

of «fair use» should be how these art works are perceived by so-called «sensible viewer». According to opinions of experts, if an abstract «sensible viewer» can recognize the graphic works of R. Prince to have a sufficiently high level of visual changes, they will have a different semantic filling and comply with the principles of «fair use» doctrine. This conclusion is based on common theories and practical settings among North American experts of such scientific directions as post-structuralism and receptive approach to the study of art works. However, in 1976, at the time of the law «The Copyright Act» adoption, none of its creators did not know about the existence of such directions of scientific thinking as post-structuralism or criticism of reader's response. Consequently, the provisions of the law do not already correspond to the avant-garde methods of scientific analysis used by North American forensic experts of the new millennium.

Keywords: doctrine of «fair use», research of fine art works, «sensible viewer», North American judicial practice.

УДК 343.148

Т. А. Заніна, старший науковий співробітник Харківського НДІСЕ,
А. П. Копитько, науковий співробітник Харківського НДІСЕ

ПЕРСОНАЖ ЯК САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Розглянуто проблемні питання щодо надання правової охорони персонажам. Надано визначення поняття «персонаж» і класифікацію персонажів. Визначено спеціальні умови надання правової охорони персонажам. Проаналізовано міжнародну практику деталізації ознак персонажу твору, за якими визначають, чи наділений суперечливий персонаж рисами, що дозволяють віднести його до охоронюваних об'єктів авторського права. Презентовано деякі з основних положень у визначенні критеріїв, за умови відповідності яким не допускається вільне відтворення персонажа з комерційною метою.

Ключові слова: літературний твір, персонаж, частина твору, об'єкт авторського права.

Об'єктами авторського права є твори незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження. Твори є об'єктами авторського права без виконання будь-яких формальностей щодо них (ч. 2 ст. 433 ЦК України)¹. У ст. 433 ЦК України, ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» міститься перелік окремих видів творів, який не має вичерпного характеру².

¹ Див.: Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відом. Верхов. Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.

² Див.: Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.

На практиці виникало безліч суперечок, пов'язаних з можливістю надання правової охорони таким частинам твору, як назва, найменування персонажів, окремі фрази, вислови тощо. Саме їх несанкціоноване використання часто дозволяло певним особам скористатися успіхом частини твору або персонажа без згоди його автора. Особливої актуальності це питання набуває в міру розвитку брендів, основою яких є персонажі загальновідомих творів («Смішарики», «Простоквашино» тощо)¹.

Згідно зі ст. 9 Закону України «Про авторське і суміжні права» частина твору, яка може використовуватися самостійно, розглядається як твір і охороняється відповідно до Закону. Оскільки персонаж може використовуватися самостійно, то й потрапляє під захист авторським правом. Слід зазначити, що герой чи персонаж – це досить широке поняття, яке використовується не тільки в контексті персонажа літературного твору, а й стосується аудіовізуальних творів, комп'ютерних ігор і навіть ТВ-шоу.

Отже, назва твору, фрази, словосполучення та інші частини твору, які можуть використовуватися самостійно, у тому числі й персонажі, підлягають охороні як об'єкти авторського права тільки в тому разі, коли вони є результатом творчої діяльності автора і є оригінальними (п. 18 постанови Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 04.06.2010 № 5)².

На жаль, відсутність чітких критеріїв у законодавстві щодо надання правової охорони структурним елементам творів зумовлює вчинення неправомірних дій стосовно об'єктів інтелектуальної власності, певних зловживань, недозволеного їх використання та створює перепони для належної реалізації й захисту прав авторів елементів творів, що робить актуальним обрану тему дослідження та підтверджує доцільність проведення наукових розробок у цій сфері.

Усі персонажі, які можуть бути визнані результатом творчості автора, є частинами творів і охороняються авторським правом, чинним на сьогодні на території України. При цьому слід розмежовувати твір цілком і сам персонаж, оскільки він може охоронятися за допомогою закону незалежно від усього твору.

Спробуємо визначити, що таке персонаж у контексті авторського права. Це слово походить від латинського «persona» та означає дійову особу п'єси, сценарію, кінофільму, роману й інших художніх творів. У творах образотворчого мистецтва під персонажем розуміється портрет або зображення тієї чи іншої конкретної особи чи вигаданого, наприклад, міфологічного або алегоричного героя.

Синонім персонажа для літературного твору – літературний герой або іноді літературний характер. У літературознавстві під персонажем найчастіше розуміють дійову особу, що характеризується як у дії, так і в описі.

¹ Див.: Кулініч О. О. Умови надання правової охорони творам та окремим їх елементам / О. О. Кулініч // Актуальні проблеми держави і права [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://apdp.in.ua/v58/70.pdf>.

² Див.: Кулініч О. О. Указ. праця.

Існують різні класифікації персонажів твору, але найбільш повною вважається класифікація, запропонована Д. Борисенко, за якою всі персонажі можна поділити на такі групи:

— вигадані персонажі, у тому числі створювані артистами (живі персонажі);

— анімаційні персонажі, у тому числі з мультфільмів, кінофільмів і коміксів (неживі персонажі);

— реальні популярні, відомі особи¹.

Зазвичай закони про авторське право захищають персонаж у контексті твору, у якому персонаж з'являється. Питання про окремий захист персонажа виникає, коли його виокремлюють з першоджерельних робіт, так що він веде нове й незалежне життя в окремо написаних творах. Персонажі, які здатні вести незалежне життя, найбільше запам'ятовуються, бо вони залишаються в уяві читача ще довго після того, як оригінальний сюжет був забутий.

Одним із типових способів комерційного використання персонажа є застосування для індивідуалізації товарів і послуг, товарного знаку, що являє собою ім'я або зовнішній вигляд (зображення) персонажа, зокрема використання таких товарних знаків у рекламі товарів і послуг. Другим найбільш поширеним видом комерційного використання персонажів є випуск сувенірної продукції з використанням імені та/або зображення персонажа на підставі укладання з правовласником відповідного ліцензійного договору.

Популярні персонажі, зокрема мультиплікаційні, беруть участь у цивільному обороті окремо від твору в цілому. Подібні види комерційного використання слугують доказом самостійного використання персонажів як одного з критеріїв охороноздатності, установленого ст. 9 Закону «Про авторське право і суміжні права».

На сьогодні одним з актуальних питань в авторському праві залишається питання про передавання прав на твори та окремі його структурні елементи (назву, персонажів) для використання, наприклад, як знаків для товарів і послуг, комерційних найменувань.

Назва та персонаж є найбільш упізнаваними для широкої публіки елементами твору, у деякому роді його «товарними знаками», що й стало, імовірно, причиною визнання їх особливого статусу. На жаль, ні в Цивільному кодексі України, ні в Законі України «Про авторське право та суміжні права» не згадується про охорону персонажів творів, проте про охорону авторських прав на них згадується в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». У ч. 4 ст. 6 цього Закону міститься перелік підстав для відмови в реєстрації позначення як знаку для товарів і послуг – назви відомих в Україні творів науки, літератури та мистецтва або цитати й персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників².

¹ Див.: *Борисенко Д.* Персонаж как законодательно признанная часть произведения, на которую распространяется авторское право / Д. Борисенко // Интеллектуальная собственность. Авторские и смежные права. — 2011. — № 2. — С. 17–25.

² Див.: Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3689-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 36.

Вочевидь, правова охорона персонажів, виходячи із судової практики, зіткнеться з певними труднощами, оскільки охороні підлягають у повному обсязі лише ті персонажі, які є самостійним результатом творчої праці автора й виражені в об'єктивній формі. Вирішити це досить складно, бо для цього знадобиться проведення спеціальних експертиз.

Для того, щоб вимоги про оплатне використання персонажів безпідставно не обмежувало право на свободу творчості, необхідно запровадити певні критерії, за умови відповідності яким не допускається вільне відтворення персонажа з комерційною метою. Такими критеріями можуть бути:

- оригінальне ім'я та зовнішність персонажа;
- індивідуалізуючі риси характеру;
- єдність візуального зображення й художнього опису (образ, риси характеру, манери поведінки) у свідомості певного кола осіб (для сприйняття якими створено персонаж);
- наявність комерційного потенціалу для його використання внаслідок їх відомості (популярності) серед певного кола осіб.

Існує три основні способи захисту прав на персонаж. Перший полягає в тому, що частина твору, яка може використовуватися самостійно, розглядається як твір і охороняється Законом України «Про авторське право і суміжні права». А тому персонаж, який може бути використаний самостійно, захищається як і інші об'єкти авторського права з моменту його створення. Але охорона поширюється лише на форму вираження твору та не захищає образ персонажа, що виникає й залишається в людській уяві.

Другий спосіб захищає права на персонаж як об'єкт права промислової власності, використовуючи Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Об'єктом знака може бути персонаж у вигляді власного імені або його зображення, а отже, будь-яка реєстрація літературного персонажа як знака для товарів і послуг буде можливою лише за згодою суб'єкта авторського права на відповідну частину твору.

Третій спосіб реалізується за допомогою застосування Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», у якому порушенням вважається використання без дозволу уповноваженої особи імені, знаків для товарів і послуг, інших позначень, назв літературних, художніх творів, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта.

Отже, останнім часом зростає кількість осіб, які використовують один і той самий «розкручений» персонаж в анімаційних фільмах, телевізійних програмах, відеоіграх та інших творах, оскільки це розширює сферу комерційної експлуатації. Тому питання права захисту інтелектуальної власності на персонаж має першорядне значення. Нині законодавство дозволяє їх захистити трьома зазначеними способами та, залежно від інтересу особи, вона сама вирішує яким із них скористатися.

Аналіз законодавства й судової практики в деяких країнах свідчить про наявність різних підходів до вирішення цієї проблеми, зокрема одержання назвами, образами та зображеннями персонажів авторсько-правової охорони. Так, у США й Великобританії охорона персонажів є результатом роз-

виту прецедентного права, у Франції, Німеччині, Італії – наслідком сформованої судової практики. У Росії (п. 7 ст. 1259 ЦК РФ) правова охорона персонажів прямо передбачена в законодавстві. В Україні правова охорона персонажів поки що не отримала свого розвитку.

Важливо відзначити, що в українській правовій системі для того, аби який-небудь результат інтелектуальної діяльності був визнаний об'єктом авторських прав, потрібно, щоб він відповідав критеріям охороноздатності. Закон визначає два загальних легальних критерії охороноздатності об'єктів авторського права.

Отже, авторське право поширюється на твори науки, літератури та мистецтва, які:

- є результатом творчої діяльності;
- існують у якій-небудь об'єктивній формі.

Відсутність хоча б одного з цих критеріїв не дозволяє говорити про наявність твору як об'єкта авторського права.

Оскільки в Україні відсутні критерії визнання персонажа самостійним об'єктом охорони, розглянемо два приклади із судової практики інших країн.

Верховний суд РФ у визначенні від 11 червня 2015 р. № 309-ЭС14-7875 першим у російській практиці сформулював критерії визнання персонажів самостійними об'єктами авторського права: персонажами аудіовізуального твору як самостійного результату можуть бути створені й зафіксовані в аудіовізуальному ряді мультфільмів динамічні мальовані (лялькові) образи головних героїв, які володіють такою сукупністю ознак, котрі роблять їх оригінальними, впізнаваними й вирізняльними від інших героїв у силу їх зовнішнього вигляду, рухів, голосу, міміки та інших ознак, призначених для зорового та слухового (у разі звукового супроводу) сприйняття¹.

У законі про авторське право США (Copyright Act 1976) немає поняття «character», що дозволяє судам вільно підходити до визначення його змісту й ознак, необхідних для визнання персонажа самостійним об'єктом.

У вересні 2015 р. у США розглядалася справа «v DC Comics. Towle», 802 F. 3d 1012 (9th Cir. 2015) про виготовлення особою «бетмобілів» на продаж, і в цій справі суд застосував триступеневий тест:

1) персонаж повинен володіти фізичними та смисловими (conceptual) якостями;

2) персонаж має бути суттєво вираженим для його впізнаваності як одного й того самого персонажа при кожній його появі, тобто повинен демонструвати постійні обумовлені властивості й атрибути, але разом із тим персонаж не повинен мати постійної зовнішності;

3) персонаж повинен містити деякі оригінальні елементи вираження.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що судова практика США сформувала більш жорсткі критерії для надання охорони персонажам.

¹ Див.: Фридман В. Э. Охрана частей и структурных элементов произведения как объектов авторского права в России и США / В. Э. Фридман [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://lawbook.org.ua/aa/12.00.03/2016/02/06/050393038.doc.html>.

Міжнародна судова практика повинна звернути увагу українських законотворців на необхідність унесення змін у чинне законодавство з метою більш докладної деталізації ознак персонажа твору, за яким суди могли б з більшою впевненістю визначити, чи наділений суперечливий персонаж рисами, що дозволяють віднести його до охоронюваних об'єктів авторського права.

Незважаючи на те, що комерційне використання персонажів не включене та навряд чи може бути в найближчому майбутньому включене в Закон «Про авторське право і суміжні права» як окреме майнове авторське право, вивчення судової практики Росії й США дозволяє зробити висновок про те, що такий вид використання, як і його обсяг, необхідно спеціально обумовлювати в авторських договорах. Відсутність таких положень в авторському договорі у світлі відсутності законодавчого регулювання та неоднозначної судової практики в Україні робить позицію користувачів авторських прав украй вразливою.

За відсутності чіткого законодавчого регулювання у сфері використання частини твору особливого значення набуває вироблення підходів і критеріїв для вирішення відповідних спорів українськими судами. Зважаючи на виявлені загальні тенденції можливе застосування в практиці українських судів критеріїв, вироблених у судовій практиці США. Ці критерії ґрунтуються на доктрині «добросовісного використання» і, зокрема, уключають у себе мету та обсяг використання, а також потенційну можливість завдання шкоди правовласнику¹.

Таким чином, викладене підтверджує доцільність проведення в подальшому досліджень щодо визначення умов надання охорони окремим персонажам із метою внесення відповідних змін у чинне законодавство. Потребує подальшого розроблення проблеми визначення правової охорони окремих видів персонажів, їх оригінальних назв та умов їх використання як із комерційною, так і без комерційної мети, а також розгляд питань про окремі випадки обмежень авторських прав на використання персонажів.

ПЕРСОНАЖ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ОБЪЕКТ АВТОРСКОГО ПРАВА

Занина Т. А., Копытько А. П.

Рассмотрены проблемные вопросы, касающиеся предоставления правовой охраны персонажам. Даны определение понятия «персонаж» и классификация персонажей. Определены специальные условия предоставления правовой охраны персонажам. Проанализирована международная практика детализации признаков персонажа произведения, по которым определяют, наделен ли противоречивый персонаж чертами, позволяющими отнести его к охраняемым объектам авторского права. Представлены некоторые из основных положений в определении критериев, при условии соответствия которым не допускается свободное воспроизведение персонажа с коммерческой целью.

Ключевые слова: литературное произведение, персонаж, часть произведения, объект авторского права.

¹ Див.: Фридман В. Э. Указ. праця.

PERSONAGE AS AN INDEPENDENT OBJECT OF COPYRIGHT

Zanina T. A., Kopytko A. P.

The paper deals with the problematic issues regarding provision of legal protection of personages, as the question about the separate protection occurs when a personage is separated from the source, so that it conducts a new and independent life in individual works and is able to be memorized because it permanently remains in the imagination of readers and consumers after the original story is forgotten. The definition of the notion «personage», classification of personages is considered. Special conditions for granting legal protection to personages are defined. The international practice of detailing personage features of the work by means of which one determines whether contradictory personage is vested with features which allow to relate him to the protected objects of copyright is analyzed. An examples of judicial decisions in other countries, on the basis of which there are formulated more stringent criteria for the providing protection to personages, by means of which the courts could determine with greater certainty whether a controversial personage is vested with criteria which allow to attribute him to the protected objects of copyright are presented. The paper presents three main ways to protect the rights to the personage. The first is that a part of the work which can be used independently, is regarded as a work, and is protected by the Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights». The second way is to protect the rights to the personage as an object of industrial property rights using the Law of Ukraine «On Protection of Rights to Marks for Goods and Services». The third way is realized by means of the Law of Ukraine «On protection from unfair competition». A brief description of these methods of protection are presented.

Keywords: literary work, personage, part of the work, object of copyright.

УДК 34.037:347.77

Н. В. Кісіль, начальник відділу Державного підприємства «Інформаційні судові системи» Державної судової адміністрації України, кандидат сільсько-господарських наук, старший науковий співробітник

ЗАГАЛЬНІ МЕТОДИЧНІ ПІДХОДИ ДО ПРОВЕДЕННЯ ЕКСПЕРТНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ, ОБ'ЄКТАМИ ЯКИХ Є РІЗНІ ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

На основі узагальнення публікацій із теоретичних, загальнометодичних питань та проведеного аналізу судово-експертної практики у сфері інтелектуальної власності, де об'єктами досліджень виступали засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, їх товарів і послуг, сформульовано методичні підходи до проведення експертних досліджень, пов'язаних із різними засобами індивідуалізації.

Ключові слова: судова експертиза, інтелектуальна власність, комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки, зазначення походження товару.