

ляється у першому із вказаних елементів: можливості певної поведінки, спрямованої на здійснення цього права.

Література

1. Про власність: Закон України // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1991. — № 20. — Ст. 249.
2. Малсипа М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. — М.: МЗ Пресс, 2000.
3. Мозолиш В. П. Развитие гражданского законодательства на современном этапе (дискуссионные проблемы) // Журнал российского права. — 2005. — № 7.
4. Пешкова О. А. Защита деловой репутации и иных нематериальных благ юридических лиц // Правовые вопросы связи. — 2005. — № 1.
5. Сірепко І. Юридична природа прав на об'єкти інтелектуальної власності // Українське право. — К., 1997. — Ч. 3.
6. Рузакова О. Юридическая природа прав на результаты интеллектуальной деятельности с учетом нового законодательства // Авторское право и смежные права. — 2007. — № 12. — С. 8–22.
7. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. ст. / Исслед. центр частного права. — М.: Статут, 2003.

УДК 347.783

С. В. Мазуренко

АВТОРСЬКЕ ПРАВО НА ФОТОГРАФІЇ

Протягом останнього десятиріччя в Україні значно збільшився ринок друкованої продукції, в якій використовуються фотографії людей, тварин, природних явищ. Фотографії стали невід'ємною складовою інформаційного потоку, вони активно використовуються в рекламному бізнесі, туристичній сфері, у засобах масової інформації, в інших сферах підприємницької діяльності. Фотографії можуть бути підтвердженням описаних подій. В криміналістиці також знайшли свої місце фотографічні твори.

Фотографії впродовж тривалого часу були предметом дискусій. Висловлювалась думка, що фотографія — це лише механічний процес копіювання за допомогою фотоапарата, і відмовлялися признати її як твір, який може охоронятися нормами авторського права.

Німецька газета «Кунстблатт» так висловлювалась з цього приводу: «Мистецтву, основою якого є малюнок, немає чого побоюватись дагеротипа: фотографічним малюнкам не вистачає краси натхненного твору, душі, смислу, духу митця. Картинки цього чарівного ліхтаря залишають нас холодними, тому що в отриманні насолоди від художніх творів провідну роль відіграє не стільки враження, що справляє сам предмет, скільки враження від духу, який цей предмет увібрав» [1, 20].

Однак згодом фотографія була признана мистецтвом. І перше повідомлення про фотографічні твори як об'єкти авторського права знаходимо в Положенні про авторське право від 20 березня 1911 року. Однак численні скарги

фотографів свідчать про те, що російський закон все ж не зміг повністю задовольнити вимоги прихильників фотографії. Окрім надання фотографіям терміну охорони в 10 років, також існували певні обмеження та формальності для цих творів. Закон надавав перевагу фотографіям, виданим у вигляді збірок або серії знімків, які «становили самостійний художній, історичний або науковий інтерес», а знімки у сфері астрономії, медицини та мікрофізики прирівнювались до літературних творів.

Радянське законодавство про авторське право також пов'язувало охорону фотографічних творів із дотриманням формальностей: авторське право на ці твори визнавали, якщо на кожному примірнику твору були зазначені ім'я автора, місце та рік випуску твору у світ (ст. 472 ЦК УРСР 1964 р.) [2].

На міжнародному рівні охороноздатність фотографічних творів була визнана на Берлінській конференції з перегляду положень Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (1908).

Положення Цивільного кодексу України (далі — ЦК) стосовно фотографічних творів збігаються з положеннями Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів (ст. 2), яким зазначено, що термін «літературні та художні твори» охоплює усі твори у сфері літератури, науки та мистецтва, яким би способом і в якій формі вони не були б виконані, такі як... фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виконані способом, подібним фотографії...» Таким чином, фотографічні твори (фотографії) є охоронним об'єктом, як твори мистецтва [3].

Однак ні Цивільний кодекс, ні Закон України «Про авторське право та суміжні права» (далі — Закон) не дають визначення поняття «фотографічний твір», а тільки відносять до об'єктів авторського права фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії (ст. 433 ЦК, ст. 8 Закону). Таке положення робить свободу тлумачення.

В. Ситцевий дає таке поняття фотографії, яке було розроблене експертами ВОІВ: фотографіями слід вважати нерухомі зображення, які виникають на поверхні чутливих до світлового або іншого випромінювання, незалежно від технічної природи процесу одержання зображення [4].

Однак це можливо розглядати більш як процес первісної фізико-хімічної або електронної фіксації об'єктів зовнішнього миру, тобто як дію. Вірніше було б назвати це фотографуванням.

Чинне законодавство не передбачає особливих умов для правової охорони для фотографічних творів. Отже, об'єктами авторського права можуть бути фотографії, які мають такі ознаки: а) носять творчий характер; б) виражені в будь-якій об'єктивній формі.

У самому Законі поняття творчості не розкривається, у зв'язку з чим в юридичній літературі дається чимало його визначень. Так, одні автори вважають, що творчість — це свідомий і переважно трудомісткий процес, який має своєю метою досягнення певного результату. На думку інших, творчість є інтелектуальною діяльністю, яка завершується здійсненням актом, у результаті чого з'являються нові поняття, образи і (чи) форми їх втілення, що являють собою ідеальне відображення об'єктивної дійсності. Творчість визначається і як

діяльність людини, яка породжує щось якісно нове та відрізняється неповторністю, оригінальністю й унікальністю [5, 29–30; 6, 16].

Великий тлумачний словник сучасної української мови дає таке визначення творчості — це продуктивна людська діяльність, що породжує якісно нові матеріальні та духовні цінності суспільного значення [7, 1234].

У літературі справедливо зазначається, що для авторських прав важливий не стільки творчий характер діяльності, скільки аналогічна ознака результату, хоча варто виходити з того, що тільки творча діяльність може мати творчий результат. Показником творчого характеру твору є його новизна, яка розглядається як синонім оригінальності. Вона може виражатися в новому змісті, формі твору, ідеї, науковій концепції тощо. В цьому плані будь-який твір характеризується оригінальністю, новизною, неповторністю та унікальністю.

У процесі створення літературного твору розрізняють три основні етапи: спочатку автор створює замисел твору, потім він розробляє план розвитку цього замислу, тобто композицію твору, і, врешті, виражає цей замисел. Беручи до уваги той факт, що оригінальність замислу не має значення, оскільки ідея як така не підлягає правовій охороні, оригінальними можуть бути композиція твору, його зміст, спосіб або форма вираження. В авторському праві абсолютно оригінальними вважаються твори, коли композиція і спосіб вираження є оригінальними одночасно.

Отже, оригінальним фотографічним твором можна вважати таку фотографію, яка може характеризуватися незвичайною композицією, нестандартним ракурсом, передачею індивідуальності людини шляхом фіксації виразу обличчя, яке характерно тільки йому.

У законодавстві Німеччини розрізняють дві групи охоронних фотографій:

- фотографічні твори;
- звичайні фотографії.

Відмінність полягає в тому чи іншому ступені «жорсткості» критерію оригінальності і тривалості терміну охорони після смерті автора (відповідно 70 і 50 років).

В Італії творчими вважаються фотографії, які справляють емоційний вплив на глядачів у результаті, наприклад, особливої комбінації світлотіней.

В Іспанії, як і в Німеччині, законодавець розділяє фотографії на фотографічні твори і звичайні фотографії. До звичайних належать фотографії, які інформують про події повсякденного життя або ж на яких зафіксовані туристами визначні місця: собори, пам'ятки культури, архітектури тощо.

Відносно другої умови, то слід зауважити, що розвиток науки і техніки породжує все нові форми вираження твору, тому фотографічні твори можуть бути виражені на будь-якому носії, у тому числі електронном, на папері, на тканині. Авторське право також охороняє твори голографії, слайди та інші твори, що створені способами, аналогічними фотографії.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» надання правової охорони творам фотографії не обумовлює ніякими застереженнями. Правовій охороні підлягають будь-які фотографії незалежно від жанру і призначення.

Це може визвати певні труднощі в з'ясуванні результатів фотографування як об'єктів авторського права.

Згідно зі ст. 307 п. 3 и ст. 6 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативні підрозділи при виконанні завдань оперативно-розшукової діяльності можуть здійснювати візуальний нагляд в громадських місцях при проведенні фотозйомки.

На даному прикладі розглянемо, відповідають чи ні такі фотографії умовам охороноспроможності.

Якщо особою в процесі роботи досягнуто не творчий, а суто технічний результат, він не охороняється нормами законодавства інституту авторських і суміжних прав. У даному разі фотограф тільки фіксує певні дії, людей, факти, тому критерій творчості відсутній. Однак у спірних випадках наявність творчого внеску може бути встановлена експертизою.

Як вважають В. С. Дроб'язко та Р. В. Дроб'язко до фотографій, що є елементами кінематографічного твору, слід застосовувати законодавство про фотографічні твори [8, 158–159].

Щоб надалі уникнути на практиці непорозумінь, пропонуємо вважати об'єктом авторського права тільки **оригінальні фотографії**, які відповідають таким умовам: вони є новими, оригінальними, несуть творчий характер і виражені в будь-якій матеріальній формі.

На оригінальність фотографії може впливати багато параметрів, тобто:

- поза особи, яку фотографують;
- тип освітлення (денне, штучне, лобове, бокове, крапкове, розсіяне тощо);
- ракурс;
- діафрагма і фокусна відстань об'єктива, при варіації яких досягається те чи інше співвідношення різкостей, які входять в кадр об'єктів.

Оригінальною фотографією можна визнати не фотографію унікального стану об'єкта, наприклад водопаду, а фотографію, яка характеризується оригінальною композицією, тобто зумовлена творчою знахідкою фотографа [9].

У результаті створення фотографічного твору автор набуває низку суб'єктивних прав як особистого немайнового характеру (право авторства, право на ім'я, право на захист репутації автора), так і майнового характеру.

Істотно порушити права фотографа можуть досить популярні переробки фотографії за допомогою технічних пристроїв. За допомогою комп'ютерної програми «Фото-Шоп» можливо змінити вже існуючий фотознімок до невпізнанності (можливо збільшити ріст, змінити колір волосся, очей, змінити фон фотознімку тощо). Такі дії розглядаються як протиправні, тому що переробка вже існуючого фотографічного твору повинна здійснюватися тільки за згодою автора. Що стосується переробки фотографічного твору за згодою автора, то такі твори є похідними і на такі твори виникають авторські права.

Т. Сержанова відносить право на оприлюднення до особистих немайнових прав [10]. Варто зауважити, що в ст. 14 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» на відміну від попередньої редакції не вказується таке немайнове право, як право на його опри-

люднення. Але в ст. 1 Закону все-таки воно визначається як здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення. Без оприлюднення, по суті, неможливо заявити своє авторство, а відповідно і реалізувати права автора. В подальшому зміст цього права відображено в ст. 15 цього закону, також в ст. 442 ЦК — майнові права автора.

Отже, право на оприлюднення перейшло в категорію майнових прав, що має під собою достатні аргументи. Оприлюднення твору є одночасно або комерційним використанням майнових прав, або підготовкою до них. У той же час це право має і немайновий характер.

Вказане право полягає в тому, що тільки автор приймає рішення про доведення твору до загального відому. Інакше кажучи, це рішення фотографа, вносити чи не вносити на суд публіки свої фотографії, або нікому їх не показувати, а також визначає місце, час та спосіб опублікування. Таким чином, питання про опублікування вирішується волею суб'єкта, його внутрішніми, особистими властивостями.

Нематеріальний характер права на опублікування полягає у тому, що воно не має економічного змісту. Воно служить визнанню за особистістю її моральної цінності. Важливою ознакою немайнових прав є їх направленість на вияв і розвиток індивідуальності особистості.

Законодавством Російської Федерації право оприлюднення віднесено до немайнових прав (ст. 1255 ЦК Російської Федерації). Цікаве правило міститься в ст. 1269 ЦК РФ, яке надає право автору відмовитися від раніше прийнятого рішення про оприлюднення твору (право на відклик) за умови відшкодування шкоди особі, якій було відчужено виключне право на твір. Якщо твір був оприлюднений, автор повинен публічно оповістити про його відклик, а також може вилучити з обігу раніше виготовлені примірники твору, відшкодувавши заподіяну шкоду.

Вважаю за доцільне передбачити в українському законодавстві правову категорію «відкликання рішення про оприлюднення твору».

Оскільки закон визнає фотографа автором фотографічного твору, він володіє усіма правами, передбаченими ст. ст. 440–441 ЦК України, тобто володіє виключними правами на використання свого твору та правом забороняти неправомірне використання іншим особам, а саме:

- опублікування фотографій в засобах масової інформації, журналах, газетах, на виставках, а також у загальнодоступних електронних системах інформації (в тому числі в мережі Інтернет);
- відтворення фотографічних творів в книгах, рекламних брошурах, плакатах, на товарах широкого споживання;
- переробка (фотомонтаж, колаж тощо);
- включення до збірників, енциклопедій;
- розповсюдження своїх фотографій як на території України, так і за її межами;

– публічний показ та демонстрація фотографічних творів (на телебаченні, спеціалізованих виставках, в галереях тощо).

Будь-яке використання об'єкта авторського права, в тому числі і фотографії, можливе тільки за наявності договору з правоволодільцем, який повинен бути заключений у письмовій формі. Виключенням є передбачене у ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» правило, що договір про використання твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо) може укладатися в усній формі.

Як правило, опублікування фотографії може здійснюватися самостійно, наприклад, на виставках, галереях, однак може здійснюватися і юридичними особами, які наділені відповідними повноваженнями та мають необхідні матеріальні можливості (видавці журналів, газет, рекламні агентства, туристичні фірми). Саме тут виявляються проблеми.

Юридична особа виплачує гонорар за фотографії, частіше не заключивши будь-якого додаткового договору, і вважає, що набуває права на використання фотографій чи негативів, однак це не так. Замовник тільки набуває у власність матеріальний носій, в якому втілена фотографія, але ніяким чином не права на неї (ст. 1112 ЦК України). Майнові права залишаються за автором фотографій. Дана норма суперечить положенню ст. 430 ЦК, яка передбачає, що майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно.

Дуже часто рекламні агентства, журнали, газети оголошують конкурс на кращий знімок в якомусь напрямку. Особі, яка перемагає, обіцяють винагороду та публікацію у своїх виданнях. Організатори таких конкурсів вважають, що після виплати винагороди за фотографію, вони набувають право на використання зазначеного твору шляхом виробництва плакатів, листівок, календарів тощо. Згідно зі ст. 1156 ЦК України організатори конкурсу мають право подальшого використання фотографії тільки за згодою переможця та переважне право перед іншими особами на заключення з переможцем конкурсу договору про використання його твору.

Однак права автора не безмежні. Законодавство передбачило в інтересах суспільства, свобод громадян та з метою оптимізації використання об'єктів авторського права за певних обставин, що регламентуються законом, деякі дії, що, звичайно, обмежені авторським правом. Твір не може бути опублікований, якщо він порушує права людини на таємницю її особистого і сімейного життя, завдає шкоди громадському порядку, здоров'ю та моральності населення (ч. 2 ст. 442 ЦК).

Слід зазначити, що нормами законодавства також передбачена охорона та захист інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах (ст. ст. 307–308 ЦК).

Оскільки процес фотографування може суттєво порушити певні особисті немайнові права фізичної особи, законодавець визнав, що фізична особа може бути знята на фотоплівку тільки з її дозволу. В окремих випадках згода особи на зйомку презюмується, тобто фізична особа вважається такою, що

погодилась на зйомку, аж поки вона не висловить своє заперечення щодо цього (ч. 1 ст. 307 ЦК).

Законодавець надає також фізичній особі можливість захисту і в тому разі, якщо вона погодилась на зйомку. В цьому разі особа має право вимагати припинення їх (фотографій) публічного показу в тій частині, в якій це стосується її особистого життя. Всі витрати, пов'язані з демонтажем виставки, відшкодовуються цією фізичною особою (ч. 2 ст. 307 ЦК).

Однак у разі, якщо фізична особа позувала автору за плату, фотографія, може бути публічно показана, відтворена або розповсюджена без її згоди. Після смерті такої фізичної особи її діти чи вдова (вдовець), батьки, брати та сестри можуть вимагати припинення публічного показу, відтворення чи розповсюдження фотографії за умови відшкодування автору збитків (ч. 2 ст. 308 ЦК).

Законом також встановлені випадки вільного використання (без дозволу власника авторського права) творів, які зачіпають різні види творів і викликані необхідністю забезпечення компромісу між інтересами суб'єктів авторського права та необхідністю доступу до інформації суспільства в цілому. Законодавством встановлюються вичерпний перелік вільного використання творів, що також стосується і фотографій (ст. ст. 21–25 Закону).

Згідно зі ст. 437 ЦК авторське право на твір виникає в результаті факту його створення. Автором твору, у разі відсутності доказів іншого, вважається особа, яка указана як автор на оригіналі або примірнику твору.

Що стосується терміну дії правової охорони на фотографічні твори, за законодавством країни Союзу зберегли право визначати строк охорони фотографічних творів, які прирівнювали до художніх творів, але цей строк не міг становити менш як 25 років від дня створення твору (ст. 7(4). Стаття 9 Договору ВОІВ про авторське право визначила: «Щодо фотографічних творів Договірні Сторони не застосовують положення ст. 7(4) Бернської конвенції». Тобто це положення підпорядкувало строк охорони фотографічних творів загальним правилам про строк охорони, передбаченим ст. 7(1) Бернської конвенції, відповідно до яких строк охорони дорівнює життю автора та 50 рокам після його смерті.

Однак ст. 7(8) конвенції передбачає, що законодавством країни може визначатися будь-який термін.

Українським законодавством передбачений термін правової охорони протягом усього життя автора і 70 років після його смерті, починаючи з 1 січня року, наступного за роком смерті.

Сучасні технічні засоби фотографування зумовили виникнення досить широкого кола фотографічних творів. Законодавство у сфері інтелектуальної власності прагне захистити інтереси авторів та інших творців інтелектуальної діяльності шляхом надання їм певних визначених, обмежених у часі прав, що дозволяють контролювати використання їхньої творчої діяльності. Це стосується і такого об'єкта авторських прав, як фотографія, який потребує детальнішого регулювання у правовій сфері, а також визначення критеріїв правової охорони.

Література

1. Морозов С. А. Искусство видеть. — М., 1963.
2. Афапассва К. Охорона прав на фотографічні твори: історична ретроспектива // Інтелектуальна власність. — 2006. — № 11. — С. 12–14.
3. Берська конвенція про охорону літературних і художніх творів: Паризький акт від 24 липня 1971 року, змінений 2 жовтня 1979 року.
4. ЮНЕСКО/ВОИС/СГЕ/СІН/3-ІІ add. від 17 травня 1988 р., принцип РУWІ,1.
5. Право інтелектуальної власності: Академ. курс: Підручник / За ред. О. А. Підпригора, О. Д. Святоцького. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К.: Ін Юре, 2002.
6. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект: Монографія. — Х.: Вид-во Пац. ун-ту внутр. справ, 2002.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови. — К., 2001.
8. Дроб'язко В.С., Дроб'язко Р.В. Право інтелектуальної власності: Навч. посіб. — К.: Хрпком Інтер, 2004.
9. Мельников В. Охраноспособность некоторых объектов авторского права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2006. — № 2. — С. 66–67.
10. Сержанова Т. Звичне — не означає законне // Інтелектуальна власність. — 2007. — № 1. — С. 13–17.

УДК 347.77.023:347.775

*Г. О. Сляднева***ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТА ПРАВА НА КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ**

Початок кожного століття, а тим більше тисячоліття, кожного разу ставить перед людством якісно нове завдання, безперервно пов'язане як з вже досягнутим рівнем економічного і соціального розвитку держав, що існують на нашій планеті, так і з очікуванням значного поліпшення умов життя людей.

Нове тисячоліття виводить на якісно інший рівень розробки питань, пов'язаних з правом інтелектуальної власності. Перш за все, слід зазначити, що змінилося і продовжує змінюватися місце інтелектуальної власності в сучасному економічному житті і господарському обороті. Практично всі країни світу проголосили третє тисячоліття, що настало, ерою інтелектуальної власності.

Створення науково-технічних результатів, їх надійна правова охорона і використання дозволять забезпечити стабільний економічний розвиток на основі постійного вдосконалення технологічних процесів, які характеризують сучасне виробництво, що забезпечує випуск продукції, конкурентоспроможної як на внутрішньому, так і на світовому ринку. Таким чином, сьогодні вдосконалення правової охорони результатів інтелектуальної діяльності людини, максимальна гармонізація відповідного національного законодавства, створення і ефективного використання механізмів залучення інтелектуальної власності в цивільний оборот є одними з найпрогресивніших завдань в Україні.

Окремо хочеться зупинитися на правовому регулюванні такого нетрадиційного об'єкта права інтелектуальної власності, як комерційна таємниця, а саме на визначенні суб'єкта права на комерційну таємницю.