

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ ТА ІНТЕРНЕТ (СЬОМІЙ МОДУЛЬ)

ЕНРІКЕ ГАРСІА ГАРСІА

СУДДЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО СУДУ, М. МАДРИД

М. КИЇВ (УКРАЇНА)

Березень 2016 р.

ЕКОНОМІЧНА ВАЖЛИВІСТЬ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

	МЛН. ЄВРО	% ВВП	Прямі та непрямі роб. місця
ЄС	509.859	4,2 %	9.380.795
ІСПАНІЯ	38.231	3 %	583.574
НІМЕЧЧИНА	100.874	4%	1.354.889

Джерело: Європейська обсерваторія порушень прав інтелектуальної власності

ДЕЯКА ЦІКАВА ІНФОРМАЦІЯ

- 20% користувачів мережі Інтернет по всьому світі зазвичай користуються платформами із музичним контентом, що порушує авторське права.

Звіт Міжнародної федерації виробників фонограм (IFPI) від 2015 р. щодо цифрової музики

- 20 млрд. пісень незаконно завантажуються через мережу Інтернет
- 500 млн. в Іспанії
- В Україні, за приблизними розрахунками, цифрове піратство сягає 60% міжнародної музичної галузі, із втратами у 28 млн. євро.
- Велика кількість ринків під відкритим небом, наприклад, Петрівка у м. Київ, де більше 300 точок продають незаконні матеріали.

Звіт IFPI за 2006 р. щодо піратства у дискографічній індустрії

ЕТАПИ ТЕХНОЛОГІЧНОГО РОЗВИТКУ ТА ЇХ ВПЛИВ НА АВТОРІВ ТА РЕШТУ ВЛАСНИКІВ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛНОЇ ВЛАСНОСТІ

Технологічний прогрес лежить в основі розвитку та систематизації авторського права та суміжних прав.

- Книжковий друк. Гуттенберг, 1440

Поява системи привілеїв, яка згодом переросте у регулювання авторського права. Перший відповідний документ – 1710 р., Статут королеви Анни (Англія)

- Фонограф. Едісон, 1877
- Кінематограф. Брати Люм'єр 1894
- Аудіокасета. Philips, 1963
- Відеокасета. Sony, 1975
- Інтернет. 1969, початок розвитку у 1990.

МІЖНАРОДНА ТА ЄВРОПЕЙСЬКА НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА

МІЖНАРОДНІ КОНВЕНЦІЇ (так звані “Інтернет-договори”):

- Договір Всесвітньої Організації Інтелектуальної Власності (ВОІВ) про виконання і фонограми (WPPT) від 20 грудня 1996 р.
- Договір ВОІВ про авторське право (WCT) від 20 грудня 1996 р.

Договір ВОІВ про виконання і фонограми від 20 грудня 1996 р. (WPPT)

Україна приєдналася 29 листопада 2001 р.

Договір набув чинності в Україні 20 травня 2002 р.

Охорона, зокрема у цифровому середовищі, прав інтелектуальної власності для:

- виконавців та
- виробників фонограм.

Договір ВОІВ про авторське право від 20 грудня 1996 р. (WCT)

Україна приєдналася 29 листопада 2001 р.
Договір набув чинності 6 березня 2002 р.

Охорона творів та авторського права у цифровому середовищі.

Договором визнаються додаткові права автора, не передбачені Бернською конвенцією, а саме:

- право на розповсюдження;
- право на оренду;
- більш широке право на публічне сповіщення

МІЖНАРОДНА ТА ЄВРОПЕЙСЬКА НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА

ДИРЕКТИВИ ЄС:

- ДИРЕКТИВА 2000/31/ЄЕК Європейського парламенту та Ради, від 8 червня 2000 року, про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку.
- ДИРЕКТИВА 2001/29/ЄС Європейського парламенту та Ради, від 22 травня 2001 р., про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав в інформаційному суспільстві.

ДИРЕКТИВА 2000/31

- Встановлює режим вільного надання послуг в інформаційному суспільстві ЄС; регулює та сприяє використанню електронних договорів
- Визначає режим відповідальності постачальників послуг в інформаційному суспільстві (статті 12 – 15)

ДИРЕКТИВА 2000/31

ПОСЛУГИ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Поняття визначається Директивою 98/94/ЄС, текст у редакції Директиви 98/48/ЄС: будь-яка послуга, яка зазвичай надається в обмін на винагороду, дистанційно, шляхом електронного зв'язку та на індивідуальний запит одержувача послуг.

Поміж іншого, включає:

- Електронну комерцію (укладення договорів онлайн)
- Пропонування контенту онлайн (YouTube)
- Інструменти пошуку, доступу та зберігання даних (пошукові системи, google)
- Послуги із передачі інформації через комунікаційну мережу (електронна пошта)
- Послуги із зберігання інформації, наданої одержувачем послуг (хмарний сервіс)

ДИРЕКТИВА 2000/31

Суб'єкти:

- ПОСТАЧАЛЬНИКИ КОНТЕНТУ
- ПОСТАЧАЛЬНИКИ ПОСЛУГ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

ДИРЕКТИВА 2000/31

ПОСТАЧАЛЬНИКИ КОНТЕНТУ

Суб'єкти, які надають контент для його цифрового використання.

Сприяють цифровому обміну контентом шляхом їх розміщення на серверах та іншому обладнанні, із якого можливо завантажувати контент або ж відправити його на мультимедіа-пристрої користувачів.

- Культурна сфера.
- Прості користувачі, які завантажують контент до мережі.

ДИРЕКТИВА 2000/31

ПОСТАЧАЛЬНИКИ ПОСЛУГ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Будь-яка фізична чи юридична особа, яка надає послуги в інформаційному суспільстві.

Суб'єкти, які надають користувачам та постачальникам контенту доступ до технічного обладнання та послуг, необхідних для здійснення цифрового використання контенту (завантаження, зберігання, надання доступу, цифрова передача, отримання контенту).

Постачальники посередницьких послуг у мережі Інтернет відповідають за передачу даних, надають послуги із зберігання даних, надають посилання на інший контент або надають послуги із здійснення пошуку по контенту.

- Постачальники мережі та послуг із кешування
- Постачальники доступу до мережі інтернет
- Постачальники послуг із зберегіння даних (хостинг)
- Постачальники посилань та пошукових інструментів

ДИРЕКТИВА 2000/31

Відповідальність постачальників послуг в інформаційному суспільстві (ППІС):

- ППІС – це суб'єкти, які не здійснюють використання інформації; їх дії є виключно технічними, автоматичними та пасивними; інформація, яку передають та зберігають ППІС, надається третіми особами.
- Директива передбачає правила, що обмежують можливість покласти на ППІС відповідальність у випадках, коли вони були лише технічним, автоматичним та пасивним посередником; якщо не виконані відповідні передбачені умови, на ППІС можливо покласти відповідальність (за порушення прав, за завдану шкоду, тощо).
- Обмеження відповідальності постачальників посередницьких послуг не заважає можливості виносити проти них рішення про заборону (судове або адміністративне рішення, на підставі якого від ППІС вимагається припинення будь-якого порушення або вчинення дій, що заважатимуть здійсненню порушення, включно із видаленням незаконної інформації чи унеможливленням доступу до неї)
- Розрізняють наступні категорії ППІС:
 - Просто посередник (“mere conduit”)
 - Кешування
 - Хостинг

ДИРЕКТИВА 2000/31

Просто посередник (“mere conduit”)

- Якщо надається послуга в інформаційному суспільстві, яка полягає в передачі через комунікаційну мережу інформації, наданої одержувачем послуги, або забезпеченні доступу до комунікаційної мережі, то постачальник послуг не несе відповідальності за інформацію, що передається, за умови, що постачальник:
 - a) не ініціює передачу;
 - b) не вибирає одержувача передачі, і
 - c) не вибирає та не модифікує інформацію, що міститься в передачі.

ДИРЕКТИВА 2000/31

Просто посередник (“mere conduit”)

- Акти передачі або забезпечення доступу, що звільнені від відповідальності, включають автоматичне, проміжне і тимчасове зберігання інформації, що передається, за умови, що такі дії відбуваються з єдиною метою здійснення передачі через комунікаційну мережу, і за умови, що інформація не зберігається протягом будь-якого строку, довшого, ніж це обґрунтовано необхідно для такої передачі.

ДИРЕКТИВА 2000/31

Кешування: автоматичне, проміжне та тимчасове зберігання інформації.

Якщо надається послуга в інформаційному суспільстві, яка полягає в передачі через комунікаційну мережу інформації, наданої одержувачем послуги, постачальник послуг не несе відповідальності за автоматичне, проміжне і тимчасове зберігання тієї інформації, яке здійснюється з єдиною метою – зробити більш ефективною наступну передачу інформації іншим одержувачам послуги на їхню вимогу, за умови, що:

- a) постачальник не модифікує інформацію;
- b) постачальник виконує умови доступу до інформації;
- c) постачальник виконує правила, що стосуються оновлення інформації, які визначені у спосіб, який широко визнаний і використовується в даній галузі;
- d) постачальник не перешкоджає законному використанню технологій, які широко визнаються і використовуються в даній галузі, щоб одержати дані стосовно використання інформації; та
- e) постачальник діє оперативно, щоб зняти або зробити неможливим доступ до інформації, яку він зберігав, після того, як йому фактично стає відомо, що інформація в первинному джерелі передачі видалена з мережі або що доступ до неї став неможливим чи судовий або адміністративний орган видав розпорядження про таке видалення або обмеження.

ДИРЕКТИВА 2000/31

Зберігання даних (хостинг)

• Якщо надається послуга в інформаційному суспільстві, яка полягає у зберіганні інформації, що надається одержувачем послуги, то постачальник послуги не несе відповідальності за інформацію, яка зберігається на вимогу одержувача послуги, за умови, що:

а) постачальнику фактично не відомо про те, що діяльність або інформація є незаконною, та, щодо позову про відшкодування збитків, йому не відомо про факти або обставини, з яких випливає, що діяльність або інформація є незаконною; або,

б) постачальник після одержання таких відомостей діє оперативно, щоб видалити або зробити неможливим доступ до інформації;

с) одержувач послуги не діє за розпорядженням або під контролем постачальника послуг.

ДИРЕКТИВА 2000/31

Відповідальність постачальників послуг:

- На постачальників послуг не покладається ні загального зобов'язання здійснювати моніторинг інформації, яку вони передають або зберігають, ні загального зобов'язання активно шукати факти або обставини, які вказують на незаконну діяльність.
- Можливо запровадити зобов'язання для постачальників послуг швидко інформувати компетентні державні органи про можливу незаконну діяльність, що здійснюється, або інформацію, що надається одержувачами їхніх послуг, чи зобов'язання повідомляти компетентним органам, на їх вимогу, інформацію, яка дає можливість ідентифікувати одержувачів їх послуг, з якими в них укладені угоди про зберігання інформації.

ДИРЕКТИВА 2001/29/ЄС ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПАРЛАМЕНТУ ТА РАДИ ВІД 22 ТРАВНЯ 2001р.

- Директива про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав в інформаційному суспільстві.
- Дана Директива покликана відповісти на вплив, який має технологічний розвиток (цифрове середовище, тощо) на права інтелектуальної власності (створення, виробництво, використання; але також і необхідність посилити захист прав, враховуючи підвищену легкість їх порушення).
- **Передбачається можливість вжиття запобіжних заходів проти посередників (ППІС), навіть коли вони не несуть відповідальності за вчинене порушення** (стаття 8.3), у випадку, коли третя особа використала послуги ППІС для порушення авторського права чи суміжних прав.
- Визнає за авторами право дозволяти **публічне сповіщення та на розповсюдження** у всіх їх різновидах.
- Визнає за власниками авторських та суміжних прав **право на відтворення та на надання доступу** (надання публіці доступу до об'єкту датовими чи бездротовими засобами таким чином, що будь-яка особа могла мати доступ до них із місця та в момент, обраний нею, наприклад, через мережу Інтернет) як підвид права на публічне сповіщення (Ст. 3).
- Систематизує можливі винятки із авторського права та суміжних прав, залишає за державами-членами рішення про встановлення (чи не встановлення) певних винятків із прав на відтворення та (у певних випадках) на розповсюдження.
- Встановлює обов'язок передбачити захист від обходу технологічних засобів, призначених для запобігання або протидії діям по відношенню до об'єктів, використання яких не дозволено суб'єктом авторського або суміжних прав.

ЛІЦЕНЗІЇ “CREATIVE COMMONS”

- Створивши твір, автор, який хоче використовувати його у мережі Інтернет, може обрати для такого твору ліцензію “creative commons” і розмістити її в загальному доступі із символом “CC” , додавши ліцензію.
- Твори, позначені ліцензією “CC”, не є творами без охорони; йдеться про об'єкти авторського права, автор яких зберігає за собою певні права і віддає інші, в залежності від кожного конкретного випадку (копія, публічне сповіщення, тощо).
- Такі ліцензії не мають єдиного шаблону, вони дозволяють обрати дуже різноманітні опції, в залежності від ступені доступності об'єкту, що визначається автором.
- Коли користувач вирішує використати такий об'єкт, він перетворюється на ліцензіата і зобов'язується прийняти та дотримуватися умов, що були встановлені автором для використання цього об'єкту. Серед цих умов важливою є серія умов, що забороняють використання твори із комерційною метою – наноситься відповідне позначення заборони із символом евро у середині.

ОБМІН ФАЙЛАМИ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ : ПРОТОКОЛИ PEER TO PEER (I)

- Протоколи “Peer to Peer” (чи P2P) – це технологічний інструмент, який дозволяє поєднати певну кількість комп'ютерів; таким чином, декілька суб'єктів зможуть обмінюватися контентом, який зберігатимуть у папці, доступ до якої буде відкритий для комп'ютерів мережі. Інсталяція відповідної програми дозволяє користувачам встановлювати прямий зв'язок через створену між ними мережу, без втручання сторони, яка надала таку комп'ютерну програму, створюючи дуже дієвий спосіб обміну цифровими файлами.
- Після завантаження відповідної програми увесь процес обміну відбувається напряму між комп'ютерами користувачів.
- Серед файлів, якими обмінюються користувачі, є такі, що створені власне користувачами, або ж такі, що мають відповідний дозвіл; зокрема, тут йдеться про об'єкти, що знаходяться у загальному надбанні, або ж такі, що розповсюджуються за загальною публічною ліцензією (GNU GLU), наприклад, за ліцензією "creative commons", де передбачено положення, що дозволяють вільний обмін об'єктами ("copyleft", тощо).
- Але через мережу також ведеться обмін об'єктами, що захищені авторським правом (музика, фільми, тощо).

ОБМІН ФАЙЛАМИ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ : ПРОТОКОЛИ PEER TO PEER (II)

- Технологічний розвиток призвів до більшої децентралізації даного протоколу: вже відсутня необхідність центрального серверу, який з'єднує мережу; технологія дозволяє використовувати інформатичну програму, яка поєднує комп'ютери користувачів напряму, створюючи мережу; користувачі можуть отримати доступ до решти комп'ютерів, приєднаних до мережі, та завантажити звідти файли на свій жорсткий диск; таким чином, кожен користувач одночасно може бути і клієнтом, і сервером.
- Здійснення обміну файлами між приватними особами шляхом використання протоколів "peer to peer" є повністю законною діяльністю, якщо файли, якими ведеться обмін, не є об'єктами ексклюзивних прав третіх осіб, або ж за наявності дозволу від третіх осіб для такого обміну.
- Обмін між користувачами мережі Інтернет (наприклад, через **протоколи peer to peer**) файлами, що є об'єктами авторського права та суміжних прав, за відсутності дозволу правовласника, становить порушення прав на такі об'єкти; такий обмін є втручанням в ексклюзивні права на використання об'єкта, прав, що належать правовласнику; йдеться про порушення права на публічне сповіщення у частині надання інтерактивного доступу до об'єктів, оскільки надається можливість доступу до таких об'єктів через мережі Інтернет за бажанням зацікавленої особи; також має місце порушення права на відтворення, оскільки здійснюються цифрові копії об'єктів авторського права за відсутності відповідного дозволу від правовласника.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: ВІДПОВІДНІ СУДОВІ РІШЕННЯ

Рішення Суду справедливості ЄС від 26 січня 2008 р., С-275/06, PROMUSICAE проти TELEFÓNICA DE ESPAÑA, щодо відсутності обов'язку постачальника послуг в інформаційному суспільстві надавати дані щодо порушників у рамках цивільного провадження щодо дій, що вчиняються користувачами мереж P2P.

- - **ФАКТИ:** TELEFÓNICA відмовилися у рамках досудового слідства по цивільному провадженню надати PROMUSICAE, яка діяла в інтересах власників прав інтелектуальної власності, що є її членами (музичні продюсери Іспанії), особисті дані стосовно використання мережі інтернет через підключення, що надається TELEFÓNICA.
- - **ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАПИТУ:** надати інформацію щодо імені та адреси певних осіб, яким Telefónica надає послуги із інтернет-підключення та IP-адреса і час та місце підключення яких є відомим. Згідно із PROMUSICAE, ці особи використовували програму обміну файлами «KaZaA» («peer to peer» чи «P2P») яка надає доступ до спільної папки із особистого комп'ютеру, де зберігають аудіозаписи, майнові права на використання яких належать членам PROMUSICAE., тим самим вчиняючи дії, що становлять нечесну конкуренцію та порушують права інтелектуальної власності.
- - **ВІДПОВІДЬ СУДУ:**
 - трактування норм національного законодавства – це завдання національних судових органів, а не Суду справедливості; тим не менш, Суд справедливості є компетентним у наданні національному судовому органу усіх елементів, необхідних для трактування відповідних понять права ЄС, щоб національним орган міг оцінити сумісність норм національного права із нормами права ЄС.
 - основоположне право на власність, частиною якого є права інтелектуальної власності та авторське право, а також основоположне право на дієвий судовий захист є загальними принципами права Європейського Союзу; у цьому випадку відбувається колізія із іншим основоположним правом, правом на особисте життя, яке гарантує захист особистих даних.
- Директиви 2000/31, 2001/29, 2004/48 та 2002/58 (остання стосується захисту даних) не зобов'язують держави-члени запроваджувати у ситуації, аналогічній тій, що розглядається, обов'язок повідомляти особисті дані із метою гарантування дієвого захисту авторських прав у рамках цивільного провадження (такий обов'язок, втім, існує у випадках кримінального провадження, загрози національній безпеці, оборони та громадської безпеки).
- саме національне законодавство держав-членів та його національні судові органи мають дотримуватися належної рівноваги між вищезазначеними основоположними правами у цивільному провадженні.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: ВІДПОВІДНІ СУДОВІ РІШЕННЯ

- Рішення Суду справедливості від 23 березня 2010р., С-236/08 - 238/08, Louis Vuitton та ін. проти Google. Відповідальність пошукових сайтів за зберігання інформації.

■ ФАКТИ:

- Google функціонує як пошукова система у мережі Інтернет. Коли користувач мережі Інтернет здійснює пошук шляхом використання одного чи декількох слів, Google видає список звичайних пошукових результатів, що відповідають заданим словам. Тим не менш, Google також пропонує рекламний сервіс, так званий «AdWords», тобто рекламні посилання, які супроводжуються коротким рекламним повідомленням.

- Компанія Vuitton є власником прав на добре відомі ТМ для сумок та аксесуарів зі шкіри. Vuitton з'ясували, що введення до пошукової системи Google термінів, що включали торговельні марки Vuitton, призводило до появи у розділі “рекламні посилання” посилань на веб-сайти, де продавалися підробки під продукцію Vuitton. Схожа ситуація відбувалася і з іншими компаніями, у відповідних акумульованих позовах.

■ ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАПИТУ:

- Vuitton та інші компанії подали позов проти Google за порушення прав на торговельну марку.

- Суд мав сумніви щодо того, чи постачальник платних послуг із рекламування, яких надає у розпорядження рекламодавців ключові слова, що відтворюють або імітують зареєстровані ТМ, здійснює таким чином використання даних ТМ, використання, яке може бути заборонено власником прав на ТМ.

- Суд також мав сумнів щодо обсягу відповідальності постачальника послуг в інформаційному суспільстві.

■ ВІДПОВІДЬ СУДУ:

- рекламодавець, який сплачує за рекламні послуги та обирає як ключове слово позначення, що є тотожним ТМ, яка йому не належить, порушує права на цю ТМ; суд може заборонити такий вид діяльності із метою охорони функції ТМ щодо зазначення походження.

- ППСС самостійно не використовує дані позначення в господарському обігу для товарів та послуг, а лише створює необхідні технічні умови для використання даного позначення та отримує за дану послугу винагороду.

- Постачальник рекламних послуг у мережі Інтернет не несе відповідальності, якщо не виконує активної ролі, на підставі якої він би міг дізнатися або контролювати дані, що зберігаються ним на вимогу рекламодавця; такий постачальник послуг буде нести відповідальність, якщо, дізнавшись про незаконність діяльності рекламодавця, він оперативним чином вжив заходів для видалення чи унеможливлення доступу до таких даних.

- щоб зрозуміти, чи Google виконує у цій ситуації активну роль, треба перевірити його участь у складенні рекламного повідомлення, що супроводжує рекламне посилання, або його участь у відборі ключових слів; для підтвердження активної ролі не достатньо того факту, що постачальник послуг здійснює обробку даних, введених рекламодавцями, визначає порядок появи оголошень або отримує винагороду за рекламні послуги.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: ВІДПОВІДНІ СУДОВІ РІШЕННЯ

- Рішення Суду справедливості від 12 червня 2011 р., С-324/09. L’Oreal та ін. проти Ebay. Серед інших важливих аспектів: вимоги для уникнення відповідальності за зберігання даних (хостинг).

- **ФАКТИ:** - L’Oréal виробляє та продає парфуми та косметичні товари, які розповсюджуються через закриту мережу ексклюзивних дистриб’юторів, яким заборонено продавати товари іншим дистриб’юторам.

- eBay надає послуги електронної платформи, де демонструються рекламні оголошення товарів, які пропонуються до продажу особами, які мають для цього зареєструватися та створити профіль продавця на eBay. eBay бере відсоток за транзакції, здійснені через цю платформу. Продаж здійснюється або за фіксованою ціною, або через аукціон. Продавці та покупці мають погодитися на умови використання електронного ринку, встановлені eBay, серед яких міститься заборона продавати підробні товари та порушувати права на торговельні марки.

- eBay також допомагає продавцям оптимізувати свою діяльність, створювати онлайн-магазин, просувати та збільшувати свої продажі. До того ж, eBay рекламує деякі із товарів, що запропоновані на даному сайті електронного продажу шляхом використання рекламних повідомлень у таких пошукових системах як Google.

- L’Oréal поінформувало eBay щодо свого схвилювання масштабними продажами, що шкодили правам інтелектуальної власності компанії та здійснювалися через європейські веб-сайти eBay. Не задоволені отриманою відповіддю, L’Oréal подали ряд позовів проти eBay, оскільки продажі, що здійснювалися через веб-сайт www.ebay.co.uk, порушували права на торговельні марки L’Oreal («Amor Amor» та «Lancôme».)

- деякі одиниці були підробками, інші ні, але всі вони продавалися без пакування або ж були демонстраційними примірниками, чи пробниками, чи призначалися для продажу за межами Європейської економічної спільноти.

- **ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАПИТУ:**

- L’Oréal стверджували, що eBay несе відповідальність за використання торговельних марок L’Oréal як наслідок відображення цих ТМ на веб-сайті eBay і відображення даного веб-сайту у пошукових системах нахталт Google у вигляді рекламних посилань, які демонструються, коли використовуються ключові слова, що відповідають даним ТМ.

- eBay встановили фільтри для ідентифікації рекламних оголошень, які можуть не відповідати умовам використання веб-сайта, через використання програми «VeRO» («Verified Rights Owner»; перевірений правовласник) і встановлення системи «повідомлення та зняття», що має на меті полегшення для суб’єктів прав інтелектуальної власності видалення із електронного ринку рекламних оголошень, що порушують їх права. L’Oréal відмовилися від участі у даній програмі, стверджуючи, що вона є неефективною..

- eBay накладала санкції у вигляді тимчасового призупинення чи остаточного видалення на продавців, які порушували умови використання електронного ринку.

- велася дискусія щодо порушення прав на торговельну марку та меж відповідальності постачальника послуг в інформаційному суспільстві.

▪ **ВІДПОВІДЬ СУДУ (I) рішення Суду справедливості від 12 липня 2011 р.**

- - Якщо фізична особа продає товар із певною ТМ через шляхом електронної комерції та без ознак комерційної діяльності, власник прав на цю ТМ не може посилається на існування у нього ексклюзивних прав; тим не менш, якщо такий продаж на електронному ринку виходить за межі приватної діяльності (за обсягом, частотністю, тощо), продавець діє у рамках “господарського обігу” і може мати місце порушення прав на ТМ.
- - Власник прав на ТМ, зареєстровано у певній державі-члені, повинен мати можливість контролювати перший продаж товарів, що позначені даною ТМ, на території Європейської економічної зони (принцип вичерпання права у Співтоваристві)
- - Під час аналізу електронного ринку важливим фактором є не те місце, звідки можна отримати до нього доступ, а місце, де знаходяться споживачі, для яких призначено таких продаж *destinatarios de las ventas* (для цього дуже важливим фактом є місця, куди продавець готовий надіслати товар); у даному випадку портал був призначений для споживачів із територій, де діяли заявлені торговельні марки. Відповідно, власник прав на ТМ мав право заперечувати проти такого продажу, такого пропонування до продажу чи такого оголошення.
- - Тестери абсолютно не пов'язані із фактами продажу.
- - Власник прав на ТМ може заперечувати проти повторного продажу товарів, із яких було зовнішнє пакування, якщо це призвело до того, що на товарі вже не відображається основна інформація (ідентифікація виробника та відповідального за продаж) або ж коли така ситуація шкодить іміджу даного товару і, як наслідок, репутації торговельної марки.
- - Власник прав на ТМ має право заборонити ППІС здійснювати рекламу, на основі ключового слова, що є тотожним даній марці і яке було обрано певними суб'єктом господарської діяльності під час замовлення рекламних посилань у мережі Інтернет, товарів, що пропонуються до продажу на даному електронному ринку, коли така ситуація не дозволяє нормально поінформованому та достатньо уважному користувачеві мережі Інтернет визначити, чи такі товари походять від власника прав на ТМ, від компанії, що є економічно пов'язаною із власником прав, або ж, навпаки, від третьої особи.
- - Якщо послуги, що надаються даним ППІС, обмежені тим, що на веб-сайті його клієнти використовують позначення, що відповідають певним ТМ, суд має розцінювати це як те, що даний ППІС самостійно не використовує такі позначення на зазначеному веб-сайті; його відповідальність відповідає тій, що передбачена для ППІС.
- - Позивач може вимагати від оператора електронного ринку вжиття заходів, які не тільки припинять порушення зазначених прав, що вже були здійснені користувачами такого електронного ринку, але й вжиття заходів, що допоможуть уникнути випадки нових порушень цього типу (пропорційно та без шкоди законній торгівлі).

▪ ВІДПОВІДЬ СУДУ (II) рішення Суду справедливості від 12 липня 2011 р.

- Використання електронного ринку є послугою в інформаційному суспільстві.
- Якщо постачальник послуг, замість обмежитися нейтральним наданням таких послуг шляхом технічного та автоматичного оброблення даних, наданих клієнтом, виконує активну роль, яка дозволяє цьому постачальнику послуг дізнатися чи контролювати такі дані, на нього не розповсюджуються винятки із відповідальності.
- Лише той факт, що оператор електронного ринку зберігає на своєму сервері пропозиції продажу, визначає умови такої послуги, отримує за неї винагороду і надає загальну інформацію клієнтам, не може означати, що на такого оператора не розповсюджуються винятки із відповідальності, передбачені Директивою 2000/31.
- Якщо, поміж іншого, оператор приділяє постійну увагу оптимізації відображення відповідних пропозицій продажу чи рекламуванню таких пропозицій (таку ситуацію має проаналізувати національний суд), вважаємо, що такий оператор не виконував нейтральну роль між клієнтом-продавцем та потенційними покупцями, а, навпаки, виконував активну роль, яка дозволила такому оператору дізнатися чи отримати контроль над даними, що стосуються таких пропозицій до продажу. Відповідно, у частині цих даних оператор не може бути звільнений від відповідальності на підставі винятків, передбачених статтею 14 Директиви 2000/31.
- Якщо б оператор електронного ринку не виконував активну роль, до нього б застосовувалися винятки із відповідальності, передбачені Директивою 2000/31; але такий оператор не може посилатися на винятки із відповідальності у випадку необхідності компенсації завданої правласнику шкоди, якщо цей оператор знав про факти та обставини, на підставі яких сумлінний суб'єкт господарської діяльності усвідомив би незаконну природу відповідних рекламних оголошень та, усвідомивши таку ситуацію, не вжив оперативних заходів.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: ВІДПОВІДНІ СУДОВІ РІШЕННЯ

Рішення Суду справедливості від 24 листопада 2011 р., C-70/10, SABAM та ін. проти Scarlet

Розширення відсутності загального зобов'язання здійснювати моніторинг даних, що передаються постачальниками послуг в інформаційному суспільстві.

- **ФАКТИ:** - SABAM – бельгійська організація колективного управління, яка представляє авторів, композиторів та видавців музичних творів
 - Scarlet – провайдер, що надає своїм клієнтам доступ до мережі Інтернет.
 - SABAM дійшли висновку, що користувачі мережі Інтернет, що використовували послуги Scarlet, завантажували із Інтернету без дозволу та не сплачуючи за відповідні права об'єкти авторського права, що фігурують у каталозі даної ОКУ, шляхом використання мереж «peer to peer», які є способом обміну контентом,
 - SABAM вимагали, щоб суд проголосив існування порушення авторських прав на музичні твори, що належать до репертуару позивача, зокрема, права на відтворення та права на публічне сповіщення, як результат недозведеного обміну електронними музичними файлами, що здійснювався через програми «peer to peer», порушення, що були вчинені із використанням послуг Scarlet. Позивач також вимагав, щоб суд зобов'язав Scarlet припинити такі порушення, заборонивши чи заблокувавши у будь-який спосіб відправку та отримання клієнтами відповідача файлів, що відтворюють музичний твір без дозволу правовласників, шляхом використання програми «peer to peer».
- **ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАПИТУ:** чи суддя має право наказати постачальнику послуг доступу до мережі Інтернет встановити, для усіх своїх користувачів, *in abstracto* і в превентивних цілях, за рахунок постачальника послуг та без часових обмежень, систему, яка б фільтрувала усю електронну комунікацію, вхідну та вихідну, яка відправляється по його мережі, зокрема через використання програм “peer-to-peer”, із метою ідентифікації обміну електронними файлами, які містять музичний, кінематографічний чи аудовізуальний твір, на які позивач, за його власними словами, має права, та яка б блокувала такий обмін.
- **ВІДПОВІДЬ СУДУ:**
 - Судді можуть вимагати від посередників вжити заходів не тільки для припинення вже завданих порушень прав інтелектуальної власності шляхом використання їх послуг в інформаційному суспільстві, але й заходів, що допоможуть уникнути нових порушень.
 - Але заборонено вимагати вжиття заходів, які вимагатимуть від постачальника послуг доступу до мережі Інтернет здійснювати загальний моніторинг даних, що передаються через його мережу (наприклад, зобов'язати його здійснювати активний моніторинг усіх даних кожного із клієнтів із метою уникнення майбутніх порушень прав інтелектуальної власності).
 - Захист основоположного права на власність, частиною якого є права інтелектуальної власності, має здійснюватися із дотримання інших основоположних прав, таких як свобода підприємництва (яка буде порушена, якщо зобов'язати постачальника встановити інформатичну систему, яка буде складною, обтяжуючою, постійною та діяти за рахунок цього постачальника, що суперечить вимогам частини першої статті 3 Директиви 2004/48, де зазначається, що заходи із дотримання прав інтелектуальної власності не мають бути занадто складними чи обтяжуючими).
 - Судова вимога такого виду порушить права не тільки постачальника послуг доступу до мережі Інтернет, але й основоположні права його клієнтів, зокрема, права на захист особистих даних і свободу отримувати та відправляти дані, права, що охороняються статтями 8 та 11 Хартії основоположних прав Європейського Союзу.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: ВІДПОВІДНІ СУДОВІ РІШЕННЯ

- Рішення Суду справедливості від 16 лютого 2012р., C-360/10, SABAM проти Netlog. Відсутність загального зобов'язання здійснювати моніторинг інформації, яка зберігається, що вимагає створення системи фільтрування цієї інформації, щоб завадити надання доступу до файлів, які порушують авторське право.
- **ФАКТИ:** - SABAM – бельгійська організація колективного управління, яка представляє авторів, композиторів та видавців музичних творів, надає третім особа дозвіл на використання об'єктів авторського права, які управляються даною ОКУ.
 - Netlog – це онлайн-платформа із соціальною мережею, де кожна зареєстрована особа отримує особистий простір, так званий “профіль”, що заповнюється користувачем і до якого може мати доступ будь-хто; основна функція цієї платформи – створити віртуальну спільноту, через яку користувачі можуть спілкуватися між собою та встановлювати дружні зв'язки. У власних профілях користувачі можуть вести щоденник, інформувати про свої хобі та вподобання, показувати список друзів, виставляти особисті фото чи публікувати короткі відео.
 - SABAM дійшли висновку, що соціальна мережа Netlog також надає користувачам можливість через свої профілі використовувати музичні та аудіовізуальні твори із репертуару SABAM і що Netlog надає публіці доступ до творів таким чином, що інші користувачі цієї мережі також можуть мати доступ до них, без дозволу на це від SABAM та без que Netlog abone un canon por ese concepto.
 - SABAM подали позов до суду, відповідно до передбаченого частиною першою статті 87 Закону про авторське право та суміжні права від 30 червня 1994р. і, серед іншого, вимагали від Netlog негайно припинити надання незаконного доступу до музичних та аудіовізуальних творів, що належать до репертуару SABAM
- **ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАПИТУ:** бельгійські суд поставив запитання, чи можна змусити постачальника послуг із зберігання даних встановити для усіх своїх користувачів, *in abstracto* і в превентивних цілях, за рахунок постачальника послуг та без часових обмежень, систему, яка б фільтрувала більшу частину інформації, яка зберігається на його серверах, із метою ідентифікації на його серверах електронних файлів, які містять музичні, кінематографічні та аудіовізуальні твори, на які SABAM, за власним твердженням, має певні права, і яка б у подальшому блокувала обмін такими файлами.
- **ВІДПОВІДЬ СУДУ:**
 - Власники прав інтелектуальної власності можуть заявляти про застосування запобіжних заходів проти власників платформ із соціальними мережами, такими як Netlog, що виконують роль посередників, відповідно до передбаченого даними положеннями, оскільки їх послуги можуть бути використані користувачами даних платформ для порушення прав інтелектуальної власності.
 - У той же час, як норми національного законодавства, так і їх застосування національними судовими органами мають відповідати обмеженням, передбаченим у Директивах 2001/29 та 2004/48, а також джерелам права, що згадуються у зазначених Директивах .
 - Зокрема, вони мають дотримуватися положень частини першої статті 15 Директиви 2000/31, яка забороняє національним державним органами встановлювати заходи, які зобов'язують постачальника послуг із зберігання даних здійснювати загальний моніторинг даних, що передаються в його мережі.
 - Така заборона також включає заборону встановлювати на національному рівні зобов'язання для постачальників посередницьких послуг, таких як постачальники послуг із зберігання даних, здійснювати активний моніторинг усіх даних кожного із своїх клієнтів із метою уникнення майбутніх порушень прав інтелектуальної власності.
 - Таке загальне зобов'язання із моніторингу суперечило б положенням статті 3 Директиви 2004/48, відповідно до яких засоби, передбачені даною Директивою, мають бути співмірними та пропорційними і не мають бути надто складними чи обтяжувачими.
 - Моніторинг, який вимагався позивачем, не відповідав нормам права ЄС, оскільки стосувався б усієї інформації, що зберігалася, то усіх користувачів послуг даного постачальника; такий моніторинг також заборонено частиною першою статті 15 Директиви 2000/31, до того ж у ньому не дотримується належна рівновага із іншими основоположними правами (свобода підприємництва, що включає постачальників послуг із зберігання даних; права клієнтів постачальника на захист особистих даних, їх свобода отримувати та відправляти дані).

ДЕЯКІ СУДОВІ РІШЕННЯ ІСПАНІЇ

- Рішення Апеляційного суду м. Мадрид (28-а палата) від 14 січня 2014 р Справа TELE 5 проти YOUTUBE: використання аудіовізуальних записів телеканалу на веб-сторінці “youtube” без дозволу цього телеканалу;

- YOUTUBE надає технологічну інфраструктуру, яка дозволяє завантажувати та розміщати відео на серверах, через які працює дана платформа; надає можливість проглядати відео, що зберігаються на серверах, через використання інтернет-підключення та спеціальної програми для перегляду на каналі; через інструменти пошуку та класифікації надає доступ до відео, що зберігаються, дає можливість користувачам зареєструватися і управляти власним профілем, надає статистику стосовно згенерованого трафіку і дозволяє отримати доступ до відео з інших веб-сайтів через використання зовнішніх посилань.

- не можна накласти на YOUTUBE зобов'язання здійснювати загальний моніторинг контенту, що зберігається, або здійснювати активний пошук фактів чи обставин, які вказують на незаконність такого контенту.

- якщо ж YOUTUBE має інформацію про те, що даний конкретний контент порушує права, тоді YOUTUBE має діяти, оскільки така ситуація не підпадає під умови звільнення від відповідальності постачальників проміжних послуг.

ДЕЯКІ СУДОВІ РІШЕННЯ ІСПАНІЇ

- Рішення Апеляційного суду м. Мадрид (28-а палата) від 31 березня 2014 р. Справа PRODUCTORES DE MÚSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), UNIVERSAL MUSIC SPAIN SL, WARNER MUSIC SPAIN SL, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN SA та EMI MUSIC SPAIN SA проти пана Pablo Soto Bravo, OPTISOFT SL, PIOLET NETWORKS SL та M PUNTO 2 PUNTO TECHNOLOGIES SA:

- аналіз протоколів “peer to peer” ;

- аналіз непрямого порушення в інтелектуальній власності: порушення, вчинене особою, яка свідомо підштовхує чи матеріально сприяє вчиненню правопорушення третьою особою; судові прецеденти в США (справи Sony Corporation of America проти Universal City Studios, також відома як справа Betamax; A&M Records Inc. проти Napster Inc; та Metro Goldwyn-Mayer Studios (MGM) Inc. проти Grokster, тощо)