the necessary properties by genetic engineering, into one of the areas of industry of important macroeconomic importance. In all leading countries of the world, national and international programs on biotechnology, funded by public and private capital, are developed and are operating, in addition, the results of scientific research in the field of biotechnology. Implement long-term projects with a high degree of risk upon receipt of various commercial products, the development results of which must be reliably protected from competitors, possibly while ensuring the granting of exclusive rights to new products and technologies by patenting. Thus, the protection of the right to biotechnology makes the patent an instrument for transferring technology and protecting new markets in the global economy, where the use of such an instrument is most effective in industries with a high cost of research and development, but low production cost of the final product, typical for biotechnological, microbiological and pharmaceutical industry.

The article is devoted, in essence, to the legal identification of a biomedical product, its content, as an object of intellectual property. It is indicated, using the example of strains and biosimilars, on the unique individual variability of properties and the content of biotechnologies, which is prone to constant mutation, as objects of intellectual property, which can directly affect the protection and protection of biopatents. Risks of the use of post-patent non-comparable biotherapeutic drugs, which are not identical to the original biotechnological drugs in three directions: quality, safety, efficacy, are presented in detail, as an example of the necessary legislative control. Attention is drawn to the need for legal classification and the lack of clarity in the definitions of intellectual property objects for biotechnology in international and domestic regulatory legal acts, which negatively affect the formation of the legal status of biotechnologies, and are mirrored on the use of legal tools for patenting.

The article presents an examination of the current classical legislation in the plane of a legal innovation model, taking into account the signs of legislative default and the absence of judicial practice, with a proposal for a reset of the domestic legislative system in the field of intellectual property on biotechnology, which is strategically very important for the state. The problems of the national legal system in the field of intellectual property on biotechnology are outlined, taking into account the emergence of fundamentally new objects of intellectual property generated by transplantation, cloning and robotization, regarding the determination of the legal status of these objects. It is investigated that high-quality provision of protection and protection of intellectual property objects consists in the development of a relevant legislative procedure on a highly specialized competent basis, taking into account the constant dynamic and innovative intellectual exclusivity.

Key words: intellectual property, right status, biotechnology, patenting, classification, mutations of strains, biosimilars, transplantation, cloning, biorobots.

DOI: 10.36695/2219-5521.2.2020.62

УДК 347.77

І.А. СТРОЙКО

*Ірина Анатоліївна Стройко, аспірантка Київського університету права НАН України, адвокат**

ORCID: 0000-0003-4764-0083

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЛАТФОРМ СПІЛЬНОГО ДОСТУПУ ДО ВІДЕО У КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ СУМІЖНИХ ПРАВ НА ПРОГРАМУ

Постановка проблеми. Протягом останніх років медіа-ландшафт в Україні і світі змінюється революційним чином. Все більшої ваги для споживачів набирають послуги платного телебачення, різноманітні сервіси з поширення відеоконтенту, що пропонуються IPTV-мережами і OTT-платформами. Власні відеосервіси запускають глобальні технологічні компанії (наприклад, сервіс “Apple TV+” від IT-гіганту “Apple”, доступний споживачам з 1 листопада 2019 р., відеосервіс “Tangi” від “Google”, представлений у лютому 2020 р. тощо) і великі голлівудські мейджерські студії (наприклад, стрімінговий сервіс “Disney+”, запущений у США з 12 листопада 2019 р. та інші). 9 серпня 2017 р. про запуск власної відеоплатформи “Facebook Watch” оголосила соціальна мережа “Facebook”, маючи на меті створення конкурента відеосервісу “YouTube”.

Окреслені процеси призводять до появи нових гравців на світовому ринку аудіовізуальних медіа, що потребує модернізації правового регулювання на всіх рівнях: міжнародному, регіональному і національному. Зростання популярності нелінійних аудіовізуальних послуг («відео-на-замовлення») потребує переосмислення терміна «програма організації мовлення».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На рівні Європейського Союзу прийняті важливі акти законодавства, що регулюють питання діяльності платформ спільного доступу до відео, таких як: YouTube, Netflix та багато інших.

До 7 червня 2021 р. держави – члени Європейського Союзу зобов’язані імплементувати у національне законодавство положення Директиви (ЄС) 2019/790 Європейського парламенту і Ради від 17 квітня 2019 р. про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку, яка доповнює Директиви 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС¹.

19 вересня 2020 р. спливає строк гармонізації законодавства країн – членів Європейського Союзу до положень оновленої редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, зокрема нововведень стосовно діяльності платформ спільного доступу до відео². Починаючи з цієї дати, Комісія Європейського Союзу буде здійснювати моніторинг статусу імплементативних норм Директиви з метою контролю за дотриманням нових правил.

© І.А. Стройко, 2020

* *Iryna Stroyko, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine, attorney*

Деякі експерти досить критично поставилися до новел правового регулювання Європейського Союзу в мережі Інтернет.

Значну роль для застосування нововведень на практиці будуть відігравати роз'яснення компетентних органів Європейського Союзу і судова практика Суду справедливості Європейського Союзу ("Court of Justice of the European Union" ("CJEU")).

Формулювання мети статті. Зважаючи на вищевикладене, метою цієї статті є проведення аналізу визначення термінів «провайдер послуги з поширення онлайнового контенту» і «провайдер платформи спільного доступу до відео», що використовуються у вищевказаних Директивах Європейського Союзу, і з'ясування змісту поняття «програма» з огляду на технологічні зміни у процесах передачі інформації і стрімінг-розвиток аудіовізуального сектору.

Виклад основного матеріалу. За оцінкою "Digital TV Research", кількість передплатників платного телебачення ("Pay TV") у 2019 р. у 138 країнах світу збільшилась на 16 мільйонів і досягла відмітки у 1 028 мільйонів чоловік³. Причому показово, що таке зростання демонструють ринки, які тільки з'являються і починають розвиватися.

За словами Головного аналітика "Digital TV Research" Саймона Мюррея (Simon Murray), лідером зростання передплатників платного телебачення виступає IPTV. Так, у 2019 р. загальна кількість абонентів IPTV становила 307 (триста сім) мільйонів чоловік, що є більшим на 49 (сорок дев'ять) мільйонів, порівнюючи з попереднім роком. Тенденцію до зменшення числа передплатників у світі демонструють платний супутник і кабельне телебачення. Їхні втрати у 2019 р. становлять відповідно 6 (шість) мільйонів абонентів платного супутника, 1 (один) мільйон передплатників цифрового кабельного телебачення і 25 (двадцять п'ять) мільйонів абонентів аналогових кабельних мереж.

Якщо залишити поза увагою аналогове кабельне телебачення, кількість передплатників платного телебачення у світі показує впевнене зростання і збільшилась з 380 (трихсот вісімдесяти) мільйонів у 2010 р. до 991 (дев'ятсот дев'яносто одного) мільйона у 2019 р.

Згідно з виданням "Brightcove Q2 2020 Global Video Index Entertainment and Media Edition" споживання новинного і розважального контенту через OTT-платформи у світі протягом першого півріччя 2020 р. збільшилось на 30 (тридцять) відсотків, порівнюючи з аналогічним періодом 2019 р.⁴ При цьому другий квартал 2020 р. позначився зростанням у 40 (сорок) відсотків, що є майже удвічі більшим, ніж показник першого кварталу. Зазвичай темпи зростання споживання контенту з використанням сервісів OTT протягом другого кварталу є меншими, ніж у першому кварталі.

У другому кварталі 2020 р. кількість абонентів OTT-платформи "Netflix" збільшилась на 26 (двадцять шість) мільйонів, а "Disney+" у цей же час отримав більше 54 (п'ятдесят чотирьох) мільйонів передплатників. За словами керівника "Brightcove Inc." Джеффа Рея (Jeff Ray), 2020 р. став еволюційним у контексті споживання відео, причому одночасна передача ("streaming") розважального відеоконтенту через OTT-платформи продовжує демонструвати стабільне зростання⁵.

За даними "Mediapost", у другому кварталі 2020 р. рекламні доходи п'яти преміальних OTT-платформ зі стрімінгу відео-на-замовлення, що містить рекламу ("advertising-supported video-on-demand", або "AVOD"), зросли на 31 (тридцять один) відсоток⁶.

За підрахунками "MoffettNathanson Research", загальна сума доходів п'яти стрімінгових OTT-платформ "Hulu" від "The Walt Disney Company" та "Comcast", "Peacock" від "NBCUniversal", "Pluto TV" від "ViacomCBS", "Tubi" від "Fox Corp." і "Roku" у другому кварталі 2020 р. становила 849 (вісімсот сорок дев'ять) мільйонів доларів США.

Вищевказані факти переконливо свідчать про поступовий відхід від звичних глядачеві традиційних ефірного, кабельного і супутникового телебачення і зростання користування новітніми сервісами, зокрема тими, що пропонуються IPTV-мережами і OTT-платформами.

Відповідно, це викликає необхідність правового регулювання їхньої діяльності, у тому числі у частині охорони і захисту суміжних прав на програму організації мовлення.

Директива (ЄС) 2019/790 Європейського парламенту і Ради від 17 квітня 2019 р. про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку, яка доповнює Директиви 96/9/ЄС і 2001/29/ЄС (Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC і 2001/29/EC) (далі – «Директива щодо Єдиного цифрового ринку») вводить у правове поле термін «провайдер послуги з поширення онлайнового контенту» ("online content-sharing service provider").

Відповідно до першого абзацу пункту (6) ст. 2 вказаної Директиви під провайдером послуги з поширення онлайнового контенту слід розуміти провайдера послуги інформаційного суспільства, головною або однією з основних цілей якого виступає зберігання і надання публічного доступу до великого обсягу об'єктів авторського права та/або суміжних прав, що завантажуються користувачами, які такий провайдер організовує або промотує з метою отримання прибутку.

При цьому другий абзац пункту (6) ст. 2 Директиви встановлює коло специфічних суб'єктів, що не підпадають під визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайнового контенту», а саме: неприбуткові онлайн-енциклопедії, неприбуткові учбові і наукові депозитарії, платформи з розробки і поширення програмного забезпечення з відкритим кодом, провайдери електронних телекомунікаційних послуг, як визначено у Директиві ЄС 2018/1972 від 11 грудня 2018 р. про запровадження Європейського кодексу електронних комунікацій⁷, хмарні сервіси «бізнес для бізнесу», а також хмарні сервіси, що дозволяють користувачам завантажувати контент для їхнього власного користування.

Як пояснюється у пункті (62) Преамбули Директиви, визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» має стосуватися тільки провайдерів онлайн-сервісів, що відіграють важливу роль на ринку онлайн-контенту, конкуруючи з іншими послугами, що надаються онлайн, такими як стрімінгові сервіси з поширення аудіо та відеоінформації, для однієї і тієї ж аудиторії. Головним призначенням або однією з основних цілей онлайн-послуг, що регулюються Директивою, виступає зберігання або уможливлення доступу до великої кількості контенту з метою отримання прямого чи опосередкованого прибутку, шляхом організації або промотування такого контенту для залучення більшої аудиторії, у тому числі за допомогою категоризації контенту та використання таргетованих промо- і рекламних матеріалів. Зазначені послуги не повинні включати сервіси, які мають інше призначення, ніж забезпечення можливості користувачів завантажувати і поширювати значні обсяги контенту, що охороняються відповідно до законодавства про авторське право і суміжні права, з метою отримання прибутку від такого роду діяльності.

Виходячи зі змісту п. 2 ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, дозвіл, який отримує провайдер послуги з поширення онлайн-контенту, наприклад, шляхом укладення ліцензійного договору, має також охоплювати акти публічного сповіщення, здійснені користувачами послуг у тих випадках, коли вони не діють на комерційній основі або коли їхня діяльність не генерує значні доходи.

Таким чином, визначальною ознакою діяльності провайдера послуги з поширення онлайн-контенту є намір отримати прибуток як у прямій, так і опосередкованій формах.

На наш погляд, дія Директиви поширюється на такі сервіси, як YouTube, Facebook, Instagram, Google News, Netflix та інші загальновідомі Інтернет-платформи для зберігання і поширення контенту (у тому числі такого, що генерується споживачами (“user generated content”), метою яких є отримання прибутку.

Постає закономірне питання, чи може регулювання Директиви стосуватися також соціальних мереж у випадках поширення користувачами аудіовізуального контенту, зокрема контенту, що генерується самими споживачами.

Як зазначають певні дослідники, у перспективі можливе виникнення великої кількості спорів щодо кваліфікації того чи іншого онлайн-сервісу у якості провайдера послуги з поширення онлайн-контенту.

За словами Ремі Чаванн (Remy Chavannes) та Дорієн Ферхюльст (Dorien Verhulst), оцінка того, чи підпадає специфічний сервіс під визначення терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» буде у багатьох випадках сумнівною вправою, що є особливо проблематичним з огляду на різні правові наслідки, які матиме така кваліфікація⁸.

У цьому сенсі важливу допоміжну роль відіграють затверджені Комісією Європейського Союзу 2 липня 2020 р. Рекомендації стосовно практичного застосування критерію «основне функціональне призначення» визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео» відповідно до Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги (“Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive”)⁹.

Стаття 1 оновленої 14 листопада 2018 р. Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги містить наступне визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео»: це – послуга, визначена ст. ст. 56 і 57 Угоди про функціонування Європейського Союзу, де основним призначенням послуги чи віддільної її частини або основним функціональним призначенням такої послуги є надання широкій громадськості програм і (або) створення користувачами відео, за які провайдер платформи спільного доступу не несе редакційної відповідальності, з метою інформування, розважання або навчання через електронні комунікаційні мережі у значенні, встановленому пунктом (а) ст. 2 Директиви 2002/21/ЄС, причому організація яких визначається провайдером платформи спільного доступу до відео, зокрема з використанням засобів автоматизації або алгоритмів, у тому числі через показ, призначення тегів і встановлення послідовності.

При цьому під провайдером платформи спільного доступу до відео (“video-sharing platform provider”), згідно зі ст. 1 Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, слід розуміти фізичну або юридичну особу, яка надає послугу платформи спільного доступу до відео.

Як зазначається у Рекомендаціях Комісії, під час оцінки певної послуги особлива увага має приділятися питанню, чи слугує аудіовізуальний контент засобом досягнення комерційного успіху або позиціонування послуги на ринку. Причому критерій «основне функціональне призначення» у жодному випадку не повинен тлумачитися як вимога того, що контент, доступний на платформі, є такої визначної комерційної важливості, що, у випадку його відсутності, послуга не буде здатна функціонувати або продовжувати надаватися на ринку. У Рекомендаціях наголошується, що такий вузький підхід не буде гарантувати належний рівень захисту прав споживачів і неповнолітніх, коли вони споживають аудіовізуальний контент на багатьох популярних платформах, таких як соціальні медіа, і таким чином не буде відповідати меті Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Незважаючи на різні предмети правового регулювання двох Директив: Директиви щодо Єдиного цифрового ринку і Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, їхній взаємний зв'язок очевидний. Інтерпретація термінів і положень однієї Директиви буде мати значний вплив на розуміння умов іншої Директиви.

У згаданих Рекомендаціях щодо тлумачення норм Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги Комісія Європейського Союзу визначила декілька важливих індикаторів, які зобов'язані використовувати національні органи влади держав – членів Європейського Союзу при застосуванні критерію «основне функціональне призначення» визначення «провайдер платформи спільного доступу до відео».

Вищевказані індикатори можуть бути згруповані у 4 (чотири) категорії:

- 1) зв'язок між аудіовізуальним контентом і основною економічною діяльністю послуги;
- 2) кількісні та якісні показники аудіовізуального контенту, доступного завдяки сервісу;

- 3) монетизація або генерування доходів аудіовізуальним контентом;
- 4) наявність інструментів, призначених для покращення наглядності представлення або привабливості аудіовізуального контенту.

Важливо зазначити, що індикатори не повинні застосовуватися обов'язково спільно – відсутність одного чи декількох індикаторів не веде автоматично до висновку, що сервіс не може інтерпретуватися як послуга платформи спільного доступу до відео.

У Рекомендаціях Європейського Союзу зазначається, що перший критерій «зв'язок між аудіовізуальним контентом і основною економічною діяльністю послуги» виконується у випадку, якщо аудіовізуальний контент має цінність сам по собі на платформі, користувачі можуть споживати відео та програми як відокремлені одиниці послуги, що надається платформою.

Щодо першого критерію держави – члени Європейського Союзу мають взяти до уваги наступні фактори:

- загальну архітектуру і зовнішнє оформлення платформи. Для прикладу, слід проаналізувати, чи включають головні сторінки (включаючи інтерфейс, що поширюється) або рядок повідомлень визначні риси платформи з поширення відео, такі як презентація або пропозиція продивитися нові або популярні відео, переліки категорій контенту, кнопку «переглянути відео» або пряме відсилання за допомогою телефону або комп'ютеру на галерею контенту, що зберігається;

- автономну природу аудіовізуального контенту. У цьому контексті національні органи влади держав – членів Європейського Союзу можуть перевірити, чи користувачі розміщують, поширюють або завантажують відео як окремі одиниці, на противагу промотування продажу товарів, робіт або послуг;

- спеціальну функціональність послуги, розроблену для аудіовізуального контенту. Наприклад, наявність таких елементів, як «автоматичне програвання» (“auto-play”) або «показ у реальному режимі часу» (“livestreaming”) буде свідчити про виконання такого критерію. Слід також врахувати той факт, що платформа дозволяє пошук тільки відеоконтенту або фільтрування результатів відповідного пошуку шляхом демонстрації виключно відеофайлів;

- спосіб позиціонування послуги на ринку і ринковий сегмент, на який вона адресована. У цьому відношенні слід звернути увагу на те, чи позиціонує себе сервіс на ринку як платформа спільного доступу до відео або містить відсилання на себе при здійсненні публічного сповіщення, на аудіовізуальний компонент або на пропозицію відеоконтенту.

При оцінці кількісних та якісних показників аудіовізуального контенту слід проаналізувати наступні індикатори:

- кількість аудіовізуального контенту, доступного на платформі;

- використання аудіовізуального контенту на платформі. Для прикладу, національні органи влади держав – членів Європейського Союзу можуть використати такі кількісні дані, як число кліків (“clicks”), перепостів (“shares”) та «лайків» (“likes”) у відношенні відеоконтенту;

- охоплення аудіовізуальним контентом. Популярне відео, навіть у випадку обмеження кількості, може стати доступним для великого числа користувачів, особливо за допомогою перепостів та рекомендацій.

Як зазначається у Рекомендаціях Комісії Європейського Союзу, той факт, що платформи монетизують або генерують доходи від аудіовізуального контенту, зазвичай свідчить про те, що такий контент не є виключно допоміжною або другорядною частиною діяльності.

Наступні індикатори монетизації та генерації доходів повинні бути взяті до уваги державами – членами Європейського Союзу:

- включення рекламних повідомлень в аудіовізуальний контент чи поруч з таким контентом (такі як рекламні ролики до початку показу контенту (“pre-rolls”), протягом показу контенту (“mid-rolls”) і після завершення показу контенту (“post-rolls”));

- надання доступу до аудіовізуального контенту за умови оплати. Той факт, що платформа пропонує доступ до аудіовізуального контенту за плату, наприклад у випадку придбання передплати (такі сервіси як «відео-на-замовлення за підписку» (“Subscription VOD” (“SVOD”) або на умовах оплати-за-кожний показ (“pay-per-view”), підтверджує, що послуга генерує доходи від такого контенту;

- наявність спонсорських угод між брендами і користувачами, що завантажують контент (так званими «аплоудерами» (“uploaders”));

- відслідковування активності користувачів платформи. Такий фактор, що платформа відслідковує взаємодію користувачів з аудіовізуальним контентом, доступним за допомогою сервісу, для різноманітних маркетингових або комерційних цілей, такі як таргетована реклама, що базується на поведінці користувача, або угоди з поширення даних, повинні також розглядатися як засіб непрямой монетизації.

У відношенні четвертої категорії індикаторів щодо наявності інструментів, призначених для покращення наглядності представлення або привабливості аудіовізуального контенту, Комісія Європейського Союзу пропонує враховувати наступне:

- специфічний функціонал або дії, що дозволяють прискорити споживання аудіовізуального контенту. Для прикладу, той факт, що відеоконтент пропонується або показується на основній сторінці або на лінійці, без направлення спеціального запиту користувачем, можна вважати підтвердженням «основного функціонального призначення» для цілей ідентифікації провайдера платформи спільного доступу до відео;

- інструменти, доступні усередині або поруч з відео, призначені для залучення користувачів та сприяння їхній взаємодії. Наявність інструментів або систем, таких як фільтри, опції щодо репостів, чатів у реальному режимі часу, які спеціально пов'язані з аудіовізуальним контентом, є індикатором бажання сервісу створити сприятливі умови для залучення користувачів до споживання програм мовників та іншого відеоконтенту та привернення уваги до такого контенту. Вказаний індикатор також враховує будь-які розробки або інвес-

тування, здійснені сервісами у інноваційні, такі, що збільшують ефект присутності користувача послуги, та інтерактивні способи поширення і споживання аудіовізуального контенту. Наприклад, той факт, що сервіс підтримує спеціальний застосунок для «розумного телебачення» (“Smart TV”) може розглядатися як індикатор, що така послуга не тільки уможливорює, а й активно сприяє споживанню аудіовізуального контенту;

- інструменти або системи, що дозволяють користувачам обирати аудіовізуальний контент, який вони мають намір замовити;

- інструменти або системи, які відслідковують виконання і керують контентом, що завантажується на платформу.

На наше переконання, з великою ймовірністю всі вищеперераховані індикатори можуть бути взяті до уваги при ідентифікації не лише провайдера платформи спільного доступу до відео у контексті Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги, а й провайдера послуги з поширення онлайн-контенту відповідно до Директиви щодо Єдиного цифрового ринку.

Підпункт “b” ст. 1 оновленої 14 листопада 2018 р. редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги містить нове визначення терміна «програма», що являє собою сукупність рухомих зображень із звуком або без звукового супроводу, що становлять індивідуальний елемент, незалежно від його тривалості, у рамках сітки мовлення або каталогу, встановленого провайдером медіа-послуги, включаючи художні фільми, відеокліпи, спортивні події, комедійні серіали, документальні передачі, дитячі передачі та оригінальні драматичні серіали. У цьому визначенні наголошується, що певна сукупність об’єктів авторського права та/або суміжних прав, що становить програму, відбираються не лише за сіткою мовлення (що є характерним для традиційного телебачення або лінійних аудіовізуальних медіа-послуг у термінології вищезазначеної Директиви), а й відповідно до каталогу (що є елементом послуг «відео-на-замовлення» (“Video-on-Demand”, або “VOD”), або нелінійних аудіовізуальних медіа-послуг).

Творча складова внеску провайдера нелінійної аудіовізуальної медіа-послуги полягає у доборі аудіовізуального контенту і вистроюванні різноманітних об’єктів авторського права і суміжних прав у певний каталог, що пропонується споживачу. На наш погляд, саме цей каталог, тобто певне розташування програмного продукту, і має охоронятися суміжними правами. Розвиток нових аудіовізуальних медіа-послуг потребує значних інвестицій, затрат творчого, адміністративного і організаційного характеру, тому провайдери цих послуг мають користуватися належною охороною своїх прав. Вважаємо, що саме інститут суміжних прав забезпечить ефективний захист нелінійних аудіовізуальних медіа-послуг, у тому числі тих, що розповсюджуються провайдерами послуг з поширення онлайн-контенту.

Пункт 1 ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку встановлює обов’язок держав – членів Європейського Союзу забезпечити, щоб провайдер послуги з поширення онлайн-контенту здійснював акт публічного сповіщення або акт доведення до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до контенту, тоді, коли провайдер надає публічний доступ до об’єктів авторського права та/або суміжних прав, що завантажуються його користувачами.

Пункт 2 ст. 17 вищевказаної Директиви наголошує, що з метою здійснення акту публічного сповіщення або доведення до загального відома публіки об’єктів авторського права та/або суміжних прав, зокрема програм мовників, провайдер послуги з поширення онлайн-контенту зобов’язаний отримати дозвіл від правовласника, про який йдеться в ст. 3(1) Директиви Європейського Союзу і Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві»¹⁰. Такий дозвіл може бути отримано, наприклад, шляхом укладення ліцензійного договору між провайдером послуги з поширення онлайн-контенту та правовласником.

Як можна побачити, визначення права на публічне сповіщення або доведення до загального відома публіки, що використовується у ст. 17 Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, взяте з Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві», а отже, у цьому випадку є застосовними ряд рішень Суду справедливості Європейського Союзу щодо інтерпретації вказаного права.

У цьому контексті є цікавим Рішення Суду справедливості Європейського Союзу від 26 квітня 2017 р. у справі C-527/15 Асоціації для захисту прав індустрії розваг Нідерландів (“Stichting Brein”) проти Jack Frederik Wullems, який здійснює комерційну діяльність під найменуванням “Filmspeler”¹¹.

У даному Рішенні Суд справедливості Європейського Союзу роз’яснив, що концепція «публічного сповіщення» у розумінні ст. 3(1) Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» повинна тлумачитися таким чином, щоб охопити продаж мультимедійного плеєру, що містить заздалегідь встановлене програмне забезпечення (“pre-installed add-ons”), що уможливорює здійснення гіперпосилань на вебресурси, які здійснюють поширення об’єктів авторського права і суміжних прав без отримання згоди від правовласника. Суд справедливості Європейського Союзу постановив, що продавець такого мультимедійного плеєру здійснює неправомірне публічне сповіщення.

Статтю 5(1) і (5) Директиви потрібно тлумачити таким чином, що акти тимчасового відтворення на мультимедійному плеєрі об’єктів авторського права і суміжних прав, отриманих шляхом потокової передачі (“streaming”) від вебресурсу, що належить третій особі, яка пропонує такі об’єкти без отримання згоди від правовласника, не відповідають умовам, викладеним у цій статті, а отже, така діяльність є неправомірною.

У Рішенні від 14 червня 2017 р. у справі C-610/15 Асоціації для захисту прав індустрії розваг Нідерландів (“Stichting Brein”) проти “Ziggo BV”, “XS4ALL Internet BV” Суд справедливості Європейського Союзу встановив, що концепція «публічного сповіщення» у розумінні ст. 3(1) Директиви «Про гармонізацію окремих аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» має інтерпретуватися таким чином, щоб охопити випадки доведення до загального відома публіки та управління платформи спільного

доступу ("sharing platform") у мережі Інтернет, яка за допомогою індексації метаданих, пов'язаних з охоронюваними об'єктами авторського права і суміжних прав, і наданням інформаційно-пошукової системи, дозволяє користувачам такої платформи розмістити зазначені об'єкти і здійснити їхнє поширення шляхом з'єднання «точка у точку» ("peer-to-peer"). Суд справедливості Європейського Союзу постановив, що вказана діяльність платформи спільного доступу є неправомірною.

На думку певних експертів, окремі положення Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, зокрема ст. 17 Директиви, можуть зумовити виникнення у майбутньому нових судових спорів, що будуть розглядатися в Суді справедливості Європейського Союзу.

Можна констатувати, що важливе значення для подальшої правозастосовної практики стосовно діяльності платформ спільного доступу до відео будуть мати Рішення Суду справедливості Європейського Союзу, як ті, що вже прийняті, так і ті, що будуть проголошені у майбутньому.

У чинному законодавстві України не використовуються терміни «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту», «провайдер платформи спільного доступу до відео», «послуга платформи спільного доступу до відео» тощо.

У проєкті Закону України «Про медіа», що був зареєстрований у Верховній Раді України 2 липня 2020 р. під № 2693-д, вперше в історії правового регулювання в Україні робиться спроба надати визначення поняттю «платформа спільного доступу до відео».

Відповідно до ст. 1 законопроекту, під платформою спільного доступу до відео слід розуміти тип платформи спільного доступу до інформації або її спеціально визначену функціонально відокремлену частину, що надає користувачам можливість перегляду, завантаження та зберігання аудіовізуальних програм та/або відео, створених користувачами.

Проект Закону України «Про медіа» також оперує терміном «платформа спільного доступу до інформації», який відсутній у Директиві щодо Єдиного цифрового ринку і Директиві про аудіовізуальні медіа-послуги. Термінологія проєкту Закону має враховувати положення обох вищезазначених Директив Європейського Союзу, а також Рекомендації Комісії Європейського Союзу стосовно практичного застосування критерію «основне функціональне призначення» визначення терміна «послуга платформи спільного доступу до відео» відповідно до Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Законодавство України у частині охорони і захисту суміжних прав на програму організацій мовлення має відповідати нормам Директиви щодо Єдиного цифрового ринку, зокрема щодо правового регулювання діяльності провайдерів послуги з поширення онлайн-контенту.

Визначальний вплив на становлення практики правозастосування в Україні щодо діяльності провайдерів послуги з поширення онлайн-контенту будуть мати Рішення Суду справедливості Європейського Союзу.

¹ Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC i 2001/29/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

² Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities. – Official Journal of the European Union. – L 303/69. – 28 November 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

³ Pay TV Databook. – Digital TV Research. – August 2020. URL: <https://www.digitaltvresearch.com/products/product?id=291>

⁴ Streamed Video Content Dominates Media and Entertainment Consumption According to the Brightcove Q2 2020 Global Video Index. – August 18, 2020. URL: <https://www.brightcove.com/en/company/press/streamed-video-content-dominates-media-and-entertainment-consumption-according-brightcove-q2>

⁵ Research: Covid accelerates shift from linear TV to OTT. – August 19, 2020. URL: <https://advanced-television.com/2020/08/19/research-covid-accelerates-shift-from-linear-tv-to-ott/>

⁶ Wayne Friedman. 5 Premium Ad-Supported Video Platforms Up 31% In Q2 Ad Revenues. – August 14, 2020. URL: <https://www.mediapost.com/publications/article/354755/five-premium-ad-supported-video-platforms-up-31-i.html>

⁷ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code. – Official Journal of the European Union. – L 321/36. – 17 December 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

⁸ Remy Chavannes, Dorien Verhulst. Regulation of Online Platforms in the European Union – The State of Play. – Legal Frontiers on Digital Media. – MLR Bulletin, Issue № 1. – May 2019.

⁹ Communication from the Commission "Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a 'video-sharing platform service' under the Audiovisual Media Services Directive" (2020/C 223/02). – Official Journal of the European Union. – C 223/5. – 7 July 2020. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

¹⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. – Official Journal of the European Union. – L 167/10. – 22 June 2001. URL: <https://eur-lex.europa.eu>

¹¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 26 April 2017 "Stichting Brein v Jack Frederik Wullems". Request for a preliminary ruling from the Rechtbank Midden-Nederland. – Case C-527/15. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-527/15>

Резюме

Стройко І.А. Новели правового регулювання платформ спільного доступу до відео у контексті захисту суміжних прав на програму.

У статті автором досліджено взаємозв'язок терміна «провайдер послуги з поширення онлайн-контенту» за Директивою Європейського Союзу про авторське право і суміжні права в рамках Єдиного цифрового ринку і терміна «провайдер платформи спільного доступу до відео» згідно з оновленою Директивою про аудіовізуальні медіа-послуги.

Наголошено, що характерною ознакою діяльності провайдер послуги з поширення онлайн-контенту є намір отримати прибуток як у прямій, так і опосередкованій формах.

Автором розкрито зміст поняття «програма», визначення якого надається у ст. 1 оновленої редакції Директиви про аудіовізуальні медіа-послуги.

Досліджено особливості реалізації права на публічне сповіщення провайдером послуги з поширення онлайн-контенту відповідно до законодавства Європейського Союзу.

Здійснено порівняльний аналіз визначення поняття «платформа спільного доступу до відео», яке пропонує надати проект Закону України «Про медіа», з термінологією, що використовується у законодавстві Європейського Союзу.

Ключові слова: провайдер послуги з поширення онлайн-контенту, публічне сповіщення, послуга платформи спільного доступу до відео, провайдер платформи спільного доступу до відео, аудіовізуальний контент, розумне телебачення, програма, Суд справедливості Європейського Союзу.

Резюме

Стройко И.А. Новеллы правового регулирования платформ совместного доступа к видео в контексте защиты смежных прав на программу.

В статье автором исследована взаимосвязь термина «провайдер услуги по распространению онлайн-контента» согласно Директиве Европейского Союза об авторском праве и смежных правах в рамках Единого цифрового рынка и термина «провайдер платформы совместного доступа к видео» в соответствии с обновлённой Директивой об аудиовизуальных медиа-услугах.

Автор подчеркивает, что характерным признаком деятельности провайдера услуги по распространению онлайн-контента является намерение получить прибыль как в прямой, так и опосредованной формах.

Раскрыто содержание понятия «программа», определение которого предоставляется в ст. 1 обновленной редакции Директивы об аудиовизуальных медиа-услугах.

Исследованы особенности реализации права на публичное сообщение провайдером услуги по распространению онлайн-контента в соответствии с законодательством Европейского Союза.

Автор осуществляет сравнительный анализ определения понятия «платформа совместного доступа к видео», которое предлагает предоставить проект Закона Украины «О медиа», с терминологией, используемой в законодательстве Европейского Союза.

Ключевые слова: провайдер услуги по распространению онлайн-контенту, публичное сообщение, услуга платформы совместного доступа к видео, провайдер платформы совместного доступа к видео, аудиовизуальный контент, умное телевидение, программа, Суд справедливости Европейского Союза.

Summary

Iryna Stroyko. Novels of legal regulation of the video-sharing platforms in the context of the related rights in the programme.

In this Article the author reveals the interrelation of the term of the online content-sharing service provider under the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market and term of video-sharing platform provider under the revised Audiovisual Media Services Directive (AVMSD).

Section (62) of the recitals of the Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market highlights that the definition of the online content sharing service provider should target only online services that play an important role on the online content market by competing with other online content services, such as online audio and video streaming services, for the same audiences.

The author emphasizes that the distinctive feature of the activities of the online content-sharing service provider should be the intent to make direct or indirect profit

Guidelines on video-sharing platforms under the revised AVMSD as issued by the European Commission on the 2nd of July 2020 stipulate for four (4) categories of indicators to be considered by the EU member states while assessing specific service as a video-sharing platform service:

- 1) the relationship between the audiovisual content and the main economic activity or activities of the service;
- 2) quantitative and qualitative relevance of the audiovisual content available on the service;
- 3) monetisation of the audiovisual content or revenue generation from such content;
- 4) the availability of tools aimed at enhancing the visibility or attractiveness of the audiovisual content.

In the author's opinion, the above mentioned indicators may be also taken into account for the purpose of qualification of the online content-sharing service provider under Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market.

The revised AVMSD provides for the new definition of the term "programme", according to which a set of objects of copyright and related rights may be chosen by a media service provider not only within a schedule (being characteristic for the traditional linear TV), but within a specific catalogue established by such provider (being an element of the non-linear TV, i.e. video-on-demand services).

The author discovers the peculiarities of realization of the act of communication to the public by the online content-sharing service provider under the legislation of the European Union.

She analyzes the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) with respect to the definition of right of communication to public in cases of sale of a multimedia player with pre-installed add-ons containing hyperlinks to illegal streaming websites and activities of peer-to-peer networks.

The author makes a comparison of the definition of video-sharing platform given under the draft Law of Ukraine "On Media" with the terminology used in the EU Directives. She highlights the necessity of harmonization of the current legislation of Ukraine to the requirements of the EU legislation regulating the activities of video-sharing platform providers.

Key words: online content sharing service provider, public Communication, video-sharing platform service, video-sharing platform provider, audiovisual content, smart TV, programme, Court of Justice of the European Union.