

states of the world with the highest level of offences in this sphere which certifies about the presence of problems which need immediate resolving. In article on the basis of the analysis of scientific views of scientists and norms of the legislation the dynamics of counteraction to offences in the sphere of intellectual property is ascertained. The essence of such important legal category as intellectual property is defined. The causes and conditions which promote to the occurrence of offences in the sphere of intellectual property in Ukraine are ascertained, and also possible ways of overcoming determinants of offences in this sphere are outlined. Having carried out the historical and legal analysis of legal regulation of counteraction to offences in the sphere of intellectual property, it's necessary to notice that for today there is a considerable quantity of laws and by-law regulatory legal acts which to some extent counteract offences and protect the rights of persons in this sphere. A considerable quantity of such acts caused the necessity of their systematization that in its turn will promote to effective and qualitative counteraction to offences in considered sphere. It's supposed as necessary and expedient to adopt a uniform normative-legal act which would define main principles of counteraction to offences in the sphere of intellectual property in Ukraine.

Keywords: counteraction to lawbreaking in the sphere of intellectual property; intellectual property, causes and conditions, determinants of offences.

УДК 343.148+347.178

М. М. Калініченко, науковий співробітник Львівського НДІСЕ, кандидат філологічних наук,

І. О. Струк, завідувач лабораторії Львівського НДІСЕ

ДОСВІД ПІВНІЧНОАМЕРИКАНСЬКИХ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ ЩОДО ДОСЛІДЖЕНЬ ПЕРСОНАЖІВ ЯК ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Розглянуто деякі з провідних аналітичних практик, що застосовуються північноамериканськими фахівцями в процесі дослідження фактів використання й відтворення шляхом перероблення персонажів літературних, образотворчих і аудіовізуальних творів як об'єктів інтелектуальної власності.

Ключові слова: авторське право, персонаж, відтворення шляхом перероблення, ідентифікатор джерела, вторинне значення.

Як свідчить судова практика України, усе частіше призначаються експертизи, пов'язані з дослідженням різноманітних об'єктів авторського права. Значний відсоток серед них становлять справи, що стосуються фактів відтворення й перероблення складових частин творів, котрі підлягають правовій охороні, до числа яких належать і персонажі. У Законі України «Про авторське право та суміжні права» немає конкретного правового визначення поняття «персонаж», хоча «персонажі» згадуються в п. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»: «Не ре-

еструються як знаки позначення, які відтворюють ... назви відомих в Україні творів науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників»¹. Разом із тим у ст. 9 Закону України «Про авторське право та суміжні права» зазначено, що «Частина твору, яка може використовуватися самостійно ... розглядається як твір»². Отже, персонаж як частина літературних, образотворчих і аудіовізуальних творів належить до числа об'єктів інтелектуальної власності та підлягає правовій охороні. Завдання судового експерта полягає в емпіричному визначенні рівня самостійності персонажів за об'єктивними оціночними критеріями, які в разі дослідження фактів відтворення частин графічних творів і анімаційних фільмів поки ще не подані у відповідній офіційній методиці.

У сфері мистецтвознавства та інших наукових напрямках дослідження культури «персонаж» – це образ дійової особи твору (літературного, графічного, аудіовізуального), поданий за допомогою певних засобів художнього у вираження (словесних, графічних, аудіовізуальних), які формують цей образ – його загальну зовнішність і характерну поведінку. Незалежно від матеріальної форми твору персонажем визнається не лише людина, а й будь-яка жива чи умовно жива особа (тварина, рослина, фантастична істота)³.

Обставини резонансних судових справ, під час розгляду яких досліджувалися персонажі як об'єкти авторського права, широко висвітлюються в північноамериканській пресі та детально аналізуються в спеціалізованих професійних виданнях експертів Сполучених Штатів Америки. Існують розроблені авторитетними фахівцями методичні рекомендації та науково-практичні посібники, у яких також розглянута специфіка досліджень персонажів у судових експертизах. Серед подібних видань слід виділити праці «Давання показань у суді: керівні принципи й правила для свідка-експерта» Ст. Бродські⁴ та «Керівництво для свідка-експерта» Д. Пойнтера⁵. Утім, на сьогодні вони залишаються маловідомими українським фахівцям. Отже, метою і завданням статті є узагальнене окреслення основних аналітичних практик і науково-методичних концептів північноамериканських судових експертів, які застосовуються в процесі дослідження фактів використання персонажів як об'єктів авторського права.

Незалежно від того, подані вони в текстовій або графічній формі, персонажі як об'єкти авторського права мають значний економічний потенціал, котрий нерідко перевищує загальну цінність їх мистецького першоджерела. Створені як частина певної книги, подані в площині малюнка або в худож-

¹ Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 груд. 1993 р. № 3689-ХІІ. *Відом. Верхов. Ради України*. 1994. № 7. Ст. 36.

² Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3792-ХІІ. *Відом. Верхов. Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.

³ Галич О., Назарець В., Васильєв Є. *Теорія літератури: підручник/за наук. ред. О. Галича*. Київ: Либідь, 2008. 488 с.

⁴ Brodski St. *Testifying in Court: Guidelines and Maxims for the Expert Witness*. Washington, DC: American Psychological Association, 1991.

⁵ Pointer D. *Expert Witness Handbook*. Par Publishing, 2012.

ній структурі мультиплікаційної стрічки, персонажі згодом можуть стати основою для різноманітних похідних продуктів комерційного гатунку: телевізійних постановок, комп'ютерних ігор, дитячих іграшок, канцелярських виробів тощо. Продаж цієї продукції дозволяє авторам і законним правласникам отримувати величезні прибутки, які здатні, без перебільшення, затьмарити фінансові надходження від тих творів, у яких комерційно успішні персонажі з'явилися вперше. Відомим прикладом величезної економічної цінності персонажів є образ фантастичного створіння – персонажа на ім'я Супермен. Перша збірка коміксів про його пригоди, створена письменником Дж. Сігелом і художником Дж. Шустером у 1938 р., залишилася практично невідомою сучасним читачам, але цей персонаж упродовж багатьох десятиліть успішно використовується у фільмах і мультиплікаційних стрічках, популярних романах, іграшках і коміксах, відеоіграх і продуктах харчування, загальний прибуток від продажу яких вимірюється сотнями мільйонів доларів США. Певна річ, з огляду на їх цінність, популярні персонажі нерідко привертають увагу несумлінних виробників і підприємців, які широко використовують їх образи у своїй продукції, але не отримують відповідний дозвіл автора (або ліцензію на подібну діяльність).

У США ключовим юридичним положенням, яке регулює захист прав автора (правовласника) на персонаж, є те, що персонаж захищається в тих межах, у яких він використовується як так званий «ідентифікатор джерела»¹ (відповідно до північноамериканської юридичної термінології – *source identifier*) для чітко визначених творів (або ж товарів і послуг у разі розгляду персонажів як частини зареєстрованих товарних знаків). Ефективний захист авторських прав на персонаж безпосередньо залежить від підтвердженої експертами наявності зв'язку досліджуваного персонажа із конкретними творами або комерційними об'єктами (книгами, кінофільмами, анімаційними стрічками, комп'ютерними іграми, коміксами тощо), у яких наявний досліджуваний персонаж.

Перш ніж фахівці підтвердять наявність подібного зв'язку, закон вимагає, щоб у процесі дослідження було встановлено, чи має персонаж так зване «вторинне значення»² (англ. *secondary meaning*), тобто береться до уваги не лише семантичний субстрат персонажа (репрезентований його детальним описом або зображенням), але і його значення щодо джерела походження. Ця особливість експертних досліджень зумовлена специфічною правовою доктриною США, згідно з якою пересічний споживач має бути добре обізнаний із тим, що джерелом походження персонажу є певний твір або твори (чи комерційні об'єкти). Найкращим прикладом такого «вторинного значення» персонажів є образ Міккі Мауса. Загальновідомо, що цей фантастичний образ має цілком конкретне джерело – анімаційні фільми компанії *Disney*. «Вторинне значення» персонажів призводить до форму-

¹ Schreyer A. An Overview of Legal Protection for Fictional Characters: Balancing Public and Private Interests. *Cybaris*. 2015. Vol. 6: Iss. 1, Article 3. P. 66. URL: <http://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/3> (дата звернення: 19.06.2017).

² Див.: Secondary meaning. *Merriam-Webster Law Dictionary*. URL: <https://www.merriam-webster.com/legal/secondary%20meaning> (дата звернення: 19.06.2017).

вання у свідомості пересічних споживачів міцних психологічних асоціацій із тими джерелами, у яких був створений і найширше репрезентований досліджуваний персонаж. Як наслідок, об'єктивне підтвердження експертами існування «вторинного значення» є вагомим аргументом на користь авторів і правовласників у судових спорах щодо прав інтелектуальної власності на персонаж.

Разом із тим існує величезна кількість персонажів, які недостатньо добре відомі пересічним споживачам, а отже, не мають чітко вираженого «вторинного значення». Це особливо актуально для персонажів тих творів, які подані в мережі Інтернет, але все одно залишаються порівняно маловідомими широкому колу людей. Північноамериканське законодавство вимагає, щоб автор (або правовласник) надав докази того, що його персонаж міг здобути достатньо високий рівень популярності внаслідок використання авторами або правовласниками різноманітних маркетингових стратегій і реклами. Із цією самою метою експерти проводять статистичні дослідження громадської думки.

Кожний автор заслуговує на захист своєї інтелектуальної власності. Оскільки північноамериканським законодавством не передбачена правова охорона ідей і творчих задумів, персонажам надається захист лише в тому випадку, коли авторські ідеї отримують конкретне матеріальне вираження в певному художньому образі. Отже, ретельно розроблений і детально описаний автором оригінальний персонаж має кращі шанси на адекватний правовий захист. Судові експерти США застосовують два основних дослідницьких «тести» для визначення того, чи підлягає персонаж правовій охороні. Перший із них, так званий «Тест на відокремлення персонажа» (*The Character Delineation Test*)¹. Його особливості були широко висвітлені в спеціалізованих виданнях щодо матеріалів справи «Ніколас проти корпорації Універсал Пیکчерз» (*Nichols v. Universal Pictures Corporation*)², у процесі розгляду якої цей «тест» мав вирішальне значення.

Сутність цієї аналітичної методики полягає у визначенні того, наскільки ретельно й детально розроблений автором досліджуваний персонаж. Якщо його художній образ (зовнішність, характер, манера спілкування з іншими персонажами тощо), створений за допомогою доступних для сприйняття засобів творчої візуалізації (словесних, графічних, аудіовізуальних), може бути відокремлений від твору-першоджерела (саме звідси походить назва тесту) та не втратить своєї яскраво вираженої художньої образності, він визнається прийнятним для правової охорони. «Тест на відокремлення персонажа» ґрунтується на припущенні, що недостатньо розвинені в художньому сенсі персонажі виникають через очевидний брак

¹ *Coe S. J. The Story of a Character: Establishing the Limits of Independent Copyright Protection for Literary Characters. Chicago-Kent Law Review. 2011. Vol. 86. Iss. 3. Article 11. P. 1305. URL: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss3/11> (дата звернення: 19.06.2017).*

² *Nichols v. Universal Pictures Corporation et al. Circuit Court of Appeals, Second Circuit. November 10, 1930. 45 F.2d 119; 7 USPQ 84. URL: <http://digital-law-online.info/cases/7pq84.htm> (дата звернення: 19.06.2017).*

ознак авторської творчості, отже, вони позбавлені репрезентованих в об'єктивній формі атрибутів творчого характеру. Отже, правовий захист персонажів безпосередньо залежить від того, чи спромігся автор твору, що став предметом судового розгляду, створити й представити читачам або глядачам дійсно яскравий, оригінальний і деталізований персонаж.

Наприклад, за результатами експертизи у судовій справі «Андерсон проти Сталлоне» (*Anderson v. Stallone*)¹, у ході якої застосовувався «Тест на відокремлення персонажа», було встановлено, що досліджуваний персонаж має нетипову зовнішність і характерну манеру поведінки й мовлення, які однозначно виділяють його серед інших дійових осіб твору. Отже, у його образі чітко простежуються ознаки авторської творчості, які не будуть знівельовані навіть у тому разі, коли цей персонаж штучно «відокремлюється» дослідниками від твору-першоджерела, адже він добре закарбовується в пам'яті, а його специфічний портрет, створений за допомогою художніх засобів, не втрачає своєї експресивної самобутності. Як наслідок, такі персонажі, як Супермен (що мають високий рівень творчої індивідуальності), вільно «мандрують» зі сторінок коміксів у кінематографічні твори, мультфільми, комп'ютерні ігри тощо, тоді як невиразні персонажі з «масовки» цілковито позбавлені самостійності через очевидний дефіцит авторської творчої уваги до їх художніх образів. Слід зауважити, що подібний аналіз вимагає спеціальних знань, якими володіють лише кваліфіковані експерти з гуманітарних дисциплін.

Іншою поширеною аналітичною методикою є так званий «Тест на можливість існування твору» (*The Story Being Told Test*)², який здобув чималий авторитет у північноамериканському експертному середовищі після його ефективного застосування в справі «Ворнер Бразерс Пікчерз Інкорпорейтид проти Коламбія Бродкастинг Систем» (*Warner Bros. Pictures Inc. v. Columbia Broadcasting System*)³. Відповідно до принципів практичної реалізації цього «тесту», персонаж розглядається як інтегральна складова художньої структури певного твору, за відсутності якої твір у цілому не може існувати згідно з правилами традиційної мистецької логіки. Якщо висновки дослідження підтверджують незамінність персонажу в сюжеті й образній системі твору, він визнається таким, що підлягає правовій охороні як об'єкт інтелектуальної власності. Утім, якщо персонаж є не більше, ніж «пішаком» – другорядною дійовою особою в процесі розвитку сюжету літературного або аудіовізуального твору, або ж у візуальній структурі малюнка (який, за

¹ *Anderson v. Stallone*. United States District Court for the Central District of California. 11 U.S.P.Q.2d 1161 (C.D. Cal. 1989). URL: <https://www.quimbee.com/cases/anderson> (дата звернення: 19.06.2017).

² *Heitmann M.* Have You Seen Sam Spade?: How Literary Characters Are Denied Proper Copyright Protection. *Law School Student Scholarship*. 2015. Paper 794. URL: http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/794 (дата звернення: 19.06.2017).

³ *Warner Bros Pictures v. Columbia Broadcasting System B.* 216 F. 2d 945. URL: <http://openjurist.org/216/f2d/945/warner-bros-pictures-v-columbia-broadcasting-system-b> (дата звернення: 19.06.2017).

визначенням мистецтвознавців, також має свій «сюжет»), він не знаходиться в межах захисту, що надається північноамериканським законодавством про авторське право.

Сучасні експерти США регулярно застосовують «Тест на можливість існування твору» паралельно із «Тестом на відокремлення персонажа» для максимально об'єктивного аналізу поданих на їх розгляд матеріалів судових справ. Сформульовані як висновки експертів, результати цих «тестів» мають вирішальне значення, адже вони дають відповідь на два основних питання, які дозволяють суддям прийняти адекватне й правомірне рішення в спорі щодо персонажів як об'єктів інтелектуальної власності, а саме:

— чи зберігатиме досліджуваний персонаж свою характерну художню індивідуальність у разі самостійного використання за межами твору-першоджерела;

— чи зберігатиме свою художню цілісність твір-першоджерело за відсутності у його сюжеті та/або образній системі досліджуваного персонажа?

У поєднанні з результатами досліджень, що дозволяють ідентифікувати конкретне «вторинне значення» персонажа як його відомість (тобто асоціативний зв'язок персонажа з оригінальним джерелом його походження у свідомості широкого кола людей), відповідь на питання зазначених «тестів» найчастіше вважається вичерпною для формулювання кінцевого рішення в справі. З огляду на їх значний евристичний потенціал, ці питання «тестів» північноамериканських професіоналів судової експертизи застосовують на те, щоб із часом увійти до офіційного переліку рекомендованих питань, яким послуговуються сучасні українські фахівці.

Подальше вивчення багаторічного досвіду північноамериканських колег сприятиме утвердженню нових дослідницьких методик і загальній оптимізації проведення судових експертиз у сфері захисту авторського права. З огляду на те, що українським спеціалістам наразі бракує офіційної методики, яка визначить загальноприйняті принципи та стандарти дослідження персонажів як об'єктів інтелектуальної власності, науково-методичні настанови закордонних аналітиків можуть стати корисним джерелом актуальної інформації щодо найефективніших практик сучасної судової експертизи світового рівня.

ОПЫТ СЕВЕРОАМЕРИКАНСКИХ СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТОВ ПО ИССЛЕДОВАНИЯМ ПЕРСОНАЖЕЙ КАК ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА

Калиниченко М. М., Струк И. А.

Рассмотрены некоторые из руководящих аналитических практик, применяемых североамериканскими специалистами в процессе исследования фактов использования и воспроизведения путем переработки персонажей литературных, изобразительных и аудиовизуальных произведений как объектов интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: авторское право, персонаж, воспроизведение путем переработки, идентификатор источника, вторичное значение.

**EXPERIENCE OF NORTH AMERICAN FORENSIC EXPERTS
ON RESEARCHES OF PERSONAGES AS OBJECTS
OF THE COPYRIGHT**

Kalinichenko M. M., Struk I. O.

A personage as a part of literary, visual and audiovisual works is one of intellectual property objects, and thus is the subject to legal protection. The task of forensic expert is an empirical determination of the level of personage independence on the objective evaluation criteria. Therefore, the objective and task of the article is to provide a generalized outline of the main analytical practices and scientific-methodic concepts of North American forensic specialists which are used in the process of case materials evaluation concerning personages as objects of copyright. In the United States, the key legal provision governing the protection of the author rights (the copyright holder) on personage is that such personage is protected to the extent which is defined by the so-called "source identifier" certifying the presence of associative relation of a personage under research with concrete works or commercial objects. The contemporary research also takes into account the "secondary meaning" – factor in the process of personages evaluation, which is based on their value in relation to the source of origin. Forensic experts of the United States also use two main research "tests" to determine whether a personage is a subject to legal protection. The first of them, the so-called "The Character Delineation Test" which is based on the assumption that personages underdeveloped in the artistic sense, give evidence to the lack of obvious signs of author's creativity, hence they are deprived with attributes of creative character represented in the objective form. Another common analytical technique is so-called "The Story Being Told Test" which considers a personage as an integral part of an artistic structure of the analyzed work, without which the work, as a whole, can not exist in accordance with the rules of the traditional artistic logic.

Keywords: copyright, character (personage), reproduction by processing, identifier of source, secondary meaning.

УДК 343.148+347.178

І. О. Струк, завідувач лабораторії Львівського НДІСЕ,

М. М. Калініченко, науковий співробітник Львівського НДІСЕ, кандидат філологічних наук,

Ю. С. Харабуга, старший науковий співробітник Львівського НДІСЕ

**ДОСВІД ПІВНІЧНОАМЕРИКАНСЬКИХ ФАХІВЦІВ
ЩОДО ДОСЛІДЖЕНЬ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ
ЯК ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА**

Розглянуто деякі з провідних аналітичних практик, що застосовуються північноамериканськими фахівцями в процесі дослідження фактів використання та відтворення шляхом перероблення фотографічних творів як об'єктів інтелектуальної власності (на матеріалах резонансної судової справи «Шепард Фейрі проти Асошіейтід Прес» 2008 р.).