

УДК 347.78 (061.1+477)

КАПЦА Ю.М., кандидат юридичних наук, директор Центру досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій НАН України

ДИРЕКТИВА 2019/790/ЄС ПРО АВТОРСЬКЕ ПРАВО В ЄДИНОМУ ЦИФРОВОМУ РИНКУ ТА ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

***Анотація.** В статті досліджуються положення Директиви 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку та питання адаптації законодавства України. Зазначається істотність положень Директиви для розвитку національного законодавства щодо виплати справедливої винагороди авторам та виконавцям за використання творів та виконань.*

***Ключові слова:** авторське право, суміжні права, право ЄС, цифровий ринок, захист прав інтелектуальної власності.*

***Summary.** The article explores the provisions of the Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market and the question of the adaptation of Ukrainian legislation to its provisions. It highlights importance of the Directive provisions for the development of national law on fair compensation to authors and performers for the use of works and performances.*

***Keywords:** copyright, related rights, EU law, digital market, protection of intellectual property rights.*

***Аннотация.** В статье исследуются положения Директивы 2019/790/ЕС об авторском праве в едином цифровом рынке и вопросы адаптации законодательства Украины. Отмечается существенность положений Директивы для развития национального законодательства о выплате справедливой вознаграждения авторам и исполнителям за использование произведений и исполнений.*

***Ключевые слова:** авторское право, смежные права, право ЕС, цифровой рынок, защита прав интеллектуальной собственности.*

Постановка проблеми. Ухвалення 17 квітня 2019 р. Директиви 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку, та яка доповнює Директиви 96/9/ЄС та 2001/29/ЄС [1], стало одним з заходів Європейської Комісії з запровадження сучасного законодавства з авторського права і суміжних прав в умовах цифрового ринку (Директива набула чинності 7 червня 2019 р.). Актуальним є розгляд положень Директиви з врахуванням розвитку цифрової економіки в Україні та реалізації Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018 – 2020 роки [2], а також обговорення проблематики наближення законодавства України до її положень.

Прийняття Директиви набуло широкого резонансу через політизований процес підготовки з демонстраціями в ряді держав-членів ЄС, кампаніями в мережі Інтернет щодо обмежень свободи висловлювань та розповсюдження інформації. Характерним є прийняття певних положень Директиви політичним консенсусом провідних держав-членів ЄС (права видавців та захисту прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет, ст. 15 – 17).

Результати аналізу наукових публікацій. Значна кількість публікацій під час підготовки та прийняття Директиви, зокрема Giuseppe Colangelo, Lilian Edwards, Martin Kretschmer, Julia Reda, Tommaso Tani, Valerio Torti та інших фахівців, було присвячено вказаним проблемним статтям щодо прав видавців та захисту прав інтелектуальної власності [3; 7; 10; 11]. Проте, спеціально не розглядалися питання: в якій мірі положення

Директиви можуть безпосередньо застосовуватися державами-членами ЄС, або мають бути конкретизовані на національному рівні. Чи призведе це до дисгармонізації національного законодавства; якою мірою положення Директиви можуть використовуватися третіми країнами, у тому числі Україною, що взяли на себе зобов'язання з наближення національного законодавства до законодавства ЄС. Чи є доцільним очікування винайдення відповідних механізмів її реалізації та інтерпретації державами-членами ЄС та Судом ЄС.

Метою статті є встановлення нових положень Директиви 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку, визначення недоліків регулювання та напрямів адаптації законодавства України відповідно до положень Директиви.

Виклад основного матеріалу.

1. Виплата справедливої винагороди авторам та виконавцям за використання творів та виконань.

Ст. 18 Директиви визначає, що автори та виконавці, які надали ліцензію або передали виключні права для використання своїх творів та інших об'єктів (виконань, фонограм) мають отримувати належну та пропорційну винагороду (“appropriate and proportionate remuneration”). При цьому, *держави-члени мають забезпечити*, щоб вказані особи *регулярно* та не менше одного разу на рік *отримували* точну, вичерпну, актуалізовану *інформацію про використання творів та виконань* від сторін, яким вони надали ліцензію або уклали договір про передання прав, або від правонаступників таких сторін, субліцензіатів, зокрема, *що стосується способів використання, всіх отриманих доходів та відповідної винагороди* (“all revenues generated and remuneration due” (ст. 19).

При необхідності отримання додаткової інформації – сторона, з якою автором чи виконавцем було укладено договір, має повідомити інформацію про осіб, яким були надані субліцензії на використання творів та інших об'єктів.

Ст. 20 визначає *обов'язок держав-членів забезпечити* право авторів та виконавців, їх представників *вимагати від сторони*, з якою було укладено договір, або від правонаступників такої сторони *додаткової, належної та справедливої винагороди, якщо спочатку узгоджена винагорода виявляється непропорційно низькою* порівняно з усіма наступними відповідними доходами, отриманими від використання творів та виконань.

Національним законодавством має бути передбачено можливість застосування механізму альтернативного вирішення спорів щодо виплати додаткової винагороди (ст. 21).

Слід вказати, що положення Директиви не залишають у осіб, яким було передано право використання творів та виконань, можливостей уникнути виплати винагороди. Так, ст. 22 передбачено право відкликання раніше укладеного договору автором, виконавцем або скасування певних його положень, якщо використання творів та виконань відсутнє. Також національним законодавством може бути передбачено відкликання договору з врахуванням особливостей, якщо об'єкт створено багатьма авторами (виконавцями). В цьому випадку може бути встановлено можливість вибору для авторів (виконавців) замість відкликання договору – заміна умов договору на надання невиключної ліцензії на використання.

При цьому, вищенаведені положення (ст. 19 – 21 Директиви) *не можуть бути змінені будь-якою угодою з автором (виконавцем)*: виключення щодо застосування зазначених положень визначено лише щодо комп'ютерних програм (ст. 23).

Прийняття наведених положень, з нашої точки зору, має історичне ключове значення. Первісна ідея Бернської конвенції – “Держави Союзу, натхнені однаковою бажанням охороняти настільки ефективно й однаково, наскільки це можливо, права авторів їх літературні і художні твори...” [4] у 20-му столітті перетворилася на

використання інституту авторського права перш за все як інструменту забезпечення інтересів не авторів, а медіа та видавничої індустрії з традиційним місцем автора, виконавця як слабкої сторони у договірних відносинах, та отриманням ними незрівнянно меншої частки винагороди, ніж доходи бізнес-індустрії від використання їх творів та виконань.

Стосовно України, вважаємо, що імплементація норм Директиви є особливо важливою, оскільки може суттєво розширити фінансову прозорість використання творів, виконань, а також виплату авторам, виконавцям належної винагороди.

2. Використання творів, що знаходяться поза комерційним обігом.

Здійснення масового оцифрування та надання широкого доступу до європейської культурної спадщини, винайдення для цього адекватних правових рішень набуло в ЄС у 2000 – 2010 рр. важливого політичного виміру, пов'язаного з цілями збереження європейської ідентичності та проблемою домінування США в інформаційному просторі.

Основним бар'єром до оцифрування творів стала застаріла в умовах сучасного інформаційного суспільства концепція авторського права, що дозволяє використання творів лише за згодою авторів та їх правонаступників та практика постійного продовження терміну охорони авторського права. В той же час основним важелем збільшення строків охорони як для об'єктів авторського права, так і для виконань (Директива 2011/77/ЄС) було намагання продовжити отримання доходів від використання таких об'єктів. Однак, з врахуванням незначної частки творів, у тому числі аудіовізуальних, а також фонограм, які можливо комерційно реалізовувати через 10 – 50 років після їх створення, вказане заборонило оцифрування та розповсюдження лівової частки творів. Так, кількість сирітських творів лише у Британській бібліотеці складає 40 % всієї колекції та становить 140 млн. творів [5].

На цей час як в США, так і в ЄС з переходом суспільства в цілому до використання інформації, розміщеної у мережі Інтернет, оцифрування творів та створення сприятливих інтерфейсів доступу до них є важливою складовою розвитку суспільства, а також засобом політичного, культурного та бізнесового впливу на спільноту.

У повідомленнях Європейської Комісії 2010 – 2015 рр. та пізніше прийнятих директивах визначалася необхідність вирішення трьох завдань, що уможливають оцифрування творів:

– запровадження механізму оцифрування та надання доступу до сирітських творів (Директива 2012/28/ЄС);

– запровадження механізму оцифрування та доступу до творів, що є поза комерційним обігом (Директива 2019/790/ЄС);

– вирішення питань стосовно правового режиму використання цифрових копій творів, які перейшли до суспільного надбання.

Однак, практика реалізації Директиви 2012/28/ЄС про деякі дозволені використання сирітських творів засвідчила, що її прийняття не змогло вирішити проблеми швидкого та масового оцифрування сирітських творів та доступу до них публіки. За 7 років з часу прийняття Директиви, державами-членами ЄС було здійснено належні пошуки та надано доступ всього до 5917 сирітських творів та 6939 наведених у таких творах інших творів, що складає, якщо порівнювати з кількістю потенційних сирітських творів у Британській бібліотеці, лише 0.01 % від зазначеної кількості.

Відсутність широкого застосування механізму надання твору статусу сирітського пояснюється неспівмірними з кількістю таких творів витратами людських та часових ресурсів, що потрібні для проведення належного пошуку авторів творів чи їх

правонаступників. Вказане свідчить про доцільність використання зазначеного механізму для окремих особливо важливих творів, проте не в цілях масового оцифрування.

Інший підхід реалізовано Директивою, що розглядається, для доступу до творів, що знаходяться поза комерційним обігом. Якщо метою при визнанні статусу “сирітського” було довести неможливість знайти автора такого твору або його правонаступника, у другому випадку, мета – знайти авторів творів, інших об’єктів та їх правонаступників не ставиться. Навпаки, запропоновано механізм:

– публікації відомостей щодо надання певним творам та іншим об’єктам статусу об’єкту позакомерційного обігу, з можливістю суб’єктам права при їх зацікавленості протягом певного часу повідомити про незгоду щодо надання доступу до таких творів;

– отримання публічно доступними бібліотеками, архівами, музеями, установами, що зберігають аудіозаписи та фільми, від організацій колективного управління (які мають спеціальний, визначений Директивою статус здійснювати діяльність з управління правами відносно таких творів та інших об’єктів) невиключних дозволів на відтворення, розповсюдження, публічне сповіщення, надання доступу для загального відома публіки таких творів та інших об’єктів. Або, якщо у відповідній державі-члені такі організації відсутні, – надання можливості використання творів, що є поза комерційним обігом через передбачення винятків з охорони авторського права;

– можливості заперечення суб’єктами авторського права використання творів після надання до них доступу.

Як ми бачимо, другий підхід є пошуком механізму, що сприяв би ефективному оцифруванню та доступу спільноти до творів.

З врахуванням наведеного, доцільним, на наш погляд, є визначити в Україні оптимальні шляхи механізму оцифрування та надання доступу до першої та другої групи творів та розповсюдження порядку, передбаченого для творів позакомерційного обігу також й на потенційні сирітські твори, з можливістю використання таких творів з некомерційною метою.

В той же час, якщо передбачається використання творів з комерційною метою як сирітських, так і творів позакомерційного обігу, доцільним є, на наш погляд, проведення належного пошуку авторів та їх правонаступників та, при їх незнайденні, запровадження підходу Великої Британії з резервуванням доходів від комерційного використання сирітських творів та їх виплатою суб’єктам права, за умови їх звернення протягом певного терміну [6].

3. Нові права видавців.

Положення щодо нових прав видавців та захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет були в центрі загальноєвропейських дискусій та предметом політичних домовленостей (у прийнятій Директиві – ст. 15 та 17). У публікаціях представників академічних кіл, фахівців звертається увагу на невідповідність ведення нових прав видавців Бернській конвенції; відсутність механізмів реалізації положень ст. 15 та 17; вказується, що наслідки прийняття є непередбачуваними, запропоновані заходи є непропорційними та в цілому не становлять системних заходів щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет [7].

Ідея введення нових прав видавців пов’язана з розвитком сервісів пошукових систем, Інтернет-агентств, які узагальнюють новини та іншу інформацію, опубліковану в он-лайн газетах та журналах, та під різними добірками надають гіпер-посилання до оригінальних текстів таких новин, також наводять інколи перші одне-два речення або анотації відповідного тексту. З точки зору видавців, такі дії призводять до отримання

сервісами доходів від розміщення реклами тощо, тому видавці мають отримувати компенсацію за таке використання.

Слід зазначити, що вираз “нові права видавців”, що застосовується у Пропозиції до Директиви [8], з нашої точки зору, є умовним та “новим” лише відносно зазначених у статтях 2, 3(2) Директиви 2001/29/ЄС суб’єктів, яким належать майнові авторські права. Законодавством з авторського права держав-членів ЄС, як і законодавством України та інших країн видавці періодичних видань звичайно наділені виключними правами *використання таких видань у цілому*, за умови дотримання прав авторів кожного з творів, включеного до такого видання. Щодо окремих статей, право видавця з використання твору, у тому числі надання твору до загального відома публіки, а також щодо дозволу чи заборони використання твору іншими особами, виникають на підставі угод з авторами. Тобто говорити про виникнення майнових прав видавця на використання статті, якщо автором відповідні права не були передані видавцю, є неможливим.

При прийнятті Директиви, широко обговорювалися судові прецеденти в державах-членах ЄС, що стосувалися спроб отримати компенсацію від компанії Google за використання інформації з періодичних видань для сервісу новин Google.

Так, результатом позову у 2006 р. у *Бельгії* стосовно наведення Google анотацій статей разом з зазначенням гіпер-посилань на оригінали статей низки бельгійських видань, стало їх видалення Google з пошукової системи та, як наслідок, – істотне зменшення звернень до сайтів видавців. В результаті, видавці звернулися до Google щодо відновлення індексації їх видань у пошуковій системі, припинення судового розгляду та укладення угоди, що не передбачає сплат з боку Google та, навпаки, запроваджує спільні заходи компанії та видавців з *навчання видавців способам отримувати гроші за використання своїх видань онлайн, у тому числі з використанням сервісів Google* [9].

У *ФРН* у 2013 р. було прийнято закон *Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, за яким агрегатори новин та пошукові системи мали сплачувати винагороду за право використання частин текстів німецьких видавців. Разом з тим, дозволялося цитування невеликих витягів тексту. Проте, закон не встановлював обсяг таких витягів. Визначення допустимих фрагментів тексту для використання було надано Арбітражною палатою з авторського права Офісу з патентів та торгових марок ФРН при розгляді суперечки між Google та VG Media, яка представляла німецьких видавців.

Допустимий фрагмент було визначено як використання 7 слів тексту. Використання обсягу, що перевищує вказану кількість слів, мало здійснюватися за дозволом видавця. Фахівцями зазначається, що навіть назва статті не завжди може задовільнити таку вимогу. Результатом стало видалення німецьких видань з пошукової системи та встановлення можливості видавцям повернутися до індексації у пошуковій системі лише при сплаті Google компенсації. Вказана суперечка закінчилась тим, що VG Media вирішила надати вільні ліцензії з використання своїх статей внаслідок падіння на 40 % звернень до сайтів цих видань.

В *Іспанії* у 2014 р. законом, крім зобов’язань агрегаторів послуг сплачувати винагороду видавцям, було встановлено неможливість застосування видавцями ліцензій відкритого доступу, навіть за ініціативою видавців. Результатом стало закриття сервісу Google в Іспанії, що, за результатами дослідження 2015 р. Асоціації видавців періодичних видань, призвело до втрат видавців, особливо малих, у розмірі 10 млн. дол. в рік [10].

Вказані приклади не були взяті до уваги при підготовці проекту Директиви. Первісний її варіант передбачив права видавців дозволяти або забороняти будь-яке

використання видань преси¹ у цифровій формі будь-якими суб'єктами, необхідність сплати коштів за використання, а також термін охорони прав видавців з використання видань у цифровому вигляді 20 років. При остаточному прийнятті, проект набув змін з:

– обмеженням прав видавців дозволяти або забороняти використання прес-видань, а також надавати доступ до загального відома творів згідно ст. 2, 3(2) Директиви 2001/29/ЄС *лише стосовно провайдерів послуг інформаційного суспільства*.

– зменшенням терміну охорони майнових прав *до 2 років*;

– введенням положень, що вказані права не застосовуються до гіперпосилань та стосовно використання окремих слів або *дуже коротких уривків видань*. Також, такі права не поширюються на приватне чи некомерційне використання видань окремими користувачами (ст. 15 – 16).

Прийняття положень Директиви у зазначеному формулюванні з врахуванням наведеної судової практики, на жаль, з врахуванням коментарів європейських фахівців, виглядає певним правовим авантюризмом. Відсутність точного визначення, що розуміється під “окремими словами” або “дуже короткими уривками” може призвести тепер вже не на рівні ФРН, а у всіх державах-членах до різної судової практики стосовно визначення вказаних понять, запитів до Суду ЄС щодо тлумачення положень Директиви та є, на жаль, прикладом використання Директиви, як інструменту політики, проте, не як інструменту прозорого та збалансованого врегулювання правовідносин.

Так, основним, на наш погляд, має стати інтерпретація положень Директиви Судом ЄС, що може призвести, власне, до наступних варіантів:

– допустима певна кількість слів, визначена Судом (або назва статті та певна кількість слів) *буде достатньою* для використання пошуковими системами *на безоплатній основі*, або

– кількість слів *буде обмежено таким чином, що навіть назву статті не буде можливим навести повністю*.

В цьому випадку, події можуть розгортатися неочікувано, з врахуванням наведених судових прецедентів, та з можливістю фінансових втрат видавців замість отримання додаткових доходів.

Також у коментарях до Директиви вказується, що положення стосовно прав видавців суперечать ст. 10 Бернської конвенції, що передбачає: “(1) Дозволяється використання цитат із твору, який правомірно зроблено доступним для загального відома, за умови дотримання добрих звичаїв і в обсязі, виправданому поставленою метою, включаючи цитування статей із газет і журналів у формі оглядів преси”. Також, що положення Директиви ЄС можуть бути визнані неправомірними Світовою організацією торгівлі в рамках процедури вирішення спорів [11].

З врахуванням наведеного, імплементація у законодавство України норм Директиви щодо прав видавців була б передчасною. Доцільно очікувати вироблення в державах-членах ЄС механізмів застосування вказаних положень, а також практики національних

¹ “Видання преси” – збірник, що складається переважно з літературних творів публіцистичного характеру, але яка також може включати інші твори чи іншу тематику, і який:

(а) є окремим примірником періодичного або регулярно оновлюваного видання під одною назвою, наприклад, газета або журнал загальної або спеціальної тематики;

(б) має на меті надати широкій громадськості інформацію, що стосується новин чи інших тем;

(с) публікується в будь-яких засобах масової інформації за ініціативою, редакційною відповідальністю контролем постачальника послуг (service provider).

Періодичні видання, які публікуються для наукових або академічних цілей, наприклад, наукові журнали, не є публікаціями преси в цілях цієї Директиви (ст. 2).

судів, Суду ЄС. Не виключаємо також можливості перегляду положень статей 15, 16 за наслідками підготовки звіту Комісії з застосування Директиви, що передбачається після 7 червня 2026 р.

4. Провайдери он-лайн послуг та захист авторського права.

Іншим питанням, що набуло найбільшої гостроти при прийнятті Директиви, стало визначення підходів до захисту авторського права у мережі Інтернет.

Зобов'язання з вирішення цього питання Європейська Комісія взяла на себе ще у 2010 р., коли у Звіті із застосування Директиви 2004/48/ЄС щодо забезпечення реалізації прав інтелектуальної власності, було визначено неспроможність ефективного застосування Директиви для захисту прав у цифровому середовищі [12].

Проте, якщо в напрямку розширення легальних можливостей використання контенту Європейською Комісією були запроваджені як політичні заходи, так і прийнято низку директив [13], то вироблення ефективних механізмів захисту прав в мережі Інтернет фактично не знайшло відображення у пропозиціях Комісії або загальноєвропейських обговорень з користувачами, суб'єктами прав.

До того ж, спроби окремих держав-членів побудувати механізм захисту прав у мережі Інтернет виявилися складними у застосуванні, коштовними та, за оцінками фахівців, не стали ефективним інструментом захисту прав (Велика Британія – Закон “Про цифрову економіку” 2010 р.; Франція – Закон “Щодо створення урядової агенції зі сприяння поширенню та захисту творчих робіт в Інтернет” 2009 р.) [14].

Бланкетно механізм “notice and takedown” було передбачено у Директиві ЄС з електронної комерції 2000/31/ЄС, однак механізм його застосування не набув розвитку на рівні ЄС, а також національного законодавства. Таким чином, до прийняття Директиви Європейська Комісія підійшла з відсутністю напрацьованої національної практики держав-членів, яку можливо було б запровадити на рівні ЄС, та відсутністю обговорення механізмів, запропонованих у проекті Директиви.

Положення короткої за змістом статті 13 проекту Директиви викликало шквал обурення, звинувачень на адресу Комісії перешкоджання свободі слова і поширенню інформації, Інтернет-цензури, з кампаніями проти прийняття Директиви у пресі, демонстраціями в низці країн ЄС.

У проекті Директиви містився новий для держав-членів механізм з введенням зобов'язань провайдерів Інтернет-послуг, а саме:

- мати технологію розпізнавання контенту для аналізу об'єктів, що завантажуються користувачами;
- укласти з суб'єктами авторського права і суміжних прав угоди щодо забезпечення захисту їх прав;
- здійснювати разом з суб'єктами права заходи для забезпечення зазначених угод.

В багатьох коментарях зазначалося, що зазначений підхід не може бути застосовано, оскільки формальний аналіз контенту призведе до виключення можливості застосування випадків вільного використання, зокрема, цитування; неможливості використання об'єктів авторського права, наприклад, фотографій, створених іншими особами, для власного використання; використання пародій, можливість чого було передбачено законодавством багатьох європейських країн тощо [3]. Крім того, вказані положення отримали назву “Вбивця стартапів” (“Startup killer”). З урахуванням високої вартості технологій розпізнавання контенту, вважається, що такі системи зможуть дозволити собі лише великі компанії, розташовані у США, таким чином надаючи саме їм виключні можливості зі зберігання та розповсюдження контенту населення держав-членів ЄС, що призведе до стагнації розвитку

ринку Інтернет-послуг в ЄС. Відомою є заява провідних академічних фахівців держав-членів ЄС, що положення ст. 13 перешкоджають цифровим інноваціям [15].

Слід зазначити, що механізм “notice and takedown” Директиви 2000/31/ЄС розрізняв відповідальність провайдерів та суб’єктів авторського права і суміжних прав: останні мали повідомити провайдера про виявлені порушення прав, а провайдер був зобов’язаний здійснити заходи з обмеження доступу або вилучення контенту (ст. 13, 14). Положення проекту Директиви передбачали зміну зазначеного принципу з введенням зобов’язань провайдерів здійснювати моніторинг контенту та його фільтрування за допомогою технічних засобів.

При обговоренні положень ст. 13 у Європейському Парламенті, а також погодженні її змісту у Раді ЄС, з урахуванням критики Директиви, до статті були внесені зміни:

(а) для того, щоб для творів та інших об’єктів, що завантажуються на платформи провайдерів користувачами, можливо було б надати доступ для загального відома публіки, а також здійснити публічне сповіщення, – провайдери мають отримати право на такі дії від суб’єктів майнових прав, наприклад через укладання з ними ліцензійного договору². Таким чином (прим. Авт.), або:

– провайдери мають укласти договори зі всіма відомими у світі суб’єктами майнових прав на твори, інші об’єкти, з отриманням каталогів творів та майнових прав на них та введенням перевірки кожного завантаженого об’єкту на відповідність цим каталогам та, у випадку співпадіння, здійснювати заходи з обмеження використання таких об’єктів, або:

– дозволити будь-яким суб’єктам авторського права і суміжних прав за певним невизначеним механізмом протягом певного часу після завантаження контенту перевіряти, чи має місце порушення прав відповідного суб’єкта, та, тільки після цього, надавати можливість використання таких об’єктів третіми особами.

(б) у випадку, якщо провайдерами відповідний дозвіл від суб’єктів майнових прав не отримано, такий провайдер вважається відповідальним за здійснене без дозволу сповіщення публіки творів та надання доступу для загального відома. Така відповідальність може не наставати, якщо провайдер демонструє, що він:

– доклав максимум зусиль (best efforts) для отримання дозволу;

– доклав, відповідно до високих галузевих стандартів професійної ретельності, максимум зусиль для обмеження доступу до творів та інших об’єктів, стосовно яких суб’єкти майнових прав надали відповідну та необхідну інформацію; і в будь-якому випадку,

– діяв оперативно, отримавши достатньо обґрунтоване повідомлення від суб’єктів права, та обмежив доступ або видалив з веб-сайтів твори, інші об’єкти або доклав максимум зусиль для запобігання їх завантаження у майбутньому (п. 4 ст. 17).

(в) При цьому, держави-члени мають забезпечити, що під дію зазначених вище положень не підпадають нові сервіси з розповсюдження контенту, які були доступні публіці в ЄС не менше 3 років, з щорічним оборотом до 10 млн. євро. Стосовно таких компаній відповідальність настає, якщо вони, після отримання достатньо обґрунтованого повідомлення, не забезпечили обмеження доступу до творів або інших об’єктів або не видалили їх з веб-сайтів (п. 6 ст. 17).

² Прим. Авт.: вказане положення виглядає настільки нереальним для реалізації, що наводиться текст англійського оригіналу – “An online content-sharing service provider shall therefore obtain an authorisation from the rightholders referred to in Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC, for instance by concluding a licensing agreement, in order to communicate to the public or make available to the public works or other subject matter” (ст. 17 Директиви).

(г) Зазначені заходи не мають призводити до обмеження доступу до творів та інших об'єктів, що завантажують користувачі без порушення авторського права і суміжних прав, включаючи випадки, коли використання таких творів або інших об'єктів підпадає під винятки або обмеження з застосування авторського права (випадки вільного використання – *прим. Авт.*).

Крім наведеної загальної норми, Директива визначає, що користувачі у кожній державі-члені ЄС можуть покладатися на будь-який з наступних винятків або обмежень під час завантаження та надання доступу до загального відома до контенту, створеного ними:

- цитування, критика, огляди;
- використання в цілях карикатури, пародії або стилізації (*pastiche*).

(д) Також держави-члени мають забезпечити, щоб провайдерами було запроваджено ефективний та оперативний механізм подання скарг та відновлення контенту для користувачів у разі виникнення суперечок стосовно обмеження доступу чи вилучення творів, інших об'єктів.

Суб'єкти права мають належним чином обґрунтувати вимоги щодо обмеження доступу чи вилучення відповідних об'єктів. Рішення провайдерів про заборону доступу або видалення завантаженого контенту мають бути предметом перегляду (“shall be subject to human review”).

Держави-члени також мають забезпечити наявність механізмів позасудового вирішення спорів для відновлення доступу до контенту, а також можливість користуватися засобами судового захисту. Зокрема, держави-члени мають забезпечити, щоб користувачі мали доступ до суду чи іншого аналогічного органу для доказування, що використання контенту, що вони завантажують, підпадає під випадки вільного використання.

(е) Також вказується, що Директива ні в якому разі не має впливати на законне використання, таке як винятки та обмеження, визначені законодавством Європейського Союзу; не має призводити до ідентифікації окремих користувачів, а також до обробки персональних даних, за винятком випадків, визначених Директивою 2002/58/ЄС та Регламентом 2016/679/ЄС.

Провайдери послуг з обміну контенту мають повідомляти користувачів про умови користування сервісом, а також, що користувачі можуть використовувати твори та інші об'єкти в рамках винятків та обмежень, визначених законодавством ЄС.

Наведені вище положення, на жаль, являють собою набір певних концептуальних положень з відсутністю механізму реалізації. Текст Директиви не враховує 20-річної практики застосування Digital Millennium Copyright Act, США, прийнятого у 1998 р., де був визначений механізм “notice and take down”, аналогічні закони інших країн, широку судову практику, огляди, публікації з аналізу ефективності або недоліків вказаної системи.

1. Фактично, замість наведення єдиного для всіх держав-членів ЄС механізму взаємовідносин трьох сторін, як-от суб'єкти авторського права і суміжних прав, провайдери та користувачі, пропонується, що кожний провайдер в ЄС має визначити власні механізми таких взаємовідносин. Вказане має призвести до небаченої в ЄС дисгармонізації та існування сотень різних порядків обмеження доступу та видалення об'єктів авторського права і суміжних прав з мережі Інтернет.

2. Наголос здійснюється на можливості використання користувачами винятків та обмежень, встановлених законодавством ЄС. Проте, Інформаційною Директивою (ст. 5(2), 5(3)) на рівні ЄС не встановлено обов'язкові для застосування випадки вільного використання об'єктів авторського права і суміжних прав, а лише надано перелік таких винятків з відсиланням до компетенції держав-членів ЄС ухвалювати певні з наведених

винятків або ні. Аналіз імплементації Інформаційної Директиви свідчить про суттєву різницю в державах-членах з запровадження тих або інших винятків та обмежень [16].

3. Наведений текст можливо тлумачити таким чином, що користувач, у випадку вимог з обмеження доступу або видалення розміщеного ними контенту, має звертатися до суду чи іншого компетентного органу за підтвердженням використання творів, інших об'єктів відповідно до випадків вільного використання. Вказане покладає на користувачів надмірні та непропорційні зобов'язання дій для відновлення доступу до контенту.

Так, прийнятим у практиці “notice and take down” механізмом є:

– або повідомлення користувача про претензії щодо контенту *перед його видаленням* з можливістю заперечення. Якщо після заперечення користувача суб'єкт права наполягає на своїх правах, він має подати заяву до суду щодо розгляду справи про захист прав та видалення контенту;

– або, після отримання провайдером претензій, – видалення (обмеження доступу) контенту провайдером та повідомлення користувача про зазначені дії з можливістю заперечувати обмеження доступу. Якщо після отримання заперечень суб'єктом права у певний термін справа не подана до суду, доступ до контенту провайдером відновлюється.

4. Одними з основних питань при використанні механізму “notice and take down” є:

(а) запобігання необґрунтованим зверненням щодо видалення контенту. Вказана проблема використання для боротьби з конкурентами Закону США про авторське право у цифрову епоху без наявності правових підстав неодноразово підкреслювалося у дослідженнях, здійснених США [17].

Саме з цього приводу, при розгляді в Україні різних моделей регулювання захисту прав у мережі Інтернет при прийнятті Закону України “Про державну підтримку кінематографії в Україні” від 23.03.17 р., у внесених до Закону України “Про авторське право і суміжні права” та інші закони змінах було прийнято модель *відповідальності* при зверненні із заявою стосовно порушення авторського права і/або суміжних прав. При цьому, закон визначив обов'язковий перелік інформації, що має міститися у заяві; порядок звернення через адвоката (ст. 52-1) та вніс зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення стосовно штрафів у випадку наведення завідомо недостовірної інформації у заявах про припинення авторського права і (або) суміжних прав, вчинених з використанням мережі Інтернет (ст. 164¹⁸).

З врахуванням наведеного, загальні положення Директиви, що суб'єкти права мають належним чином обґрунтувати вимоги з обмеження доступу чи вилучення відповідних об'єктів або, що рішення про видалення чи обмеження доступу до контенту мають бути предметом перегляду, – не надають правової визначеності та є лише принципом, який невідомо в якій інтерпретації буде застосований у національному законодавстві держав-членів ЄС.

(б) визначення механізму повідомлення провайдером користувача про отримані претензії. Вказане потребує детального врегулювання порядку надсилання суб'єктом права відповідної заяви, її розгляду провайдером, механізму обміну інформацією між провайдером, користувачем та суб'єктом права. При цьому, Директива досить нечітко визначає принципове питання: чи буде відразу після отримання заяви провайдером контент видалятися, а потім користувач буде про це повідомлений, або спочатку користувач буде повідомлений про надходження заяви стосовно розміщеного ним контенту, та лише потім, при незгоді користувача, справа має бути передана суб'єктом права до суду.

Порівнюючи положення Директиви, положення Закону про авторське право у цифрову епоху США та зміни 2017 року Закону України “Про авторське право і суміжні права” щодо захисту прав у мережі Інтернет, можливо сказати, що зазначені положення

Директиви у концептуальному плані та наявності механізмів реалізації безумовно суттєво поступаються закону США та прийнятим змінам законодавства в Україні, де було взято до уваги й негативну практику застосування механізму “notice and take down”.

З нашої точки зору, саме у період імплементації положень Директиви державами-членами ЄС доцільні активні дії відповідних органів державної влади в Україні, зокрема, Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, з поширення в ЄС інформації про існуючі в Україні механізми захисту прав у мережі Інтернет, що напряду відповідало б положенням Угоди про асоціацію щодо обміну досвідом між Україною та ЄС стосовно захисту прав інтелектуальної власності (ст. 252), а також допомогло б ЄС у запровадженні сучасних механізмів захисту прав у мережі Інтернет в рамках зони вільної торгівлі між Україною та ЄС.

5. Винятки та обмеження.

Директива містить визначення трьох випадків винятків та обмежень (вільного використання – *прим. Авт.*) стосовно використання творів та інших об’єктів, а саме: що стосується аналізування даних та тексту в цілях наукових досліджень (ст. 3), використання творів та інших об’єктів у цифровій та трансграничній навчальній діяльності (ст. 5) та збереження культурної спадщини (ст. 6). Зазначимо, що загальний перелік можливих випадків вільного використання об’єктів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві наведено в Інформаційній Директиві 2001 р. Тому, є незрозумілим наведення визначення вказаних випадків саме у новій Директиві, а не внесення відповідних змін до Інформаційної Директиви, де у загальному вигляді два з зазначених випадків вже визначено.

У ст. 6 мова йде про права бібліотек, архівів з копіювання творів у цифровому вигляді для збереження таких творів.

У ст. 5 визначається можливість використання творів та інших об’єктів у навчальній діяльності з метою ілюстрацій за умови некомерційного характеру такої діяльності. Навчальна діяльність має здійснюватися під відповідальність навчального закладу в його приміщеннях або інших місцях або через захищену електронну мережу, доступну лише особам, що проходять навчання, та викладацькому складу. Визначено, що держави-члени можуть передбачити, що зазначені виключення не застосовуються для певних способів використання або видів творів, інших об’єктів, які спеціально призначені для ринку навчання, також за умови, коли на ринку є легкодоступні ліцензії, які дозволяють використовувати твори з метою ілюстрацій та охоплюють потреби і специфіку навчальних закладів.

При цьому, застосування виключення можливо в межах країни, де розташовано навчальний заклад (неможливість міжкордонної діяльності). Також держави-члени можуть передбачити сплату винагороди при застосуванні зазначеного виключення.

Виключення у ст. 3 визначає можливість аналізу даних та тексту в наукових цілях, під чим розуміється застосування “будь-якої автоматизованої аналітичної техніки, спрямованої на аналіз тексту та даних у цифровій формі з метою генерування інформації, яка включає закономірності, тенденції та кореляції, але не обмежується ними” (ст. 2(2)). Механізм досліджень передбачає завантаження певних обсягів наявних у легітимному доступі творів, інших об’єктів та аналізування їх, що зачіпає право авторів дозволяти або забороняти відтворення відповідних об’єктів. Виключення розповсюджується на наукові установи, освітні установи, бібліотеки та архіви.

Слід відзначити, що значимість такого виключення є дискусійна з врахуванням, що:

– стосовно творів та інших об’єктів, які використовуються на підставі ліцензій вільного доступу, надання такого виключення не є актуальним;

– для наукових журналів, інших видань, що отримують бібліотеки в ЄС за підпискою, загальною практикою є включення видавцем у підписку можливості здійснення аналізування тексту та даних. Та навіть якщо після запровадження виключення університети та наукові установи зможуть здійснювати такі дії для підписних видань без дозволу видавця, вартість підписки видавцем з врахуванням зазначеного виключення може бути збільшена.

Директива також приділяє увагу доступу до аудіовізуальних творів з використанням платформ “відео на вимогу” (ст. 13), розвитку колективного управління (ст. 12), використанню творів образотворчого мистецтва, які перейшли до суспільного надбання (ст. 14).

Висновки.

Прийняття Директиви 2019/790/ЄС про авторське право в єдиному цифровому ринку стало реалізацією одного з низки заходів Європейської Комісії, спрямованих на розвиток охорони авторського права і суміжних прав в умовах цифрової економіки.

Концептуально новими та, з нашої точки зору, важливими для розвитку авторського права є положення Директиви з виплати справедливої винагороди авторам та виконавцям та можливістю перегляду укладених ними договорів про передання прав та ліцензійних договорів. Вказані положення є універсальними, не пов’язаними лише з використанням творів у цифровій формі та пропонують нову модель взаємовідносин між творцями та медіа, видавничим бізнесом.

В той же час, положення Директиви щодо прав видавців та захисту прав у мережі Інтернет викладено у надто загальному вигляді без механізмів реалізації, врахування відповідного досвіду законодавчого врегулювання та судової практики в ЄС, США, інших країнах. Результатом може стати істотна дисгармонізація законодавства держав-членів ЄС при імплементації Директиви та очікування непередбачуваних рішень Суду ЄС з її інтерпретації.

З нашої точки зору, дійсна цінність Директиви має проявитися після її імплементації з виявленням працюючих та непрацюючих положень. Уявляється доцільним врахування в Україні її положень щодо виплати справедливої винагороди авторам та виконавцям, випадків вільного використання, а також об’єднання механізмів для сирітських творів та творів, що є поза комерційним обігом з виробленням простого механізму, що дозволяє оцифрування творів та надання їх до загального доступу. Стосовно положень щодо прав видавців, доцільним є очікування рішень Суду ЄС з тлумачення положень Директиви. Відносно питань захисту прав у мережі Інтернет, на цей час законодавство України врегульовує ці питання на значно більш високому рівні щодо прозорості, передбачуваності та пропорційності заходів.

Разом з тим, нові рішення, що пропонуються Директивою, які передбачається запровадити в Україні, доцільно оцінювати, виходячи з загальних прогнозів розвитку суспільства та реалізації найбільш оптимальної моделі авторського права, що забезпечує стимулювання створення творів та забезпечує баланс інтересів творців, для яких творча діяльність є професійною, медіа, видавничого бізнесу та спільноти.

Використана література

1. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. (Text with EEA relevance.). *OJ L 130*. 17.5.2019. P. 92-125.

2. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки: Розпорядження Кабінету Міністрів Українівід від 17.01.18 р. № 67-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/>

gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizaciyi

3. CREATE. EU Copyright Reform. Evidence on the copyright in the digital single market directive. URL: <https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform>. (Last accessed: 14.08.2019).

4. Преамбула Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів: Паризький Акт від 24 липня 1971 року, змінений 2 жовтня 1979 року.

5. Orphan works. Мемо. European Commission. Brussels, 4 October 2012. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-743_en.htm?locale=en. (Last accessed: 14.08.2019).

6. Orphan works: Review of the first twelve months. Intellectual Property Office. 2015. 24 p. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/487209/orphan-works-annual-report.pdf. (Last accessed: 14.08.2019).

7. Giuseppe Colangelo, Valerio Torti, Copyright, online news publishing and aggregators: a law and economics analysis of the EU reform. *International Journal of Law and Information Technology*. Volume 27. Issue 1. Spring 2019. P. 75-90. URL: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay019>. (Last accessed: 14.08.2019).

8. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market. COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD) (part 2).

9. Partnering with Belgian news publishers. Wednesday, December 12, 2012. Google Europe blog. URL: <https://europe.googleblog.com/2012/12/partnering-with-belgian-news-publishers.html>

10. Tommaso Tani The “Link tax” in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive, February 6, 2018. URL: <https://www.linkedin.com/pulse/link-tax-experiences-germany-spain-article-11-ec-proposal-tani>. (Last accessed: 14.08.2019).

11. Extra copyright for news sites (“Link tax”), 2019. URL: <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/extra-copyright-for-news-sites>. (Last accessed: 14.08.2019).

12. Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights Brussels. 22.12.2010, COM (2010) 779 final.

13. Капіца Ю.М. Формування єдиного цифрового ринку в Європейському Союзі та модернізація охорони авторського права. *Юридична Україна*. 2016. № 5 – 6. С. 74-79.

14. Аналіз актів Франції, ФРН, Великобританії з захисту прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет та практики їх застосування, а також інших країн, України: див. Капіца Ю.М., Рассомахіна О.А., Шахбазян К.С. Спеціальні механізми захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет. *Інформація і право*. № 3(6)/2012. С. 129-140.

15. Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres. 22 February 2017. URL: https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_22_02_2017.pdf. (Last accessed: 14.08.2019)

16. Guibault L., Westkamp G., Rieber-Mohn T., Hugenholtz P.B. (et al.). Study on the implemetation and effect in member states’ laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. The Netherlands: Institute for Information Law University of Amsterdam, 2007. 213 p.

17. Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act Summary Report. M. Urban Director, University of Southern California, Laura Quilter, University of California, Berkeley. URL: http://www.tabberone.com/Trademarks/Articles/DMCA/512Study_USC.pdf

~~~~~ \* \* \* ~~~~~