**ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА
до проекту Закону України** «**Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення та підвищення прозорості ефективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав»**

1. **Обґрунтування необхідності прийняття законопроекту**

Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та підвищення прозорості ефективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» (далі – законопроект) покликаний удосконалити систему збору та розподілу відрахувань на користь правовласників за рахунок внесення змін щодо прозорості системи зборів та сфер обов’язкового колективного управління об’єктами авторського права і (або) суміжних прав.

Згідно зі статтею 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права» твори і виконання, зафіксовані у фонограмах, відеограмах, їх примірниках, а також аудіовізуальні твори та їх примірники допускається відтворювати у домашніх умовах виключно в особистих цілях або для кола сім’ї без дозволу автора (авторів), виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм, але з виплатою їм винагороди. Особливості виплати винагороди у таких випадках визначено [статтею 42](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#n429) цього Закону та [Законом України](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2415-19) "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав".

При цьому з метою виплати суб’єктам авторського права і суміжних прав компенсації за таке відтворення передбачено, що імпортери та виробники обладнання сплачують уповноваженим організаціям колективного управління (надалі – уповноважені ОКУ) відрахування у вигляді відсотків від вартості обладнання.

Відповідно до частин 5 та 6 ст. 23 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» 25 відсотків доходу від прав, зібраного акредитованою організацією за репрографічне відтворення творів (ч.5) та за приватне копіювання (ч.6), спрямовуються на розвиток української культури. Порядок і умови перерахування таких грошових коштів до державної установи, що виконує спеціальні функції щодо сприяння національно-культурному розвиткові України, затверджується Кабінетом Міністрів України.

Решта зібраного акредитованою організацією доходу від прав за репрографічне відтворення творів та за приватне копіювання (75 відсотків), розподіляється для таких категорій правовласників у відповідних частках: авторам творів науки, художньої літератури - 50 відсотків; авторам образотворчих, фотографічних та інших подібних творів - 10 відсотків; видавцям - 40 відсотків.

Однак, механізм розподілу уповноваженими ОКУ зібраних кошів між авторами, виконавцями і виробниками фонограм (відеограм) залишається недосконалим та непрозорим. Поміж іншого, серед переліку осіб, зазначених в ч.6 ст. 23 ЗУ України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» не зрозуміло, чи є перелік категорій правовласників взаємовиключним, що призводить до невизначеності – так, якщо автором (п.3 ч. 6) були передані права на аудіовізуальний твір іншій особі, яка набуває статусу особи, що володіє майновими авторськими правами (п.2. ч.6), не зрозуміло, хто з перелічених осіб має отримати відрахування. Зазначена норма не узгоджується із положеннями Цивільного кодексу України. Так, статтею 445 ЦКУ передбачається право автора на плату за використання твору, однак частина 6 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» не визначає статус права на винагороду.

Вищезазначене ставить під сумнів справедливість та ефективність системи відрахувань загалом, оскільки за відсутності чітко визначеного та прозорого порядку розподілення коштів серед суб’єктів авторського права і суміжних прав уповноважені ОКУ можуть розподіляти зібрані кошти на власний розсуд, чим порушується принцип забезпечення рівних прав.

Окрім того, перелік обладнання, від вартості якого має бути сплачено відрахування, містить виключно опис окремих родових об’єктів, без зазначення коду УКТЗЕД такого обладнання, тому віднесення до такого обладнання конкретної техніки є дискусійним. Так, наприклад, відрахування має бути здійснене з «телевізору з відеомагнітофоном або жорстким диском, або програвачем для DVD-дисків з функцією запису, або функцією запису на флеш-картку». Це призводить до невизначеності щодо того, які коди УКТЗЕД підпадають під такий опис та подальших судових спорів між уповноваженими ОКУ та імпортерами техніки.

Враховуючи високий відсоток нелегального імпорту обладнання в Україну (так, наприклад, за експертними оцінками дослідницької компанії "GfK Ukraine" більше 20-30% відсотків продажів мобільних телефонів знаходиться у тіньовому ринку), додаткові відрахування для офіційних імпортерів обладнання у поєднанні з навантаженням від судових спорів з уповноваженими ОКУ створюють несприятливий бізнес-клімат для розвитку легального імпорту обладнання та призводить до зменшення надходжень до державаного бюджету.

Разом з цим, відповідно до оцінки експертів та представників ОКУ, загальна сума відрахувань за приватне копіювання та репрографічне відтворення на користь уповноважених ОКУ становить близько 6 млн. грн. на рік. За експертними оцінками загальний обсяг авторської винагороди, що збирається ОКУ складає більше 70 млн. грн. на рік. Тобто відрахування за приватне копіювання та репрографічне відтворення забезпечують менше 9 відсотків надходжень ОКУ (2018-2019рр).

Необхідно прийняти до уваги, що відрахування збільшують ціну легально ввезеного обладнання для українських споживачів, призводять до судових спорів офіційних імпортерів обладнання (що знижує їх конкурентоздатність у порівнянні з нелегальним імпортом), а самі відрахування розподіляються у незрозумілий та непрозорий спосіб та не гарантують прозорого розподілу винагороди між правовласниками.

Проблемним питанням залишається строк сплати відрахувань – імпортер (виробник) зобов’язаний сплатити збір протягом 30 днів з моменту митного оформлення товарів. Таким чином, сплата збору здійснюється не за фактом реалізації товару, що суперечить меті такого збору. В діючому законодавстві України відсутні критерії віднесення обладнання до «професійного», тому доведення імпортерами факту постачання обладнання не для домашнього, а професійного використання є фактично неможливим.

Не є припустимим сплата збору за обладнання та носії, які не використовуються для домашнього використання – наприклад, малими на середніми підприємствами, адміністративними установами та ін. Також в Законі та підзаконних актах, як було зазначено вище, відсутнє чітке розмежування товарних позицій за УКТЗЕД, тому встановлення факту, які товари підпадають під дію Закону, можливе лише із залученням спеціаліста або експерта. В Законі та підзаконних актах відсутній механізм повернення збору – так, кінцевого користувача, який придбав товар з метою використання його у професійній сфері позбавлено права повернути суму сплаченого збору, таким чином, порушуються права такого користувача.

Директива 2001/29 ЄС, містить чіткі обмеження для зборів, коли технологічні заходи доступні. По-перше, відповідно до статті 5 (2) (b), збір за приватне копіювання «враховує застосування або незастосування технологічних заходів» (які також охоплюють системи DRM). По-друге, «рівень справедливої компенсації» повинен «в повній мірі враховувати ступінь застосування заходів технічного захисту» (рекомендація 35). По-третє, «наявність» «ефективних TPM» має бути прийнято до уваги (рекомендація 39). По-четверте, виключення (такі як приватне копіювання) не повинні «забороняти використання довірених платформних модулів або їх захист від обходу» (рекомендація 39). В аналоговому світі, де використання творів неможливо контролювати, система справляння збору мала сенс як форма рішення на користь правовласників; в цифровому світі, зокрема для потокових послуг, рішення DRM / TPM дозволяють модулювати оплату тарифів потоковими послугами відповідно до типу використання (за даними міжнародних експертів).

Відсутність для правових підстав для системи зборів за приватне копіювання та репрографічне відтворення підтверджується наступним:

***1) розвиток технологій, а саме – розвиток цифрової сфери***

Неприпустимим є збір у випадку запису творів, отриманих з легальних джерел – он-лайн платформ, он-лайн-магазинів, офіційних сайтів, завантажених за ліцензією (digital download contract), оскільки легальне придбання цифрового контенту в переважній більшості передбачає право споживача копіювати та переносити такий контент на персональні пристрої. Таким чином, споживач фактично сплачує подвійну винагороду за одні і ті самі дії - винагороду за придбання твору у цифровій формі і збір за приватне копіювання. З огляду на зазначене, збір за приватне копіювання не є справедливим.

***2) номінальність імовірного завдання шкоди правовласникам***

Так, при встановленні збору не враховується різниця в обсягах приватного копіювання – користувачі, які взагалі не відтворюють охоронювані твори мають сплатити ті самі суми, які і ті, хто (можливо) таке відтворення здійснює.

За даними дослідження GfK Ukraine (дослідження доступне за посиланням [https://eba.com.ua/wp-content/uploads/2020/06/GfK\_Digital\_content\_ usage\_press\_conference.pdf](https://eba.com.ua/wp-content/uploads/2020/06/GfK_Digital_content_%20usage_press_conference.pdf) на замовлення Європейської Бізнес Асоціації, проведеного у квітні-травні 2020 року, серед 1115 користувачів цифрового контенту у віці від 16-59 років, які проживають у міських поселеннях (включно з малими містами до 50 тисяч жителів) 36% користувачів смартфонів, 43% користувачів комп’ютерів, 51% користувачів ноутбуків, 66% користувачів планшетів, 81% користувачів смарт-телевізорів **не використовують ці пристрої для збереження файлів**.

За результатами дослідження було виявлено, що **від 86% споживачів використовують «піратський» (нелегальний) контент**, що не входить до сфери регулювання збору за приватне копіювання. В той же час, кожен з користувачів, які використовують легальний контент **(14%),** фактично сплатили за гіпотетичну можливість використання пристрою з метою приватного копіювання або репрографічного відтворення, позаяк понесені імпортерами та виробниками цієї техніки витрати на сплату збору за приватне копіювання та збору за репрографічне відтворення були включені до вартості таких пристроїв, що створює нерівні умови для правовласників та споживачів.

Отже, законодавчо встановлена компенсація значно перевищує логічно обґрунтований розмір шкоди, яка імовірно може бути завдана правовласнику.

Відповідно до Директиви 2001/29 ЄС **компенсація повинна бути «справедливою» (ст. 5 (2) (b)) не тільки по відношенню до правовласників, а й по відношенню до інших зацікавлених сторін, таких як споживачі і виробники обладнання та носіїв.** Щоб оцінити розмір компенсації, «шкода правовласникам» є «головним критерієм» відповідно до Директиви (рекомендації 35 і 38). Директива встановлює, що необхідно враховувати «іншу форму оплати» (рекомендація 35). **Якщо компенсація здійснюється за допомогою платежу відповідно до умов ліцензування, то додаткова оплата (за приватне копіювання) у формі зборів не має вимагатися.**

***3) неузгодженість із нормами Цивільного кодексу України***

Положення статті 23 Закону суперечать нормам ЦКУ.

Так, статтею 22 ЦКУ передбачено, що особа має право на відшкодування збитків, які **було завдано в результаті порушення**.

Пунктом 2 частини 3 зазначеної статті передбачено, що збитками є доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Однак положення Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачає відшкодування **(імовірних) збитків** незалежно від наявності чи відсутності порушення права особи (правовласника).

Але основна проблема полягає у тому, що **правовласники роками не отримують винагороду за рахунок великої кількості триваючих судових спорів між ОКУ з імпортерами та відсутності прозорого механізму розподілення отриманої винагороди** (наприклад,справа №  58/505 за позовом ОП «Український музичний альянс» до ТОВ «Філіпс України» - триває вже 9 років).

Оскільки чинним законодавством не передбачена відповідальність за неподання організаціями колективного управління звітності про розподіл отриманого доходу, виникає ризик присвоєння та/або нецільового використання коштів, а також ризик порушення принципу рівності. Це зумовлено тим, що процес пошуку правовласника (допоки він самостійно не заявить про себе) є набагато складнішим, аніж процес отримання доходу від зборів, таким чином, **різниця між зібраною винагородою та розподіленими доходами сягає мільйонів гривень** та залишається в розпорядженні ОКУ, нівелюючи тим самим мету такого збору, встановлену Законом та доводячи неефективність існуючої системи зборів.Більше того, досвід країн ЄС передбачає не тільки публікацію фінансових звітів для широкого загалу, а і надання таких звітів відповідальному міністерству, що відповідає за культуру. Практика склалася таким чином, що вирішення питання щодо відношення відповідної товарної позиції до обладнання, з якого треба сплачувати збір, вирішується виключно експертом.

Окремо варто зазначити, що такий вид зборів, як збір за репрографічне відтворення творів, є атавізмом та спираючись на міжнародний досвід, не довів свою ефективність. Так, наприклад, на сьогоднішній день не існує загальноєвропейського порядку або методології визначення шкоди, яка ймовірно може бути завдана авторам внаслідок репрографічного відтворення, також за відсутності досліджень щодо комерційної вартості репрографічного відтворення примірника твору, неможливо встановити справедливий обсяг збору. Більше того, такий спосіб відтворення не використовується в епоху цифровізації, не відображає реального порядку використання об’єктів авторського права і (або) суміжних прав. Так, внаслідок такого використання шкода є незначною або відсутня взагалі.

Однак, незважаючи на неефективність такого виду збору, на виробників та (або) імпортерів обладнання і матеріальних носіїв буде покладено додатковий тягар оплати адміністрування відповідної організації колективного управління.

Також, необхідно врахувати положення Директиви ЄС №2001/29. Так, статтею 53 зазначеної Директиви передбачено, що у цифровому середовищі захист репродукцій в області образотворчого мистецтва за допомогою авторського права або суміжних прав несумісна із закінченням терміну дії авторсько-правової охорони творів. Крім того, відмінності між національними законами про авторське право, що регулюють охорону таких репродукцій, породжують правову невизначеність. Стаття 60 Директиви передбачає, що у випадку, якщо до 12 листопада 2015 року не існувало механізму розподілу компенсацій за репрографічне відтворення, Директива повинна поважати традиції в цій області і не зобов'язувати держави-члени ЄС, які не мали таких схем розподілу компенсацій, вводити їх. Також, положенням статті 60 Директиви передбачено, що для видавців має бути збережено свободу визначати, яким чином вони можуть обґрунтовувати свої вимоги про компенсацію або винагороду і встановлювати умови для розподілу такої компенсації або винагороди між авторами та видавцями.

Законопроектом передбачається удосконалення системи збору та розподілу відрахувань на користь правовласників за рахунок внесення змін щодо прозорості системи зборів та сфер обов’язкового колективного управління об’єктами авторського права і (або) суміжних прав.

В тому числі, передбачається, що розміри відрахувань (відсотків),що мають сплачуватися виробниками та (або) імпортерами матеріальних носіїв мають визначатися Кабінетом Міністрів України та не можуть перевищувати максимальних відсотків (тарифів), встановлених даним Законом.

Запровадження системи відрахувань саме з матеріальних носіїв або «чистих носіїв» (Австрія, Франція, Данія, Нідерланди, Швеція) є доцільним та ефективним, оскільки дає змогу уникнути частих змін та уточнень переліку обладнання й цілком відповідає суті виготовлення приватної копії: споживач має змогу виготовити копію за допомогою обладнання, тільки якщо має носій, на який можна записати таку копію, інакше функцію запису/копіювання в обладнанні не може бути реалізовано.

Прийняття законопроекту сприятиме:

- зменшенню масштабів потенційних зловживань ОКУ при здійсненні розподілу коштів, зібраних у якості відрахувань;

- зменшенню кількості судових спорів між імпортерами та уповноваженими ОКУ;

- актуалізації можливих способів використання об’єктів авторського права і суміжних прав;

- більш широкому застосуванню суб’єктами авторського права і суміжних прав інформації про управління правами та засобів технічного захисту цифрового контенту з метою обмеження неконтрольованого приватного копіювання або контролю за приватним копіюванням і монетизації, що може знизити рівень піратства в Україні.

Прийняття законопроекту не суперечить положенням Директиви ЄС №2001/29.

**2. Мета і шляхи її досягнення**

Метою вказаного законопроекту є:

- встановлення прозорого та ефективного механізму розподілу зібраного доходу організаціями колективного управління між правовласниками;

- вчасне отримання правовласниками справедливої винагороди;

- належному виконанню ОКУ функцій, покладених Законом;

- врахування європейської практики збору відрахувань та гармонізації законодавства України з правом ЄС.

Законопроект направлений на захист правовласників та споживачів від негативних наслідків у зв’язку з відсутністю механізму прозорого розподілу винагороди організаціями колективного управління.

**3. Правові аспекти**

У даній сфері правового регулювання діє Цивільний кодекс України, Закон України «Про авторське право і суміжні права»,  Закон України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", постанова Кабінету Міністрів України від 27.06.2003 № 992 "Про розмір відрахувань, що сплачуються виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах", спільний наказ Міністерства освіти і науки України, Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва та Державної податкової адміністрації України від 24.11.2003 № 780/123/561 "Про затвердження Порядку здійснення відрахувань виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах".

Закон України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" імплементує в національне законодавство положення Директиви Європейського парламенту та Ради № 2014/26/ЄC від 26.02.2014 р. «Про колективне управління авторським та суміжними правами та мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори з метою онлайн-використання на внутрішньому ринку».

До Плану імплементації деяких актів законодавства ЄС у сфері інтелектуальної власності, який підготовлено на виконання: статей 175, 168-170, 178–190, 193-218, 220-221, 224-227 частини другої "Стандарти, що стосуються прав інтелектуальної власності", частини третьої "Захист прав інтелектуальної власності" Глави 9 Розділу IV "Торгівля та пов’язані з торгівлею питання" Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони (відповідно до статті 486 Угоди про асоціацію та з огляду на Вербальну ноту Генерального Секретаріату Ради Європейського Союзу від 30 вересня 2014 р. № SGS14/12029 тимчасове застосування положень Розділу IV Угоди про асоціацію має розпочатися з 01.01.2016 після здійснення Стороною ЄС відповідної нотифікації); пункту 154 Плану заходів з імплементації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони, на 2014-2017 роки (далі – План заходів, Угода про асоціацію), затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 року № 847-р (строк виконання відповідно до Плану заходів – липень 2015 р.); пункту 155 Плану заходів (строк виконання відповідно до Плану заходів – протягом шести місяців після прийняття закону, спрямованого на адаптацію законодавства України у сфері інтелектуальної власності до права ЄС), також входить **Директива 2001/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 22 травня 2001 р. «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві»** (Офіційний вісник ЄС, L 167, від 22 червня 2001 р., с. 10–19).

У свою чергу, Судом Європейського союзу (European Court of Justice) у справі «Padawan vs SGAE» (Case C-467/08) з посиланням на статтю 5 (2) (b) Директиви 2001/29 зроблено висновки про неприпустимість стягнення зборів за приватне копіювання з обладнання і носіїв, зокрема цифрових, **які фактично не будуть використовуватися для приватного копіювання.** У пункті 53 рішення зазначається, що тільки кінцевий покупець мобільного телефону зможе сплачувати відшкодування цього збору і що відшкодування має бути обумовлено подачею відповідної заяви в організацію, відповідальну за адміністрування збору.

У справі «Copydan Bandkopi vs Nokia» (п.62, Case C-463/12) Суд Європейського союзу зазначає, що в деяких випадках, держава має право передбачити **звільнення від виплати справедливої ​​компенсації за умови, що збиток, заподіяний правовласникам в таких випадках, мінімальний.** Держави-члени можуть встановлювати поріг для такого винятку на свій розсуд, при цьому слід розуміти, що цей поріг повинен, зокрема, застосовуватися відповідно до принципу рівного ставлення.

З вищезазначеного вбачається, що стаття 5 Директиви 2001/29 передбачає виключення, які повинні застосовуватися таким чином, щоб це відповідало принципу рівного ставлення, який є загальним принципом права ЄС, закріпленим в статті 20 Хартії основних прав Європейського Союзу (справа Glatzel, Case 356/12, п. 43).

Реалізація законопроекту потребує внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав".

**4.Фінансово-економічне обґрунтування**

Реалізація законопроекту не потребує додаткового фінансування з державного чи місцевого бюджетів.

**5. Прогноз результатів**

Прийняття законопроекту сприятиме: зменшенню масштабів потенційних зловживань при здійсненні розподілу коштів, зібраних у якості відрахувань; більш прозорому розподілу коштів авторам (правовласникам) та появі реального механізму контролю з боку авторів (правовласників), користувачів та інших заінтересованих осіб щодо збору та розподілу організаціями колективного управління відрахувань за приватне копіювання; вчасному отриманню справедливої винагороди правовласникам. Прозорість системи збору за приватне копіювання буде сприяти більш ефективному розподілу винагороди авторам (правовласникам).

Крім того, прийняття законопроекту сприятиме детінізації обігу готівкових коштів, руйнуванню окремих схем ухилення від сплати збору, зменшенню корупційних ризиків при адмініструванні збору тощо.

**Народні депутати України**