

ІІІ. ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ДОСТУПУ ДО ІНФОРМАЦІЇ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

3.1. Охорона авторських та суміжних прав від порушень у мережі Інтернет: реалії та тенденції в Україні

Проблема захисту авторських та/або суміжних прав у найбільш вираженій формі виявляється протягом останнього десятиріччя у сфері Інтернет, що зумовлено, перш за все, у простоті та швидкості розміщення інформації у всесвітній мережі, у відсутності необхідності обов'язкової авторизації при вчиненні таких дій, відкритості та доступності користування електронними ресурсами необмеженим фактично колом осіб. Такі переваги інформаційних технологій мають у той же час відповідно до принципу діалектичного розвитку й зворотній бік, – у відкритому стані інформація та об'єкти права інтелектуальної власності потрапляють до мережі Інтернет без згоди й навіть поза межами обізнаності автора, чим порушуються не тільки права автора на отримання винагороди за свій інтелектуальний труд, а і його особисті немайнові права, перш за все, право вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином власного імені на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору. Отже, при однозначній привабливості саме Інтернет-мережа стає віртуальним ринком обrotу і збуту продукції із порушенням виключних прав авторів та інших правоволодільців.

Тією площиною в мережі Інтернет, де фактично відбувається порушення прав інтелектуальної власності, є веб-сайти, які вже стали самостійним об'єктом докладання творчої й інтелектуальної

діяльності. Незважаючи на широке вживання в нормативних актах поняття «офіційний сайт» до теперішнього часу на рівні законодавства немає чіткого і однозначного визначення терміна «інтернет-сайт».

У наказі Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України, Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 25 листопада 2002 року № 327/225 «Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування веб-сайтів органів виконавчої влади» (далі – Порядок) надано визначення веб-сайту та веб-порталу як певного поєднання технічної та інформаційної складової.

Згідно з п. 1.3 Порядку веб-сайт – це сукупність програмних та апаратних засобів з унікальною адресою у мережі Інтернет разом з інформаційними ресурсами, що перебувають у розпорядженні певного суб'єкта і забезпечують доступ юридичних та фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів та інші інформаційні послуги через мережу Інтернет; веб-портал – веб-сайт, організований як системне багаторівневе об'єднання різних ресурсів та сервісів для забезпечення максимальної можливості доступу до інформації та послуг¹.

Досягнення формальної та змістовної єдності веб-сайтом здійснюється завдяки трьом основним його складовим, а саме: (1) програмним та апаратним засобам: серверним програмним засобам; програмним засобам сайту; (2) адресі у мережі Інтернет або доменному імені; (3) інформаційному наповненню, яке охоплює текстову інформацію; графічну інформацію; аудіовізуальну інформацію.

Кожна з цих складових може розглядатися як окремий об'єкт інтелектуальної власності, володільцями прав інтелектуальної власності на які можуть бути різні особи. У той же час сам веб-сайт пропонується визнавати складним об'єктом, який становить собою поєднання різних об'єктів інтелектуальної власності, кожний з яких може

¹ Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного веб-порталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування веб-сайтів органів виконавчої влади : наказ Держ. ком. зв'язку та інформатизації України, Держ. ком. інформ. політики, телебачення та радіомовлення від 25.11.2002 № 327/225 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 2. – Ст. 49.

мати самостійну правову охорону¹. Отже, й порушення прав інтелектуальної власності щодо конкретного або на певному веб-сайті можуть стосуватися відмінних об'єктів й суб'єктів.

І. М. Рассолов, розглядаючи сайт як базу даних, що становить собою сукупність гіпертекстових документів, визнає копіювання матеріалів з сайту порушенням майнових прав автора сайту як відтворення бази даних, розповсюдження, модифікація та інше використання. У випадку відтворення частини сайту, що є самостійним твором, що охороняється авторським правом, та подальшого використання копії вченим визначається наявність порушення і прав автора сайту, і прав автора статті.²

Т. Кудрицька і Ю. Чижова справедливо зазначають, що специфіка правового захисту прав полягає у тому, що об'єкти інтелектуальної власності використовуються в мережі, переважно, як вміст веб-сайтів і як розпізнавальна частина доменних імен. Так, якщо в доменних іменах використовуються торгові марки та фірмові найменування, меншою мірою – географічні позначення, то у вмісті веб-сайту може бути використано практично все³, насамперед, літературні та художні твори, аудіовізуальні та музичні твори, фотографічні твори, бази даних, комп'ютерні програми.

Таким чином, найбільш гостро та часто виникають питання щодо порушення авторських прав на інформаційне наповнення сайтів, перш за все, текстів, малюнків, фото-, аудіо- та відеоматеріалів. На цьому виді об'єктів інтелектуальної власності та захисті прав на них при порушенні, що сталися в мережі Інтернет, буде зосереджено увагу надалі.

Сьогодні до найбільш застосовних механізмів захисту прав інтелектуальної власності в глобальній інформаційній мережі належать:

¹ Макарова Е. М. Проблемы правового регулирования использования интернета в предпринимательской деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. М. Макарова. – М., 2007. – 22 с.

² Рассолов И. М. Право и Интернет: теоретические проблемы / И. М. Рассолов. – 2-е изд., доп. – М. : Норма, 2009. – 210 с.

³ Кудрицкая Т. Интеллектуальная собственность и Интернет: трудности взаимодействия [Електронний ресурс] / Т. Кудрицкая, Ю. Чижова // ЮРИСТ&ЗАКОН. – 2012. – 28 февр. (№ 9). – Режим доступу: http://www.kisilandpartners.com/ru/publications/articles/intellectual_property_and_the_internet_the_challenges_of_coexistence/.

захист прав у судовому порядку, в адміністративно-правовому порядку, а також самозахист прав. Українськими правовласниками з метою попередження порушення та самостійного захисту своїх прав на об'єкти інтелектуальної власності використовуються технічні засоби, які обмежують можливості скачування, копіювання, відтворення іншим чином. Наявна практика отримання захисту прав інтелектуальної власності, порушених у мережі Інтернет, в судових органах. Однак такі справи все ж таки не належать до основних категорій спорів, які вирішуються судами, що пов'язано із низкою проблем, серед яких: відсутність належного законодавчого регулювання відносин, що складаються із застосуванням засобів електронного та цифрового зв'язку, на національному рівні; можливість доступу до мережі з будь-якого місця; складність визначення порушника, який дійсно вчинив порушення, та доведення його вини; неможливість представлення належних та допустимих доказів, що зумовлена електронною формою листування та укладеннях угод.

М. В. Гура вбачає необхідність посилення правової охорони прав авторів Інтернет-сайту на національному рівні, перш за все, шляхом визначення правового режиму Інтернет-сайту у Цивільному кодексі України та Законі України «Про авторське право і суміжні права» та розроблення Типових договорів на створення Інтернет-сайту та хостінгу. Крім того, на його думку, потребують удосконалення норми, що встановлюють особливості правового захисту прав автора Інтернет-сайту, а також застосування стягнення грошової компенсації та моральної шкоди у разі їх вчинення¹.

Слід відзначити, що вітчизняне законодавство на сьогодні не визначає особливостей регулювання та захисту авторських та/або прав у мережі Інтернет. На ці правовідносини поширюються норми ст. 50 Закону України (далі – ЗУ) «Про авторське право і суміжні права» щодо встановлення тих дій, які визнаються порушенням авторського права та суміжних прав². Цікавим видається той факт, що незважаючи на це, у правовласників та користувачів майже не викликає питань

¹ Гура В. С. Цивільно-правова охорона Інтернет-сайту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. С. Гура. – Київ, 2006. – 20 с.

² Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

ня, які дії порушують права інтелектуальної власності в Інтернеті. Нинішній стан правової культури у суспільстві і активна антиплагіатна пропаганда надали чіткого розуміння, що розміщення об'єкта авторського права на веб-сайті без згоди автора та/або без зазначення його імені є порушенням авторських прав.

Однак у їх свідомості досить усталеною є думка, що реально захистити законні авторські права або бути покараними за їх порушення у нашій країні неможливо. Вітчизняне законодавство містить досить обмежене число правових норм, які дозволяють припинити порушення таких прав та забезпечити їх реальну виключність. Не визначені вітчизняним законодавством в Україні особливості доказування порушення прав у «віртуальній мережі», – у цьому питанні основоположну роль виконують суди, визнаючи при розгляді справ, які носії інформації можуть бути визнані належними та допустимими доказами. Особливі складнощі виникають у правовласників при визначенні підсудності цієї категорії спорів та встановленні особи, відповідальної за наявне в Інтернеті порушення авторських та/або суміжних прав, що зумовлено значним колом суб'єктів цих правовідносин. Так, в процесі обігу інформації в мережі Інтернет беруть участь: автори (як суб'єкти авторських прав); правовласники, які не є авторами (видавництва, продюсерські компанії); власники веб-сайтів; реєстратори веб-сайтів; адміністратори веб-сайтів (хостинг-компанії), споживачі Інтернет послуг, які мають вільний доступ до інформації розміщеної в Інтернет; Інтернет провайдери.

У більшості випадків особою, відповідальною за порушення авторських прав в мережі, стає або особа, яка поширила неправомірний контент (споживач телекомунікаційних послуг), або власник веб-сайту, який фактично забезпечує наповнення контенту і вирішує питання щодо «політики» сайту: робити його відкритим для користувачів лише для ознайомлення з інформацією або надавати ще й можливість активної участі у його формуванні.

Відповідно до п. 11 Постанова Пленуму Верховного суду України №5 від 04.06.2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського і суміжних прав» належним відповідачем у справі про захист авторського права і (або) суміжних прав

є особа, яка своїми діями порушила особисті немайнові чи майнові права суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав¹.

Отже, особою, відповідальною за порушення авторських прав, в тому числі в мережі Інтернет, є особа, яка неправомірно використала та поширила певний інтелектуальний продукт, майнові права на який належить третій особі (правоволодільцю).

У той же час, слід відзначити, що у судовій практиці цей підхід набуває розширеного тлумачення: основною особою, відповідальною за все, що пов'язано зі змістом веб-сайту, в тому числі щодо товарів, послуг, робіт, інформацію про які оприлюднено на такому віртуальному ресурсі, визнається його власник. На нашу думку, причина такої тенденції у захисті авторських та/або суміжних прав, об'єкти яких неправомірно розміщено в Інтернеті, має об'єктивний характер: з одного боку, існує складність встановлення безпосереднього порушника у зв'язку із можливістю майже безперешкодного доступу до інтернет-сайту будь-якою особою, з другого, – є особа, яка технічно контролює чи здатна контролювати наповнення сайту, а отже здатна здійснити заходи щодо припинення розглядуваного порушення. Відповідно постало питання про відповідальність власника веб-сайту за наявність матеріалів на ньому, які порушують права інтелектуальної власності, що належать іншій особі, за створення можливості вчинення таких дій.

У п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» № 1 від 27.02.2009 р. зазначено, якщо автор поширеної інформації невідомий, а також коли інформація є анонімною і доступ до сайту – вільним, належним відповідачем буде власник сайту, на якому розміщений інформаційний матеріал, оскільки саме він створив технологічну можливість та умови для поширення недостовірної інформації². Не-

¹ Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс] : постанова Пленуму Верхов. Суду України від 04.06.2010 № 5. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v000570010?nreg=v000570010&find=1&text=%F0%E7%EC%B3%F9%E5%ED&x=8&y=11#w11>.

² Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Пленуму Верхов. Суду України від 27.02.2009 № 1 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2009. – № 3.

зважаючи на те, що зазначена правова позиція стосується практики розгляду справ про захист честі та гідності, а також ділової репутації, дана концепція широко застосовується в справах про порушення авторських прав в Інтернеті.

Застосування означеного підходу до справ про порушення авторських та/або суміжних прав у мережі Інтернет започаткувало формування презумпції вини власника сайту, який створює умови для розміщення інформації на ньому, встановлює вимоги по завантаженню та безпосередньо контролює цей процес, що пропонується деякими авторами закріпити й на законодавчому рівні¹.

Однак вважаємо, що при застосуванні презумпції вини власника веб-сайту слід розрізняти два випадки формування контенту такого ресурсу: коли його змістовне наповнення здійснює та/або контролюється виключно власником сайту, та коли вносити зміни до нього технічно має можливість будь-який користувач.

Часто у відчиненому сегменті глобальної мережі наявна ситуація, коли власник сайту забезпечує його адміністрування. Він може здійснювати наповнення сайту самостійно або визначаючи з цією метою відповідальну особу з числа своїх працівників або осіб, які надають відповідні послуги на підставі цивільно-правового договору. При цьому в третіх осіб відсутня можливість незалежно вносити зміни до контенту сайту. За таких умов, вважаємо, власник сайту, незалежно від того, хто конкретно розмістив зазначені об'єкти, є відповідальним за вчинене порушення на підконтрольному йому веб-ресурсі авторських та/або суміжних прав, які розміщені без позначення ім'я авторів, або опубліковані без їхнього дозволу. Така позиція може бути поясненою тим, що власник сайту не забезпечив належного контролю за тим, що здійснюється на належному йому об'єкті у «віртуальному просторі». Ним не дотримано вимоги розумної турботливості та уваги до забезпечення прав третіх осіб, що належить до його абсолютних обов'язків. Таким чином, ним проявляється необережність при здійсненні діяльності щодо використання веб-сайту, прав на які йому належать.

Інша ситуація складається у випадку, коли власником сайту забезпечено технічні можливості для розміщення інформації на належно-

¹ Кондрашов М. Защита интеллектуальной собственности при использовании файлообменных сетей / М. Кондрашов // Хоз-во и право. – 2010. – № 9. – С. 49–56.

му йому інтернет-ресурсі необмеженим колом осіб, які власними діями можуть наповнювати контент. У такому разі складно встановити й довести винуватість певної особи, оскільки здійснити розміщення неправомірного контенту може будь-яка особа з будь-якого куточку світу. І навіть знання IP-адреси комп'ютера ще не доказує здійснення порушення авторських та/або суміжних прав з нього саме його власником, а не певною третьою особою.

У п. 31 постанови Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04 червня 2010 року №5 звертається увага на необхідність встановлення, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права.

У той же час необхідно вказати, що при розгляді судами справ про відшкодування шкоди у зв'язку із порушенням прав інтелектуальної власності, застосовується презумпція вини особи, яка завдала шкоду. Так, згідно з п. 46 Постанови Пленуму ВГС України №12 від 17.10.2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» сам по собі факт розміщення на сайті відповідача твору чи об'єкта суміжних прав, тотожного об'єктові інтелектуальної власності, майнові права на який належать позивачу, свідчать про факт порушення таких прав відповідачем за умови, що останнім не подано суду доказів на підтвердження правомірності розміщення ним на своєму сайті спірного об'єкта інтелектуальної власності. Відтворення такого об'єкта з іншого сайту без підтвердження правомірності використання об'єкта інтелектуальної власності не може бути підставою для звільнення відповідача від відповідальності.

Встановити власника веб-сайту, у разі відсутності реквізитів власника веб-сайту на самому сайті, можливо за допомогою сервісу «whois», отримавши інформацію про реєстратора доменного імені веб-сайту.

Відповідно до положень постанови Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04 червня 2010 року

№ 5, постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 року № 12 дані про власника веб-сайту можуть бути витребувані відповідно до вимог статей 30 та 65 ГПК та ЦПК у адміністратора системи реєстрації та обліку доменних назв і адрес українського сегменту мережі Інтернет, зокрема від ТОВ «Хостмайстер».

Отже, сам факт наявності об'єкта авторського чи суміжного права на веб-сайті певної особи без підтвердження підстав його правомірності, вже створює презумпцію порушення таких прав та розміщення на сайті контрафактного контенту, не залежно від того, у який спосіб розміщення було здійснено, які дії зумовили можливість доступу до таких матеріалів необмеженого кола осіб.

Таким чином, на наш погляд, можливість точного та доступного отримання інформації щодо власника веб-сайту стала підставою для поступового перенесення «тягаря відповідальності» з особи дійсного порушника прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет на власника веб-сайту як особи, що має відповідати за правомірність реалізації прав на нього та його контент, незалежно від того, чиїми конкретними діями було завдано шкоду правоволодільцеві.

У цьому контексті такий правовий засіб часто розглядається науковцями та юристами як механізм перекладання відповідальності за порушення авторських прав у мережі Інтернет з невизначеної особи на ту, яку простіше встановити. Так, В. Ямпольський зазначив, що «ми маємо не лише відповідальність без вини (бо ані умислу, ані необережності на оширення інших думок чи висловлювань тут немає), але й прямо встановлену відповідальність особи за інших осіб». На його думку, так сталося, оскільки судді за аналогією перенесли «режим відповідальності» редакції звичайних (друкованих) ЗМІ в Інтернет-площину¹.

У контексті відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет слід зупинитися на такому аспекті, як способи використання об'єктів авторського та суміжного права у цій

¹ Ямпольський В. Декілька слів про відповідальність власників інтернет-ресурсів [Електроний ресурс] / В. Ямпольський // Юстиніан. – 2013. – № 3. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3959>.

всесвітній інформаційній мережі. Найчастіше користувачами, власниками, юристами застосовується термін «розміщення твору».

Розміщення творів у мережі Інтернет не визначено окремим поименованим способом використання об'єктів авторського та суміжних прав. Відповідно до ст. 15 Закону України «Про авторське і суміжні права» його може бути віднесено до такого способу використання твору іншими особами, як подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором.

Відповідно до п. 31 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання, є поданням творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором відповідно до п. 9 ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське і суміжні права», тобто таке розміщення є правомірним лише з дозволу автора чи іншої особи, яка має авторське право.

Водночас Пленум Вищого Господарського Суду України № 12 від 17.10.2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» визнає розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного використання відтворенням твору (п. 46).

Отже, термін «розміщення твору» за відсутності законодавчого визначення у судовій практиці отримав неоднозначного тлумачення: як подання до загального відома та як відтворення.

У представників юридичної науки склалися різні погляди щодо необхідності визначення розміщення окремим способом використання об'єктів авторських та суміжних прав.

Науковці звертають увагу, що поняття «розміщення» слід розуміти ширше, ніж просто «подання твору». Зазначаються різні дії, які можуть охоплюватися ним. Так, Л. Мамчур зазначає, що пропозиція «завантажити», навіть без можливості ознайомитися «наперед» зі змістом твору, якщо ця пропозиція надає можливість ідентифікувати твір за назвою, і посилання виводить відповідний файл для скачуван-

ня, слід розглядати як перший етап використання, як дію, що уможливорює подальше використання й отримання згодом комерційного ефекту від використання, робить твір доступним (доступнішим) для широкої публіки та порушує авторські права.¹ Розглядаючи зміст розміщення твору в Інтернеті, науковець доходить до висновку про необхідність його визнання окремим способом використання об'єктів авторського та суміжних прав.

Протилежна позиція щодо розміщення твору в мережі Інтернет висловлено Зеровим К. О., який вважає, що воно повністю охоплюється двома самостійними майновими правомочностями – правом на відтворення та правом подання твору до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів із будь-якого місця й у будь-який час за власним вибором. Черговість зазначених правомочностей, залежно від способу розміщення твору в мережі Інтернет, може суттєво відрізнитися, а тому, на його думку, недоцільно встановлювати окрему нову правомочність щодо розміщення твору в мережі Інтернет².

Висловлені правові погляди щодо сутності поняття «розміщення твору» виходять з його розуміння як певних дій, стосовно змісту яких спорічаються фахівці. Однак тлумачні словники надають й другий спосіб розуміння змісту цього терміну: як порядок, система розташування чого-небудь, – тобто як результату дій з розміщення.

Застосування «результативного» способу тлумачення поняття «розміщення твору», вважаємо, є можливим й у правовій площині. Під розміщенням твору в мережі Інтернет можна запропонувати розуміти систему розташування елементів об'єкту авторського і (або) суміжного права на певному електронному ресурсі (веб-сайті), що дозволяє встановити факт наявності на ньому такого об'єкту.

З цих підстав стає можливим говорити, що власник веб-сайту відповідає за розміщення об'єктів авторського права, виходячи з факту наявності таких об'єктів на належному йому ресурсі. На нього покладається обов'язок доведення правомірності такого способу ви-

¹ Мамчур Л. Розміщення твору в мережі Інтернет як спосіб його використання / Л. Мамчур // Теорія і практика інтелект. власності. – 2011. – №3. – С. 34–40.

² Зеров К. О. Правомочності використання творів, розміщених в мережі Інтернет / К. О. Зеров // Журнал східноєвроп. права. – 2015. – №22. – С. 118–125.

користання ним об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, що привели до їх розміщення на належному йому веб-сайті, а також спростувати передбачену цивільним законодавством презумпцію винного завдання шкоди (статті 614 та 1166 ЦК України).

Однак у цьому контексті важливе значення має момент обізнаності, усвідомлення власником веб-сайту про порушення прав інтелектуальної власності третіх осіб матеріалами, які розміщені на належному йому інтернет-ресурсі. Зокрема, поширеними є випадки, коли контент веб-сайту є відкритим для наповнення користувачами, які можуть розміщуватися на ньому різну інформацію за власним рішенням. У такому випадку за відсутності законодавчого обов'язку власника веб-ресурсу перевіряти інформацію, що розповсюджується на ньому третіми особами, здійснювати її модерацію, він може не знати, що на його сайті без легального дозволу наявні об'єкти, авторські та/або суміжні права на які належать третім особам. Чи звільняє від відповідальності власника сайту його незнання про порушення на ньому прав інтелектуальної власності інших осіб?

Власник веб-сайту, вирішуючи питання щодо виду, змісту, умов доступу та користування ним третіми особами на етапі його розробки, закладає засади легальності функціонування та правомірності контенту інтернет-ресурсу. Виходячи з загальних засад цивільного права, основним обов'язком власника сайту є непорушення прав та законних інтересів третіх осіб своїми діями та не створення сприятливих умов для третіх осіб. Виконання цього обов'язку вимагає від нього прийняти належні заходи та проявити ту ступінь турботи та передбачення, які є необхідними та достатніми для дотримання прав, в тому числі інтелектуальної власності, які належать третім особам.

До моменту направлення власнику веб-сайту вимоги щодо видалення інформації, якою порушуються права інтелектуальної власності іншої особи, або позовної вимоги щодо відшкодування шкоди, спричиненою ним, він презюмується таким, що належним чином здійснює свій обов'язок забезпечення легальності та правомірності контенту. З моменту отримання зазначених вимог виявляється, що ним здійснено не всі дії на його виконання, а отже необхідно припинити таке правопорушення та поновлення положення, що існувало до його настання.

Отже, на нашу думку, власник сайту може визнаватися відповідальним за порушення прав інтелектуальної власності на підконтрольному йому інтернет-ресурсі лише за умови та з моменту його обізнаності про порушення прав інтелектуальної власності третіх осіб, в тому числі авторських та суміжних прав. Якщо умови функціонування сайту допускають технічну можливість внесення інформації до нього лише адміністратором, який самостійно визначає його наповнення, або визначеною ним особою, то момент обізнаності про порушення авторських та/або суміжних прав третіх осіб слід визнавати, на нашу думку, з моменту розміщення такої інформації на сайті. У разі, якщо веб-ресурс є відкритим для внесення до нього змін, розміщення інформації на ньому будь-якою особою, то його власник дізнається про порушення на ньому таких прав інтелектуальної власності третіх осіб з моменту отримання ним відповідного повідомлення та/або вимоги.

Наступною суттєвою проблемою, яка викликав складності в правоволодільців при захисті їх авторських та/або суміжних прав, доведення самого факту порушення авторських прав у глобальній мережі шляхом подання належних та допустимих доказів. Відповідно до п. 46 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 року № 12, веб-сторінки на підставі ч. 1 ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» є електронними документами, які не можуть бути доставлені в суд; однак вони можуть містити відомості про обставини, які мають значення для справи (наприклад, якщо вони виступають об'єктами авторського права чи суміжних прав). Відтак з урахуванням ч. 1 ст. 32, ч. 1 ст. 36 та припису ч. 1 ст. 39 ГПК України суд з урахуванням конкретних обставин справи не позбавлений права провести огляд та дослідження цих доказів в місці їх знаходження з фіксацією відповідних процесуальних дій у протоколі, який повинен відповідати вимогам статті 81-1 ГПК.

Як засоби доказування порушень авторських та/або суміжних прав, що вчинені в мережі Інтернет, право володільцями також можуть бути використані:

– відео-, аудіозапис процесу дослідження будь-якою заінтересованою особою сайту, стосовно якого є відомості використання його

з порушенням авторських чи суміжних прав. Такий запис може бути речовим доказом у справі, якщо він здійснений на електронному чи іншому носії із зазначенням того, коли, ким і за яких умов цей запис здійснено;

- довідки, отримані від провайдерів і мережевих пошукових служб, які належать до письмових доказів;

- протокол огляду веб-сторінки або її роздруковка, засвідчена нотаріусом однієї з держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав або іншою спеціально уповноваженою особою в межах їх компетенції за встановленою формою і скріплені офіційною печаткою на території однієї з держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав;

- висновок судового експерта.

Ще однією не менш значущою проблемою, пов'язаною із реалізацією права на судовий захист порушених в мережі Інтернет авторських прав, є визначення юрисдикції суду, до якого право володілець може звернутися із позовом. Незважаючи на перший погляд незначний характер цього питання, насправді він вже набув істотних обертів, зважаючи на глобальний, всеосяжний характер інформаційної «павутини» та можливості відкривати веб-сайти та утримувати сервери, на яких зберігається інформація, в абсолютно різних державах.

Вітчизняною судовою практикою ще не вироблені окремі засади визначення підсудності «інтернет-спорів», незважаючи на всю очевидність потреби розроблення спеціальних підходів до їх визначення. Судді використовують при вирішенні цього питання засади підсудності, встановленні ГПК України у спорах про порушення майнових прав інтелектуальної власності, які детально розкриті у п. 1.4. Постанови Пленуму ВГС України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 № 12. У ньому визначено, що справи у спорах про порушення майнових прав інтелектуальної власності розглядаються господарським судом за місцем вчинення порушення (ч. 4 ст. 16 ГПК України). Якщо відповідне порушення здійснено поза межами України, юрисдикція господарських судів України не поширюється на

відносини сторін, пов'язані з таким порушенням (навіть якщо відповідач є резидентом або має представництво в Україні).

У спорах, пов'язаних з порушенням авторських та/або суміжних прав, місце вчинення порушення визначається з урахуванням конкретних обставин, зазначених у позовній заяві. Найчастіше воно співпадає з місцезнаходженням відповідача.

Однак Закон України «Про міжнародне приватне право» надає можливість відійти від цього підходу в інтересах правоволодільців. Так, стаття 37 цього Закону передбачає, що до правовідносин у сфері захисту прав інтелектуальної власності застосовується право держави, у якій вимагається захист цих прав. А відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 75 цього Закону – суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом, коли дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України.

З цих позицій цікавою є підходи практики Суду справедливості Європейського Союзу (далі – ССЄС) у питанні встановлення юрисдикції суду з факту порушення майнових авторських прав у мережі Інтернет.

Так, в 2014 году в деле C-441/13 *Pez Hejduk v. Energieagentur. Nrw GmbH* генеральним адвокатом Петро Круз Віллалоном було запропоновано у справах про порушення авторських прав в Інтернеті, коли місце спричинення шкоди змінюється, його неможна чітко встановити у територіальному відношенні, то надавати юрисдикцію тим судам, на території яких відбулася подія, що спричинила шкоду. Така пропозиція суперечила багаторічному підходу щодо визначення місця, в якому сталася подія, як місця, в якому було спричинено шкоду. Однак ССЄС надав перевагу при винесенні рішення у цій справі у 2015 році критерію територіальності. Ним було констатовано, що у разі порушення авторських або суміжних прав (які гарантуються державою-учасницею, до суду якого було звернення) суд держави-учасниці має юрисдикцію розглядати позов про відповідальність за порушення цих прав, яке відбулося шляхом розміщення на доступному на території його діяльності веб-сайті охороноздатних об'єктів авторського права, за місцем спричинення шкоди. У такому разі при зверненні до суду можна вимагати лише

відшкодування тієї шкоди, яка виникла на території держави-учасниці, в якій знаходиться суд.^{1 2}

Раніше ССЕС у справі *Football Dataco Ltd and Others v Sportradar GmbH and Sportradar AG*. Був сформульований важливий висновок щодо застосування критерію територіальності у спорах про порушення права інтелектуальної власності у мережі Інтернет (справа стосувалася бази даних). Було сформульовано позицію, що володілець прав інтелектуальної власності, які охороняються в іншій державі ЄС, ніж та, де веде діяльність чи використовує сервери особа, яка незаконно розмістила в Інтернеті чужий контент, вправі звернутися до порушника з позовними вимогами в суд своєї країни, якщо нелегальний контент доступний користувачам у країні правоволодільця та наявні докази, що порушник призначав такий контент користувачам, які знаходяться у країні правоволодільця.

Розкриті проблемні питання до судового захисту авторських прав, порушення яких мало місце у мережі Інтернет, свідчать про необхідність не тільки законодавчого оновлення у регулюванні «інтернет-відносин», а й про відповідальність кожного його суб'єкта в аспекті формування справедливої практики правозастосування у такій широкій, динамічній та трансграничній сфері суспільних відносин.

Окремим правовим механізмом захисту прав інтелектуальної власності, порушених у мережі Інтернет, який ефективніше, ніж традиційні, дозволяє досягти основних цілей правоволодільців – припинення порушення належних їм прав – став у світі інститут відповідальності провайдерів. В Україні було вже декілька спроб його запровадження, починаючи з 2012 року з відомих подій навколо ex.ua. Однак він до сьогодні ще не отримав однозначної підтримки серед суб'єктів інформаційних відносин в нашій державі, а відповідний законопроект не набув сили закону.

Останній проект Закону №4629 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміж-

¹ Заключение генерального адвоката Педро Круз Виллалона (Pedro Cruz Villalón) от 11 сентября 2014 года по делу C-441/13 *Pez Hejduk v. Energieagentur. NRW GmbH* // Бюл. Актуалии права ЕС. – 2014. – IV четверть.

² Решение ССЕС от 22 января 2015 г. по делу C-441/13 *Pez Hejduk v. Energieagentur. NRW GmbH* // Бюл. Актуалии права ЕС. – 2015. – I четверть.

них прав у мережі Інтернет» зареєстрований у Верховній Раді України 10.05.2016. Як зазначають автори законопроекту, він спрямований на створення ефективного, швидкого і прозорого механізму видалення або блокування інформації, що порушує авторське права і (або) суміжні права в мережі Інтернет в досудовому порядку. Крім того проектом Закону передбачена необхідність запровадження заходів протидії повторним порушенням авторського права і (або) суміжних прав в мережі Інтернет.

У міжнародній практиці склалися три основних моделі правового інституту відповідальності провайдерів:

1) провайдер не несе відповідальність за всі дії користувачів в Інтернеті;

2) провайдер відповідає за порушення авторських та суміжних прав в мережі, якщо не дотримується умов звільнення його від відповідальності;

3) провайдер несе повну відповідальність за порушення авторських та суміжних прав у мережі, незалежно від його обізнаності про такі факти.

Україна належить до країн першої системи, встановлюючи відповідальність провайдерів фактично за дві групи порушень а) за порушення прав споживачів телекомунікаційних послуг ч. 1 ст. 40 ЗУ «Про телекомунікації» (за ненадання оплачених телекомунікаційних послуг або надання їх в меншому обсязі; за безпідставне відключення кінцевого обладнання, за безпідставні скорочення чи зміну переліку послуг, у разі неусунення протягом однієї доби із зафіксованого моменту подання абонентом заявки щодо пошкодження телекомунікаційної мережі; в інших випадках згідно з договором про надання телекомунікаційних послуг); б) за порушення правил надання та отримання телекомунікаційних послуг: ненадання до НКРЗІ звітів та іншої інформації в обсягах, порядку і строки, визначені законодавством; здійснення експлуатації радіоелектронних засобів без відповідних дозволів на експлуатацію; порушення Ліцензійних умов при використанні номерного ресурсу; недотримання обов'язкових вимог до договору про взаємоз'єднання стосовно передбачення зобов'язання сторін щодо організації резервних, альтернативних маршрутів та ін.

У той же час вона вже понад 4 роки намагається зробити перехід від країни першої системи до другої, запровадивши механізм обмеження доступу на веб-сайті до інформації, якою порушуються права інтелектуальної власності третьої особи, у позасудовому порядку. Вища ефективність такого механізму порівняно з судовим порядком захисту прав інтелектуальної власності спричинена техніко-організаційними можливостями провайдерів, які виступають посередниками в системі інформаційних відносин між користувачами та власниками ресурсу. Отже, питання відповідальності інтернет-провайдерів стосується не стільки застосуванню санкцій до дійсних порушників авторських та/або суміжних прав, скільки визначенню ефективного правового механізму поновлення виключного характеру таких прав в Інтернеті, що пов'язано з посередницькою роллю провайдерів між користувачами мережі.

Цікавий приклад надає Канада, в якій запроваджено спеціальні засоби захисту авторського права та/або суміжних прав у мережі Інтернет, однак за відсутності встановлення відповідальності провайдерів. Суб'єкт авторського та/або суміжного права наділений правом повідомлення провайдера про те, що абонент зробив доступними або завантажив до системи обміну файлами контент з порушенням авторського права та /або суміжних прав. Інтернет-провайдер зобов'язаний направити повідомлення абоненту та контролювати його діяльність певний період часу, але не приймає ніяких інших дій – не передає особисту інформацію абонента, не видаляє її зміст із системи, не скасовує послуги для абонента. Цього часто буває достатнім для видалення контрафактного контенту з веб-ресурсів. У протилежному разі суб'єкт авторського права та/або суміжних прав має можливість звернутися до суду з вимогами про розкриття даних про особу користувача, про усунення контенту, про захист порушеного права. Провайдер усуває такий контент лише на підставі рішення суду, при цьому застосовується такий спосіб захисту, як судова заборона¹.

Другу систему започаткували США із прийняттям у 1998 Digital Millennium Copyright Act (DMCA), яку пізніше «підхватила» Європа

¹ Капіца Ю. М. Спеціальні механізми захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет / Ю. М. Капіца, О. А. Рассомахіна, К. С. Шахбазян // Інформація і право. – 2012. – № 3(6). – С. 129–140.

із затвердженням Directive on electronic commerce, Council of European Union, Brussels, 28 February 2000. Спільним для них правовим механізмом захисту інтересів суб'єктів авторського та/або суміжних прав стала можливість оскарження правомірності використання певної інформації у глобальній мережі у зв'язку із порушенням нею зазначених прав шляхом звернення до провайдера. За останнім встановлено обов'язок щодо видалення або заборони доступу до конкретної веб-сторінки або до сайту в цілому, зміст якого порушує виключні права інтелектуальної власності третіх осіб. Такий механізм запроваджений та функціонує, зокрема, у пошуковій системі компанії Google, штаб-квартира якої знаходиться у Каліфорнії та на роботу якої розповсюджується американська юрисдикція.

Важливого значення має закріплення в DMCA обмеження відповідальності провайдерів за порушення авторських прав та її відмежування від відповідальності користувача. Так, провайдер не несуть відповідальності у разі дотримання таких вимог, якщо він:

- не отримував фінансової вигоди від дій порушника за наявності можливості контролювати його дії;
- не отримував заяви від правоволодільця;
- отримавши таке повідомлення, негайно виконав необхідні заходи.

Провайдер не зобов'язаний контролювати, відслідковувати зміст інформації, що розміщується в Інтернеті, в тому числі на серверах, що надаються ним у користування. З цих вихідних засад обґрунтованим є звільнення провайдерів від відповідальності за порушення авторських прав у мережі у разі виконання ними таких видів діяльності:

- проміжне та перехідне зберігання матеріалів в процесі передання, маршрутизації чи надання з'єднань;
- кешування (тимчасове зберігання в технічних цілях);
- розміщення інформації за вказівкою користувача;
- використання для засобів пошуку.

Власник сайту має право подати заперечення провайдеру щодо порушення авторських прав інформацією, що розміщена на його веб-ресурсі шляхом надсилання зустрічного повідомлення. У такому разі провайдер слідує принципу «відходу назад» та надає можливість

з'ясувати наявність чи відсутність такого порушення правоволодільцю та власнику сайту самостійно¹.

Цікавий приклад у застосуванні механізму «попередження-видалення» надала Франція. У 2009 р. був прийнятий закон HADOPI, який став відомий як закон «трьох попереджень». У випадку, коли провайдер викрив користувача у скачуванні й розповсюдженні захищеного авторським правом контенту, він має направити йому спочатку лист електронною поштою. Відсутність реагування порушника на таке попередження є підставою для направлення йому другого повідомлення рекомендованим листом. Якщо ці попередження не зупинили порушника, провайдер мав відключити йому Інтернет на тримісячний строк із занесенням у чорний список з метою неможливості підключитися до іншого провайдера.

Однак через чотири роки стала очевидною низька ефективність такого шляху боротьби з порушенням прав інтелектуальної власності в Інтернет. У 2013 році антипіратський закон HADOPI був анульований. Разом із визнанням Верховною Конституційною радою Франції доступ до Інтернету базовим правом людини низькі статистичні показники його застосування (за весь час його дії від Інтернету була відключена лише одна людина на 15 днів разом із штрафом 150 Євро) стали основними причинами заміни механізму «трьох попереджень» на покладання на порушників тільки штрафів².

На відміну від країн першої та другої систем у Китаї визнано загальний обов'язок провайдерів здійснювати перевірку (премодерацію) інформації, що передається їх каналами на предмет порушення прав інтелектуальної власності. Так, уряд зобов'язав Інтернет-компанії перевіряти вміст своїх мереж і видаляти заборонену інформацію. З 2012 року всі блогери зобов'язані реєструватися, вказуючи персональні дані та номери телефонів. Фірма Tencent, власник популярного в Китаї інтернет-месенджера QQ, дає спецслужбам можливість моніторити повідомлення користувачів, здійснюючи пошук за кон-

¹ Мацкевич О. Загальні підходи до визначення юридичної відповідальності провайдерів за порушення авторських і суміжних прав у мережі Інтернет / О. Мацкевич // Теорія і практика інтелект. власності. – 2012. – № 1. – С. 54–62.

² Во Франции отменен антипиратский закон Hadopi [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.copyright.ru/ru/news/main/2013/7/11/Hodopi_internet_prava/.

кретними словами. Китайська версія Skype дозволяє перехоплювати повідомлення, що містять певні слова або надіслані певними користувачами, зберігаючи їх на сервері разом з даними про IP-адреса.¹ Отже, система з абсолютною відповідальності провайдерів за порушення прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет у Китаї зумовлена загальним обов'язком Інтернет-провайдерів здійснювати премодерацію передаваної інформації, що забезпечую її загальну цензуру у мережі Інтернет з боку влади.

Як уже зазначалося, тенденція щодо визнання відповідальності провайдерів за порушення прав інтелектуальної власності у віртуальному просторі, вже намітилася й в Україні. Законопроектом від 10.05.2016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» пропонується запровадити низку нових для українських суб'єктів інформаційних відносин правил та вимог.

Перш за все, суб'єктами відповідальності за порушення авторських та/або суміжних прав у мережі Інтернет визнаються власник веб-сайту та постачальник послуг хостингу. Останній суб'єкт вперше пропонується до такого визначення у законодавстві України. Під постачальником послуг хостингу розуміється суб'єкт телекомунікацій, який надає послуги зберігання інформації та забезпечення доступу до неї через Інтернет. Слід визнати, що такий підхід до встановлення кола посередників у передачі інформації каналами електрозв'язку не відповідає суб'єктам телекомунікацій, до яких належать згідно з Законом України «Про телекомунікації» оператори (здійснюють діяльності у сфері телекомунікацій з технічного обслуговування та експлуатації телекомунікаційних мереж) і провайдери (здійснюють діяльності у сфері телекомунікацій без права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку).

Рекомендаціями Державної служби інтелектуальної власності України для Інтернет-провайдерів, контент-провайдерів та користувачів файлообмінних мереж та інших веб-сервісів щодо правомірно-

¹ Как за рубежом следят за гражданами в сети [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.kommersant.ru/doc/2324786>. – Перевірено 14.08.2014.

го використання об'єктів авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет визначено дві групи провайдерів:

- Інтернет-провайтери (провайтери доступу до мережі Інтернет) забезпечують технічну базу доступу до Інтернету (кабелі, обладнання тощо), тобто створює середовище для передачі даних;

- контент-провайтери здійснюють інформаційне наповнення Інтернету, використовують контент, який включає об'єкти авторського права і суміжних прав.

До процесу змістовного наповнення електронних ресурсів Інтернет-провайтери жодного відношення не мають, і не можуть здійснювати моніторинг надзвичайно великих обсягів інформації, яка генерується контент-провайдерами. Інтернет-провайдер має змогу реагувати лише на одиничні випадки правопорушень за заявами осіб, чії права були порушені. Разом з тим, зазначені провайтери обслуговують велику кількість абонентів – потенційних користувачів об'єктів авторського права і суміжних прав.

Отже, очевидно, що намічається «традиційна» для вітчизняного законодавства помилка: вільне використання вихідних понять для певної сфери правовідносин. У конкретному випадку йдеться про перетин, з одного боку, та невідповідність, з другого, понять «суб'єкти телекомунікацій» та «постачальники послуг хостингу». До останніх за запропонованою у проекті Закону від 10.05.2016 р. дефініцією не відносяться контент-провайтери, якими здійснюється змістовне наповнення Інтернет-ресурсів.

Така «незначна» вада проекту може мати істотні наслідки: неоднозначність у розумінні щодо можливості долучити до відповідальності контент-провайдерів за зміст інформації, якою порушуються авторські та/або суміжні права третіх осіб.

Проект Закону №4629 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» передбачає два правові механізми припинення і запобігання порушенням авторського права і (або) суміжних прав в Інтернеті:

- шляхом видалення інформації, що порушує авторське право і (або) суміжні права, або унеможливлення доступу до цієї інформації (стаття 521 ЗУ «Про авторське право і суміжні права»);

– отримання інформації від власника веб-сайту та постачальника послуг хостингу (далі – ППХ) для ідентифікації користувача або власника веб-сайту, на якому порушено авторські або суміжні права (стаття 522 ЗУ «Про авторське право і суміжні права»).

Після неодноразових обговорень у громадських та професійних колах у зазначеному законопроекті було запропоновано такий порядок видалення інформації, що порушує авторське право і (або) суміжні права:

1) суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав (далі – САП) може звернутися до власника веб-сайту із скаргою, яка містить вимогу щодо видалення або унеможливлення доступу до інформації, яка на його думку порушує його авторські і/або суміжні права;

2) власник веб-сайту (далі – ВВС) невідкладно, але не пізніше ніж через 24 години з моменту отримання від САП або його уповноваженого представника скарги видаляє або унеможливорює доступ до інформації, щодо якої отримано скаргу;

3) ВВС невідкладно, але не пізніше ніж через 24 години з моменту вжиття цих заходів, інформує про це САП або його уповноваженого представника та користувача веб-сайту, який розмістив інформацію, електронною поштою;

4) користувач веб-сайту має право звернутися електронною поштою до ВВС з мотивованою заявою про відсутність заявленого порушення авторського права і (або) суміжних прав, вимагаючи відновлення доступу до інформації;

5) ВВС надсилає заяву користувача веб-сайту САП негайно, але не пізніше 24 годин

ВВС відновлює доступ до інформації у строк від 10 до 14 робочих днів з моменту надсилання копії заяви користувача веб-сайту САП або його уповноваженому представнику, якщо протягом цього строку САП не підтвердить документально ініціювання судового провадження з метою забезпечення захисту свого авторського права і (або) суміжних прав.

На випадок неможливості отримання контактної інформації щодо ВВС та ППХ або невжиттям власником веб-сайту необхідних заходів щодо видалення або унеможливлення доступу до інформації протягом

24 годин САП може звернутися до постачальника послуг хостингу зі скаргою, порядок дій за якою аналогічний раніше викладеному.

Введення інституту відповідальності провайдерів за порушення авторських та/або суміжних прав в Інтернет та запровадження механізму блокування веб-сайту у досудовому порядку викликало й викликає зараз жваві дискусії. Різні учасники інформаційних відносин вказують на порушення їх конституційних прав у разі прийняття такого Закону. Інтернет Асоціація України висказала істотні недоліки у формулюванні понятійного апарату, насамперед, термінів «сервісна служба», «власник сайту», «об'єкт блокування». Нею заявлено також й незгоду зі запровадженням адміністративної відповідальності за порушення авторських та суміжних прав у мережі Інтернет та позасудовим способом вирішення спорів, який, на її думку, не відповідає чинному законодавству України і є доволі упередженим методом¹.

Інститутом Медіа Права було зауважено, що нерідко особа, яка розпоряджається сайтом, є підприємцем (наприклад, вона отримує прибуток від розміщення реклами на своїй адресі в мережі Інтернет), а тому блокування сайту власника на підставі необґрунтованої заяви особи порушує його право на здійснення підприємницької діяльності, що передбачене статтею 42 Конституції України. Єдиною підставою для блокування веб-сайту має бути належно аргументоване рішення суду із несенням тягара доведення правопорушення заявником – особою, яка вважає, що її авторські та/або суміжні права порушені².

Незважаючи на неодноразове удосконалення як змісту, так і юридичної техніки Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» в ньому наявні такі положення, які потенційно створюють ризики для провайдерів, а також такі, які взагалі можуть залишити новий для України правовий механізм недієвим.

¹ Лист № 191 від 30.12.2013 Держпідприємництва України щодо проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.inau.org.ua/20.1573.0.0.1.0.phtml>. – Перевірено 13.08.2014.

² Позиція Інституту Медіа Права щодо законопроекту про захист авторських прав в Інтернеті [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.medialaw.kiev.ua/news/organization/2454>. – Перевірено 13.08.2014.

Насамперед, звертає увагу те, що при зверненні САП із скаргою ним самостійно визначається інформація, що порушує авторське право та/або суміжні права, на його розсуд. На момент її надсилання не вимагається підтвердження авторського та/або суміжного права на об'єкт, який використовується на веб-сайті іншої особи без отримання дозволу.

У той же час припускається встановлення вимог до форми та змісту скарги, які є обов'язковими для САП. Зокрема, подання скарги має бути здійснено виключно в електронній формі з накладенням електронного цифрового підпису. Чітко закріплено вичерпний перелік відомостей, що мають бути у ній зазначені з ризиком її визнання такою, що не була поданою.

Новою для теорії приватного права слід визнати пропозицію щодо встановлення моменту отримання скарги ВВС або ППХ – нею визначено дату та час відправлення електронною поштою скарги або заяви з накладенням на неї електронного цифрового підпису.

Раніше було звернуто увагу на те, що при оскарженні особою інформації як такої, що порушує права інтелектуальної власності, не потребується надання доказів їх належності такому суб'єкту. Обов'язок блокування доступу до сайту, на якому розміщено таку інформацію, його власником без підтвердження обґрунтованості скарги, без можливості запросити підтвердження її достовірності, на нашу думку, закладає підстави для зловживання правами інтелектуальної власності її суб'єктами. Навіть більше: будь-яка особа може використати такий правовий механізм не з метою захисту своїх порушених прав, а як засіб недобросовісної конкуренції. Неможливість доступу до сайту протягом двох тижнів може спричинити значні збитки у вигляді неoderжаних прибутків у разі, якщо його власником є суб'єкт підприємницької діяльності. І цей аспект нового для України правового інституту відповідальності провайдерів викликає в останніх серйозні побоювання.

Останніми роками одним значення одного з основних принципів правового регулювання у різних сферах суспільного життя, а особливо у сфері господарювання, набув принцип балансу інтересів. Ураховуються та аналізується співвідношення інтересів приватних та публічних, приватних інтересів різних суб'єктів, приватних індиві-

дуальних та приватних колективних. Очевидно, що пріоритетними в аналізованому законопроекті поставлені інтереси суб'єктів прав інтелектуальної власності. При цьому відсутні компенсаційні засоби для охорони прав інтернет-провайдерів та власників веб-сайту, включаючи умови їх звільнення від відповідальності.

У цьому аспекті проект Закону від 10.05.2016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» не відповідає положенням Directive on electronic commerce 2000. Так, за європейським підходом постачальник послуг звільняється від відповідальності за передану інформацію при умові, що постачальник:

- а) не є ініціатором передачі;
- б) не обирає одержувача передачі; та
- в) не обирає чи не змінює інформацію, що міститься в передачі.

Акти передачі та забезпечення доступу включають в себе автоматичне, проміжкове тимчасове зберігання переданої інформації, оскільки це робиться з єдиною метою – здійснення передачі в мережі зв'язку та передбачає, що інформація не зберігається довше, ніж це необхідно для передачі.

Якщо надаються інформаційні послуги, які включають в себе зберігання інформації, що надається одержувачем послуг, державичлени забезпечують звільнення постачальника послуг від відповідальності за інформацію, що була збережена за запитом одержувача послуг, при умові, що:

- а) постачальник послуг не знає про незаконну діяльність чи інформацію, що стосується позовів про відшкодування збитків, не обізнаний із фактами чи обставинами, з яких впливає незаконна діяльність чи інформація; або
- б) постачальник за умов обізнаності вдається до швидких дій з метою усунення можливості доступу чи відключення доступу до інформації.

На думку С. Циби, діючи у ЄС процедури повідомлень, завдяки яким правовласники повідомляють про порушення своїх прав, працюють як механізм звільнення Інтернет-посередників від відповідальності, а не як механізм покладання на них відповідальності. І це радикально відмінне від того, що пропонується законопроектом. Авто-

ром робиться висновок, що у ЄС Інтернет-посередники мають додаткове право. В Україні Інтернет-посередники можуть отримати додатковий обов'язок. Звідси й різні юридичні наслідки. У ЄС відмова від права тягне втрату додаткового захисту. В Україні порушення обов'язку може зумовити безумовну відповідальність¹.

Таким чином, на наш погляд, можна сформулювати такі засади відповідальності європейських провайдерів: 1) вона не є абсолютною, а наступає за умов, якщо постачальник послуг здійснює певне втручання у процес передачі інформації (ініціювання, спрямування, формування контенту, його перероблення); 2) якщо предмет діяльності постачальника послуг носить технічний характер, на нього не розповсюджуються вимоги щодо несення відповідальності за порушення інформацією прав інтелектуальної власності третіх осіб; 4) відповідальність наступає за умови обізнаності постачальника про порушення інформацією прав інтелектуальної власності третіх осіб; 4) вчинення постачальником послуг за умов обізнаності швидких дій щодо припинення такого порушення звільняє його від несення відповідальності у подальшому.

Вважаємо, що такі засади відповідальності постачальників послуг хостингу мають бути закладені й в проєкті Закону від 10.05.2016 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет», що дозволить не тільки збалансувати забезпечення інтересів всіх учасників інформаційних відносин у мережі Інтернет, а й закладе європейські стандарти у новому для України правовому інституті.

У розглядуваному контексті доцільно навести одне з останніх судових рішень Європейського суду з прав людини справи, яке було прийнято у грудні 2015 р. та стосується блокування YouTube в Турції. Підставою блокування цього веб-ресурсу стало рішення суду Анкари, постановлене у зв'язку із розміщенням на ньому 10 відео-файлів, які були розцінені як такі, що порочать пам'ять засновника турецької держави Ататюрка.

¹ Циба С. Закон о кинематографии – Интернет в ответе за все! [Електроний ресурс] / С. Циба. – Режим доступу: <http://abkotliarov.com.ua/zakon-o-kinematografii-internet-v-otvete-za-vse/>.

Європейський суд з прав людини у цій справі визнав рішення турецького суду таким, що порушує ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка гарантує свободу вираження поглядів. Ним було встановлено, що турецьке законодавство дозволяє блокувати лише конкретні публікації, а не сайт в цілому. На цій підставі блокування YouTube суперечить зазначеній нормі Конвенції, яка допускає обмеження закріпленого в ній права тільки на підставі закону та тільки, якщо таке обмеження необхідне в демократичному суспільстві¹.

Однак слід зазначити, що прийняття такого рішення Європейським судом з прав людини стало можливим тому, що заявникам вдалося доказати, що блокування зазначеного інтернет-ресурсу негативно вплинуло на їх професійну діяльність, а інформація на ньому є унікальною, суспільно значущою та не доступною на інших ресурсах. Зокрема, як справедливо зазначили заявники, YouTube часто розкриває політичну інформацію, яка ігнорується засобами масової інформації, що сприяє розвитку громадської журналістики в країні. У зв'язку з цим, Суд визнає, що ця платформа є унікальною за рівнем доступності та потенційного впливу. Таким чином Суд зробив висновок, що блокування доступу до YouTube позбавило заявників важливого засобу реалізації свого права на свободу одержувати та поширювати інформацію і вказав на порушення статті 10 Конвенції у зв'язку з цим. Блокування ж сайту турецькою владою не мало за собою законних підстав².

Отже, вітчизняне законодавство потребує істотних змін та доповнень з метою підвищення охорони прав інтелектуальної власності в умовах інформаційного суспільства, які мають розроблятися з урахуванням досвіду інших країн у цьому питанні, судової практики Суду справедливості Європейського Союзу та Європейського Суду з прав людини та виходячи із балансу інтересів всіх учасників інформаційних відносин, які виникають у глобальній мережі Інтернет.

¹ Юркина Е. Блокировка сайта по решению суда может нарушать Европейскую Конвенцию по правам человека [Електроний ресурс] / Е. Юркина. – Режим доступу: <https://habrahabr.ru/post/297714/>.

² Ченгіз проти Туреччини (Cengiz v. Turkey) [Електроний ресурс]. – Режим доступу: <http://cedem.org.ua/library/yespl-vyznav-blokovannya-youtube-porushennyam-svobody-slova/>.