



РЕКЛАМА ЯК САМОСТІЙНИЙ ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Олена Штефан,
*завідувач відділу авторського права і суміжних прав
НДІ інтелектуальної власності АПРН України,
кандидат юридичних наук, доцент*

Починаючи із кінця 80-х років минулого століття реклама, спочатку роблячи боязкі кроки, почала завойовувати життєвий простір, — а ми її сприймали як дещо цікаве і незвичайне, враховуючи все ще існуючу у той час цензуру ЗМІ у Радянському Союзі. Згодом, коли реклама на теренах незалежної держави набула більш агресивної форми, а рекламні блоки почали переривати перегляд улюблених телепрограм і заповнювати простір газет та журналів — почала дратувати. На сьогоднішній день вже можна стверджувати, що реклама стала невід'ємною частиною як життя суспільства в цілому, так і сучасної людини, і ми, майже, на неї перестали звертати увагу. В той же час, останні роки відзначаються появою тенденції зацікавленості як із боку органів державної влади та управління, так і громадян, вже не говорячи про правників, питаннями інтелектуальної власності, авторського права, промислової власності. Тому, реклама все більше починає сприйматися як певний результат креативної (творчої) роботи "рекламщиків". Проте, існує більш стійка та пряма асоціація між поняттями "творчість" або "творчий" (креативний) та "авторським правом", його об'єк-

тами та правами авторів творів. Зробимо спробу провести дослідження саме авторського права у рекламі.

Перелік об'єктів, на які розповсюджується правова охорона авторським правом закріплений у ст. 433 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та ст. 8 Закону України "Про авторське право і суміжні права". Проте, реклама як самостійний об'єкт, у наведених нормативно-правових актах, не згадується. В той же час, переліки об'єктів, що охороняються авторським правом і у ЦК України, і у Законі України "Про авторське право і суміжні права" є не вичерпними. З цього приводу виникає потреба звернутися до спеціального законодавства, яким врегульовуються відносини у рекламній діяльності. Так, ст. 4 Закону України "Про рекламу" вказує на те, що використання об'єктів авторського права і/або суміжних прав у рекламі можливе лише при додержанні вимог законодавства України про авторське право і суміжні права. Тобто законодавець розглядає рекламу як спосіб використання об'єктів авторського права. В той же час, до внесення змін від 3 лютого 2004 року до Закону України "Про рекламу" реклама могла визнаватися об'єктом авторського права або



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

суміжних прав. Попередня редакція ст. 4 Закону України "Про рекламу" застерігала, що використання реклами, яка "повністю або частково містить об'єкти авторського права та/або суміжних прав, здійснюється відповідно до вимог законодавства України про авторське право і суміжні права".

Проте, не виділення законодавцем реклами як самостійного об'єкта охорони авторським або суміжним правом, не означає, що реклама не може стати таким при наявності ознак охороноздатності.

Частина 2 ст. 433 ЦК України передбачає, що авторське право поширюється на твори науки, літератури і мистецтва як оприлюднені, так і не оприлюднені, виражені в будь-якій об'єктивній формі, незалежно від призначення і обсягу твору. У цьому положенні сформульовані чотири ознаки правової охорони творів:

- ознака творчого характеру твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він є результатом інтелектуальної, творчої діяльності його автора;
- ознака об'єктивної форми вираження твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він виражений в об'єктивній формі;
- ознака змісту твору означає, що твір будь-якого змісту може бути об'єктом правової охорони з деякими обмеженнями, що визначаються законодавством;
- ознака оприлюднення твору означає, що твір може бути об'єктом правової охорони не залежно від того, виведений він з приватної сфери чи ні.

Національне законодавство України у сфері авторського права і

суміжних прав передбачає ще й ознаку завершеності твору. Твір є об'єктом правової охорони незалежно від того завершений він чи незавершений. При цьому незавершений твір підлягає правовій охороні у такому ж обсязі як і завершений твір. Це положення ст. 433 ЦК України співпадає зі ст. 8 Закону України "Про авторське право і суміжні права".

Перераховані ознаки складають основні і додаткові умови правової охорони творів науки, літератури і мистецтва. Основні умови правової охорони включають ознаку творчого характеру твору й ознаку його вираження в об'єктивній формі, а додаткові умови правової охорони — ознаку змісту твору, ознаку завершеності твору й ознаку його оприлюднення. Відповідно до основних умов права охорони поширюється на твір, який створений інтелектуальною, творчою діяльністю і виражений в будь-якій об'єктивній формі. Якщо твір задовольняє цій умові, то додаткові умови розширюють обсяг правової охорони твору незалежно від його призначення, жанру, обсягу, мети, а також від способу його оприлюднення. Іншими словами, додаткові умови можуть бути названі як інваріантними умовами, оскільки правова охорона не залежить а ні від змісту твору, а ні від способу його оприлюднення. Необхідно підкреслити, що основні умови є необхідними і достатніми для правової охорони твору, а додаткові умови правої охорони твору є факультативними, хоча і можуть істотно зменшити кількість творів, що підлягають правовій охороні. Саме додаткові умови забезпечують дійсний демократизм правової охорони творів науки, літератури і мистецтва



нормами авторського права. Таким чином, твір може бути об'єктом правової охорони, якщо він створений інтелектуальною, творчою діяльністю й виражений в об'єктивній формі. Ці основні умови правової охорони не залежать від змісту й способу оприлюднення твору. Іншими словами, якщо твір створений інтелектуальною, творчою діяльністю і виражений в об'єктивній формі, то правова охорона поширюється на твори будь-якого змісту і не залежить від того, чи оприлюднений цей твір чи ні. Саме цими умовами і виражений основний принцип правової охорони твору, відповідно до якого авторське право на твір виникає з моменту його створення.

Незважаючи на простоту й очевидність сформульованих ознак правової охорони творів науки, літератури і мистецтва, практика вимагає їх коментування.

По-перше, правова охорона поширюється на твори, створені інтелектуальною, творчою діяльністю одного чи декількох авторів. Поняття творчості не визначається в законодавстві, оскільки творчість — це загальнолюдська категорія. В результаті інтелектуальної, творчої діяльності створюється все якісно нове, неповторне, унікальне й оригінальне, у тому числі, твори науки, літератури і мистецтва, які, зазвичай, стають об'єктами правової охорони. Творчий характер твору характеризується його оригінальністю чи новизною, при цьому новизна й оригінальність можуть виявлятися як у змісті твору, так і в його формі.

Таким чином, завдяки наявності творчого характеру реклама може набути ознак оригінальності та неповторності, що дозволить виділити

її з поміж безлічі інших рекламних роликів, бігбордів та ін. Прикладом оригінальної та неповторної реклами можна назвати рекламу Nescafe, Stella Artua, Coca-Cola, Mars та ін., які створюють цілу культуру свого продукту: з кожною появою нового ролика споживач реклами підсвідомо очікує іншого, стаючи таким чином учасником створеної субкультури. Зазначена мета досягається завдяки оригінальному сценарію, створенню оригінального музичного супроводу або тексту, оригінальним відеороликом, участю у рекламі відомих людей та ін. Тобто, появі реклами передують цілий комплекс дій, результат кожної з яких може бути самостійним об'єктом авторського права, а така оригінальна та неповторна реклама стає самостійним складеним твором.

В межах цього питання виникає потреба звернути увагу на те, що згідно із визначенням терміна "реклама", що міститься у ст. 1 Закону України "Про рекламу", рекламою — є інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару. А згідно із ст. 434 ЦК України та ст. 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права", правова охорона авторського права не поширюється на повідомлення про новини дня або інші факти, що мають характер звичайної прес-інформації, навіть якщо вони виражені, відображені, пояснені чи втілені у творі. Тобто, якщо говорити про рекламу, яку ми досить часто чуємо, наприклад, по радіо, зміст якої полягає у тому, що "така-то компанія або фірма пропонує такі-то послуги,



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

згідно із ліцензією номер такий-то”, то відповідно, подібна реклама буде кваліфікуватися як звичайна інформація, що не охороняється авторським правом. В той же час, якщо, наприклад, рекламний ролик або графічна реклама, створена в результаті інтелектуальної, творчої праці сценариста, режисера, виконавця, фотографа, художника та ін., як то гра актора Горянського в рекламному ролику горілки “Старий друже”, реклама стає твором, який підлягає правовій охороні авторським чи/та суміжним правом, проте, інформативно-змістовна частина такої реклами, наприклад, інформація про виробника або певні послуги, розглядаються як “звичайна інформація” і не є об’єктом правової охорони авторського права чи суміжного права. Безпосередня назва компанії або фірми, а також назва рекламуємого товару охороняються як об’єкти промислової власності, а саме як комерційні найменування, торговельні марки, географічні зазначення, згідно із положеннями ЦК України та Законом України “Про знаки для товарів та послуг”.

З приводу співвідношення реклами та об’єктів промислової власності в наукових публікаціях висловлювалась досить спірна точка зору, відповідно до якої рекламу відносили до об’єктів промислової власності оскільки товари, що рекламуються містять об’єкти патентних прав (винаходи, корисні моделі, промислові зразки) [1]. В цьому питанні слід чітко розмежовувати правовідносини, які виникають у виробників товарів із іншими власниками патентів та свідоцтв або авторами винаходу, корисної моделі, промислового зразка, що міститься у тому чи іншому виробі та правовідносини,

пов’язані із просуванням товарів на споживчому ринку за рахунок реклами. Створення реклами, вироблення оригінальної подачі інформації про той чи інший товар жодним чином не пов’язане і не впливає із винаходів, корисних моделей чи промислових зразків, які втілені в рекламовану продукцію. В той же час, використання комерційного найменування або торговельної марки суб’єктом підприємницької діяльності, що не є законним суб’єктом майнових прав інтелектуальної власності на вказані об’єкти, але який зацікавлений у просуванні за рахунок реклами подібного товару або продукції на споживчий ринок, буде визнаватися порушенням прав належних суб’єктів — власників свідоцтва на комерційне найменування або торговельну марку. При цьому, автори реклами товару, в якому незаконно використане комерційне найменування або торговельна марка не будуть нести відповідальність за порушення вказаних прав.

По-друге, проблема вираження твору в об’єктивній формі не настільки очевидна, як може здаватися на перший погляд. Необхідно розмежувати об’єктивність твору й об’єктивну форму вираження твору. Об’єктивність твору означає його дійсне, безумовне існування поза і незалежно від свідомості людини. При цьому не важливо, у якій формі й у якому вигляді виражений твір. Він може бути записаним на папері чи на іншому матеріальному носії. Якщо ж твір знаходиться в душі і серці автора, то його не можна визнати об’єктивно вираженим, оскільки доступ до створеного чи створюваного твору чи його сприйняття має лише автор. Для того щоб твір був доступ-



ним іншим людям без посередництва автора, він повинен бути виражений в такій об'єктивній формі, що може сприйматися людьми через почуття, тобто за допомогою зору і слуху, а за відсутності зору — за допомогою дотику (твори, створені спеціальними способами, для сліпих). При цьому твір може бути виражений або в статичній матеріальній формі, втілений, наприклад, у вигляді його оригіналу, копії чи екземпляру, або в динамічній виконавській формі, втілений, наприклад, у виконанні твору у визначеному місці, просторі і часі. Треба мати на увазі, що динамічна форма об'єктивна тільки під час її вираження, наприклад, за допомогою виконання, постановки, передачі по радіо чи телебаченню і т.п. Якщо така дія не була зафіксована на матеріальному носії, то після завершення дії така динамічна форма об'єктивно перестає існувати. Оскільки основним майновим правом автора є право на використання твору, для здійснення цього права автор повинен мати твір, виражений у матеріальній формі. Іншими словами, правова охорона може бути забезпечена, якщо твір виражений у будь-якій матеріальній формі, що допускає його використання. Наприклад, сценарій рекламного ролика, як правило, записується на паперовому носії за допомогою тієї чи іншої системи письменності рукописним, машинописним чи комп'ютерним способом. Музичний твір може бути записаний на паперовому носії за допомогою нотного запису, а виконання такого твору — на магнітному чи оптичному носії з використанням аналогового чи цифрового запису. Сама по собі реклама може бути виражена у різних об'єктивних

формах: рекламний ролик може бути записаний на магнітному чи оптичному носії з використанням аналогового чи цифрового запису; графічна реклама може бути закріплена на світлочутливих фотографічних, магнітних, цифрових, паперових та інших матеріалах; реклама на транспорті може бути закріплена (розміщена) на зовнішній та внутрішній поверхні транспортних засобів та спорудах підприємств транспорту загального користування і метрополітену.

По-третє, незалежність правової охорони від жанру, обсягу, мети і призначення твору означає, що правова охорона не залежить від змісту твору. Отже, жодна фізична або юридична особа не має права не тільки перешкоджати набуттю правової охорони творів будь-якого змісту, але навіть мати сумніви щодо такої правової охорони тільки на підставі змісту твору. Таким чином, реклама, яка в оригінальній, неповторній формі інформує про особу чи товар, що складає її зміст, потенційних споживачів з метою підтримання їх інтересу до такої особи чи товару, відповідає вказаній ознаці твору, що охороняється авторським правом чи суміжними правами.

Ніхто не має права вимагати, щоб твір був заборонений, вилучений, знищений, навіть якщо його зміст суперечить інтересам таких осіб і груп, чи ідеологічним поглядам політичних партій і т.п. Іншими словами, ніяка цензура не може позбавити автора його авторських прав. Неприпустимість цензури встановлена Конституцією України. Однак, законодавство будь-якої країни, визначаючи заходи для припинення злочинів проти світу, безпеки, у тому числі інформаційної, проти кон-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

ституційних прав людини, її честі і гідності, вводить тим самим деяке обмеження щодо змісту творів науки, літератури і мистецтва. Наприклад, неприпустима пропаганда війни, бандитизму, тероризму, геноциду, а також розпалення расової, національної або релігійної ворожнечі, порнографія, наклеп, заклики до зміни конституційного ладу, досягнення державної влади насильницькими методами, здійснення інших злочинів проти держави. У творах не повинна в тій чи іншій формі викладатися і повідомлятися інформація, що складає державну чи комерційну таємницю, чи інформація, що може бути використана на шкоду інтересам держави. Законодавство будь-якої держави встановлює деякі обмеження щодо змісту творів науки, літератури і мистецтва, однак це не можна вважати цензурою. З встановленням таких обмежень зберігається незалежність правової охорони твору від його змісту.

Щодо реклами слід зазначити, що окрім вказаних обмежень реклама не може містити інформацію про особу чи товар у програмі, передачі, публікації, якщо така інформація слугує рекламній меті і може вводити в оману осіб щодо дійсної мети таких програм, передач чи публікацій (прихована реклама). Також є недопустимим щоб реклама вводила в оману або могла ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження (недобросовісна реклама). Також, чинне законодавство про рекламу встановлює додаткові обмеження щодо певних видів реклами

(наприклад, соціальної реклами) та окремих груп товару (наприклад, тютюнових, алкогольних виробів).

Правова охорона твору не залежить від його якості. Змістовний, якісний рівень твору може позначатися на попиті того чи іншого твору. В той же час, прямого зв'язку між попитом твору і його змістовним рівнем не існує. Дуже часто комерційним успіхом користуються твори скандального змісту, що відповідають потребам і рівню читачів. Важливо підкреслити, що у будь-якому творі відображені, викладені, виражені якісь ідеї, принципи, концепції, відкриття, методи, процеси чи міститься просто інформація. Однак незалежність правової охорони від змісту твору означає, що зміст, суть ідеї, думки й інформація, викладені в будь-якому творі, не можуть набути правової охорони.

По-четверте, оприлюднення твору — це будь-яка дія, за допомогою якої твір стає доступним для загального ознайомлення. Основними формами оприлюднення твору, у тому числі і реклами, є опублікування, публічне виконання, публічний показ, повідомлення для загального ознайомлення за допомогою радіомовлення чи телебачення, мережі Інтернет чи іншим способом. Однак жодна з цих дій не є необхідною для того, щоб правова охорона поширювалася на твір. Варто мати на увазі, що відмова від обов'язковості оприлюднення твору іноді істотно ускладнює охорону прав автора.

Слід зазначити, що найбільш розповсюджене порушення авторських прав пов'язане з оприлюдненням твору, наприклад, плагіат. Непоодинокі випадки, коли твір автора стає викраденим, запозиченим, а потім і оприлюдненим. Якщо автору стає



відомо, що його твір оприлюднений без його згоди і не під його ім'ям, то за захистом свого авторського права він буде змушений звернутися до суду і представити докази свого авторства. Так, наприклад, наприкінці літа 2007 році компанію "Beeline" було викрито в плагіаті рекламних образів, запозичених з реклами британського оператора мобільного зв'язку "Vodafone". У ролик "Beeline", створеному російською піар компанією "BBDO", "Літній без ліміт" використовується образ "вставних щелеп на ніжках". Як з'ясувалось, значно раніше, такий самий образ використала інша компанія — британський оператор мобільного зв'язку "Vodafone" [2]. Проте, на практиці, значно частіше докази щодо викрадення твору або плагіату є суб'єктивними а відтак, суд не зможе прийняти їх як допустимі і стає, таким чином, на сторону порушника закону, не захищаючи права справжнього автора.

По-п'яте, положення про момент виникнення авторського права є найважливішою частиною будь-якого законодавства про авторське право. У цьому відношенні законодавство про авторське право, згідно з ст. 437 ЦК України, ґрунтується на принципі автоматичного набуття правової охорони чи принципі незалежності правової охорони твору, проголошеного Бернською конвенцією про охорону літературних і художніх творів, відповідно до якого набуття авторського права на твір і його здійснення "не пов'язано з виконанням будь-яких формальностей" (п. 2 ст. 5) [3]. При цьому, таке набуття авторського права на твір і його здійснення не залежать від існування правової охорони на цей твір в країні його походження. У за-

конодавстві про авторське право визначається, що авторське право на твори науки, літератури і мистецтва виникає в силу факту їх створення, при цьому для виникнення і здійснення авторського права не потрібно дотримання яких-небудь формальностей. Тут дублюється основний принцип правової охорони, відповідно до якого авторське право на твір виникає з моменту його створення. Необхідно зазначити, що відсутність факультативних чи обов'язкових формальностей ускладнює охорону прав автора на твір. Незважаючи на негативне ставлення романської доктрини авторського права до обов'язкової чи факультативної реєстрації прав на твір, у випадку порушення авторських прав реєстрація прав на твір є одним з діючих засобів судового захисту прав автора. Реєстрація прав на твір дозволяє істотно скоротити судові витрати автора, забезпечити позитивний результат розгляду справи при можливому відшкодуванні витрат на адвоката, а також домогтися значного відшкодування збитків. Існують і інші позитивні прояви реєстрації прав на твори, що особливо важливо в умовах глобальної цифрової інфраструктури. На відміну від Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів Всесвітня конвенція про авторське право дозволяє кожній державі "вимагати дотримання формальностей чи інших умов для набуття і здійснення авторського права на твори, вперше опубліковані на його території, чи на твори його громадян, незалежно від місця їх опублікування". Єдина можливість задовольнити вимогам Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів і Всесвітньої конвенції про



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

авторське право — це визнати принцип незалежності правової охорони творів від виконання яких-небудь формальностей. У деяких країнах, що використовують у своїх законах англосаксонську доктрину авторського права, на відміну від континентальної системи права, до якої належить й Україна, до сформульованих вище ознак щодо набуття правової охорони на твори додається вимога виконання формальностей, тобто необхідності здійснення деяких формальностей (реєстрації прав на твір, депонування твору, нотаріального посвідчення твору). Реєстрація прав на твір і депонування творів використовувалася ще до Статуту Анни 1709 року. Після приєднання до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів США встановили факультативну реєстрацію прав на твори. Іншими словами і в США дотримання фор-

мальностей не обов'язково де діють сформульовані вище чотири ознаки правової охорони творів [4].

Виходячи із проведеного аналізу ознак охороноздатності об'єктів авторського права, можна зробити висновок, що реклама може бути визнана самостійним об'єктом авторського права за умови якщо вона створена в результаті інтелектуальної, творчої праці, завдяки чому вона є оригінальною та неповторною, а також в разі закріплення (втілення) її на будь-якому матеріальному носії. ◆

Список використаних джерел:

1. *Гражданское законодательство. Сборник нормативных актов. Ч. 2 / Сост. А. П. Сергеев. — М.: "Проспект", 1999. — 720 с.*
2. *Делия Липцик. Авторское право и смежные права / Пер. с франц.; предисловие М. Федотова. — М.: Ладомир, Издательство ЮНЕСКО, 2002 — 789 с.*
3. *Копылов В. А. Информационное право: вопросы теории и практики. — М.: Юрист, 2003.*
4. *Право інтелектуальної власності: Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. — К.: Парламентське видавництво, 2006. — 432 с.*
5. *Судариков С. А. Основы авторского права. — Минск: Амалфея, 2000. — 450 с.*