

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА
Навчально-науковий інститут права
Кафедра інтелектуальної власності та інформаційного права

«До захисту у ЕК
допустити»
Завідувач кафедри
інтелектуальної власності
та інформаційного права
д.ю.н., доц. Кодинець А.О.

(підпис)

МАГІСТЕРСЬКА РОБОТА
на тему:
**«Communication to the public» як спосіб
використання творів в мережі Інтернет:
практика Європейського Союзу**

студентки 2 року навчання ОР «Магістр»
групи «ІТ Право»
спеціальності 081 «Право»
заочної форми навчання
Ткач Тетяни Олександрівни

Науковий керівник :
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри інтелектуальної власності
та інформаційного права
Зеров Костянтин Олександрович

Рецензент:

посада, науковий ступень,
прізвище, ініціали, підпис

Київ - 2022

ЗМІСТ

МАГІСТЕРСЬКЕ ЗАВДАННЯ	4
КАЛЕНДАРНИЙ ПЛАН	5
РЕФЕРАТ	7
АНОТАЦІЯ	9
ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	11
ВСТУП	13
РОЗДІЛ 1	17
Поняття та джерела правового регулювання права “Communication to the public” в Європейському Союзі.	17
1.1. Поняття права “Communication to the public” («подання твору до загального відома публіки»)	17
1.2. Джерела правового регулювання права на подання твору до загального відома публіки в Європейському Союзі.	23
Висновки до Розділу 1	41
РОЗДІЛ 2	45
Зміст права “Communication to the public”	45
2.1. Складові елементи права на подання твору до загального відома публіки	45
2.2. Визначення місця подання твору до загального відома публіки	54
2.3. Відображення концепту “Communication to the public” в українському законодавстві через призму положень Угоди про асоціацію	60
Висновки до розділу 2	65
РОЗДІЛ 3	68

Еволюційне тлумачення права на подання твору до загального відома публіки у рішеннях Суду Справедливості ЄС	68
--	-----------

3.1. Перший етап: справа SAGE проти Rafael Hoteles та інші справи щодо трансляції та ретрансляції до справи Svensson and Others v Retriever Sverige AB	68
--	----

3.2. Другий етап: справи Svensson та інші проти Retriever Sverige AB та інші справи, що стосуються подання до загального відома творів через Інтернет.	72
--	----

Висновки до Розділу 3	75
------------------------------	-----------

ВИСНОВКИ	78
-----------------	-----------

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	82
-----------------------------------	-----------

ЗАТВЕРДЖЕНО

Науковий керівник:

к. ю. н., асистент кафедри

Інтелектуальної власності

Зеров К.О

«___» _____ 20__ року

МАГІСТЕРСЬКЕ ЗАВДАННЯ

Ткач Тетяна Олександрівна, студентка 2 року навчання заочної форми
здобуття освіти за спеціальністю 081 «Право»

- 1. Тема роботи:** «"Communication to the public" як спосіб використання творів в мережі Інтернет: практика Європейського Союзу».
- 2. Термін здачі керівнику для підготовки відгуку:** 11.11.2022
- 3. Робота виконується на базі** Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.
- 4. Теоретичне завдання:** аналіз спеціальної правничої наукової літератури, іноземного та українського законодавства.
- 5. Практичне завдання:** розробка шляхів удосконалення законодавства України щодо охорони прав інтелектуальної власності у відношенні до такого способу використання об'єктів авторського права як подання твору до загального відома публіки (англ. communication to the public).
- 6. Сфера застосування результатів роботи:** наукова діяльність, навчальний процес, правотворчість, правозастосовна діяльність
- 7. Завдання вручено студенту:**

ЗАТВЕРДЖЕНО

Науковий керівник:

к. ю. н., асистент кафедри

Інтелектуальної власності

Зеров К.О

«_____» _____ 20__ року

КАЛЕНДАРНИЙ ПЛАН

Ткач Тетяна Олександрівна, студентка 2 року навчання заочної форми
здобуття освіти за спеціальністю 081 «Право»

Тема роботи: "Communication to the public" як спосіб використання творів
в мережі Інтернет: практика Європейського Союзу

№	Види робіт	План	Фактично
1.	Підбір наукової літератури та нормативних актів за темою роботи	15.07.2022 – 27.07.2022	15.07.2022 – 27.07.2022
2.	Розробка плану і його погодження	28.07.2022 – 01.08.2022	28.07.2022 – 01.08.2022
3.	Підготовка першого розділу	07.08.2022 – 20.09.2022	07.08.2022 – 22.09.2022
4.	Підготовка другого розділу	22.09.2022 – 10.10.2022	30.09.2022 – 15.10.2022
6.	Підготовка третього розділу	15.10.2022 – 27.10.2022	23.10.2022 – 01.11.2022

7.	Доопрацювання роботи	01.11.2022 – 03.11.2022	01.11.2022 – 03.11.2022
8.	Підготовка висновків до роботи	04.11.2022 – 08.11.2022	04.11.2022 – 08.11.2022
9	Підготовка реферату та анотацій	09.11.2022	09.11.2022
10	Подання роботи науковому керівнику для написання відгуку	11.11.2022	10.11.2022
9.	Підготовка остаточного варіанта роботи та його технічне оформлення	18.11.2022	
11	Подання роботи на кафедру	14.12.2022	

РЕФЕРАТ

Обсяг магістерської роботи: 89 сторінок

КЛЮЧОВІ СЛОВА: інтелектуальна власність, авторське право, публічне сповіщення, право на подання твору до загального відома публіки, Європейський Союз, судова практика, Угода про асоціацію, імплементація.

ОБ'ЄКТ ДОСЛІДЖЕННЯ: виключні майнові права автора на використання твору.

ПРЕДМЕТ ДОСЛІДЖЕННЯ: право на подання твору до загального відома публіки.

МЕТА ДОСЛІДЖЕННЯ: дослідження виключних майнових прав автора на подання твору до загального відома публіки, шляхом аналізу наукової літератури та нормативно-правових актів, зокрема, актів Європейського Союзу; дослідження судової практики Суду Справедливості ЄС; дослідження еволюції розвитку права на подання твору до загального відома в судовій практиці Суду Справедливості ЄС; порівняльний аналіз правового регулювання та імплементації норм, що регулюють права автора на подання твору до загального відома публіки відповідно до Угоди про асоціацію між Україною на ЄС.

РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ: досліджено виключні майнові права автора на подання твору до загального відома публіки, шляхом аналізу наукової літератури та нормативно-правових актів, зокрема, актів Європейського Союзу; досліджено судову практику Суду Справедливості ЄС та визначено недоліки, що містяться в рішеннях Суду; досліджено етапи розвитку права на подання твору до загального відома в судовій практиці Суду Справедливості ЄС; здійснено порівняльний аналіз правового регулювання та імплементації норм, що регулюють права автора на подання твору до загального відома публіки відповідно до Угоди про асоціацію між Україною на ЄС.

СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ:

- наукова діяльність з метою досліджень права на публічне сповіщення та його складової – права на подання твору до загального відома публіки;

- навчальний процес при викладанні навчального курсу «Авторське право», а також інших суміжних правових дисциплін, розробці навчально-методичних посібників, підручників, науково-практичних коментарів, лекцій, методичних рекомендацій тощо;
- правотворчість (законодавчий процес) при розробці змін до чинного законодавства з метою імплементації норм законодавства ЄС.

ПРАКТИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ: аналіз нормативно-правових актів ЄС та судової практики Суду Справедливості ЄС може бути використаний при розробці змін до чинного законодавства України з метою імплементації норм законодавства ЄС.

АНОТАЦІЯ

Ткач Т.О. "Communication to the public" як спосіб використання творів в мережі Інтернет: практика Європейського Союзу

Магістерська робота. Кафедра інтелектуальної власності та інформаційного права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Київ, 2022.

Магістерська робота присвячена дослідженню виключних майнових прав автора на подання твору до загального відома публіки, шляхом аналізу наукової літератури та нормативно-правових актів, зокрема, актів Європейського Союзу.

У роботі розглянута судова практика Суду Справедливості ЄС, що стосується права на подання твору до загального відома публіки, зокрема, досліджено етапи розвитку цього права в рішеннях Суду. Здійснено порівняльний аналіз правового регулювання та імплементації норм, що регулюють права автора на подання твору до загального відома публіки відповідно до Угоди про асоціацію між Україною на ЄС.

У результаті проведених досліджень здійснено аналіз правового регулювання права на подання твору до загального відома у практиці Європейського Союзу та виявлені недоліки в імплементації цих норм в українське законодавство та запропоновано шляхи їх вирішення.

ABSTRACT

Tkach T. O. The right of communication to the public as a form of exploitation of work on the Internet in the EU.

Thesis for a master's degree. Department of Intellectual Property Law and Informational Law of the Educational and Scientific Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Kyiv, 2022.

The thesis for a master's degree is devoted to the research of the exclusive rights of the author to communicate his work to the public by analyzing academic studies and legislation, in particular, acts of the European Union.

The thesis analyses the case law of the Court of Justice of the European Union regarding the right of making a work available to the public and the development of the communication to the public right in the Court's judgments. A comparative analysis of the legal regulation and implementation of the rules governing the author's right to communicate its work to the public according to the EU-Ukraine Association Agreement.

As a result of the conducted research, the author analyzed the EU regulation of the right of communication to the public and identified shortcomings in the implementation of these rules in Ukrainian legislation, and proposed amendments to the current terminology.

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВГСУ	Вищий господарський суд України
ЗУ	Закон України
Закон № 3792-ХІІ	Закон України «Про авторське право і суміжні права»
ТРИПС	Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності
ДАП	Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року
СОТ	Світова організація торгівлі
Директива 2001/29/ЄС	Директива Європейського парламенту та Ради від 22 травня 2001 р. «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві»
Директива 2000/31/ЄС	Директива Європейського парламенту та Ради від 8 червня 2000 р. «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію»)
Директива 93/83/ЄС	Директива Європейського парламенту та Ради від 27 вересня 1993 року "Про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав при застосуванні їх до супутникового мовлення і кабельної ретрансляції"
Директива 2019/790/ЄС	Директива Європейського парламенту та Ради від 17 квітня 2019 року “Про авторське право в єдиному цифровому ринку”

Директива 2006/115/ЕС	Директива Європейського парламенту та Ради від 12 грудня 2006 року “Про право оренди, позижки та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності”
ЄС	Європейський союз
СЈЕU	Європейський суд справедливості
Угода про асоціацію	Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 30.11.2015

ВСТУП

Актуальність дослідження. В епоху інформаційного суспільства і стрімкого розвитку технологій зростає потреба у вдосконаленні механізмів правового регулювання для забезпечення захисту прав автора. Досвід Європейського Союзу як один із прикладів ефективної системи захисту прав інтелектуальної власності, запровадив надійні режими охорони авторського права. Досвід ЄС є надзвичайно важливим для реформування законодавства у сфері інтелектуальної власності України.

Окрім цього, питання інтелектуальної власності є невід’ємною частиною двосторонніх відносин між ЄС та Україною. 1 вересня 2017 р. набрала чинності Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Найбільша глава 9 розділу IV Угоди встановлює правову базу для наближення законодавства у сфері інтелектуальної власності, яка по суті є правовим інструментом інтеграції економіки України до спільного ринку ЄС. Необхідність імплементації норм законодавства ЄС ще більше зросла у зв’язку з отриманням Україною статусу кандидата на членство в ЄС.

Цифрові технології кинули виклик традиційним нормам авторського права. З розвитком Інтернету та інших технологічних розробок стало легше копіювати твір, захищений авторським правом, і доводити його до відома широкої публіки. Нові технології можуть вплинути на здатність авторів захищати свої твори, тому виникло питання про те, як слід тлумачити право на подання твору до загального відома, щоб забезпечити достатній захист прав автора.

Мета і задачі дослідження. Метою цієї роботи є дослідження виключних майнових прав автора на подання твору до загального відома публіки, шляхом аналізу наукової літератури та нормативно-правових актів, зокрема, актів Європейського Союзу; дослідження судової практики Європейського суду справедливості; дослідження еволюції розвитку права на подання твору до загального відома в судовій практиці Європейського суду справедливості; порівняльний аналіз правового регулювання та імплементації норм, що регулюють

права автора на подання твору до загального відома публіки відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

Досягнення мети дослідження потребує виконання низки задач, а саме:

- 1) визначення поняття “communication to the public” (подання до загального відома публіки) та обґрунтування українського варіанту перекладу терміну;
- 2) визначення джерел права, що регулюють право на подання твору до відома публіки у законодавстві Європейського Союзу;
- 3) характеристика міжнародних договорів як джерела права, що регулюють право на подання твору до відома публіки у законодавстві Європейського Союзу;
- 4) характеристика Директив ЄС як джерела права, що регулюють право на подання твору до відома публіки у законодавстві Європейського Союзу;
- 5) характеристика судової практики як джерела права, що регулює право на подання твору до відома публіки у законодавстві Європейського Союзу;
- 6) характеристика елементів, що складають право на подання твору до загального відома публіки;
- 7) визначення місця подання твору до загального відома публіки ;
- 8) аналіз норм Угоди про асоціацію з ЄС щодо права на подання твору до загального відома публіки та імплементації норми в українське законодавство;
- 9) характеристика еволюції розвитку права на подання твору до загального відома публіки в рішеннях Європейського суду справедливості.

ОБ’ЄКТ ДОСЛІДЖЕННЯ: є суспільні відносини, що складаються з приводу виключних майнових авторських прав.

ПРЕДМЕТ ДОСЛІДЖЕННЯ: є законодавчі, доктринальні та правозастосовчі положення, сформульовані у міжнародних актах, нормах чинного законодавства України та провідних зарубіжних країн, монографіях та судовій практиці, що стосуються цивільно-правового регулювання права на

подання твору до загального відома публіки.

Методи дослідження. У ході написання цієї роботи були використані відразу низка загальних та спеціальних методів наукового пізнання, основними з яких були такі:

- 1) метод аналізу використовувався при аналізі визначень поняття права на подання твору до загального відома публіки, що міститься у різних нормативно-правових актах, а також при аналізі практики Європейського Суду Справедливості (розділи 1,2,3);
- 2) порівняльно-правовий метод використовувався, зокрема, при порівнянні Угоди про асоціацію з ЄС та норм, що містяться в українському законодавстві (підрозділ 2.3.);
- 3) системний метод, а також метод синтезу використовувався, зокрема, при написанні висновків до роботи, а також при дослідженні джерел права на подання твору до загального відома публіки;
- 4) історико-правовий метод використовувався, зокрема, при аналізі практики Європейського Суду Справедливості, що стосується традиційних технічних засобів, за допомогою яких здійснюється подання творів до загального відома публіки (підрозділи 1.2., 2.1.,3.1.);

Науково-теоретична основа роботи. Науково-теоретичну основу роботи склали праці наступних науковців та практикуючих правників: О. О. Мацкевич, О. М. Пастухов, А. Кереве, К.О. Зеров, Джастін Ку, Елеонора Розаті, Сем ван Велзе, Сарі Депрю та інші.

Нормативно-правова основа роботи. Нормативно-правову основу цього дослідження склали Бернська конвенція, Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 30.11.2015, Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, Директива Європейського парламенту та Ради від 22 травня 2001 р. «Про

гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві», Директива Європейського парламенту та Ради від 8 червня 2000 р. «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію»), Директива Європейського парламенту та Ради від 27 вересня 1993 року "Про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав при застосуванні їх до супутникового мовлення і кабельної ретрансляції", Директива Європейського парламенту та Ради від 17 квітня 2019 року "Про авторське право в єдиному цифровому ринку", ЗУ «Про авторське право і суміжні права», тощо.

Емпірична основа роботи. Емпіричну основу дослідження становить судова практика.

Практичне значення одержаних результатів. Робота може бути використана в навчальному процесі при викладанні навчального курсу «Авторське право», «Актуальні проблеми авторського права» при вивченні теми виключних прав автора та способів використання творів.

Результати досліджень можуть бути предметом подальших досліджень наукової спільноти щодо визначення поняття права на подання твору до загального відома публіки, а також можуть бути враховані при розробці змін до чинного законодавства з метою імплементації норм ЄС, що регулюють прав на подання твору до загального відома публіки

РОЗДІЛ 1

Поняття та джерела правового регулювання права “Communication to the public” в Європейському Союзі.

1.1. Поняття права “Communication to the public” («подання твору до загального відома публіки»)

Авторські права як сукупність суб'єктивних прав, що належать автору в результаті створення і використання твору, поділяються на особисті немайнові та майнові права. Зокрема, до майнових прав автора належать: право автора на використання твору; виключне право автора дозволяти використання твору; право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Виключне право автора на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти також подання (надання) своїх творів до загального відома публіки (англ. communication to the public).

У цьому пункті буде проаналізовано підходи до визначення поняття “communication to the public”, що містяться у різних міжнародних нормативно-правових актах, а також буде надано обґрунтування щодо невідповідності українського перекладу цього поняття.

Міжнародне право, зокрема, законодавство Європейського Союзу та законодавство України визначають широкі виключні права автора, до яких відносять і право на подання твору до загального відома. Так, Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, яка є одним із основних міжнародних договорів у сфері авторського права, визначає в статті 11, що автори літературних і художніх творів користуються виключним правом: (i)

дозволяти передачу своїх творів в ефір або публічне повідомлення цих творів будь-яким іншим способом бездротової передачі знаків, звуків або зображень; (ii) будь-яке публічне повідомлення, чи то по проводах або засобами бездротового зв'язку, повторно переданого в ефір твору, якщо таке повідомлення здійснюється іншою організацією, ніж первісна; (iii) публічне повідомлення переданого в ефір твору за допомогою гучномовця або будь-якого іншого апарату, що передає знаки, звуки або зображення.¹

Бернська конвенція не містить загального всеохоплюючого права на подання твору до загального відома, але в статтях 11, 11bis, 11ter і 14(1)(ii) конкретно визначено, які права охороняються стосовно яких об'єктів. Замість цього, Конвенція дотримується досить фрагментарного підходу. Право подання твору до загального відома Бернській конвенції можна розділити на дві категорії.

По-перше, конвенція передбачає право на подання для загального відома, що поширюється за допомогою будь-якого способу подання, але щодо виконання драматичних, музично-драматичних і музичних творів (стаття 11), публічного читання літературних творів (стаття 11ter) і кінематографічну переробку і відтворення своїх творів та поширення перероблених або відтворених таким способом творів (стаття 14(1)(ii)). По-друге, конвенція передбачає загальне право на передачу в ефір у статті 11bis щодо всіх видів творів. Це право включає передачу своїх творів в ефір або публічне повідомлення цих творів будь-яким іншим способом бездротової передачі знаків, звуків або зображень; будь-яке публічне повідомлення, чи то по проводах або засобами бездротового зв'язку, повторно переданого в ефір твору, якщо таке повідомлення здійснюється іншою організацією, ніж первісна; публічне повідомлення переданого в ефір твору за допомогою гучномовця

¹ Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів від 24 лип. 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 року // Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. –: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_051.

або будь-якого іншого апарату, що передає знаки, звуки або зображення. При цьому Бернська конвенція не роз'яснює поняття "передача в ефір", оскільки на момент розробки тексту конвенції законодавець вважав, що цей термін є "загальновідомим".

Статті 11, 11ter і 14(1) (ii) охороняють різні об'єкти, але схожі дії, а саме право на публічне виконання твору і на подання твору до відома публіки. Ці дві дії відрізняються характеристикою присутності "публіки". При публічному виконанні публіка присутня під час і в місці виконання твору. Право на подання до загального відома охоплює передачу твору в ефір або по проводах і передбачає, що публіка знаходиться в іншому місці, ніж місце виконання.²

Бернська конвенція не містить визначення поняття "публіка", тому тлумачення цього терміну покладається на держави-учасниці міжнародного договору, які мають право визначити це поняття у своєму національному законодавстві. З літератури випливає, що поняття "публіка" слід тлумачити як протилежне поняттю "приватний", а отже, повідомлення закритому колу сім'ї та друзів, ймовірно, виключаються зі сфери виключного права. Науковці також застерігають, що це поняття не повинно тлумачитися занадто вузько таким чином, щоб це не підривало основну мету подання твору до загального відома, завдаючи шкоди законним інтересам автора.³

З появою нових комунікаційних технологій положення Бернської конвенції почали демонструвати серйозні прогалини у правовому регулюванні. Наприклад, хоча передача твору через мережу Інтернет підпадає під сферу дії права на подання твору для загального відома по проводах, що охороняється статтями 11(1)(ii), 11bis(1)(ii), 11ter(1)(ii) і 14(1)(ii) Бернської конвенції, це право поширюється тільки на конкретні об'єкти та не включаючи, наприклад твори

² Thomas Dreier, P. Bernt Hugenholtz, Concise European copyright law / Kluwer Law International, 2016 – 88 с.

³ Silke von Lewinski, International copyright law and policy, New York: Oxford University Press, 2008 – 151 с.

образотворчого мистецтва або комп'ютерні програми. Крім того, виникали питання щодо технології передачі на вимогу (англ. on-demand), тобто передача, коли публіка має можливість обирати місце і час отримання твору, що охороняється авторським правом.⁴

Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності 1994 року (Угода ТРІПС) кардинально не змінила матеріальні норми, що стосуються авторського права, але в цілому Угода ТРІПС повторювала принципи Бернської конвенції. Це стосується і права на подання твору до загального відома. Стаття 9 Угоди ТРІПС передбачає, що учасники договору повинні виконувати статті 1-21 Бернської Конвенції 1971 року та Додатка до неї, тобто статей 11, 11bis, 11ter та 14 (1)(ii) Бернської конвенції також. Варто зазначити, Угода ТРІПС не містить окремого положення щодо права на подання твору до загального відома.⁵

На відміну від інших міжнародних договорів з авторського права, Угода ТРІПС передбачає процедуру вирішення спорів, яка регулюється Додатком 2 до Угоди про заснування Світової організації торгівлі (СОТ) – Домовленістю про правила та процедури вирішення спорів. Що стосується авторського права, то варто звернути увагу на спір, який виник між ЄС та США. Ця справа стосувалася застосування розділу 110(5) Закону США про авторське право, який містить виняток для "комерційного" і "домашнього" подання твору до відома публіки. ЄС стверджував, що ці винятки порушують статтю 9 Угоди ТРІПС, що держави-учасниці Бернської конвенції (за винятком статті 6bis) повинні дотримуватися усіх положень договору. На думку ЄС, винятки суперечили статтям 11(1) та 11bis(1) Бернської конвенції. У звіті група експертів надала тлумачення статей 11(1) та 11bis(1) Бернської конвенції. Що стосується статті 11bis(1), також група

⁴ P. Bernt Hugenholtz, Intellectual Property Rights on the Information Superhighway, Report to the Commission of the European Communities (DG XV), August 1994, – Режим доступу : <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1760>.

⁵ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: від 15.04.1994 р. // - Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>;

експертів пояснила, що кожен підпункт є окремим виключним правом, для якого необхідний дозвіл. Право на передачу в ефір, передбачене підпунктом (i), є окремим актом використання, відмінним від підпунктів (ii) та (iii). Група експертів проілюструвала це, пояснивши, що "передача в ефір створює додаткову аудиторію, і правоволоділець отримує контроль над цим новим публічним виконанням свого твору і може розраховувати на винагороду за нього». Група експертів також пояснила, що підпункт (ii) вимагає, щоб подання здійснювалося «організацією, відмінною від первісної».⁶

З метою вирішення цих прогалин у 1996 році було прийнято нову багатосторонню угоду про авторське право – Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (ДАП). Стаття 8 ДАП передбачає виключне право автора дозволяти будь-яке розповсюдження своїх творів серед широкої публіки через дротові або недротові засоби зв'язку, включаючи розповсюдження своїх творів серед широкої публіки у такий спосіб, що представники публіки можуть мати доступ до таких творів у будь-якому місці і в будь-який час за їх власним вибором.⁷

Варто відразу звернути увагу на визначення поняття “communication to the public” в офіційному перекладі ДАП, де використовується термін “розповсюдження”, такий підхід варто вважати помилковим, оскільки ДАП виділяє дві окремі правомочності використання творів: право на розповсюдження (англ. Right of Distribution) у ст. 6, яке згідно узгодженої заяви до цієї статті стосується записаних екземплярів, які можуть бути випущені в обіг у вигляді матеріальних об'єктів, на які може бути передане право власності, та право на подання твору до загального відома (англ. Right of Communication to the

⁶Panel Report 15 June 2000, WT/DS160/R (United States – Section 110(5) of the US Copyright Act), Режим доступу: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf

⁷Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року/ Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України.– Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_770#Text

Public) та його складову надання доступу до творів (англ. ‘making available right’). Такий же розподіл міститься і в ст. 3 та ст. 4 Директиви 2001/29/ЄС, і в ст. 174 Угоди про асоціацію.

Таким чином, стаття 8 охороняє будь-яке право на подання для загального відома публіки творів, включаючи надавати доступ до твору дротовими або бездротовими засобами. Це технологічно нейтральне визначення показує, що слід застосовувати широке тлумачення права на публічне сповіщення, яке охоплює не тільки радіомовлення та кабельну передачу, але й цифрову передачу та будь-які майбутні форми комунікації.

Фактична передача твору не має значення, але для аспекту ‘making available’ достатньо зробити його доступним шляхом надання доступу до твору широкій публіці. Не має значення, чи дійсно публіка переглядає або отримує твір, у даному випадку важливий той факт, що твір стає доступним для широкої публіки, що є виключним правом автора. Навіть якщо жоден представник публіки не переглядає відео, яке було подане до загального відома в Інтернеті без згоди правовласника, особа, яка завантажує відео в публічний доступ, вчиняє акт порушення авторського права.⁸

Термін «подання до загального відома не був використаний вперше у тексті ДАП, оскільки вже згадувався у статті 4 Римського акту Бернської конвенції, яка дає визначення опублікованого твору. Визначення “опублікований” для цілей цієї Конвенції означає твори, примірники яких були зроблені доступними для загального відома. [...]».⁹ Крім того, стаття 7 Бернської конвенції, яка встановлює термін охорони, визначає, що "термін охорони закінчується через п'ятдесят років

⁸Sam C. van Velze, “Communication to a New Public? A Critical Analysis of the CJEU’s ‘New Public’ Criterion in European Copyright Law”, 9 December 2015 // Режим доступу: https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2016.pdf

⁹Rome Act 1928 of the Berne Convention, 2 June 1928 //Режим доступу: <https://wipolex.wipo.int/en/text/278725>

після того, як твір за згодою автора було зроблено доступним для загального відома [...]" (в тексті оригіналу англ. "has been made available to the public").¹⁰

Зважаючи на вищесказане, доцільним є використання саме терміну "подання до загального відома публіки", щоб здійснювати розмежування трьох зазначених авторських прав: на опублікування, розповсюдження та на подання творів до загального відома публіки. Таке розмежування зробило б систему авторських прав більш чіткою та зрозумілою, а також цілком відповідало б міжнародним зобов'язанням України, в тому числі й щодо адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

1.2. Джерела правового регулювання права на подання твору до загального відома публіки в Європейському Союзі.

Розвиток законодавства ЄС у сфері авторського права відбувався під впливом різних факторів, що дозволило сформувати базу нормативно-правових актів, які регулюють відносини у сфері авторського права, зокрема, права на подання твору до загального відома публіки. До джерел правового регулювання права на подання твору до загального відома публіки в Європейському Союзі варто відносити: міжнародні договори про авторське право, принципи права, національне право держав-членів ЄС, директиви про авторське право, рекомендації та висновки установ ЄС; рішення Європейського суду справедливості.

Для того, щоб законодавство ЄС у сфері авторського права було ефективним, воно повинно враховувати всі наявні конкуруючі інтереси, а також міжнародні договори у сфері авторського права, національне законодавство та вже наявні правові акти ЄС. З огляду на ці фактори, принципи пропорційності та

¹⁰ Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів від 24 лип. 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 року // Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_051.

визначеності є важливими для створення ефективного законодавства і повинні враховуватись від моменту концептуалізації закону до його тлумачення та застосування. З цією метою дві норми пропорційності та визначеності формують нормативну базу, на основі якої буде аналізуватися та реформуватися право на подання твору до загального відома публіки.¹¹

Принципи пропорційності та визначеності впливають із загальних принципів права ЄС. Загальні принципи права ЄС були описані як основні, неписані ідеї, які лежать в основі системи ЄС.¹² У зв'язку з тим, що принципи є неписаними і немає широкого консенсусу щодо їх точного тлумачення, обґрунтування або функції, вони вважаються суперечливим джерелом права. Наприклад, Сібург пояснює, що принципи можуть бути використані для ряду різних функцій, таких як: створення конкретних правил, інструментів інтерпретації, заповнення прогалин і відступу від права.¹³ Це означає, що загальні принципи мають потенціал для впливу на розвиток і інтерпретацію законодавства ЄС в галузі авторського права, зокрема, у випадку прогалин у правовому регулюванні.¹⁴

Принцип пропорційності можна вважати одним із центральних принципів права ЄС, оскільки він включений до статті 5 Договору про функціонування Європейського Союзу, де вказано, що відповідно до принципу пропорційності заходи Союзу за змістом та формою не повинні виходити за межі того, що є необхідним для досягнення цілей Договорів.¹⁵ Це дозволяє Європейському Суду

¹¹Justin Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* / Bloomsbury Publishing, 2020, Режим доступу: <https://www.perlego.com/book/959831/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law-pdf>

¹² Judgment of the Court in Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECLI:EU:C:1970:114, 17 December 1970, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en,T,F&num=11-70>, Case C-331/88 The Queen v Minister for Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte Fedesa et al [1990] ECLI:EU:C:1990:391

¹³C Sieburgh, *Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-Layered Legal Systems and the Generative Force of Principles*, 2012, 20(2) *European Review of Private Law* 295, с 301.

¹⁴Nik de Boer, Leon Dijkman and Sarah van Kampen. *The Changing Role of Principles in the European Multilayered Legal Order: Conference Report of the Symposium 'Principles and the Law'*, Utrecht University, 25 May 2011, – с. 426.

¹⁵Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007

Справедливості визначати ефективність дій, що вживаються країнами-членами ЄС. Слід зазначити, що Європейський Суд Справедливості спирався на принцип пропорційності при визначенні правомірності судових рішень та засобів захисту. Наприклад, у справі Scarlet Extended проти SABAM судовим рішенням від Scarlet Extended вимагалось заблокувати доступ користувачів Інтернету до певних веб-сайтів, проте таке рішення відхилено Європейським Судом Справедливості, оскільки воно суперечило статті 15(1) Директиви про електронну комерцію 2000 року, статті 3 Директиви про правозастосування 2004 року та статті 16 Хартії основоположних прав.¹⁶ Рішення про блокування у цій справі було скасовано, оскільки було б непропорційно вимагати від інтернет-провайдера активного моніторингу всіх своїх клієнтів протягом необмеженого періоду часу.¹⁷ На противагу цьому, у справі UPC Telekabel Європейський Суд Справедливості підтримав судову заборону, винесену національним судом, який дозволив відповідачу обрати засоби для обмеження доступу своїх клієнтів до веб-сайтів, що порушують авторські права.¹⁸ У справі Nintendo проти PC Box Європейський Суд Справедливості, враховуючи окрему думку Головуючого адвоката (англ. Advocate general, AG) Шарпстона, погодився з тим, що встановлення порушення через обхід заходів технологічного захисту (англ. technological protection measures) не повинно негативно впливати на пристрої, які мають комерційно значущі цілі, відмінні від обходу заходів технологічного захисту. Таким чином, Суд повинен розглянути, чи не призведе встановлення порушення до

¹⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2012).

¹⁷ Judgment of the Court in Case C-70/10 Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:771, Режим доступу :<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>, п. 46–53

¹⁸ Judgment of the Court in Case C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, 27 March 2014, URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-314/12>, п. 51–53, 64

невиправданих негативних зовнішніх ефектів на шкоду бажаній діяльності, наприклад, розвитку технологій.¹⁹

Варто також зауважити, що однією з цілей створення Європейського Союзу було зміцнення внутрішнього ринку та покращення вільного руху товарів, послуг, осіб та капіталу. Для виконання цієї мети Рада Європейського Союзу уповноважена приймати відповідні заходи в ході функціонування спільного ринку.²⁰ Такі заходи підпорядковуються принципу субсидіарності, що означає, що ЄС може вживати заходів тільки в тому випадку, якщо цілі не можуть бути в достатній мірі досягнуті за допомогою національних законів.²¹ У сфері авторського права стаття 118 Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C 83/01) передбачає започаткування Європейського права інтелектуальної власності з метою запровадження уніфікованого захисту прав інтелектуальної власності в усьому ЄС та з метою встановлення централізованого механізму надання дозволів, узгодження та нагляду в межах усього Союзу. Рада, діючи згідно зі спеціальною законодавчою процедурою, за допомогою регламентів встановлює положення щодо мови Європейського права інтелектуальної власності. Рада діє одностайно після проведення консультацій з Європейським Парламентом.²²

Для виконання повноважень ЄС її установи ухвалюють регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки.²³ Інституції ЄС мають різні обов'язкові засоби для гармонізації національного законодавства держав-членів, однак директиви є найбільш поширеними у сфері авторського права. Відповідно до статті 288 Договору про функціонування Європейського Союзу директива є

¹⁹ Judgment of the Court in Case C-355/12 Nintendo Co. Ltd and Others v PC Box Srl and 9Net Srl, 23 January 2014, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-355/12>, п. 30–37

²⁰ Article 308 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007.

²¹ Article 69 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007

²² Article 118 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007.

²³ Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007.

обов'язковою щодо результату, який необхідно досягти, для кожної держави-члена, якій її адресовано, проте залишає національним органам влади вибір форми та засобів. Директиви гармонізують національне законодавство держав-членів, але не призводять до однакового застосування норм через відсутність прямої дії. Регламент, навпаки, має здатність уніфікувати національне законодавство, оскільки він є обов'язковим у повному обсязі та повинен прямо застосовуватись в усіх державах-членах. Наукова література містить думки, що стаття 118 Договору про функціонування Європейського Союзу може стати правовою основою для прийняття єдиного регламенту про авторське право.²⁴ Однак поки що ЄС прийняв лише директиви, і через культурні відмінності та різноманітність національних законів про авторське право прийняття регламенту є малоймовірним у найближчому майбутньому.

Держави-члени також повинні дотримуватися міжнародних угод, договірною стороною яких є ЄС.²⁵ Це, наприклад, стосується ДАП та Угоди ТРІПС. ЄС не є договірною стороною Бернської конвенції, однак, згідно зі статтею 1 ДАП та статтею 9 Угоди ТРІПС, принципи Бернської конвенції опосередковано застосовуються в праві ЄС. Крім того, Європейська економічна угода (англ. - EEA) зобов'язує держави-члени дотримуватися принципів Бернської конвенції, таким чином, цю конвенцію можна охарактеризувати як "quasi-acquis".²⁶

Директива 93/83/ЄЕС "Про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав при застосуванні їх до супутникового мовлення і кабельної ретрансляції" (Директива SatCab) містить норми авторського права щодо супутникового мовлення та кабельної ретрансляції. Директива спрямована

²⁴Irini Stamatoudi & Paul Torremans, *EU Copyright Law, A Commentary*, Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014 – с. 1136.

²⁵ Article 216(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007.

²⁶Sam C. van Velze, "Communication to a New Public? A Critical Analysis of the CJEU's 'New Public' Criterion in European Copyright Law", 9 December 2015

на усунення невизначеності щодо транскордонного мовлення. Відмінності в національних законах про авторське право призводили до правової невизначеності та ускладнювали трансляцію програм на території ЄС. Метою Директиви є посилення гармонізації національних законів, що сприятиме функціонуванню внутрішнього ринку. Мета полягає в тому, щоб забезпечити трансляцію аудіовізуальних програм по всьому ЄС і забезпечити винагороду правовласникам на основі полегшеного придбання прав на супутникове мовлення і кабельну ретрансляцію.²⁷ Директива 93/83/ЄЕС забезпечує мінімальну гармонізацію, що означає, що державам-членам дозволяється включати більш далекосяжні положення для захисту правовласників.

Стаття 1(2)(а) визначає подання твору до загального відома публіки через супутник як дію введення, під контролем і відповідальністю організації мовлення, сигналів-носіїв програм, призначених для прийому публікою, в безперервний ланцюг зв'язку "супутник-земля". Стаття 2 Директиви 93/83/ЄЕС передбачає право на трансляцію (англ. *broadcasting right*), тобто держави-члени повинні надати автору виключне право на санкціонування подання твору, що охороняються авторським правом, до загального відома публіки за допомогою супутника згідно з положеннями, викладеними в цьому Директиві 93/83/ЄЕС.

Це право відповідно до Директиви 93/83/ЄЕС включає чотири умови, а саме: (1) подання твору за допомогою супутника, (2) подання повинно здійснюватися під контролем і відповідальністю організації мовлення, (3) сигнал мовлення повинен бути призначений для публіки і (4) сигнал повинен являти собою безперервний ланцюг зв'язку.

Для того щоб визначити чи відбулось подання твору до загального відома публіки через супутник публіка повинна мати можливість приймати сигнал мовлення "індивідуально і безпосередньо". Кодовані сигнали, які можуть бути

²⁷Michel Walter & Silke von Lewinski, *European Copyright Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 – с. 1660.

прийняті тільки за допомогою професійного обладнання, недоступного широкому загалу, не можуть бути поданням до загального відома через супутник.²⁸ Важливо зазначити, що право на подання до загального відома поширюється тільки на супутникові сигнали. Кабельні мережі не підпадають під це право, але на них може поширюватися право на кабельну ретрансляцію.

По-друге, сигнали повинні передаватися під контролем і відповідальністю організації мовлення. Організація мовлення не зобов'язана здійснювати кожен ланцюжок у процесі комунікації, а лише достатньо, якщо третя сторона передає сигнал під контролем або відповідальністю організації мовлення.

Третій критерій вимагає, щоб сигнал був призначений для досягнення публіки. Не обов'язково, щоб публіка фактично отримувала сигнал і дивилася трансляцію, але достатньо "наміру досягти публіки".²⁹ Поняття "публіка", в Директиві 93/83/ЄЕС не роз'яснюється, проте тлумачення цього терміну покладається на Європейський Суд Справедливості.

Положення ДАП і Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми були імплементовані в Директиву Європейського Парламенту і Ради 2001/29/ЄС про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві (Директива InfoSoc), яка гармонізувала низку економічних прав та адаптувала їх до онлайнового середовища, включаючи право на подання твору до загального відома. Однією з центральних частин Директиви є стаття 3, яка передбачає виключне право автора дозволяти або забороняти будь-яке подання твору до загального відома за допомогою дротових чи бездротових засобів, включаючи надання доступу публіці (англ. *making available to the public*) до їхніх творів у

²⁸Judgment of the Court Case C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast v Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*, ECLI:EU:C:2014:25, 23 January 2014, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-355/12>

²⁹Michel Walter & Silke von Lewinski, *European Copyright Law*, / Oxford: Oxford University Press, 2010.

спосіб, за якого представники публіки можуть отримати доступ до таких творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором.³⁰ Стаття 3 є технологічно нейтральною для того, щоб відповідати цифровим розробкам і майбутнім нематеріальним формам використання. Крім того, пункт 3 цієї статті пояснює, що право автора щодо подання твору до загального відома не підлягає вичерпанню. Правоволоділець може контролювати будь-яку нематеріальну експлуатацію твору в межах закону.

Загальне право на подання твору до загального відома регулює використання твору в нематеріальній формі шляхом доведення його до загального відома публіки. У положеннях Директиви 2001/29/ЄС пояснюється, що це право слід тлумачити в широкому сенсі. Однак, пункт 23 преамбули обмежує сферу дії цього права "всіма повідомленнями для громадськості, яка не присутня в місці, звідки походить повідомлення".³¹ Відповідно до Спільної позиції Європейського Парламенту та Ради щодо прийняття Директиви 2001/29/ЄС, пряме представництво або виконання виключається, оскільки тлумачення "публічного виконання" є більш суворим у праві ЄС, ніж у Бернській конвенції. Виняток становлять лише фактичні живі виступи, під час яких публіка фізично присутня на виконанні.³² Якщо живий виступ передається іншими засобами, наприклад, шляхом трансляції або через Інтернет, а публіка фізично не присутня під час виконання, то застосовується Директива 2001/29/ЄС.

У пункті 23 Преамбули також пояснюється, що Директива застосовується до будь-якої такої трансляції або ретрансляції твору публіці засобами дротової

³⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>. (Article 3(3))

³¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>. (Article 3(3)) Recital 23 of the InfoSoc Directive.

³² Judgment of the Court in Case C-403/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, 4 October 2011, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CN0403>

або бездротової передачі, у тому числі засобами мовлення.³³ Будь-які інші дії, які не відповідають цьому опису, виключаються. Державам-членам не дозволяється надавати більший захист щодо повідомлення для загального відома, ніж передбачено Директивою 2001/29/ЄС, оскільки такий захист, ймовірно, вплине на внутрішній ринок і зашкодить гармонізації авторського права в межах ЄС. Крім того, параграф 23 посилається на "трансляцію або ретрансляцію", але не пояснює ці поняття. Визначення поняття подання (англ. communication) також немає в Директиві, але загальноприйнято вважати, що трансляція, потокове мовлення, подання аудіовізуального твору за запитом (англ. on-demand) і є поданням твору до загального відома.

Відповідно до пункту 27 Преамбули, просте надання фізичних засобів для забезпечення або здійснення подання до загального відома публіки саме по собі не є поданням до загального відома публіки у значенні цієї Директиви. Цей принцип впливає з Узгодженої заяви ДАП і повинен тлумачитися суворо.³⁴ Європейський Суд Справедливості постановив, що коли має місце "навмисне втручання", діяння виходить за рамки надання фізичних засобів для забезпечення або поліпшення прийому. У світлі цього Європейський Суд Справедливості пояснив, що передача сигналів мовлення та встановлення телевізорів у готельних номерах може бути поданням твору до загального відома і не задовольняє критерій, викладений в пункті 27.³⁵ Цей пункт включений до Директиви про захист постачальників послуг Інтернету (ISPs) від позовів про відповідальність за порушення авторських прав, але навіть для ISPs цей пункт

³³ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>. (Article 3(3)) Recital 23 of the InfoSoc Directive. Recital 23.

³⁴ Agreed statement concerning Article 8, // - Режим доступу http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295456

³⁵ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>

слід тлумачити суворо.³⁶ Якщо провайдер усвідомлює чи знає, що твір, стосовно якого здійснюється подання до загального відома, таке подання здійснюється без дозволу автора, або провайдер має певний ступінь контролю над контентом, але не вжив заходів щодо припинення порушення авторських прав, в такому випадку відповідальність за порушення авторських прав буде нести і провайдер.

Для того, щоб посилатися на статтю 3 Директиви 2001/29/ЄС не обов'язково, щоб публіка безпосередньо отримувала твір. Відповідно до ст. 3 Директиви 2001/29/ЄС до виключного права автора належить "передача" або "подання до загального відома" твору, незалежно від того, чи хтось з представників публіки фактично отримує доступ до твору або переглядає його.³⁷ Стаття 3 включає право на подання твору до загального відома, що означає, що представники публіки можуть отримати доступ до таких творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором. Форма, в якій твори стають доступними для публіки, не має вирішального значення, однак єдиним важливим фактором є те, що публіка має можливість отримати доступ до конкретного твору в індивідуально обраному місці і в індивідуально обраний час. Якщо публіка не має можливості вільно обирати час, це не є поданням до загального відома.³⁸ Це право захищає передачі творів за запитом (англ. on-demand) і викладене у Директиві 2001/29/ЄС в технологічно нейтральній формі. Воно включає передачі дротовими та бездротовими засобами і застосовується до всіх типів пристроїв, які використовуються для отримання передачі, наприклад, телевізорів, комп'ютерів і смартфонів. Таким чином, правова база ЄС здатна реагувати на майбутні (цифрові) засоби і форми передачі творів.

³⁶K Koelman, Copyright law and economics in the EU Copyright Directive: is the droit d'auteur passe?, 2004, – с. 603

³⁷ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 42; Premier League, 171.

³⁸Irini Stamatoudi & Paul Torremans, EU Copyright Law, A Commentary, Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014 – с. 1136.

Сфера застосування права на подання твору є широкою, що полегшує реагування на технологічні зміни, однак це також може призвести до неврегульованості. Важко оцінити, чи є конкретна форма використання твору актом подання до загального відома, відтворенням або їх поєднанням. Наприклад, коли твори в Інтернеті подаються на peer-to-peer платформах³⁹, така "пропозиція" є актом надання доступу, але як тільки користувач завантажує твір з платформи відбувається відтворення твору. Чи включає в себе право на надання доступу акт відтворення, чи це два різних акти, на які потрібен дозвіл правовласника? Такі питання не вирішені в Директиві 2001/29/ЄС, але продовжують існувати, оскільки з'являються нові (цифрові) форми використання. Важко передбачити кожен майбутню форму використання в правовому полі, а саме тому завданням судової влади, в даному випадку Європейського Суду Справедливості, є застосування чітких і послідовних методів тлумачення у відповідь на нові форми використання. Ці методи повинні підвищити правову визначеність в інформаційному суспільстві.

Для встановлення факту подання твору до загального відома необхідно, щоб твір був доведений до відома "публіки", однак директива не містить визначення цього поняття. Згідно з Пояснювальною запискою, визначення поняття "публіки" відноситься до компетенції національного законодавця, але його тлумачення має відповідати цілям директиви.⁴⁰ Таким чином, поняття "публіка" слід тлумачити широко, щоб забезпечити високий рівень захисту прав автора. Визначення поняття "публіки" стало причиною кількох рішень Європейського Суду Справедливості, зокрема, положення Директиви 2001/29/ЄС повинні

³⁹ Система комп'ютерів, які підключаються один до одного через Інтернет і обмінюються даними без центрального сервера. Однорангові (Peer-to-Peer) комп'ютерні мережі використовують розподілену (децентралізовану) структуру.

⁴⁰ Explanatory Memorandum, at 25 par 1.

тлумачитися автономно та однаково.⁴¹ Європейський Суд Справедливості залишив за собою право тлумачити це поняття, однак науковці, зокрема, Бейтман стверджує, що різні застосування поняття "публіка" не будуть перешкоджати внутрішньому ринку, і тому Суд ЄС не був уповноважений його тлумачити.⁴²

Важливим принципом статті 3 Директиви 2001/29/ЄС є принцип невичерпання, який означає, що право на подання твору до загального відома публіки не може бути вичерпане. У справі Coditel I Європейський Суд Справедливості чітко постановив, що послуги, такі як подання до загального відома не підлягають вичерпанням.⁴³ Цей принцип включено до Директиви 2001/29/ЄС у пункті 29 Преамбули та пункту 3 статті 3. В межах, встановлених законом, дозвіл правовласника потрібен кожного разу, коли твір подається до загального відома.⁴⁴

Принцип вичерпання права застосовується до права на розповсюдження, але не до права на подання до загального відома. У пункті 29 Директиви 2001/29/ЄС зазначено, що питання про вичерпання прав не виникає стосовно послуг та онлайн послуг зокрема.⁴⁵ Правоволоділець повинен мати можливість контролювати кожне подання твору до загального відома.

З розвитком цифрових технологій та цифрових товарів виникло питання, чи застосовується принцип вичерпання прав аналогічно для цифрових онлайн технологій. Це питання було порушене у справі UsedSoft GmbH проти Oracle

⁴¹Judgment of the Court in Case C-245/00 Stichting ter exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v Nederlandse Omroep Stichting (NOS)), 6 February 2003, ECLI:EU:C:2003:68, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-245/00>

⁴²Anne Bateman, The use of Televisions in Hotel Rooms, European Intellectual Property Review 2007, 1, с. 22-26.

⁴³Judgment of the Court in Case C-62/79 SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, and others v Ciné Vog Films and others, 18 March 1980, ECLI:EU:C:1980:84, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0062>

⁴⁴Explanatory Memorandum, at 27 par 4.

⁴⁵Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>. (Article 3(3))
Recital 29

International Corp., яка стосувалася перепродажу ліцензії на комп'ютерну програму. На думку Суду ЄС, право на розповсюдження комп'ютерної програми є вичерпаним, якщо правовласник продає ліцензію на завантаження програми іншій особі на необмежений час. Суд ЄС підкреслив, що "продаж" в Інтернеті вимагає, щоб продавець видалив програму зі свого сервера. Збереження копії не допускається, оскільки це є відтворенням. На думку Суду, мета принципу вичерпання [...] полягає в тому, щоб уникнути поділу ринків, обмежити обмеження розповсюдження цих творів тим, що необхідно для захисту конкретного об'єкта відповідної інтелектуальної власності".⁴⁶ Ця справа, як видається, допускає можливість застосування принципу цифрового вичерпання, однак питання про те, чи застосовується це рішення за межами сфери програмного забезпечення, викликає сумніви і є предметом дискусій.

Важливим етапом розвитку права на подання твору до загального відома стало прийняття Директиви 2019/790/ЄС, де зазначається, що постачальники послуг з обміну контентом в Інтернеті здійснюють дію щодо подання до загального відома публіки твору, що має відношення до авторського права, коли вони надають доступ до охоронюваного авторським правом контенту, завантаженого їхніми користувачами, і, отже, повинні отримати дозвіл від відповідних правоволодільців. У цьому випадку стаття 17(3) Директиви 2019/790/ЄС передбачає, що коли постачальники послуг здійснюють дію щодо подання твору до загального відома публіки відповідно до цих положень, обмеження відповідальності, встановлене статтею 14(1) Директиви 2000/31/ЄС не застосовується.

Стаття 17 Директиви 2019/790/ЄС є спеціальною нормою до статті 3 Директиви 2001/29/ЄС та статті 14 Директиви 2000/31/ЄС, ця стаття повністю і

⁴⁶Judgment of the Court in Case C-128/11 UsedSoft GmbH v Oracle International Corp, 3 July 2012, ECLI:EU:C:2012:407, Режим доступу:
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN>

конкретно регулює акт подання твору до загального відома публіки у визначених обставинах, охоплених цим положенням "для цілей цієї Директиви". Це підтверджується пунктами 64 і 65 Преамбули Директиви 2019/790/ЄС, де у пункті 64 зазначено, що стаття 17 не впливає на концепцію подання до загального відома публіки або надання доступу до контенту публіці в іншому місці відповідно до законодавства Союзу, а також не впливає на можливе застосування статті 3(1) і (2) Директиви 2001/29/ЄС до інших постачальників послуг, які використовують контент, що охороняється авторським правом. У пункті 65 зазначено, що хоча стаття 14 Директиви 2000/31/ЄС не застосовується до відповідальності за статтею 17, це не повинно впливати на її застосування до таких постачальників послуг для цілей, що виходять за межі сфери дії Директиви. Зважаючи на спеціальний характер статті 17, Держави-члени повинні спеціально імплементувати це положення, а не просто покладатися на національну імплементацію статті 3 Директиви 2001/29/ЄС.

Якщо дозвіл не надається відповідно до статті 17(1) і 17(2), стаття 17(4) передбачає особливий режим, який дозволяє постачальникам послуг з онлайнового обміну контентом уникати відповідальності, за певних умов, за дію щодо подання твору до загального відома в розумінні статті 17(1). Як зазначається у пункті 66, цей особливий режим враховує той факт, що провайдери послуг з обміну контентом в Інтернеті надають доступ до контенту, який завантажується не ними, а їх користувачами.

Також стаття 17(4)(с), містить положення, щодо відповідальності постачальників послуг з обміну контентом в Інтернеті за несанкціоновані дії з подання твору до загального відома публіки, якщо тільки вони не доведуть, що вони діяли оперативно, після отримання достатньо обґрунтованого повідомлення від правовласників, щоб закрити доступ або видалити зі своїх веб-

сайтів твори або інші об'єкти, і що вони доклали всіх можливих зусиль, щоб запобігти їх майбутньому завантаженню відповідно до статті 17(4)(b).

Одним із джерел права ЄС, що також регулюють право автора на подання твору до загального відома є рішення Європейського Суду Справедливості, він є судовою установою Європейського Союзу і має повноваження виносити рішення з питань, що стосуються тлумачення права ЄС.⁴⁷ Держави-члени можуть звертатися до Європейського Суду Справедливості з питаннями щодо тлумачення або чинності положення ЄС з метою його правильного тлумачення та застосування у своєму національному законодавстві. Рішення Європейського Суду Справедливості є обов'язковими і повинні застосовуватися в національному законодавстві держав-членів.

У практиці Суду ЄС щодо законодавства ЄС про авторське право можна виділити три різні методи тлумачення.⁴⁸ По-перше, Суд ЄС застосовує семантичний підхід, при якому важливе значення має формулювання тексту, в тому числі тексту директиви. По-друге, Суд ЄС застосовує систематичний метод тлумачення, в якому важливим є контекст положення. Цей метод, як правило, включає посилання на міжнародне право, історію законодавства або інші правові системи ЄС. Нарешті, Суд ЄС застосовує телеологічний метод тлумачення, при якому Суд ЄС звертається до мети та завдань положення, що зазвичай виражається у викладі директиви. Що стосується цього методу, то Суд ЄС має великий обсяг дискреційних повноважень.⁴⁹

Телеологічний та системний методи, як правило, застосовуються у справах, що стосуються подання твору до загального відома публіки. Європейський Суд

⁴⁷ Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007

⁴⁸ Marcella Favale, Martin Kretschmer & Paul C. Torremans, "Is there a EU Copyright Jurisprudence? An empirical analysis of the workings of the European Court of Justice", forthcoming in *Modern Law Review* (2016), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699 (accessed 12 October 2015).

⁴⁹ там само

Справедливості неодноразово зазначав, що формулювання права подання до загального відома публіки має бути пояснене в контексті цілей законодавства ЄС.⁵⁰ Метою Директиви 2001/29/ЄС є забезпечення високого рівня захисту авторських прав. Таким чином, у контексті телеологічного методу право має тлумачитися широко, крім того, Суд постановив, що право має тлумачитися відповідно до міжнародного права, що є прикладом системного підходу Суду ЄС. Міжнародні угоди, стороною яких є ЄС, застосовуються відповідно до законодавства ЄС.⁵¹

У пункті цієї глави буде викладений загальний аналіз рішень Європейського Суду Справедливості, які стосуються права на подання твору до загального відома публіки, а в наступних розділах це право та його елементи будуть більш детально проаналізовані через призму рішень Європейського Суду Справедливості. Одним із основних рішень у практиці Суду є *SGAE v Rafael Hoteles* (C-306/05), де Суд зазначив, що подання до загального відома публіки є окремим правом використання твору відповідно до Директиви 2001/29/ЄС⁵². Крім того, концепція подання твору до загального відома публіки включає в себе широкий спектр видів діяльності. В офлайні вони включають в себе передачу телерадіопередач світі до них відносяться трансляції в готельних номерах (*EGEDA I*, *SGAE*, *Organismos Sillogikis*, *PPI*, *SPA*), спа-салонах та реабілітаційних центрах (*OSA*, *Reha Training*), цирках (*Circul Globus*), паби (*Murphy*) та стоматологічні кабінети (*SCF*), а також різні аспекти подання твору до загального відома публіки за допомогою супутника (*Lagardère: Airfield; SBS*). В онлайні зростає кількість судових рішень, в яких робиться спроба з'ясувати

⁵⁰Judgment of the Court in Case C-156/98 *Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities* 19 September 2000, ECLI:EU:C:2003:40, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-512/99>

⁵¹Judgment of the Court in Case C-341/95 *Gianni Bettati v Safety Hi-Tech Srl*. 14 July 1998., Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0341>

⁵²Judgment of the Court in Case C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA.*, 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>

сферу дії права щодо різних видів діяльності: від прямої трансляції третьою стороною через Інтернет сигналів комерційних телевізійних мовників (ITV Broadcasting) до різних видів гіперпосилань на дозволений і недозволений контент (Svensson, BestWater, GS Media), продажу приставок (Filmspelers) і надання платформи для пірінгового обміну файлами в Інтернеті (Ziggo).

У сукупності ці рішення дозволяють виділити основні критерії та умови, які використовуються для визначення поняття подання твору до загального відома публіки у праві ЄС. Детальніше ці критерії та елементи будуть розглянуті у Розділі 2.

Окрім міжнародних договорів, законодавства ЄС, рішень Європейського Суду Справедливості джерелом права на подання твору до загального відома також є національне законодавство про авторське право Держав-членів ЄС. В Директиві 93/22/ЕЕС було зазначено, що немає необхідності створювати нові концепції захисту інтелектуальної власності; чинне законодавство про авторське право і суміжні права має бути адаптоване і доповнене, щоб адекватно реагувати як на економічні реалії, такі як нові форми використання творів.⁵³ Приймаючи такий підхід, законодавчий орган ЄС вирішив дотримуватися підходу щодо гармонізації законодавства про авторське право, замість того, щоб створювати суттєво нові підходи або закони, які б змінили існуючі закони держав-членів ЄС. Законодавство ЄС про авторське право доповнює існуюче внутрішнє законодавство держав-членів для забезпечення досягнення певних цілей. Такий підхід до гармонізації обґрунтовується тим, що нездатність гармонізувати існуючі закони держав-членів призведе до значних відмінностей у захисті, які

⁵³ P Jougoux, 'The Plurality of Legal Systems in Copyright Law: An Obstacle to a European Codification' in T Synodinou, *Codification of European Copyright Law: Challenges and Perspective*, Wolters Kluwer, 2012.

обмежать вільний рух товарів і послуг, які повторно розділять внутрішній ринок.⁵⁴

Наприклад, стаття 16 Закону №633 від 22.04.1941 року Республіки Італія “Про захист авторських та суміжних прав” (далі - Закон №633) передбачає, що виключне право на подання до загального відома публіки твору по проводах або безпроводовими засобами стосується використання будь-яких засобів розповсюдження на відстані, таких як телеграф, телефонія, радіо або телевізійне мовлення та інші подібні засоби включаючи подання до загального відома через супутник і кабельну ретрансляцію, а також зашифровану передачу за допомогою спеціальних засобів доступу; воно також включає подання до загального відома твору таким чином, що представники публіки могли отримати доступ до нього в будь-який час та з будь-якого місця.⁵⁵

Дозволяється відтворення і подання до загального відома певних творів, що охороняються авторським правом, таких як: статті, що становлять поточний інтерес економічного, політичного або релігійного характеру, за умови зазначення джерела, з якого вони взяті (стаття 65 Закону №633); публічні виступи на теми, що становлять політичний або адміністративний інтерес (стаття 66 Закону №633); твори або фрагменти творів, що використовуються в парламентських, судових або адміністративних процедурах (стаття 67 Закону №633). Крім того, відповідно до статті 70 Закону №633, відтворення і подання до загального відома частин твору допускаються для критики і обговорення в межах, виправданих такими цілями, і за умови, що вони не створюють конкуренції комерційному використанню твору.

⁵⁴Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field; Режим доступу :<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0022>

⁵⁵ Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Legislative Decree No. 68, of April 9, 2003)

Закон ФРН Про авторське право охоплює декілька визначених категорій дій в рамках широкого права на подання твору до загального відома публіки у нематеріальній формі: право на декламацію, виконання і презентацію; право на передачу в ефір; право на подання за допомогою відео- або аудіозаписів; і право на право на передачу в ефір за допомогою відео- або аудіозапису; і право на сповіщення передачі в ефір. Шведський закон про авторське право пропонує всеохоплююче право використання твору, яке включає подання твору до загального відома публіки, публічне виконання, розповсюдження та публічний показ. Поданням до загального відома публіки також вважаються подання до загального відома публіки і публічне виконання, які в рамках комерційної діяльності організовуються для або перед порівняно великою закритою групою осіб. Варто зазначити, що Європейський Суд Справедливості неодноразово вказував у своїх рішеннях, що законодавство ЄС у сфері авторського права має тлумачитися автономно. Це означає, що національне законодавство держав-членів не повинні враховуватися при прийнятті рішень судами при застосуванні законодавства ЄС у сфері авторського права.

Висновки до Розділу 1

Отже, міжнародне право, зокрема, законодавство Європейського Союзу та законодавство України визначають широкі виключні права автора, до яких відносять і право на подання твору до загального відома. Зокрема, Бернська конвенція не містить загального всеохоплюючого права на подання твору до загального відома, але в статтях 11, 11bis, 11ter і 14(1)(ii) конкретно визначено, які права охороняються стосовно яких об'єктів.

Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (ДАП). Стаття 8 ДАП передбачає виключне право автора дозволяти будь-яке розповсюдження своїх творів серед широкої публіки через дротові або недротові засоби зв'язку, включаючи розповсюдження своїх творів серед

широкої публіки у такий спосіб, що представники публіки можуть мати доступ до таких творів у будь-якому місці і в будь-який час за їх власним вибором. При цьому, розділі також відзначено, що в офіційному перекладі ДАП, помилково використовується термін “розповсюдження”, оскільки ДАП виділяє дві окремі правомочності використання творів: право на розповсюдження (англ. Right of Distribution) у ст. 6, яке згідно узгодженої заяви до цієї статті стосується записаних екземплярів, які можуть бути випущені в обіг у вигляді матеріальних об’єктів, на які може бути передане право власності, та право на публічне сповіщення (подання до загального відома публіки творів) (англ. Right of Communication to the Public). Зважаючи на це, запропоновано використовувати термін “подання твору для загального відома публіки” в контексті терміну “communication to the public”.

У другому пункті Розділу 1 звертається увага на принципи пропорційності та визначеності, які є важливими для створення ефективного законодавства і повинні враховуватись від моменту концептуалізації закону до його тлумачення та застосування.

Для виконання повноважень ЄС її установи ухвалюють регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки. Директиви гармонізують національне законодавство держав-членів, але не призводять до однакового застосування норм через відсутність прямої дії. Директива 93/83/ЄЕС "Про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав при застосуванні їх до супутникового мовлення і кабельної ретрансляції" (Директива SatCab) містить норми авторського права щодо супутникового мовлення та кабельної ретрансляції. Директива спрямована на усунення невизначеності щодо транскордонного мовлення. Відмінності в національних законах про авторське право призводили до правової невизначеності та ускладнювали трансляцію програм на території ЄС. Директива 93/83/ЄЕС визначає подання

твору до загального відома публіки через супутник як дію введення, під контролем і відповідальністю організації мовлення, сигналів-носіїв програм, призначених для прийому публікою, в безперервний ланцюг зв'язку “супутник-земля”. Для того щоб визначити чи відбулось подання твору до загального відома публіки через супутник публіка повинна мати можливість приймати сигнал мовлення "індивідуально і безпосередньо".

Однією з центральних частин права на подання твору для загального відома публіки є Директива 2001/29/ЄС та стаття 3, яка передбачає виключне право автора дозволяти або забороняти будь-яке подання твору до загального відома за допомогою дротових чи бездротових засобів, включаючи надання доступу публіці (англ. *making available to the public*) до їхніх творів у спосіб, за якого представники публіки можуть отримати доступ до таких творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором. Стаття 3 є технологічно нейтральною для того, щоб відповідати цифровим розробкам і майбутнім нематеріальним формам використання. Крім того, пункт 3 цієї статті пояснює, що право автора щодо подання твору до загального відома не підлягає вичерпанню. Правоволоділець може контролювати будь-яку нематеріальну експлуатацію твору в межах закону.

Одним із джерел права ЄС, що також регулюють право автора на подання твору до загального відома є рішення Європейського Суду Справедливості, він є судовою установою Європейського Союзу і має повноваження виносити рішення з питань, що стосуються тлумачення права ЄС. Держави-члени можуть звертатися до Європейського Суду Справедливості з питаннями щодо тлумачення або чинності положення ЄС з метою його правильного тлумачення та застосування у своєму національному законодавстві. Рішення Європейського Суду Справедливості є обов'язковими і повинні застосовуватися в національному законодавстві держав-членів.

Одним із основних і перших рішень у практиці Суду є справа SGAE v Rafael Hoteles (C-306/05), де Суд зазначив, що подання до загального відома публіки є окремим правом використання твору відповідно до Директиви 2001/29/ЄС. Крім того, концепція подання твору до загального відома публіки включає в себе широкий спектр видів діяльності. В офлайні вони включають в себе передачу телерадіопередач світі до них відносяться трансляції в готельних номерах (EGEDA I, SGAE, Organismos Sillogikis, PPI, SPA), спа-салонах та реабілітаційних центрах (OSA, Reha Training), цирках (Circul Globus), паби (Murphy) та стоматологічні кабінети (SCF), а також різні аспекти комунікації з громадськістю за допомогою супутника (Lagardère: Airfield; SBS). У сукупності ці рішення дозволяють виділити основні критерії та умови, які використовуються для визначення поняття подання твору до загального відома публіки у праві ЄС.

РОЗДІЛ 2

Зміст права “Communication to the public”

2.1. Складові елементи права на подання твору до загального відома публіки

Розвиток права на подання твору до загального відома публіки відбувався у два основних етапи, які в науковій літературі розмежовуються як етап до Svensson та етап після Svensson.⁵⁶ Детально етапи розвитку з ключовими рішеннями Європейського Суду Справедливості будуть проаналізовані в Розділі 3, однак, для визначення складових елементів права на подання твору до загального відома публіки варто звернути увагу на перший етап. Зокрема, для встановлення елементів права на подання твору до загального відома важливу роль відіграє рішення SGAE проти Rafael Hoteles, де Суд встановив, що право на подання твору до загального відома включає три основні елементи: дія щодо подання, зроблена для публіки, а також, якщо акт є ретрансляцією або прийомом у публічному місці – має бути нова публіка. На додаток до цих критеріїв, у справі SGAE проти Rafael Hoteles також встановлено ключові елементи тлумачення для застосування права. Право має тлумачитися і застосовуватися послідовно в усіх Державах-членах, тлумачитися відповідно до міжнародних договорів про авторське право, і тлумачитися широко, щоб встановити високий рівень захисту правоволодільців.⁵⁷

Як зазначалося вище, подання твору до загального відома публіки (англ. communication to the public) згідно з усталеною судовою практикою CJEU

⁵⁶Justin Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* / Bloomsbury Publishing, 2020, Режим доступу: <https://www.perlego.com/book/959831/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law-pdf>

⁵⁷Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>

поєднує два обов'язкові кумулятивних елементи: “дія щодо подання” (англ. an act of communication) та спрямування на “публіку”.

Першим елементом є дія щодо подання твору (англ. an act of communication). Директива 2001/29/ЄС не визначає поняття "подання", однак повноваження щодо тлумачення цього терміну покладені на CJEU. CJEU зазначає, що виносить рішення у справах, що стосуються права на подання твору до загального відома публіки, виходячи з цілей Директиви 2001/29/ЄС, яка полягає у забезпеченні високого рівня захисту прав автора. Високий рівень захисту вимагає широке тлумачення поняття права на подання твору до загального відома публіки, що означає, що поняття "подання" має охоплювати широкий спектр дій.⁵⁸

CJEU зазвичай визначає подання як будь-яке надання твору, трансляцію або ретрансляцію твору для загального відома публіки, яка не присутня в місці, де відбувається повідомлення, дротовими або бездротовими засобами, включаючи радіомовлення. У справі SGAE проти Rafael Hoteles CJEU постановив, що готель є організацією, яка здійснює дію щодо надання доступу до об'єкту авторського права та суміжних прав шляхом використання телевізорів та програвачів для фонові музики, які встановлені у готельних кімнатах. Розповсюдження серед цієї клієнтури такого об'єкту авторського права та суміжних прав із використанням телевізійних пристроїв не є простим технічним прийомом для гарантування чи покращення прийняття оригінальної передачі у зоні доступу до неї, а отже повинен вважатись дією щодо подання твору. Навпаки, готельний заклад діє із повним усвідомленням наслідків своїх вчинків, надаючи клієнтам можливість отримати доступ до об'єкту авторського права та суміжних прав.⁵⁹ Аналогічна аргументація використовується і у справі Premier League Ltd v QC

⁵⁸ SGAE, п. 36; Premier League, п. 186; Circus Global, п. 33; TVCatchup, п. 20; Svensson, п. 17; OSA, п. 23; SBS, п. 14.

⁵⁹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 42.

Leisure & Ors. На думку CJEU, власник громадського закладу навмисно надає відвідувачам, присутнім у цьому закладі, доступ до трансляції, що містить охоронювані твори, через телевізійний екран і динаміки. Без його втручання клієнти не можуть переглядати трансляцію творів, навіть якщо вони фізично знаходяться в зоні дії трансляції.⁶⁰

Також, у справі ITV проти TVCatchup публіка вже мала доступ до оригінальної трансляції через іншого оператора за допомогою телевізійної ліцензії, але відповідач надав альтернативу оригінальній трансляції за допомогою прямої трансляції через мережу Інтернет. Таким чином, навіть без втручання відповідача публіка мала б змогу отримати доступ до трансляції. CJEU розглянув Інтернет-трансляцію як ретрансляцію оригінального мовлення, за допомогою нових технічних засобів, відмінних від первісного подання, а тому така дія має вважатися поданням до загального відома у розумінні ст. 3(1) Директиви 2001/29/ЄС.⁶¹ CJEU спирався також на ст. 3(3) Директиви 2001/29, яка передбачає, що право на подання твору до загального відома публіки є невичерпним. Таким чином, будь-яка повторна передача твору певними технічними засобами, що є відмінними від первісного подання має бути окремо дозволена автором твору. Дії, які лише підтримують або покращують якість оригінальної передачі твору не вважаються поданням.⁶²

У справі Stichting Brein проти Ziggo BV та XS4ALL Internet BV Суд виходив зі своєї попередньої практики з підходу, що будь-яка дія, за допомогою якої користувач, з повним знанням відповідних фактів, надає своїм клієнтам доступ до захищених творів, може становити дію щодо подання, що передбачено

⁶⁰ Judgment of the Court in Case C-403/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, 4 October 2011, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CN0403>, п. 195

⁶¹ Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>

⁶² Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>, п. 29.

статтею 3(1).⁶³ У цій справі онлайн-платформа для спільного використання The Pirate Bay здійснила втручання без якого твори не могли б бути доступними користувачами або, щонайменше, доступ до них в Інтернеті виявився б більш складним. Аргумент про те, що The Pirate Bay займався "простим наданням" об'єктів, також був відхилений, оскільки платформа пропонує не тільки пошукову систему, але й детальний індекс для доступу до творів, яким керують оператори платформи.

Проте, CJEU сформулював два протилежних підходи до тлумачення терміну "подання": як передачу твору та як надання доступу. Зокрема у справі FAPL проти QC Leisure CJEU сформулював визначення подання як будь-яку передачу творів, що охороняються, незалежно від використовуваних технічних засобів або процесу. Це вимагає фактичного надання твору одержувачу та ілюструє традиційний підхід до подання товару, який розвинувся у зв'язку з аналоговими комунікаційними технологіями, такими як радіомовлення і кабельна ретрансляція.⁶⁴ Другий підхід, який визначає поняття подання як надання доступу відбувається у випадку, коли користувач втручається з повним усвідомленням наслідків своїх дій, щоб надати публіці доступ до твору, що охороняється.

CJEU у своїх рішеннях надає перевагу саме підходу до визначення поняття подання як надання доступу, який є значно ширшим, оскільки не вимагає фактичного надання твору, а лише передбачає можливість отримати доступ до твору. Однак, у науковій літературі такий підхід до визначення піддається критиці, оскільки він суперечить історії та меті права на подання твору до загального відома публіки. В Основній пропозиції до Договору ВОІВ зазначено,

⁶³ Judgment of the Court in Case C-610-15 Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV, 14 June 2017, ECLI:EU:C:2017:456, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&T,F&num=c-610-15> п. , 34,

⁶⁴ Judgment of the Court in Case C-403/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, 4 October 2011, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CN04036>, п. 193, 194

що подання завжди передбачає передачу твору.⁶⁵ Саме тому, на думку науковців, слід визначати дію дощода подання як передачу твору. Варто не погодитись з таким аргументом, оскільки використання Судом підходу до визначення подання як надання доступу сталося внаслідок еволюції технічних засобів і способів використання творів, такий підхід охоплює більшу кількість дій, як наслідок, забезпечує високий рівень захисту прав автора.

Другим елементом, який має бути наявним для встановлення подання твору до загального відома є необхідність, щоб дія щодо подання була здійснена для публіки. Під "публікою" варто розуміти невизначену кількість осіб, які потенційно можуть отримати доступ до твору (незалежно від того, чи скористались вони цією можливістю), що передбачає досить велику кількість людей.

У справі SGAE. проти Rafael Hoteles CJEU встановив, що "публіка" у розумінні статті 3(1) Директиви 2001/29/ЄС є "невизначеною кількістю потенційних телеглядачів" і, як правило, охоплює "досить велику кількість осіб". На думку Суду, при визначенні публіки слід брати до уваги "загальний підхід", тобто потрібно враховувати не лише клієнтів, які перебувають у номерах готелю, але й відвідувачів, які присутні в будь-якій іншій зоні готелю і мають можливість користуватися встановленим там телевізором. Крім того, слід брати до уваги клієнтів готелю, які змінюються один за одним.⁶⁶

Що стосується, перш за все, "невизначеного" характеру публіки, Суд зазначив, що згідно з визначенням поняття "подання до загального відома", наведеним у глосарії ВОІВ, який не є юридично обов'язковим, але проливає світло на тлумачення поняття "публіка". У глосарії зазначено, що поданням

⁶⁵ Ramalho, The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking: A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonisation (Springer International Publishing Switzerland, 2016), p 113.

⁶⁶ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 42

вважається дія, за допомогою якої твір стає доступним будь-яким відповідним чином для осіб загалом, тобто не обмеженим конкретними особами, що належать до приватної групи".

Критерій щодо "досить великої кількості осіб" визначає, що поняття "публіка" передбачає певну мінімальну кількість осіб, тобто це поняття не може ототожнюватися із занадто маленькою чи навіть незначною кількістю заінтересованих осіб⁶⁷. Водночас при цьому необхідно враховувати загальну кількість користувачів, які отримали доступ як в даний момент часу, так і в подальшому.

"Нова публіка" визначається як аудиторія (публіка), відмінна від тієї, на яку було спрямоване первинне подання. Критерій "нової публіки" застосовується, коли наступне подання твору здійснюється з використанням тих же технічних засобів, що і первісне. У такому випадку необхідно довести, що наступне подання розширило коло потенційних одержувачів, включивши до нього осіб, яких правовласник не передбачав при здійсненні первинного.⁶⁸ Наприклад, використання гіперпосилання на твір, який розміщений на первісному джерелі в обмеженому доступі, якщо доступ до твору отримують і особи, які не були враховані правоволодільцем у межах надання дозволу на доступ до твору, що був розміщений як первісне подання. Розміщення такого гіперпосилання буде вважатись наданням доступу "новій публіці".

Вперше цей критерій був застосований Судом у справі SGAE. Потім він увійшов до аналітичної бази Суду і зараз є основою більшості рішень щодо права на подання твору до загального відома публіки. У справі SGAE Суд обґрунтовує цей критерій посилаючись на статтю 11bis(1)(ii) Бернської Конвенції та

⁶⁷ Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN>

⁶⁸ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 40

Посібника до Бернської конвенції 1987 року.⁶⁹ Цікаво, що в Посібнику цей критерій натомість згадується у контексті зі статтею 11bis(1)(iii) Бернської Конвенції, що викликає сумніви щодо обґрунтованості аналізу Судом. Це пов'язано з тим, що підпункт (ii) положення Бернської Конвенції спирається на критерій "організації, відмінної від первісної", а не нової публіки. Таким чином, видається, що використання Судом цього критерію ґрунтується на хибному уявленні.⁷⁰

Як пояснюється в Посібнику до Бернської конвенції, коли автор дає дозвіл на передачу в ефір свого твору, він розглядає тільки безпосередніх користувачів, тобто власників приймального обладнання які або особисто, або в межах свого приватного чи сімейного кола приймають передачу. Згідно з Посібником, якщо приймання здійснюється для більш широкої аудиторії, ймовірно, з метою отримання прибутку, нова частина публіки чує або бачить твір, і таке подання твору через гучномовець або аналогічний пристрій більше не є простим прийманням самої програми, а є незалежним актом, за допомогою якого твір, переданий в ефір, доводиться до відома нової публіки. Таке подання твору до загального відома підпадає під сферу дії виключного права автора, а тому вимагає його дозволу.⁷¹

Застосування критерію "нової публіки" Судом є широким, особливо в онлайн-світі, але він не є абсолютним. У справі TVCatchup Суд ЄС роз'яснив, що вимога "нової публіки" не застосовується, якщо твори повідомляються "різними технічними засобами".⁷² Наприклад, якщо первинне і вторинне повідомлення

⁶⁹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., п. 41

⁷⁰ Hugenholtz, P. B., & Velze, S. C. van. Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a "New Public.", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2016 –, с. 797–816.

⁷¹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 41

⁷² Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>, 39.

твору здійснюється в Інтернеті, то застосовується критерій "нової публіки". Однак, якщо первинне сповіщення здійснюється за допомогою супутникової передачі, а вторинне - за допомогою Інтернету, ця вимога не має значення. Це було підтверджено Судом Європейського Союзу у справі TVCatchup. TVCatchup – це сервіс онлайн-трансляцій, який дозволяє своїм користувачам переглядати через Інтернет майже одночасні трансляції телевізійних каналів у Сполученому Королівстві, за умови, що користувачі Інтернету мають дійсну ліцензію на телебачення.⁷³ Таким чином, одержувачі прямих трансляцій TVCatchup вже мали право на отримання оригінальної трансляції по телебаченню, що свідчить про те, що онлайн-сервіс не охоплює "нову публіку". У цій справі СЄС постановив, що вимога "нової публіки" не застосовується, оскільки справа стосується передачі творів, включених в наземну трансляцію, і надання доступу до цих творів через Інтернет. Кожна з цих двох передач твору повинна бути дозволена індивідуально і окремо відповідними авторами, враховуючи, що кожна з них здійснюється за особливих технічних умов, з використанням різних засобів передачі творів, що охороняються, і кожна з них призначена для публіки. За цих обставин більше немає необхідності розглядати нижче вимогу щодо наявності нової публіки.⁷⁴

В результаті CJEU постановив, що критерій нової публіки застосовується лише в тому випадку, якщо твори повідомляються аналогічними технічними засобами, і ця вимога не має значення для повідомлень, що здійснюються різними технічними засобами, відмінними від первинного подання.⁷⁵ CJEU не деталізує для чого створено таке розмежування, однак науковці зазначають, що Суд хотів обмежити сферу застосування сумнівного критерію "нової публіки" і

⁷³ Simon Baggs & Sunniva Hansson, "What's the catch? The CJEU judgment in ITV v TVCatchup", *European Intellectual Property Review* 2013, 35(6), at 363-365 (note).

⁷⁴ Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>, п.39.

⁷⁵ Judgment of the Court in Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB, 13 February 2014, ECLI:EU:C:2014:76, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12>, п. 24.

намагався запобігти тому, щоб повідомлення охоронюваних творів підлягали вичерпанню.⁷⁶

Наступним елементом, який визначає CJEU є “усвідомлення” (англ. knowledge). У справі GS Media було зазначено, що для того, щоб встановити чи відбулось подання твору до загального відома публіки, особа, відповідальна за акт подання, повинна усвідомлювати, що подання твору було несанкціонованим. Вимога "усвідомлення" задовольняється фактичним або ймовірним знанням про те, подання твору здійснюється без дозволу автора.

Суд також запровадив додатковий критерій, який допомагає презюмувати усвідомлення. Так, рішення суду у справі GS Media Суд вводить умову, що особи, які поширюють твори з метою отримання прибутку повинні знати, чи було надано дозвіл на використання твору. Таким чином, презюмується, що вони володіють інформацією про статус відповідного твору. І навпаки, якщо твір поширюється без мети отримання прибутку, існує спростовна презумпція, що особа, відповідальна за поширення, не знає і не може обґрунтовано знати, що твір був опублікований в інтернеті без згоди правовласника.⁷⁷

Отже, для того, щоб встановити факт подання твору до загального відома публіки, що підлягає оскарженню, має бути дія щодо подання, зроблена для публіки . Якщо дія щодо подання є наступним повідомленням, вона повинно бути зроблена "новій публіці", якщо тільки наступне повідомлення не здійснюється за допомогою з інших технічних засобів, відмінних від первинного подання. Крім того, необхідно довести, що особа, відповідальна за подання, має фактичне або ймовірне усвідомлення про те, що твір, який сповіщається, є несанкціонованим.

⁷⁶Jacqueline M.B. Seignette, “ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd and ITV Studios Ltd v TVCatchup Ltd”, *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht* 2013.

⁷⁷Judgment of the Court in Case C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others. ECLI:EU:C:2016:644. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15>, п. 51, 54

2.2. Визначення місця подання твору до загального відома публіки

Важливим елементом для захисту виключних прав автора на подання твору до загального відома публіки є встановлення місця, де відбувається подання, оскільки це є необхідним для встановлення юрисдикції та права, яке підлягає застосуванню.

Відповідно до чинного законодавства ЄС, що стосується права на подання твору до загального відома, лише 93/83/ЄЕС прямо вказує на те, де відбувається акт повідомлення для загального відома. Стаття 1(2)(b) Директиви 93/83/ЄЕС чітко вказує, що подання відбувається в країні, де здійснюється трансляція. Однак не існує аналогічної норми, яка б стосувалась загального подання до загального відома відповідно до Директиви 93/83/ЄЕС або подання до загального відома схожих об'єктів відповідно до Директиви 2006/115/ЄС. Для того, щоб визначити місце подання до загального відома рекомендується, щоб місце локалізації включало обидва аспекти повідомлення для загального відома: передачу і прийом. Отже, акт повинен бути локалізований в країні (країнах) отримання.

Законодавство ЄС та міжнародні договори чітко не визначають де відбувається дія щодо подання твору до загального відома публіки, оскільки існуючі положення конвенцій, що стосуються авторського права на законодавство ЄС розроблялись, коли не існувало реальної потреби для встановлення транскордонного захисту авторських прав. Проте, навіть зважаючи на стрімкий розвиток технологій та поглиблення проблеми визначення місця подання, внаслідок транскордонного використання творів, ці норми ніколи не оновлювалися, щоб чітко визначити, де відбувається подання. Замість цього, місце здійснення подання тлумачилося на основі теорій, які використовувалися для встановлення права, яке підлягає застосуванню.

Перша дискусія, як на міжнародному рівні, так і на рівні ЄС, щодо питання визначення місця здійснення подання твору до загального відома публіки

відбулася стосовно традиційного ефірного та супутникового мовлення. Незважаючи на відсутність будь-якого прямого закону з цього питання на міжнародному рівні, ЄС вирішив прийняти модифіковану версію теорії емісії при визначенні того, де відбувається акт супутникового мовлення відповідно до Директиви 93/83/ЕЕС.⁷⁸ Стаття 1(2)(b) Директиви 93/83/ЕЕС припускає, що подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення відбувається в країні емісії, таким чином, дотримуючись теорії емісії.⁷⁹ Однак Макен стверджує, що Директива 93/83/ЕЕС не була строго прийнята теорією емісії, оскільки в ній також були включені аспекти теорії комунікації.⁸⁰

З наведеного вище випливає, що місце, де відбувається подання можна тлумачити з точки зору місця, де відбулася передача, або місця, де потенційно може бути отриманий або фактично отриманий твір, що подається до відома публіки. Однак слід розрізняти випадки втручання третіх осіб з метою здійснення подальшого подання, як це було у справі SAGE проти Rafael Hoteles. Подальші акти "сповіщення", такі як ретрансляція по кабелю, становлять окремий акт подання до відома публіки, відмінний від первинного подання, тобто трансляції. Таким чином, місця, де відбувається первинне подання і подальше є різними. Ця відмінність була проігнорована у справі FAPL проти QC Leisure, оскільки CJEU вважав, що подання виникло на футбольному стадіоні, звідки здійснювалася трансляція, незважаючи на те, що акт, про який йде мова був наступним актом публічного прийому, який відбувся в пабі.⁸¹

У справі Peter Pinckney проти KDG Mediatech AG позивач (резидент Франції) виявив, що австрійська компанія без його дозволу відтворила пісні з

⁷⁸ M Makeen, Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law (Kluwer Law International, 2000) 219.

⁷⁹ W Rumphorst, 'The EC Directive on satellite broadcasting and cable retransmission' in H Cohen Jehoram, P Keuchenius and J Seignette (eds), Audiovisual media and copyright in Europe (Kluwer, 1994) 17–18.

⁸⁰ M Makeen, Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law (Kluwer Law International, 2000)

⁸¹ Cases C-403/08, C-429/08 Football Association Premier League (FAPL) and others v QC Leisure and others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd [2011] ECLI:EU:C:2011:631, para 203.

його альбому на CD диску, а компанії зареєстровані у Великій Британії продавали ці носії з творами на своїх веб-сайтах, доступних і для позивача у Франції. Позов про порушення авторських прав та відшкодування шкоди проти австрійської компанії був поданий до французького суду, проте компанія подала клопотання про відхилення позову, стверджуючи, що розглядати справу мають лише суди Австрії або Великої Британії. CJEU вказав, що Статтю 5(3) Регламенту Ради (ЄС) № 44/2001 слід тлумачити як таку, що у випадку ймовірного порушення авторських прав, що охороняються державою-членом, в якій знаходиться суд (прим. – у даній справі це буде суд на території Франції), останній має право розглядати позов про встановлення відповідальності, поданий автором твору проти компанії, заснованої в іншій державі ЄС, яка в цій державі відтворила цей твір на матеріальному носії, що згодом продається компаніями, заснованими в третій державі ЄС через Інтернет-сайт, також доступний в межах юрисдикції суду, до якого звернулися з вимогою про виконання рішення. Цей суд має юрисдикцію лише для визначення шкоди, заподіяної в державі-члені, на території якої він розташований.⁸² Таким чином, CJEU вказує на підхід щодо визначення місця, де відбулось порушення виходячи з місця заподіяння шкоди.

Аналогічний висновок CJEU виклав і у справі *Pez Hejduk* проти *EnergieAgentur.NRW GmbH*, де вказано, що суд держави-члена обмежений розглядом шкоди, заподіяної порушенням на власній території, оскільки захист авторського права, обмежений його власною територією.⁸³ Суди інших держав-членів також мають право в контексті статті 5(3) Регламенту № 44/2001 та принципу територіальності виносити рішення щодо шкоди, завданої внаслідок порушення авторських прав, заподіяної у відповідних державах-членах, з огляду

⁸² Judgment of the Court in Case C-170/12 *Peter Pinckney v KDG Mediatech AG*, 3 October 2013, ECLI:EU:C:2013:635, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-170/12&language=EN>, п. 47

⁸³ Judgment of the Court in Case Case C-441/13 *Pez Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH*, 22 January 2015, ECLI:EU:C:2015:28, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-441/13>, п. 36

на те, що вони мають найкращі можливості, по-перше, встановити, чи дійсно були порушені права, гарантовані відповідною державою-членом, по-друге, визначити характер заподіяної шкоди.⁸⁴

Підхід щодо визначення декількох різних місць подання, де відбувається подання твору до загального відома публіки, і можливість існування декількох дій щодо подання, що впливають з одного початкового акту та можливості здійснення вторинних дій щодо подання твору створюють подальші проблеми з визначенням права, яке має бути застосованим, у випадку порушення, оскільки до справи залучається низка різних країн - країна емісії/трансляції, країна місцезнаходження серверу і країна-одержувач (країни-одержувачі).⁸⁵ За відсутності чітких і ясних вказівок ускладнюється визначення місця, де фактично відбувається порушення. Таким чином, важливо розділити різні дії щодо подання до загального відома публіки твору та визначити один конкретний момент, де відбувається подання.

З огляду на це, варто розглянути підходи (теорії) до визначення місця подання твору до загального відома публіки, які існують у науковій літературі, зокрема: теорію Богша, теорія подання та теорія емісії. Хоча ці теорії в першу чергу визначають право, яке має бути застосоване, вони надають інформацію про те, де відбувається дія щодо подання твору до загального відома публіки. Однак існує думка, що визначення того, де відбувається дія щодо подання твору до загального відома публіки, має відбуватися окремо від визначення застосовного права.⁸⁶ Таким чином, вибір застосовного права буде залежати від місця, де відбувається дія щодо подання твору до загального відома публіки.

⁸⁴ Judgment of the Court in Case Case C-441/13 *Pez Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH*, 22 January 2015, ECLI:EU:C:2015:28, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-441/13>, п. 37

⁸⁵ P de Miguel Asensio, 'The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence of Divergence?' in S Leible and A Ohly (eds), *Intellectual Property and Private International Law* (Mohr Siebeck, 2009, – 142.

⁸⁶ Justin Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* / Bloomsbury Publishing, 2020, Режим доступу: <https://www.perlego.com/book/959831/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law-pdf>

Згідно з теорією Богша, дія щодо подання твору до загального відома публіки стосовно ефірного та супутникового мовлення відбувається в країнах покриття такого мовлення, тобто країнах, які можуть приймати ці трансляції.

Теорія Богша була "модифікована" у 1986 році, замість того, щоб вважати, що супутникове мовлення відбувається виключно в країнах, територію яких охоплює сигнал супутник, як пропонував Богш, було запропоновано, що трансляція відбувається як в країні емісії, так і в країні прийому.⁸⁷ Включення країни емісії, як одного з місць, де відбувається дія щодо подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення було виправдано з двох причин. По-перше, стверджувалося, що традиційне аналогове мовлення визначається через місцезнаходження штаб-квартири мовника або місця, де відбулась емісія. Враховуючи, що супутникове мовлення вважається еквівалентом традиційного мовлення відповідно до статті 11bis Бернської конвенції, аналогічна логіка повинна застосовуватися і до супутникового мовлення.⁸⁸

Такі положення містяться і у національному законодавстві Держав-членів ЄС, зокрема, відповідно до ст. 16bis (1)(b) Закону №633 Республіки Італія "Про захист авторських та суміжних прав" подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення означає розповсюдження, під наглядом і відповідальністю телерадіоорганізації, що діє на території держави; якщо програмні сигнали передаються в кодованому вигляді, то повідомлення подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення відбулось, якщо засоби декодування трансляції надані публіки або самою організацією мовлення, або третіми особами. Якщо подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення відбувається

⁸⁷ Preparatory Document for and Report of the WIPO/UNESCO Committee of Governmental Experts on Audiovisual Works and Phonograms (1986) 231, para 86 and Ficsor, 1990 --259.

⁸⁸ Preparatory Document for and Report of the WIPO/UNESCO Committee of Governmental Experts on Audiovisual Works and Phonograms (1986) 231, п. 87.

на території держави, що не є членом Європейського Союзу, яка не забезпечує рівень захисту, встановлений цим Законом, у такому випадку подання твору до загального відома публіки вважається таким, що здійснюється в Італії, якщо висхідні несучі програми передаються на супутник станцією, розташованою на території держави. Подання твору до загального відома публіки вважається таким, що здійснюється на території держави, якщо висхідні сигнали передаються станцією, яка не знаходиться на території держави-члена Європейського Союзу, але подання твору до загального відома публіки здійснюється від імені організації мовлення, розташованої в Італії, за умови, що така організація має свою основну установу на національній території.⁸⁹

Теорія подання визначає що місце, де відбувається подання твору до загального відома публіки, підлягає потенційному вибору застосовного права. Такий метод визначення місця є нелогічним, оскільки поняття подання твору до загального відома публіки тоді не має реального відношення до визначення місця вчинення цієї дії. Натомість, місце вчинення діяння залежить від того, яка з причетних країн має найефективніші закони. Звідси можна сказати, що теорія подання насправді є лише зручним правилом вибору права. Бажано було б прийняти позицію, згідно з якою застосовне право визначається місцем вчинення подання. Однак, єдиний спосіб досягти цього – прийняти чітке визначення поняття подання до загального відома публіки.

Теорія емісії була запропонована як альтернатива теорії Богша та теорії подання. Основний аргумент теорії полягає у тому, що має існувати лише одне право, яке підлягає застосуванню. Як випливає з її назви, вона стверджує, що подання твору до загального відома публіки за допомогою супутникового мовлення відбувається в країні емісії, а отже, застосовним правом має бути право країни емісії. Це підкріплюється аргументом, що країна емісії завжди регулює

⁸⁹ Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Legislative Decree No. 68, of April 9, 2003). <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it211en.pdf>

традиційні акти мовлення, тому така ж аргументація має бути застосована і до супутникового мовлення. Однак ця аналогія є недійсною, оскільки супутникове мовлення не можна порівняти з традиційним мовленням, враховуючи, що країни присутності виходять далеко за межі країни емісії.⁹⁰ Право на подання твору до загального відома публіки традиційно розуміється як акт подання плюс потенційний отримання, тому неврахування теорією емісії аспекту отримання подання твору до загального відома публіки призводить до неправомірної локалізації діяння лише в країні емісії.

Для визначення місця подання твору до загального відома публіки потрібно враховувати поняття подання до загального відома, тобто саму дію щодо подання або надання твору і потенційне отримання цього твору, також він повинен вказувати на те, що дія щодо подання до загального відома відбувається в одному чітко визначеному місці, метод повинен бути технологічно нейтральним.

2.3. Відображення концепту "Communication to the public" в українському законодавстві через призму положень Угоди про асоціацію

1 вересня 2017 р. набрала чинності Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Найбільша глава 9 розділу IV Угоди встановлює правову базу для наближення законодавства у сфері інтелектуальної власності, яка по суті є правовим інструментом інтеграції економіки України до спільного ринку ЄС. Після ратифікації Угоди усіма сторонами вона стала частиною національного законодавства України. Згідно положень ст. 5 Закону № 3792-XII передбачено, що якщо чинним міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що містяться в законодавстві України про авторське право і суміжні права, то

⁹⁰ W Rumphorst, 'Broadcasting of Films Via Satellite', 1990 // 4 EBU Review 34, 34–38.

застосовуються правила міжнародного договору.⁹¹ Однак виникають питання щодо можливості застосування положень норм Угоди в сфері інтелектуальної власності як норм прямої дії.

У Постанові Пленум ВГСУ зазначається, що положення міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, як частина національного законодавства [...] можуть застосовуватись у вирішенні спорів, — у залежності від конкретних обставин справи, — як у сукупності з іншими нормами національного законодавства, так і самотійно⁹²

Варто зазначити, що стаття 3 Директиви 2001/29/ЄС знайшла своє відображення у ст. 174 Угоди про асоціацію⁹³, де зазначається, що сторони надають авторам виключне право дозволяти або забороняти будь-яке оприлюднення їхніх творів дротовими або бездротовими засобами, зокрема доведення до загального відома їхніх творів у такий спосіб, що будь-яка особа може мати до них доступ з будь-якого місця і в будь-який час за її власним вибором. Сторони надають виключне право дозволяти або забороняти доводити до загального відома, дротовими або бездротовими засобами, у такий спосіб, що будь-яка особа може мати до них доступ з будь-якого місця і в будь-який час за її власним вибором: а) виконавцям щодо записів їхніх виконань; б) виробникам фонограм щодо їхніх фонограм; с) виробникам перших записів фільмів щодо оригіналу і копій їхніх фільмів; d) організаціям мовлення щодо записів їхніх

⁹¹ Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року № 3792-ХІІ. ВВР, 1994, № 13, ст. 64. (зі змінами). Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. – Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text>

⁹² Постанова Пленуму Вищого господарського суду України 17.10.2012 № 12 Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print1446498314299733>.

⁹³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода Україна від 27.06.2014 р. : станом на 30 листоп. 2015 р. Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

передач незалежно від того, чи транслюються ці передачі дротовими, чи ефірними засобами, у тому числі за допомогою кабельної мережі або супутника.

Відразу варто звернути увагу на помилку у перекладі ст. 174 Угоди, оскільки ця стаття відображає положення ст 3 Директиви 2001/29/ЄС, де в оригіналі тексту право на подання твору до загального відома дослівно визначається як “Right of communication to the public of works”, а далі у п. 1 ст. 3: “any communication to the public of works, including the making available to the public of works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them”. У офіційному перекладі право на подання твору до загального відома публіки перекладено як «право на оприлюднення творів».

Такий переклад не відповідає концепції, яка міститься у законодавстві ЄС і в англomовній версії Угоди про асоціацію, оскільки оприлюдненням відповідно до ст. 1 ЗУ “Про авторське і суміжні права” вважається здійснена за згодою автора чи іншого суб’єкта авторського права і (або) суміжних прав дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо. Зважаючи на це, оприлюднення твору може відбуватись лише один раз, коли автор робить свій твір вперше доступним для публіки, але термін “оприлюднення” не може застосовуватись для подальшого використання твору як це передбачає право на подання твору до загального відома публіки у законодавстві ЄС.

Також у ст. 1 ЗУ “Про авторське і суміжні права” зазначено, що розповсюдженням об’єктів авторського права і (або) суміжних прав є будь-яка дія, за допомогою якої об’єкти авторського права і (або) суміжних прав безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, в тому числі доведення цих об’єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об’єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним

вибором. Таким чином, українське законодавство включає право на подання твору до загального відома публіки як складову права на розповсюдження твору. Як зазначалось у Розділі 1, такий підхід є помилковим, оскільки і Договір ВОІВ, і ст. 3 Директиви 2001/29/ЄС, і ст. 174 Угоди про асоціацію виділяють дві окремі правомочності використання творів: право на розповсюдження та право на подання твору до загального відома публіки. Окрім цього, відповідно до узгодженої заяви до ст. 6, ДАП право на розповсюдження творів стосується матеріальних об'єктів, на які може бути передане право власності. Такий підхід значно зменшує обсяг прав автора, які підлягають захисту, оскільки залишаються незахищеними права авторів у випадку використання творів в мережі Інтернет.

Законодавство України також не містить тлумачення поняття «публіки», проте по відношенню до інших правомочностей, а саме «публічного виконання», «публічної демонстрації» та «публічного показу» використовує конструкцію «особи, які не належать до кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї». У цілому вбачається, що такий же підхід можливий і для правомочності «подання твору до загального відома публіки».⁹⁴

Особа, що розміщує твір у мережі Інтернет навіть із певними обмеженнями доступу, визначає певну потенційну публіку (кола читачів/глядачів тощо), для якої будуть доступними певні твори; головне, щоб сфера публіки не була незначною, а навпаки — була невизначеною і ширшою за коло сім'ї або близьких знайомих сім'ї цієї особи. Саме для такої «публіки» умови зазначеної правомочності відповідатимуть повною мірою.⁹⁵

⁹⁴ Зеров К. О. Особливості захисту авторських прав на твори, розміщені в мережі інтернет: монографія / К. О. Зеров; НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ. – Інтерсервіс, 2018. – 220, с. 31

⁹⁵ Зеров К. Подання твору до загального відома публіки як спосіб його використання / К. Зеров // Інтелектуальна власність: погляд з XXI століття: Збірник наукових праць за матеріалами VI Всеукраїнської науково-практичної конференції (12–13 жовтня 2016 р.). Черкаси, 2016, с. 70.

Українське законодавство в ст.1 ЗУ “Про авторське і суміжні права” містить поняття публічне сповіщення (доведення до загального відома), що означає передачу в ефір за допомогою радіохвиль, у тому числі з використанням супутників, чи передачу на віддаль за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути сприйняті.

На думку А. Кереве, цифрова передача відрізняється від мовлення або сповіщення по кабелю тим, що у ній відсутній одночасний, як при мовленні, прийом творів публікою, оскільки в інтерактивному режимі індивідуальні одержувачі можуть вибирати час, коли твір повинен бути наданий у їх розпорядження, а прийом не співпадає за часом з передачею сигналу⁹⁶

Водночас К. Зеров вказує на проблемні аспекти права на подання твору до загального відома публіки, зокрема, нею охоплюється подання саме твору до загального відома, водночас при використанні P2P (торрентових) мереж файл сегментується на певну кількість частин. Така частина не може використовуватися самостійно, а отже, не підпадає під правову охорону відповідно до ст. 9 Закону № 3792-XII. Тому з технічної точки зору може відбуватися подання до загального відома не власне твору, а його частин.⁹⁷

Підсумовуючи вищевикладене варто зазначити, що перед Україною стоїть складне завдання щодо імплементації у національне законодавство європейських

⁹⁶ Кереве А. Проблеми адаптації до цифрового мультимедійного середовища. Права на відтворення і права на публічне сповіщення. Авторське право і суміжні права. Європейський досвід: у 2-х кн. / за ред. А. С. Довгерт. Кн. 2 : виступи, статті європейських спеціалістів / уклад. В. С. Дроб'язко. К. : Ін Юре, 2001. 460 с.

⁹⁷ Зеров К. Подання твору до загального відома публіки як спосіб його використання / К. Зеров // Інтелектуальна власність: погляд з XXI століття: Збірник наукових праць за матеріалами VI Всеукраїнської науково-практичної конференції (12–13 жовтня 2016 р.). Черкаси, 2016., с. 71.

підходів до регулювання авторського права, а неузгодженість понять, що містяться в українському законодавстві значно ускладнюють подальшу імплементацію стандартів ЄС та інтеграцію у спільний європейський ринок. Враховуючи вищезазначений аналіз, варто запропонувати зміни до Закону № 3792-ХІІ, зокрема, відобразити чіткий розподіл права на розповсюдження творів та права на подання творів до загального відома публіки, оскільки зараз останнє включене до права на розповсюдження, що значно обмежує права автора. Також, варто виключити використання поняття “оприлюднення” в контексті права на подання твору до загального відома публіки, оскільки воно стосується окремого права автора, щодо оприлюднення свого твору вперше, тому може здійснюватися лише один раз і виключно автором твору.

Висновки до розділу 2

Отже, для встановлення елементів права на подання твору до загального відома важливу роль відіграє рішення SGAE проти Rafael Hoteles, де Суд встановив, що право на подання твору до загального відома включає три основні елементи: дія щодо подання, зроблена для публіки, а також, якщо акт є ретрансляцією або прийомом у публічному місці – має бути нова публіка. На додаток до цих критеріїв, у справі SGAE проти Rafael Hoteles також встановлено ключові елементи тлумачення для застосування права. Право має тлумачитися і застосовуватися послідовно в усіх державах-членах, тлумачитися відповідно до міжнародних договорів про авторське право, і тлумачитися широко, щоб встановити високий рівень захисту правовласників.

Подання твору до загального відома публіки (англ. communication to the public) згідно з усталеною судовою практикою CJEU поєднує два обов’язкові кумулятивних елементи: “дія щодо подання” (англ. an act of communication) та спрямування на “публіку”.

CJEU сформулював два протилежних підходи до тлумачення терміну "подання": як передачу твору та як надання доступу. Зокрема у справі FAPL проти QC Leisure CJEU сформулював визначення подання як будь-яку трансляцію творів, що охороняються, незалежно від використовуваних технічних засобів або процесу. Це вимагає фактичного надання твору одержувачу та ілюструє традиційний підхід до подання товару, який розвинувся у зв'язку з аналоговими комунікаційними технологіями, такими як радіомовлення і кабельна ретрансляція. Другий підхід, який визначає поняття подання як надання доступу відбувається у випадку, коли користувач втручається з повним усвідомленням наслідків своїх дій, щоб надати публіці доступ до твору, що охороняється.

Другим елементом, який має бути наявним для встановлення подання твору до загального відома є необхідність, щоб дія щодо подання була здійснена для публіки. Під "публікою" варто розуміти невизначену кількість осіб, які потенційно можуть отримати доступ до твору (незалежно від того, чи скористались вони цією можливістю), що передбачає досить велику кількість людей.

Отже, для того, щоб встановити факт подання твору до загального відома публіки, має бути дія щодо подання, зроблена для публіки. Якщо дія щодо подання є наступним повідомленням, вона повинно бути зроблена "новій публіці", якщо тільки наступне повідомлення не здійснюється за допомогою з інших технічних засобів, відмінних від первинного подання. Крім того, необхідно довести, що особа, відповідальна за подання, має фактичне або ймовірне усвідомлення про те, що твір, який сповіщається, є несанкціонованим.

Місце подання твору до загального відома публіки не визначається у законодавстві ЄС, що створює подальші проблеми для встановлення юрисдикції, у випадку порушення авторських прав. Місце подання твору визначається за допомогою наукових підходів, які мають багато суперечностей, тому було б доцільно запровадити чіткий критерій визначення місця подання саме в

законодавстві ЄС, оскільки визначення цього критерію в національному законодавстві держав-членів, враховуючи особливості кожної країни може призвести до проблем у функціонуванні спільного ринку. Для визначення місця подання твору до загального відома публіки пропонується враховувати поняття подання до загального відома, тобто саму дію щодо подання або надання твору і потенційне отримання цього твору, також він повинен вказувати на те, що дія щодо подання до загального відома відбувається в одному чітко визначеному місці, метод повинен бути технологічно нейтральним. Місце, де відбувається дія щодо подання твору можна тлумачити з точки зору місця, де відбувається передача та/або місця, де твір фактично є або потенційно може бути отриманим.

Що стосується імплементації норм Угоди про асоціацію з ЄС, то варто зазначити, що Україною стоїть складне завдання щодо приведення національного законодавства до європейських стандартів, а неузгодженість понять, що містяться в українському законодавстві значно ускладнюють подальшу імплементацію та інтеграцію у спільний європейський ринок. Зокрема вказано на помилковий переклад ст. 174 Угоди про асоціацію, яка містить поняття оприлюднення в контексті права на подання твору до загального відома публіки. Такий підхід є помилковим, оскільки оприлюднення є окремим правом автора, щодо оприлюднення для загального відома публіки свого твору вперше, тому може здійснюватись лише один раз і виключно автором твору. Запропоновано також відобразити чіткий розподіл права на розповсюдження творів та права на подання творів до загального відома публіки, оскільки зараз останнє включене до права на розповсюдження, що значно обмежує права автора.

РОЗДІЛ 3

Еволюційне тлумачення права на подання твору до загального відома публіки у рішеннях Суду Справедливості ЄС

3.1. Перший етап: справа SAGE проти Rafael Hoteles та інші справи щодо трансляції та ретрансляції до справи Svensson and Others v Retriever Sverige AB

Як зазначалось у попередньому розділі, право на подання твору до загального відома публіки варто аналізувати у два етапи. Перш ніж детально розглядати право на подання твору до загального відома в мережі Інтернет варто звернутись до перших рішень Суду Справедливості ЄС, які стосувались традиційних засобів комунікації, такі як трансляція та ретрансляція. У цих справах Суд вперше здійснив аналіз права на подання твору до загального відома публіки, що в подальшому стало основою тлумачення цього права, але вже в контексті використання творів в мережі Інтернет.

Початковим етапом розвитку права на подання твору до загального відома публіки варто вважати справу SAGE проти Rafael Hoteles. Це була перша справа, де CJEU по суті розглянув права на подання твору до загального відома. Справа SAGE проти Rafael Hoteles стосувалася кабельної ретрансляції централізовано отриманої від трансляції в приватні номери готелю. Суд повинен був дати відповідь, чи є кабельна ретрансляція трансляції актом подання твору до загального відома публіки відповідно до статті 3(1) Директиви № 2001/29. Розглядаючи поняття подання до загального відома, CJEU зазначив, що це право повинно мати автономне та однакове тлумачення на всій території ЄС. Це означає, що право повинно тлумачитися незалежно від законів держав-членів і повинно тлумачитися і застосовуватися послідовно в усіх державах-членах.⁹⁸ Ця

⁹⁸ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA, 7 December 2006, п. 31.

аргументація відповідає порядку денному ЄС щодо гармонізації законодавства в галузі авторського права. Крім того, Суд постановив, що право має тлумачитися відповідно до міжнародних договорів про авторське право і тлумачитися широко, щоб встановити високий рівень захисту авторського права.⁹⁹ Ці положення заклали основні принципи тлумачення і застосування CJEU права на подання твору до загального відома, тобто в широкому сенсі, але відповідно до міжнародних зобов'язань у сфері авторського права і з метою досягнення гармонізованого підходу між державами-членами.

У цій справі було встановлено, що акт подання до загального відома, як вже зазначалось раніше, включає три основні критерії: "подання", здійснене для "публіки", і, якщо акт є ретрансляцією або прийомом відбуваються у публічному місці – повинна існувати "нова публіка". Однак, включення критерію "нової публіки" створило практичну проблему вичерпання права, що зумовило необхідність включення критерію "усвідомлення".

Суд у справі Rafael Hoteles не оцінював, чи відбувся сам акт подання твору, натомість припустив, що акт ретрансляції був актом подання.¹⁰⁰ Незважаючи на це, визначення поняття подання може бути виведене з двох висновків рішення у справі Rafael Hoteles. Перший висновок щодо визначення можна зробити з підходу CJEU до встановлення "нової публіки", як зазначено у справі: "готель - це організація, яка втручається, з повним усвідомленням наслідків своїх дій, щоб надати доступ до охоронюваного твору своїм клієнтам".¹⁰¹ Тобто, акт подання твору до загального відома публіки передбачає свідоме втручання з метою надання доступу до охоронюваних творів публіці. Однак це визначення не є

⁹⁹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 36.

¹⁰⁰ там само, п. 40.

¹⁰¹ там само, п. 42

точним, оскільки CJEU об'єднав поняття подання із засобами створення нової публіки.¹⁰²

Вже у справі FAPL проти QC Leisure CJEU дав чітке визначення терміну "подання", де показ трансляції футбольного матчу був визнаний CJEU дією щодо подання твору до загального відома, однак, цим висновком Суд надав два визначення терміну "подання". По-перше, він заявив, що "подання" – це будь-яка передача творів, що охороняються, незалежно від використовуваних технічних засобів або процес.¹⁰³ Потім у наступному абзаці Суд відсилає до справи SAGE проти Rafael Hoteles, де зазначає, що власник готелю здійснює акт подання, коли надає своїм клієнтам доступ,¹⁰⁴ таким чином поєднуючи підходи до визначення як передачі та надання доступу в контексті ретрансляції. Після рішення у справі FAPL проти QC Leisure CJEU використовував обидва підходи при визначенні поняття "подання". Наприклад, у справі Circul Globus București проти Uniunea Compozitorilor CJEU розвинув підхід до визначення поняття "подання" як передачі, зазначивши, що право на подання до загального відома не охоплює будь-яку діяльність, яка не передбачає подання або ретрансляцію твору.¹⁰⁵ У справі SCF проти Marco del Corso CJEU знову визначив подання як втручання з метою надання доступу.¹⁰⁶

Наступним обов'язковим елементом є "публіка", це поняття також було визначено у справі SAGE проти Rafael Hoteles. CJEU визначив, що термін

¹⁰² Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN>, п. 82; Judgment of the Court in Case C-162/10 Phonographic Performance (Ireland) Limited v Ireland, Attorney General, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:141, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-162/10&language=EN>, п. 31.

¹⁰³ Judgment of the Court in Case C-403/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, 4 October 2011, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CN0403>, п. 191–96

¹⁰⁴ там само, п. 194

¹⁰⁵ Judgment of the Court in Case C-283/10 Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) v Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA), 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:772, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-283/10>, п. 40

¹⁰⁶ Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN6>, п. 82.

"публіка" стосується невизначеної кількості потенційних ... глядачів.¹⁰⁷ У справі SCF проти Marco del Corso CJEU визначив термін "публіка" як невизначену достатньо велику кількість потенційних слухачів.¹⁰⁸ Крім цього, CJEU у справі SAGE проти Rafael Hoteles ввів вимогу щодо того, щоб акт кабельної ретрансляції був зроблений для "нової публіки", враховуючи, що він стосувався подання, зробленого організацією мовлення, відмінною від первісної. Це пояснюється тим, що кабельна ретрансляція не є актом простого прийому, а вважається окремим актом для аудиторії, більшої, ніж та, на яку було розраховано первісне подання.¹⁰⁹ Критерій "нової публіки" був визначений як публіка, відмінна від публіки, на яку спрямований первісний акт подання твору.¹¹⁰ У справі SAGE проти Rafael Hoteles, існувала "нова публіка", оскільки клієнти готелю не змогли б насолоджуватися трансляцією без втручання готелю, тому всі акти ретрансляції повинні бути здійснені для "нової публіки". Критерій нової публіки також був застосований судом у справах: *Airfield v SABAM*¹¹¹ та *PPL v Ireland*.¹¹²

Вже у справі ITV проти TVCatchup CJEU зробив виняток з правила, що вимагає наявності "нової публіки" у випадку ретрансляції. Справа ITV проти TVCatchup є першою справою, що стосується права на подання твору до загального відома в Інтернеті. Справа стосувалась майже одночасної ретрансляції в Інтернеті передач, що виходили в ефір безкоштовно, однак,

¹⁰⁷ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, п. 37

¹⁰⁸ Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN>, п. 84.

¹⁰⁹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA. п. 40–41.

¹¹⁰ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA. п. 40.

¹¹¹ Judgment of the Court in Cases C-431/09 and C-432/09 Airfield NV and another v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) and Airfield NV v Agicoa Belgium BVBA [2011] ECLI:EU:C:2011:648, п. 72–77

¹¹² Judgment of the Court in Case C-162/10 Phonographic Performance (Ireland) Limited v Ireland, Attorney General, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:141, п. 49–51.

замість застосування критерію "нової публіки" CJEU виокремив ретрансляцію в Інтернеті як передачу, що здійснюється за допомогою нових технічних засобів, відмінних від того, яким було здійснено первісне подання.¹¹³ Таким чином, ретрансляція в Інтернеті розглядалася як окреме використання, що потребує нового дозволу, незважаючи на той факт, що ретрансляція мала вміст, який і так був у вільному доступі в телетрансляції.

З огляду на вищесказане, для встановлення факту подання твору до загального відома публіки необхідно, щоб дія щодо подання була здійснена для "публіки". Якщо цей акт є ретрансляцією або наступним поданням, то ретрансляція повинна бути здійснена для "нової публіки", або така ретрансляція здійснюється за допомогою технічних засобів, відмінних від первинного подання, у цьому випадку потрібен новий дозвіл автора. Таким чином, несанкціонована ретрансляція через Інтернет твору, що подається в ефір, вимагатиме окремого дозволу, наданого на початкову трансляцію твору, незалежно від публіки, яку охоплює ретрансляція в Інтернеті.

3.2. Другий етап: справи Svensson та інші проти Retriever Sverige AB та інші справи, що стосуються подання до загального відома творів через Інтернет.

Після запровадження критерію “нових технічних засобів, відмінних від первинного подання” прецедентне право перейшло у на другий етап розвитку, який в науковій літературі називають – post-Svensson.¹¹⁴ Справи Svensson and Others проти Retriever Sverige AB (далі – справа Svensson) та GS Media BV проти Sanoma Media Netherlands BV (далі – справа GS Media) стали новим етапом у

¹¹³Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>, п. 26, 39.

¹¹⁴Justin Koo, The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law / Bloomsbury Publishing, 2020, Режим доступу: <https://www.perlego.com/book/959831/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law-pdf>

розвитку права на подання твору до загального відома публіки. Етап після справи Svensson є надзвичайно важливим, оскільки він передбачав відхід від питань, пов'язаних з традиційними формами використання, які регулювалися статтею 11bis Бернської конвенції, натомість увага була зосереджена на технологіях "on demand", які стосувалися аспекту подання (надання) доступу у праві на подання твору до загального відома публіки.

У справі Svensson CJEU загострив проблеми, що пов'язані з введенням критерію "нової публіки", встановивши, що гіперпосилання на вільно доступний твір в Інтернеті не є актом подання до загального відома публіки, оскільки не існує "нової публіки". Це рішення було прийнято після того, як було зроблено припущення, що акт гіперпосилання є "поданням".¹¹⁵ Однак, оскільки твір вже був у вільному доступі для всіх користувачів, що мають доступ до Інтернету, тому конкретне використання гіперпосилання не робить твір доступним для додаткової групи осіб, які не були передбачені правовласником на момент здійснення первинного подання.¹¹⁶ Крім того, CJEU у справі Svensson не дав відповідь, чи поширюється це рішення лише на твори, які є вільно доступними за наявності дозволу. Таким чином, виникло питання, що у випадку, коли твір стає вільно доступним в Інтернеті, відбувається вичерпання прав, щодо виключного права автора дозволяти або забороняти подання твору до загального відома публіки.¹¹⁷

Ця колізія виникає також для аналогових та цифрових об'єктів авторського права, де право на подання аналогових творів не підлягало б такому вичерпання, оскільки несанкціонована ретрансляція публічно твору, переданого в ефір, буде

¹¹⁵ Judgment of the Court in Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB, 13 February 2014, ECLI:EU:C:2014:76, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12>, п. 18.

¹¹⁶ Judgment of the Court in Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB, 13 February 2014, ECLI:EU:C:2014:76, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12>, п. 22-28.

¹¹⁷ P Mezei, 'Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies' (2016) 11(10) Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPLP) 778, 789

порушенням авторського права, навіть якщо первинна передача була доступною. Наприклад, у справі FAPL проти QC Leisure, у випадку відсутності акту ретрансляції ці користувачі, навіть перебуваючи в зоні дії первинної трансляції, не змогли б насолоджуватися трансляцією, якби не втручання ретранслятора, який здійснив ретрансляцію матчу. Таким чином, не існує вичерпання права для випадків подання до загального відома щодо актів трансляції або ретрансляції. Однак, рішення CJEU створюють протилежну ситуацію щодо подання творів в мережі Інтернет.

У справі GS Media CJEU роз'яснив, що лише твори, розміщені у вільному доступі в Інтернеті за згодою автора, виключають можливість здійснення щодо них дії щодо подання твору до загального відома, оскільки немає "нової публіки".¹¹⁸ Окрім цього, CJEU у справі GS Media також запровадив більш суворе застосування критерію "мети отримання прибутку", цей критерій вперше був використаний у справі SAGE проти Rafael Hoteles, де зазначається, що мета отримання прибутку, у випадку подання твору до загального відома публіки не є необхідною умовою для встановлення факту подання.¹¹⁹ Справа Marco del Corso – єдиний випадок, коли критерій "мети отримання прибутку" отримав помітне застосування, де CJEU постановив, що ретрансляція радіопередач у залі очікування не була діяльністю, спрямованою на отримання прибутку, оскільки вона не впливала на заробіток стоматолога. Як наслідок, було зроблено висновок про відсутність дії щодо подання до загального відома.¹²⁰

¹¹⁸ Judgment of the Court in Case C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others. ECLI:EU:C:2016:644. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15>. п. 41–42

¹¹⁹ Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>, п. 44.

¹²⁰ Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN> п. 99

Незважаючи на рішення у справі *Marco del Corso*, CJEU продовжив свій непослідовний підхід до використання критерію "мети отримання прибутку", де у справі *ITV проти TVCatchup* знову висловив думку, що цей критерій не є остаточним для визначення того, чи має місце дія щодо подання твору до загального відома публіки.¹²¹ Однак вже у справі *GS Media* CJEU підкреслив важливість саме критерію "мети отримання прибутку" і пов'язав його з критерієм "усвідомлення".¹²² У справі *GS Media* CJEU постановив, що якщо особа поширює гіперпосилання без мети отримання прибутку, за відсутності фактичного знання про те, що твір, на який здійснюється гіперпосилання, не було отримано дозволу автора, презюмується, що особа не знає і не може ймовірно знати, що твір був опублікований в Інтернеті без згоди автора. І навпаки, якщо особа поширює гіперпосилання на несанкціонований твір з метою отримання прибутку, презюмується, що вона знає або повинна була знати, що гіперпосилання забезпечує доступ до несанкціонованого твору.¹²³ Таким чином, за відсутності усвідомлення немає дії щодо подання, а отже, немає і подання до загального відома публіки.

Висновки до Розділу 3

Розвиток права на подання твору до загального відома публіки в ЄС можна виокремити у два етапи, які в науковій літературі називають: етапом *pre-Svensson* та *post-Svensson*. На першому етапі CJEU у своїх рішеннях визначив основні елементи права на подання твору до загального відома публіки. Зокрема у справі *SGAE проти Rafael Hoteles* було встановлено, що подання твору до загального відома публіки включає три основні критерії: "подання", здійснене для

¹²¹ Judgment of the Court in Case C-607/11 *ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd*, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>, п. 42–44.

¹²² Judgment of the Court in Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*, ECLI:EU:C:2016:644, Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15>, п. 41–42, 47–48, 51.

¹²³ Judgment of the Court in Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*, ECLI:EU:C:2016:644, Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15>, п. 47, 49

"публіки", якщо акт є ретрансляцією або прийомом у публічному місці, має бути "нова публіка". Окрім цього, SGAE проти Rafael Hoteles також встановив ключові вимоги до тлумачення для застосування права, зокрема, таке право має тлумачитися і застосовуватися послідовно в усіх державах-членах, тлумачитися відповідно до міжнародних договорів про авторське право, тлумачитися широко, щоб встановити високий рівень захисту правовласників. Проте, введення поняття нової публіки створило загрозу вичерпання права, що суперечить ст. 3 (3) Директиви 2001/29/ЄС, це зумовило необхідність вводити поняття "усвідомлення".

Другий етап більше стосується рішень, щодо використання творів в мережі Інтернет, на відміну від першого, де рішення CJEU стосувались традиційних засобів передачі (трансляція/ретрансляція). Цей етап почався від рішення у справі Svensson, де CJEU постановив, що гіперпосилання на вільно доступний твір в Інтернеті не є дією щодо подання твору до загального відома, оскільки не існує "нової публіки". У справі GS Media було введено додатковий критерій "усвідомлення", тобто для того, щоб мало місце подання твору до загального відома публіки, особа, яка здійснює дію щодо подання, повинна усвідомлювати те, що розміщення твору здійснюється без дозволу автора. Вимога "усвідомлення" (англ. "knowledge") задовольняється фактичним або ймовірним розумінням, що подання до загального відома твору здійснювалось без дозволу автора. CJEU дійшов цього висновку, пов'язавши поняття "обізнаність" та визначення "подання". Суд також запровадив додатковий критерій, який допомагає презюмувати обізнаність. Так, рішення суду у справі GS Media Суд вводить умову, що особи, які поширюють твори з метою отримання прибутку повинні знати, чи було надано дозвіл на використання твору. Таким чином, презюмується, що вони володіють інформацією про статус відповідного твору. І навпаки, якщо твір поширюється без мети отримання прибутку, існує спростовна

презумпція, що особа, відповідальна за поширення, не знає і не може обґрунтовано знати, що твір був опублікований в інтернеті без згоди правовласника.

ВИСНОВКИ

У цій роботі розкрито поняття права на подання твору до загального відома через призму законодавства та судової практики ЄС, проаналізовано та визначено головні елементи цього права. Також визначено ключові елементи, що стосуються імплементації права на подання твору до загального відома відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Зважаючи на вищезазначене, можна виокремити наступні ключові висновки, які були здійснені у ході дослідження.

Поняття “communication to the public” міститься у низці міжнародних договорів, зокрема, Бернській Конвенції, Угоді ТРІПС та Договорі Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (ДАП), зважаючи на всі наявні визначення, найбільш повним варто вважали визначення, що міститься в ДАП, оскільки воно є технологічно нейтральним, а відповідно забезпечує широкий захист авторських прав в Інтернеті, на відміну від Бернської Конвенції.

Фактична передача твору в контексті ст. 8 ДАП не має значення, але для аспекту ‘making available’ достатньо зробити його доступним шляхом надання доступу до твору широкій публіці. Не має значення, чи дійсно публіка переглядає або отримує твір, у даному випадку важливий той факт, що твір стає доступним для широкої публіки, що є виключним правом автора. Навіть якщо жоден представник публіки не переглядає відео, яке було подане до загального відома в Інтернеті без згоди правовласника, особа, яка завантажує відео в публічний доступ, вчиняє акт порушення авторського права.

У Розділі 1 проаналізовано визначення поняття “communication to the public”, що містяться у міжнародних договорах та недоліки перекладу, зокрема помилкове використання поняття “розповсюдження” в офіційному перекладі ДАП. Доцільним є використання саме терміну “подання до загального відома публіки”, щоб здійснювати розмежування трьох зазначених авторських прав: на

опублікування, розповсюдження та на подання творів до загального відома публіки. Оскільки окрім цього, розповсюдження стосується лише матеріальних об'єктів, а тому таке формулювання не передбачало б широкого захисту прав автора щодо розповсюдження цифрових творів в Інтернеті. Запропоновано здійснити чітке розмежування, що зробило б систему авторських прав більш чіткою та зрозумілою, а також цілком відповідало б міжнародним зобов'язанням України, в тому числі й щодо адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

У роботі також проаналізовані джерела права, що визначають поняття та регулюють право на подання твору до загального відома публіки, зокрема, звертається увага на принципи пропорційності та визначеності, які є важливими для створення ефективного законодавства і повинні враховуватись від моменту концептуалізації закону до його тлумачення та застосування. Проаналізовані також Директиви ЄС, які регулюють право на подання твору до загального відома, зокрема Директива 2001/29/ЄС та стаття 3 найбільш широко регулюють право на подання твору до загального відома. Ця стаття є так само технологічно нейтральною для того, щоб відповідати цифровим розробкам і майбутнім нематеріальним формам використання. Крім того, пункт 3 цієї роботи пояснює, що право автора щодо подання твору до загального відома не підлягає вичерпанню. Правоволоділець може контролювати будь-яку нематеріальну експлуатацію твору в межах закону. У розділі 1.2. відзначено також важливість рішень Європейського Суду Справедливості, на основі аналізу рішень судів судову практику можна розділити на дві категорії: справи, що стосуються традиційних засобів до здійснення подання творів до загального відома та справи, що стосуються подання твору до загального відома публіки в Інтернеті. Зважаючи на ці критерії, Європейський Суд Справедливості встановив відповідні критерії для визначення дії щодо подання твору до загального відома,

зважаючи на технологічні особливості такого подання, а також встановлення “публіки” для якої таке подання здійснюється.

Також визначено ключові елементи права на подання твору до загального відома публіки, які згідно з усталеною судовою практикою CJEU поєднують два обов’язкові кумулятивних елементи: “дія щодо подання” та спрямування на “публіку”. У пункті 2.1. визначено два підходи, які використовує CJEU для визначення поняття подання, зроблено висновок, що підхід до визначення подання через передачу твору є помилковим. Однак, CJEU у своїх рішеннях надає перевагу саме підходу до визначення поняття подання як надання доступу, з чим варто погодитись, оскільки такий підхід є значно ширшим, він не вимагає фактичного надання твору, а лише передбачає можливість отримати доступ до твору.

На основі аналізу рішень CJEU зроблено висновок про визначення поняття “публіка”, нею є невизначена кількість потенційних отримувачів, як правило, охоплює досить велику кількість осіб. Також проаналізовано критерій “нова публіка”, який небезпідставно піддається критиці у науковій літературі, оскільки ставить під загрозу невичерпність права на подання твору до загального відома публіки. Для цього Судом введено критерій “усвідомлення”, тобто необхідно довести, що особа, відповідальна за подання, має фактичне або ймовірне усвідомлення про те, що твір, який сповіщається, є несанкціонованим.

Місце подання твору до загального відома публіки не визначається у законодавстві ЄС, що створює подальші проблеми для встановлення юрисдикції, у випадку порушення авторських прав. Зроблено висновок, що доцільно запровадити чіткий критерій визначення місця подання саме в законодавстві ЄС, оскільки визначення цього критерію в національному законодавстві держав-членів, враховуючи особливості кожної країни може призвести до проблем у функціонуванні спільного ринку.

Для визначення місця подання твору до загального відома публіки пропонується враховувати саму дію щодо подання твору і визначити щодо методу, який буде технологічно нейтральним. Місце, де відбувається дія щодо подання твору можна тлумачити з точки зору місця, де відбувається подання та/або місця, де твір фактично є або потенційно може бути отриманим.

Стосовно імплементації норм Угоди про асоціацію з ЄС, то варто зазначити на необхідності приведення національного законодавства до європейських стандартів, та неузгодженості понять, що наразі містяться в українському законодавстві. Зокрема вказано на помилковий переклад ст. 174 Угоди про асоціацію, яка містить поняття оприлюднення в контексті права на подання твору до загального відома публіки. Такий підхід є помилковим, оскільки оприлюднення є окремим правом автора, щодо оприлюднення для загального відома публіки свого твору вперше, тому може здійснюватись лише один раз і виключно автором твору. Запропоновано також відобразити чіткий розподіл права на розповсюдження творів та права на подання творів до загального відома публіки, оскільки зараз останнє включене до права на розповсюдження, що значно обмежує права автора.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів від 24 лип. 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 року // Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_051.
2. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України.– Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_770#Text
3. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року No 3792-XII. ВВР, 1994, No 13, ст. 64. (зі змінами).Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України.– Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text>
4. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України 17.10.2012 No 12 Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України.– Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print1446498314299733>.
5. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності: від 15.04.1994 р. // - Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>;
6. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода Україна від 27.06.2014 р. : станом на 30 листоп. 2015 р. Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України.– Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
7. Зеров К. О.Особливості захисту авторських прав на твори, розміщені в мережі інтернет: монографія / К. О. Зеров; НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ. – Інтерсервіс, 2018. – 220 с.

8. Зеров К. Подання твору до загального відома публіки як спосіб його використання / К. Зеров // Інтелектуальна власність: погляд з ХХІ століття: Збірник наукових праць за матеріалами VI Всеукраїнської науково-практичної конференції (12–13 жовтня 2016 р.). Черкаси, 2016. С. 68–72.

9. Кереве А. Проблеми адаптації до цифрового мультимедійного середовища. Права на відтворення і права на публічне сповіщення. Авторське право і суміжні права. Європейський досвід: у 2-х кн. / за ред. А. С. Довгєрта. Кн. 2 : виступи, статті європейських спеціалістів / уклад. В. С. Дроб'язко. К. : Ін Юре, 2001. 460 с.

10. Agreed statement concerning Article 8, // - Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295456

11. Judgment of the Court in Case C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, 27 March 2014, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-314/12>

12. Judgment of the Court in Case C-355/12 Nintendo Co. Ltd and Others v PC Box Srl and 9Net Srl, 23 January 2014, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-355/12>

13. Judgment of the Court in Case C-192/04 (Lagardère Active Broadcast v Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH, ECLI:EU:C:2014:25 , 23 January 2014, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-355/12>

14. Judgment of the Court in Case C-403/08 Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, 4 October 2011, Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CN0403>

15. Judgment of the Court in Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECLI:EU:C:1970:114, 17 December 1970, Режим доступу: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en,T,F&num=11-70>

16. Judgment of the Court in Case C-128/11 UsedSoft GmbH v Oracle International Corp, 3 July 2012, ECLI:EU:C:2012:407, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN>

17. Judgment of the Court in Case C-135/10 Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:140. Режим доступа: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN>

18. Judgment of the Court in Case C-156/98 Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities 19 September 2000, ECLI:EU:C:2003:40, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-512/99>

19. Judgment of the Court in Case C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others. ECLI:EU:C:2016:644. Режим доступа: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-160/15>.

20. Judgment of the Court in Case C-162/10 Phonographic Performance (Ireland) Limited v Ireland, Attorney General, 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:141, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-162/10&language=EN>

21. Judgment of the Court in Case C-245/00 Stichting ter exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v Nederlandse Omroep Stichting (NOS)), 6 February 2003, ECLI:EU:C:2003:68, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-245/00>

22. Judgment of the Court in Case C-283/10 Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) v Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA), 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:772, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-283/10>

23. Judgment of the Court in Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA., 7 December 2006, ECLI:EU:C:2006:764, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>

24. Judgment of the Court in Case C-325/14 SBS Belgium NV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), 19 November 2015, ECLI:EU:C:2015:764, Режим доступа:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-325/14>

25. Judgment of the Court in Case C-331/88 The Queen v Minister for Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte Fedesa et al [1990] ECLI:EU:C:1990:391, Режим доступа:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-331/88>

26. Judgment of the Court in Case C-341/95 Gianni Bettati v Safety Hi-Tech Srl. 14 July 1998., Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0341>

27. Judgment of the Court in Case C-351/12 Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. (OSA) v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., 27 February 2014, ECLI:EU:C:2014:110, Режим доступа:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-351/12>

28. Judgment of the Court in Case C-170/12 Peter Pinckney v KDG Mediatech AG, 3 October 2013, ECLI:EU:C:2013:635, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-170/12&language=EN>

29. Judgment of the Court in Case Case C-441/13 Pez Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH, 22 January 2015, ECLI:EU:C:2015:28, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-441/13>

30. Judgment of the Court in Case C-431/09 Airfield NV and another v Belgische Vereniging van Auteurs, 13 October 2011, ECLI:EU:C:2011:648, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=111226&doclang=EN>

31. Judgment of the Court in Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB, 13 February 2014, ECLI:EU:C:2014:76, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12>

32. Judgment of the Court in Case C-607/11 ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, 7 March 2013, ECLI:EU:C:2013:147, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-607/11>

33. Judgment of the Court in Case C-610-15 Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV, 14 June 2017, ECLI:EU:C:2017:456, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&T,F&num=c-610-15>

34. Judgment of the Court in Case C-62/79 SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, and others v Ciné Vog Films and others, 18 March 1980, ECLI:EU:C:1980:84, Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0062>

35. Judgment of the Court in Case C-70/10 Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:771, Режим доступа: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>

36. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2012), 2012/C 326/02, Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>

37. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Режим доступа: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R0044>

38. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Режим доступа: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>. (Article 3(3))

39. Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field; Режим доступа :<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0022>

40. Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, [2004] OJ L195/16, Режим доступа :<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29>

41. Anne Bateman, The use of Televisions in Hotel Rooms, *European Intellectual Property Review* 2007, 1, с 22-26.

42. C Sieburgh, Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-Layered Legal Systems and the Generative Force of Principles, 2012, 20(2) *European Review of Private Law* 295, с. 301.

43. Hugenholtz, P. B., & Velze, S. C. van. Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2016 –, с. 797–816.

44. Irini Stamatoudi & Paul Torremans, *EU Copyright Law, A Commentary*, Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014 – с. 1136.

45. Jacqueline M.B. Seignette, *ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd and ITV Studios Ltd v TVCatchup Ltd*”, *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht* 2013.

46. Justin Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* / Bloomsbury Publishing, 2020, Режим доступа: <https://www.perlego.com/book/959831/the-right-of-communication-to-the-public-in-eu-copyright-law-pdf>

47. K Koelman, Copyright law and economics in the EU Copyright Directive: is the droit d’auteur passe?, 2004, – с. 603

48. Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Legislative Decree No. 68, of April 9, 2003)

49. M Makeen, Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law (Kluwer Law International, 2000) 219.

50. Marcella Favale, Martin Kretschmer & Paul C. Torremans, “Is there a EU Copyright Jurisprudence? An empirical analysis of the workings of the European Court of Justice”, forthcoming in Modern Law Review (2016), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699 (accessed 12 October 2015).

51. Michel Walter & Silke von Lewinski, European Copyright Law, Oxford: Oxford University Press, 2010 – c. 1660.

52. Nik de Boer, Leon Dijkman and Sarah van Kampen. The Changing Role of Principles in the European Multilayered Legal Order: Conference Report of the Symposium ‘Principles and the Law’, Utrecht University, 25 May 2011, – c. 426.

53. P de Miguel Asensio, ‘The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence of Divergence?’ in S Leible and A Ohly (eds), Intellectual Property and Private International Law (Mohr Siebeck, 2009, – c. 142.

54. P Jougoux, ‘The Plurality of Legal Systems in Copyright Law: An Obstacle to a European Codification’ in T Synodinou, Codification of European Copyright Law: Challenges and Perspective, Wolters Kluwer, 2012.

55. P Mezei, ‘Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies’ (2016) 11(10) Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPLP) – c. 778, 789

56. P. Bernt Hugenholtz, Intellectual Property Rights on the Information Superhighway, Report to the Commission of the European Communities (DG XV), August 1994, – Режим доступа : <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1760>.

57. Panel Report 15 June 2000, WT/DS160/R (United States – Section 110(5) of the US Copyright Act), Режим доступа: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf

58. Preparatory Document for and Report of the WIPO/UNESCO Committee of Governmental Experts on Audiovisual Works and Phonograms (1986) 231, para 86 and Ficsor (1990) 259.

59. Ramalho, The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking: A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonisation / Springer International Publishing Switzerland, 2016

60. Rome Act 1928 of the Berne Convention, 2 June 1928 //Режим доступа: <https://wipolex.wipo.int/en/text/278725>

61. Sam C. van Velze, Communication to a New Public? A Critical Analysis of the CJEU's 'New Public' Criterion in European Copyright Law, 9 December 2015 // Режим доступа: https://www.ivir.nl/publicaties/download/II_C_2016.pdf

62. Silke von Lewinski, International copyright law and policy, New York: Oxford University Press, 2008 – 480 pages.

63. Simon Baggs & Sunniva Hansson, “What’s the catch? The CJEU judgment in *ITV v TVCatchup*”, European Intellectual Property Review 2013, 35(6), at 363-365 (note).

64. Thomas Dreier, P. Bernt Hugenholtz, Concise European copyright law / Kluwer Law International 2016 –88 p.

65. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Lisbon 13 December 2007

66. W Rumphorst, ‘Broadcasting of Films Via Satellite’, 1990 // 4 EBU Review 34, 34–38.

67. W Rumphorst, ‘The EC Directive on satellite broadcasting and cable retransmission’ in H Cohen Jehoram, P Keuchenius and J Seignette (eds), Audiovisual media and copyright in Europe / Kluwer, 1994 – 17–18.