

УДК 347.77

DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2023/2.126-8>

Любов МАЙДАНИК, канд. юрид. наук, доц.

ORCID ID: 0000-0002-1794-4513

e-mail: liubov_maidanyk@knu.ua

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВО НА ВИНАГОРОДУ ЗА ПРИВАТНЕ КОПІЮВАННЯ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ З УРАХУВАННЯМ ACQUIS ЄС

Вступ. У статті розглянуто питання обмежень права на відтворення, а саме репрографії та приватного копіювання, у контексті українського законодавства з урахуванням наближення права України до права ЄС. Основною метою є визначення причин і шляхів урегулювання проблеми неефективності положень про приватне копіювання в українському праві.

Методи. Дослідження засноване на положеннях цивільного законодавства України, *acquis* ЄС, а також судової практики та правової доктрини країн ЄС; ґрунтується на методах синтезу й аналізу, порівняльно-правовому та формально-логічному методах тощо.

Результати. Запропоновано врахувати напрацювання практики Суду ЄС щодо збору та виплати справедливої винагороди за приватне копіювання та репрографію під час реалізації положень законодавства України в частині критеріїв для розрахунку розміру винагороди. Визначено, зокрема, такі критерії: законне чи незаконне джерело завантаження об'єкта, захист твору технічними засобами захисту, економічна доцільність, співвідношення з рівнем цін на носії або пристрій, вилучення з переліку професійного обладнання. Зроблено висновок про те, що в певних випадках механізми передбаченої законом винагороди, яку в Законі України "Про авторське право і суміжні права" визначено через поняття "справедлива винагорода" забезпечують правоволодільцям дохід за дозволене законом використання творів, зокрема й за відтворення творів в особистих цілях ("приватне копіювання"). Виокремлено причини та шляхи врегулювання проблеми неефективності положень про приватне копіювання в українському законодавстві. Було здійснено загальну характеристику положень українського авторського права в частині обмежень виключних прав автора, а потім визначено сучасне розуміння концепцій авторського права ЄС, що були імплементовані в національне законодавство, а саме: справедливої винагороди й окремих елементів приватного копіювання. Здійснено оцінку рівня гармонізації приватного копіювання в праві ЄС, що дало змогу визначити складові, які залишаються на розсуд національного регулювання.

Висновки. Рекомендовано застосовувати організаціям колективного управління визначені Судом ЄС критерії у процесі формування проєктів тарифів за приватне копіювання, а також запровадження обов'язку організації колективного управління інформувати користувачів про критерії, які були використані під час визначення конкретних тарифів, зокрема й у формі незалежного емпіричного дослідження.

Ключові слова: право на справедливу винагороду, приватне копіювання, практика Суду ЄС.

Вступ

Авторське право пов'язане з винагородою – основною економічною вигодою автора, що також має на меті заохочувати автора до створення нових творів на благо всього суспільства. З метою забезпечення майбутньої творчої діяльності певні способи використання об'єктів авторського права і суміжних прав залишаються поза виключним контролем правоволодільця внаслідок обмеження авторських прав, зокрема й через випадки вільного використання. У випадках вільного використання твору автор чи правоволодільць не має можливості вирішувати, надавати чи не надавати дозвіл на певне використання свого об'єкта авторського права. Необхідність таких законодавчих обмежень спрямована на мінімізацію заборонного впливу виключних прав на певні види використання об'єктів авторського права (Geiger, 2017). Іноді вони, по суті, націлені на забезпечення правоволодільця винагородою за використання творів на підставі обмеження передбаченого законом (Ginsburg, 2014). У певних випадках механізми передбаченої законом винагороди, яку в Законі України "Про авторське право і суміжні права" визначено через поняття *справедлива винагорода* забезпечують правоволодільцям дохід за дозволене законом використання творів, наприклад, відтворення творів в особистих цілях ("приватне копіювання"). Порядок збору та виплати винагороди за приватне копіювання регулюється Законом України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", що відносить їх до обов'язкового колективного управління. Згідно зі ст. 23 Закону України "Про ефективне

управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" збір винагороди за репрографічне відтворення творів" здійснюється з виробників й імпортерів обладнання та матеріальних носіїв, із застосуванням яких можливо здійснити репрографічне відтворення творів. Приватне копіювання як випадок вільного використання обумовлене національним законодавством не лише з огляду на необхідність надання доступу членам суспільства до твору, але й з огляду на право на винагороду, яке мають право отримати правоволодільці за обмеження їхніх виключних прав. Крім того, механізм виплати винагороди за приватне копіювання обумовлюється практичною неможливістю стягнення винагороди з безпосередніх користувачів (Pardo, & Lucas-Schloetter, 2013). Натепер гармонізація приватного копіювання відбувається поступово, поширюючи його правове значення не лише на традиційне аналогове та цифрове відтворення, але й охоплюючи хмарні сервіси.

У пропонованій статті будуть розглянуті питання обмежень права на відтворення, а саме репрографії та приватного копіювання, в контексті українського законодавства з урахуванням наближення права України до права ЄС.

Метою статті є визначення причин і шляхів урегулювання проблеми неефективності положень про приватне копіювання в українському праві. Для цього буде здійснено загальну характеристику положень українського авторського права в частині обмежень виключних прав автора, а потім визначено сучасне розуміння концепцій авторського права ЄС, які були імплементовані в

національне законодавство, а саме: справедливої винагороди та окремих елементів приватного копіювання. Як наслідок, визначення рівня гармонізації приватного копіювання в праві ЄС дасть змогу визначити ті складові, які залишаються на розсуд національного регулювання, що може сприяти виробленню ефективних рекомендацій.

Методи

Стаття заснована на положеннях цивільного законодавства України, *acquis* ЄС, а також судової практики та правової доктрини країн ЄС. Дослідження ґрунтується на методах синтезу й аналізу, порівняльно-правовому та формально-логічному методах тощо.

Результати

1. Винагорода за приватне копіювання і репрографічне відтворення в авторському праві України
Еволюція приватного копіювання і репрографії як винагороджуваного обмеження в Україні. Такі обмеження виключного права автора в українському авторському праві здійснюється через поняття *вільне використання*, яке використовується в Законі України "Про авторське право і суміжні права" (ст. 22–28). Приватне копіювання було введено в українське авторське право в першій редакції Закону України "Про авторське право і суміжні права" 1994 р. як обмеження права на відтворення творів, зафіксованих у відео- й аудіозаписах, за яке передбачено виплату винагороди. А у 2003 р. систему збору й розподілу винагороди за приватне копіювання було запроваджено згідно з постановою Кабінету Міністрів України N 992 від 27 червня 2003 р. (Про розмір відрахувань..., 2003).

З набуттям чинності Закону України "Про авторське право і суміжні права" 2022 р. ст. 28 визначила приватне копіювання з оплатою та без, зокрема, виплата винагороди передбачена за приватне копіювання творів, зафіксованих у фонограмах, відеограмах, а також аудіовізуальних творів. Порядок збору, а також розмір відрахувань за приватне копіювання із 2003 р. базувався на постановках Кабінету Міністрів України, згідно з якими збір, розподіл і виплату відрахувань здійснювали спеціально уповноважені організації колективного управління (ОКУ), а розміри відрахувань встановлювали у відсотках від ціни обладнання. Обов'язок збору, розподілу та виплати винагороди було покладено виключно на організації колективного управління. Імпортери та виробники мали сплачувати винагороду та повідомляти відповідну ОКУ, але на практиці виконання цього положення не було ефективним і часто ОКУ зверталися до суду з вимогою стягнути винагороду, яка могла бути задоволена лише через роки. Таке неефективне приватне копіювання, безумовно, негативно впливало на рівень зібраної винагороди. Збори за приватне копіювання в Україні ніколи не були високими, про що свідчить дослідження Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ), згідно з яким у 2010 р. загальна сума зборів за приватне копіювання становила 129 644 євро порівняно з 1 891 712 євро, зібраними за той самий період у Польщі (WIPO, 2015). Причини такого низького рівня зборів можна пояснити неефективністю та непрозорістю ОКУ, а також небажанням імпортерів і виробників виконувати свої платіжні зобов'язання. У 2018 р. було ухвалено окремий закон про колективне управління авторськими й суміжними правами "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", який суттєво змінив поняття приватного копіювання: поширив обмеження з виплатою винагороди на право на репрографічне відтворення та змінив порядок тарифування, що визначає розмір винагороди.

Починаючи із 2003 р., розмір винагороди визначався на підставі спеціальної постанови Кабінету Міністрів України, а самі ставки практично не оновлювалися. Закон України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" мав змінити цей підхід на більш відповідний сучасним вимогам економіки та правоволодільців, запровадивши переговорну процедуру встановлення тарифів. Ці зміни викликали багато критики та спротиву з боку користувачів (тобто виробників й імпортерів), але суттєво не вплинули на розмір винагороди, зібраної в перші роки після запровадження змін. На момент написання цієї статті збір винагороди за приватне копіювання фактично не здійснюється, оскільки конкурси на визначення акредитованої організації колективного управління не оголошують і не проводять протягом воєнного стану в Україні, так само як і припинилися переговори про встановлення тарифів (розд. VI "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" доповнено п. 3–4).

Механізм приватного копіювання і репрографії за українським законодавством. Приватне копіювання охоплює відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах, відеограмах, аудіовізуальних творах та їхніх примірниках в особистих цілях. А репрографічне відтворення, що було введено у 2018 р. як винагороджуване обмеження, визначено в Законі України "Про авторське право і суміжні права" 2022 р. як факсимільне відтворення в будь-якому розмірі (зокрема й збільшеному чи зменшеному) оригіналу або іншого примірника письмового, фотографічного, графічного твору, картини, малюнка тощо шляхом фотокопіювання, ксерокопіювання або іншими подібними способами. Репрографічне відтворення не охоплює запис твору в електронній (цифровій), оптичній чи іншій формі, яку зчитує комп'ютер, або у процесі видавничої діяльності. Закон України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" встановлює детальний механізм виплати винагороди у ст. 23 "Виплата винагороди за приватне копіювання творів здійснюється виробниками та (або) імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, які можуть бути використані для відтворення і репрографії творів". Україна, як і багато інших країн, обрала непряму модель виплати винагороди, визначивши виробників й імпортерів спеціального обладнання як користувачів. Відрахування здійснюються у вигляді відсотка від вартості обладнання, який значають у договорі на його продаж. Збір за приватне копіювання не поширюється на обладнання для професійного використання, для експорту або ввезення на територію України в особистих цілях фізичними особами. До обладнання, що підпадає під сплату збору за репрографічне відтворення, належить як професійне обладнання з можливостями копіювання, так й офісний папір. Тільки акредитовані ОКУ мають право збирати, розподіляти та виплачувати зібрану винагороду за приватне копіювання та репрографічне відтворення. Розподіл зібраної винагороди здійснюється на розвиток української культури (25 %) та правовласників (75 %). Основна складність полягає у визначенні тарифів на репрографічне відтворення, оскільки це положення є новим і попередньої практики, порівняно з приватним копіюванням, не було. У 2020 р. акредитована ОКУ затвердила тарифи на репрографічне відтворення, з якими категорично не погодилися бізнес-асоціації, після чого організація запропонувала інший підхід до визначення тарифів. Проблемним також

залишається питання тарифів на приватне копіювання, а саме критерії, за якими вони формуються.

2. Сфера приватного копіювання за законодавством ЄС. Гармонізація приватного копіювання через призму практики Суду ЄС. Обмеження авторського права, що передбачають виплату винагороду, нерозривно пов'язані з правом на справедливий винагороду (компенсацію) в тому значенні, яке передбачає Директива Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві. Зокрема, у п. 35 преамбули вказаної директиви йдеться, що "в окремих випадках винятків або обмежень праволодильці повинні отримувати справедливий компенсацію, щоб належним чином компенсувати використання їхніх охоронюваних творів або інших об'єктів". У законодавстві України поняття справедливої компенсації за своїм змістом збігається із "справедливою винагородою", що була введена внаслідок набрання чинності Законом України "Про авторське право і суміжні права" 2022 р. (ст. 445 ЦК України). Однак приналежність цього права на винагороду за позадогвірне використання не є очевидною, і розкривається лише через зміст окремих положень Закону України "Про авторське право і суміжні права", а також Закону України "Про ефективне управління майновими правами правласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав". У Директиві Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві поняття справедливої компенсації було запроваджено як компромісне рішення, спрямоване на повагу до національних правових традицій країн учасниць ЄС із загальною системою права (Hilty, & Moscon, 2017). Однак сучасне значення компенсації за приватне копіювання і репрографічне відтворення сформувалося завдяки багаторічній практиці Суду ЄС, тому відповідні рішення будуть проаналізовані нижче. Хоча український законодавець не зобов'язаний безпосередньо враховувати практику Суду ЄС як джерело права, її ігнорування в законодавчій і судовій практиці може призвести до буквального копіювання положень директив і низької якості правових норм, а також неефективного правозастосування. Тому слід погодитися з позицією Великої Палати Верховного Суду, викладеній у постанові від 03.08.2022 № 910/9627/20 згідно з якою "правові позиції, сформульовані у рішеннях Європейського суду справедливості (Суду ЄС) ... можуть ураховуватися ... судами як аргументація, міркування стосовно гармонійного тлумачення національного законодавства України згідно з ustalеними стандартами правової системи Європейського Союзу".

Початково поняття справедливої винагороди (компенсації) не мало того значення, якого воно набуло з часом практики, а мало на меті компенсувати автору за те, що його виключні права були обмежені прямою вказівкою закону (Lewinski, 2010). Саме з метою збереження правової цілісності на національних рівнях у праві ЄС не було повністю уніфікованих підходів щодо розрахунку та передання права на справедливий винагороду (компенсацію). Однак саме практика Суду ЄС частково гармонізувала це поняття. Після рішення C-467/08, *Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, поняття "справедлива компенсація", запроваджене в Директиві Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві, розглядається як автономна

концепція права ЄС, тобто має тлумачитися однаково на всій території ЄС. Це ж рішення пов'язало право на справедливий компенсацію зі шкодою, завданою автору відтворенням для приватного використання його охоронюваного твору без його дозволу. Суд зазначив, що справедлива компенсація має сприйматися "як відшкодування шкоди, завданої автору" запровадженням обмеження, а тому її розрахунок має ґрунтуватися на критерії шкоди. У рішенні у згаданій справі *Padawan C-467/08* Суд ЄС чітко вказав, що "школа", яка підлягає справедливій компенсації, виникає від використання не одного примірника, а від багатьох дій фізичних осіб, які сукупно становлять відповідну "шкоду", завдану праволодильцям". У рішенні щодо справи *Martin Luksan v Petrus van der Let C-277/10* від 9 лютого 2012 р. Суд ЄС дійшов висновку, що від права на справедливий винагороду (компенсацію) не можна відмовитися. Отже, Суд ЄС вказав на те, що більше не існує гнучкості на користь державчленів у визначенні змісту цього поняття самостійно, як це передбачалося спочатку. У своєму рішенні в об'єднаних справах C 457/11 – C 460/11, *VG Wort v Kyocera* й інших Суд ЄС також розглянув різні питання, пов'язані з розрахунком компенсації, а саме те, що на розмір компенсації за приватне копіювання не впливає наявність прямого дозволу автора, якщо існує обмеження в законі. Також суд визначив значення технологічних засобів захисту як добровільного засобу правового захисту, наявність якого не перешкоджає виплаті компенсації. Цей висновок порушив питання про те, чи можлива подвійна виплата винагороди.

Способи відтворення, на які поширюється приватне копіювання. Призначення і фактичне використання копіювального обладнання, щодо продажу якого й виплачують винагороду за приватне копіювання, було критично важливим питанням у багатьох країнах – членах ЄС. Рішення у справі *Padawan C-467/08* було першим рішенням Суду ЄС, де чітко зазначалося, що копіювання не в особистих цілях, зокрема професійних, відповідно до положень авторського права ЄС, має бути звільнене від сплати справедливої винагороди, а також, що система зборів за приватне копіювання, яка не розрізняє приватне і професійне використання, не відповідає Директиві Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві. У праві ЄС питання типу обладнання не гармонізовано з урахуванням національних особливостей кожної країни, що цілком виправдано. Однак як і щодо інших елементів змісту приватного копіювання, Суд ЄС у справі *Padawan C-467/08* все таки визначив деякі загальні критерії в цьому питанні. Він зазначив: "той факт, що обладнання або пристрої здатні робити копії, сам по собі є достатнім для обґрунтування застосування збору за приватне копіювання, за умови, що обладнання або пристрої були надані фізичним особам як приватним користувачам". У національному законодавстві країн ЄС визначення типів обладнання, що є об'єктом приватного копіювання, віднесено до компетенції різних органів влади. Наприклад, французьке законодавство відносить визначення ставок, умов оплати та видів обладнання до компетенції спеціальної комісії (French Intellectual Property Code, L 311-5).

Бенефіціари справедливої винагороди (компенсації) за приватне копіювання. Найпоширенішим є випадок, коли основним бенефіціаром приватного копіювання є автор, але науковці порушували питання щодо можливості та доцільності розподілу винагороди за

приватне копіювання і на користь установ культури (Pardo and Lucas-Schloetter, 2013), що, до речі, відображено і в законодавстві України. Визначаючи бенефіціарів збору за приватне копіювання, Суд ЄС визначив їх у рішеннях у справах *Amazon C-521/11* та *HP vs. Reprobel C-527/13*. Суд у справі *Amazon C-521/11* постановив: той факт, що частина доходів, призначених для справедливої компенсації за приватне копіювання, призначена для соціальних і культурних установ, створених на користь осіб, які мають право на таку компенсацію (винагороду), сам по собі не суперечить меті такої компенсації, за умови, що ці соціальні і культурні установи дійсно приносять користь особам, які мають на неї право, і що детальні умови функціонування таких установ не є дискримінаційними, що має перевірити національний суд. Згодом у справі *HP vs. Reprobel C-527/13* Суд ЄС постановив, що він виключає національне законодавство, яке дозволяє виділяти частину справедливої винагороди (компенсації), що підлягає виплаті праволодильцям, видавцям творів, створених авторами. Проте видавці не зобов'язані забезпечувати, щоб автори отримували вигоду, навіть опосередковану, від частини компенсації, якої вони були позбавлені. Вузьке тлумачення Судом ЄС кола бенефіціарів суперечило сучасним національним підходам країн – членів ЄС, наприклад, Бельгії. Тому, щоб "виправити" позицію Суду ЄС, до ст. 16 Директиви Європейського парламенту і Ради (ЄС) 2019/790 від 17 квітня 2019 р. про авторське право і суміжні права на Єдиному цифровому ринку та про внесення змін до директив 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС було внесено положення, яке, по суті, дало змогу розподілити справедливу винагороду (компенсацію) між авторами та видавцями (Rosati, 2021). У тій же справі *HP vs. Reprobel C-527/13* Суд постановив, що приватне копіювання стосується лише правомірного відтворення, зазначивши, що ст. 5 Директиви Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві унеможливорює таке законодавство, яке запроваджує недиференційовану систему збору справедливої винагороди (компенсації), що також охоплює контрафактні відтворення, зроблені з незаконних джерел. Аналогічна позиція була висловлена Судом у справі *C-435/12 ACI Adam*.

Хто зобов'язаний платити? Питання суб'єкта виплати винагороди за приватне копіювання не є гармонізованим в авторському праві ЄС, тому регулюється національним законодавством. Однак у справі *C-462/09 Stichting de Thuiskopie vs Opus* Суд ЄС вказав, що "шкода", якої зазнають праволодильці, виникає на території, де проживають кінцеві приватні користувачі. Якщо продовжувати застосовувати цю концепцію на практиці, то фізична особа, яка копіює для приватних цілей, має виплачувати винагороду безпосередньо, що важко реалізувати у випадку аналогового копіювання. Саме тому більшість країн покладають цей обов'язок на виробників та імпортерів обладнання, що зобов'язані інформувати відповідні організації про вироблене або імпортоване обладнання.

Поширення сфери приватного копіювання на хмарні обчислення. У 2022 р. Суд ЄС ухвалив рішення у справі *Austro-Mechana C-433/20* щодо поширення приватного копіювання на хмарні сховища і зазначив, що "ст. 5(2)(b) Директиви Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві має тлумачитися як така, що вираз "відтворення на будь-якому носії", згаданий у цьому

положенні, охоплює збереження у приватних цілях копій творів, охоронюваних авторським правом, на сервері, на якому місце для зберігання надається користувачеві провайдером послуг хмарних обчислень". У 2011 р. Європейська комісія вже передбачала, що приватне копіювання поширюватиметься на збереження творів, охоронюваних авторським правом, на хмарних сервісах, і в Повідомленні СОМ "Єдиний ринок прав інтелектуальної власності" (Communication СОМ, 2011). У зв'язку із цим виникає питання про схеми розрахунку винагороди та порядок її збору. Суд ЄС постановив, що зобов'язання провайдерів хмарних сервісів щодо виплати справедливої винагороди (компенсації) належить до регулювання національного законодавства. Це рішення також важливе тим, що Суд ЄС укріпив підтвердив, що деякі елементи змісту права на справедливу винагороду (компенсацію) не підлягають гармонізації, а визначаються національним законодавством.

3. Приватне копіювання та репрографія в Україні: сучасні виклики для законодавства та судової практики

Як ми вже зазначали, винагороду за приватне копіювання збирали ще до ухвалення Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" на підставі положень Закону України "Про авторське право і суміжні права" 1993 р., а види обладнання, матеріалів і фіксовані тарифи регулювали спеціальною постановою Кабінету Міністрів України (Про розмір відрахувань..., 2003). Нещодавно запроваджена в Україні модель, що дає змогу ОКУ встановлювати тарифи через переговори, дедалі частіше піддається критиці з боку представників великих бізнес-асоціацій та інших інституцій (BRDO, 2020). Серед аргументів проти: зростання ролі стримінгових послуг порівняно з відтворенням на будь-яких носіях і, як наслідок, економічна необґрунтованість тарифів; збільшення кінцевої вартості обладнання і, як наслідок, зростання нелегального імпорту. Багаторічна судова тяганина між організаціями колективного управління й імпортерами щодо чіткого переліку обладнання, на яке поширюється приватне копіювання, безуспішні переговори щодо тарифів привели до законодавчої ініціативи, підтриманої як імпортерами, так і бізнес-асоціаціями. У 2020 р. було подано проект Закону "Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення та підвищення прозорості ефективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" (Про внесення змін до деяких законів України..., 2020), який було внесено до порядку денного українського парламенту в лютому 2022 р. Цим законопроектом пропонували внести суттєві зміни щодо приватного копіювання та репрографії, а саме скасувати репрографію та змінити підхід до нарахування винагороди. Одним з аргументів на користь зміни підходу до розрахунку винагороди було рішення Суду ЄС у справі *SGAE*, який постановив: "справедлива компенсація" пов'язана з конкретними компенсаційними схемами, викликаними наявністю шкоди праволодильцям, що породжує, в принципі, обов'язок "компенсувати" їх. Автори законопроекту трактували поняття *шкода* та *компенсація* в контексті відшкодування збитків за порушення авторського права, що суперечить правовій природі права на справедливу винагороду. У пояснювальній записці до законопроекту було зазначено, що фактичний підхід до розрахунку не відповідає ст. 22 Цивільного кодексу України щодо відшкодування збитків за порушення авторських прав. Отже, автори законопроекту пов'язують

право на справедливу винагороду (компенсацію) з деліктним правом, повністю ігноруючи початковий зміст, про який ішлося раніше. Таке розуміння викликає багато питань з позиції цивільного права і є суперечливим. Особливо у світлі того, що Суд ЄС фактично зобов'язує країни розглядати цю винагороду як компенсацію, що, на думку дослідників, унеможливує застосування п. 35 преамбули Директиви Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві на практиці (Pardo, & Lucas-Schloetter, 2013). Вітчизняне законодавство про авторське право раніше не містило положення про винагороду за репрографічне відтворення, тому встановлення тарифів, а також переліку обладнання викликає протистояння між асоціаціями імпортерів й організаціями колективного управління. У згаданому законопроекті пропонують скасувати репрографічне відтворення в принципі на тій підставі, що такий вид відтворення не здійснюється в Україні, а тому не може завдати шкоди правоволодільцю.

Суб'єкт сплати винагороди з приватного копіювання. Незважаючи на те, що питання про зміну суб'єкта виплати винагороди за приватне копіювання безпосередньо в Україні не порушували, очевидне небажання імпортерів і виробників платити винагороду наштовхує на думку про альтернативні підходи до цього питання. На основі ст. 5 (2) Директиви Європейського парламенту і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві, обмеження приватного копіювання обумовлене тим, що фізична особа може використовувати певний твір шляхом відтворення в особистих цілях.

Однак питання щодо визначення суб'єкта, який має сплачувати винагороду за приватне копіювання, розглядали з різних сторін. У рекомендаціях Antonio Vitorino щодо приватного копіювання пропонується перекласти обов'язок щодо сплати з виробників або імпортерів на продавця. Основною метою пропозиції Antonio Vitorino перекласти обов'язок сплати відрахувань на роздрібного продавця було уникнення подвійних платежів, які є в ЄС (Vitorino, 2013). Однак така пропозиція також може допомогти Україні боротися з нелегальним імпортом, оскільки частина обладнання, що підпадає під приватне копіювання, є так званим "сірим імпортом", з якого не сплачують винагороди. Запровадження такого механізму передбачає звітність від імпортерів і виробників, оскільки знімає з них обов'язок сплати та перекладає його на визначеного роздрібного продавця. Відповідно, обладнання, з якого мала бути сплачена винагорода, але не відображена у звітності імпортера чи роздрібного торговця, може бути стягнута безпосередньо з роздрібного торговця. Отже, запровадження змішаної системи суб'єктів виплати винагороди може охопити все обладнання, яке використовують для приватного копіювання.

Критерії для розрахунку винагороди. Однією з головних проблем українського законодавства та юридичної практики у сфері приватного копіювання є відсутність визначеності щодо критеріїв, які мають братися до уваги під час визначення винагороди. Із 2022 р. українське законодавство містить пряму вказівку на те, що приватне копіювання охоплює лише відтворення з правомірного джерела (ч. 4 ст. 28 Закону України "Про авторське право і суміжні права"), хоча раніше містилася лише вказівка на попереднє правомірне оприлюднення, що не те саме. На практиці ж такий критерій навряд чи враховують у розрахунку розміру винагороди. Для порівняння з

іншими країнами дуже корисною є інформація щорічного міжнародного опитування Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) щодо приватного копіювання, яке містить детальну інформацію про досвід 21 країни ЄС, хоча й було проведене у 2016 р. (WIPO, 2017). Згідно з опитуванням, більшість країн внесли цей критерій у своє законодавство, однак практичне застосування цього положення – зовсім інше питання. У 2020 р. компанія GFK провела дослідження поведінки українських споживачів щодо цифрового контенту, згідно з яким 14 % респондентів користуються лише нелегальними ресурсами для фільмів і серіалів, 7 – для музики та 80 % – для електронних книг (Оцінка оптимальних параметрів..., 2021). Однак завантаження із цих ресурсів, тобто створення нелегальних копій, становить 65, 71 та 70 % для фільмів, музики й електронних книг відповідно. Зважаючи на такий високий рівень порушення авторських прав в інтернеті в Україні, розрахунок тарифів за приватне копіювання має це враховувати.

Встановлення тарифів. Стаття 20 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" передбачає, що "тарифи мають бути економічно обґрунтованими щодо виду господарської діяльності користувача, характеру й обсягів використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав щодо такої господарської діяльності, фінансових показників доходів та витрат користувачів", а також, що "проекти попередніх тарифів розглядаються на загальних зборах організації колективного управління та визначаються у фіксованій сумі або за відсотковою ставкою (зокрема й за формулою розрахунку) щодо використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Попередні тарифи мають відповідати вимогам до тарифів, встановленим абзацом першим цієї частини".

Згідно з публічним звітом акредитованої ОКУ на початок 2022 р. для приватного копіювання – Всеукраїнської громадської організації "Всеукраїнське агентство авторських прав" (ВААП) – сума винагороди за приватне копіювання за старими законодавчо встановленими тарифами за 2020 рік становила 223 468, 89 дол. США, що є досить низьким показником. Новий порядок встановлення ставок відрахувань за приватне копіювання в Україні загалом відповідає підходам ЄС, зокрема й Директиві Європейського парламенту і Ради 2014/26/ЄС від 26 лютого 2014 р. про колективне управління авторським правом і суміжними правами та мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайн-використання на внутрішньому ринку. Однак усе ще залишаються деякі прогалини щодо критеріїв, а саме – відсутність публічності щодо критеріїв встановлення тарифів ОКУ. У зв'язку із цим слід пам'ятати, що ОКУ обслуговують авторів і правоволодільців, але вони також обслуговують і користувачів, тому це було б вигідно для всіх (Halabarder, 2017). Досвід країн – членів ЄС міг би допомогти вдосконалити процедуру встановлення тарифів. Особливо корисним є положення щодо критеріїв, якими керується ОКУ під час формування тарифів, і про які він зобов'язаний повідомляти користувачів (ст. 39 Закону Німеччини "Про організації колективного управління"). Також важливими в цьому сенсі є емпіричні дослідження, які, з одного боку, є обґрунтуванням розміру тарифів, а з іншого – доказом того, що ОКУ врахувала усі необхідні критерії, зокрема й практику Суду ЄС. Раніше Суд ЄС у своїх рішеннях у справах C-192/04 SPRE від 14 липня 2005 р., GVL, C-245/00 SENA від 6 лютого 2003 р., C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL від

12 листопада 2015 р. визначив такі критерії для "справедливої винагороди", як: інтенсивність й обсяг використання, ефективне використання творів, кількість використання, різноманітність аудиторії, а також торкнувся питання про можливість порівняння тарифів з тарифами інших ОКУ або з винагородою, передбаченою в договорах щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

У 2021 р. було проведено перше в Україні дослідження розміру та форми винагороди за приватне копіювання в нашій країні, підготовлене Київською школою економіки (Оцінка оптимальних параметрів..., 2021). У дослідженні запропоновано визначити можливу вартість скопійованих об'єктів, що залежить від розміру носія й інтенсивності використання таких об'єктів. Останнє можна визначити лише шляхом емпіричних досліджень. У дослідженні також зроблено висновок про те, що шкода для правоволодільців насамперед має залежати від інтенсивності використання контенту, а не від вартості обладнання, як це відбувається зараз. Так само важливим критерієм для розрахунку тарифів визначено рівень доходу в конкретній країні, що також очевидно не враховують у нинішніх підходах до встановлення тарифів.

Дискусія та висновки

Недостатнє розуміння права ЄС призвело до фрагментарної імплементації цього поняття в національне законодавство України інституту приватного копіювання. На підставі практики Суду ЄС визначено такі гармонізовані елементи змісту приватного копіювання: автономність поняття "справедлива винагорода (компенсація)", види відтворення на яке поширюється приватне копіювання, єдині критерії встановлення тарифів, відтворення лише з правомірного джерела.

Пропонуємо з метою удосконалення правових відносин щодо збору та виплати справедливої винагороди за приватне копіювання та репрографію враховувати на практиці Суду ЄС щодо критеріїв для розрахунку розміру винагороди у формуванні тарифу. Визначено, зокрема, такі критерії: законне чи незаконне джерело завантаження об'єкта, захист твору технічними засобами захисту, економічна доцільність співвідношення з рівнем цін на носій або пристрій, вилучення з переліку професійного обладнання. Також доцільним вважаємо запровадження обов'язку ОКУ інформувати користувачів про критерії, які були використані у визначенні конкретних тарифів, наприклад, у формі незалежного емпіричного дослідження.

З огляду на практику Суду ЄС щодо поширення приватного копіювання на зберігання об'єктів у хмарних сервісах, виникає питання щодо можливості визначення безпосереднього кінцевого користувача як суб'єкта сплати винагороди за приватне копіювання. Однак усталена практика щодо визначення імпортерів і виробників обладнання у ролі користувача обумовлює подальшу дискусію із цього питання.

Список використаних джерел

Оцінка оптимальних параметрів економічної системи зборів, побудованої для захисту авторських та суміжних прав. GfK. (2021). https://kse.ua/wp-content/uploads/2021/09/copyright_fees_review_report_2021_by_KSE_16Sep-1_compressed-1.pdf

Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення та підвищення прозорості ефективного управління майновими правами правочасників у сфері авторського права і (або) суміжних прав. (2020). Проект Закону України від 24.12.2020 № 537. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70744

Про розмір відрахувань, що сплачуються виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань,

зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах (2003). Постанова від 27 червня 2003 р. № 992. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/992-2003-p#Text>

BRDO. (2020). *Ціна на ноутбуки та телефони може знизитися*. (2017). <https://brdo.com.ua/top/tsina-na-noutbuky-telefony-mozhe-znyzytysya>

Communication COM. (2011). *A Single Market for Intellectual Property*. Rights Communication COM 287 of 24 May 2011. https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2011_287_Geistiges_Eigentum/cepPolicyBrief_KOM_2011_287_Intellectual_Property_Rights.pdf

EBA. (2020). *Tax on Equipment: Business urges to establish an Anti-Crisis Working Group to build a transparent system of copyright fees*. <https://eba.com.ua/en/podatok-na-tehniku-biznes-zaklykaye-stvoryty-antykryzovu-robochu-grupu-dlya-pobudovy-prozoroyi-systemy-vidrahuvannya-avtorskyj-kontent>

European Business Association. (2020). *Digital content usage*. https://eba.com.ua/wp-content/uploads/2020/06/GfK_Digital_content_usage_press_conference.pdf

French Intellectual Property Code. <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr467en.html>

Geiger, Ch. (2017). Statutory Licenses as Enabler of Creative Uses. In K-C Liu, Hilty RM (Eds.), *Remuneration of Copyright Owners, MPI studies on Intellectual Property and Competition Law 27* (pp. 305–327). Springer Berlin, Heidelberg.

Ginsburg, J. (2014). Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid? https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/692

Hilty, R. M., & Moscon, V. (2017). Modernisation of the EU Copyright Rules. *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 17–12. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper.

Hilty, R., & Nérisson, S. (2012). Balancing Copyright. *A Survey of National Approaches*, 12–05, 1–78. Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper.

Hugenholtz, P. B. (1996). Adapting copyright to the information superhighway. In P. B. Hugenholtz (Eds.), *The Future of Copyright in the Digital Environment*, (p. 94). Kluwer Law International.

Pardo, A. E., & Lucas-Schloetter, A. (2013). Compensation for private copying in Europe: recent developments in France, Germany and Spain. *European Intellectual Property Review*, 8, 463–471.

Recommendations of Vitorino on private copying levies. (2013). https://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf

Rosati, E. (2021). *Copyright in the Digital Single Market. Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive*. 2019/790. Oxford University Press.

Samuelson, P. (2017). Justifications for Copyright Limitations & Exceptions. In R. Okediji (Eds.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (p. 28). Cambridge University Press.

Lewinski, S. von (2010). In M. Walter, & S. Lewinski von (Eds.), *European Copyright Law* (para 11.5.24). Oxford University Press.

WIPO, (2015). *International Survey on Private Copying. Law and Practice*. <https://tind.wipo.int/record/28907>. Accessed 20 December 2022.

WIPO, (2017). *International Survey on Private Copying. Law and Practice*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1037_2017.pdf

Xalabarder, R. (2017). Simplification of Tariff Structures. In K.-C. Liu, & R. M. Hilty (Eds.), *Remuneration of Copyright Owners, MPI studies on Intellectual Property and Competition Law*, 27. Springer Berlin, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-662-53809-8_3

References

BRDO. (2020). *The price of laptops and phones may decrease*. <https://brdo.com.ua/top/tsina-na-noutbuky-telefony-mozhe-znyzytysya>

Communication COM. (2011). 287 of 24 May 2011: A Single Market for Intellectual Property Rights Communication COM (2011) 287 of 24 May 2011: A Single Market for Intellectual Property Rights. https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2011_287_Geistiges_Eigentum/cepPolicyBrief_KOM_2011_287_Intellectual_Property_Rights.pdf

EBA. (2020). *Tax on Equipment: Business urges to establish an Anti-Crisis Working Group to build a transparent system of copyright fees*. <https://eba.com.ua/en/podatok-na-tehniku-biznes-zaklykaye-stvoryty-antykryzovu-robochu-grupu-dlya-pobudovy-prozoroyi-systemy-vidrahuvannya-avtorskyj-kontent/>

European Business Association. (2020). *Digital content usage*. https://eba.com.ua/wp-content/uploads/2020/06/GfK_Digital_content_usage_press_conference.pdf

French Intellectual Property Code. <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr467en.html>

Geiger, Ch. (2017). Statutory Licenses as Enabler of Creative Uses. In K-C Liu, Hilty RM (Eds.), *Remuneration of Copyright Owners, MPI studies on Intellectual Property and Competition Law 27* (pp. 305–327). Springer Berlin, Heidelberg.

Ginsburg, J. (2014). Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid? https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/692

Hilty, R. M., & Moscon, V. (2017). Modernisation of the EU Copyright Rules. *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 17–12. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper.

Hilty, R., & Nérissou, S. (2012). Balancing Copyright. *A Survey of National Approaches*, 12–05, 1–78. Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper.

Hugenholtz, P. B. (1996). Adapting copyright to the information superhighway. In P. B. Hugenholtz (Eds.), *The Future of Copyright in the Digital Environment*, (p. 94). Kluwer Law International.

Evaluation of optimal parameters of the economic collection system, established to protect copyright and related rights. (2021) [in Ukrainian]. https://kse.ua/wp-content/uploads/2021/09/copyright_fees_review_report_2021_by_KSE_16Sep-1_compressed-1.pdf

Lewinski, S. von (2010). In M. Walter, & S. Lewinski von (Eds.), *European Copyright Law* (para 11.5.24). Oxford University Press.

On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Improving and Increasing Transparency of Effective Management of Property Rights of Right Holders in the Field of Copyright and (or) Related Rights. (2020). Draft Law of Ukraine of 24.12.2020. No. 4537 [in Ukrainian]. https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70744

On the amount of deductions paid by producers and importers of equipment and material carriers, with the use of which it is possible to reproduce works and performances recorded in phonograms and (or) videograms at home. (2003). Resolution of June 27, 2003. No. 992. [in Ukrainian]. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/992-2003-n#Text>

Pardo, A. E., & Lucas-Schloetter, A. (2013). Compensation for private copying in Europe: recent developments in France, Germany and Spain. *European Intellectual Property Review*, 8, 463–471.

Recommendations of Vitorino on private copying levies. (2013). https://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf.

Rosati, E. (2021). *Copyright in the Digital Single Market. Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*. Oxford University Press.

Samuelson, P. (2017). Justifications for Copyright Limitations & Exceptions. In R. Okediji (Eds.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (p. 28). Cambridge University Press.

WIPO, (2015). International Survey on Private Copying, Law and Practice. <https://tind.wipo.int/record/28907>. Accessed 20 December 2022.

WIPO. (2017). International Survey on Private Copying. *Law and Practice*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1037_2017.pdf.

Xalabarder, R. (2017). Simplification of Tariff Structures. In: K.-C. Liu, Hilty RM (eds.), *Remuneration of Copyright Owners, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 27*. Springer Berlin, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-662-53809-8_3.

Отримано редакцією журналу / Received: 07.07.23
Прорецензовано / Revised: 15.08.23
Схвалено до друку / Accepted: 20.09.23

Liubov MAIDANYK, PhD (Law), Associate Prof.
ORCID ID: 0000-0002-1794-4513
e-mail: liubov_maidanyk@knu.ua
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE RIGHT TO REMUNERATION FOR PRIVATE COPYING IN UKRAINIAN COPYRIGHT: DEVELOPMENT PERSPECTIVES IN THE LIGHT OF THE EU ACQUIS

Background. *The importance of the research topic is due to legislative changes in Ukrainian copyright in connection with the approximation to EU law. The purpose of this study is to highlight the current problems of the author's right to remuneration for private copying and reprography. It is proposed to take into account the case law of the EU Court of Justice on the collection and payment of fair remuneration for private copying and reprography when implementing the provisions of Ukrainian legislation in terms of the criteria for calculating the amount of remuneration.*

Methods. *The research was conducted using the methods of comparison and analysis.*

Results. *The following criteria are defined: legal or illegal source of downloading of the object, protection of the work by technical means of protection, economic feasibility, correlation with the price level of the media or device, and exclusion of professional equipment. The author concludes that in certain cases, the mechanisms of statutory remuneration, which is defined in the law of Ukraine through the concept of "fair remuneration", provide right holders with income for the use of works permitted by law, including for reproduction of works for personal purposes ("private copying"). The author identifies the reasons and ways to solve the problem of the inefficiency of private copying provisions in Ukrainian legislation. The author provides a general description of the provisions of Ukrainian copyright in terms of restrictions on the author's exclusive rights, and then defines the current understanding of the EU copyright concepts which have been implemented in national legislation, namely, fair remuneration and certain elements of private copying.*

Conclusions. *The author recommends that CMOs should apply the criteria established by the EU Court of Justice for the formation of draft tariffs for private copying, as well as the introduction of the obligation of CMOs to inform users about the criteria used to determine specific tariffs in the form of an independent empirical study.*

Keywords: *right to fair remuneration, private copying, case law of the EU Court of Justice*

Автор заявляє про відсутність конфлікту інтересів. Спонсори не брали участі в розробленні дослідження; у зборі, аналізі чи інтерпретації даних; у написанні рукопису; в рішенні про публікацію результатів.

The author declares no conflicts of interest. The funders had no role in the design of the study; in the collection, analyses or interpretation of data; in the writing of the manuscript; in the decision to publish the results.