



## ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЧЕРПАННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА. ВИЧЕРПАННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

**Сергій Глотов,**

*науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності,  
стипендіат НДІ інтелектуальної власності, конкурентного та податкового права ім. М. Планка (м. Мюнхен)*

Вичерпання права — одне з тих небагатьох питань, які мають дуже велике практичне значення. Однак, незважаючи на настільки велику важливість, в Україні "вдень з вогнем" важко знайти роботи, присвячені цій темі, та й ті, найчастіше, лише згадують це поняття, усіляко намагаючись на ньому не зупинятися.

Є, мабуть, тільки дві статті, які дійсно заслуговують на увагу<sup>1</sup>, безпосередньо стосуючись вичерпання права, написані Євковим А.М. у рамках дисертаційних досліджень, присвячені вичерпанню права в цілому, і містять посилання на судову практику, щоправда, тільки стосовно об'єктів промислової власності.

У цій статті автору хотілося б більше зупинитися на вичерпанні авторських прав, це дуже важливо для формування юридичної практики, і, по-друге, не можна залишати це питання без уваги у світлі тих інтеграційних процесів (вступ до СОТ тощо), що на сьогодні в Україні мають місце.

Крім того, існуюче сьогодні нормативно-правове закріплення вичер-

пання прав ставить під сумнів можливість його застосування до творів у цифровій формі, що являє собою велику проблему, чому буде присвячена друга частина цієї статті.

До того ж, автору хотілося б у черговий раз підкреслити необхідність якнайшвидшого внесення змін до Закону України "Про авторське право і суміжні права" з метою створення можливості повноцінного застосування його для цифрового середовища на тому рівні, який існує на сьогодні у світі.

### 1. Вичерпання авторського права

Положення про вичерпання авторського права закріплене в п. 7 ст. 15 Закону України "Про авторське право і суміжні права" (далі — Закон України про авторське право), відповідно до якого у випадку, "якщо примірники правомірно опублікованого твору законним чином уведені у цивільний обіг шляхом їх першого продажу в Україні, то допускається їх повторне введення в обіг шляхом продажу, дарування тощо без згоди автора (чи іншої особи,

<sup>1</sup> Євков А. Н. Характеристика правовой природы исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности // Проблемы законности. — 2004. — Вып. 70. — С. 133-141.

Євков А. Н. Особенности применения принципа исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности, вытекающие из его правовой природы // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — №1. — С. 29-32.



що володіє авторським правом) і без виплати авторської винагороди”.

Подібна норма міститься й у законодавстві Німеччини<sup>2</sup> та інших держав.

Як бачимо, це положення покликане обмежити виключне право — право на розповсюдження, мета якого, у цілому, одна: гарантувати оборотоздатність примірників творів.

Передумовою для зародження вичерпання права на поширення послужило рішення Імперського суду Німеччини в 1906<sup>3</sup> році, яким було покладено початок для єдиного підходу стосовно того, що право на розповсюдження підлягає вичерпанню<sup>4</sup>.

Разом з тим, у самій Німеччині на законодавчому рівні цей принцип був закріплений тільки в 1965 році з запровадженням Закону Німеччини про авторське право.

Сучасне теоретико-правове обґрунтування принципу вичерпання базується на пануючій сьогодні думці, вираженій у комбінації теорії винагороди і теорії охорони обігу товарів<sup>5</sup>, а також теорії права власності, яка з уведенням перших двох теорій стала носити факультативний статус.

Щоб зрозуміти, про що йдеться, і дати можливість більш глибоко осмислити суть принципу вичерпання, розберемо, кожна теорія окрему.

### Теорія права власності

Як відзначалося в окремих рішеннях Федерального суду Німеччини, власність на уведенні в обіг примірники твору протиставляється можливості автора розповсюджувати сферу дії права на поширення на усі, без винятку, дії щодо розповсюдження<sup>6</sup>.

Іншими словами, принцип вичерпання тут прив'язується до відчуження, переходу права власності, що, по суті, можна вивести з формулювання ч. 7 ст. 15 Закону України про авторське право.

Авторське право у втіленому на матеріальному носії творі могло б наставити праву власності достатньо обмежень, у той час, як власник, наділений правами — чинити зі своєю річчю на свій розсуд, як не протиставлялися б йому закон чи права третіх осіб (див. ч. 1 ст. 316 Цивільного кодексу України), не міг би розпоряджатися своєю річчю повною мірою.

Те, що авторське право певним чином обмежує право власності, досить добре показане і в праві слідування (див. ст. 27 Закону України про авторське право), і у встановленні заборони на внесення змін та переробку твору.

Однак, незважаючи на ці аргументи, описувана теорія як основоположна є неможливою.

<sup>2</sup> Абз. 2 ст. 17 13.09.2003 р.: “§17 (2) Якщо оригінал твору чи його примірники були випущені в обіг на території Європейського Союзу чи іншої держави-члена Договору ЄЕС зі згоди власника права на розповсюдження, їх подальше розповсюдження допустиме, за винятком прокату”.

<sup>3</sup> RGZ (Збірник рішень Імперського суду Німеччини), “Koenigs-Kursbuch” — №63 — стор. 394.

<sup>4</sup> Одразу хотілося б зауважити, що біля витоків появи принципу вичерпання у цілому і авторського права зокрема первісно стояло патентне право. Тому практично все, про що буде йти мова у першій частині цієї статті, повністю поширюється й на патентне право.

<sup>5</sup> Schricker/Dietz, Bemerkungen zur Erschöpfung im Urheberrecht, ювілейний збірник, стор. 447, 449.

<sup>6</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), “Parkstraße 13”, GRUR, 1952, стор. 530-531.

OLG (Вищий земельний суд), м. Карлсруе (Karlsruhe), GRUR, 1979, стор. 771, 773.

Необхідно звернути увагу на те, що в основі цих рішень лежить рішення Імперського суду Німеччини від 1906 р. у справі “Koenigs-Kursbuch”.



Так, Йоос (Joos) обґрунтовує це тим, що право власності й авторське право юридично між собою ніяк не перетинаються<sup>7</sup>. Тієї ж думки дотримується і Шрікер (Schricker)<sup>8</sup>. І з цим важко не погодитися.

Таке обґрунтування базується на тому, що авторське право на відміну від права власності не прив'язується до речі, а зав'язане лише на творі, який утілено в речі.

Тому, контролю автора на підставі його права на поширення підлягає тільки таке використання твору, яке при переході фактичного речового панування над носієм, у якому втілено твір, акцентується на самому творі, а не на речі. Самому переходу права власності авторське право прямо не протиставляється.

Якщо взяти до уваги відмінності в правовій природі об'єктів охорони, впливає, що право власності не ставить кордону перед авторським правом, так само як і право на твір не може обмежити повноваження власника.

З цієї ж причини, аргумент, який наводиться найчастіше для підтримки теорії права власності, про те, що авторське право являє собою право третіх осіб (у значенні ст. 316 Цивільного кодексу України, прим. авт. С. Глотов) і таким чином обмежує права власника на належну йому річ, протиставляючи праву власності необмежене право на поширення, є також помилковим<sup>9</sup>.

Адже права власника будуть обмежені тільки тими правами третіх осіб, що безпосередньо посягають на річ.

Відповідно, права власника в значенні ст. 316 Цивільного кодексу України можуть бути порушені тільки через обтяження речі, але "ні в якому разі через зобов'язально-правові вимоги стосовно речі, що буде перешкоджати власнику лише в здійсненні його права"<sup>10</sup>.

Те ж саме діє і стосовно авторських прав, які зачепляють тільки втілений у речі твір. Авторські права навряд чи зав'язані на речі. "Єдине, існуюче право на розповсюдження буде обмежувати права власника фактично, але ні в якому разі не буде його обмежувати змістовно"<sup>11</sup>, що буде означати лише неможливість подальшого розповсюдження примірника твору без дотримання при цьому авторських прав.

*Таким чином, право на розповсюдження тут діє не як зобов'язально-правовий обов'язок власника, а як обтяження речі.*

*Підводячи невеликий підсумок, можна зробити висновок, що вичерпання права не наступить, якщо твір був поширений хоч і законно з погляду речового права (права власності), але без згоди на це автора, незважаючи на те, що власник і одержує необмежене право власності. Авторське право тут не знає інституту сумлінного придбання<sup>12</sup>,*

<sup>7</sup> Joss, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 52.

<sup>8</sup> Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 1999, вступ, абз. 22.

<sup>9</sup> Joss, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 52.

<sup>10</sup> Palandt/Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 1998, §903, абз. 27.

<sup>11</sup> Joss, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 52.

<sup>12</sup> Wurmeling, Urheberrecht als Sicherheitsrisiko, DuD, 1998, стор. 270-272.



*і право на поширення тому залишається нерозглянутим.*

*Іншими словами, право власності не протидіє інтересам автора. Обидва ці права — право власності й авторське право, стоять поруч одине з одним і представлені в юридичній науці як незалежні об'єкти.*

*Тому, на підставі наведених вище доводів, теорія права власності, як основоположна була відхилена.*

*Однак при усьому цьому, теорія ця була і залишається необхідним компонентом принципу вичерпання, про що буде написано нижче.*

### **Теорія винагороди.**

Прихильники цієї теорії обґрунтовують вичерпання права сутністю права на розповсюдження.

Їхня позиція цілком ґрунтується на передумовах відповідних можливостей належної участі автора у використанні свого твору<sup>13</sup>.

Право на поширення полягає у тому, щоб створити авторові умови для реалізації ним права на одержання винагороди за свій твір. Якщо він використав цей свій шанс, значить мета права на розповсюдження досягнута<sup>14</sup>.

Формулювання п. 7 ст. 15 Закону про авторське право також підкреслює, що зміст права на розповсюдження за значенням своїм не гарантує автору надання виключного пра-

ва на дії щодо правомірно введених в обіг примірників творів<sup>15</sup>.

Як правило, для обґрунтування того, що одержання винагороди обмежується одним разом, звертаються до історії виникнення права на розповсюдження.

Право на розповсюдження було запроваджене вперше на початку 20 сторіччя, щоб гарантувати авторам забезпечення їхніх фінансових інтересів, що не може бути задоволено тільки лише наявністю виключного права на тиражування<sup>16</sup> (видання, прим. моя, С. Глотов).

Навряд чи за допомогою виключного права на видання автор зможе контролювати ще й розповсюдження твору.

Та й саме право на видання не вимагає, по суті, сильного захисту, як такого<sup>17</sup>.

Крім того, права на видання може бути недостатньо, наприклад, у такій ідеальній ситуації, коли видавець поширює правомірно видані ним примірники твору після закінчення дії ліцензії, виданої йому автором<sup>18</sup>.

І за допомогою запровадження права на розповсюдження "автору була надана можливість забороняти подальше розповсюдження правомірно виготовлених примірників твору, якщо виробника таких примірників неможливо відшукати"<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Koehler, der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000, стор. 51.

<sup>14</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Schallplattenexport", GRUR, 1982, стор. 100-101; BGH (Федеральний суд Німеччини), "Zeitschriftenauslage beim Friseur", GRUR, 1985, стор. 131-132; BGH (Федеральний суд Німеччини), "Schallplattenimport III", GRUR, 1988, стор. 373-374; Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 55 і далі за текстом.

<sup>15</sup> Див. також на цю тему: Bundestagdrucksache, IV/270, стор. 48.

<sup>16</sup> Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 11.

<sup>17</sup> Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1980, §46, абз. 3.

<sup>18</sup> Reimer, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, GRUR, 1972, стор. 221, 224 (221-234).

<sup>19</sup> Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 19.



Згідно з позицією прихильників теорії винагороди законодавець із запровадженням самостійного права на поширення хотів лише тільки усунути недолік ідеального права на тиражування (виготовлення копій)<sup>20</sup>.

*Таким чином, право на розповсюдження надається автору винятково для випадків, у рамках яких мета одержання винагороди вже не буде досягнута за допомогою наявності лише одного права на видання.*

*Мета права на розповсюдження — пряма участь у використанні свого твору; досягається шляхом гарантування автору одержання одноразової винагороди при першому уведенні в цивільний (господарський) обіг, тому що саме до цього моменту автору необхідно оцінити свій передбачуваний прибуток від використання і вивести на підставі цього відповідну ціну<sup>21</sup>.*

*І право автора на поширення вичерпується з досягненням цієї мети.*

### Теорія забезпечення вільного руху товарів

Згідно з цією теорією, установлення принципу вичерпання права на розповсюдження виправдовується інтересом користувачів і суспільства щодо вільного і безперешкодно руху товарів<sup>22</sup>.

Забезпечення й охорона обігу товарів необхідні, тому що рухомі речі

багато разів поширюються повторно<sup>23</sup>.

Якби автор після першого уведення в обіг міг ще вирішувати й долю речі, у якій утілено твір, то осмислене використання втіленого в матеріальну оболонку твору найчастіше було б неможливим<sup>24</sup>, оскільки особа, наділена правом поширювати, могла б повністю поставити подальшу реалізацію примірників твору в залежність від власних інтересів, що відповідають цілям охорони авторського права, наприклад, контроль за здійсненням системи збуту і цінової політики.

Принцип вичерпання встановлює межу між авторським правом і суспільними інтересами в рамках свободи обігу товарів, якою розв'язується проблема взаємозв'язку між примірником твору і виключним правом автора на розповсюдження.

Поряд з ідеєю вільного руху товарів з метою обґрунтування вичерпання права на розповсюдження може бути наведено погляд, який також говорить про наявність суспільного інтересу, спрямованого на встановлення чітких і ясних правовідносин у правовому обігу<sup>25</sup>.

Якби мало місце необмежене право автора на розповсюдження, то користувач примірника твору повинен був би кожен свою дію щодо розповсюдження погоджувати з автором,

<sup>20</sup> Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стр. 56.

<sup>21</sup> Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стр. 65.

<sup>22</sup> Reimer, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, GRUR, 1972, стр. 221, 222 (221-234); Joss, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стр. 53.

<sup>23</sup> Hubmann, Der Erschöpfungsgrundsatz und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, юбилейный сборник, 1982 р, стр. 181.

<sup>24</sup> Von Ungern-Sternberg, Erschöpfung des Verbreitungsrechts und Vermietung von Videokassetten, GRUR, 1984 р, стр. 262.

<sup>25</sup> Див. детальніше на цю тему: Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 1999, §17, абз. 36, стр. 357.



щоб виключити ризик порушення авторських прав.

Такий стан речей, щонайменше, сильно обтяжував би вільний рух товарів. До того ж, необхідно враховувати, що сумлінні дії користувача-продавця в рамках авторського права не будуть захищені так, як в праві речовому (при захисті права власності).

*Таким чином, відповідно до теорії забезпечення вільного руху товарів, вичерпання права на поширення може бути обґрунтоване перевагою інтересів на стороні користувачів і суспільства в цілому щодо вільного і безперешкодного товарообігу, а також можливості встановлення чітких і ясних правовідносин.*

Підводячи невеликий підсумок, можна сказати, що найбільш серйозні аргументи, які наводяться для обґрунтування принципу вичерпання, закріпленого в п. 7 ст. 15 Закону України про авторське право, має остання теорія — **теорія вільного руху товарів**.

Адже кожен власник має інтерес поширювати належну йому річ далі, без будь-яких обмежень, а оформлення правовідносин повинне ґрунтуватися на необмеженому праві власності, що цілком логічно.

Однак жодна з розглянутих вище теорій сама по собі не може скрізь розставити крапки над "і", щоб всебічно виправдати існування принципу вичерпання.

Так, наприклад, теорія вільного руху товарів не в змозі пояснити, чому вичерпання права на розповсюдження відбувається з моменту відчуження.

Право суспільства на вільний товарообіг могло б виправдати подальші дії щодо поширення шляхом оренди чи прокату одним простим

переходом права власності, що повинно було б обумовлювати свободу від виключних прав автора з розповсюдження. Однак, як бачимо, — це не так.

Проти теорії винагороди виступає те, що вона не повною мірою враховує інтерес автора на дроблення права на розповсюдження.

Наприклад, Закон України про авторське право виправдовує комерційне право автора на видачу ліцензії, обмеженої конкретною територією. Шляхом укладання ліцензійного договору, що діє на певній території, автор не використовує свою "згоду" на уведення в обіг свого твору на іншій території. Відповідно, тут право на розповсюдження повинне вичерпуватися тільки стосовно визначеного ліцензією економічного простору.

Однак якщо дивитися в корінь обґрунтування теорії винагороди, вважатиметься правильним і непотрібним дроблення права на розповсюдження, яким автор наділений тільки лише для першого уведення в обіг, незалежно від того, чи буде примірник твору далі поширюватися необмежено, чи тільки в тому економічному просторі, у якому був поширений уперше.

*Тому антагонізм інтересів між автором, який хоче використовувати свій твір комерційно необмежено і загальним правом на безперешкодний товарообіг дозволяє усунути тільки комбінація теорії винагороди і теорії охорони вільного товарообігу з урахуванням теорії права власності.*

*Адже саме залучення аспекту права власності на річ, стосовно примірника твору, пом'якшує суб'єктивність зайвої авторсько-правової спрямованості теорії винагороди і*



пояснює, що охорона вільного руху товарів тут є в першу чергу охороною права власності.

Значення права власності для визначення вичерпання права полягає у тому принципі, який закладає у природу вичерпання: якщо продавець продає чи іншим способом відчужує примірник твору третій особі, то в нього, продавця, цього конкретного примірника вже не залишається.

Таким чином, сутністю принципу вичерпання права є об'єднання трьох теорій — теорії охорони вільного обігу товарів, теорії винагороди і теорії права власності.

Щодо оформлення принципу вичерпання авторського права, то воно, подібно свободі приватного копіювання, як обмеження авторського права з метою встановлення балансу інтересів між правовласниками і користувачами, тільки виправдане за допомогою інших підстав<sup>26</sup>.

Крім того, на відміну від приватного копіювання, принцип вичерпання авторського права являє собою по суті — нівелювання авторського права без виплати будь-якої за це компенсації за це і є тим обмеженням, за допомогою застосування якого здійснюється "найгрубіше" втручання в права автора.

## 2. Вичерпання авторського права в цифровому середовищі

Усе те, що було розглянуто нами в першій частині цієї статті, первісно застосовне до аналогового середовища, елементарне з тих при-

чин, що принцип вичерпання був уведений тоді, коли цифрового середовища ще не існувало.

У зв'язку з цим, необхідно розібратися, чи застосований принцип вичерпання авторського права в тій формі, у якій він закріплений у п. 7 ст. 15 Закону України про авторське право, до середовища цифрового тією ж мірою, у якій він застосований до середовища аналогового.

Аналогічне застосування принципу вичерпання в онлайновому середовищі презумує, що Закон у цьому відношенні виявляє ряд недоліків.

Основним аргументом щодо того, що закріплений у нинішньому вигляді принцип вичерпання права не застосований до цифрового середовища, є те, що при передачі файлів через інтернет немає матеріального вираження (матеріальної форми) твору.

Необхідність обмеження права автора на розповсюдження матеріальних об'єктів, у яких виражений твір, через застосування принципу вичерпання виходить з того, що автор повинен увести свій твір в обіг також на якому-небудь матеріальному носії.

Тому, у випадку, якщо твори у цифровій формі вводяться в цивільний обіг на матеріальних носіях (CD, CD-ROM, DVD тощо), то, безумовно, подальша пропозиція щодо реалізації таких носіїв підпадає під дію права на розповсюдження і вичерпання цього права<sup>27</sup>.

Що ж до дій з розповсюдження цифрових творів в онлайновому се-

<sup>26</sup> Див. також на цю тему: Глотов С. О. Щодо питання про можливість приватного копіювання в цифровому середовищі // Офіційний бюлетень Міністерства юстиції України — 2005. — №4 (42) — С. 101-114.

Евков А. Н. Характеристика правовой природы исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности // Проблемы законности. — 2004. — Вып. 70. — С. 133-141.

<sup>27</sup> Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997. — С. 128.



редовищі (середовищі інтернет), то тут стоїть великий знак питання.

Тому необхідно з'ясувати, чи застосоване право на поширення у разі придбання примірника твору в режимі онлайн (online).

Про пряме застосування права на поширення, що існує для матеріальних примірників, тут не може бути й мови первісно<sup>28</sup>, оскільки тут немає матеріального носія.

Крім того, шляхом розповсюдження твір, який передається в режимі онлайн, мимовільно тиражується (розмножується), породжуючи собі подібну копію, яка нічим не поступається за якістю своєму "батьку", що з погляду авторського права абсолютно неприпустимо<sup>29</sup>.

Подібне застосування права на поширення виходило б також і за межі міжнародних і європейських норм.

Так, зміст ст. 6 і ст. 7 Договору ВОІВ про авторське право (WCT) передбачає право на поширення лише стосовно таких примірників, які вводяться в цивільний обіг як матеріальні об'єкти.

Паралельне формулювання міститься й у статтях 2e, 8, 9, 12, 13 Договору ВОІВ про виконання і фонограми (WPPT).

*Таким чином, у Договорах ВОІВ зберігається традиційний поділ між*

*матеріальним і нематеріальним використанням*<sup>30</sup>.

Цей поділ лежить також і в основі Директиви 2001/29/ЄС "Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві" від 22 травня 2001 р., яка обмежує право на об'єктивн розповсюдження реалізованого твору, що охороняється в ст. 4 цієї Директиви<sup>31</sup>.

Більше того, Директива 2001/29/ЄС негативно трактує згаданий тут спеціально випадок аналогічного застосування права на розповсюдження, вказуючи в п. 29 Преамбули, що питання вичерпання прав не стоїть ні для послуг у цілому, ні для онлайн-ових послуг зокрема.

Це є дійсним і для матеріальних примірників, виготовлених тим, хто користується подібною послугою за згодою правовласника.

*Отже, аналогічне застосування права на поширення до придбаних в онлайн-овому режимі примірників не узгоджується з деталізованими нормами Директиви 2001/29/ЄС, яка не залишає місця для підміни понять.*

Тому думка Шміда (Schmid) про те, що якщо, наприклад, музичний твір був придбаний у режимі онлайн, а потім його записали на CD, DVD чи інший носій, то такий му-

<sup>28</sup> Koch, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR, 1997. — С. 426, виступає за "розширювальне тлумачення" положення про вичерпання права.

Див. також: Hoeren, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft — Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion, MMR, 2000. — С. 517, виступає за "застосування права на поширення до функціонального еквівалента онлайн-ового перепродажу матеріальних примірників".

Також, Linnenborn, Urheberrecht goes Europe, Kommunikation&Recht, 1999. — С. 204, виступає за "динамічне тлумачення" принципу матеріальності і критикує обмежене тільки матеріальними примірниками у ст. 4 Директиви 2001/29/ЄС право на поширення.

<sup>29</sup> На цю тему див. децю детальніше: Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR, 2002. — С. 201.

<sup>30</sup> Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und verwandten Schutzrechten, GRUR Int, 1997. — С. 674.

<sup>31</sup> Порівняй з п. 28 Преамбули цієї ж Директиви.





зичний твір може бути проданий далі, з урахуванням дії принципу вичерпання права на розповсюдження, так неначе покупець придбав даний музичний твір, уже записаний на матеріальному носії, у магазині<sup>32</sup>, не знаходить свого підтвердження.

Відповідно до пануючої зараз точки зору, електронне поширення охоплюється *правом на відкритий доступ за вимогою — неписаним правом вільного відтворення*<sup>33</sup>.

Це наводить на подальші роздуми.

Так, наприклад, Федеральним судом Німеччини у свій час було сформульовано низку загальних приписів щодо вичерпання прав у разі онлайнного придбання<sup>34</sup>.

Відповідно до них, "обмеження через застосування принципу вичерпання дійсне для всіх прав використання, зокрема і нематеріальних. Якщо правовласник своїми діями реалізував надане йому законом виключне право використання, то певні подальші дії щодо використання більше не охоплюються правом на охорону результатів розумової праці."<sup>35</sup>

При перенесенні на розглядуваний випадок онлайнного придбання

це означало б, що якщо передавані в онлайнному режимі примірники придбані за згодою правовласника, то особа, яка правомірно придбала такий примірник твору, може перепродувати в оффлайнному чи онлайнному режимі цей примірник, за умови, що в неї самої примірник твору після продажу вже не залишається<sup>36</sup>.

Щодо необхідних для цього дій з використання, права правовласника на поширення і тиражування були б вичерпані.

І тут було б неправильно допустити вичерпання самого права на загальний доступ за вимогою, оскільки на підставі публічності цього права при введенні примірників у цивільний обіг, правовласник не зміг би оцінити можливий виторг від використання.

Його відповідна частка у виторзі від використання не забезпечувалася б у значенні теорії винагороди.

Тому, охоплюваний правом на відкритий доступ за вимогою, процес використання через завантаження для дії принципу вичерпання утворює лише точку перетину<sup>37</sup>, де явно виражене в п. 3 ст. 3 Директиви 2001/29/ЄС виключення дії ви-

<sup>32</sup> Schmid/Wirth, Urheberrechtsgesetz, Handkommentar, §17, абз. 6.

<sup>33</sup> Schricke, Urheberrecht, Kommentar, 1999., §15, абз. 24, 27.

<sup>34</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen in Abschaltungsgebieten", GRUR, 1981. - Стор. 413;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen II", GRUR, 1988. - Стор. 206.

Див. також: Schricke, Urheberrecht, Kommentar, 1999, §15, абз. 32, 34, стор. 316 і далі. "Оскільки міжнародний правовий розвиток до цих пір не підтримує ідеї вичерпання прав на відкрите відтворення, ці питання за необхідністю належить знову переосмислити".

Таким чином, панівна думка критично ставиться до загальної доктрини вичерпання прав.

<sup>35</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen in Abschaltungsgebieten", GRUR, 1981. - Стор. 416;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen II", GRUR, 1988. - Стор. 210.

<sup>36</sup> Див. тезу першої частини цієї статті: якщо продавець продає чи іншим способом відчужує примірник твору третій особі, то в нього, продавця, цього конкретного примірника вже не залишається.

<sup>37</sup> Це право використання автор реалізує в онлайнному режимі, яке настає замість права на поширення, що інакше реалізується в оффлайнному режимі.



черпання стосовно права на відкритий доступ за вимогою, подібному застосуванню не протидіяло б.

Але таке тлумачення, подібно до аналогічного застосування права на поширення до придбаних в онлайн-режимі примірників, суперечило б генеральній концепції Директиви 2001/29/ЄС кваліфікувати передані в онлайн-режимі процеси придбання винятково як послуги, стосовно яких питання про вичерпання прав первісно не ставилося<sup>38</sup>.

І в цій ситуації прив'язка принципу вичерпання до права на відкритий доступ за вимогою не є життєздатною, оскільки дія вичерпання торкалася б права на поширення і тиражування.

*З урахуванням вище викладеного, узята Директивою 2001/29/ЄС за основу концепція не бере до уваги теорію винагороди.*

З іншого боку, для онлайн-режиму придбання могли б знайти застосування вже створені судовою практикою принципи, спрямовані за своєю суттю на захист свободи товарообігу.

Тут цікавим є рішення Федерального суду Німеччини щодо флакону для парфумів (Parfumflakon), було виведено, що авторське право, так само як і інші суб'єктивні права на захист результатів розумової праці, повинні відступати перед інтересами суспільства в здатності знаходитися в обігу товарів, уведених у нього за згодою правласників<sup>39</sup>.

Цей принцип видається дуже схожим до принципу вичерпання прав<sup>40</sup>, однак, у своєму обґрунтуванні він спирається лише на здатність товарів знаходитися в цивільному обігу.

Він не обмежений правом на поширення, але знаходить застосування і щодо інших прав на використання авторських прав, якщо відповідні дії з використання служать меті забезпечення здатності товарів знаходитися в цивільному обігу чи, відповідно, перепродажу<sup>41</sup>.

Але, як би загальний принцип переваги інтересів цивільного обігу був здатний виконувати функцію загального обмеження авторського права, то для випадку онлайн-режиму придбання він би суперечив вже описаній настанові Директиви 2001/29/ЄС чітко кваліфікувати онлайн-збут як послугу.

Якщо звернутися до розглянутого судового рішення, то Федеральний суд Німеччини навпаки обґрунтовує принцип переваги інтересів цивільного обігу з забезпеченням здатності товару знаходитися в такому обігу, — мета, якій також служать положення Договору ЄС про вільний рух товарів<sup>42</sup>.

*Таким чином, обрана в Директиві 2001/29/ЄС дихотомія послуг і товарів перешкоджає застосуванню принципу переваги інтересів цивільного обігу також.*

Виходячи з усього вище сказаного, можна резюмувати, що на сьо-

<sup>38</sup> Див. п. 29 Преамбули Директиви 2001/29/ЄС.

<sup>39</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — С. 53. Чит. також: Корпе, Die urheberrechtliche Erschopfung, 2004. — С. 134-135.

<sup>40</sup> Шрікер (Schricker) і Дітц (Dietz) вважають, що методологічно мова у цьому рішенні йде про принцип вичерпання прав, якому Федеральний суд Німеччини надає статус загального принципу. Див.: Schricker/ Dietz, Bemerkungen zur Erschopfung im Urheberrecht, ювілейний збірник, стор. 455.

<sup>41</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — С.53.

<sup>42</sup> BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — Стор.54.



годні принцип вичерпання авторського права до цифрового середовища не може бути застосований взагалі.

Передумовою для прийняття Директивою 2001/29/ЄС та іншими міжнародно-правовими актами такої концепції і, відповідно, зробленого нами висновку є те, що при придбанні твору в режимі онлайн (online) і наступному його відчуженні у такого покупця-продавця завжди залишиться копія такого твору в цифровій формі.

Однак тут хочеться поставити питання: наскільки узгоджується таке рішення з тим горезвісним балансом інтересів конфліктів між авторами, правласниками і користувачами?

Як уже відзначалося, принцип вичерпання прав так само, як інші обмеження авторських прав, покликаний утримувати співвідношення взаємних інтересів вже названих груп у визначених межах.

І якщо, наприклад, узяти приватне копіювання в цифровому середовищі, де спостерігається хоч якийсь намір у бік утримання такого балансу<sup>43</sup>, то, щодо вичерпання прав, воно в цифровому середовищі, як бачимо, відсутнє взагалі.

На наш погляд, це зовсім неприпустимо і робить установлений до цього баланс аж ніяк "незбалансованим", хоча і зрозумілі причини такої категоричної заяви, адже на практиці виникло б відразу стільки проблем, кількість і різноманітність яких було б важко навіть уявити.

Взагалі, на думку автора цієї статті, практично всі проблеми, що є в авторському праві у застосуванні

до цифрового середовища, носять, насамперед, технічний характер.

І розв'язання цих проблем перш за все повинно бути подане на рівні технічному, і тільки потім викладене і закріплене на рівні юридичному<sup>44</sup> — такого порядку тут бути не може.

Так, стосовно вичерпання прав з метою встановлення цього принципу і для цифрового середовища також, як приклад, можна запропонувати таке:

Якщо виходить з того, що вичерпання права на поширення прив'язується до матеріального об'єкта, у якому втілено твір, то певним технічним рішенням можна зобов'язати покупця твору через онлайн перенести такий твір на матеріальний носій, після чого копія даного твору, що все ще знаходиться в онлайн-овому середовищі, буде знищена.

Як підсумок, хотілося б сказати, що дискусія щодо вичерпання авторського права — права на поширення, — у цифровому середовищі тільки починається. І питання, яке ставлять проблеми, що виникли, перед здатністю принципу вичерпання бути застосовним до цифрового середовища, чекає своєї відповіді. ●

<sup>43</sup> Див. тут: Глотов С. О. Щодо питання про можливість приватного копіювання в цифровому середовищі // Офіційний бюлетень Міністерства юстиції України — 2005. — №4 (42) — С. 101-114.

<sup>44</sup> Безумовно, тут необхідно враховувати "війну" інтересів і відповідне лобі.