

Статика та динаміка права

комерційного використання ознак індивідуальності: порівняльно-правовий аспект



О. О. Посикалюк

кандидат юридичних наук, доцент кафедри
цивільного права Хмельницького університету
управління та права

Стаття присвячена комплексному дослідженню статички та динаміки права комерційного використання ознак індивідуальності. За допомогою порівняльно-правового методу визначено загальний зміст права комерційного використання ознак індивідуальності. Проаналізовано спільні риси здійснення права комерційного використання ознак індивідуальності в романській, германській та англо-американській системах приватного права.

Ключові слова: особисті немайнові права фізичних осіб, право комерційного використання ознак індивідуальності, порівняльне цивільне правознавство, зміст права комерційного використання ознак індивідуальності, здійснення права комерційного використання ознак індивідуальності.

Стаття посвящена комплексному исследованию статички и динамики права коммерческого использования признаков индивидуальности. С помощью сравнительно-правового метода определено общее содержание права коммерческого использования признаков индивидуальности. Проанализированы общие черты осуществления права коммерческого

использования признаков индивидуальности в романской, германской и англо-американской системах частного права.

Ключевые слова: личные неимущественные права физических лиц, право коммерческого использования признаков индивидуальности, сравнительное гражданское право, содержание права коммерческого использования признаков индивидуальности, осуществление права коммерческого использования признаков индивидуальности.

Research deals with comprehensive analysis static and dynamics of right to publicity. With the help of comparative-legal method, the general scope of right to publicity is identified. The common features of exercise of right to publicity under the Romanistic, Germanic and Anglo-American private law systems are analyzed.

Keywords: personal non-property rights, right to publicity, comparative civil jurisprudence, scope of right to publicity, exercise of right to publicity.

Цивільно-правове дослідження комерційного використання ознак особистості вважаємо актуальним виходячи з такої аргументації. По-перше, можливість такого використання обумовлена сучасним рівнем розвитку інформаційних технологій, які дають змогу миттєво зафіксувати відображення ознак особистості, зберігати таке відображення фактично необмежено у часі, відтворювати безліч разів та у різноманітних формах, а також поширювати на територію та по колу осіб, обмежених лише наявністю відповідного технічного пристрою. По-друге, потреба комерційного використання ознак особистості спричинена масовим характером виробництва та споживан-

ня, при якому виробник зацікавлений у привертанні до своїх товарів, робіт та послуг уваги як найбільшої кількості споживачів задля найширшого представлення на ринку. По-третє, каталізатором комерційного використання ознак особистості виступає небачений за усе існування людства ступінь глобалізації матеріальної та духовної культури, що має свої тенденції до посилення.

Доктринальною базою нашого дослідження слугували праці таких зарубіжних вчених, як Х. Беверлі-Сміт (H. Beverley-Smith), Е. Блоустейн (Edward J. Bloustein), К. Гарейс (Karl Gareis), Р. Гевісон (Ruth Gavison), Д. Декью (Judith DeCew), Г. Еманн (Horst Ehmann), А. Лаптер (Alain J. Lapter), Є. Ложай (Elisabeth Logeais), А. Лукас-Шлетер (A. Lucas-Schloetter), Д. Солоув (Daniel J. Solove), Ж.-Б. Шредер (Jean-Baptiste Schroeder). В Україні наразі відсутнє комплексне дослідження статичної та динаміки права комерційного використання ознак індивідуальності.

Метою статті є визначення загального змісту права комерційного використання ознак індивідуальності та особливості його здійснення застосовуючи порівняльно-правовий метод.

Розпочати слід з того, що право на комерційне використання ознак індивідуальності знаходить своє закріплення в країнах різних правових систем приватного права, як романської, германської, так і англо-американської. Методологічні засади такого закріплення можуть відрізнитись. Так, у Німеччині можливість комерційного використання ознак особистості включається в зміст загального особистого немайнового права (моністичний підхід) [1], у Франції право на таке використання визнається окремим суб'єктивним правом парним до особистого немайнового права (дуалістичний підхід) [2, с. 20-

21], у США право комерційного використання ознак індивідуальності визнається суб'єктивним цивільним правом особливого роду [3], у Великій Британії право комерційного використання ознак індивідуальності не визнається самостійним суб'єктивним правом, однак може бути захищено за допомогою вже існуючої системи позовів [4, с. 51]. Попри таку методологічну розбіжність статика та динаміка права комерційного використання ознак індивідуальності багато в чому співпадають. Спробуємо дослідити спільні риси змісту та здійснення такого права в різних системах приватного права.

Сутність закріплення права на комерційне використання ознак індивідуальності полягає у визнанні неправомірним використання для власної вигоди імені чи зображення іншої особи, без згоди останньої. Закріплення права на комерційне використання ознак індивідуальності спрямоване на попередження присвоєння третьою особою окремих ознак особистості, які мають ринкову вартість і за які третя особа, зазвичай, повинна платити [5, с. 1205]. Право на комерційне використання ознак індивідуальності слід відрізнити від інших суб'єктивних цивільних прав: від виключних прав інтелектуальної власності відрізняється за своїм об'єктом – ознаками індивідуальності, які можуть бути використані в комерційних цілях; від права на приватність відрізняється за спрямованістю на задоволення майнових, а не особистих немайнових інтересів. При цьому передбачається, що право на комерційне використання ознак індивідуальності, через свою специфічну природу, а саме, пов'язаності з особистістю фізичної особи та вираженого майнового характеру, має цілу низку особливостей. Насамперед таке право є похідним

від особистих немайнових прав, а тому використання ознак індивідуальності в комерційних цілях не повинно завдавати шкоду особистим немайновим правам, зокрема, не принижувати гідність фізичної особи.

Також необхідно зауважити, що, будучи здебільшого застосовуваним для захисту інтересів знаменитостей, право на комерційне використання ознак індивідуальності належить кожному [4, с. 35]. Тобто, хоча комерційна цінність використання ознак індивідуальності й має побічну залежність від ступеня знаменитості фізичної особи, визнається, що будь-яка фізична особа, а не тільки знаменита, має право використовувати ознаки індивідуальності в комерційних цілях. При цьому захист цього права надається особі незалежно від того, чи здійснювала вона самостійно, чи дозволяла іншим раніше таке використання.

Поняття ознак індивідуальності є оціночним, зміст якого не дається в нормах права, натомість закріплюється лише примірний невичерпний перелік таких ознак. Найбільш широко це поняття тлумачиться в практиці США. Так, встановлено правило, що його обсяг обмежений тільки такою властивістю, як встановлення ідентифікації особи-носія. Отже, при використанні імені воно повинно сприйматись як таке, що належить позивачу, водночас картина, фотографія чи інше зображення мусить достатньо ототожнюватись із позивачем. Тому захист надається не тільки від використання імені чи зображення, а й охоплює інші риси особистості, такі як голос, манери поведінки, зачіску, стиль одягу, зовнішній вигляд, позу, добре відому та часто вживану фразу, яка асоціюється з особою-носієм, та навіть речі, тісно з нею пов'язані. Наприклад, порушенням права відомого автогонщика було визнано

використання зображення його автомобіля для перегонів, який упізнавався за унікальними відмінними рисами [6]. Більше того, було встановлено неправомірним використання ознак особистості відомої учасниці популярного ігрового телешоу в рекламі шляхом зображення футуристичного робота в сюжетній композиції, яка відтворювала в асоціативних деталях події зазначеного телешоу [7].

Вимагається, щоб використання ознак індивідуальності було здійснено з комерційною ціллю, яка має місце при використанні задля рекламування чи просування товару, результатів робіт чи послуг на ринку, а не просто в будь-якій комерційній діяльності задля отримання прибутку [8, с. 559]. Поняття «комерційний» у згаданому контексті не є чітко визначеним, що зумовлює необхідність для суду з'ясувати її зміст в кожному конкретному випадку відповідно до принципу *ad hoc*. Як правило, відповідальність виникає у більшості випадків при використанні зображення чи імені в цілях торгівлі, таких як популяризація товару та стимулювання його збуту, та не поширюється на випадки, коли використання ідентичності особи призначене для поширення інформації чи вираження ідей, образів [3].

Через свою спрямованість на задоволення майнових інтересів праву на комерційне використання ознак індивідуальності, на відміну від права на приватність, не притаманна така ознака, як особистісність [4, с. 42], а тому постає питання про можливість його відчуження. Оскільки дане право за своєю природою є майновим, то вважається, що воно може вільно передаватися, про що свідчить судова практика. Таким чином, право комерційного використання ознак індивідуальності своїм змістом охоплює таку позитивну право-

мочність як розпорядження, яка може бути реалізована через надання згоди, у тому числі шляхом укладання договору, іншим особам здійснювати таке використання на оплатній чи безоплатній основі. При цьому необхідно зауважити, що відчуженню підлягають не ознаки індивідуальності, а право їх комерційного використання. На відміну від торгової марки, яка згідно з правом США може відчужуватись лише разом з нематеріальними активами (*goodwill*), частиною яких вона є, право комерційного використання ознак індивідуальності може переходити і без передачі ділової репутації [9, с. 172]. У результаті відповідного правочину (ймовірно договору) сингулярний правонаступник отримує не тільки право на використання ідентичності іншої особи, а й стає самостійним суб'єктом захисту такого права.

Визнається, що фізична особа може з власної волі дозволити іншим особам здійснити втручання в її особисте життя, яке, в даному контексті, спрямоване на комерційне використання ознак індивідуальності, і за відсутності такого дозволу могло б розглядатися як правопорушення. Правова природа такого дозволу залишається невизначеною. Г. Беверлі-Сміт, А. Оглі, А. Лукас-Шльотер на основі огляду німецької цивілістики пропонують виділяти, принаймні, чотири підходи щодо розуміння вказаного дозволу: відмова від здійснення права на захист; згода на втручання; безвідклична згода на втручання; ліцензія на використання [10, с. 130]. Відмова фізичної особи спрямована на недопущення застосування способів захисту щодо окресленого втручання в особисте життя, хоча саме втручання залишається при цьому неправомірним. Згода натомість встановлює правомірність використання ознак осо-

бистості іншою особою, але положення останньої залишається достатньо слабким, оскільки згода за своєю суттю може бути в будь-який момент відкликана без обґрунтування причин. Для усунення такого протиріччя було висунуто концепцію безвідкличної згоди, яка може бути скасована лише як виняток за умови зміни істотних обставин справи. Ліцензія на використання ознак особистості, за аналогією з ліцензією на використання об'єкта інтелектуальної власності, надає право такого використання в певній обмеженій сфері та може бути виключною, одиничною та невиключною.

Разом з тим при визначенні пріоритетності одного із зазначених підходів як спільний знаменник слід використовувати низку ознак, яким такий дозвіл повинен відповідати. По-перше, дія особи, яка виражає дозвіл на комерційне використання ознак індивідуальності, повинна вважатися правочинном (*Rechtsgeschäft*) та може бути вчинена у вигляді як одностороннього, так і двостороннього правочину. Така ситуація є відмінною від, наприклад, згоди пацієнта на здійснення медичного втручання, яка відповідно до правозастосування не визнається правочинном [10, с. 135]. Бувають випадки коли в якості сторони, що надає дозвіл, виступають кілька осіб: неповнолітня особа та законні представники; родичі померлої особи. По-друге, такий правочин може укладатися в письмовій та усній формі, більше того, воля щодо комерційного використання ознак індивідуальності може виражатися у формі конклюдентних дій, тобто без чіткого вираження, коли поведінка особи-носія безсумнівно показує його намір дозволити таке використання. По-третє, особа, якій надано дозвіл, набуває суб'єктивне право на комерційне викорис-

тання відповідних ознак індивідуальності, яке в тому числі включає правомочність захисту. Для прикладу слід навести справу за позовом маркетингової компанії, яка попередньо отримала згоду на використання імені та зображення популярної співачки, до третьої особи, яка без дозволу здійснювала продаж сувенірів з відповідним зображенням та ім'ям. Федеральний Верховний Суд задовольнив позов, обґрунтовуючи рішення положеннями про безпідставне збагачення [11]. Okремо може бути обумовлена можливість передачі зазначеного дозволу (видачі субліцензії) третій особі. По-четверте, комерційне використання ознак індивідуальності повинно бути здійснене для цілей та в межах, визначених особою-носієм. Якщо дозвіл чітко не визначає межі такого використання, їх слід тлумачити, виходячи з обставин кожної конкретної справи. По-п'яте, дозвіл може бути відкликаний, але лише за умови зміни істотних обставин, які можуть стосуватися як особи-носія (зміна релігійних, політичних, художніх поглядів та переконань, зміна професії, місця роботи), так і самого використання (принизливий контекст використання, серйозне погіршення якості рекламованої продукції, робіт чи послуг) [10, с. 132]. Додатково аргументувати можливість відкликання згоди можна тим, що продовження комерційного використання після зазначених змін може завдати шкоди особистим немайновим правам фізичної особи, ознаки якої використовувались.

Право комерційного використання ознак індивідуальності допускає правонаступництво, як сингулярне, так і універсальне. Саме тому французька судово-практика свідчить про те, що майновий аспект права із зображення охороняється й після смерті суб'єкта права та може здійснюватися та захища-

тися його правонаступниками [2, с. 20-21]. Однак, існування права комерційного використання ознак індивідуальності після смерті особи-носія таких ознак повинно бути обмежено темпоральними рамками. Це обумовлено, з одного боку, властивістю такого використання підлягати моральному старінню, а з іншого – наявним виправданим суспільним інтересом щодо використання вказаних ознак. З цього приводу окремі науковці вказують на недоцільність встановлення конкретних часових рамок існування права комерційного використання ознак індивідуальності за аналогією із строками існування майнових прав інтелектуальної власності [12, с. 352-353]. Вказана позиція обґрунтовано критикується [10, с. 160], а тому питання строків існування права комерційного використання ознак особистості потребує подальшого дослідження.

У той же час право комерційного використання ознак індивідуальності не є абсолютним. Наприклад, у США право на комерційне використання ознак індивідуальності не поширюється на випадкове використання імені чи зображення, використання імені або зображення у цілях, що обґрунтовані правомірними суспільними інтересами чи стурбованістю суспільства, чи інше використання, яке відповідно до першої поправки до Конституції підлягає охороні [1, с. 1205]. Серед останніх найбільший рівень захисту надається новинам, особливо повідомленням про поточні політичні події, а також художнім творах (включаючи кіно, радіо- та телепередачі, концерти живо) тощо. Натомість комерційні повідомлення отримують обмежену конституційно-правову охорону. У Німеччині можливість вільно використовувати, дозволяти та забороняти використання ознак індивідуальності в ко-

мерційних цілях обмежується низкою випадків, коли таке використання допускається без згоди особи-носія. Кожна фізична особа наділена правом вільно використовувати своє ім'я, навіть коли воно є ідентичним імені іншої особи. При цьому необхідним є дотримання умов добросовісного використання, яке несумісне з намаганням експлуатувати популярність та репутацію відомої особи з таким самим ім'ям, а тому вимагає, по можливості, застосування інших розмежувальних ознак [10, с. 111]. Кожному гарантується право на свободу слова, через це в продукції, призначеній для інформування суспільства, може бути використано ім'я та зображення фізичної особи без її згоди, навіть якщо одночасно переслідується мета отримання прибутку. Наприклад, фотографія топ-тенісиста може бути надрукована на обкладинці книги про теніс [13, с. 182]. Але необхідною умовою такого обмеження є наявність виправданого суспільного інтересу, через це суд задовольнив вимогу відомого футболіста про заборону використання його зображення у відеогрі [14]. Крім того, стаття 5 Основного Закону Німеччини закріплює свободу творчості, яка може охоплювати використання імені, зображення інших аспектів особистості в творах мистецтва. Це підтверджується рішенням Федерального Верховного Суду, який розмежовує використання імені та образу фізичної особи без її згоди в мюзиклі, що є правомірним, та в маркетингових акціях з ним пов'язаних, що є цивільним правопорушенням [1].

Право комерційного використання ознак особистості підлягає правовому захисту. Однак, через різні системи зобов'язань з відшкодування шкоди, мається на увазі закріплення принципу генерального чи сингулярних деліктів, ме-

ханізм такого захисту в різних системах приватного права відрізняється. Так в романській та германській системах приватного права у разі порушення права комерційного використання ознак індивідуальності шляхом незаконного використання зображення, імені або інших характерних рис носій такого права може вимагати попередження, припинення порушення та компенсації шкоди незалежно від серйозності втручання. Натомість у праві США передбачено спеціальний делікт за порушення права на комерційне використання ознак індивідуальності (§ 46-49 Restatement, Third, of Unfair Competition) [3]. При цьому цивільне правопорушення права комерційного використання ознак індивідуальності дуже близьке за змістом до такого делікту проти приватності як присвоєння. Для їх розмежування необхідно вказати на дві принципові відмінності. По-перше, різний характер інтересів, які підлягають захисту: право на приватність – немайнові; право комерційного використання ознак індивідуальності – майнові інтереси. По-друге, відмінна природа завданої шкоди: присвоєння права на приватність – як правило, моральна шкода, яка полягає в душевних стражданнях; порушення права комерційного використання ознак індивідуальності – майнова шкода, яка вираховується на основі економічної вартості неправомірного використання [15, с. 867].

Натомість, у Великій Британії, за відсутності спеціального правового інституту, окремі аспекти комерційного використання ознак індивідуальності знаходять свій захист у межах раніше існуючих правових механізмів. Такий підхід може бути охарактеризований як обмежений через притаманні йому вади. Вада суб'єкта: деліктний захист від ведення справ під чужим ім'ям може бути за-

стосований не будь-якою фізичною особою, а лише тією, яка володіє відповідним гудвілом чи репутацією, які свідчать про комерційну цінність використання її ознак індивідуальності. Вада об'єкта: захист відповідно до норм права інтелектуальної власності насправді охоплює не власне ознаки особистості, а зареєстровані на основі їх відображення об'єкти промислової власності.

Таким чином, попри різне доктринальне розуміння та особливості в правовому закріпленні, право комерційного використання ознак індивідуальності має спільні елементи в своїй статичній та динамічній як романській та германській, так і англо-американській системах приватного права. Це в свою чергу дає змогу сформулювати його загальний зміст як можливість своїми діями використовувати ознаки своєї індивідуальності в комерційних цілях, дозволяти та забороняти таке використання іншим, а також застосовувати цивільно-правові способи захисту в разі його порушення. При цьому, ні перелік ознак індивідуальності, ні комерційних цілей, ні способів такого використання не є вичерпний та потребує розширеного тлумачення. У той же час, будучи пов'язаним з особистим немайновим правом, право комерційного використання ознак індивідуальності не характеризується нерозривним зв'язком з особою-носієм, а тому допускає здійснення іншими особами та правонаступництвом, як універсальне, так і сингулярне. У цьому контексті слід визнати, що в Україні відчувається не тільки дефіцит нормативного регулювання та правозастосовної практики, пов'язаних з досліджуваним правом, а й потреби подальших наукових досліджень на предмет безпосереднього закріплення права на комерційне використання ознак індивідуальності на рівні цивільного законодавства.

Список використаної літератури

1. BGN 1 ZR 49/97 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.utexas.edu/law>
2. Французский гражданский кодекс : учеб.-практич. комментарий / Перевод с фр. яз., коммент. – Ю. Гонгало, А. Грядов и др.– М. : Проспект, 2008. – 752 с.
3. Restatement of the Law. Second. Torts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyber.law.harvard.edu>
4. *Lapter A.* How the Other Half Lives (Revisited): Twenty Years Since Midler v. Ford – A Global Perspective on the Right of Publicity / Alain J. Lapter [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyber.law>
5. *Solomon B.* Can the Lanham Act protect Tiger Woods? An analysis of whether the lanham act is a proper substitute for a federal right of publicity / Barbara A. Solomon // Trademark Reporter. – 2006. – Vol. 94. – P. 1202-1228.
6. *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.* 498 F 2d 821 (9th Cir 1974) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.justia.com>
7. *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 989 F.2d 1512, 1514 (9th Cir. 1993) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.justia.com>
8. *Beauchamp R.* England's chilling forecast: the case for granting declaratory relief to prevent English defamation actions from chilling American speech / Raymond W. Beauchamp // Fordham Law Review. – 2006. – Vol. 74. – P. 3073-3148.
9. *Ganani T.* Squeezing the juice: the failed attempt to acquire O. J. Simpson's right of publicity, and why it should have succeeded / Tal Ganani // Cardozo Arts & Entertainment. – 2008. – Vol. 26. – P. 165-201.
10. *Beverly-Smith H.* Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverly-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York : Cambridge University Press, 2005. – 245 p.
11. BGNZ 128, 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.utexas.edu/law>
12. *Loiseau G.* Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français / Grégoire Loiseau // Revue De Droitde Mc Gill. – 1997. – Vol. 42. – P. 319-353.
13. *Weber O.* Human Dignity and the Commercial Appropriation of Personality: Towards a Cosmopolitan Consensus in Publicity Rights? / O. Weber // SCRIPT-ed. – 2004. – Vol. 1. – Is. 1.– P. 161-204.
14. OLG Hamburg MMR 2004, 413. – Oliver Kahn [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law>
15. *Marr J.* Constitutional Restraints on State Right of Publicity Laws / Jeremy T. Marr // Boston College Law Review. – 2003.– Vol. 44. – P. 863-900.