

АНАЛІЗ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ “FAIR USE”**ANALYSIS OF THE PRACTICE OF APPLICATION OF THE LEGAL DOCTRINE “FAIR USE”**

**Потапова Л.В., студентка I курсу магістратури факультет прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого**

В епоху стрімкого розвитку цифрових технологій, соціальних мереж і розповсюдження контенту через Інтернет суттєвого значення набуває тематика правомірного використання чужого матеріалу задля уникнення випадків порушення прав власників авторських прав. Актуальним питанням у цьому аспекті постає встановлення факту добросовісного використання.

Протягом аналізу авторкою встановлено, що добросовісне використання, або “Fair use”, являє собою доктрину, яка просуває свободу вираження поглядів, дозволяючи використання творів, захищених авторським правом, без дозволу автора за наявності сукупності певних обставин.

Оснóву дослідження доктрини добросовісного використання формує аналіз міжнародної судової практики для виокремлення суттєвих ознак, що дозволяють визначити у кожному конкретному випадку факт добросовісного використання об'єкта авторського права. У дослідженні наведені приклади судових рішень, які обґрунтовують факти як добросовісного використання матеріалів, які захищені авторським правом, так і порушення прав авторів при неправомірному використанні чужих матеріалів.

На основі аналізу виокремлені певні недоліки застосування судами доктрини “Fair use” у зв'язку із відсутністю сталого конкретного механізму, який дозволить чітко сформулювати позицію з приводу наявності факту добросовісного використання у кожному конкретному випадку.

Авторкою акцентовано увагу на відмежуванні вільного використання, який регламентовано на рівні українського законодавства, із добросовісним використанням. Наголошено на тому, що на даний момент у чинному національному законодавстві та українські судові практики відсутні категорії з приводу добросовісного використання, зокрема і у зв'язку із необхідністю конкретизації відповідної доктрини.

Крім цього, протягом вивчення даної проблематики авторкою підкреслено, що в українській фаховій літературі наявна досить мінімальна кількість доробків, які розкривають тематику добросовісного використання, що зумовлює пріоритетність подальшого напрямку досліджень.

Відміну від цього, було проаналізовано міжнародно-правові акти та праці зарубіжних фахівців з приводу доктрини “Fair use”. Авторкою наголошено на проблематичні аспекти добросовісного використання, які потребують удосконалення з метою розумного і справедливого балансування прав власників авторського права і третіх осіб, які використовують чужий матеріал задля можливості виразити власну думку.

Ключові слова: добросовісне використання, авторське право, вільне використання, трансформаційні елементи, пародія.

In the era of rapid development of digital technologies, social networks and the distribution of content via the Internet, the issue of the legitimate use of someone else's material is gaining significant importance in order to avoid cases of violation of the rights of copyright owners. Establishing the fact of fair use is a relevant issue in this aspect.

During the analysis, the author established that fair use, or “Fair use”, is a doctrine that promotes freedom of expression, allowing the use of works protected by copyright without the permission of the author under certain circumstances.

The basis of the study of the doctrine of fair use is formed by the analysis of international judicial practice to identify essential features that allow determining the fact of fair use of the copyright object in each specific case. The study provides examples of court decisions that substantiate the facts of both the bona fide use of materials protected by copyright and the violation of authors' rights in the case of improper use of other people's materials.

On the basis of the analysis, certain shortcomings of the application of the “Fair use” doctrine by the courts due to the lack of a stable concrete mechanism that will allow to clearly form a position regarding the existence of the fact of fair use in each specific case are highlighted.

The author focuses on distinguishing free use, which is regulated at the level of Ukrainian legislation, with fair use. It is emphasized that at the moment there are no categories regarding fair use in the current national legislation and Ukrainian judicial practice, in particular due to the need to specify the relevant doctrine.

In addition, during the study of this issue, the author emphasized that in Ukrainian specialized literature there is a fairly minimal number of works that reveal the topic of fair use, which determines the priority of the further direction of research. In contrast, international legal acts and works of foreign specialists regarding the doctrine of “Fair use” were analyzed.

The author emphasized the problematic aspects of fair use that need improvement in order to reasonably and fairly balance the rights of copyright owners and third parties who use someone else's material for the opportunity to express their own opinion.

Key words: fair use, copyright, free use, transformative elements, parody.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими або практичними завданнями. Швидкоплинна історія демонструє, що на формування авторського права вплинули у своїй сукупності ідеї позитивного і природного права. Як відомо, законодавство про авторське право носить регулятивний характер, що полягає як в наділенні спектром правомочностей власника авторського права, так і в певному обмеженні в реалізації цього права. Варто зауважити, що переважна більшість розглядають концепції авторського права як виключну власність автора на об'єкти авторського права, що зумовлює, за загальним правилом, і використання цих об'єктів тільки за згодою самого автора.

Враховуючи стрімкий розвиток діджиталізації та інформаційного простору, слід вказати на широке поширення доктрини добросовісного використання авторських прав (fair use), яка передбачає обмежене використання об'єктів авторського права без згоди власника. Світова

судова практика демонструє певну дискусійність в аспекті розмежування правомірного використання об'єктів авторського права із несанкціонованим втручанням у законну реалізацію автором своїх прав.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичну та практичну основу в обраному напрямку формує міжнародна судова практика, на основі якої виокремлено певні недоліки дослідженої концепції, а також міжнародно-правові акти, зокрема Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, окремі праці зарубіжних фахівців і національне законодавство України. Виявлено незначний масив праць вітчизняних фахівців із приводу даної тематики, що зумовлює актуальність обраної теми і необхідність подальших досліджень.

Виклад основного матеріалу. Характеризуючи добросовісне використання, доцільно вказати, що суттєвою перевагою відповідної доктрини, яка дозволяє несанкціоновано використовувати об'єкти, які знаходяться під суворюю

охороною авторського права, є надання можливості забезпечити свободу громадськості висловлювати свої думки. Зокрема, це виражається в можливості інформування, критики, створення пародій, використання матеріалів в освітніх цілях тощо. Особливо актуального значення це набуває в просторі соціальних мереж, Youtube, Tik-tok та можливих інших відеохостингах і майданчиках для обміну новинами.

Як приклад, за довідкою Youtube, добросовісне використання – це правовий принцип, відповідно до якого захищені авторським правом матеріали за певних умов можна використовувати без дозволу правовласника [1]. Основною метою добросовісного використання є стимулювання творчого збагачення суспільства. Слід враховувати, що кожен спір, який виникає між власником авторських прав і третіми особами, які використовують матеріали автора, є індивідуальним і включає великий масив специфічних деталей, що обумовлює неможливість чітко регламентувати кожну ситуацію. У такому випадку ключовим є аналіз судової практики для визначення різних варіацій застосування доткрини “Fair use”.

Вищевказана доктрина набула свого поширеного відображення в системі американського права, зокрема в Розділі 107 Закону про авторське право (“Copyright Act”), який окреслює законодавчий фундамент для визначення, що саме слід вбачати добросовісним використанням. Так, норми Закону формулюють види такого використання, як критика, коментування, освіта, дослідження та інші приклади добросовісного використання. Розділ 107 закріплює, що при з’ясуванні наявності факту добросовісного використання слід керуватися 4-ма критеріями [2]:

- мета і характер використання, у тому числі комерційна чи некомерційна спрямованість такого використання. Тобто, добросовісне використання полягає у некомерційному використанні об’єктів, які захищені авторським правом. Однак, це не означає автоматично, що всі прояви некомерційного використання є добросовісним, а комерційне використання – виключно нечесним і протиправним. У цьому аспекті треба враховувати всі критерії в сукупності. Крім цього, судова практика демонструє, що суттєвим фактором є «трансформаційне» (перероблене) використання, тобто відповідне використання повинно включати елементи нового, творчого, відмінного або додаткового, та вказувати з якою ціллю запозичувався такий матеріал. Зокрема, питання добросовісного використання комерційної пародії в аспекті ознаки новизни порушувалося у справі *Campbell v. Acuff – Rose* [3]¹.

- характер самого об’єкта, який знаходиться під охороною авторського права. Мається на увазі, що використання більш творчого об’єкта (наприклад, пісні або фільму) буде з більшою вірогідністю добросовісним, аніж використання формального об’єкта (наукової статті);

- кількість і якість використаного об’єкта. Тобто, у тому випадку, якщо використання включає велику частину об’єкта, який підпадає під охорону авторського права, ймовірність того, що сумлінне використання буде знайдено – менша; якщо при використанні запозичується лише невелика кількість матеріалів, захищених авторським правом, ймовірніше буде встановлено сумлінне використання. Так, у вище вказаному рішенні використання матеріалів було охарактеризовано як «*taking the heart of the original and making it the heart of a new work*», однак у кількісному порівнянні було взято доволі багато матеріалу для створення нової роботи²;

¹ Суд наголосив на тому, що пародія повинна перетворювати оригінал з метою відобразити певну думку, яка може мати певні претензії до оригіналу. Так, Суд вказав, що коментар, який не має критичного ставлення до змісту або стилі оригінального твору і використовується задля простого залучення уваги, з меншою ймовірністю буде мати ознаки добросовісності.

² Так, в справі *Rogers v. Koons* Суд вказував, що при врахуванні відповідного критерію беруться до уваги такі елементи як місце розташування об’єктів, кольори, освітлення, ракурс, вибір камери, ефекту, та інші об’єкти, які можуть бути присутніми на фотографії [4].

- вплив такого використання на ринок продажів або вартість об’єкта, який знаходиться під охороною авторського права. У цьому випадку враховується, чи завдає шкоди таке несанкціоноване використання оригінальному об’єкту, включаючи навіть потенційну можливість завдання такої шкоди у випадках, коли таке використання може набути широкого розповсюдження.

Таким чином, відповідні критерії можливо певним чином ототожнити з трискладовим тестом на пропорційність. Однак, вказані фактори не є винятковими і мають розглядатися як невід’ємна частина гнучкого дослідження кожного спору. Тим паче, Суд, враховуючи вищевикладені фактори, повинен оцінювати також й інші обставини при розгляді питання сумлінного використання в кожному конкретному випадку. Чіткої і сталої формули, яка дозволить визначити факт наявності fair use, не існує, що і зумовлює актуальність детального аналізу судової практики з порушеного питання.

Так, у справі *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* розкривалося питання з приводу того, чи може демонстрація пародії в якості реклами бути добросовісним використанням об’єкта, який знаходиться під охороною авторського права. У цьому випадку було констатовано, що з самого початку використання сатиричної реклами полягало у висміюванні образу, який став «культурною іконою». Комічний ефект заснований на контрасті між оригіналом – серйозним зображенням красивої жінки, яка возвеличує красу свого вагітного тіла, і новою роботою – безглуздим зображенням вагітного чоловіка, що виглядає абсурдно. При чому, додаток голови Леслі Нільсена до оригіналу можливо вважати одним із суттєвих «трансформаційних» перероблень. Крім цього, Судом було встановлено відмінність у таких елементах, як освітлення, кольори та форма обручки. Навіть враховуючи загальноприйняту комерційну мету такої реклами, Суд вказав, що надзвичайно перетворюючий характер реклами перевищує відповідну мету і підтверджує факт добросовісного використання [5].

Інший не менш відомий випадок з’ясування факту добросовісного використання був розкритий у справі *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA* з приводу того, чи можливо вважати пародію на книгу «Кіт у шляпі» порушенням авторського права і товарних знаків, які належать *Dr. Seuss Enterprises, LP* («Сьюз»). Суд у справі наголошував, що протягом встановлення факту сумлінного використання необхідно балансувати між інтересами аудиторії, правовласника та самого пародиста. При аналізі даної ситуації, Суд передусім встановив комерційну мету такої книги, при якій пародист повністю зімітував оригінал, навіть не намагаючись створити трансформаційний елемент. Схожість робіт була встановлена у тому, що обкладинки двох книг були однакові (колпак, основний персонаж, характер викладу), за винятком лише незначних елементів і доповнень (зокрема, зазначення на обкладинці «пародія»). Схожість варто оцінювати не просто через призму візуального порівняння, але й брати до уваги у своїй сукупності всі обставини, які пов’язані із ситуацією на ринку і купівлею запропонованого товару. Враховуючи, що аудиторія двох книг різна, їх схожість підвищує ймовірність того, що люди будуть спантеличені при покупці товару. Проаналізувавши всі критерії і те, що робота *Penguin* потенційно може стати заміною на ринку і затьмарити оригінал, такий факт не можливо вважати добросовісним використанням [6]. Таким чином, повертаючись до балансування інтересів, Суд вказав, що Відповідач дійсно може у зв’язку із забороною публікації своєї роботи втратити певну частину доходу і репутацію, однак ця упущена вигода буде від діяльності, яка суттєво порушує авторські права оригіналу.

Питання щодо того, чи слід вважати цитування фактом добросовісного використання, було розкрито у справі *Warner Bros. Entertainment Inc. v. RDR Books*, зокрема

в аспекті схожості книг про Гаррі Поттера зі змістом, який висвітлювався на веб-сайті «Лексикон Гаррі Поттера». Сутність судового рішення полягала у тому, що, незважаючи на присутність окремих трансформаційних елементів, значна кількість дослівних цитат певним чином суперечить положенням добросовісного використання. Тобто, Суд наголошував на тому, що «Лексикон» запозичив більше матеріалів, які перебувають під охороною авторського права, ніж це було обґрунтовано і розумно з огляду на призначення публікації такого довідкового матеріалу. Крім цього, унікальний творчий характер роботи Дж. Роулінг, який захищений авторським правом, та потенційна шкода, яка може завдана таким використанням, заперечують проти наявності факту сумлінного використання. Відповідно до рішення Суду у цій справі, було встановлено, що законодавство заохочує публікацію довідників, створених за літературними творами, однак їм заборонено «оббирати» авторів оригінальних творів. На прикладі цієї справи, Позивач неодноразово вказувала на той факт, що таке використання її творів зумовлює втрату часу, натхнення і стимулює створювати нові твори, які здатні принести користь аудиторії, які дійсно фанатіють від оригіналу [7].

Цікавим прикладом використання доктрини “Fair use” виступає справа «Oracle America, Inc. v. Google Inc», яка полягала у використанні частин інтерфейсу прикладного програмування (API) мови Java на інших операційних системах. Відповідну справу вважають т.зв. перемогою програмістів і розробників, які виявляють бажання використовувати отриманий досвід роботи з програмними інтерфейсами на інших платформах [8]. Так, Верховний суд встановив факт добросовісного використання, оскільки Google застосувала API для повторної реалізації інтерфейсу користувачами, запозичивши при цьому тільки той обсяг, який є необхідний для можливості працювати у власних, перетворених програмах. Ключовим було те, що доктрина добросовісного використання за своєю природою є гнучкою і повинна враховувати зміни в технологічних процесах, зокрема в аспекті використання комп’ютерних програм. Крім цього, Суд, певним чином розширивши думку стосовно «трансформації» в аспекті добросовісного використання, визнав важливість «повторної реалізації» Java у новому контексті і цінність творчого підходу третіх осіб [9].

Загалом, враховуючи відповідну неоднозначність у визначенні судовою практикою факту добросовісного використання, варто в межах дослідження проаналізувати українські реалії з цього приводу. Так, якщо звертатися до дослідження національного законодавства, то його положення прямо не закріплює поняття “Fair use”. Слід відмітити, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» (далі Закон України № 2811-IX) в новій редакції від 01.12.2022 покликає більш повно регулювати питання випадків та умов правомірності вільного використання об’єктів авторського права. Так, ст. 22 положення Закону України №2811-IX регламентує вичерпний перелік випадків *вільного* використання [10]. Крім цього, зазначено, що таке використання не повинно завдавати шкоди законним інтересам суб’єкта авторського права.

Однак, у цьому аспекті також варто звернути увагу на те, що попередня редакція Закону, яка надавала офіційний переклад тексту закону про авторське право, містить поняття «Free use» замість “Fair use”. Тобто, за своєю суттю можливо стверджувати, що відповідні поняття не можуть бути ототожені і розглядатися однаково. При цьому, як було вище вказано, при визначенні факту “Fair use” неможливо виокремити чіткий вичерпний перелік випадків такого використання, оскільки кожний раз суд індивідуально оцінює обставини конкретної справи у їх сукупності, ґрунтуючись на чотирьох критеріях. У свою чергу український термін включає в себе виключний пере-

лік випадків, який окреслює можливі правомірні способи саме вільного використання об’єктів авторського права.

Крім цього, слід звернути увагу також на те, що інститути вільного використання і добросовісного використання спрямовані на збалансування інтересів осіб (як було наведено у попередніх судових рішеннях). Однак, із положень національного законодавства стосовно вільного використання, простежується пріоритет захисту прав самого автора, закріплюючи монополію виключних прав автора. Метою доктрини “Fair use” є захист інтересів суспільства, представники якого мають можливість мати доступ до культурного розмаїття та вираження своїх думок із приводу інших відомих творів.

Проаналізувавши національну практику у сфері добросовісного використання, слід зауважити, що українські суди не звертаються до застосування і тлумачення доктрини “Fair use”, оскільки відповідне поняття не регламентується національним законодавством і не поширене у спорах стосовно захисту авторських прав. Однак, широкого розголосу набув спір «GEEK JOURNAL VS. «1+1»», в якому український відеоблогер в своєму контенті на Youtube використав уривки контенту телеканалу «1+1». У своєму блозі блогер у відповідь на численні страйки українського телеканалу аргументував свою позицію посиленням на критику використаних елементів, застосовуючи доктрину “Fair use”, яка притаманна праву США [11]. Оскільки для українського законодавства не характерне використання відповідної доктрини, варто вказати, що в таких випадках буде використовуватися політика хостингу, яка, в свою чергу, спрямована на використання американського розуміння добросовісного використання. Враховуючи численну підтримку блогера в мережах у його праві добросовісно використовувати контент для реалізації права вільно виражати свої думки, телеканал «1+1» відмовився від своїх претензій і не звернувся надалі до суду для захисту авторського права.

Більшість фахівців з аналізу усталеної доктрини добросовісного використання характеризують її більше як негативне явище. Наприклад, Мартин Сенфтлбен (Martin Senftleben) наголошує на тому, що при використанні даної доктрини відсутня будь-яка правова визначеність, що зумовлює формування суперечливої системи [12]. Так, з аналізу можливо виокремити відсутність імперативного закріплення відповідної доктрини, чіткого розмежування трансформаційного перероблення твору і факту порушення авторського права тощо.

Зокрема, відсутність вичерпного переліку, застосування чотирьох критеріїв замість трискладового тесту та орієнтування на ситуативність та індивідуальність обумовлює невідповідність доктрини “Fair use” положенням Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів [13].

Постійні інноваційні виклики зумовлюють поширення необхідності більш гнучкого застосування наявних обмежень і виключень задля формування нових форм створення і розповсюдження творів. Безумовно, можливо оцінювати таке використання як доповнення до цінності оригіналу, оскільки перетворює наявний матеріал в джерело нової інформації, естетики, натхнення, розуміння для культурного збагачення і прогресу науки. Крім цього, доктрина надає можливість іншим особам повною мірою реалізувати своє право на свободу думки, аналізуючи, висміюючи або критикуючи певний створений об’єкт авторського права. Тобто, доктрина “Fair use” дозволяє запобігти ситуаціям суворого використання закону про авторське право, яке згубило б творчий порив авторів, який закон зобов’язаний заохочувати. Однак, використання не повинно лишати власників оригіналів права контролювати і отримувати вигоду зі своїх робіт.

Так, підсумовуючи, варто вказати, що алгоритм встановлення «добрсовісного використання», який

склався у міжнародній практиці і який закріплений безпосередньо в американському законодавстві, позбавляє повного розуміння і правової визначеності у реалізації своїх прав як авторів оригіналів, так і третіх осіб, які, використовуючи твір, впевнені у правомірності своїх дій.

ЛІТЕРАТУРА

1. Довідка Youtube. URL: <https://support.google.com/youtube/answer/9783148?hl=uk>
2. Copyright Law of the United States (Title 17). URL: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>
3. Campbell v. Acuff-Rose Music. Judgment of 7 March 1994. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>
4. Rogers v. Koons. Judgment of 13 December 1990. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/751/474/174506>
5. LEIBOVITZ v. PARAMOUNT PICTURES CORPORATION. Judgment of 19 February 1990. URL: https://scholar.google.com/scholar_case?case=18427314453578523770
6. Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA. Judgment of 29 April 1996. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/924/1559/1471640/>
7. Warner Bros. Entertainment Inc. v. RDR Books. Judgment of 08 September 2008. URL: <https://www.wsj.com/public/resources/documents/potterdecision.pdf>
8. Oracle v. Google. *Electronic frontier foundation*. URL: <https://www.eff.org/cases/oracle-v-google>
9. Google LLC v. Oracle America, Inc. *Harvard law review*. URL: <https://harvardlawreview.org/2021/11/google-llc-v-oracle-america-inc/>
10. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text>
11. Заява Geek Journal щодо правомірності використання контенту 1+1 без дозволу правовласника. URL: <https://www.facebook.com/geekjournal.ua/posts/5367076203333319>
12. Senftleben, M. R. F. (2012). Quotations, Parody and Fair Use. In P. B. Hugenholtz, A. A. Quaedvlieg, & D. J. G. Visser (Eds.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012* (pp. 359-412). URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125021
13. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#top