ТУРКУ, ТАДЖЕР и ТУРКУ

Правни услуги

ул. „Хан Крум“ № 40, ет. 1, ап. 2
София 1142, България

тел.: + 359 2 98 08 670
e-mail: officesofia@turcuro

изх. № 873/28.11.2023 г.

ДО
МИНИСТЕРСКИ СЪВЕТ НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

бул. „Княз Александър Дондуков“ №1
1594 София

ПРЕДЛОЖЕНИЕ И СТАНОВИЩЕ

От адв. Анета Таджер, ПИС № 313 и адв. д-р Пламена Попова, ПИС № 599, и двете със служебен адрес: гр. София, ул. „Хан Крум“ № 40, ет. 1, ап. 2

Относно Проект на Закон за изменение и допълнение на Наказателния Кодек (тук и по-долу „Проект за ЗИДНК“), в частта относно промените на чл. 172б, ал. 3 от НК – престъпления против обектите на индустриална собственост, обявен за обществено обсъждане в Портала за обществени консултации на 15.11.2023 г. с краен срок 29.11.2023 г.

Правно основание **чл. 26, ал. 4 от Закона за нормативните актове**

Изпратено по електронна поща на адрес:
MS_register@government.bg;
legal@government.bg

УВАЖАЕМИ ДАМИ И ГОСПОДА,

С настоящото Предложение и становище бихме желали да представим на Вашето внимание позиция по публикувания, на Портала за обществени консултации на Министерски съвет на Република България, Проект на Закон за изменение и допълнение на Наказателния кодекс (тук и по-долу „**Проект на ЗИДНК**“), в частта му относно разпоредбата на чл. 172б, ал. 3, следващ приетите изменения на същата разпоредба на Наказателния кодекс (тук и по-долу „**НК**“), обнародвани в ДВ, бр. 67 от 04.08.2023 г., в сила от 07.08.2023 г.

ПРЕДЛОЖЕНИЕ

Да бъде върната редакцията на чл. 172б, ал. 3 от НК, такава каквато беше до измененията и допълненията на НК, обнародвани в ДВ, бр. 67 от 04.08.2023 г., а имено:

“Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, независимо чия собственост е, и се унищожава.”

СТАНОВИЩЕ

I. ЕФЕКТЪТ НА ПРОМЕНИТЕ, обн. в ДВ, бр. 67/04.08.2023

Промените на НК от 04.08.2023 г. дадоха светкавичен ефект – преустановиха се всякакви проверки по реда на чл. 172б от НК именно поради неяснотата какво ще се случи с иззетите стоки, като най-лесните въпроси са - ще се наложи ли на прокуратурата да връща фалшифицирани стоки, ако не бъде установен дееца на деянието и ако да, но кого точно ще бъдат върнати?

Не става ясно, при приемането на измененията на НК от 04.08.2023 г., като и с така предложените с настоящия Проект на ЗИДНК, направен ли е анализ колко висящи наказателни производства по чл. 172б, в досъдебна и съдебна фаза, има към настоящия момент и какъв е техният фактически състав? Направен ли е анализ на приключилите дела по чл. 172б и по-конкретно как и на какви основания са приключени тези дела?

Ще дадем само няколко примера как приетите изменения и предложените такива, ще обезсмислят усилията на правоприлагащите органи да защитават правата на интелектуална собственост, като заявяваме, че при необходимост и интерес от Ваша страна, на база на делата, които имаме може да дадем и по-задълбочен анализ, но за краткия период от 14 дни това не е възможно да бъде направено.

Първи пример - при действието на Регламент (ЕО) № 1383/2003 на Съвета относно намесата на митническите органи по отношение на стоки, за които се подозира, че нарушават някои права върху интелектуалната собственост, както и относно мерките, които следва да се вземат по отношение на стоки, нарушаващи някои права върху интелектуалната собственост (тук и по-долу „**Регламент № 1383/2003**“), за всяко едно задържане от митническите органи на фалшиви стоки се образуваше наказателно производство. Регламент № 1383/2007 г., беше отменен с Регламент (ЕС) № 608/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 12 юни 2013 г. относно защитата на правата върху интелектуалната собственост, осъществявана от митническите органи, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1383/2003 на Съвета (тук и по-долу „**Регламент № 608/2013 г.**“), но независимо, че с него беше въведена така наречената „опростена процедура“ за унищожаване на фалшивите стоки, по разпореждане на Районния прокурор на РП – Свиленград до 2016 г. РП – Свиленград (към настоящия момент ТО – Свиленград към РП – Хасково) продължи практиката да се образуват наказателни производства за всяко едно задържани на фалшиви стоки от митническите органи на МП „Капитан Андреево“. Към настоящия момент, за периода 2007 – 2016 г., имаме повече от 350 висящи досъдебно производства по описа на ТО – Свиленград, образувани въз основа на митнически задържания, но това са само делата, по които ние представляваме собственици на търговски марки. Реалната бройка на тези дела може да каже само прокуратурата на Република България.

На базата на опита, които имаме от 2007 г. до настоящия момент, като се вземе под внимание, че представляваме повече от 250 собственика на търговски марки на територията на страната ни, можем да заявим, че повече от 80 % от митническите задържания се осъществяват на българо-турската граница. Почти 100 % от тези задържания са на стоки, които са предназначени за пазара на ЕС, т.е. те преминават българската граница транзитно. ***В повечето случай фирмите посочени като изпращачи и получатели на стоките не съществуват или не могат да бъдат установи дори при усилията, които полага българската прокуратура чрез международни съдебни поръчки да установи и/или разпита лицата, които по някакъв начин са свързани със задържаните стоки.*** При тези митнически задържания стоките се задържат и отнемат от водачите на транспортните средства, обикновено камиони или автобуси. Много малък процент от тези дела приключват с присъди. Една малка част от тях са прекратени поради изтичане на давността и към момента очакваме още множество подобни актове от РП – Хасково, ТО – Свиленград. Дори за образувани досъдебни производство от 2007 г. все още няма актове на прокуратурата. **Каква ще е съдбата на така задържаните фалшиви стоки, когото**

въобще не може да бъде установен кой е деецът на престъплението? При тези митнически случай не са касае за задържане на стотици, а на хиляди и десетки хиляди бройки, задържани са цели тирове пълни с фалшиви стоки.

Втори пример – с развитието на он-лайн търговията, която получи и особено силен тласък при COVID пандемията рязко се увеличиха делата на задържани фалшиви стоки в пощенски и куриерски пратки. Има множество образувани досъдебни производства по сигнали от отделите по сигурност на големи куриерски компании в страната, при които има задържания, както на единични бройки, така и на големи количества текстил и парфюми, отново стотици и хиляди бройки, при които деецът не е собственикът на стоките. Собственик на стоките са получателите на стоките, но в българското законодателство закупуването на фалшиви стоки не е инкриминирано. Наказателна отговорност носи лицето, което съхранява, предлага за продажба и продава фалшиви стоки, но не и това, което ги купува. Какво става при тези хипотези? Органите на досъдебното производство ще изпращат пратките с фалшиви стоки на получателите, а дейците ще продължават да търгуват с фалшиви стоки?

Трети пример - представляваме собственици на търговски марки по висящи досъдебни производства, които са образувани след успешни полицейски проверки в складове, отново със стотици хиляди иззети фалшиви стоки, в които не може да бъде установен кой е деецът – собствениците на складовете твърдят, че същите са отдадени под наем, наемателите пък твърдят, че стоките не са техни, други твърдят, че едни неизвестни за тях лица просто временно са им оставили стоките и т.н. Колкото и абсурдно да звучат тези защити тези, те много често се явяват както аргументи за прекратяване на наказателните производства във фазата на досъдебното производство. При делата по чл. 172б от НК, изключително разпространена е схемата стоките да са собственост на дружества в несъстоятелност, на лица поставени под запрещение, дори сме имали случаи, в които лицата са настанени в специализирани психиатрични заведения и т.н.

Четвърти пример – българското наказателно право не познава корпоративната наказателна отговорност. Дори стоките да принадлежат на юридическо лице, наказателната отговорност е на физическо лице, което може да има най-различни взаимоотношения с ЮЛ. Най-логично в такива случаи е отговорност да носи управителят, но много често наказателната отговорност са понесли продавачи, роднини на управителите /особено ако управителят вече има осъдителни присъди по чл. 172 б/, други лица в управлението на ЮЛ – имали сме случаи на финансови директори и т.н. Т.е. при тези хипотези дори да има деец, който задължително по българското законодателство е физическо лице, а собствеността е на ЮЛ – стоките ще бъдат ли върнати? Това е абсурдна ситуация при която ще има осъдено физическо лице, но тъй като стоките не му принадлежат ще бъдат върнати на ЮЛ, което не носи наказателна отговорност!? В практиката има случаи, в които наказателните производство са прекратени, поради смърт на дееца – при тази хипотеза какъв е правилният ход на прокурора? Деецът е починал и няма как да му се отнемат фалшивите стоки, които са предмет на престъплението /глаголното време в текста е сегашно ***„Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца“***, а не в минало – когато предметът на престъплението е ***принадлежал на дееца./ -*** това означава ли, че предметът на престъплението ще принадлежи на наследниците на дееца и прокурорът ще трябва да го отнеме от тях?

С оглед горното, както и на посочените по-долу аргументи, многократно в настоящото ще бъде посочено, че правилният подход е да бъде върната предишната редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК /преди измененията обнародвани в ДВ, бр. 67/2023 г./, а именно:

“Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, независимо чия собственост е, и се унищожава.”

II. ПРАВЕН ПРОБЛЕМ И НЕПРАВИЛНО ПРИРАВНЯВАНЕ НА ПРАВНИ ТЕКСТОВЕ

Въпреки, че предмет на Становището е текстът на чл. 172б, ал. 3 от НК, с оглед яснота и юридическа прецизност ще бъде представен накратко коментар на чл. 172а и чл. 172б от НК, тяхното систематично място в същия, както и на приетите изменения в чл. 172а, ал. 7 от НК, обнародвани в ДВ, бр. 67/2023 г..

1. Разпоредбата на чл. 172б, ал. 3 от НК

Разпоредбата на чл. 172б от НК урежда наказателната отговорност при престъпления срещу индустриалната собственост (дял на интелектуалната собственост) и е приета с изменения и допълнения на НК, обнародвани в ДВ, бр. 75 от 12.09.2006 г., в сила от 13.10.2026 г..

От 13.10.2006 г. до 07.08.2023 г., ал. 3 на чл. 172б от НК, която касае разпореждането с предмета на престъплението гласи следното:

"*Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата,* ***независимо чия собственост е,*** *и се унищожава*." (подчертаването наше).

С приетите изменения, обнародвани в ДВ, бр. 67/2023 г., този текст е променен по следния начин:

"***Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца****, същият се отнема в полза на държавата*."

Мотиви за това изменение, конкретно на чл. 172б, ал. 3 от НК, не са представени от вносителите на законопроекта, нито изменението на текста е обсъждано (извън обсъждането на измененията на чл. 172а от НК, касаещи онлайн пиратството).

С настоящия проект за ЗИДНК, се предлага допълнение на разпоредбата на ал. 3 на чл. 17б от НК, която ще придобие следната редакция, ако същите бъдат приети:

„***Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца****, същият се отнема в полза на държавата* ***и се унищожава***." (подчертаванията наши)

Мотивите, които са представени към настоящия ЗИД на НК относно изменението на чл. 172б, ал. 3 (както и на чл. 172а, ал. 7) визират „техническа грешка", очевидно сочейки към пропуснатото допълнение „и унищожава" при промените в НК през Август 2023 г. – преди малко повече от три месеца.

Настоящото становище цели да изрази нашата позиция, че макар поправянето на техническата грешка (пропускът на „***и унищожава***", допусната при промените на НК през м. август, 2023 г.) да е в правилната посока, редакцията на чл. 172б, ал. 3 (и след евентуалното коригиране на въпросния пропуск) е неуспешна, противоречи на принципните положения в наказателното право и нейното прилагане ще доведе до непреодолими трудности в борбата с престъпленията срещу индустриалната собственост.

Защо това е така?

2. Настояща редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК

Както беше посочено, настоящата редакция (след евентуално приемане на настоящия ЗИД на НК) ще гласи следното:

„***Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца****, същият се отнема в полза на държавата* ***и се унищожава***."

В този смисъл, принципната промяна в режима на разпореждане с вещите, предмет на противоправното деяние по чл. 172б НК, въведена с измененията, обнародвани в ДВ, бр. 67 от 2023 г., се запазва – и това е признакът за определяне "***принадлежността***" на вещите, предмет на деянието. Предишната редакция, действаща успешно, от 2006 г. до тази година,

изрично посочваше, че собствеността върху вещите, предмет на изпълнителното деяние, не е признак, влияещ върху разпореждането с тях.

За въвеждането на въпросното изменение в чл. 172б НК през м. август 2023 г. **мотиви не са представени.** Самият ЗИД на НК, довел до обнародване на промените в ДВ, бр. 67 от 2023 г., по специално-електронният документ носи заглавие „*ЗИД на НК – **онлайн пиратство***“. Мотивната част, обосноваваща промените в НК се отнася до онлайн пиратството, престъпленията против авторските права и т.н. и обосновава необходимостта от въвеждане на нови състави на престъпления така:

“*В тази връзка…се предлагат промени, които имат за цел да надградят материалния закон по отношение на противодействието спрямо компютърно свързаните престъпления срещу интелектуалната собственост…. Престъпленията срещу интелектуалната собственост следва да се възприемат за деяния с висока степен на обществена опасност, не само предвид правата и интересите на отделния автор, които засягат, а и предвид финансовите загуби за носителите на тези права, което се отразява и на приходите в държавния бюджет*.”

Мотиви за необходимостта от изменение на чл. 172б, ал. 3 от НК обаче не са посочени както за предходните изменения на НК, приети и обнародвани през месец август, 2023 г., така и защо тези изменения трябва да бъдат оставени, при условие, че разпоредбата може да бъде променена с настоящия законопроект.

2.1. <u>Принципни различия между чл. 172а и чл. 172б от НК</u>

Част от изменения в НК, обнародвани в ДВ, бр. 67 от 2023 г., действително засягат основно чл. 172а, уреждащ наказателната отговорност при деяния срещу авторските и сродните права. *С едно изключение – промяната в разпоредбата на чл. 172б, ал. 3, която урежда режима на разпореждане с предмета на престъпленията срещу индустриалната собственост.*

<u>Чл. 172а и чл. 172б от НК, макар и свързани (доколкото уреждат престъпления срещу интелектуалната собственост) също така се и различават.</u>

Съставите на чл. 172а от НК уреждат наказателната отговорност за деяния, чиито **обект** са обществените отношения, осигуряващи условията за упражняване на **авторските и сродните права.**

Съставът на чл. 172б от НК урежда наказателната отговорност за деяния, чиито **обект** са обществените отношения, осигуряващи условията за упражняване на **права върху индустриална собственост (марка, изобретение, полезен модел, промишлен дизайн, сорт растение, порода животно, географско означение).**

Макар че и авторските/сродните права, и индустриалната собственост се включват в общото понятие интелектуална собственост, те все пак представляват два отделни нейни дяла. И това е така от началото на развитието на съвременната интелектуална собственост. Това разделение/разбиране за интелектуалната собственост е прието и в Конвенцията за създаване на международната организация по интелектуална собственост (ратифицирана през 1970 г.), която в своя чл. 1 (определения) изрично сочи Парижката конвенция за закрила на индустриалната собственост (от 1883 г., създаваща Парижкия съюз) и Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения (от 1886 г., създаваща Бернския съюз).

Съществуват редица различия между тези дялове на интелектуална собственост, обуславящи приемането на отделни международни актове (включително Парижката и Бернската конвенция), както и на отделни разпоредби/текстове, касаещи престъпленията срещу **авторските и сродните права (чл. 172а) и срещу индустриалната собственост (чл. 172б) в българския НК.**

Автоматичното приравняване на тези престъпления (и текстовете, които ги регулират), просто защото принадлежат към общата група на интелектуална собственост, е недопустимо.

Използването на понятието „*онлайн пиратство“* се отнася до обекта на престъпно посегателство по чл. 172а от НК, но е неотносимо и нерелевантно към обекта на престъпно посегателство по чл. 172б от НК (индустриалната собственост).

2.2. <u>Относно чл. 172а, ал. 7 и чл. 172б, ал. 3 от НК</u>

Предвид горното и приравняването на режима на разпореждане с предмета на престъпление по чл. 172а и по чл. 172б, при това немотивирано по отношение на чл. 172б (извън бележките относно онлайн пиратството) **<u>е недопустимо.</u>**

Обект на посегателство по чл. 172а от НК е **чужд обект на авторско или сродно право.**

Обект на посегателство по чл. 172б от НК са **обществените отношения възникнали от защитата по съответния правен ред на търговска марка, изобретение, полезен модел, промишлен дизайн, сорт растение или порода животно. В резултата на тяхната закрила се поражда изключително право на интелектуална собственост, което се нарушава чрез през производството, предлагането за продажба и продажба на фалшифицирани стоки /предмет на престъплението/.**

Мотивите към проекта на ЗИДНК (приет и обн. в ДВ, бр. 67/2023 г.), относно промяната на режима за разпореждане с предмета на престъпленията касаят единствено чл. 172а от НК и гласят следното (вж. стр. 3, абзац 5): “*Промени се предвиждат и в режима на отнемане на обекта на престъплението. За момента същият се отнема, независимо чия собственост е. В някои случаи това може да доведе до несправедливи резултати – да засегнат права на трети лица, добросъвестно придобили* ***пиратски произведения (вкл. възмездно),*** *а също така е възможно* ***обектите*** *да имат определена полезност за правоносителите – напр. да служат за създаване на допълнителни защити, за обучения с оглед разпознаването на пиратски копия и др.* ***Затова се предлага обектът да се отнема само ако принадлежи на дееца,*** *което е в съответствие с общия режим за отнемане на вещи в полза на държавата по чл. 53 от Наказателния кодекс.*” (подчертаването наше).

Пиратските произведения обаче нямат нищо общо с обекта на престъпление по чл. 172б от НК, който засяга индустриална собственост, а не чужди обекти на авторски и сродни права. И автоматичното им приравняване е абсолютно недопустимо. Обектът на престъпление по чл. 172б от НК са обществените отношение породени от изключителните права на индустриална собственост, а предметът на престъплението са фалшифицираните стоки – те съществуват независимо от престъпния деец, върху тях престъпникът въздейства и така се засяга самото правоотношение.

Действително, разпоредбата на чл. 172а, ал. 5 (настояща ал. 7) в периода от 1995 г. до 2006 г. е гласяла “*Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, когато принадлежи на виновния.”*

Явно, с въвеждането на престъпленията по чл. 172б от НК през 2006 г., законодателят е счел за необходимо да се уеднакви режима на разпореждане с предмета на престъплението по двете разпоредби.

Това не означава обаче, че при настоящите изменения, автоматичното приравняване на режима е обосновано. ***Очевидно мотиви за промяната на този режим по отношение на престъпленията по чл. 172б НК <u>въобще липсват</u>*** (в мотивите се коментират единствено пиратски произведения, които не са предмет на деянието по чл. 172б от НК).

Автоматичното уеднаквяване не може да бъде мотив, още повече като се има предвид, че прилагането на разпоредбата на чл. 172б НК от 2006 г. досега е успешно.

2.3. Член 53 от НК

Ако все пак бъде прието, че разпоредбата на чл. 172б, ал. 3 от НК е била променена да за бъде в унисон с общата разпоредба на чл. 53 от НК, то нека да погледнем какво предвижда същата:

„Чл. 53. (1) (Предишен текст на чл. 53 - ДВ, бр. 28 от 1982 г., в сила от 01.07.1982 г.) Независимо от наказателната отговорност отнемат се в полза на държавата:

а) (доп. - ДВ, бр. 7 от 2019 г.) вещите, които ***принадлежат на виновния*** *и са* ***били предназначени или са послужили за извършване на умишлено престъпление****. Когато вещите липсват или са отчуждени, присъжда се тяхната равностойност;*

б) ***вещите, които принадлежат на виновния и са били предмет на умишлено престъпление - в случаите, изрично предвидени в особената част на този кодекс.***

(2) (Нова - ДВ, бр. 28 от 1982 г., в сила от 01.07.1982 г.) ***Отнемат се в полза на държавата и:***

а) вещите, предмет или средство на престъплението, притежаването на които е забранено, *и*

б) (изм. - ДВ, бр. 7 от 2019 г.) пряката и непряката облага, придобити чрез престъплението, ако не подлежат на връщане или възстановяване; когато облагата липсва или е отчуждена, присъжда се нейната равностойност.“

След изменението на НК от 04.08.2023 г. и ако бъде прието сега направеното предложение, текстът на чл. 172б, ал. 3 ще придобие следната редакция:

„Когато предметът на престъплението принадлежи на дееца, същият се отнема в полза на държавата и се унищожава.“ (подчертаванията наши).

Разпоредбата на чл. 53 от НК, в ал. 1 и ал. 2 визира две различни хипотези – в ал. 1 – вещите принадлежат на виновния, като в т. „а“ вещите са средство на престъплението, а в т. „б“ са предмет на престъплението, а в ал. 2, т. 1 законодателят е акцентирал на вещите, предмет или средства на престъплението, чието притежание е забранено, без да обвързва по какъвто и да е начин вещите с виновния или дееца на деянието.

Несъответствието между двете разпоредби (чл. 53, ал. 1, т. „б“ и 172б, ал. 3 от НК) е и много добър повод за разнообразни тълкувания на въведените в 172б, ал. 3 условия за отнемане на предмета на престъплението. Съгласно сегашната разпоредба на чл. 172б, ал. 3 от НК, за да бъде отнет предметът на престъплението, то същият трябва ***да „принадлежи на дееца“***. Деецът на деянието, обаче, може да ***бъде виновно или невиновно лице***. Като се има предвид, че разпоредбата на чл. 53, ал. 1, б. „б“ от НК, предвижда отнемане на вещите предмет на престъплението ако принадлежат на „виновно“ лице, а не на дееца, както и фактът, че при първата си редакция разпоредбата на чл. 172а, ал. 5 (обн. ДВ, бр. 50 от 01.06.1995 г., която предхожда приемането на чл. 172б от НК) е предвиждала, че *„Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, когато принадлежи на виновния.“,* то със сигурност ще се появят различни тълкувания на новата разпоредба – дали деецът трябва да е виновен или не. И ако бъде извършено тълкуване на разпоредбата, като бъдат взети под внимание Мотивите към Проект за ЗИДНК, последният обнародван през месец август, 2023 г., а именно уеднаквяване на режима по чл. 172б, ал. 3 и чл. 53, то по-вероятното тълкуване ще бъде стеснителното.

Интересно би било тълкуването и прилагането на хипотезата на чл. 53, ал. 2, т. 1 от НК, ако се приеме, че в Мотивите към проекта на ЗИДНК, последният обнародван в ДВ, бр. 67/04.08.2023 г., препраща към тази разпоредба на 53 от НК. Действително производството, разпространението, предлагането за продажба и продажбата на фалшиви стоки е забранено, но купуването им не е – може да са окаже, че в бъдещите наказателни производство ще има

само купувачи на такива стоки /с оглед на прецизност – има законодателства, които инкриминират и купуването и притежанието на фалшиви стоки/.

Считаме, че подходът приет от законодателя при приемането на чл. 172б от НК, и в частност на ал. 3, през 2006 г. и успешно прилаган до август, 2023 г., а именно да бъде предвидено изрично безусловно отнемане на предмета на престъплението в полза на държавата и той да бъде унищожен, без да бъдат поставяни каквито и да е условия относно собствеността на този предмет, е правилният и в най-пълна степен защитаващ правата на индустриална собственост.

2.4. <u>Принципно противоречие на чл. 172б, ал. 3, настояща редакция, с ТРИПС</u>

Приемането на настоящата редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК (дори и след евентуалното коригиране на въпросната техническа грешка) би било и в конфликт с принципните положения на Споразумение относно свързаните с търговията аспекти на правата на интелектуалната собственост (Споразумението ТРИПС).

Систематичното тълкуване на чл. 61 и чл. 46 от Споразумението ТРИПС ясно демонстрира, че е налице различен режим по отношение на разпореждането с предмета на деянието в случаите на i) *пиратски произведения*/ (*copyright piracy*) и ii*) фалшифициране на търговски марки (trademark counterfeiting)* (най-честите случаи, в които се прилага чл. 172б от НК е именно при престъпления срещу търговски марки).

При всички положения, чл. 46 от Споразумението ТРИПС предвижда следното, което се отнася, както до пиратските произведения (чл. 172а от НК), така и до фалшифицираните стоки (чл. 172б от НК):

"*За да създадат ефективно средство за предотвратяване на нарушенията, съдебните власти следва да бъдат упълномощени да наредят установените в нарушение стоки да бъдат разпоредени извън търговските канали, без каквато и да било компенсация и по начин, чрез който да се избегне каквато и да било вреда за притежателя на правото, или в случай, че това е в разрез със съществуващите конституционни изисквания, да бъдат унищожени."* [1]

Чл. 46 от Споразумението ТРИПС изрично визира случаите на фалшифициране на търговски марки, и ги разглежда дори и извън общия кръг на нарушени права, предвиждайки и по-висока степен на грижа.

При условие, че според новия режим на разпореждане с предмета на престъплението по чл. 172б от НК, въведен с измененията и допълненията на НК, обн. в ДВ бр. 67/2023 г., предвиждащ отнемане в полза държавата (и евентуално унищожаване – с настоящия ЗИД на НК), за да се осъществи това разпореждане е необходимо <u>въпросните вещи да „принадлежат на дееца“, т</u>о тогава главният въпрос е – какво се случва с вещите, които не принадлежат на дееца, но са противоправни (нарушават права върху обект на индустриална собственост)<u>?</u>

Явно е, че допускането на такива стоки в търговските канали е в директно противоречие със задълженията на Република България по Споразумението ТРИПС и цитираната по-горе разпоредба на чл. 46 от Споразумението.

Между другото, този въпрос стои и по отношение на разпоредбата на чл. 172а, ал. 7 от НК – въпреки че при въпросната разпоредба е дадена някаква обосновка, остава въпросът как точно ще бъде гарантирано, че противоправни вещи (пиратски произведения и фалшифицирани стоки) остават извън търговските канали на разпространение при условие, че не принадлежат на дееца.

---

[1] In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed.

2.5. Противоречие със специалните закони – Закон за марките и географските означения (ЗМГО) и Закон за промишления дизайн (ЗПД)

Известно е, че разпоредбата на чл. 172б от НК е бланкетна и препраща за неуредените понятия към специалните закони.

Режимът за разпореждане с фалшифицираните стоки, предмет на нарушение според релевантните специални закони, включително ЗМГО и ЗПД се различава от подхода съгласно настоящата редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК.

Разпоредбата на чл. 127 от ЗМГО урежда административнонаказателната отговорност при осъществяване на административни нарушения и съответните наказания. Съгласно чл. 127, ал. 5 от ЗМГО:

"Предметът на нарушението по ал. 1 - 4, ***независимо чия собственост е,*** *се отнема в полза на държавата и се предава за унищожаване на органите на Министерството на вътрешните работи, като притежателят на марката или упълномощено от него лице може да присъства на унищожаването."*

Разпоредбата на чл. 65 от ЗПД урежда административнонаказателната отговорност при осъществяване на административни нарушения и съответните наказания. Съгласно чл. 65, ал. 4 от ЗПД:

"Продуктите, ***независимо чия собственост са,*** *се отнемат в полза на държавата и се предават за унищожаване, като притежателят на промишления дизайн или упълномощеното от него лице може да присъства на унищожаването."*

Очевидно, създаването на абсолютно различен, при това по-лек (вж. по-долу т. 2.5.) режим на разпореждане с предмета на престъплението (от режима за разпореждане с предмета на нарушението съгласно специалните закони ЗМГО и ЗПД) - е в противоречие с основните принципи на правото и законотворчеството въобще. Това само по-себе си би опорочило и воденето на наказателни производства при нарушения върху права на индустриална собственост.

Струва си да се отбележи, че режимът за разпореждане с предмета на нарушението при административните нарушения срещу авторски/сродни права се различава от описания по-горе режим при обектите на индустриална собственост (уреден в съответните специални закони). Според специалния за чл. 172а от НК закон, Закон за авторското право и сродните му права (ЗАПСП) и по-специално чл. 97, ал. 16 ЗАПСП – *предметът на нарушението* ***може*** *да се отнеме в полза на държавата, като отнетите вещи подлежат на унищожаване.* Тоест, при нарушенията на авторски/сродни права и специалния закон допуска определени случаи, в които предмета на нарушението не се отнема, съответно унищожава.

2.6. Практически проблеми при евентуалното прилагане на чл. 172б, ал. 3 от НК

Новата редакция на чл. 172б, ал. 3 НК е немотивирана, лишена от правна и фактическа обосновка и е практически неприложима.

Тази редакция е очевидно и в противоречие със задълженията на Република България по Споразумението ТРИПС.

Редакцията практически създава ново разграничение на фалшифицираните стоки (което е в буквално противоречие със задълженията на Република България по релевантните международни споразумения) и дефинира фактически ***два типа*** предмет на престъплението по чл. 172б от НК, независимо, че обектът на престъпление по чл. 172б от НК е един и същи – изключителното право на интелектуална собственост:

i) Фалшифицирани стоки, които принадлежат на дееца

ii) Фалшифицирани стоки, които не принадлежат на дееца.

Режимът на разпореждане с предмета на престъпление е „установен“ само по отношение на фалшифицираните стоки, които принадлежат на дееца.

Това разграничение фактически променя и обекта на престъплението по чл. 172б от НК ***- явно обект на престъплението вече не са отношенията, които осигуряват упражняването на изключителните права върху обекти на индустриална собственост, а отношенията, които осигуряват упражняването на изключителните права върху обекти на индустриална собственост, в случай на тяхното засягане от собственици на фалшифицирани стоки/вещи.***

Настоящата редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК по същество поставя акцента не върху борбата с фалшифицираните стоки, а върху дееца (лицето, на които фалшифицираните стоки принадлежат).

Създаването на два режима за разпореждане с предмета на престъплението по чл. 172б от НК (в зависимост от тяхната принадлежност) създава реално изместване на акцента в разследванията и изключително утежняване на воденето на наказателни производства в тези случай.

Основният въпрос на наказателните производства ще бъде установяване „принадлежността“ на предмета на престъплението – за дееца, или за друго лице. Утежняването по този начин на воденето на наказателни производства със сигурност ще доведе и до спад в успеваемостта на наказателното преследване на престъпленията против индустриалната собственост и конкретно срещу фалшифицираните стоки.

Както се посочи по-горе, чл. 172б, ал. 3 от НК, в новата си редакция създава две групи фалшифицирани стоки, собствеността върху които ще се превърне главен въпрос за установяване в рамките на наказателните производства. И това е така, защото за „***фалшифицираните стоки, които не принадлежат на дееца“ чл. 172б, ал. 3 от НК не създава режим на разпореждане.***

Последното практически означава, че (след като фалшифицираните стоки не подлежат на отнемане в полза на държавата /и евентуално унищожаване/) същите ще могат да бъдат връщани - на собственика! Другият интересен въпрос ще бъде кой е собственикът?

Реално се допуска връщане на фалшифицирани стоки, предмет на престъпление, в търговските канали за разпространение, което е в явно противоречие с международните задължения на Република България, включително по Споразумението ТРИПС.

III. ИЗВОДИ

Престъплението по чл. 172б от НК визира случаи на противоправно използване в търговската дейност на чужди обекти на индустриална собственост. Най-често деянията, които осъществяват престъпния състав на чл. 172б от НК са срещу изключителни права върху търговски марки.

Редакцията на чл. 172б от тази година (с вече обнародвания в ДВ, бр. 67 от 2023 г., както и съгласно настоящия ЗИД на НК, целящ корекция на техническа грешка) по същество създава нова категория вещи, предмет на това престъпление – **фалшифицирани стоки, които не принадлежат на дееца.** За тази категория стоки не е предвиден режим на разпореждане, което допуска връщането им на техния собственик (стига последния да не е деец), а това по същество допуска връщането на фалшифицирани стоки в търговските канали за разпространение. Това е в явно противоречие с международното право в областта на интелектуалната собственост, включително в Споразумението ТРИПС.

Нещо повече, тези изменения на чл. 172б, ал. 3 от НК са извършени (с обнародвания в ДВ, бр. 67 от 2023 г.) без каквито и да е мотиви и аргументация, освен бележките за онлайн пиратството и пиратските произведения (които както беше описано по-горе са абсолютно неотносими към чл. 172б НК, регулиращ наказателната закрила върху индустриална

собственост, а не върху авторски/сродни права). Дори и да има реални мотиви за промяна на режима за разпореждане с предмета на престъплението по чл. 172а НК (свързани с онлайн пиратството), такива – по отношение на чл. 172б от НК (фалшифицирани стоки) няма. Недопустимо е да се извършват автоматични промени по уеднаквяване на разпоредби (които макар и свързани, се различават съществено както в обекта, така и в предмета на престъплението) при това без каквато и да е мотивация.

От 2006 г. до август 2023 г. действа редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК, съгласно която:

"***Предметът на престъплението се отнема в полза на държавата, независимо чия собственост е, и се унищожава***."

При горната редакция е установен режим, позволяващ да се разпоредят/изведат фалшифицираните стоки, предмет на престъпление по чл. 172б от НК, извън търговските канали за разпространение. Този режим на разпореждане е съобразен със задълженията на Република България по Споразумението ТРИПС и по-специално чл. 46 от Споразумението. Настоящата редакция на чл. 172б, ал. 3 от НК очевидно не отговаря на Споразумението ТРИПС, тъй като създава явна възможност за връщане в търговските канали за разпространение на фалшифицирани стоки – в случай, че фалшифицираните стоки не принадлежат на дееца, разпореждането със същите е възможно да бъде извършено по този начин.

Доколкото редакцията на чл. 172б, ал. 3 НК, действала до август, 2023 г. е очевидно съобразена с международните задължения на Република България, а настоящата редакция не е, предлагаме МС да предложи връщане на отменения текст (чиято отмяна така или иначе е немотивирана и е очевидно резултат на по-голяма техническа грешка, отколкото само пропускът „*и унищожава*").

С уважение,

Адв. Анета Таджер _____ Aneta Stoikova Tadjer Digitally signed by Aneta Stoikova Tadjer Date: 2023.11.28 17:24:32 +02'00'

Адв. д-р Пламена Попова _____ Aneta Stoikova Tadjer Digitally signed by Aneta Stoikova Tadjer Date: 2023.11.28 17:26:11 +02'00'