

РОЗМЕЖУВАННЯ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ НА МАТЕРІАЛЬНОМУ НОСІЇ ТА ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ У ЕЛЕКТРОННІЙ (ЦИФРОВІЙ) ФОРМІ

Розгон О. В., к.ю.н, доцент,

НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

Наразі актуальним є оцифрування об'єктів матеріальної та нематеріальної культурної спадщини, якими можуть бути твори мистецтва, і створення платформ для їхньої популяризації в Україні та за кордоном. У результаті впровадження технології оцифрування творів мистецтва у процес розвитку роботи музеїв виникають *цифрові фотографії*.

Оцифрування картини як твору образотворчого мистецтва сприяло б появі нового твору в цифровій формі. Відповідно виникає низка правових питань щодо авторського права на зображення (фотографії), у тому числі цифрові, визнання критеріїв оригінальності тощо.

Фотографічні твори у діяльності музеїв досліджували у своїх публікаціях різні вчені, але їх точки зору не завжди збігаються, оскільки музеї у цифрову епоху — це своєрідна провокація впровадження інновацій.

Частково підкреслює ідею *цифровізації об'єктів у діяльності музеїв* Parry Ross [1], зокрема, зазначаючи, що ця сфера діяльності може легко «фетишизувати майбутнє і знехтувати минулим». Laura King, James F. Stark & Paul Cooke [2] підтримували цифрові технології, але правовий аналіз не здійснили. У своїх дослідженнях С. Глотов [3] цікавився авторським правом стосовно творів у цифровій формі, О. Мацкевич [4] аналізувала авторське право при цифровізації та оцифруванні.

Метою цієї публікації є дослідження правових наслідків оцифрування творів мистецтва у діяльності музеїв, зокрема, з'ясування, наскільки може вважатися достатньо оригінальним фотографічний твір як самостійний об'єкт авторського права, переведений у цифрову форму.

У межах цієї публікації розглянемо проблемні питання щодо з'ясування сутності об'єкта «фотографічні твори» та «неоригінальні фотографічні твори», у тому числі цифрової фотографії; значення критерію оригінальності для виникнення або захисту авторських прав такого твору.

Зараз у світі спостерігається тенденція до створення творів мистецтва у *цифровій формі* в діяльності музеїв. Це так би мовити певний *цифровий контент*, який існує на сайті музеїв, здебільшого сформований у музейних колекціях.

Цифровий контент (електронна (цифрова) інформація) — будь-які відомості чи дані в *електронній (цифровій) формі*, що містять об'єкти авторського права та/або суміжних прав і можуть зберігатися та/або поширюватися у вигляді одного чи декількох файлів (частин

файлів), записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів тощо у мережі Інтернет (п. 65 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 01.12.2022 р. № 2811-IX).

Фотографічний твір — твір, статично відображений (зафіксований) із застосуванням аналогових, *цифрових фотографічних технологій* на матеріальному носії чи в електронній (*цифровій*) формі або із застосуванням лазерних технологій у вигляді об'ємного тривимірного зображення (п. 63 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 01.12.2022 р. № 2811-IX).

Твір вважається створеним із моменту первинного надання йому будь-якої об'єктивної форми (письмової, речової, *електронної* (цифрової) тощо) (ст. 9 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Отже, допускається можливість створення твору в цифровій формі.

Цифрова фотографія дуже легко поширюється. При цьому всі «копії твору» не втрачають свої якості в порівнянні з першою версією цифрової фотографії.

Переведення об'єкта, який існує у будь-якій матеріальній формі (наприклад, із традиційної, аналогової форми), у цифрову форму (цифровий формат) називають *оцифруванням*. Глотов С. дотримується думки, що «оцифрування не є використанням, і його не можна кваліфікувати як не згадане у ст. 12 Закону України «Про авторське право та суміжні права». *Оцифрування* являє собою лише дію з копіювання *sui generis*, і тільки [3].

Так, за ст. 3 зазначеного Закону дія цього Закону поширюється на регулювання відносин, пов'язаних із використанням неоригінальних об'єктів, згенерованих комп'ютерною програмою, зазначених у ст. 33 цього Закону. *Неоригінальним об'єктом*, згенерованим комп'ютерною програмою, є об'єкт, що відрізняється від існуючих подібних об'єктів та утворений у результаті *функціонування комп'ютерної програми* без безпосередньої участі фізичної особи в утворенні цього об'єкта.

У законодавстві Великобританії про авторське право фактично діють два різних *рівня* або навіть *якості оригінальності* [5], і нещодавні справи Суду ЄС можна розглядати як підтримку цієї точки зору [6]. Перше — правило оригінальності для «звичайних» категорій творів згідно із законом про авторське право (літературні, драматичні, музичні, художні твори) [7], а друге — вимога оригінальності для спеціальних видів робіт [5]: комп'ютерні програми, які є літературними творами у праві (CDPA 1988, Sec. 3(1)(b)), та *бази даних, які охороняються правом sui generis* [7]. Існує навіть *третья категорія робіт* з особливою концепцією оригінальності — *фотографії* [8]. Отже, щодо фотографії діє інше правило оригінальності.

Виходячи з цього, можна дійти висновку, що зміна *аналогової форми на цифрову* стосується права на *недоторканність твору*.

Отже, буде оцифрований твір новим твором або новою формою твору чи це буде інша форма його *відтворення*?

На думку О. Мацкевич, *оцифрований твір* не є новим твором або новою формою твору, проте наявна нова форма його відтворення. Тож проблема не в тому, що твір переводять у цифрову форму, а в тому, що цифрове й аналогове середовище є різними сферами використання твору. У кожній із цих сфер діють свої «закони», зумовлені таким середовищем, вони визначають різне тлумачення понять використання та відтворення [4].

За українським законодавством, як і багатьох європейських країн, авторське право на твір (ідеться про майнові права автора) за загальним правилом діє та охороняється протягом усього життя автора і 70 років після його смерті. Переведення творів *із матеріальної форми у цифрову* вказує на *можливість відтворення* такого твору через зберігання (як спосіб) в електронній (у тому числі цифровій) формі. *Втілення музейних культурних цінностей в іншу форму вираження (цифрову)* сприяє іншому сприйняттю глядача, наприклад, *відтворення може відбуватися у вигляді цифрових фотографій із зображенням картин*.

Аналізуючи п. 14 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права», зазначимо, що *відтворення* — це пряме чи опосередковане виготовлення однієї або більше копій *об'єкта авторського права та/або суміжних прав* (або його частини) у будь-який спосіб та у будь-якій формі, в тому числі для тимчасового чи постійного зберігання в *електронній (цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер (створення тривимірного твору (скульптура, включаючи інсталяцію, та кінетичне мистецтво) з двовимірного твору (малюнок, живопис та естамп) і навпаки (створення двовимірного твору із тривимірного твору — фотографія скульптури), а також створення тривимірного твору на основі набору інструкцій (у цифровому файлі), який зчитується комп'ютером для виготовлення тривимірного твору (створення тривимірного твору — об'єкт, що надрукований на 3D принтері)*).

Без дозволу суб'єктів авторського права і безоплатно, але із зазначенням імені автора і джерела запозичення допускається відтворення, у тому числі в електронній (цифровій) формі, інтерактивне надання доступу до правомірно опублікованих статей та інших невеликих за обсягом творів, а також уривків із письмових творів, творів образотворчого мистецтва, фотографічних творів (п. 2 ч. 2 ст. 22 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Для музеїв може бути доступне *вільне використання твору з відкритим доступом* для

відвідувачів, архівами або організаціями зі збереження фондів аудіо-, відеозаписів.

Так, у ст. 24 Закону України «Про авторське право та суміжні права» встановлене без дозволу суб'єкта авторського права та безоплатно інтерактивне надання доступу до *твору в електронній (цифровій) формі* за допомогою терміналів у приміщенні бібліотек, музеїв із відкритим доступом для відвідувачів, архівами або організаціями зі збереження фондів аудіо-, відеозаписів, за запитом фізичної особи з метою навчання, наукового або приватного дослідження за таких умов: 1) виключення можливості створення копій цього твору для використання поза приміщенням закладів; 2) надання одночасно доступу лише до *однієї копії цього твору*. Таким чином, цією статтею підтверджується, що у *твору в цифровій формі є копії об'єкта авторського права та/або суміжних прав* і є можливість для музеїв вільно використовувати такий твір із відкритим доступом.

Копія — відтворений у будь-якій об'єктивній формі об'єкт авторського права та/або суміжних прав. Копія твору, виконана у будь-якій матеріальній формі, є примірником твору (п. 27 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Як бачимо у ст. 1 цього закону *копія* використовується у розумінні об'єктивної форми (матеріальної або електронної (цифрової)), а примірник твору — це стосовно матеріальної форми твору.

Авторське право на твір є чинним із моменту *створення твору*. Український законодавець установив, що *авторське право* на твір і право власності на *електронний (цифровий) об'єкт*, в якому втілено (зафіксовано) такий твір, не залежать одне від одного (ч. 1 ст. 10 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Цифровий об'єкт — це об'єкт, що складається з набору бітових послідовностей. Інформація про вміст — це та інформація, яка є первинною метою збереження. Вона складається з об'єкта даних вмісту (фізичного або *цифрового об'єкта*, тобто бітів) і пов'язаної з ним інформації про представлення, необхідної для того, щоб зробити об'єкт даних вмісту зрозумілим для визначеної спільноти. Наприклад, *об'єкт даних вмісту* може бути *зображенням*, яке надається як бітовий вміст одного файлу CD-ROM разом з іншими файлами на тому ж CD-ROM, які містять представницьку інформацію [9].

Оригінальність є основною вимогою законодавства про *авторське право*: лише ті твори, які демонструють певний мінімальний рівень цієї ознаки, користуються захистом. Але жоден з основних міжнародних договорів про авторське право прямо не визначає, що це таке та якого рівня твір повинен досягти, щоб виникло авторське право.

У п. 35 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» від 01.12.2022 р. № 2811-IX встановлено, що *оригінальність твору* — ознака (критерій), що характеризує твір

як результат *власної інтелектуальної творчої діяльності* автора та відображає творчі рішення, прийняті автором під час створення твору.

Фотографії, які не мають ознак оригінальності (не є фотографічними творами). Охорона об'єктів авторського права поширюється лише на форму вираження об'єктів авторського права. Охороні підлягають усі *оригінальні твори* — оприлюднені та неоприлюднені, завершені та незавершені, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, а також *способу вираження* (ст. 7 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Згідно з п. 56 ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» *твір* — *оригінальне інтелектуальне творіння* автора (співавторів) у сфері науки, літератури, мистецтва тощо, виражене в об'єктивній формі. А в п. 35 ст. 1 зазначена *вимога щодо особистої (власної) інтелектуальної творчої діяльності* застосовується при визначенні оригінальності твору.

Хоча європейські Директиви з авторського права не містять чіткого визначення терміну «твір», Суд Європейського Союзу (Court of Justice of the European Union — (CJEU)) розробив дві умови, які повинні бути виконані одночасно для отримання авторського права: по-перше, повинен бути *оригінальний об'єкт*, тобто *власне інтелектуальне творіння автора*; по-друге, тільки вираження цього творіння може охоронятися авторським правом як твір.

Важливий аспект у захисті фотографій за законодавством ЄС можна знайти в Директиві 2006/116/ЄС (Copyright Term Directive) [8], яка визнає охороноздатними об'єктами *не тільки фотографії*. Як бачимо, остання частина ст. 6 Директиви дозволяє державам-членам надавати охорону «іншим фотографіям». У загальних рисах охорона, яку деякі держави-члени визнають за «іншими фотографіями», визначається негативно, тобто пропонуючи охорону фотографіям, які не кваліфікуються як фотографічні твори європейські країни, які визнають цю форму (7 EU members plus 2 EEA members), зазвичай надають права, подібні до звичайного авторського права (проте існують значні винятки). При цьому Directive 2006/116/ЄС не містить вказівки, що «*інші фотографії*» або «*неоригінальні фотографії*» повинні бути захищені авторським правом. Цей критерій є спрощеним критерієм оригінальності.

У світлі вищевикладеного видається, що *акти оцифрування текстів і зображень*, безумовно, виходять за межі фотографічних творів, оскільки «*тільки мистецтво автора оригіналу, а не фотографа*» повинно бути видимим. Той же висновок, здається, справедливий і для оцифрування об'єктів, у всіх тих випадках, коли оцифрування є *простим цифровим відтворенням об'єкта*. Тим не менш, слід мати на увазі, що рівень оригінальності не повинен помилково встановлюватися на занадто високому рівні: вільний і творчий вибір творчого фотографа, який необхідно оцінювати в кожному конкретному випадку, може, особливо у

випадках «художнього» фотографування творів мистецтва, вважатися авторським [10].

Отже, твори *мистецтва* як музейні культурні цінності існують у матеріальній формі, а також можуть бути відтворені у цифровій формі як *цифрові фотографії*. Цифрова фотографія творів у контексті цифрової форми подання є результатом оцифрування музейних культурних цінностей. Фотографічний твір у цифровій формі — це твір у електронній (цифровій) формі з можливістю робити копії цього твору, інформація про який закодована у цифровому об'єкті, що складається з набору бітових послідовностей.

Авторське право на твір є чинним із моменту *створення твору*, навіть якщо він у такій об'єктивній *електронній* (цифровій) формі.

Залишається дискусійним питання, наскільки твір у цифровій формі можна визнати за українським законодавством оригінальним. Відомо принаймні два підходи до визначення *оригінальності фотографічного твору*, а саме об'єктивний і суб'єктивний. Перший передбачає, що стороння особа (експерт-мистецтвознавець чи суддя) здатна сама визначити *творчий характер твору*, а другий — лише автор може пояснити, як він задумав і створив твір. Суд повинен кваліфікувати це з урахуванням усіх обставин справи (наприклад, чи були відомі автору більш ранні схожі твори) [11]. Така ознака (критерій), як *оригінальність твору*, має охарактеризувати твір як результат *власної інтелектуальної творчої діяльності* автора та відображає творчі рішення, прийняті автором під час створення твору. Цифрова фотографія матиме ознаки оригінальності, якщо цей твір у цифровому форматі створений завдяки творчому внеску автора твору в цифровому форматі.

Список використаної літератури:

1. Parry, Ross (editor) (2010). *Museums in a Digital Age*. Routledge, Abingdon/New York. 496 p.
2. Laura King, James F. Stark & Paul Cooke (2016). Experiencing the Digital World: The Cultural Value of Digital Engagement with Heritage, *Heritage & Society*, 9:1, 76–101.
3. Глотов С. Можливість застосування законодавства про авторське право до творів у цифровій формі. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 3. С. 10-15.
4. Мацкевич О. Авторське право при цифровізації та оцифруванні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 5. С. 14-23. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Трив_2014_5_3.
5. Bently L., Sherman B. (2014). *Criteria for protection. Intellectual Property Law*. P. 91–123. URL: <https://doi.org/10.1093/ie/9780199645558.003.0004>

6. Infopaq, supra note 1, at para. 35, Football Dataco, supra note 2, at paras. 27–28
7. Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA 1988), Section 3, Secs. 3 and 4.
8. Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights.
9. Digital Object: An object composed of a set of bit sequences. (Документ CCSDS 650.0-M-2 – Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS), p.1-11, Section 1.7.2).
10. Margoni T. (2014). The Digitisation of Cultural Heritage: Originality, Derivative Works and (Non) Original Photographs. *SSRN Electronic Journal*. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2573104>.
11. Томаров І. Оригінальність фотографії у судовій практиці. *Legal Shift*. 2016. URL: <http://www.legalshift.com.ua/?p=948>.