерявам да се придържам към следната схема: а) на първо място, да разгледам посоченото от Комисията квалифициране на фотографията на Кордоба като *защитено произведение*<sup>32</sup>, б) на второ място, да направя преглед на характеристиките на „публичното разгласяване“, определени от Съда, с цел изясняване на евентуалното им прилагане по настоящия съдебен спор, и в) накрая, да проуча изключението по член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29, за случаите, когато защитено произведение се използва за чисто образователни цели.

##### Б. За закрилата на „обикновените фотографии“

53. Според Комисията между страните в националното производство няма спор относно това, че разглежданата фотография изпълнява изискванията на съдебната практика *Rainer*<sup>33</sup>. Съгласно това решение портретна снимка може да бъде закриляна от авторското право, „при условие [...] че тя е авторско интелектуално творение, което отразява личността на автора и е проява на неговия свободен и творчески избор при реализирането на тази фотография“<sup>34</sup>.

54. Струва ми се обаче съмнително, един обикновен кадър от град Кордоба, с римския мост на преден план, да отговаря на посочените изисквания от решение *Rainer* (без да се поставят под съмнение качествата му). В посоченото решение въпросът е бил дали за публикуването на фоторобот, изготвен въз основа на фотографията на дадено лице, направена от г-жа *Rainer*, ответниците — печатни издания, са имали нужда от съгласието на автора, „тъй като обхватът на предоставената на такава фотография защита е ограничен или тя въобще не е защитена поради ограничените възможности за творчество, които посочената фотография позволява“<sup>35</sup>.

30 Вж. основните етапи на съдебната практика в решение *Stichting Brein II*, точки 19—34.

31 Пак там, точка 28. В точка 38 от акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция изхожда от това, че фотографията, качена в интернет с проекта на ученичката, се предлага на нова публика.

32 Точка 4 от писменото становище.

33 Решение от 1 декември 2011 г. (C-145/10, EU:C:2011:798).

34 Пак там, точка 99.

35 Пак там, точка 85.

55. От член 6 от Директива 93/98<sup>36</sup> Съдът извежда необходимите критерии, така че снимката по делото Painer да се ползва с най-дългия срок на закрила (седемдесет години *post mortem auctoris*) по тази директива.

56. обстоятелството, че „обикновените фотографии“ не изпълняват изискванията за творчество съгласно Директива 93/98, не означава обаче, че те са лишени от закрилата на авторското право. Това е така, защото посоченият член 6 предоставя закрилата на „други фотографии“ на националното законодателство.

57. Според акта за преюдициално запитване обаче член 72, параграфи 1 и 2 от UrhG закрила фотографиите (Lichtbilder), като прилага разпоредбите за „фотографските произведения“ (Lichtbildwerke). Следователно няма значение дали изображението на Кордоба от г-н Renckhoff представя или не необходимите характеристики за фотографските произведения по смисъла на Бернската конвенция и на Директива 93/98, тъй като съгласно германското право всички фотографии попадат под закрилата на UrhG<sup>37</sup>.

58. Макар това обстоятелство да може да е от значение за изхода на спора, ако се изтъкне пред съдилищата на държава членка, която не предоставя закрила на обикновените фотографии, в Германия те са защитени. Поради това няма смисъл вниманието да се отклонява към артистичните и творческите качества на снимката на г-н Renckhoff. В този контекст мълчанието по този въпрос от страна на запитващата юрисдикция става по-ясно.

## **В. За понятието „публично разгласяване“**

59. Съдебната практика на Съда е развила редица критерии за тълкуване<sup>38</sup> на двата компонента на това понятие („разгласяване“ и целева „публика“). По-долу ще ги анализирам, като се спра на онези, които могат да се окажат по-спорни във връзка с фактите по главното производство.

### **1. Акт на разгласяване**

60. Някоя от страните в действителност не оспорва (нито по делото пред националните съдилища, нито по настоящото преюдициално запитване), че с поместването на училищния проект на интернет портала на училището във Валтроп, включващ снимката на Кордоба, е извършено предаване на закриляно произведение, независимо от използвания технически способ<sup>39</sup>, на публика, която не е присъствала на мястото, откъдето произхожда разгласяването.

61. Както посочва запитващата юрисдикция, чието мнение по тази точка споделям, „фотографията е разгласена на интернет сайта на училището, без да е бил налице пряк физически контакт между лицето, представящо или изпълняващо произведението, и публиката, до която произведението достига по този начин. Следователно [...] такъв случай на разгласяване попада в обхвата на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29“. Лицата, съставляващи тази публика, са имали достъп до произведението, независимо дали са се възползвали от тази възможност<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Съгласно този член „фотографии, които са оригинални, в смисъл че са собствено авторско интелектуално произведение, се закрилят в съответствие с член 1. Никакви други критерии не се прилагат за определяне на тяхната [...]годност за закрила. Държавите членки могат да предвидят закрилата и на други фотографии“.

<sup>37</sup> Разликата от практическа гледна точка, както се изясни в съдебното заседание, се състои в срока на закрила: за фотографските произведения той е седемдесет години *post mortem auctoris* (член 64 от UrhG), докато за обикновените фотографии срокът е намален на петдесет години от първото публикуване (член 72, параграф 3 от UrhG).

<sup>38</sup> Вж. изложението на решение Stichting Brein II, точки 19—29.

<sup>39</sup> Решение от 29 ноември 2017 г., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, т. 42 и цитираната съдебна практика).

<sup>40</sup> Условия за прилагане на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 съгласно решение от 26 април 2017 г., Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, т. 35 и 36).

*а) Ролята на потребителя и субективните елементи*

62. Съгласно съдебната практика първият критерий при преценката за наличие на разгласяване се отнася до „[ключовата] роля на потребителя и съзнателния характер на намесата му“<sup>41</sup>. Този критерий<sup>42</sup> съчетава както *субективни фактори* на поведението на лицето, извършващо предаването (от което се изисква да действа, като съзнава напълно последиците от своето поведение), така и *обективни обстоятелства*, тъй като действието трябва да даде достъп до закриляно произведение (така че при липса на такава намеса „клиентите“ не биха могли да ползват разпространеното произведение или биха били затруднени)<sup>43</sup>.

63. В някои случаи Съдът разглежда „ролята на потребителя“ от чисто обективна гледна точка, т.е. като просто се убеди, че при ненамеса от страна на потребителя новата публика не би имала достъп до ползване на закриляното произведение<sup>44</sup>.

64. Решение GS Media обаче посочва някои субективни елементи, които смята за целесъобразни при определяне дали при индивидуалната оценка на акта на разпространение е изпълнено изискването за „[ключовата] роля на потребителя и съзнателния характер на намесата му“. Следователно могат да се приведат на този етап от анализа.

65. Съдът а quo посочва, че от тази перспектива ученичката и преподавателят са действали, напълно осъзнавайки последиците от своето поведение, тъй като са искали да предоставят достъп до проекта, заедно с фотографията, на потребителите на училищния уебсайт, които иначе не биха го получили<sup>45</sup>.

66. Този подход обаче не се задълбочава достатъчно при разглеждането на поведението, нарушило авторското право. По-специално не оценява надлежно: а) допълващия характер на фотографията, като съставна част от училищен проект, б) лесния „универсален“ достъп до това изображение, което било *качено* в мрежата със съгласие на автора, така че всеки потребител да може да го види, и в) училищния контекст, в който е извършено предаването, без „клиенти“ или цел печалба. Следва да се разгледа всеки един от тези три фактора.

*1) Допълващ характер на произведението по отношение на проекта на ученичката*

67. Може да е очевидно, но когато ученичката и нейният преподавател поместват на уебсайта на германското училище проекта по испански език, тяхното намерение не е пряко да публикуват фотографията като такава, а целия проект, от който разглежданата фотография на Кордоба е част.

68. С това те са имали за цел да покажат работата на публиката, която има интерес към преподаването на испански език в кръга (по необходимост ограничен) на училището и семействата, съучениците и техните приятели. Не долавям обаче никакво намерение за по-широко разпространяване на фотографията, отколкото при нейното поместване в списанието за пътувания (чиито потенциални потребители вероятно надхвърлят броя на посетителите на един скромнен училищен уебсайт).

41 Решение GS Media, точка 35.

42 Неговият произход може да се открие в наръчника към Бернската конвенция за определяне при какви обстоятелства е от значение намесата на предаващия дадено произведение на публика, която авторът първоначално не е имал предвид.

43 Решение Stichting Brein II, точка 26.

44 Решение от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 45 и 46), в което няма отделен анализ на субективните елементи, които изглеждат неразривно свързани с обективните.

45 Вж. точка 24 от акта за преюдициално запитване.

## 2) Съгласие на автора на произведението

69. Поместването на фотографията на училищния уебсайт със сигурност предполага публикуване без съгласието на правоносителя. Ако не се разгледат допълнителните елементи на това поведение, може да се направи извод, че е налице първото условие за нарушаване на авторското право<sup>46</sup>.

70. За разлика от случилото се по делото GS Media, тук не е от значение дали извършителите на оспорваното поведение (ученичката и нейният преподавател) са били наясно с неправомерния характер на публикуването на произведението в интернет от трето лице. Според мен това не е от значение, тъй като направената от г-н Renckhoff фотография се е намирала законно в мрежата, т.е. със неговото съгласие. Правилният въпрос е дали е следвало от тях да се изисква съзнанието, че за да поместят снимката на училищния уебсайт, е било необходимо непременно съгласието на фотографа. Ако е така, то може да се предположи, че те са разбирали последиците от своето поведение.

71. Съдът приема, че „по-специално за частни лица“ може да се окаже трудно да проверят дали носителите на правата върху произведенията, които са в мрежата, са разрешили тяхното публикуване на съответните сайтове<sup>47</sup>.

72. Макар обстоятелствата по този съдебен спор, както казах, да се различават от тези по дело GS Media (в което става дума за хипервръзки, които препращат към закриляни произведения, свободно достъпни на друг интернет сайт без разрешението на носителя на авторското право), смятам, че разсъжденията в решението по отношение на субективния елемент на поведението на лица, които не действат с цел печалба<sup>48</sup> са относими, *mutatis mutandis*, към настоящото преюдициално запитване<sup>49</sup>.

73. От тези разсъждения тук следва да изтъкнем две:

- лице, което не преследва цел печалба, дори когато предоставя на публично разположение закриляно произведение, давайки на останалите потребители пряк достъп до същото, „по правило не се намесва, съзнавайки напълно последиците от своето поведение, за да предостави на клиенти достъп до незаконно публикувано в интернет произведение“;
- от значение е, че произведението „вече е било на разположение без каквото и да е ограничение на достъпа, на уебсайта, към който е хипервръзката“, т.е. „и без тази намеса всички интернет потребители по принцип вече са имали достъп до произведението“<sup>50</sup>.

74. Ако са налице факторите, до които се отнасят тези две съображения, при обстоятелства като тези по делото може да се направи извод за липсата на акт на публично разгласяване. Тази последица обаче няма да настъпи: а) когато носителите на авторското право предупредят, че предоставеното за достъп произведение е „незаконно публикувано в интернет“<sup>51</sup>, или б) когато предоставянето на достъп до това произведение се направи по такъв начин, че потребителите на

46 Решение от 16 ноември 2016 г., Soulier и Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, т. 34).

47 Решение GS Media, т. 46.

48 Макар че по-късно ще се занимаем с целта за печалба, трябва да го подчертая отсега.

49 Обратната на екстраполацията теза поддържа, че съдебната практика по GS Media се отнася само до връзки, които препращат към друг уебсайт, където произведението вече се намира, докато тук изображението е качено направо на собствен уебсайт и по този начин е достъпно за трети лица. Смятам обаче, че това различие не е от значение за преценката на субективните фактори и останалите обстоятелства по решение GS Media. Така е преценила и Комисията в съдебното заседание.

50 Решение GS Media, точка 48.

51 Пак там, точка 49.

уебсайта, където се намира, да могат да „заобикалят ограничителните мерки, които сайтът, на който се намира произведението, обект на закрила, е взел“<sup>52</sup>. Тази последица няма да настъпи и когато авторът е уведомил този, който желае да публикува неговата фотография в мрежата, че не разрешава това.

75. Прилагайки тези насоки по настоящото дело, се установява, че:

- на въпросния уебсайт на списанието за пътувания, където е поместена фотографията, не е посочен нейният автор<sup>53</sup>. Следователно може основателно да се приеме, че просто става въпрос за снимка на град Кордоба, използвана като туристическа реклама и без дължимата на закриляните произведения защита,
- снимката е лесно достъпна (тъй като няма никакви ограничения или предупреждения)<sup>54</sup> на посочения уебсайт. Заедно с предходното, това би допринесло ученичката и нейният преподавател, отново основателно и без необходимост от последващи проверки, да предположат, че снимката е свободно достъпна за публиката.

76. Не мисля, че този довод навежда, както твърди Провинцията, на идеята за отказ от правото от страна на автора, или на предположението, че произведението е обществено достояние.

77. Може ли обаче да се приеме, че авторът на фотографията по подразбиране се е съгласил тя да бъде използвана от трети лица?<sup>55</sup> Също така не ми се струва необходимо да се стига до този извод, когато според мен е възможно чрез предположения да се направи друг извод (с подобна развързка) относно поведението на фотографа, който по този начин е разрешил разпространяването на неговото произведение в интернет.

78. Разпределянето на отговорностите между *обикновения* интернет потребител без професионални интереси и носителя на авторското право не може да води до това, като цяло да се изисква по-голяма грижа от първия, отколкото от втория<sup>56</sup>, когато става дума за защита на авторски права<sup>57</sup>. По-конкретно, не намирам за логично на такъв потребител да се наложи задължението да проверява дали изображенията, които са на разположение в интернет без наложени ограничения или предупреждения, са защитени от авторско право, когато иска да ги използва за образователни цели. При тези обстоятелства потребителят може да *предположи*, че авторът няма възражения срещу използването на тези изображения за учебни цели.

79. Ако не беше така, щеше да има ограничение върху използването на информацията, която мрежата предлага в огромни количества. Това ограничение би могло да доведе до нарушаване на свободата на изразяване на мнение и свободата на информация, залегнали в член 11 от Хартата. Освен това в случая по делото би се отразило отрицателно на правото на образование по член 14, параграф 1 от Хартата.

52 Пак там, точка 50.

53 Вж. бележка под линия 13 от заключението.

54 Притежателят на уебсайта е можел да вземе мерки срещу копиране на фотографията, чрез съществуващите технически средства за защита.

55 В решение от 16 ноември 2016 г., *Soulie и Doke* (C-301/15; EU:C:2016:878, т. 35), се приема възможността за мълчаливо съгласие. Приема се обаче, че потребителят, който иска да използва дадено произведение, познава или може да познава автора и поради това се предвижда задължение за действително и предварително уведомяване, което в дадения случай не е налице. Вж. точки 38 и 39 от решението.

56 Това излишно би създавало ненужно удобство за носителя на авторското право, който би могъл да престане да се грижи за него, като разчита на прекомерна закрила. Освен това такова поведение би довело до увеличаване на конфликтите с потребителите, които разчитат (и искат да вярват) на прозрачността и свободния достъп до информацията в мрежата. Така че от правноносителя се изисква известно старание по отношение на закрилата на същото.

57 Вж. силен аргумент в подкрепа на баланса, в *Elkin-Koren*, N. Copyright in a Digital Ecosystem. Okediji, R.L. (ed.). Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions. Cambridge University press, New York 2017, p. 132 sq., по-специално стр. 159.

3) Липса на цел печалба и на „клиенти“

80. Третият фактор във връзка с оценката на поведението на ученичката и нейния преподавател е, че действат без цел печалба<sup>58</sup>. Въпреки че Bundesgerichtshof (Върховен федерален съд) му придава разяснителна стойност<sup>59</sup>, мисля че този фактор има по-голямо от придаваното му значение.

81. Съдът свързва наличието на цел печалба с презумпцията за действие при пълно осъзнаване на това, че производението е обект на закрила и липсва разрешение за неговото публикуване в интернет<sup>60</sup>. Макар да не го казва изрично, Съдът приема, че в случаите на действие без цел печалба трябва да се докаже знание за незаконния характер на поместването на производението в интернет, поради което трябва да се вземат предвид всички обстоятелства и особени аспекти във всеки отделен случай.

82. В главното производство, както току-що посочих, липсата на каквото и да било предупреждение или ограничение върху използването на фотографията на уебсайта на списанието за пътувания би могло да наведе ученичката на мисълта, че нищо не пречи фотографията да бъде представена на училищния уебсайт. Тази презумпция не е сравнима с изчерпването на правото по член 3, параграф 3 от Директива 2001/29, тъй като лесно може да се обори. Освен това би позволило да се намери баланс между авторското право и „доброто функциониране на интернет, както и [...] обмена на мнения и на информация в тази мрежа“<sup>61</sup>.

83. Липсата на означения не подкрепя, по-скоро обратното, хипотезата, че ученичката и преподавателят са съзнавали напълно, че производението е обект на закрила и е необходимо да поискат разрешение от носителя на авторското право.

84. Освен това съдебната практика на Съда в тази област се е развила в контекста на търговските отношения, както сочи и честото споменаване на „клиентите“. Предполага се, че дадена фирма (или професионалист) предлага на своите клиенти възможността за достъп до определено защитено цифрово съдържание, независимо от съгласието на собственика. В училищния контекст, напротив<sup>62</sup>, не следва да се приемат за „клиенти“ в търговския смисъл онези, които получават достъп до фотографията благодарение на качения на училищния уебсайт проект.

85. Накрая, всички тези три фактора (допълващият характер на снимката по отношение на училищния проект, свободният достъп до снимката, без никакво указание за ограничение на достъпа, и липсата на цел печалба в поведението на ученичката и преподавателя) ме навеждат на мисълта, че по това дело не е имало публично разгласяване по смисъла на съдебната практика на Съда.

58 В скорошни решения на Съда е взет предвид този субективен елемент, вж. решения от 26 април 2017 г., Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, т. 49) и Stichting Brein II, точка 46.

59 Точка 39 от акта за преюдициално запитване.

60 Решение GS Media, точка 51: „когато лицето, поставило хипервръзки, го е извършило с цел печалба, от него може да се очаква да направи нужните проверки, за да се увери, че съответното произведение не е незаконно публикувано на сайта, към който препращат посочените хипервръзки, така че следва да се презумира, че поставянето им е извършено при пълно осъзнаване на това, че посоченото произведение е обект на закрила и евентуално че липсва разрешение за публикуване в интернет от носителя на авторското право“.

61 Пак там, точка 45.

62 Оценката на този критерий можеше да е различна, ако училището събираше такса за посещаване на уебсайта с достъп до проекта с фотографията.

## б) Използван технически способ

86. В запитването по-нататък се разглежда въпросът дали техническият способ, използван от ученичката и нейния преподавател, за да качат фотографията на училищния уебсайт, се различава от използвания за възпроизвеждане на снимката на портала на списанието за пътувания, за което авторът е дал своето разрешение за използване.

87. Както е известно, предаването на произведение чрез технически средства, различни от тези при първоначалното излъчване, предполага, че то е предназначено за *различна* публика, докато използването на същото техническо средство означава, че следва да се провери дали в действителност може да се говори за *нова* публика<sup>63</sup>.

88. Запитващата юрисдикция, Provinciјата и италианското правителство твърдят, че ученичката е използвала същата техника като списанието за пътувания на своя уебсайт. Комисията, която не отрича това, в писменото си становище опровергава приложимостта на съдебната практика по отношение на хипервръзките, която теза уточни в съдебното заседание.

89. По мое мнение всичко сочи, че предходното възпроизвеждане на изображението, чрез каквото и да било средство (може да е било копиране на USB устройство или на компютър) и неговото последващо поместване на уебсайт в мрежата представляват същото техническо средство, използвано от списанието за пътувания при качване на фотографията на неговия уебсайт.

90. Обстоятелството, че в случая средството е използвано по начин, различен от този при хипервръзките (при които действието се извършва единствено в мрежата), не предполага промяна в критериите за проверка на предпоставките във връзка с „акта на разгласяване“. Следователно ще трябва да се изследва дали публиката, за която е предназначено поместеното на училищния уебсайт произведение, представлява нова публика<sup>64</sup>.

## 2. Целева публика

### а) *De minimis*?

91. При изследването на понятието „публично“, което се отнася към разгласяването, неизменно се започва от *количествения* аспект: преди всичко трябва да се уточни дали става въпрос за „неопределен брой потенциални адресати и освен това [се] предполага наличие на доста голям брой лица“, едва на второ място се проверява дали публиката е „нова“<sup>65</sup>. Логиката на такава съдебна практика е в това, че от правна гледна точка не е налице квалификацията „публично“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29, когато групата хора, до които стига предаването на дадено произведение, е ограничена.

92. За да се определи дали е надхвърлен прагът *de minimis*<sup>66</sup> трябва да се вземат предвид кумулативните последици, които произтичат от предоставянето на разположение на тези произведения, като се прецени не само колко лица имат едновременно достъп до едно и също произведение, но и колко от тях имат последователно достъп до него<sup>67</sup>.

63 Решение от 29 ноември 2017 г., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, т. 48 и цитираната съдебна практика).

64 Пак там, точка 50, а contrario sensu.

65 Решения от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 41), от 29 ноември 2017 г., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, т. 45), и Stichting Brein II, точка 41.

66 Съгласно решение от 15 март 2012 г., SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, т. 86).

67 Пак там, точка 87.



93. Съдът приема, че разгласяването на уебсайт без ограничение на достъпа, е ориентирано към всички потенциални потребители (на интернет) на въпросния уебсайт<sup>68</sup>. Ключов е обаче по-скоро *обективният* елемент, по-специално средството на предаване, отколкото *субективната* воля на използващия го.

94. Не се установява поместването на ученическия проект на училищния уебсайт да е с ограничен достъп (например ограничаване на достъпа до преподавателския състав, родителите и самите ученици). Следователно, ако всеки потребител на интернет може да разгледа уебсайта и да стигне до закриляното произведение (фотографията), разгласяването е могло да достигне до *потенциално* многобройна група лица, т.е. да бъде „публично“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29.

**б) Относно това дали публиката е „нова“**

95. Този критерий предполага като „нова“ да се разглежда само публиката, към която е насочено предаването, когато е различна от взетата предвид при първоначалното предаване, т.е. когато може да се категоризира като „по-многобройна“<sup>69</sup> от първоначално предвижданата.

96. Доколкото по настоящото дело както публикуването на фотографията от онлайн списанието за пътувания, така и качването ѝ с проекта на училищния уебсайт са на разположение на който и да било интернет потребител без ограничение, публиката, на която двата уебсайта предоставят потенциален достъп, в двата случая е една и съща (общността на интернет потребителите).

97. Запитващата юрисдикция обаче има съмнение относно този извод, тъй като приема, че: а) когато потребителят помества и държи произведението на своя уебсайт, той има ключова роля при разгласяването, б) носителят на авторските права, който дава разрешение неговото произведение да бъде сложено на свободно достъпен уебсайт, мисли само за публиката, посещаваща този уебсайт, пряко или чрез връзка, и в) приемането на обратната хипотеза би довело до изчерпване на авторското право, изрично забранено по член 3, параграф 3 от Директива 2001/29.

98. Струва ми се, че тези уговорки не са в подкрепа на квалификацията „нова“ публика по делото<sup>70</sup>. В случая Съдът използва критериите, които прилага неизменно, както за предаването на произведения чрез излъчване на радио или телевизионен сигнал<sup>71</sup>, така и за предаването чрез хипервръзки в мрежата<sup>72</sup>, т.е. независимо от техническия носител. Такава публика е налице, когато, от една страна, без намесата на потребителя не би имала достъп до произведението, а от друга страна, не е била взета предвид при даването на разрешение за първоначалното предоставяне на разположение<sup>73</sup>.

99. Що се отнася до намесата на ученичката и на нейния преподавател, трудно е да се приеме, че лицата, посетили училищния уебсайт, не биха могли по същия начин (и без особени затруднения) да посетят уебсайта на списанието за пътувания, където снимката на Кордоба първоначално е публикувана. Като цяло интернет публиката е една и съща, когато става въпрос за посещаване на уебсайта на списанието за пътувания и за разглеждане на училищния портал.

68 Решения от 29 ноември 2017 г., VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, т. 46 и 47), и от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 22).

69 Прилагателното е използвано в наръчника към Бернската конвенция.

70 Може би в този контекст е за предпочитане да се използва понятието „допълнителна публика“.

71 Решение от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 197 и 198).

72 Решение Stichting Brein II, точки 44 и 45.

73 Решение от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 60).

100. При положение че изображението е лесно и законно (т.е. със съгласие на носителя на авторското право) достъпно за *всички* интернет потребители, не е ясно как намесата на ученичката и нейния преподавател може да бъде *решаваща* за улесняването на достъпа на *още повече* лица.

101. Логиката на интернет е такава, че когато достъпът до изображенията в мрежата със съгласие на автора е свободен и безплатен, без да има означение или предупреждение в обратен смисъл, е невъзможно да се определи броят или категориите на потенциалните посетители, или да се предвиди, че някои ще ги видят, а други — не.

102. Досега, ограничавайки се в рамките на интернет, което е от значение за настоящото дело, новият характер на публиката се свързваше по-скоро с обстоятелството, че на определен кръг потребители се предоставя достъп до закриляно произведение, като им се позволява да заобиколят ограничителни мерки, наложени на сайта, където е публикувано закриляното произведение. В този случай вероятно би ставало въпрос за „нова публика, която носителите на авторското право не са имали предвид, когато са дали разрешение за първоначалното разгласяване“<sup>74</sup>.

103. По това дело обаче няма нарушение на (несъществуваща) защитна мярка, нито е даден достъп до произведение, което се е намирало в интернет без разрешението на автора. Липсата на тези два обективни елемента, заедно със значителната приемственост във възможния брой посетители на уебсайтовете, на които се намира фотографията, дават възможност да се твърди, че не е имало разгласяване пред нова публика, в горепосочения смисъл.

104. Както посочих, това не предполага някакъв вид *изчерпване* на авторското право, в противоречие с член 3, параграф 3 от Директива 2001/29. По-скоро представлява логическата последица от начина, по който носителят на правата върху фотографията е разрешил нейното използване, като е знаел или е трябвало да знае, че липсата на защитна мярка срещу копирането на изображението може да наведе потребителите в интернет на мисълта, че то е свободно достъпно за публиката.

105. В тази връзка не мисля, че е прекалено да се изисква от един професионалист — когато публикува дадено произведение в интернет, сам или чрез трети лица да вземе съответните мерки, включително и от технически характер, така че поне да отбележи авторското право и желанието си да контролира разпространението на произведението, за да не оставя впечатление в обратен смисъл.

106. Освен това намирам, че изискването за тази грижа не намалява високата степен на закрила на носителите на правата върху изображенията (които остават невредими, ако бъдат добавени необходимите предупреждения) и спомага да се поддържа баланс между тези права и законните интереси на потребителите в мрежата, без да противоречи на логиката на интернет.

107. Накрая, правноносителят не губи контрол върху копие на фотографията, използвана на училищния уебсайт, като може да поиска нейното сваляне, ако прецени, че използването му носи вреди.

108. Накратко, поради всички тези причини смятам, че отговорът на въпроса на Bundesgerichtshof (Върховният федерален съд) трябва да е отрицателен.

<sup>74</sup> Решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 31).

## Г. За изключението при използване за образователни цели

109. Строго погледнато, предложеният от мен отговор не изисква прибегване до изключенията за авторските права съгласно член 5, параграф 3 от Директива 2001/29, нито пък запитващата юрисдикция поставя въпрос в този смисъл.

110. Възможно е мълчанието на този съд да се дължи на неговото убеждение, че разпоредбата, чрез която германският законодател транспонира във вътрешното законодателство тези изключения, не обхваща случай като настоящия<sup>75</sup>.

111. И така, за да довърша своето изложение, както и в случай че Съдът не приеме моето предложение, уместно е да се разгледа прилагането на член 5, параграф 3 от Директива 2001/29 към този спор, тъй като решението, което следва да се постанови, може да предостави на запитващата юрисдикция полезни допълнителни уточнения отвъд конкретните по запитването, относно тълкуването на разпоредба от правото на Съюза<sup>76</sup>.

112. Съгласно член 5, параграф 3 от Директива 2001/29 държавите членки могат да предвидят изключения от правото на възпроизвеждане, на разгласяване и на предоставяне на публично разположение. Между тях е и употребата на закриляни произведения с единствена цел „илюстриране при преподаване“<sup>77</sup>. Италианското правителство посочва необходимостта евентуално да се прибегне до това изключение, а Комисията посочва, че Германия е включила същото в член 52 от UrhG.

113. Освен ако не греша, Съдът за първи път се изправя пред изключението по буква а). Макар че съдебната практика изисква да се тълкува ограничително обхватът на изключенията и ограниченията, доколкото могат да засегнат правото върху интелектуалните произведения<sup>78</sup>, не бива да се забравя и правото на образование, залегнало в член 14, параграф 1 от Хартата<sup>79</sup>. Следователно тълкуването трябва да запази разумно равновесие между двете права.

### 1. Образователни цели

114. Изключението за авторските права, когато употребата на закриляното произведение е единствено за образователни цели, не може да се сведе до минимум, както ако бъде ограничено до разрешение на преподавателите да подкрепят с илюстрации съдържанието на своите курсове или уроци.

<sup>75</sup> В член 52а от UrhG се прави разлика между произведенията в малък формат („Werke geringen Umfangs“) по параграф 1, чието разгласяване се ограничават до кръга на учениците, участващи във всеки урок, и произведенията („Werke“) по параграф 2, за които във всички случаи е необходимо разрешението на автора. Този член е отменен с член 1, параграф 7 от Закона за адаптиране на авторското право към актуалните изисквания на обществото на знанието, от 1 септември 2017 г. („Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft“; последно изменение на UrhG, влязло в сила на 1 март 2018 г.). Заменен от новия член 60а за законно разрешената употреба за целите на образованието, науката и институциите, параграф 1 от който отстранява формата на произведенията като критерий за определяне на сферата на разрешена употреба, като го заменя с максимален процент (15%) от произведението, който може да се копира, предоставя или разгласява пред публика. Това изменение не се прилага *ratione temporis* в случая по делото.

<sup>76</sup> В съответния момент тези уточнения могат да спомогнат за тълкуването на националните норми в светлината на транспонираното в тях право на Съюза.

<sup>77</sup> Член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29.

<sup>78</sup> Решение от 10 април 2014 г., *ACI Adam* и др. (C-435/12, EU:C:2014:254, т. 22 и цитираната съдебна практика).

<sup>79</sup> В крайна сметка в тези случаи е залегнала обществената функция на частната собственост, призната в съдебната практика, която позволява това право да се ограничи, стига ограниченията да отговарят на цели от общ интерес на Съюза, и да не представляват непропорционална и нетърпима намеса, която би могла да накърни самата същност на гарантираното право. Вж. решения от 15 януари 2013 г., *Križan* и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 113), и от 12 май 2005 г., *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia* и *ERSA* (C-347/03, EU:C:2005:285, т. 119 и цитираната съдебна практика).

115. Тълкуване, което оценява по-високо правото на образование по смисъла на член 14, параграф 1 от Хартата, може да подчертае активната, а не само пасивната роля на учениците, като им позволява и те да използват, също с цел преподаване (съответно учебна цел), изображения, които са защитени с авторски права. Това спомага образованието да изпълни своята главна задача — пълното развитие на човешката личност<sup>80</sup>.

116. Изключението не се предоставя само за възпроизвеждането на защитени материали и тяхното предоставяне на разположение в интернет за *научни изследвания*. Разпоредбата поставя наравно тази цел и стимулирането на *образованието*, поради което ползватели трябва да бъдат както учениците, така и преподавателите в неуниверситетското образование, когато са налице останалите условия за прилагане.

117. Всъщност в съдебното заседание имаше съгласие по въпроса, че не би имало публично разгласяване (по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29), ако работата на ученичката беше качена на училищен уебсайт с ограничен достъп в рамките на училищната среда. Независимо че намирам това тълкуване за изключително ограничително<sup>81</sup>, мисля, че то отразява връзката между образователните цели и поместването на фотографията на училищния уебсайт.

## **2. Посочване на източника и на името на автора**

118. Член 5, параграф 3 от Директива 2001/29 обуславя изключението за образователни цели от изискването „да се посочи източникът, освен ако това не се окаже невъзможно, включително името на автора“.

119. Така в качения на училищния портал проект, до фотографията е било поместено името на списанието (*Schwarzaufweiss*), където същата е била качена. Ученичката и преподавателят са действали внимателно, като не може да бъдат упрекнати, че не са посочили името на фотографа, което не е фигурирало под снимката.

## **3. Нетърговска цел**

120. Също така член 5, параграф 3 от Директива 2001/29 изисква употребата с образователни цели на закриляно произведение да бъде „оправдана от преследваната нетърговска цел“.

121. Както вече отбелязах, несъмнено поместването на проекта по испански език на училищния уебсайт не е било с търговска цел. Що се отнася до оправдания характер, използването на свалени изображения от интернет в днешно време е необходимо за някои преподавателски дейности, когато става въпрос за дигитални проекти.

<sup>80</sup> Това признава член 26, параграф 2 от Всеобщата декларация за правата на човека (ВДПЧ) от 1948 г. и член 13, параграф 1 от Международния пакт за икономически, социални и културни права (МПИСКП), приет от Общото събрание на обединените нации с резолюция 2200 А (XXI), от 16 декември 1966 г., в сила от 3 януари 1976 г., съгласно член 27.

<sup>81</sup> Предвид характеристиките на един училищен уебсайт, не мисля, че има голяма разлика дали снимката ще бъде показана в *интранет*, в *екстранет* или на уебсайта на училището: публиката, която посещава уебсайта, най-вероятно ще бъде една и съща и в трите случая, т.е. учениците и техните семейства или приятели, освен учителите.

#### 4. Тест по член 5, параграф 5 от Директива 2001/29

122. Макар че използването на фотографията може да се отнесе към изключението по член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29, все пак трябва да се направи *тестът* по параграф 5 от същата разпоредба, съответно да се анализират условията за прилагане<sup>82</sup>. За целта ще следвам същите методи както в моите заключения по делото *Stichting Brein*<sup>83</sup>.

123. На първо място, тъй като става въпрос за употреба в рамките на образованието, лишена от търговска цел, струва ми се ясно, че няма конфликт с обичайната употреба на производението (втора стъпка от теста). С поместването на училищния уебсайт нито ученичката, нито преподавателят (нито учебното заведение или Provinciјата) получават евентуалните икономически облаги от това, че фотографията се намира на уебсайта, нито получават търговски ползи в ущърб на автора.

124. Друг законен интерес (трета стъпка от теста) може да бъде посочването на името на автора, с оглед да се защитят неговите неимуществени права. Но неимуществените права не попадат в обхвата на Директива 2001/29, съгласно съображение 19 от нея.

125. Най-деликатен е моментът с първата стъпка от теста, според която изключенията се прилагат само при *определени конкретни случаи*.

126. Макар настоящото дело да е единствено по рода си, неговото разрешаване може да има съществени последици за множество ученици и преподаватели (също и за фотографите) при аналогични обстоятелства. В действителност няма да е неразумно да се предположи, че подобни на описаните тук събития се случват ежедневно в държавите членки.

127. И така, макар при всички тези случаи да са налице разглежданите тук обстоятелства, едно уравновесено тълкуване на тази последна стъпка от теста, което същевременно да претегли и други законни интереси (по делото — произтичащите от правото на образование), би позволило да се направи извод, че от значение е не толкова количеството идентични или сходни действия, а това техните очертания да са достатъчно ясно уточнени, така че да не влизат в противоречие с нормалната употреба на произведенията и да не вредят неоправдано на законните интереси на съответния правоносител. Така че, с тази уговорка, би ставало дума за същия специален случай<sup>84</sup>.

128. Накратко, в крайна сметка е приложимо изключението по член 5, параграф 3, буква а) от Директива 2001/29.

#### V. Заключение

129. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от *Bundesgerichtshof* (Върховен федерален съд, Германия) преюдициален въпрос по следния начин:

„Поместването на училищен уебсайт, без цел печалба и при цитиране на източника, на ученическа работа, съдържаща фотографско изображение, до което всеки интернет потребител има свободен и безплатен достъп, не представлява предоставяне на публично разположение по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета

<sup>82</sup> Намирам обаче за уместно предложението да се избегне механично прилагане на въпросния тест, въз основа на кумулативния характер на трите критерия, като предпочитам да се разгледа значението на всеки един от тези елементи. Вж. *Hilty, R.M./Geiger, Ch./Griffiths, J. Declaration: A balanced interpretation of the „three-step test“ in copyright law. — International Review of Intellectual Property and Competition Law, 6/2008, 707—713, по-специално стр. 709.*

<sup>83</sup> Дело C-527/15, EU:C:2016:938, точки 73—81.

<sup>84</sup> Вж. подобен начин на действие в решение от 11 септември 2014 г., *Eugen Ulmer* (C-117/13, EU:C:2014:2196, т. 34).

от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество, когато това изображение вече се е намирало на онлайн портала на списание за пътувания, без посочване на ограничения за използването“.