

Токарева В.О.

Національний університет «Одеська юридична академія»

СУМЛІННЕ ВИКОРИСТАННЯ ТА ПОХІДНІ ТВОРИ У СУЧАСНОМУ МИСТЕЦТВІ

У представленій публікації розглядаються правові аспекти створення похідних творів, право на проведення переробки та використання оригінальних творів у творчості сучасних художників. Встановлено, що, культура і суспільство наповнюються готовими зображеннями, захищеними авторським правом за замовчуванням. Огляд творів художніх свідчить, що, крім використання однакових сюжетів, ідей, повторення образів своїх попередників, сучасні художники повністю відтворюють зображення фотографій у власних картинах і скульптурах. Така ситуація ставить питання про правову кваліфікацію результатів такої творчості сучасного мистецтва.

Розглянуті правові наслідки визнання творів сучасного мистецтва як похідних творів і визначено, що лише визнання створених творів як пародій є вільним (сумлінним) використанням і звільняє переробника від необхідності отримати згоду автора оригіналу на переробку.

Доведено необхідність проведення відмежування між новими, оригінальними творами, які отримані внаслідок творчого натхнення та є результатом інтелектуальної діяльності, від похідних творів, у яких використаний оригінальний твір, для чого вимагається отримання згоди автора.

Встановлено, що з'ясування питання використання чужого твору без згоди автора (або іншої особи, котра має авторські права), зокрема у формі плагіату чи піратства у сфері авторського права та (або) суміжних прав, судам потрібно призначати проведення судової експертизи у галузі літературознавства та мистецтвознавства.

Встановлено, що для вирішення питання про можливе використання твору без згоди автора має досліджуватися наявність чинників, які свідчать про незалежний характер творчого результату (наявність виразного образу, нетривіальний підхід, художній образ, схожість творів, техніку вираження індивідуальності та мету художника тощо), з урахуванням того, що авторсько-правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції.

Ключові слова: авторське право, похідні твори, сумлінне використання, об'єкти авторського права.

Постановка проблеми. За визначенням мистецтвознавців, Рафаель, Тиціан і Рубенс позичали не лише ідеї, які не охороняються авторським правом, а й подекуди окремі елементи чужих творів. Якщо старі майстри надихалися міфічними сюжетами, притчами та життям святих, то сучасне мистецтво вихваляє буденність життя, сповнене спрощеннями та запозиченнями. Поширюється створення творів живопису на основі фотографій інших авторів, що робить дискусійним встановлення критеріїв визнання таких творів незалежними, рівня їх творчого характеру й отримання згоди автора оригіналу на проведення переробки.

Питання правової кваліфікації результатів творчості сучасних художників зумовлене вірогідністю наразитися не лише на скандал та увагу преси, а й на судовий спір.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження правових аспектів створення похідних творів, право на проведення переробки та використання оригінальних творів у творчості сучасних художників.

Виклад основного матеріалу дослідження. В умовах інформаційного суспільства постає питання правової кваліфікації творчості сучасних художників, адже, створюючи провокативний сучасний твір, творець стикається з вірогідністю наразитися не лише на скандал та увагу преси, а й на судовий спір.

Найбільш масовим порушенням авторського права є несанкціоноване використання твору, що охороняється авторським правом, – піратство та плагіат [1].

Деградаційний вплив плагіату, як зазначається Р.Б. Шишкою, призводить до псевдотворчості,

псевдонауковості та збіднення інтелектуального потенціалу держави [2].

Відповідно до п. в) ст. 50 Закону України «Про авторське право та суміжні права» плагіат визначається як оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору.

Визнаючи негативний вплив плагіату на розвиток особистості, суспільства й економіки загалом, ставлення до запозичення у сфері мистецтва не було негативним.

Для з'ясування питання про можливе використання чужого твору без згоди автора (чи іншої особи, котра має авторське право), зокрема у формі плагіату чи піратства у сфері авторського права і (або) суміжних прав, судам необхідно призначити судову експертизу і доручити її проведення спеціалістам у галузі літературознавства, мистецтвознавства залежно від об'єкта авторського права і (або) суміжних прав, про що наголошується у пп. 2.3 п. 2 рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 10 червня 2004 р. № 04-5/1107 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності».

У візуальному мистецтві термін «апропріація» подекуди застосовується щодо позичених елементів, таких як образ, форма, стиль, матеріали, техніка.

Водночас постає питання: якщо автором закладено власну нову ідею, внаслідок чого отримано новий твір, який, вірогідно, і схожий на попередні, то, якщо розглядати такий твір як похідний, художник мав би запитати згоду на створення у колеги-автора.

Адже, якщо розглядати реінтерпретацію позичених зображень, ідей і концепцій із навколишнього світу як апропріації або похідних творів, то похідними творами можна вважати творчість більшості художників, навіть Леонардо да Вінчі, котрий також використовував метод рекомбінації; а якщо вважати апропріацією будь-яке запозичення матеріалів, технік зі сфер, не пов'язаних із мистецтвом, то апропріативними художниками стають багато представників алфавітного мистецтва, ленд-арту, поп-арту та ін., а також всі художники, які використовують численні техніки колажу [3].

Огляд творів старих майстрів дає підстави стверджувати, що, окрім використання одних і тих самих сюжетів, які ставали улюбленими у різні епохи, художники подекуди, виражаючи свою професійну майстерність, не цуралися повністю

повторювати образи попередників. Мистецтвознавці порівнюють твори Мікеланджело де Караваджіо та Теодора Ромбоутса, який народився в Антверпені та тривалий час працював у Римі та Флоренції, за темою виконання стоматологічних послуг, або картину «Виявлення Еріхтонія», створену пензлем Віллема ван Херпа, та схожий твір, який належить Пітеру Паулю Рубенсу [4].

Або Періно дель Вагі, учня Рафаеля Санті, якого фрески Мікеланджело «Створення Адама» у соборі Святого Петра надихнули створити свою картину, яка, хоча й повторює відому фреску, все таки є інтерпретацію автора [4]. Слід визнати, що твори Мікеланджело Буонарроті та геніїв епохи Відродження надихали творців в усі часи й епохи.

Розмірковуючи про правову кваліфікацію результатів творчості сучасних майстрів, Е. Зайцева пропонує розглядати апропріативні твори не просто як запозичення чужого твору (або частини твору), а вираження за його допомогою нової концепції та ідеї [5].

Мистецтвознавці дотримуються думки про необхідність існування ідеї або концепції твору, що хотів виразити автор глядачам, за наявності яких авторським твором має вважатися колаж із запозичених елементів. А елементи плагіату може застосовуватися для справлення впливу на глядачів, як прийом провокації, здатний привернути увагу, створити глядацький ажіотаж і завоювати аудиторію [6].

Водночас ідею, концепцію авторське право не захищає.

Парадокс у тому, що в умовах інформаційного потоку психіка стає більш лояльною до знайомих елементів, і знайомі твори сприймаються публікою більш позитивно, тому в епоху цифрових трансформацій і конкуренції за увагу аудиторії елементи, твори та концепції, вже знайомі глядачам, здатні привернути більше уваги, ніж зовсім нові.

Висувається думка, що небезпека від копіювання творів, доступних офлайн і особливо онлайн, значно перебільшується, а реклама необхідна за умов інформаційного перевантаження, властивого сучасному суспільству [7].

При вирішенні питання про можливе використання чужого твору без згоди автора слід звертати увагу на творчий характер, істотність змін. Має враховуватися те, що авторсько-правова охорона поширюється на форму вираження, а не на ідеї, процеси, методи функціонування.

У Швеції художник Маркус Андерсон написав картину на основі фотографії із зображенням

правопорушника і був звинувачений у порушенні авторських прав автором фотографії. Верховний суд Швеції визнав, що художник трансформував фотографію, створив новий, оригінальний і незалежний твір, який виражає індивідуальність художника [8].

У разі використання автором у власній творчості фотографій встановлення ідентичності між фотографією та новим твором подекуди є не настільки очевидним та однозначним.

У справі художника Люка Тюйманса за позовом фотографа Катрейн ван Гіл через портрет, зроблений із фотографії, суд зайняв позицію позивача, визнав художника винним, а картину – похідним твором. Картина становить майстерно написаний реалістичний портрет чоловіка із дотриманням ракурсу й освітлення, зображеного на фотографії. Твір написаний художником власноручно, без застосування технологій друку на полотні, та судом не враховано вклад художника у створення твору [9].

Цікаве висловлення французького колекціонера сучасного мистецтва щодо цитування та наслідування, що цитування не має спільного із наслідуванням, є тонкою інтелектуальною грою, діалогом із першоджерелом, творами художників минулих поколінь. Колекціонер акцентує увагу на тому, як сучасні художники опрацьовують і переробляють символи мистецтва, на новому рівні досліджують теми, введені іншими художниками, підкорюють своїм абсолютно нетривіальним трактуванням образу [10].

Творчість одного з найдорожчих художників і скульпторів сучасності Джеффа Кунса неодноразово ставала об'єктом звинувачення у порушенні авторських прав. Джефф Кунс, ім'я якого стало брендом, став відомим завдяки використанню у своїй творчості образів масової культури та має штат працюючих ремісників.

Художник був звинувачений фотографом Артом Роджерсом за скульптуру «Ряд цуценят» що повторювала зображення фотографії. Ремісники художника створили роботу відповідно до фотокартки Арта Роджерса. У справі суд прийняв позицію фотографа щодо порушення авторських прав. Суд обґрунтовував рішення тим, що: фотографія є достатню оригінальною (освітлення, композиції, кут зору тощо), щоб охоронятися авторським правом; Джефф Кунс визнав, що йому була знайома фотокартка та що він дав відповідні вказівки своїм ремісникам скопіювати зображення; визнав намір повторити зображення та істотну подібність між творами. Зображення не підштовхнуло

Джеффа Кунса до власної творчості, він не сприйняв ідею Арта Роджерса, а просто скопіював незаконно [11].

Далі Джефф Кунс був звинувачений у плагіаті дизайнером реклами Франком Давидовичем. На думку Давидовича, інсталяція Кунса «Зроблено зимою» 1988 р. є копією його рекламної компанії для бренда Naf Naf 1985 р. Збіг було випадково виявлено під час виставки творів художника у центрі Помпиду. Доки спір у справі триває, робота знята з експозиції у музеї [12].

У 2003 р. фотограф Андреа Бланш подав до суду та звинуватив Кунса у привласненні та використанні його зображення. Суд дослідив картину Кунса та фотографію позивача, встановив, що зображення фрагмента ніг у босоніжках із фотографії розміщено поряд з іншими предметами, а це дає підстави стверджувати про перетворення та зміни, здійснені художником. У цьому разі Кунс не створив копію зображення, а змінив оригінальний твір, тож суд визнав значення вчиненого перетворення, і художник виграв справу про порушення авторських прав.

З огляду на зазначене уявляється, що суд має брати до уваги характер внесених змін і переробки автора у твір, щоб художня творчість не ставала полем конкурентної боротьби за зображення.

Оригінальний і творчий характер портрета із зображенням співака Принца було визнано у справі за позовом фотографа Лін Голдсмита проти Фонда Енді Уорхола. Суд встановив, що Уорхол істотно перетворив фотографію, змінивши образ із «вразливої, незручної людини» на «знакову, виразну постать», а твір миттєво розпізнається як такий, що належить пензлю саме Уорхола. Аналогічно портрети Мерилін Монро, Мао ідентифікують одразу твори Уорхола, а не реалістичні фотографії [13]. Техніка, винайдена автором на момент її застосування, була досить рутинною та вимагала значного часу і лише зараз стала вільно доступною за лічені секунди у смартфоні.

Вирішення таких спорів щодо створення похідних творів авторське право США обґрунтовує доктриною сумлінного використання творів «fair use», яка дозволяє третім особам безперешкодно використовувати захищені авторським правом твори без отримання дозволу власника авторських прав на запозичення результатів творчості, поки воно сприяє «прогресу науки і корисних мистецтв» (п. 8 розд. 8 ст. 1 Конституції США) [14].

Доктрина «fair use» розмежовує похідні твори (derivative) і перетворені (transformative). Похідними творами визначаються твори, створені на

основі або за допомогою одного або декількох вже наявних творів. Зазвичай це переклади, музичні аранжування, кінематографічні версії літературних творів або п'єс, художні репродукції. Перетворююче використання є уточненням доктрини сумлінного використання, що дозволяє визнавати твір незалежним результатом творчої діяльності.

Слід навести випадок із використанням творів фотографа Патріка Каріу, опублікованих у 2000 р. концептуальним художником Річардом Прінсом у серії колажів чорно-білих портретів. Використовуючи за основу фотографії, Річард Прінс домалював окремі елементи – обличчя, музичні інструменти – не звертаючись по дозвіл фотографа [15]. Фотограф подав позов до суду про порушення авторських прав художником і галереєю Гагосяна, яка представила твори, та виграв першу інстанцію. Обґрунтовуючи свою невинуватість доктриною сумлінного використання та «перетворюючим» характером творів, Річард Прінс подав до апеляційного суду, який із більшістю аргументів автора погодився. У справі Каріу проти Прінса колегія суддів визнала перетворюючий характер 25 творів із 30 виставки, а 5 творів відправила на проведення додаткової експертизи. Скаргу художника про перегляд справи до Верховного суду США було відхилено.

У подібних справах виражається унікальність підходу доктрини сумлінного використання США, яка передбачає загальне правило, що підлягає застосуванню в багатьох ситуаціях, навіть таких, які не охоплюються первинним задумом законодавця, на відміну від закритих переліків вилучень і обмежень авторського права. Водночас така особливість викликає складнощі правозастосування та неминуче призводить до конфліктів і спорів [16].

Розпливчастий характер доктрини сумлінного використання сформував негативну позицію представників сучасної американської юридичної науки та практики, адже визначити достатність перетворення, наявність або відсутність нового змісту у творі художнього мистецтва є досить складним.

У доктрині «fair use» жодний фактор не передбачається імперативно, будь-який (або всі) з них може бути замінений іншою кваліфікуючою обставиною; тлумачення одних і тих самих факторів правозастосувачами може змінюватися на протилежну позицію; законодавство, прецедент і доктрина не містять чіткого розмежування переробкою творів і доктриною сумлінного використання, створюючи невизначеність у питанні можливої кваліфікації використання творів.

Традиційно доктрина сумлінного використання США поширюється на випадки використання захищеного авторським правом твору як критики, коментарів, у процесі навчання й у разі перетворюючого характеру оригінального твору.

Подібні судові спори залишають відкритим питання порушення авторських прав творцем, застосування доктрини сумлінного використання та свободи вираження творчості у мистецтві, коли художники створюють нові результати творчої діяльності у суспільстві, сповненому готовими зображеннями, які захищаються авторським правом.

Висновки. Спірні питання щодо творів сучасних художників, створення похідних творів, права на проведення переробки, характеру використання оригінального твору, можливість визнання творчого, оригінального характеру отриманого твору має вирішуватися за результатами проведення судової експертизи у галузі мистецтвознавства у кожному конкретному випадку.

При вирішенні питання про можливе використання чужого твору без згоди автора має досліджуватися наявність чинників, які свідчать про незалежний характер творчого результату (вклад автора у створення, наявність виразного образу, нетривіальний підхід, художній образ, схожість творів, техніку вираження індивідуальності та мету художника), з урахуванням того, що авторсько-правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процеси, системи, способи, концепції.

Список літератури:

1. Криволапов Б.М., Тесленко Н.В. Порушення авторського права як актуальна проблема для України. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2015. Вип. 124 (1). С. 85–93.
2. Шишка Р.Б. Плагіат та його прояви і небезпеки. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 4. С. 170–175.
3. Ерохин С.В. Цифровое искусство: преемственность традиций. *Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки*. 2009. № 8. С. 178–184.
4. Булгакова А. Апроприация и копирование в творчестве старых мастеров – рабство или соперничество? *Мир искусств: Вестник Международного института антиквариата*. 2016. № 4 (16). С. 108–116.

5. Зайцева Е. Плагиат или апроприация в визуальном мире: тонкая грань. *Юрист&закон*. 2015. № 30. URL: http://uz.ligazakon.ua/magazine_articleEA008269.
6. Рунова Е.А. Русский рисунок второй половины XX в. Заимствование, цитата, реплика, плагиат. К проблеме дефиниций. *Труды Санкт-Петербургского государственного института культуры*. 2009. № 186. С. 182.
7. Левова И.Ю., Винник Д.В., Моисеева А.Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения и проблемы. Москва : ООО ВАШ ФОРМАТ», 2016. С. 37.
8. Написанная на основе фотографии картина не нарушает авторские права фотографа. URL: <https://www.dekuzu.com/ru/2018/04/paintings-based-on-photo-whether-adaptation-or-independent-work.html>.
9. Люк Б. Решение суда поперек истории искусства 16 апреля 2015 г. URL: <http://www.theartnewspaper.ru/posts/1542/>.
10. Логунова И. После образа. *Профиль*. 2014. № 36. С. 56–57.
11. Roger vs Koons: A FEUD over a photograph. URL: <https://www.iprconference.com/blog/roger-vs-koons-a-feud-over-a-photograph/>.
12. Топ-10 арт-скандалов года: коллекция нацистов, «свинский» плагиат, наброски Ван Гога и голые художницы. URL: https://artchive.ru/publications/645~Top10_artskandalov_goda_kolleksiya_natsistov_svinskij_plagiat_nabroski_Van_Goga_i_golye_khudozhnitsy.
13. Sarah Cascone The Andy Warhol Foundation Has Won Out Against a Photographer Who Claimed the Pop Artist Pilfered Her Portrait of Prince July 2, 2019. URL: <https://news.artnet.com/art-world/andy-warhol-prince-copyright-case-1590703>.
14. Трансформация доктрина добросовестного использования. URL: <http://www.ippro.ru/abouts/root/transformatsiya-doktriny-dobrosovestnogo-ispolzovaniya/>.
15. Graham v. Prince 265 F. Supp. 3d 366 (S.D.N.Y. 2017). URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-graham-v-prince>.
16. Mauk B. Who Owns This Image? URL: <https://www.newyorker.com/business/currency/who-owns-this-image>.

Tokareva V.O. FAIR USE AND DERIVATIVE WORKS IN CONTEMPORARY ART

This article discusses the legal aspects of creating derivative works, the right to process and use original works in the works of contemporary artists. It is now established that culture and society are now filled with ready-made copyrighted images. A review of works of art shows that, in addition to using the same objects, ideas, and copying predecessors, contemporary artists completely reproduce the images of photographs in their paintings and sculptures. This situation raises the question of the legal qualification of such objects of contemporary art.

The legal consequences of the recognition of works of modern art as derivative works are examined, and if the created works are parodies, this is recognized as free use and frees the processor from obtaining the original author's consent for processing.

To clarify the issue of using someone else's work without the consent of the author (or another person who has copyright), in particular in the form of plagiarism or piracy in the field of copyright and (or) related rights, the courts need to order a forensic examination and instructions to conduct it in areas of literary criticism, art criticism, depending on the subject of copyright and (or) related rights about what is noted.

While deciding on the possible use of another's work without the consent of the author, the presence of factors that testify to the independent nature of the creative result (the author's contribution to the creation, the presence of expressive image, non-trivial approach, artistic image, similarity of works, artistic technique) should be investigated, given that copyright protection extends only to the form of expression of the work and does not extend to any ideas, theories, principles, methods, procedures, processes, systems, methods, conceptions.

Considerable attention is paid to analysis legal cases of copyright infringement in the field of contemporary art. Methods of analysis and synthesis were used to determine the nature of derivative works and its legal problem of using photographs to create new piece of art without author permission.

Key words: *copyright, fair use, derivative art, transformative art, plagiarism, contemporary art, copyright infringement.*