

**Коршакова О. М.,**  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри правового регулювання економіки  
Харківського національного університету імені Семена Кузнеця

## ПРОБЛЕМАТИКА ОХОРОНИ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ

### PROBLEMS OF PROTECTION OF PHOTOGRAPHIC CREATIVES

Розглянуто проблемні питання, що виникають у процесі використання фотографічних творів як об'єкта авторського права. Особливу увагу приділено визначенню критерію творчості як невід'ємної ознаки фотографії. Досліджено використання фотографій без згоди автора. Запропоновано шляхи вдосконалення механізму регулювання фотографій в Україні на прикладі інших держав.

**Ключові слова:** міжнародне право, фотографія, творчість, інтелектуальна власність, Бернська конвенція.

Рассмотрены проблемные вопросы, возникающие в процессе использования фотографических произведений как объекта авторского права. Особое внимание уделено определению критерия творчества как неотъемлемого признака фотографии. Исследовано использование фотографий без согласия автора. Предложены пути совершенствования механизма регулирования фотографий в Украине на примере других стран.

**Ключевые слова:** международное право, фотография, творчество, интеллектуальная собственность, Бернская конвенция.

The problematic issues that arise in the process of using photographic works as an object of copyright law are considered. Particular attention is paid to determining the criterion of creativity as an integral feature of photography. The use of photographs without the consent of the author are explored. The ways of improving the mechanism of regulation of photographs in Ukraine on the example of other states are offered.

**Key words:** international law, photography, creativity, intellectual property.

Перелік творів, що охороняються авторським правом, характеризується мінливістю та розширенням відповідно до потреб сьогодення. Найбільш поширеною є Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів – міжнародний договір, який регулює зобов'язання держав щодо захисту на своїй території авторських прав іноземних громадян. Конвенція про охорону літературних і художніх творів була прийнята в 1886 році в швейцарському місті Берн, отримавши за місцем ухвалення більш поширену і коротку назву – Бернська конвенція. Перелік об'єктів, що охороняються Бернською конвенцією, є відкритим. Так, відповідно до положень статті 2 (1) охорона повинна поширюватися на всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, незалежно від способу і форми, в яких вони отримали вираз.

Актуальність даного дослідження визначена недостатньо проаналізованою динамікою розвитку норм про охорону та використання об'єктів авторських прав на фотографії в українському законодавстві та, загалом, у міжнародному праві.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти авторського права та фотографічних творів стали предметом дослідження таких вітчизняних науковців, як: С. Сліпченко, Ю.М. Капіца, Г.О. Андрощук, Р.В. Дроб'язко, Л.Т. Комзюк, О.П. Орлюк та інші. Але більшість питань, пов'язаних із використанням фотографічних творів та їх охороною, залишається недослідженими та потребує більш детального врегулювання.

Метою статті є визначення основних положень міжнародного регулювання охорони фотографій як об'єкта авторських прав.

**Виклад основного матеріалу.** Доволі тривалий час фотографія не визначалась як об'єкт, що підлягає охороні авторським правом. Це пояснювалося сприйняттям фотографії як механічного копіювання за допомогою спеціальних речовин, позбавленого творчого характеру. Лише на початку ХХ століття в національних системах почала формуватися думка про необхідність закріплення міжнародної охорони на фотографічні твори. Бернська конвенція закріпила фотографію в якості об'єкта міжнародної охорони авторським правом лише у третій редакції у 1908 році. Але, не зважаючи на те, що фотографію віднесено до кола об'єктів авторського права, термін охорони на неї передбачено мінімальний. Так, якщо на літературні та художні твори термін охорони передбачено не менше 50 років, то відповідно до ст. 7 п. 4 держави-учасниці Конвенції можуть визначити термін охорони фотографічних творів не менше 25 років з моменту створення [1].

Але навіть визначення Бернською конвенцією фотографії об'єктом авторського права не надало чіткого визнання потреби її міжнародної охорони. Так, Всесвітньою конвенцією про авторське право 1952 року термін охорони фотографій було передбачено менший за Бернську Конвенцію. Відповідно до п. 3 ст. IV положення щодо охорони об'єктів авторського права не поширюються на фотографічні твори та твори прикладного мистецтва, і термін їх охорони не може бути меншим ніж 10 років [2].

Варто звернути увагу і на безпосереднє визначення фотографії. Бернська конвенція передбачає охорону лише тим фотографіям, що охороняються в якості художніх творів. Тобто кожна держава

самостійно визначає, чи відносяться фотографії до художніх творів, а отже, мають творчий характер. Це означає, що не в кожній державі фотографії підлягають охороні авторським правом. Водночас відсутні жодні критерії для віднесення фотографії до таких, що мають творчий характер. Загалом, поняття творчості є абстрактним. О.В. Луткова відмічає, що ці обставини призвели до відсутності в національному законодавстві єдиного підходу в охороні фотографій. Вчена звертає увагу, що термін охорони суттєво відрізняється: від 50 років у Великобританії, 25 років у Норвегії, 20 — у Туреччині, 15 — у Венесуелі [3]. В Україні термін охорони фотографічних творів співпадає із загальним, а саме виключні права на фотографії охороняються протягом життя автора та 70 років після його смерті [4].

Загалом, критерій творчості потребує більш детального та чіткого визначення. Неможливо визначити фотографіями, що охороняються в якості художніх творів, такі, що були зроблені без втручання людини. Це пояснюється поширенням застосування в житті людини цифрових технологій. Під інтелектуальною власністю розуміються об'єкти, що були створені розумовою творчою діяльністю людини. А відтак всі твори, в створенні яких не було безпосередньої участі людини, не можуть визнаватися об'єктами інтелектуальної власності. Тобто фотографії, створені механічно або випадково, відносяться до таких, що не охороняються як художні твори.

Визначним є загальновідомий спір щодо того, чи є супутникові фотографії з Google Maps і наземні фотографії з Google Maps Street View такими, що підлягають охороні авторським правом. Професор Гарвардського університету Дж. Хьюдж дійшов думки, що такі фотографії потрібно визнавати охороноздатними [5].

У законодавстві окремих країн вживається термін «проста фотографія». Це фотографії, які неможливо віднести до творів мистецтва, але вони мають певну вартісну цінність, а тим самим потребують певного правового режиму охорони. Отже, в міжнародній системі охорони фотографій варто ввести охорону для фотографічних творів, що не охороняються в якості художніх. За відсутності в національному законодавстві розмежування таких фотографій це означає, що охорона авторським правом поширюється на будь-які фотографії.

Відповідно до п. 10 ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» до об'єктів авторського права відносяться фотографічні твори, в тому числі твори, виконані **способами, подібними до фотографії**. Аналогічна позиція виражена й у Цивільному кодексі Російської Федерації. До того ж існує презумпція визнання фотографій з низьким рівнем творчості, неестетичних, поганої якості та з відсутністю художньої цінності як створених у результаті інтелектуальної діяльності творчою працею, що закріплено в п. 28 спільної постанови ВС РФ і ВАС РФ № 5/29 [6]. Це фактично означає, що використання будь-якої фотографії потребує отримання згоди правовласника, поки не буде доведено,

що конкретна фотографія не створена творчою працею людини.

Інша думка виражена в законодавстві США. Так, не всі фотографії підлягають захисту авторським правом, для цього необхідний певний ступінь оригінальності «modicum of creativity». Більшість фотографій, за винятком чисто технічних, наприклад з камер спостереження, захищені копірайтом. Конкретні критерії законом не встановлені, суди вирішують конкретні спори за прецедентами, базуючись на здоровому глузді.

Отже, питанням захисту авторського права на фотографічні зображення є відсутність чіткого визначення терміна «фотографічний твір», та момент виникнення права інтелектуальної власності на такий твір залишається проблемним. Відповідно до п. 1 ст. 2 Бернської конвенції [1] про охорону літературних і художніх творів, термін «Літературні і художні твори» охоплює всі твори в галузі літератури, науки і мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-то: книги, брошури та інші письмові твори, лекції, звертання, проповіді та інші подібного роду твори; драматичні й музично-драматичні твори; хореографічні твори і пантоміми, музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним кінематографії; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки і літографії; фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії; твори прикладного мистецтва; ілюстрації, географічні карти, плани, ескізи і пластичні твори, що відносяться до географії, топографії, архітектурі або науки. Дане визначення співпадає із положеннями Закону України «Про авторське право та суміжні права».

Ще одним проблемним аспектом охорони фотографій є можливість охороноздатності і доцільність авторсько-правової охорони творів з незначним рівнем творчого характеру. Такі твори отримали *small change* (букв. з англ. — невеликі зміни) або *works of low authorship* (букв. з англ. — твори з низьким (незначним) авторством). Американська доктрина авторського права демонструє схильність до надання зазначеним творам охорони авторським правом. Як зазначає А.В. Кашанін [7], така позиція обумовлена особливостями формування англо-американської системи, що отримала своє закріплення в п. 8 розділу 8 ст. 1 американської Конституції, згідно з яким Конгрес США отримував право сприяти розвитку наук і корисних ремесел, забезпечуючи на певний термін авторам і винахідникам виключні права на їх твори і відкриття. Тобто позиція американської доктрини протилежна європейській, яка надавала охорону творам лише за умови, якщо в них втілена частина унікальної особистості творця, його своєрідність, талант, здібності.

Таким чином, логіка системи копірайт дозволяє поширити правову охорону на неоригінальні елементи і такі, що можуть повторюватися. А отже, дана система більш пристосована для правової

охорони works of low authorship, однак не надає повноцінної охорони традиційним творам з високим рівнем творчості. Показовим є рішення британського суду з інтелектуальної власності у березні 2015 р. по справі Bodo Sperlein Ltd v Sabichi Ltd and Another [8] щодо фотографій, на яких лондонський автобус перетинає Темзу через Вестмінстерський міст. Суд дійшов висновку, що відбулось порушення прав, адже була зкопійована творчо підібрана композиція. Дана позиція суду була жорстко критикована як вченими, так і тими, хто в практичній діяльності стикається з проблемами охорони фотографій. На жаль, американська доктрина знайшла своє місце і в європейському праві. Наразі спостерігається розвиток законодавства в сфері охорони творів загалом і фотографій зокрема, в бік відмови від вимоги оригінальності твору, розширенням об'єктів авторського права, комерціалізацією авторського права.

Подібні спори з часто уживаними прийомами та елементами фотографування виникають і в Україні. Так, наприклад, у справі № 761/35397/16-ц про визнання авторського права на фотографічний твір із зображенням саду квітучих кущів бузку, суд спирався на наявність елемента творчості у фотографії [9]. У своєму рішенні суддя посилався на Директиву 93/98/ЄЕС, в якій зазначено, що фотографічний твір повинен розглядатися як самобутній, якщо він є продуктом індивідуальної творчості автора, що відображає його особистість, але без урахування інших критеріїв, таких як цінність або призначення. Фотографія підпадає під авторсько-правову охорону, але охороняється лише самобутня оригінальна фотографія, що становить інтелектуальний витвір автора. Рішення суду було на користь позивача і базувалось на визнанні обґрунтованими доводами про оригінальність створеної фотографії, яка полягає у незвичному авторському підході до композиційного розміщення частин зображення на нестандартному підході до передачі кольорів.

Така ознака, як наявність результатів творчої діяльності є безумовною для визначення об'єкта авторського права. Проте творінням, яке не є результатом творчої праці, є переважно технічна робота, без творчої складової, така як копіювання, передрук та інше. Таким чином, до неоригінальних фотографічних творів відносяться репродукції малюнків, карт, планів, креслень, гобеленів, вітражів та інші похідні фотографії, які передають суть сфотографованого об'єкта, не вносячи до зображення творчої складової.

Орієнтація на комерціалізацію інтелектуальної власності призводить до абсурдних наслідків. Так, Коледж мистецтва та дизайну в м. Торонто надав своїм студентам власний підручник з історії мистецтва. Даний підручник не містить жодного зображення. На місці фотографій пусті рамки. Вивчати історію розвитку мистецтва епохи Античності, Відродження, сучасності студенти мають без зображень. Така ситуація виникла через те, що зображення є фотографіями, авторські права на які коштують дуже дорого, через це вартість підручника

зросла б у п'ять разів. Самі твори мистецтва не охороняються, але їх фотографії охороняються. Отже, постає проблема в розгляді фотографії як форми відтворення іншого твору.

Існують так звані «швидкотривалі твори», термін існування яких обмежений, і єдиним способом їх збереження є фотографування. До таких творів можна віднести малюнки на асфальті крейдою, малюнки на людському тілі фарбами, «пішані замки». Постає питання: чи повинен фотограф отримати дозвіл у автора такого твору? Відповідно до ст. 15 Закону «Про авторське право та суміжні права» будь-яке використання твору можливе лише за згодою автора. Але в окремих країнах законодавство дозволяє використання творів без згоди правовласника, якщо такі твори розміщені в публічних місцях. Таке право отримало назву – свобода панорами. Варто відзначити, що єдиної точки зору немає. Так, деякі країни дозволяють будь-яке використання таких творів (Великобританія, Бразилія), інші – лише щодо будівель чи пам'яток (США), в більшості країн свобода панорами розповсюджується лише на некомерційне використання, а в Італії взагалі відсутнє право свободи панорами. Щодо України, то відповідно до ст. 21 Закону України «Про авторське право та суміжні права» [4] без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення, допускається відтворення з метою висвітлення поточних подій засобами фотографії або кінематографії, публічне сповіщення або інше публічне повідомлення творів, побачених або почутих під час перебігу таких подій, в обсязі, виправданому інформаційною метою. Тобто свобода панорами розповсюджується тільки на сповіщення в якості новин.

Цікавою є справа за позовною заявою до видавництва з вимогою припинити дії, що порушують права позивача шляхом вилучення з цивільного обороту книги «Євромайдан – історія в процесі її звершення» загальним тиражем 8000 примірників, виготовленої та введеної в цивільний оборот з порушенням авторського права щодо використання малюнків. У книзі використані твори образотворчого мистецтва без зазначення автора. Відповідач заперечував вимоги, посилаючись на те, що в книзі опубліковано лише фотографічні твори, а відтак відповідач під час публікації вказаної книги дотримався норм українського та міжнародного законодавства в сфері захисту авторських прав і жодним чином не порушив особистих немайнових прав автора. Крім того, як зазначає відповідач, фотографічні твори, використані ним у книзі, є окремим і самостійним об'єктом авторського права, які було законно використано під час публікації визначеного видання. Такі фотографічні твори є оригінальними та не є репродукціями творів позивача, оскільки під час їх створення професійним фотографом було внесено його власну творчу складову. Тому відповідач вважає, що під час публікації книги використано саме фотографічні твори, а не твори образотворчого мистецтва позивача [10].

Особливої уваги заслуговують доводи відповідача щодо протиправності самих творів позивача. Так, позивач створив два зображення на фасаді будинку, що є об'єктом культурної спадщини. Відповідач вважає, що у позивача не могло виникнути авторське право на твори, оскільки їх було створено та обліковано шляхом завдання шкоди громадському порядку, в порушення чинного законодавства. Суд не вважає дані обставини такими, що заслуговують на увагу. Те, що було опубліковано лише фотографічні твори, вичерпний список авторів яких наведено в книзі, суд до уваги не приймає, оскільки там дійсно вказано ім'я автора фотографічного твору, але не вказано автора твору та не отримано його згоди на публікування його малюнків. Суд також не приймає до уваги посилання відповідача на порушення автором малюнків вимог чинного законодавства щодо

здійснення написів, позначок на нерухомому об'єкті культурної спадщини без письмового дозволу відповідного органу культурної спадщини. Отже, приймаючи рішення, суд виходив з того, що зображення на будинку та фотографії цих малюнків є різними об'єктами авторського права і потребують окремої один від одного охорони.

Отже, очевидним є відсутність чіткого інструментарію щодо визначення основних категорій фотографічних творів. Залишаються неврегульованими численні питання щодо так званих простих фотографій, фотографій, зроблених у публічних місцях та інші. Зважаючи на широке розповсюдження фотографічних творів та можливість їх здійснення різними способами, доцільним буде доопрацювання положень законодавства з метою захисту майнових та особистих немайнових прав їх авторів.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24.06.1971 р. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_051](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_051)
2. Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_052](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_052)
3. Луткова О.В., Терентьева Л.В., Шахназаров Б.А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве: уч. п-е для магистров. Московский гос. юр. ун-т им. О. Е. Кутафина. Учеб. узд. М.: Проспект, 2017. 224 с.
4. Про авторське право і суміжні права: Закон України № 3792-XII від 23.12.1993 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>
5. Harvard Journal of Law & Technology Volume 25, Number 2 Spring 2012 Justin Hughes. URL: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech327.pdf>
6. Довгалюк А. Фотография как объект авторских прав. URL: [https://zakon.ru/blog/2015/05/06/fotografiya\\_kak\\_obekt\\_avtorskix\\_prav\\_chast\\_1](https://zakon.ru/blog/2015/05/06/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_1)
7. Кашанин А.В. Минимальные стандарты охраноспособности объектов копирайт. URL: <http://cat.convdocs.org/docs/index-90677.html>
8. England and Wales Patents County Court . Temple Island Collection Ltd v New English Teas Ltd & Anor. – EWPC 21 (29 July 2011) URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWPC/2011/21.html>
9. Справа № 761/35397/16-ц від 03.09.2017 р., Шевченківський районний суд м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69804288>
10. Справа № 757/23223/15-ц від 04.12.2015 р., Печерський районний суд міста Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54434785>