Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 8 декември 2016 година [1]

Дело C-527/15

Stichting Brein
срещу
Jack Frederik Wullems, осъществяващ дейност под името „Filmspeler“

(Преюдициално запитване, отправено от Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия, Нидерландия)

„Авторско право и сродни права — Информационно общество — Понятието „публично разгласяване“ — Право на възпроизвеждане — Изключения и ограничения“

1. Правото на авторите да разрешават публичното разгласяване на своите произведения, защитено с член 3 от Директива 2001/29/ЕО [2], може да бъде накърнено в резултат от линковете, или връзките, препращащи от един уебсайт към друг, ако не се постигне необходимото равновесие между закрилата на интелектуалната собственост и свободата за развитие на информационното общество. В този контекст хипервръзките [3] са съществена част от интернет, необходима за сърфиране между уебсайтовете, но същевременно могат да доведат до нарушаване на авторски права.

2. Съдът, който няколко пъти се е произнасял относно понятието „публично разгласяване“ [4], съвсем наскоро постанови едно ключово решение [5], с което изяснява въпроса дали по смисъла на Директива 2001/29 посоченото понятие обхваща поставянето на хипервръзка на даден уебсайт към други страници или сайтове, на които е поместено цифрово съдържание [6] без разрешението на притежателя на правата, като потребителят получава достъп до това съдържание само с едно кликване върху хипервръзката.

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — 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).

3 — Думите „хиперлинк“ и „хипервръзка“ се използват като синоними с „линк“ и „връзка“. В сферата на езиците за програмиране и електронните документи двете понятия обозначават способ за свързване на различни информационни сегменти, който при активиране дава възможност за препращане между отделни части или блокове от текст, изображения, аудио и видео съдържание.

4 — Конкретно относно хиперлинковете и понятието за публично разгласяване на произведения, достъпни на други уебсайтове, вж. решение от 14 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76). В определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315) Съдът прилага подхода от посоченото решение към техниката, известна като „фрейминг“ („framing“), посредством която при натискане върху връзката потребителите се пренасочват към портала на трето лице, на който се намира произведението, като се създава впечатлението, че същото е част от съдържанието на уебсайта с връзката.

5 — Решение от 8 септември 2016 г., GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, наричано по-нататък „решение GS Media“).

6 — Въпреки че в действащите актове в тази област се използва понятието „произведения“, ще използвам и израза „цифрово съдържание“, като в този контекст и с двата термина обозначавам защитено с авторски права съдържание.

3. Първите два преюдициални въпроса на Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия) по настоящото дело отчасти съвпадат с въпросите, по които е постановено решение от 8 септември 2016 г., GS Media. Нидерландската юрисдикция, която е знаела за въпросното дело, към онзи момент все още висящо пред Съда, се е колебаела дали да не спре разглежданото от нея дело до произнасянето на Съда по първото посочено дело. Все пак тя решава да отправи запитване до Съда преди произнасянето му по дело GS Media, тъй като по думите ѝ съществуват някои разлики между двете дела, най-съществената от които се отнася до факта, че „в настоящия случай г-н Wullems не е поставял хипервръзки на своя уебсайт, а е инсталирал на медиен плейър допълнителни модули с хипервръзки […]“ [7].

4. Ако решение GS Media може да бъде отнесено и към настоящия случай, каквото е моето предложение, достатъчно ще бъде да се обсъди подходът в това решение, след което да се прецени дали публично разгласяване е налице и когато се продава мултимедиен плейър, на който е инсталиран вид софтуер (допълнителни модули, или add-ons), препращащ крайния потребител към уебсайтове, които разпространяват цифрово съдържание без съгласието на притежателя на авторското право.

5. Запитващата юрисдикция излага и други съмнения (трети и четвърти въпрос), които се отнасят не толкова до техническото средство или устройство за възпроизвеждане, колкото до закрилата на авторското право — и съответната противоправност на спорните действия — в случаите, в които без разрешение от притежателя на правата крайният потребител приема поточно (чрез стрийминг) [8] защитено цифрово съдържание, до което получава достъп чрез хипервръзка.

I – **Правна уредба** Директива 2001/29

6. Сближаването на законодателствата на държавите членки в областта на интелектуалната собственост е извършено главно с Директива 93/98/ЕИО [9], впоследствие изменена и отменена с Директива 2006/116/ЕО [10], 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.

7. Съображение 23 гласи:

„Настоящата директива следва да хармонизира в по-голяма степен правото на автора на съобщаване на публиката. 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“.

7 — Точка 6.14 от акта за преюдициално запитване.

8 — Поточното приемане, или „стрийминг“, на цифрово, най-вече аудио и видео съдържание (тоест без записване или възпроизвеждане на съдържанието в паметта на различни устройства, а само чрез буферно съхраняване) е обсъдено в решение от 7 март 2013 г., ITV Broadcasting и др. (C-607/11, EU:C:2013:147).

9 — Директива на Съвета от 29 октомври 1993 година за хармонизиране на срока за закрила на авторското право и някои сродни права (ОВ L 290, 1993 г., стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 141).

10 — Директива на Европейския парламент и Съвета от 12 декември 2006 година за срока за закрила на авторското право и някои сродни права (ОВ L 372, 2006 г., стр. 12; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 3, стр. 7).

8. Съображение 27 гласи:

„Самото предоставяне на физически съоръжения, които имат за цел да позволят или реализират разгласяването, не представлява само по себе си разгласяване по смисъла на настоящата директива“.

9. Съгласно съображение 31:

„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 […]“.

10. Съображение 33 гласи:

„Изключителното право на възпроизвеждане следва да е предмет на изключение, за да се разрешат някои действия на временно възпроизвеждане, които имат инцидентен или преходен характер, съставлява[т] неразделна и основна част от технологичния процес, и се извършват с единствената цел да позволят ефективно предаване в мрежа между трети страни от посредник или законно използване на произведение или друг закрилян обект. Съответните действия на възпроизвеждане не би следвало да имат собствена икономическа стойност. Доколкото отговарят на тези условия, това изключение обхваща [действия], които позволяват осъществяването на браузинг, както и действия на кашинг, включително тези, които позволяват ефективното функциониране на системите за предаване, при условие че посредникът не изменя информацията и не пречи на законното използване на технологията, широко призната и използвана от промишлеността за получаване на данни за използването на информацията. Използване се счита за законно, когато е разрешено от титуляр[я] на права или не е ограничено от закона“.

11. Член 2 е озаглавен „Право на възпроизвеждане“ и 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;

[…]“.

12. Член 3 е озаглавен „Право на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“ и параграф 1 от него предвижда:

„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“.

13. Член 5 урежда „[и]зключения[та] и ограничения[та]“ (заглавие на разпоредбата) на правото на възпроизвеждане, публично разгласяване и разпространение, като параграфи 1 и 5 от него гласят следното:

„Временни действия на възпроизвеждане, посочени в член 2, които имат преходен или инцидентен характер, които представляват неразделна и съществена част от технологичния процес и чиято единствена цел е да позволи:

а) предаването в мрежа между трети лица чрез посредник или

б) законно използване

на произведение или закрилян обект, и които нямат самостоятелно стопанско значение, се освобождават от правото на възпроизвеждане, предвидено в член 2.

[…]

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“.

II – **Фактите по спора и преюдициалните въпроси**

14. Stichting Brein е фондация, която работи в областта на защитата на авторските и други сродни права. В нея членуват организации на производители и вносители на аудио-визуални носители, филмови продуценти, разпространители на филми, производители на мултимедийни продукти и издатели.

15. Г-н Jack Frederik Wullems предлага на различни места в интернет (включително на своя сайт www.filmspeler.nl) няколко модела [11] на мултимедиен плейър с търговското наименование „filmspeler“. Устройството функционира като свързващо звено между източника на образ и звук и телевизионния апарат. Разликите между моделите са от техническо естество, но начинът им на функциониране като цяло е един и същ: когато плейърът се свърже към интернет, от една страна, и към екран на потребителя (например телевизор), от друга, на екрана може поточно, чрез стрийминг, да се възпроизвежда образ и звук от интернет портал или уебсайт.

16. Хардуерът на филмовия плейър може да бъде закупен от различни доставчици. Г-н Wullems инсталира на своите устройства софтуера с отворен код XBMC, позволяващ отварянето на файлове чрез потребителски интерфейс (user interface), който е структуриран на менюта и може лесно да се използва от всекиго. Освен това той инсталира допълнителни модули (add-ons), тоест отделни софтуерни файлове, разработени от трети лица и свободно достъпни в интернет, като ги интегрира в потребителския интерфейс на софтуера XBMC.

17. Тези допълнителни модули съдържат хипервръзки, които при кликване препращат към стрийминг уебсайтове на трети лица, на които е предоставен безплатен достъп до филми, телевизионни сериали и спортни предавания (на живо), със и без разрешението на притежателите на правата. Възпроизвеждането на цифровото съдържание стартира автоматично при кликване върху съответната хипервръзка [12].

11 — С наименованията „Filmspeler X5 fully loaded“, „Filmspeler Compleet (Raspberry pi)“, „Minix Neo X7“, „Filmspeler X90 fully loaded“ и „Turbo Sd/usb configuratie“.

12 — Всъщност това са така наречените на електронен език „дълбоки връзки“ (deep hyperlinks), а не обикновени линкове към началната страница на уебсайта, към който се препраща.

18. Четиринадесет от посочените допълнителни модули[13] препращат към филми, сериали и спортни предавания (на живо) *без* разрешението на притежателите на правото на възпроизвеждане. Други модули пък препращат към стрийминг уебсайтове, на които цифровото съдържание е предоставено с разрешението на притежателите на правата[14].

19. Г-н Wullems не оказва влияние върху разработването на допълнителните модули, нито ги променя, а и потребителите могат сами да ги инсталират на филмовия си плейър. Както на своя портал (www.filmspeler.nl), така и на сайтовете на трети лица, г-н Wullems рекламира продуктите си със следните рекламни съобщения:

„— Стига сте плащали за филми, сериали и спортни предавания, които можете пряко да следите без реклами и време за чакане (без такси за абонамент, без нужда от настройване). Netflix вече принадлежи на миналото!

— Искате ли свободно да гледате филми, сериали и спортни предавания, без да се налага да плащате? Кой не би искал?

— Никога вече няма да ви се наложи да ходите на кино благодарение на нашия оптимизиран софтуер XBMC. Безплатни HD филми и сериали, включително филми, наскоро прожектирани по кината — благодарение на XBMC“.

20. На 22 май 2014 г. Stichting Brein отправя покана до г-н Wullems да преустанови продажбата на филмовия плейър. На 1 юли 2014 г. посочената фондация предявява иск пред запитващата юрисдикция да разпореди преустановяване на продажбата на устройството и предлагането на хипервръзки, осигуряващи на потребителите незаконен достъп до закриляни с авторско право произведения.

21. Фондацията мотивира иска си с това, че като продава плейъра „filmspeler“, г-н Wullems „публично разгласява“ тези произведения в нарушение на членове 1 и 12 от Auteurswet (нидерландският Закон за авторското право), както и на членове 2, 6, 7а и 8 от Wet op de Naburige Rechten (Закон за сродните права).

22. Според Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия) изтъкнатите по делото разпоредби на националното право трябва да се тълкуват в светлината на член 3 от Директива 2001/29, която те транспонират в нидерландския правен ред. Доколкото страните в главното производство спорят дали продажбата на мултимедийния плейър на г-н Wullems позволява да се достигне до „нова публика“ по смисъла на практиката на Съда, запитващата юрисдикция преценява, че нито решение Svensson и др.[15], нито определение BestWater International[16] предоставят достатъчно насоки за решаването на този спор. Ето защо според нея не е изяснен отвъд всяко разумно съмнение въпросът дали е налице публично разгласяване, когато произведението вече е било публикувано, но без разрешението на притежателя на авторското право.

13 — Това са допълнителните модули 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com и Go TV.

14 — Като Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM и Soundcloud.

15 — Решение от 13 февруари 2014 г. (C-466/12, EU:C:2014:76).

16 — Определение от 21 октомври 2014 г. C-348/13, EU:C:2014:2315.

23. На второ място, запитващата юрисдикция трябва да прецени довода на г-н Wullems, че поточното гледане и слушане на закриляни с авторско право произведения от незаконен източник попада в обхвата на изключението по член 13, буква а) от нидерландския Закон за авторското право. Доколкото посочената разпоредба трябва да се тълкува в съответствие с член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, запитващата юрисдикция посочва, че Съдът все още не се е произнасял относно значението на изискването за „законно използване“, предвидено в член 5 от Директивата.

24. При тези обстоятелства Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия) решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО за авторското право да се тълкува в смисъл, че е налице „публично разгласяване“ по смисъла на тази разпоредба, когато дадено лице продава продукт (медиен плейър), на който е инсталирало допълнителни модули, съдържащи хипервръзки към уебсайтове, които пряко предоставят на разположение закриляни с авторско право произведения като филми, сериали и предавания на живо без съгласието на притежателите на правата?

2) От значение ли е за този въпрос:

— дали до този момент закриляните с авторско право произведения изобщо не са били публикувани в интернет със съгласието на притежателите на правата или са били публикувани така само въз основа на абонамент,

— дали допълнителните модули, съдържащи хипервръзки към уебсайтове, които пряко предоставят на разположение закриляни с авторско право произведения без съгласието на притежателите на правата, са свободно достъпни и освен това могат да бъдат инсталирани на медийния плейър от самите потребители,

— дали уебсайтовете — а заедно с тях и закриляните с авторско право произведения, предоставяни на разположение без съгласието на притежателите на правата — са публично достъпни и без медийния плейър?

3) Трябва ли член 5 от Директивата [...] да се тълкува в смисъл, че не е налице „законно използване“ по смисъла на параграф 1, буква б) от тази разпоредба, когато крайният потребител изготвя временно копие на закриляно с авторско право произведение при стрийминг от уебсайт на трето лице, на който това закриляно с авторско право произведение се предлага без съгласието на притежателя или притежателите на правата?

4) При отрицателен отговор на третия въпрос, изготвянето от крайния потребител на временно копие на закриляно с авторско право произведение при стрийминг от уебсайт на трето лице, на който това закриляно с авторско право произведение се предлага без съгласието на притежателя или притежателите на правата, отговаря ли в този случай на критериите на „тристепенната проверка“ по член 5, параграф 5 от Директивата [...]?“.

III – **Производството пред Съда и становищата на страните**

A – *Производството*

25. Актът за преюдициално запитване постъпва в секретариата на Съда на 5 октомври 2015 г.

26. В срока по член 23, втора алинея от Статута на Съда писмени становища представят страните в главното производство, правителствата на Испания, Франция, Италия и Португалия, както и Европейската комисия.

27. На проведеното на 29 септември 2016 г. съдебно заседание се явяват представителите на Stichting Brein, на г-н Wullems, на испанското правителство и на Европейската комисия.

Б – *Становища*

1. По първия и втория преюдициален въпрос

28. Stichting Brein, както и испанското, френското, италианското и португалското правителство предлагат утвърдителен отговор на първия въпрос и считат, че обстоятелствата, посочени в трите тирета на втория въпрос, са без значение за преценката. Според тях в случая са изпълнени двете кумулативни условия, изисквани съгласно практиката на Съда — да е налице „акт на разгласяване“ и то да е „публично“ [17].

29. Доколкото същата съдебна практика потвърждава необходимостта от широко тълкуване на понятието „разгласяване“ [18], Stichting Brein и посочените правителства приемат, че устройството „filmspeler“ води до публично „предоставяне на разположение“ и съответно до „разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29. Съдът вече е постановил, че предоставянето на уебсайт на активни интернет връзки към закриляни произведения, публикувани на друг уебсайт без каквито и да било ограничения, дава на потребителите на първия уебсайт пряк достъп до тези произведения [19], без значение дали тази възможност се използва или не [20].

30. Според Stichting Brein няма значение, че хипервръзките са предоставени на публично разположение не от г-н Wullems, а от лицето, което предлага отделните софтуерни файлове. Френското правителство обръща внимание на два аспекта: а) публиката, към която са насочени първоначално разгласените закриляни произведения, се състои единствено от абонатите на телевизионните канали, на които е разрешено да излъчват съответните предавания, и б) видно от акта за преюдициално запитване, уебсайтът, на който се намират спорните произведения, е защитен чрез различни ограничения на достъпа. В същия контекст испанското правителство изтъква необходимостта да бъдат взети предвид потенциалните, настоящите и бъдещите потребители [21].

31. Що се отнася до „новата“ публика (тоест публиката, която авторите на защитените произведения не са имали предвид, когато са разрешили първоначалното публично разгласяване) [22], Stichting Brein подчертава значението на предоставяното от притежателите на правата разрешение за първоначалното разгласяване чрез хипервръзка. Португалското правителство добавя, че доколкото действието се състои в предоставяне на разположение на

17 — Решение от 7 март 2013 г., ITV Broadcasting и др. (C-607/11, EU:C:2013:147, т. 21 и 31).

18 — Решения от 7 декември 2006 г., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, т. 36) и от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 186).

19 — Решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 18).

20 — Пак там, т. 19 и цитираната съдебна практика.

21 — Решение от 7 декември 2006 г., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, т. 37—39).

22 — Решения от 7 март 2013 г., ITV Broadcasting и др. (C-607/11, EU:C:2013:147, т. 37) и от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 197).

защитени произведения чрез специфичен технически способ, различен от първоначалния, съгласно съдебната практика не е необходимо да се разглежда изискването за наличие на „нова публика“, тъй като за всяко ново излъчване би трябвало да има отделно и самостоятелно разрешение от заинтересованите автори [23].

32. Г-н Wullems и Комисията считат, че напротив, в случая не е налице „акт на разгласяване“. Г-н Wullems съсредоточава защитата си върху обстоятелството, че допълнителните модули с хипервръзките не се намират в устройството, когато същото се продава на крайния потребител. Освен това според него хипервръзката не може сама по себе си да представлява акт на публично разгласяване.

33. Според Комисията продаваният от г-н Wullems „filmspeler“ отговаря на понятието „физическо съоръжение“ (по смисъла на съображение 27 от Директива 2001/29), доколкото устройството позволява разгласяване, но само по себе си не представлява разгласяване. Ако с инсталирането на дадена програма на съоръжението същото изгубва това си качество, съображение 27 от Директива 2001/29 нямало да има полезно действие, тъй като би останало приложимо само в най-редки случаи. Ако се приеме обратната теза, разпоредбите на глава III от Директива 2001/29 щели да бъдат лишени от смисъл.

34. Като цяло Комисията се опасява, че прекалено свободното тълкуване на понятието „публично разгласяване“ би нарушило и застрашило справедливия баланс между правата и интересите на всички заинтересовани лица, в който според нея се заключава следваната с Директива 2001/29 обща цел.

2. По третия и четвъртия преюдициален въпрос

35. Stichting Brein, както и испанското и френското правителство отричат приложимостта на изключението по член 5 от Директива 2001/29 спрямо поточното възпроизвеждане на защитено с авторски права произведение от уебсайт на трето лице, който предлага това произведение. Те твърдят, че параграф 1 от посочената разпоредба се отнася само до временното възпроизвеждане с преходен или инцидентен характер — характеристики, които не са налице при възпроизвеждане посредством устройството „filmspeler“, така че тези действия на възпроизвеждане не представляват „неразделна и съществена част от технологичния процес[,] чиято единствена цел е да позволи законно използване на произведение или закрилян обект“, както изисква посоченият член 5, параграф 1, и по-конкретно буква б).

36. Освен това в отговор на четвъртия преюдициален въпрос Stichting Brein и испанското правителство [24] изтъкват, че изводите на Съда във връзка с тълкуването на така нареченото „изключение за копиране за лично ползване“ по член 5, параграф 2, буква б) от Директива 2001/29 [25] могат да бъдат отнесени и към разрешаването на стрийминг от незаконен източник. Този метод на възпроизвеждане от незаконни източници — поради липсата на разрешение от носителите на правата — бил в явно противоречие с трите условия, кумулативно предвидени в член 5, параграф 5 от Директива 2001/29 и в Бернската конвенция [26].

23 — Съгласно решение от 7 март 2013 г., ITV Broadcasting и др. (C-607/11, EU:C:2013:147, т. 22—26 и 39).

24 — Предвид предложения отговор на третия преюдициален въпрос френското правителство не изразява становище по четвъртия, доколкото той е отправен при условията на евентуалност.

25 — Решение от 10 април 2014 г., ACI Adam и др. (C-435/12, EU:C:2014:254, т. 37 и 39).

26 — Конвенция за закрила на литературните и художествени произведения, подписана в Берн на 9 септември 1886 г. (Парижки акт от 24 юли 1971 г.), изменена на 28 септември 1979 г.

37. В същия смисъл те изтъкват, че възможното масово използване на стрийминг от незаконни източници означава, че то няма да се прилага само „в някои специални случаи“, и освен това застрашава „нормалното използване“ на закриляните произведения, с което засяга законните интереси на притежателите на авторски и сродни права.

38. Г-н Wullems само припомня, че стриймингът е временно действие с преходен или инцидентен характер и представлява неразделна и съществена част от технологичен процес. Португалското правителство, както и Комисията, която обаче излага това становище само при условията на евентуалност [27], възприемат същата теза и добавят, че самото приемане на предаванията (на защитени произведения) чрез спорния способ не предполага незаконно използване по смисъла на член 5, параграф 1 от Директивата. Те твърдят, че становището им намира подкрепа в съдебната практика [28], съгласно която копията в кешираната памет и на екрана отговарят на кумулативните условия по член 5, параграф 1, както и на тези по член 5, параграф 5 от Директива 2001/29.

39. Португалското правителство твърди, че актовете на временно възпроизвеждане чрез стрийминг не пораждат допълнителна стопанска изгода извън произтичащата от самото гледане на произведенията. Накрая, то твърди, че когато актовете на възпроизвеждане отговарят на условията по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, трябва да се смята, че те отговарят и на условията по член 5, параграф 5 — извод, който според него следва от някои актове от практиката на Съда [29].

IV – **Анализ на преюдициалните въпрос**

A – *По първия и втория преюдициален въпрос*

40. Считам, че поради тясната връзка помежду им първите два преюдициални въпроса трябва да бъдат обсъдени заедно. Отговорът зависи до голяма степен от някои обстоятелства, които очертават предмета на спора по следния начин: а) г-н Wullems продава (с цел печалба) мултимедиен филмов плейър, на който инсталира хипервръзки към уебсайтове, които предлагат свободен и безплатен достъп до защитено с авторски права цифрово съдържание [30]; б) притежателите на тези права или не са разрешили публичното разгласяване на съдържанието, или са го разрешили само по отношение на определени уебсайтове, достъпни чрез регистрация или абонамент; в) потребителите могат сами да си инсталират допълнителните модули (add-ons), съдържащи хипервръзките към уебсайтовете, на които се предоставя свободен достъп до защитени произведения без съгласието на притежателите на правата, и г) тези уебсайтове са достъпни в интернет, без да е необходим филмов плейър като предлагания от г-н Wullems.

27 — Комисията се съмнява в необходимостта да се отговаря на третия и четвъртия преюдициален въпрос, тъй като: а) те са отправени не във връзка с продажбата на „filmspeler“, а във връзка с технологията на поточно предаване, или стрийминг, и б) се отнасят не до поведението на лицето, което продава мултимедийния плейър, а до поведението на крайния потребител.

28 — Решение от 5 юни 2014 г., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

29 — Определение от 17 януари 2012 г., Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, т. 57) и решение от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 181).

30 — Такъв свободен и безплатен достъп се предлага и до друго съдържание, чието публично разпространение също не е разрешено от първоначално излъчилото го лице, но което не е и защитено с авторски права в тесен смисъл. Това се отнася например за предаванията на живо на някои спортни събития, които не представляват оригинални произведения по смисъла на Директива 2001/29 (въпреки че правата на възпроизвеждане, предоставени с изключителни лицензии на някои телевизионни оператори, могат да се ползват със закрила въз основа на други разпоредби). Съдът вече се е произнасял по този въпрос с решение от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 98), в което постановява, че „[с]портните срещи […] не биха могли да се разглеждат като интелектуални творения, които да се квалифицират като произведения по смисъла на Директивата относно авторското право“.

41. Макар да съм изкушен да опиша развитието на съдебната практика, формирана от редица решения относно тълкуването на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29, считам за ненужно да повтарям анализа на понятието „публично разгласяване“, както и на неговите два отличителни признака — „актът на разгласяване“ на произведението и наличието на „публика“, към която е насочен този акт. Предпочитам просто да препратя към мотивите на Съда в решение GS Media и цитираната там предходна съдебна практика [31]. Правната сигурност изисква от съдилищата може би не чак стриктно да прилагат принципа stare decisis, но поне да се придържат към това, което сами са постановили след задълбочена преценка по даден правен въпрос. Това важи според мен и за установената (или потвърдена) с решение GS Media съдебна практика относно връзката между хиперлинковете и публичното разгласяване в контекста на Директива 2001/29.

42. Ето защо становището ми ще се основава на вече възприетите от Съда постановки, а именно: а) предоставянето на активни интернет връзки към закриляни произведения трябва да се квалифицира като „предоставяне на разположение“, което пък представлява „акт на разгласяване“ [32]; б) посоченото понятие обхваща всяко предаване на закриляни произведения, независимо от използваните средства или технически способи [33], и в) до доказване на противното се приема, че когато е направено с цел печалба, поставянето на хипервръзка към произведение, което е публикувано в интернет незаконно (тоест без разрешението на притежателите на правата), представлява „публично разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29.

43. Във връзка с това ще припомня, че според Съда понятието за публично разгласяване на закриляно произведение предполага то да се разгласява, като се използва специфичен технически способ, различен от използваните дотогава, или, ако не е използван такъв способ — пред „нова публика“, тоест публика, която носителите на авторското право не са имали предвид, когато са дали разрешение за първоначалното (ограничено) разгласяване [34].

44. Ако фактите по спора се анализират въз основа на описаните по-горе постановки, не е трудно да се достигне до извода, че в случая е приложим подходът от решение GS Media относно връзката между хиперлинковете и понятието за публично разгласяване, извод, който до голяма степен предопределя отговора на първите два преюдициални въпроса.

31 — Решение GS Media, по-конкретно т. 32 и цитираната съдебна практика. След произнасянето на това решение съвсем естествено в специализираните медии започват да се появяват понякога критични, понякога възторжени коментари за него. От първите публикувани коментари след датата на обявяването му вж. статията в European Law Blog от 20 септември 2016 г. със заглавие „Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, Gs Media v Sanoma)“; вж. също дебатите от пленарната сесия на 20 септември 2016 г. на 47-ия световен конгрес на International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI) по темата „The CJEU case law on hyperlinking“ и предварителния доклад на работната група със заглавие „Linking and making available on the Internet“.

32 — Решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 20). В обсъждания по онова дело случай в крайна сметка е прието, че не е налице разгласяване пред „нова“ публика, тъй като адресати на първоначалното разгласяване са интернет потребителите като цяло, доколкото връзките препращат към закриляни произведени, публикувани на друг уебсайт без никакви ограничения на достъпа (т. 18, 25 и 26).

33 — Решение от 31 май 2016 г., Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, т. 38).

34 — Съгласно точка 31 от решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76), „[…] ако дадена активна интернет връзка позволява на потребителите на сайта, на който е поместена, да заобиколят ограничителни мерки, наложени на сайта, където е публикувано закриляното произведение, с цел ограничаване на публичния достъп само до определени абонати, и представлява следователно намеса, без помощта на която тези потребители не биха могли да ползват разпространяваните произведения, всички тези потребители трябва да се считат за нова публика, която носителите на авторското право не са имали предвид, когато са дали разрешение за първоначалното разгласяване, така че за такова публично разгласяване се налага да има разрешение на носителите на авторското право“. На същата идея се опира и определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, т. 14). Важното е да е осигурена възможност за достъп до цифровото съдържание за лицата, които съставляват публиката, а не те действително да са използвали тази възможност, както се подчертава в решение от 7 декември 2006 г., SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, т. 43).

45. Всъщност, както вече посочих, г-н Wullems инсталира в потребителския интерфейс на софтуера XBMC допълнителните модули (adds-on) с хипервръзки към уебсайтове, които предоставят свободен достъп до защитени с авторско право произведения. Г-н Wullems не само предоставя тези хипервръзки, но и знае — или е трябвало да знае — че четиринадесет от допълнителните модули съдържат линкове към цифрово съдържание, качено в интернет без разрешението на притежателите на авторското право или пък с тяхно разрешение, но при условие съдържанието да е достъпно само за определени лица срещу абонамент, регистрация или друга форма на заплащане за гледането му. Няма съмнение, че г-н Wullems действа с цел да реализира печалба, доколкото той продава въпросния мултимедиен филмов плейър.

46. Следователно спорът се свежда до това какво значение трябва да се придаде на един допълнителен фактор, който не е бил налице по дело GS Media и на който г-н Wullems и Комисията се позовават в становищата си, като твърдят, че случаят се отнася до продажбата на мултимедийни филмови плейъри, а не до предоставянето на хиперлинкове. И двете посочени страни считат, че тази продажба и инсталирането на хиперлинкове към даден уебсайт са различни явления и че макар да подлежи на широко тълкуване, понятието „публично разгласяване“ не бива да се разширява безкрайно, докато обхване и продажбата на мултимедийни плейъри[35].

47. В съдебното заседание г-н Wullems и Комисията подчертават, че ролята на г-н Wullems „не е ключова“, доколкото се свежда до това да „позволи“ на публиката да достигне до съдържание, което може да бъде изтеглено от други уебсайтове. Следователно неговият „filmspeler“ не бил „съществена“ част от процеса, водещ от уебсайта с незаконно поместеното защитено съдържание до крайния потребител. В този смисъл продажбата на устройството на г-н Wullems предоставяла не пряк, а косвен достъп до посоченото съдържание, поради което връзката или обединяващата нишка между него и публичното предоставяне на разположение на закриляни произведения била слаба — той бил само част от една по-голяма предавателна верига.

48. Тезата на г-н Wullems и Комисията на пръв поглед е убедителна. Въпросната продажба като договор за доставка на мултимедиен филмов плейър срещу съответно заплащана цена изглежда „неутрална“, тоест лишена от пряка връзка с предаването на защитени произведения. Освен това, както твърди Комисията, разширяването на обхвата на понятието „публично разгласяване“ трябва да има някаква граница[36].

49. Според мен обаче тази теза всъщност е твърде опростенческа. Предлагането на „filmspeler“ на пазара не е просто продажба на технически устройства, които да могат, както твърди Комисията, да се разглеждат като вид „физически съоръжения, които имат за цел да позволят или реализират разгласяването“ и чието „предоставяне […] не представлява само по себе си разгласяване по смисъла на настоящата директива“[37].

35 — Комисията обръща внимание на обстоятелството, че настоящото дело се отнася именно до „продажбата“ на мултимедийния плейър „filmspeler“, който според нея отговаря на понятието „физическо съоръжение“, използвано в съображение 27 от Директива 2001/29. Комисията твърди, че този „filmspeler“ позволява разгласяване на произведения, но не може да се отъждестви с разгласяването.

36 — В съдебното заседание Комисията призна, че не е съгласна с решения от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76) и GS Media, и предупреди, че тази линия на съдебната практика може да доведе до правна несигурност. По други съображения в различни коментари се отправят критики към Съда, че с актовете си в тази област по-скоро създава правни норми вместо да тълкува съществуващите. Не споделям тези критики, доколкото Съдът просто очертава недостатъчно изяснените до този момент последици от едно неконкретизирано правно понятие („публично разгласяване“), като адаптира неговото приложение към развитието на бързо променящите се технологии, чрез които непрекъснато се предоставят на публично разположение защитени с авторски права произведения.

37 — Съображение 27 от Директива 2001/29.

50. Всъщност г-н Wullems доставя — като неразделна част от устройството — хардуера и софтуера, необходими и пряко предназначени [38] за осигуряването на достъп на купувачите до защитени с авторски права произведения в интернет без съгласието на притежателите на правата. Предоставяната на неопределен кръг лица възможност за такъв пряк достъп е част от добавената стойност на престацията на г-н Wullems, за която му се плаща исканата за мултимедийния плейър цена или поне съществена част от нея.

51. Според мен няма съществена разлика между поставянето на хипервръзки на даден уебсайт към закриляни произведения [39] и разглежданото в случая инсталиране на такива връзки върху мултимедийно устройство, конструирано именно с цел да бъде използвано в интернет (и по-конкретно с цел да осигурява на потребителите лесен, пряк и незабавен достъп до цифрово съдържание, предоставяно без съгласието на неговите автори). Предоставянето на връзки към това защитено съдържание — предоставянето му на публично разположение — е общ белег и за двата типа поведение, чийто на пръв поглед аксесорен или спомагателен характер не може да скрие факта, че това са действия, предназначени да позволят на всекиго само с едно кликване върху хипервръзката да ползва закриляните произведения [40].

52. Независимо от начина или техническия способ за тяхното инсталиране хипервръзките са предназначени да позволят на трети лица да достигнат до цифрово съдържание, което вече е „качено“ в мрежата, в случая незаконно. Релевантният аспект на публичното разгласяване чрез такива хипервръзки е, че се увеличава броят или кръгът на потенциалните потребители, на които, нека да повторя, се предоставя функционална възможност, при която предварително са избрани уебсайтовете, позволяващи безплатно гледане на цифрово съдържание.

53. Следователно може да се говори за незаменимата роля по смисъла на съдебната практика [41] на г-н Wullems за публичното разгласяване на защитени произведения — действие, което същият извършва умишлено и при пълно съзнаване на последиците му. Това се установява в частност от примерите за рекламите, с които г-н Wullems популяризира своя продукт [42].

54. В обобщение, устройството „filmspeler“ не може да се смята просто за „физическо съоръжение“ по смисъла на съображение 27 от Директива 2001/29, а трябва да се разглежда като способ за публично разгласяване на защитени с авторско право произведения, които преди това са били незаконно „качени“ в интернет. Поведението на г-н Wullems, а именно инсталирането върху тези устройства на хипервръзки към защитени произведения, извършвано с очевидната цел за получаване на печалба и със съзнание за неговата противоправност, помага на купувачите на „filmspeler“ да избегнат заплащането на изискуемата цена за тяхното законно ползване, тоест на дължимото на притежателите на правата възнаграждение, което обичайно се събира чрез абонамент, регистрация или други механизми за заплащане за всяко гледане.

55. След като се констатира, че „filmspeler“ публично разгласява произведения по смисъла на член 3, параграф 1 от Директивата [43], следва да се прецени дали публиката може да се окачестви като „нова“ в съответствие с досегашното тълкуване на разпоредбата.

38 — Гледането и слушането на закриляни произведения е възможно в резултат от това, че г-н Wullems интегрира в софтуера XBMC допълнителните модули с хипервръзки към съответните уебсайтове. Благодарение на менютата от интерфейса на софтуера XBMC с допълнителните модули, които препращат към тези уебсайтове, телевизионният зрител, използващ устройството „filmspeler“, се превръща в интернет потребител, който може да посещава въпросните сайтове.

39 — Каквато е хипотезата, обсъждана в решения от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76) и GS Media, както и в определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Погледнато от друг ъгъл, поведението на г-н Wullems е сходно, макар и не напълно идентично с обсъжданото по дело C-306/05 (EU:C:2006:764), по което е постановено решение от 7 декември 2006 г., SGAE. Според Съда сигналът, разпространяван в хотелско заведение чрез телевизорите в стаите, представлява публично разгласяване по смисъла на Директива 2001/29.

41 — Решение GS Media, т. 35 и цитираната съдебна практика.

42 — Вж. точка 19 от настоящото заключение.

43 — Решение GS Media, т. 51.

56. Съгласно практиката на Съда условието да е налице „нова публика“, е приложимо само ако разгласяването на закриляното произведение *не се извършва посредством специфичен технически способ, различен от използваните дотогава* [44]. Тази фактическа преценка е от компетентността на запитващата юрисдикция, но все пак изглежда, че използваният от г-н Wullems технически способ не е новаторски, а по-скоро е съвкупност от други, вече съществуващи способи. Следователно, за да се опрости въпросът, би могло да се приеме, че в случая не е налице „специфичен и различен технически способ“ по смисъла на съдебната практика, което пък предполага да се прецени дали потенциалните купувачи на „filmspeler“ могат да бъдат определени като „нова публика“.

57. Както сочи преписката по делото и както правилно подчертава френското правителство, в случая или не е било налице разрешение от притежателите на правата за разпространяване на защитените им произведения в интернет, или това разрешение е било предоставено само за сайтове с абонамент, тоест с ограничен достъп. Следователно мултимедийният филмов плейър на г-н Wullems разширява кръга на адресатите спрямо предвиденото от авторите, доколкото съдържа линкове както към уебсайтове, разпространяващи съответното цифрово съдържание без разрешение, така и към сайтове със защитени произведения, предоставяни само на определени потребители, които трябва да плащат за ползването им.

58. Освен това, независимо от възможността допълнителните модули и самите хипервръзки да бъдат открити безплатно в интернет, „filmspeler“ има безспорно предимство за един немаловажен сегмент от съответната публика, а именно за лицата, които не са достатъчно умели като интернет потребители, за да могат да откриват незаконни сайтове за гледане на филми и телевизионни сериали, наред с друго цифрово съдържание. Хората от този сегмент на публиката вероятно биха предпочели лесното управление на менюто, което се появява на екрана на „filmspeler“, пред понякога досадното търсене на уебсайтове, предлагащи такова съдържание.

59. При всички положения, така както ги разпространява г-н Wullems, закриляните произведения достигат до публика, която притежателите на правата не са имали предвид, когато са отказали разрешение за достъпа до тях или са го разрешили само по платени канали, поради което условието да е налице „нова публика“ е изпълнено [45].

60. Ето защо предлагам на първите два преюдициални въпроса на Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия) да се отговори в смисъл, че продажбата на филмов (мултимедиен) плейър, на който самият продавач инсталира хипервръзки, осигуряващи пряк достъп до защитени произведения като филми, сериали и преки предавания, достъпни на други уебсайтове без разрешението на притежателя на авторските права, представлява „публично разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29.

Б – *По третия и четвъртия преюдициален въпрос*

61. С тези два въпроса запитващата юрисдикция излага два проблема, които, както вече посочих, не се отнасят до мултимедийното устройство, а до съвместимостта с Директива 2001/29 на поведението на крайния потребител, който посредством това устройство „изготвя временно копие на закриляно с авторско право произведение при стрийминг от уебсайт на

44 — Определение от 21 октомври 2014 г., BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, т. 14 и цитираната съдебна практика).

45 — Следва да се уточни обаче, че на предпоставките за „публично разгласяване“ съгласно даденото от Съда тълкуване ще отговаря само достъпът, който „filmspeler“ предоставя на крайните потребители посредством хипервръзките от четиринадесетте допълнителни модула, препращащи конкретно към уебсайтове, от които защитените произведения могат да бъдат теглени поточно без съгласието на притежателите на авторските права. Що се отнася до линковете към филми, сериали и спортни предавания, разпространявани с разрешението на притежателите на правата и без никакво ограничение, достъпът е свободен и приложимо ще бъде решение от 13 февруари 2014 г., Svensson и др. (C-466/12, EU:C:2014:76, т. 25 и 26).

трето лице, на който това закриляно с авторско право произведение се предлага без съгласието на притежателя или притежателите на правата“. По-конкретно, запитващата юрисдикция иска да установи дали такива действия може да са допустими въз основа на член 5, параграфи 1 и 5 от Директивата.

62. Формулировката на двата въпроса предизвика някои възражения за недопустимост, доколкото с тези въпроси като че ли се излиза извън предмета на спора между Stichting Brein и г-н Wullems. Вследствие на предоставените от запитващата юрисдикция обяснения обаче тези възражения трябва да бъдат отхвърлени, тъй като едно от исканията на Stichting Brein в главното производство е г-н Wullems да бъде осъден за използване на заблуждаваща реклама и нелоялни търговски практики, поради това че в рекламните съобщения с цел увеличаване на продажбите е посочвал, че самото поточно възпроизвеждане на произведения от незаконни източници е законно (за разлика от изтеглянето на тези произведения). При това положение, за да се произнесе по посоченото искане, запитващата юрисдикция се нуждае от отговора на Съда относно тълкуването на член 5 от Директива 2001/29.

63. Съображенията, които ще изложа по-нататък, следва да се разбират като отнасящи се до фактите в главното производство в контекста на описаното по-горе искане на ищеца, както и до прилагането на член 5 от Директива 2001/29.

1. Изключението по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29

64. Сред различните изключения от правото на възпроизвеждане член 5, параграф 1 от Директива 2001/29 посочва „[в]ременни[те] действия на възпроизвеждане […], които имат преходен или инцидентен характер, които представляват неразделна и съществена част от технологичния процес и чиято единствена цел е да позволи […] законно използване на произведение или закрилян обект […]“. Както би могло да се заключи от съображение 33 от Директива 2001/29, изключението ползва не само доставчиците на интернет услуги и посредниците, но и крайния потребител [46].

65. Не считам, че за целите на настоящото дело е необходимо да се установява дали при поточното гледане на произведение чрез хипервръзките на „filmspeler“ липсват предпоставките „преходност“ и „инцидентност“, посочени в цитираната правна разпоредба [47]. Решаването на спора в единия или в другия смисъл би наложило някои предварителни преценки с подчертано технически характер (относно буферното съхраняване на данни и създаването на копия в кешираната памет или на екрана) [48], на които ми се струва ненужно да се спирам [49], при условие че според мен липсва друго от съществените условия за изключението: да е налице „законно използване“ на закриляното произведение.

46 — Това имплицитно следва от решение от 5 юни 2014 г., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

47 — Тук е от значение обстоятелството, че в текста на разпоредбата на английски и немски език са използвани съответно думите „transient“ и „flüchtig“, които се отнасят до краткотраен или мимолетен отрязък от време. На нидерландски език е използван терминът „voorbijgaande“, а на испански — „transitorio“, които обозначават по-скоро преходния характер на действието.

48 — Кешираните копия и копията на екрана отговарят на условията на член 5, параграфи 1 и 5 от Директива 2001/29 съгласно решение от 5 юни 2014 г., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, т. 26 и 27).

49 — При този вид възпроизвеждане, при което копирането на файлове е заместено от съхраняване на потока от данни в буферната памет на потребителя, последният „консумира“ продукта едновременно с неговото гледане и по този начин се избягват проблемите с по-бавното копиране на файловете при изтегляне. Би могло да се приеме, че този тип възпроизвеждане, макар да се извършва само на екран и да не се записва на определен информационен носител, все пак е с твърде голяма продължителност (например при филмите и телевизионните сериали), за да бъде определено като преходно. Ако пък хипотетично се допусне, че поточното възпроизвеждане има преходен характер, би било спорно дали то представлява „неразделна и съществена част от технологичния процес“, което е друго от задължителните условия за изключението по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29.

66. Всъщност не може да се говори за „законно използване“ на закриляните произведения, когато крайният потребител получава достъп до тях при обстоятелства като тези в главното производство, тоест когато става дума за цифрово съдържание, чието разпространение или е забранено, или е ограничено от притежателите на съответните авторски права, които не са давали разрешение за свободното му публично разгласяване на уебсайтовете, към които препращат хипервръзките, инсталирани на „filmspeler“.

67. Следователно не е необходима обща преценка на проблема със стрийминга, а трябва в светлината на посочената по-горе разпоредба да се прецени поведението на потребителя, който при условия като разглежданите по настоящото дело възпроизвежда закриляни филми и сериали на своя екран чрез този технически способ.

68. В резултат от развитието на телекомуникациите (наред с други фактори, разширяването на оптичните кабелни мрежи, които осигуряват много висока скорост на връзката) феноменът на незаконното теглене върху информационни носители — на който допреди няколко години се обръщаше толкова много внимание — постепенно се измества и дори замества от поточното възпроизвеждане на цифрово съдържание, което вече е сред най-използваните техники. Гледането чрез стрийминг от платени платформи не създава сериозни проблеми от гледна точка на интелектуалната собственост; такива проблеми не са налице и когато потребителят гледа или слуша цифрово съдържание с неограничен достъп от уебсайтове, които го предлагат безплатно и законно.

69. Въпросът обаче стои другояче по отношение на уебсайтовете, които предоставят на разположение на потребителите пиратски копия [50] на това съдържание. Отговорът на Съда в решение GS Media се отнася до лицата, които поставят в мрежата хипервръзки, препращащи към защитено съдържание, без разрешение от притежателя на правата. Този тип поведение трябва да се преценява, от една страна, според това дали съответното лице действа с цел получаване на печалба (ако е така, до доказване на противното се приема, че това лице знае, че произведението е незаконно публикувано в мрежата), и от друга страна, според това дали лицето не знае и нормално не може да знае, че не е дадено разрешение за публикуването на произведението в интернет [51].

70. Според мен, щом по отношение на лицата, които поставят хипервръзки без намерение за печалба, ключовият въпрос е дали знаят — или нормално не може да не знаят — че закриляното произведение е незаконно поместено в мрежата, едва ли има причина този критерий да не се прилага и спрямо лицата, които само използват тази хипервръзка, отново без намерение за печалба [52].

71. Считам обаче, че субективният елемент е по-подходящ в контекста на изключването на отговорността на дадено лице, отколкото за преценка на обективната противоправност и евентуално квалификацията на съответното поведение. За да се даде правилно тълкуване на член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, не трябва да се забравя, че съгласно съображение 33 от обективна страна правомерността на поведението зависи преди всичко от наличието на

50 — Термините „пиратство“ и „пират“ в разглеждания контекст не само са доста образни, но и напоследък се утвърждават в правната терминология в областта на авторското право. В решение от 10 април 2014 г., ACI Adam и др. (C-435/12, EU:C:2014:254, т. 39) Съдът обсъжда „пиратските произведения“, които засягат нормалното използване на защитените с авторско право произведения, от гледна точка на Директива 2001/29.

51 — Тази постановка се обяснява с трудностите да се докаже дали уебсайтът, към който препращат хипервръзките, предоставя достъп до закриляни произведения и дали притежателите на авторските права върху тези произведения са дали разрешение за публикуването им в интернет. Това следва от решение GS Media, т. 46—48.

52 — Доколкото интернет потребителите във все по-голяма степен осъзнават необходимостта да се спазват правата на създателите на цифрово съдържание, а същевременно се множат предложенията на платформите, които предоставят законен достъп до такова съдържание, ще става все по-трудно възпроизвеждането на пиратски произведения чрез хипервръзки да се оправдава с незнание за липсата на разрешение от притежателите на авторските права.

разрешение от притежателя на авторското право или лицензополучателя [53]. Извинителното или нормално незнание от страна на крайния потребител за липсата на разрешение несъмнено би могло да го освободи от отговорност [54], но не премахва — пак ще повторя, от стриктно обективна гледна точка — незаконния характер на „използването“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2001/29.

72. Доколкото от преписката по делото се установява, че по отношение на закриляните произведения, към които препращат хипервръзките, инсталирани на устройството „filmspeler“ на г-н Wullems, не е налице разрешение от притежателите на авторските права, включително на правото на възпроизвеждане по член 2 от Директива 2001/29, поточното им теглене от крайните потребители посредством посоченото устройство не е „законно използване“ по смисъла на член 5, параграф 1, буква б) от Директивата.

2. Приложимост на член 5, параграф 5 от Директива 2001/29

73. Ако чисто теоретично за целите на спора се приеме, че използването на устройството „filmspeler“ на г-н Wullems може да бъде обосновано с изключението по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, ще трябва да се извърши и проверката по параграф 5 от същата разпоредба, във връзка с който запитващата юрисдикция отправя четвъртия си преюдициален въпрос. С други думи, ще трябва да се прецени дали в случая са изпълнени условията по член 5, параграф 5 от Директивата [55].

74. Тази разпоредба гласи, че предвиденото в параграф 1 изключение (наред с други) по отношение на временното възпроизвеждане се прилага 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“.

75. Според мен в настоящия случай не е изпълнено нито едно от трите условия. На първо място, неизбройми са случаите, в които продаваното от г-н Wullems устройство ще позволява изтегляне на филми, сериали, спортни и други предавания без съгласието на притежателите на правото на възпроизвеждане. Ето защо, както изтъкват Stichting Brein и испанското правителство, не може да се твърди, че става дума за „специални случаи“, както изисква разглежданата разпоредба.

76. На второ място, от технологична гледна точка поведението на лицето, което сърфира в интернет и разглежда уебсайтове, не е сходно с поведението на лицето, което възпроизвежда чрез стрийминг защитени филми и сериали. В първия случай преходното копие, което технологичният процес налага да бъде създадено, може да е част от нормалното използване на произведенията, което дава възможност на интернет потребителите да се възползват от публичното разгласяване на произведението от издателя на съответния уебсайт [56]. Обратно, когато интернет потребителят гледа поточно закриляни произведения на своя екран, не е

53 — В обяснителния меморандум към Обща позиция № 48/2000, приета от Съвета на 28 септември 2000 г. във връзка с приемането на Директива 2000/…/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от … относно хармонизиране на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ C 344, 2000 г., стр. 1), е посочено: „[…] В съображение 33 Съветът добавя *определение* на термина „законно използване“ […]“. Курсивът е мой.

54 — Това биха били „действи[я], извършени от крайни потребители, които постъпват добросъвестно“ по смисъла на съображение 14 от Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56).

55 — Съгласно решение от 5 юни 2014 г., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, т. 53), „за да може да се прави позоваване на предвиденото в посочената разпоредба изключение [това по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29], според тълкуването, дадено в предходната точка от настоящото решение, е необходимо още тези копия да отговарят на условията по член 5, параграф 5 от Директива[та] […]“.

56 — Пак там, т. 61.

налице „нормално използване“ на произведението, наложено от необходимия за сърфиране в интернет технологичен процес, а „анормално“ от правна страна действие, извършвано от потребителя със съзнателната цел да използва съответното цифрово съдържание чрез устройството „filmspeler“, без да плати нищо в замяна.

77. При това положение би било в противоречие с Директива 2001/29 да се допусне произволно или повсеместно възпроизвеждане от незаконни източници или в нарушение на ограниченията на достъпа. Да се приеме такова възпроизвеждане за допустимо, би означавало да се стимулира разпространението на пиратско цифрово съдържание, а оттам — да се застраши защитата на авторското право и да се улеснят незаконните форми на предлагане в ущърб на доброто функциониране на вътрешния пазар [57].

78. На трето място, доколкото правото на възпроизвеждане е предоставено, както следва от преписката по делото, само за сайтове, които крайният потребител може да ползва срещу предварително заплащане (било чрез регистрация, абонамент или друг сходен механизъм), подобно неограничено поточно гледане без насрещно плащане в полза на притежателя на правата неизбежно означава едновременно намаляване на броя на абонатите на тези сайтове, което пък води до „засягане на нормалното използване на защитените произведения“, за да използвам израза от решение от 10 април 2014 г., ACI Adam и др. [58].

79. Всъщност тук може да се цитират съображенията на Съда от решение ACI Adam и др. във връзка с тълкуването на условията по член 5, параграф 5 от Директива 2001/29: „да се допусне, че такова възпроизвеждане може да се извършва от незаконен източник, би означавало да се насърчи разпространението на имитирани и пиратски произведения, което несъмнено би намалило обема на продажбите и другите законни сделки със защитени произведения, а така би било засегнато нормалното им използване“ [59]. Следователно продажбата на „filmspeler“ засяга „законните интереси на притежателя на права“, който не е разрешавал свободно разпространяване на неговите произведения.

80. В обобщение считам, че поточното теглене на защитено цифрово съдържание без съгласието на притежателите на авторските права не отговаря на условията по член 5, параграф 5 от Директива 2001/29, тъй като не се прилага в специални случаи, засяга нормалното използване на произведението и засяга неоправдано законните интереси на притежателите на правата.

81. Тъй като описаните по-горе условия са кумулативни, както имплицитно приема Съдът [60], в настоящия случай е приложимо тройното контраизключение по член 5, параграф 5 от Директива 2001/29. Следователно не е допустимо позоваване на изключението от правото на възпроизвеждане.

82. Ето защо предлагам на третия и четвъртия преюдициален въпрос да се отговори, че при обстоятелства като разглежданите в главното производство поточното възпроизвеждане на защитено с авторски права произведение не попада в обхвата на изключението по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, тъй като не съставлява „законно използване“ по смисъла на буква б) от посочената разпоредба и при всички положения не отговаря на критериите от тристепенната проверка по член 5, параграф 5 от Директивата.

57 — Решение от 10 април 2014 г., ACI Adam и др. (C-435/12, EU:C:2014:254, т. 35 и 36).

58 — Пак там, т. 39.

59 — Пак там.

60 — Решение от 5 юни 2014 г., Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, т. 53 и цитираната съдебна практика).

V – **Заключение**

83. По изложените съображения, предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси на Rechtbank Midden-Nederland (Първоинстанционен съд на Централна Нидерландия, Нидерландия), както следва:

„Продажбата на мултимедиен филмов плейър като разглеждания в главното производство, на който продавачът инсталира хипервръзки към уебсайтове, които предлагат свободен достъп до защитени с авторски права произведения като филми, сериали и преки предавания без разрешението на притежателите на правата,

— представлява „публично разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество и

— не попада в обхвата на изключението по член 5, параграф 1 от Директива 2001/29, тъй като не съставлява „законно използване“ по смисъла на буква б) от посочената разпоредба и при всички положения не отговаря на условията за прилагане на член 5, параграф 5 от Директивата“.