

АВТОРСКИ ПРАВА ВЪРХУ ФОТОГРАФИИ

*Христо Райчев**

1. Фотографиите като вид произведение по Закона за авторското право и сродните му права (ЗАПСП)

Действащият ЗАПСП изрично посочва фотографските произведения, както и произведенията, създадени по начин, аналогичен на фотографския¹, като обекти на авторско право (чл. 3, ал. 1, т. 7 ЗАПСП). Както и другите примерно изброени обекти на авторски права, фотографиите също се защитават от закона само дотолкова, доколкото са изпълнени принципните условия за закрила на произведения по чл. 3, ал. 1 ЗАПСП. Така фотографиите следва да са изразени по какъвто и да е начин и в каквато и да е обективна форма и да са резултат на творческа дейност.

Първото изискване не дава място за съмнения предвид максимално широката му формулировка и принципното правно положение, че произведенията са годни за закрила само когато излязат извън вътрешния мир на автора и станат част от обективната действителност. Практиката показва, че всякакви форми на обективиране са допустими – фотографски филми (фотоленти), екземпляри на фотохартия, сурови (*raw*) файлове, обработени и кадрирани изображения, публикации в книжни издания или онлайн (на уебсайтове, блогове, профили в социални мрежи) и др.

* Адвокат от София.

¹ Категорията „произведения, създадени по начин, аналогичен на фотографския“ следва буквално формулировката *works expressed by a process analogous to photography* в чл. 2 (2) на Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения (9.09.1886 г., заедно с последващите ѝ ревизии). По-новите международни договори в областта, като Споразумението относно свързаните с търговията аспекти на правата на интелектуалната собственост (ТРИПС) (1994) и Договора на Световната организация за интелектуална собственост за авторското право (1996), употребяват единствено понятието „фотографски произведения“ (*photographic works*). Пояснението „произведения, създадени по начин, аналогичен на фотографския“ в действителност е ненужно, доколкото изброяването на закриляните произведения в международните договори и в чл. 3 ЗАПСП е неизчерпателно. Няма никаква пречка едно изображение, независимо дали е създадено по начин, аналогичен на фотографския, или по съвсем различна технология, да бъде обект на авторско право, стига да отговаря на останалите изисквания на закона.

По-съществена трудност възниква при преценката на второто изискване, а именно фотографиите да са „резултат на творческа дейност“. Макар и да не е изрично посочено в ЗАПСП, в практиката и доктрината, по подобие на повечето чуждестранни правни режими се приема, че това изискване предполага произведението да е ново и оригинално. Критериите за новост и оригиналност гарантират, че законът няма да възнаграждава с правна защита произведения, които са по същество копия на вече съществуващи такива, както и че ще изисква поне минимални творчески усилия (креативност)², положени от автора. По този начин се постига и една от крайните цели на закрилата на авторски права – стимулирането на творческата и културната дейност, която е от дългосрочна полза за обществото като цяло. Във връзка с това Директива 2006/116/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година за срока за закрила на авторското право и някои сродни права, както и Съдът на ЕС в решенията си като това по делото *Infopaq*³ дефинират произведението като оригинално, когато то е собствено интелектуално творение на автора му⁴. Член 6 от директивата изрично потвърждава това изискване към фотографиите: „*Фотографии, които са оригинални, в смисъл че са собствено авторско интелектуално произведение, се закрилят в съответствие с чл. 1*“. Прилагането на всички тези принципни постановки на практика обаче, при наличието на най-разнообразни видове фотографски произведения с техните специфични особености, често е предизвикателство с нееднозначен отговор.

2. Кои фотографии са „резултат на творческа дейност“?

В областта на интелектуалната собственост предвид растящото многообразие на обектите на закрила и постоянното иновирание в създаването и използването им често се борави с неизчерпателни разпоредби, т.нар. open-end clauses, които задават единствено рамките, в които всеки случай се преценява сам за себе си. Затова и законодателството е много по-категорично в ограничителните си разпоредби (кога нещо не попада в обхвата на закона), отколкото в положително формулираните дефиниции (кога нещо се закриля от закона). По същата логика и тук може да бъдат дефинирани известни условни граници – случаи, при които дадена фотография трудно би прескочила препятствието „резултат на творческа дейност“:

² В англо-американската доктрина и съдебна практика се използва означението *modicum of creativity* (минимално количество, капка креативност).

³ Решение на Съда (четвърти състав) от 16 юли 2009 г. по дело C-5/08, *Infopaq International A/S срещу Danske Dagblades Forening*.

⁴ Този подход кореспондира с традициите на континенталната авторско-правна система, която поставя в центъра на защита автора и неговата личност. Според философията на Имануел Кант произведението е продължение на самата личност на автора.

2.1. Фотографии, при които фотографът е поначало лишен от творческа свобода

Съществуват сфери, при които свободата на фотографа да избира самостоятелно обектите на заснемане и съществените параметри в процеса на фотографиране е сведена до абсолютен минимум или дори е изключена. В тези сфери много трудно може да се говори за фотографии – обекти на авторски права, тъй като фотографите не вземат самостоятелни творчески решения, а следват предварително зададени стандарти и правила относно обектите и начина на заснемането им. Този извод е в синхрон и с практиката на Съда на ЕС, който в няколко свои решения вече е имал възможност да потвърди, че критерият за оригиналност на едно произведение не е изпълнен, когато това произведение „трябва да бъде съобразено с технически съображения, правила или изисквания, които не оставят място за творческа свобода“⁵.

Така Правилникът за издаване на българските лични документи изисква при подаване на заявление за издаване на личен документ да се приложи цветна снимка на заявителя. Член 9, ал. 1 от Правилника за издаване на българските лични документи обаче императивно постановява, че въпросната снимка трябва да отговаря на изискванията, подробно описани в Приложение № 5 към правилника. Въпросното приложение съдържа детайлни стандарти относно сниманото лице и начина на заснемането му, които лишават фотографа от свободен творчески избор. По тази причина няма съмнение, че фотографите, заснемащи снимки за документи за самоличност, не могат да се ползват от режима по ЗАПСП поради изначална негодност фотографиите им да бъдат произведения – резултат на творческа дейност по смисъла на чл. 3, ал. 1 ЗАПСП. Обратната логика – че фотографите на подобен вид снимки имат права по ЗАПСП, би създала един сложен за управление хаос при издаването и използването на документите за самоличност.

Сходен е и случаят със задължителното фотографиране на обекти, когато това се изисква от нормативен акт за научни, образователни, архивни и т.н. цели. В тези случаи фотографиите отново в голяма степен са лишени от свобода на изразяване и следват предварително зададените параметри, което ограничава творческия елемент в дейността им. Практически пример в тази насока е Правилникът за провеждане на теренни археологически проучвания в Република България, който в чл. 42, 43, 48 и 49 изисква всеки археологически обект и целият процес на археологическо проучване да се фотодокументират най-пълно и подробно съгласно предвиденото в правилника и утвърдената практика. Ето защо заснемането на фотографии в изпълнение на това административно задължение и при спазване на нормативните изисквания и ут-

⁵ Така Решение на Съда (трети състав) от 1 март 2012 г. по дело *C-604/10, Football Dataco Ltd. and Others срещу Yahoo! UK Ltd.* и др., както и цитираната в него практика.

върдената практика в областта не създава произведение, закриляно от ЗАПСП. Фотографиите, създадени в съответствие с изискванията на горепосочения правилник, са фотодокументалистика, която е изготвена по нормативни правила и по указания на водещия археолог. Тя отразява точно реалността на археологическия обект, без каквито и да било художественотворчески елементи. Затова и този тип фотодокументалистика не е резултат на творческа дейност и не съставлява годин обект на авторско право по ЗАПСП.⁶

2.2. Фотографии, при които фотографът не проявява творческа свобода

Широко застъпено в множество решения на българските съдилища е разбирането, че фотографиите трябва да са резултат на творческа дейност и „да отразяват личността на автора“, за да могат да се ползват от закрилата по ЗАПСП.⁷ Обичайно съдилищата назначават за целта съдебно-технически експертизи от вещи лица в областта на фотографията, които оценяват художествения елемент на фотографиите и най-вече характера и степента на участие на фотографа в заснемането на обектите – например дали фотографът избира композиция, осветление, обектив, тоналност и ракурси, дали извършва подбор на снимачната точка, ъгъл и момент, дали извършва подредба на сниманите обекти и/или декори, дали създава сюжет и т.н.⁸ Тези обстоятелства са показателни относно това доколко фотографът е проявил творческа свобода и съответно дали заслужава да се ползва от режима на ЗАПСП, който закриля изключително и само фотографиите – резултат на творчески процес. Колкото поинтензивно е участието на фотографа в подбора на гореописаните обстоятелства по заснемането на обектите и колкото повече изборите му са базирани на негови индивидуални творчески решения (т.е. колкото повече творческа свобода е проявил), толкова по-вероятно е да се касае за фотография, годна за авторскоправна защита. Това правило е застъпено и в практиката на Съда на ЕС – например в решението по делото *Painer*⁹, където се приема, че когато е изправен пред спор за авторски права върху фотография, националният съд следва да провери във всеки конкретен случай, че тя е авторско интелектуално творение, което отразява личността на автора и е проява на неговия свободен и творчески избор при реализирането ѝ. Във връзка с това интерес представлява и практиката на Апелативния съд в Париж, която поставя едно

⁶ В този смисъл Решение № 1910/13.10.2017 г. по т. д. № 4700/2016 г. на СГС, VI-16 състав.

⁷ Напр. Решение № 534/25.09.2007 г. по т. д. № 325/2017 г., на ВКС, ТК, I о.; Решение № 1634/30.12.2009 г. по гр. д. № 2152/2009 г. на САС, ТО, 5-и състав; Решение № 27/04.01.2018 г. по т. д. № 7987/2016 г. на СГС, VI-23 състав и др.

⁸ Например Решение № 622/17.04.2012 г. по гр. д. № 694/2010 г. на ОС – Пловдив, III състав.

⁹ Решение на Съда (трети състав) от 1 декември 2011 г. по дело C-145/10, *Eva-Maria Painer срещу Standard VerlagsGmbH* и др.

сравнително високо изискване за проява на творческа свобода от страна на фотографа автор. В едно свое решение Апелативният съд в Париж приема, че снимка на знаменитости, заснета тайно от криещ се фотограф (папарак), не е голям обект на авторски права, тъй като е лишена от оригиналност. Аргументите на съда в конкретния случай са, че при подобен вид снимки фотографът е изцяло пасивен и зависим – той не участва нито в избора на сюжет, нито в избора на момент, на точка, на светлина и ъгъл на снимане, като единствено очаква появата на съответната знаменитост и технически заснема фотографията в първия възможен за това момент.¹⁰ Сходен е и изводът на Апелативния съд в Париж относно фотографиите, показващи обичайни моменти от футболна среща. Съдът приема, че подобни кадри са многократно повтарящи се за този тип спорт – банални сцени, които не са повлияни по никакъв начин от избора на фотографа, поради което и не водят до възникване на авторско право.¹¹ Дали такъв по-рестриктивен подход към закрилата на фотографии отговаря на буквата и духа на закона, остава дискуссионно.

В допълнение към горното следва да бъдат споменати и фотографиите, извършвани от автоматизирани средства без човешка намеса в момента на заснемането (например т.нар. автоматизирани технически средства и системи, които заснемат нарушенията на водачите на МПС по Закона за движение по пътищата). Няма съмнение, че макар и да е налице известен избор относно вида, позиционирането, ориентирането и функционирането на тези автоматизирани средства, този избор нито е творчески, нито се проявява от конкретно физическо лице към момента на заснемане на дадения кадър. Ето защо и подобни автоматизирани решения (например автоматични камери, сателитни снимки и т.н.) по дефиниция не произвеждат обекти на закрила по ЗАПСП.

3. Някои неотнормирани обстоятелства

Наличието на творческа дейност безспорно е трудно установимо обстоятелство. Затова и не е изненадващо, че в практиката по авторскоправни спорове често се твърдят най-различни странични обстоятелства, чрез които се цели косвено обосноваване на творческия характер на дадена фотография. Някои от тези обстоятелства са *a priori* неотнормирани към възникването на авторското право и би следвало да бъдат игнорирани при решаването на спорове. Такива обстоятелства, без претенция за изчерпателност, са:

3.1. Положенията от фотографа усилия

Положенията от фотографа усилия имат значение само ако съставляват творческа дейност, довела до създаването на съответната фотография. Чисто физическите

¹⁰ Cour d'Appel de Paris, 4ème Chambre, Arrêt du 5 decembre 2007, numéro d'inscription au répertoire général: 06/15937.

¹¹ Cour d'Appel de Paris, 5ème Chambre, Arrêt du 14 novembre 2012, numéro d'inscription au répertoire général: 11/03286.

и технически дейности нямат никакво отношение към възникването на авторско право по смисъла на ЗАПСП. Затова и всякакво просто техническо съдействие по заснемане на обекти по указание на трети лица по принцип не предоставя авторско право на заснемащото лице – технически сътрудник. Доктрината за авторското право отдавна е изоставила теорията за възнаграждаването на положениия труд чрез авторскоправна закрила (т.нар. теория за потта на челото – *sweat of the brow*¹²). Разбира се, положените усилия и постигнатият фактически резултат (заснемането) би следвало да бъдат възнаградени, но не по реда на ЗАПСП, а по друг облигационноправен ред – например съгласно режима на договора за изработка по чл. 258 и сл. от Закона за задълженията и договорите. Липсата на авторски права по никакъв начин не накърнява правото на лицето, положило съответния труд, да получи справедливо възнаграждение като изпълнител на дадената работа. Във връзка с това следва да се подчертае, че предоставянето на авторски права за форми на чисто техническо съдействие носи съществена опасност. То би довело до ерозия в режима на авторските права и до затормозяване на целия търговски оборот с потенциални претенции от неоправдано широк кръг лица.

3.2. Професионалната квалификация на фотографа

Друг често използван аргумент е професионалната квалификация на фотографа, включително образованието и членството му в професионални организации. Всички тези обстоятелства са неотносими към въпроса за наличието на авторско право върху съответната фотография. ЗАПСП никъде не въздига наличието на образование и квалификация в изискване за закрила на фотографиите като обекти на авторски права. Такова изискване освен всичко друго би противоречало на отдавна наложилото се разбиране, че всяко лице без ограничение (дори възрастово) може да създаде обект на авторско право, като този обект се защитава от закона независимо от неговите естетически качества. Поради това и би следвало да се избягват всякакви аргументи, основани на „професионализъм“ и „майсторство“ у фотографа, както и на „стойност и значимост“ на произведението му¹³, които са ирелевантни за възникването на авторско право. Следва винаги да се държи сметка, че законът защитава еднакво и добрите, и лошите произведения, и гениалните, и бездарните творби, без оглед на техните художествено-естетически качества.¹⁴ Затова заслужава одобрение прак-

¹² Тази теория е изоставена окончателно с решението на Върховния съд на САЩ по делото *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U. S. 340 (1991).

¹³ Такива аргументи, за съжаление, присъстват, макар и спорадично, в някои решения на съдилищата, като например Решение № 27/04.01.2018 г. по т. д. № 7987/2016 г. на СГС, VI-23 състав, Решение № 16/25.01.2018 г. по в. гр. д. № 679/2017 г. на Апелативния съд – Пловдив, и др.

¹⁴ **Саракинов, Г.** Авторско право и сродните му права в Република България. С.: Сиби, 2013, 34–35.

тиката, която приема, че завършеното образование по фотография, членуването в професионална фотографска организация и реализирането на приходи от фотографска дейност са все фактори без значение за възникването на права по смисъла на ЗАПСП за съответния автор.¹⁵

3.3. Инициатива за създаване на фотографията

Както и при изложените по-горе обстоятелства, фактът по чие искане са направени дадени фотографии, е по принцип ирелевантен за възникването на авторско право върху тях в полза на заснемащия фотограф. В ЗАПСП не се съдържа разпоредба, която да лишава от авторско право фотографа, когато заснемането не е по негова инициатива, а по искане на друго лице. Тъкмо обратното, съгласно ЗАПСП авторското право принадлежи на лицето, създало съответното произведение, т.е. на фотографа, заснел съответните фотографии, доколкото те отговарят на изискванията по чл. 3, ал. 1 ЗАПСП. Инициативата за създаване на фотографията може да има отношение към кръга на носители на права върху нея (например с оглед на разпоредбата на чл. 42 ЗАПСП, регулираща създаване на произведение по поръчка), но не и към самото възникване на авторски права. Разбира се, когато се касае не просто за искане, а за подробни указания относно заснемането на дадена фотография, е възможно да се спори относно титуляря на авторските права и/или относно съавторството (чл. 8 ЗАПСП), които обаче са ирелевантни за самото възникване на авторското право върху тази фотография.

4. Заключение

Фотографските произведения имат константно присъствие и значимост, които далеч надхвърлят границите на личния живот. В дигиталния свят фотографиите са важен инструмент в сферата на рекламата, маркетинга и продажбите. Поради това и въпросите относно съществуването и притежаването на авторски права върху тях подлежат на непрекъсната дискусия и преоценка. Тези въпроси висят с неяснота в актуални сфери като продуктовата фотография и инфлуенсър маркетинга.¹⁶ При продуктовата фотография например често се спазват неписани правила, които целят пълно, достоверно, концентрирано и атрактивно представяне на конкретния продукт, но от друга страна, са в състояние да намалят творческия елемент на фотографията като цяло. Що се касае до инфлуенсър маркетинга, при него създаването на

¹⁵ Така Решение № 622/17.04.2012 г. по гр. д. № 694/2010 г. на ОС – Пловдив, III състав.

¹⁶ В смисъла на маркетинг подход, при който фотографии с продукти на препоръчани брандове се споделят в социалните мрежи от т.нар. инфлуенсери (*influencers*) – хора със силно влияние в социалните мрежи, относително голям брой (или много хомогенна група) последователи и високо ниво на видимост и значимост на мнението им.

съответната снимка е процес, в който може да участват множество лица – от професионалните маркетинг специалисти, задаващи стратегията, насоката и посланието на заснеманите кадри, през фотографа, извършващ заснемането, до самото лице, на чийто личен профил кадрите ще се появят в качеството им на препоръчана реклама. Следователно качествената и количествената оценка на приноса на всяко едно от тези лица ще бъдат от съществено значение при отговора на въпроса дали, какво и кого защитава ЗАПСП в съответния случай.