



## МОЖЛИВІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АВТОРСЬКЕ ПРАВО ДО ТВОРІВ У ЦИФРОВІЙ ФОРМІ

**Сергій Глов, науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності, стипендіат НДІ інтелектуальної власності, конкурентного та податкового права ім. М. Планка (м. Мюнхен)**

Важко говорити про можливість застосування авторського права до творів у цифровій формі з точки зору українського законодавства, знаючи, що воно в цій частині мало відповідає реаліям життя і положенням, які панують у сучасному авторському праві.

Проте це не може слугувати причиною того, щоб взагалі не піднімати це питання.

Більше того, якщо врахувати, що (у всякому разі, будемо на це сподіватися) у недалекому майбутньому будуть розроблені і прийняті зміни і доповнення до Закону України "Про авторське право і суміжні права", цей момент розібрати просто необхідно, щоб під час розробки цих самих змін і доповнень "лукаво не мудрувати". А щодо чого зовсім не потрібно "винаходити велосипед", мова йтиме далі.

Отже, для того щоб зрозуміти, чи можливо застосувати законодавство про авторське право до оцифрованих творів, необхідно розібратися, що таке охороноздатність для таких творів і на скільки до них застосовні права на використання.

Хотілося б звернути увагу на те, що у цій статті поряд із "цифрови-

ми" творами буде розглядатися і оцифрування як таке, під яким розуміється сам процес переведення твору з аналогового середовища в цифрове.

### 1. Охороноздатність

#### 1.1. Охороноздатність творів у цифровій формі.

У значенні авторського права під творами у цифровій формі розуміється те ж саме, що прийнято вважати творами, вираженими у формі аналогової, а також ті твори, які були переведені з аналогового середовища в цифрове<sup>1</sup>.

Оцифрування твору ніяким чином не впливає на охороноздатність, оскільки сам твір не втрачає своєї творчої основи. Більше того, цифрові формати породжують передумови охороноздатності, оскільки вони в людському розумінні не сприймаються, тому що доступ до "цифрового" твору можливий тільки за допомогою спеціальних технічних пристроїв.

Як і творче начало, засоби вираження твору в цифровій формі під час його сприйняття — і мова, і тон, і відчуття, наприклад, від прочита-

<sup>1</sup> Becker, Dreier, Urheberrecht und digitale Technologie, 1994 p., стр. 125.



ного — також залишаються незмінними.

*З цього випливає, що одне лише надання твору цифрової форми не створює "нового виду" твору і не становить нічого нового.*

Якщо говорити про категорію твору, то під час визначення такої слід керуватися тим, який характер носить спосіб його вираження, за допомогою якого сприймається такий "цифровий" твір.

Наприклад, якщо ми будемо говорити про комп'ютерні програми, то вони, як відомо, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 8 Закону України про авторське право охороняються як літературні твори<sup>2</sup>, тому що їх зміст виражено за допомогою мови, у цьому випадку, за допомогою відповідної мови програмування.

Деяко інакше стоїть питання про мультимедійні твори — вебсайти, відеоіграми та інше, — чію множинну різних способів вираження, уміщених в одному продукті, не можна розділити на складові. Для мультимедійних творів притаманне те, що якраз саме вся ця множина дає можливість скласти враження про такий твір. Мультимедійні твори, точно так, як і твори кіномистецтва, мають характер "складного багаторівневого произведения"<sup>3</sup>.

Такі твори відрізняються від творів кіномистецтва лише тим, що їх можна сприймати тільки в інтерактивному режимі. По суті, мультимедійні твори віднесені Законом України про авторське право до складу інших, тобто не названих творів

(див. п. 17 ст. 8 ЗУ "Про авторське право і суміжні права", який необхідно розглядати в повному взаємозв'язку з визначенням поняття "твір", наведеного в ст. 1 того ж Закону).

## 1.2. Охороноздатність оцифрування.

Коли мова заходить про оцифрування, то сама собою напрошується думка про те, що сам процес оцифрування, тобто процес переведення твору з аналогового середовища до цифрового, є переробкою.

Якщо виходити з того, що переробка є шлях до створення похідного твору, то з цього, відповідно, випливає підстава для твердження про те, що оцифрований твір є похідним твором і, як наслідок, охороняється авторським правом як похідний твір.

Однак це зовсім не відповідає дійсності.

Як уже було сказано раніше, твір унаслідок переведення його в цифрову форму нічого не втрачає щодо своєї охороноздатності.

І до того ж, для того, щоб визнати за оцифрованим твором статус похідного (переробленого) твору, не вистачає необхідної для переробки зміни оригіналу твору, з якою у перероблений (похідний) твір обов'язково має бути внесено нове творче начало, що є основним мірилом для визнання похідних творів як самостійних об'єктів авторського права.

Таким чином, тут бракує основного критерію віднесення творів до статусу таких у розумінні законодавства про авторське право, який

<sup>2</sup> Це положення закріплене і в ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право від 20.12.1996 р., і в п. 1 ст. 1 Директиви 91/250/ЄС "Про правову охорону комп'ютерних програм" від 14.05.1991 р., і в Угоді ТРІПС.

<sup>3</sup> Дозорцев В. А. "Интеллектуальные права", "Объекты исключительных прав. Право на фильм как сложное многослойное произведение", 2003 р., стор. 144.



говорить про обов'язкову наявність у творі духовності<sup>4</sup>.

*З раніше сказаного можна вивести, що оцифрований твір не може бути визнано самостійним твором, інакше самостійним об'єктом авторського права, оскільки саме оцифрування не несе в собі нічого творчого.*

*Виходячи з цього, оцифрований твір не є твором похідним і, відповідно, на цих же підставах до охорони оцифрованого твору не можна підходити як до охорони похідного твору.*

Якщо ж припустити, що оцифрування є творчим процесом, іншими словами, процес оцифрування є не що інше, як творча праця, то тоді *de lege ferenda* можна було б думати про введення охорони права на творче досягнення.

Але необхідність введення охорони такого права для виробників оцифрованих творів з будь-якої точки зору видається вкрай сумнівною.

По-перше, існуючий у сучасному авторському праві, але відсутній в українському авторсько-правовому законодавстві<sup>5</sup> інститут "sui generis" який надає виробникам баз даних право на творче досягнення навіть стосовно тих баз даних, які не є

творчими за своєю суттю, затуляє істотні дірки в охороні. Так, наприклад, сталося в Німеччині з уведенням § 87а до Закону Німеччини про авторське право<sup>6</sup>.

По-друге, виробники оцифрованих творів, з урахуванням наявності в законодавстві інституту "sui generis", стали мати можливість захищати свої права в рамках законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у випадках, якщо було здійснене недобросовісне копіювання, і особливо за наявності дій, які становлять собою пряме присвоєння результатів капіталовкладень.

Нарешті, проти введення охорони права на творче досягнення для виробників оцифрованих творів говорить те, що підприємницька діяльність у зіставленні з охороною прав на творчі досягнення таких правовласників, як виробники фонограм, у більшості випадків є менш вимогливою, навіть, якщо вона пов'язана з великими інвестиціями<sup>7</sup>.

Тут цілком достатньо і надання додаткового права на охорону та захист в рамках законодавства про недобросовісну конкуренцію<sup>8</sup>.

*У зв'язку з вищенаведеним, нам не здається необхідним уведення за-*

<sup>4</sup> Вважаємо, тут доречно буде навести формулювання ч. 2 ст. 2 Закону Німеччини про авторське право, оскільки воно є дуже точним і містким, де сказано, що "під творами в значенні цього Закону розуміються тільки витвори, що мають духовність і створені особистою працею його автора" ("Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur pers?nliche geistige Sch?pfungen").

<sup>5</sup> Законодавству України не відомий інститут "sui generis", застосований в рамках охорони баз даних, який закріплений в Директиві ЄС "Про правову охорону баз даних" від 11.03.1996 р. №96/6/ЄС. Див. детальніше: Глотов С.О. "Чого не одержав у подарунок Закон України "Про авторське право і суміжні права" до 10 річного ювілею?", Інтелектуальна власність, 2004 р., №3, стор. 14-15.

<sup>6</sup> "§ 87а (1) У рамках цього Закону під "базою даних" розуміється збірник творів, наданих або інших незалежних один від одного матеріалів, які впорядковані систематично чи методично, і доступні в індивідуальному порядку за допомогою електронних засобів чи іншим шляхом, одержання, зв'язання чи надання яких за кількістю і якістю вимагає вкладення істотних інвестицій. База даних, зміст якої за кількістю чи якістю істотно змінено, визнається новою базою даних, якщо такі зміни супроводжувалися вкладенням істотних інвестицій. (2) У рамках цього Закону "укладач (виробник) бази даних" означає особу, яка здійснила інвестиції в значенні пункту 1 цієї статті".

<sup>7</sup> Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997 р., стор. 40.

<sup>8</sup> Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997 р., стор. 40.



хисту прав на творче досягнення стосовно процесу оцифрування творів.

## 2. Право на використання

### 2.1. Можливість застосування прав на використання стосовно цифрових творів.

Об'єктом прав на використання як виключних прав, відповідно до положення ст. 1 та ст. 3 Закону України про авторське право, є твір, який охороняється авторським правом.

Якби межі охороноздатності цифрових творів до цього часу були б нами не визначені, то можливість застосування до таких творів положень ст. 15 Закону України про авторське право відносно основних форм використання, які можна за своєю суттю поділити на матеріальні (право на поширення, право на публічний показ та ін.) і нематеріальні (право на відкритий доступ, право на передачу по радіо та ін.), була б повністю виключена.

Спираючись на це, можна зробити висновок про те, що в основі цифрових творів лежить система прав на використання, яка впливає з конституційно-правової гарантії щодо інтелектуальної власності, яка говорить про те, що автор, по можливості, повинен бути причетним до будь-якого використання свого твору<sup>9</sup>.

Регулювання окремих прав на використання, які перераховані в ст. 15 Закону України, цією статтею не обмежується, тому що до числа різновидів використання в якості

неназваних матеріальних і нематеріальних прав на використання можуть бути віднесені і такі форми використання, які не відповідають названим правам.

Така "відкритість" системи прав на використання була й існує якраз для нових, таких, що з'являються і розвиваються, зокрема, у світлі технічного прогресу, форм використання творів.

Так, до права на публічне виконання, яке є згідно з ст. 15 Закону України виключним правом, прийнято відносити такі ніде не згадані дії (форми використання), як "online-пропозиція і "online-передавання".

Відносно цього моменту, тут *de lege ferenda* законодавче регулювання здійснюється шляхом застосування права на відкритий доступ за вимогою<sup>10</sup>.

Підставою для цього слугують положення ст. 3 Директиви 2001/29/ЄС "Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві", ст. 8 Договору ВОІВ "Про авторське право" (WIPO Copyright Treaty (WCT)), ст. 10 та ст. 14 Договору ВОІВ "Про виконання та фонограми" (WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)).

### 2.2. Можливість застосування прав на використання відносно оцифрування.

Що ж до оцифрування, то воно не тільки не є відтворенням у значенні визначення поняття "відтворення", викладеного в ст. 1 Закону

<sup>9</sup> Див. Конституцію України, де в ч. 2 ст. 54 говориться про те, що ніхто не може використовувати або поширювати об'єкти інтелектуальної власності без згоди їх автора.

<sup>10</sup> На жаль, це право на відкритий доступ ще не урегульоване українським законодавством про авторське право. Про право на відкритий доступ див. детальніше: Глотов С.О. "Щодо питання про можливість приватного копіювання в цифровому середовищі", Офіційний бюлетень міністерства юстиції України, №4 (42), 2005 р., стор. 107.



## АВТОРСЬКЕ ПРАВО

України про авторське право, але й не може бути кваліфіковане як ніде не назване право на використання.

Усі потреби авторів і осіб, що мають право на охорону творчих досягнень, у цифровому середовищі, цілком і повністю повинні задовольнятися за допомогою всебічного застосування чинних положень законодавства про авторське право. І для реформи положень про обмеження авторського права у сфері приватного копіювання в цифровому середовищі створення нового виключного права на використання зовсім не потрібне<sup>11</sup>.

Вважається, що у якості такої реформи цілком підійде рішення, яке дасть критерії розрізнення між використанням твору в аналоговому середовищі і в середовищі цифровому.

До того ж визнання на міжнародному рівні такого використання, як оцифрування, несе разом з собою величезні недоліки у вигляді встановлення пробілів в охороні, які виражаються у тому, що за міжнародними актами захищаються тільки окремі конкретно названі права на використання<sup>12</sup>.

Нарешті, якщо взяти до уваги багато з тих наслідків, які постали в договірному авторському праві, то як попереджувальну норму тут можна розглядати п. 3 ст. 33 Закону України про авторське право.

*Таким чином, оцифрування не є використанням, і його не можна кваліфікувати як не згадане в ст. 15 Закону України про авторське право майнове право. Оцифрування — лише дія із копіювання sui generis, і тільки.*

### 3. Оцифрування і використання в цифровому середовищі як нові види використання

Думка про те, що оцифрування і використання в цифровому середовищі є новими видами використання, є достатньо поширеною. На підтвердження цього, як правило, вказують на те, що цифрове середовище є саме по собі дещо нове, і відповідно, все, що з цим середовищем пов'язане, автоматично також є новим у всіх відношеннях.

Деякі джерела якщо не прямо, то побічно також говорять про використання в цифровому середовищі як про нові види використання<sup>13</sup>.

Крім того, згадуються окремі судові ухвали, де згідно з позицією суду і CD<sup>14</sup>, і CD-ROM<sup>15</sup>, і DVD<sup>16</sup>, і E-Books<sup>17</sup> є новими видами використання в цифровому середовищі.

Проте нам таке бачення цього питання видається докорінно неправильним, що впливає з розуміння виду використання як такого.

<sup>11</sup> Lehmann, Internet- und Multimediarecht, 1997 р., стор. 59.

<sup>12</sup> Schricker, Urheberrecht (Kommentar) 2-ге видання, 1999 р., §15, абз. 18.

<sup>13</sup> Lehmann, Internet- und Multimediarecht, 1997 р., стор. 61: "Оцифрування і цифрові форми використання могли б становити собою нові види використання".

<sup>14</sup> Kammergericht, Multimedia und Recht, 1999 г., стр.727 - Musik-CD als neue Nutzungsart. див. також: <http://www.gawl.de/Dingerland/About/njw.html>

<sup>15</sup> Oberlandesgericht (OLG), Multimedia und Recht, 1999 г., стр.225 - CD-ROM als unbekannte Nutzungsart.

див. також: [http://www.mathematik.uni-marburg.de/~cyberlaw/karteikarten/mmr\\_98\\_44.html](http://www.mathematik.uni-marburg.de/~cyberlaw/karteikarten/mmr_98_44.html)

<sup>16</sup> Landesgericht, M?nchen, International Multimedia und Recht, 2001 г., стр.828 - DVD als neue Nutzungsart.

див. також: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020038.htm>

<sup>17</sup> US District Court v. 11.07.2001, Random House v. Rosetta Books, Opinion, см. за адресою: <http://www.rosettabooks.com/casedocs/Decision.pdf>



Отже, під видом використання прийнято розуміти економічно і технічно самостійний і незалежний спосіб використання, здійснюваний конкретний спосіб використання<sup>18</sup>.

Виходячи з цього, якщо врахувати, що оцифрування становить собою лише представлення об'єкта у вигляді бінарної форми, яка складається з чисел один та нуль, то про саме використання як самостійний його вид тут можна говорити тільки частково.

Так, якщо, наприклад, твір буде переведено в цифрову форму за допомогою сканера, це не означає, що з моменту перетворення такий твір буде передбачати нову форму використання, яка буде економічно самостійною.

Про цей вид використання можна робити висновок тільки за здійснюваними діями, які лежать в основі використання, наприклад, запис шляхом копіювання на CD або дії щодо оформлення вебсайту (Website) тощо.

Щодо форм використання в цифровому вигляді (CD, CD-ROM, DVD, E-Books), які ще поділяють на використання в офлайн (offline) та використання в онлайн (online), то про них також не можна повною мірою говорити як про самостійні види використання.

Оскільки елементарна відсутність відповідних, і до того ж не дешевих технічних засобів, не дозволить використати твір, представлений в цифровій формі, такий вид використання важко уявити як економічно і технічно самостійний і незалежний.

Також хотілося б відзначити, що на бік відстоюваної нами позиції перейшла і європейська, в тому числі, німецька судова практика<sup>19</sup>.

*Таким чином, ні про оцифрування, ні про використання в цифровому середовищі не можна говорити як про нові види використання.*

*Резюмуючи все вище наведене вище, можна з упевненістю сказати, що законодавство про авторське право не тільки може, але й повинне застосовуватися до творів, представлених у цифровому форматі, і тут зовсім не варто вигадувати щось нове.*

Для України ж необхідно як можна швидше підготувати і прийняти всі ті новинки, які уже зайняли стійку позицію у сучасному авторському праві, щоб усунути існуючі великі пробіли, ну і, звичайно ж, підтвердити висловлену нами тезу. ◆

<sup>18</sup> Schricker, Urheberrecht, 2-ге видання, 1999 р., §§31/32, абз. 38, 26.

<sup>19</sup> "DVD keine neue Nutzungsart gegenüber Videokassetten", - Рішення Федерального цивільного суду Німеччини (BGB) відносно того, що DVD не є новим видом використання: [http://www.rechtsanwalt-giese.de/urteile/verwertung\\_dvd\\_bgh05.html](http://www.rechtsanwalt-giese.de/urteile/verwertung_dvd_bgh05.html)