ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА

СВЕТЛАНА ИГОРЕВНА КРУПКО

Институт государства и права Российской академии наук
119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10

E-mail: svetlana.krupko@gmail.com

SPIN-код: 3940-9683

DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-6-krupko

МОДИФИКАЦИИ И ТОЛКОВАНИЕ КОЛЛИЗИОННЫХ ФАКТОРОВ, ОСНОВАННЫХ НА УНИВЕРСАЛЬНОМ ПОДХОДЕ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ¹

Аннотация. В настоящей статье внимание уделено одному из аспектов коллизионного регулирования в сфере интеллектуальной собственности — особенностям формирования и применения привязки общей нормы о праве, подлежащем применению к отношениям интеллектуальных прав, на основе универсального подхода — коллизионного принципа *lex originis*. Сравнительно-правовой анализ отечественных и иностранных государственных и негосударственных регуляторов и судебной практики выявил существенные различия в юридической технике формирования основанных на принципе *lex originis* привязок, критериях и пределах их специализации, используемых юридических терминах и их толковании. С позиции общих целей и задач международного частного права и с учетом особенностей отношений интеллектуальных прав как предмета коллизионного регулирования автор исследует преимущества и недостатки отдельных коллизионных факторов, основанных на принципе *lex originis*.

Ключевые слова: *lex originis*, интеллектуальная собственность, международное частное право

¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «Консультант Плюс».

SVETLANA I. KRUPKO

The Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences
10, Znamenka str., Moscow, 119019, Russian Federation
E-mail: svetlana.krupko@gmail.com
SPIN code: 3940-9683

**MODIFICATIONS AND INTERPRETATION
OF CONNECTING FACTORS BASED ON THE UNIVERSAL
APPROACH IN THE FIELD OF THE INTELLECTUAL
PROPERTY: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS**

Abstract. In this article, attention is paid to one of the aspects of conflict of laws regulation in the field of intellectual property — the peculiarities of the formation and application of the connecting factor of the based on the universal approach general conflict of laws rule for determining the law applicable to the intellectual property rights the choice of law principle the *lex originis*. A comparative legal analysis of domestic and foreign state and non-state regulators and judicial practice revealed significant differences in the legal technique of forming of the connecting factors based on the *lex originis* principle, criteria and limits of their specialization, legal terms and their interpretation. From the standpoint of the general goals and objectives of private international law and taking into account the peculiarities of the relations of intellectual property rights as a subject of conflict of laws regulation, the author examines the advantages and disadvantages of certain conflict factors based on the *lex originis* principle.

Keywords: *Lex loci originis*, intellectual property, private international law

Настоящая статья продолжает серию публикаций, посвященных проблемам коллизионного регулирования в сфере интеллектуальной собственности. Результаты сравнительно-правового анализа коллизионных факторов, основанных на коллизионном принципе *lex loci protectionis*, были представлены в предыдущем номере². В настоящей статье исследуется универсальный подход к формированию привязки *общего* коллизионного правила о праве, подлежащем применению к отношениям интеллектуальных прав, анализируются модификации и толкование «универсальных» коллизионных привязок, их преимущества и недостатки.

² См.: Крупко С.И. Модификации и толкование коллизионных факторов, основанных на коллизионном принципе *lex loci protectionis*: сравнительно-правовой анализ // Труды Института государства и права РАН. 2020. № 5. С. 74–96.

Идея универсального похода к коллизионному регулированию отношений интеллектуальных прав заключается в применении права одного государства ко всем параллельным, разнотерриториальным интеллектуальным правам на один и тот же идеальный объект³.

В сравнении с территориальным подходом универсальный подход к коллизионному регулированию в сфере интеллектуальной собственности применяется значительно реже. Коллизионные нормы, сформулированные на основе универсального подхода, содержатся в национальных законодательствах Российской Федерации, Австрии, Албании, Бельгии, Болгарии, Греции, Молдовы, Португалии, Румынии, Турции, Хорватии, Черногории, проекте закона Сербии о международном частном праве, а также в негосударственных регуляторах — АЛИ-принципах⁴, Корейско-японских принципах⁵, ИЛА-принципах (Киотских принципах)⁶. В одних регуляторах на основе универсального подхода сформированы общие коллизионные нормы о праве, применимом к отношениям интеллектуальных прав в целом, но на отдельные виды результатов интеллектуальной деятельности (далее — РИД), а объем других основанных на универсальном подходе коллизионных норм охватывает лишь частные вопросы отношений интеллектуальных прав, как, например установление автора, первоначального правообладателя, права и обязанности работодателя и работника, возникающие вследствие создания служебного РИД и связанные с ним. Специальные нормы, предназначенные для разрешения названных

³ В противоположность универсальному подходу территориальный подход (*multiple law model*) к коллизионному регулированию отношений интеллектуальных прав заключается в «мозаичном», фрагментарном, по принципу *state-by-state* определении применимого права к параллельным, разнотерриториальным интеллектуальным правам на один и тот же идеальный объект на основе коллизионного принципа *lex loci protectionis*.

⁴ Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes // American Law Institute: Intellectual property. St. Paul, Minn., 2008.

⁵ Principles o Private International Law on Intellectual Property Rights in: Commentary on Principles o Private International Law on Intellectual Property Rights, 14 October 2010. URL: <http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/28/08.pdf> (дата обращения: 30.11.2020).

⁶ Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”) (ред. по состоянию на 13 декабря 2020 г.). 13 декабря 2020 г. данный документ, разработанный комитетом «Интеллектуальная собственность и международное частное право» Ассоциации международного права, был утвержден на 79-й ежегодной конференции названной ассоциации. Ранее в юридической литературе данный документ именовался ИЛА-принципы.

частных коллизионных вопросов отношений интеллектуальных прав, в настоящей статье не анализируются в силу их специфики и ограниченного объема статьи.

Следует также отметить, что суды некоторых государств руководствовались универсальным подходом в отсутствие применимой коллизионной нормы в праве государства суда при разрешении коллизионного вопроса о праве, применимом для установления первоначального правообладателя интеллектуальных прав на объекты авторского права и смежных прав⁷.

Сравнительно-правовой анализ государственных и негосударственных регуляторов, проектов правовых актов и судебной практики показал, что, как и при территориальном подходе, универсальный подход не обеспечивает единообразие коллизионных привязок. Их модификации, толкование, критерии и пределы специализации различаются. Наиболее часто используются следующие формулировки привязок:

1) право страны создания объекта промышленной собственности (ст. 48 (2) Гражданского кодекса Португалии — применительно к интеллектуальным правам на объекты промышленной собственности);

2) право страны, на территории которой произведение впервые доведено до сведения общественности путем выставления, распространения, опубликования, представления или любым другим способом (ст. 2609 (1) Гражданского кодекса Республики Молдова 2002 г. (в ред. 2019 г.) — применительно к интеллектуальным правам на объекты авторского права);

3) право страны, на территории которой произведение впервые опубликовано (ст. 48 (1) Гражданского кодекса Португалии, ст. 67 (1) Закона Греции об авторском праве, смежных правах и культурных

⁷ Justifications for topics proposed as future work by the European Community and its Member States at the SCCR of 10–12 March 2008. Annex. P. 3 (SCCR/17/4). P. 3. URL: http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=16828 (дата обращения: 04.12.2020). См., например: США — *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82, 89 (2d Cir.1998); Франция — *Anne Bragance c. Olivier Orban et Michel de Grece*, Cour d'appel, Paris, le ch., Feb. 1, 1989, 142; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 mai 1991, 89-19.52289-19.725 (Huston Case). Следует отметить, что в более поздних решениях суды Франции при разрешении вопроса о первоначальном правообладателе интеллектуальных прав на объекты авторского права и смежных с ними прав руководствовались территориальным подходом и применяли право страны, в отношении которого испрашивается защита. См., например: Arrêt n°347 du 10 avril 2013 (11-12.508) — Cour de cassation — Première chambre civile — ECLI: FR: CCASS:2013: C100347.

ценностях, ст. 2632 (1) Гражданского кодекса Румынии 2011 г.⁸ — применительно к интеллектуальным правам на обнародованные объекты авторского права);

4) право страны, в которой осуществлено исполнение объекта смежных прав, или произведена звуковая, или визуальная, или звуковая и визуальная запись исполнения, или в которой передавалась радио- или телепередача, или в которой печатная публикация получила эффект (ст. 67 (2) Закона Греции об авторских и смежных правах и культурных делах — применительно к смежным правам);

5) право страны, гражданином которого является автор (ст. 67 (1) Закона Греции об авторском праве, смежных правах и культурных ценностях — применительно к интеллектуальным правам на необнародованные объекты авторского права);

6) личный закон автора (см. ст. 2609 (2) Гражданского кодекса Республики Молдова 2002 г. (в ред. 2019 г.), ст. 2632 (2) Гражданского кодекса Румынии 2011 г., ст. 48 (1) Гражданского кодекса Португалии — применительно к отношениям интеллектуальных прав на необнародованные объекты авторского права).

Как следует из вышеизложенного, все коллизионные нормы, сформулированные на основе универсального подхода, предназначены для определения права, подлежащего применению к отношениям интеллектуальных прав на отдельные, а не на все виды РИД, т.е. специализированы по критерию вида РИД⁹. Право места происхождения РИД (*lex originis*) и его модификации применяются к интеллекту-

⁸ Следует отметить, что аналогичная по содержанию норма содержалась и в утратившей силу ст. 60 Закона Румынии о регулировании отношений международного частного права 1995 г.

⁹ Следует отметить, что для разрешения частного коллизионного вопроса о праве, применимом к первоначальному правообладанию исключительным правом, в том числе на регистрируемые РИД, наряду с вышеназванными модификациями коллизионного принципа *lex originis* (закон страны происхождения), применяются так же *lex voluntatis* (закон, избранный сторонами правоотношения), *lex connectionis fermitatis* (закон наиболее тесной связи), а также *lex causae* предшествующих отношений, в рамках которых был создан РИД, который может быть выражен *lex contractus* (закон, регулирующий договорные отношения), *lex laboris* (закон, регулирующий трудовые отношения), *lex connectionis fermitatis u lex voluntatis*, а для разрешения коллизионного вопроса о праве, применимом к отношениям работодателя и работника, возникающим по поводу служебного РИД, — *lex laboris*. При этом *lex laboris* применяется к вопросам отношений интеллектуальных прав на служебный РИД независимо от того, относится ли РИД к объектам промышленной собственности или объектам авторского права и смежных с ними прав и является ли он регистрируемым или нет.

альным правам на объекты промышленной собственности и на объекты авторского права и смежных с ними прав.

Все упомянутые привязки норм о праве, применимом к отношениям интеллектуальных прав, императивные, безусловные, позитивные, объективные, двусторонние, простые, однозначные (основаны на одном коллизионном факторе)¹⁰. Привязка, названная выше в п. 3, сформулирована, на первый взгляд как многозначная альтернативная, однако такой не является, так как основана только на одном факторе — месте использования исполнения, а перечисленные в ней обстоятельства представляют собой разновидности способов использования исполнения.

Привязки, указанные в п. 1, 2, 3 и 4, являются прямыми, объективными, однако тесная связь отношений интеллектуальных прав с подлежащим применению правом выражена разными коллизионными факторами, которые в современных условиях нередко требуют правовой оценки обстоятельств. Так, привязка к месту первого обнародования произведения, которая в случае опубликования произведения без использования повсеместных средств коммуникации является фактической, а в случае использования названных средств коммуникации, в том числе при опубликовании произведения в сети «Интернет», требует правовой квалификации обстоятельств.

Привязки, указанные в п. 5 и 6 — субъектные. Привязка «гражданство автора» (п. 5) является прямой, а привязка «личный закон автора» (п. 6) — косвенной, так как предписывает определение применимого права на основании другой коллизионной нормы — о праве, применимом к правовому положению лица, являющегося автором. Обе привязки требуют правовой оценки обстоятельств при установлении субъекта, являющегося автором, а привязка, указанная в п. 5, — также при определении места жительства автора.

Следует отметить, что коллизионные нормы с косвенной привязкой не являются вспомогательными нормами международного частного права, они сохраняют свою самостоятельность как коллизионные нормы, имеют традиционную структуру, включающую объем и привязку. Особая юридическая техника формирования привязки такой

¹⁰ Значение отдельных свойств коллизионных привязок (условная, безусловная, позитивная, негативная, субъективная, объективная, фактическая, требующая правовой оценки обстоятельств и т.д.) проанализировано в статье: *Крупко С.И.* Модификации и толкование коллизионных факторов, основанных на коллизионном принципе *lex loci protectionis*: сравнительно-правовой анализ // Труды Института государства и права РАН. 2020. № 5. С. 74–96.

коллизионной нормы в виде отсылки к статуту иного вида отношений не влечет переподчинение локализуемых отношений интеллектуальных прав статуту иных отношений, например статуту правового положения физического (юридического) лица. Отношения интеллектуальных прав сохраняют свою обособленность как специальный вид отношений в аспекте международного частного права и коллизионного регулирования. Учитывая, что коллизионное регулирование правового положения лиц различается от государства к государству, определение права, применимого к отношениям интеллектуальных прав, в конечном итоге может определяться на основании как жестких, так и гибких норм. Иные характеристики привязок норм о праве, подлежащем применению к правовому положению лиц и трудовым отношениям, к которым отсылает коллизионная норма о праве, применимом к отношениям интеллектуальных прав, также могут существенно различаться. С учетом изложенного привязки, названные в п. 1–5, — жесткие, а привязка, указанная в п. 6, как будет показано далее, может быть жесткой и мягкой в зависимости от того, на основании какой привязки определяется личный закон автора.

Как показало проведенное исследование, в нормах, основанных на коллизионном принципе *lex originis*, наиболее часто используются отсылки к месту создания, месту первого обнародования, месту первого использования РИД.

Место создания РИД применяется для локализации отношений интеллектуальных прав на регистрируемые и нерегистрируемые РИД и является наиболее сложным для толкования и применения коллизионным фактором.

Во-первых, место создания РИД — понятие многозначное, которое может определяться через характеристики как процесса создания РИД, так и субъектов, к нему причастных. Прежде чем локализовать место создания РИД, предстоит разрешить вопрос о том, что понимается под местом создания РИД и на основании права какого государства надлежит решать этот вопрос. Однако применимое право еще не определено. В качестве искомого географического пункта рассматриваются место написания произведения, место заключения договора, в рамках которого создан РИД, место исполнения такого договора, место, где автор осуществлял творческую деятельность по созданию РИД, место, где завершено создание РИД, гражданство, место нахождения или место ведения бизнеса стороны договора о создании РИД, осуществляющей характерное исполнение или по заказу которой создан РИД, государство, гражданином которого является автор

(исполнитель, изобретатель и т.д.), место его жительства и т.д. Многозначность термина «место создания РИД» не только требует правовой оценки обстоятельств на основании применимого права, которое еще не определено, но и порождает сигнификативную вариативность коллизионного фактора в конкретном случае, не обеспечивает предвидимость применимого права, правовую определенность, внешнюю и внутреннюю гармонию решений.

Во-вторых, в случае инициативного создания РИД место его создания определяется автором, а в случае создания РИД по договору — может определяться заказчиком, исходя из собственных интересов названных субъектов. Так, заказчик, определив в договоре с создателем в качестве места создания РИД юрисдикцию с наиболее благоприятным для себя материальным регулированием, например, выбрав в качестве места создания РИД государство, где применяется доктрина *work made for hire*, заказчик обеспечит наиболее выгодный результат распределения исключительных прав на созданный по его заказу РИД. Или же заказчик может выбрать в качестве места создания РИД юрисдикцию, право которой предусматривает максимальный срок правовой охраны объекта авторского права. Зависимость содержания коллизионного фактора в конкретном случае от воли участника правоотношения (волюнтаристическая обусловленность) порождает мобильность статута отношений интеллектуальных прав, снижает предвидимость применимого права и правовую определенность, благоприятствует обходу закона и выбору наиболее благоприятного места разрешения спора, а именно обращению в суд того государства, коллизионные нормы права которого отсылают к материальному праву государства, обеспечивающего наиболее благоприятный результат материального регулирования для истца (*forum shopping*).

В-третьих, создание РИД — это длящийся процесс, в ходе которого место создания РИД может меняться. Зависимость содержания коллизионного фактора от момента локализации отношений (темпоральная обусловленность) также создает риск мобильности статута отношений интеллектуальных прав в конкретном случае, снижает предвидимость применимого права, правовую определенность, внешнюю и внутреннюю гармонию решений.

В-четвертых, если в процессе создания РИД участвуют два и более лиц, осуществляющих деятельность и имеющих место жительства в разных государствах и не имеющих гражданства одного государства, возникает множественность содержания коллизионного фактора в конкретном случае (квантитативная вариативность), что

в отсутствие закреплённого в применимой коллизионной норме алгоритма выбора снижает предвидимость применимого права, правовую определенность, не способствует внутренней и внешней гармонии решений.

Рассмотрим следующий пример. Произведение создано соавторами — гражданином РФ и гражданином Португалии, являющихся работниками английской компании по служебному заданию работодателя. В течение пяти лет, пока создавалось произведение, каждый из соавторов проживал в отдельные периоды времени на территории разных стран. При этом четыре года и 11 месяцев каждый из соавторов проживал на территории государства, гражданином которого каждый из них является, т.е. на территории России и Португалии соответственно, а последний месяц, т.е. на момент завершения создания РИД, гражданин РФ проживал в Греции, а гражданин Португалии — в США. 97% творческой работы по созданию произведения было выполнено соавтором — гражданином РФ в течение третьего года работы над произведением, а соавтором — гражданином Португалии в последний год. Так как сигнификативные и темпоральные критерии коллизионного фактора «место создания РИД» в нормах международного частного права не определены, то при вышеизложенных обстоятельствах право любого из государств, затронутых процессом создания РИД (России, Португалии, США, Греции, Великобритании) претендует быть признанным в качестве права, где имело место создание РИД.

При таких обстоятельствах не исключено, что при разрешении коллизионного вопроса в суде одного из государств, затронутых процессом создания РИД, место создания РИД и, как следствие, отношения интеллектуальных прав будут локализованы в стране суда¹¹ из прагматических соображений, несмотря на то, что обстоятельства будут свидетельствовать в пользу более тесной связи вопроса с правом другого затронутого спором государства, так как суд лучше знает свое право. Как следует из вышеизложенного, определить применимое право на основании отсылки к праву страны места создания РИД крайне затруднительно. Сложно предвидеть, какое право суд сочтет подлежащим применению. Следует согласиться с Х. Шаком в том,

¹¹ Следует отметить, что праву всех упомянутых в примере государств — РФ, США, Португалии, Греции — известен универсальный подход к коллизионному регулированию в сфере интеллектуальной собственности, однако использованные коллизионные факторы и их сфера применения различаются от страны к стране.

что необходимо избегать использования места создания произведения в качестве коллизионной привязки из-за трудностей определения такого места¹².

Место обнародования РИД является локализирующим фактором для отношений интеллектуальных прав на обнародованные объекты авторских и смежных с ними прав. При этом к отдельным видам РИД применяются разные модификации коллизионного фактора «место обнародования»: к интеллектуальным правам на объекты авторского права — привязка к месту (первого) опубликования, к месту первого доведения до сведения общественности любым способом, а к отношениям смежных прав — привязка к месту (первого) исполнения (применяется в Греции, Португалии, в судебной практике США, Великобритании¹³, ранее — в судебной практике Франции¹⁴).

Недостатки коллизионного фактора «место обнародования» и его модификаций схожи с недостатками коллизионного фактора «место создания РИД».

Во-первых, в случае обнародования РИД в сети «Интернет» или с помощью иных повсеместных средств коммуникации место первого обнародования обретает многозначность, различается от государства к государству, может толковаться как место загрузки информации, место выгрузки информации, место нахождения интернет-провайдера, место жительства или гражданство автора и т.д., что порождает сигнификативную вариативность коллизионного фактора в конкретном случае.

Во-вторых, место первого обнародования РИД еще в большей степени зависит от воли субъекта, участвующего в создании РИД, чем место создания РИД. Так, решение о месте первого обнародования про-

¹² См.: *Schack H.* Urheber- und Urhebervertragsrecht. Tübingen, 2013. P. 496. На сложность применения права страны места создания РИД обращает внимание О.В. Луткова. См.: *Луткова О.В.* Трансграничные авторские отношения неисключительного характера: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование: Монография. М., 2017. С. 94.

¹³ США: *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153F.3d82 (2dCir.1998); Великобритания: *Gloucester Place Music, Ltd.v. Simon Le Bon*, [2016] E.W.H.C. 3091 (Ch.).

¹⁴ Cass. 1e civ, Dec. 22, 1959, R.C.D.I.P. 1960, 361 (Fr.); Cass. 1e civ, Apr. 29, 1970, R.C.D.I.P. 1971, 270 (Fr.); *Anne Bragance c. Olivier Orban et Michel de Grece*, Cour d'appel, Paris, le ch., Feb. 1, 1989, 142. RIDA 301 (1989); Arrêt n°347 du 10 avril 2013 (11-12.508) — Cour de cassation — Première chambre civile — ECLI: FR: CCASS:2013: C100347 Cour de cassation. URL: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/347_10_25996.html

изведения, месте первого исполнения объекта смежных прав, месте первого показа фильма принимается, как правило, заказчиком, издателем или продюсером фильма соответственно и выбирается с учетом наиболее благоприятного для названных субъектов материального регулирования, в том числе наиболее выгодного результата распределения исключительных прав между участниками создания РИД, объема передаваемых от создателя к заказчику (издателю, продюсеру фильма) интеллектуальных прав и т.д. При таких обстоятельствах зависимость содержания коллизионного фактора «место обнародования РИД» от воли участника отношений иного, чем создатель РИД, порождает не только недостатки, которые уже были упомянуты при анализе привязки «место создания РИД» (мобильность статута отношений интеллектуальных прав, правовая неопределенность, непредвидимость применимого права, благоприятствование обходу закона и *forum shopping*). С учетом изложенного мнение К. Интвина о том, что право места первого опубликования произведения (*lex publicationis* как одна из модификаций привязки к месту первого обнародования) отражает интересы автора, который может повлиять на выбор места первой публикации¹⁵, верно только в случае, когда сам автор, а не издатель или заказчик произведения определяет место первого опубликования произведения.

В-третьих, в современных условиях в случае обнародования РИД в сети «Интернет» или с помощью иных повсеместных средств коммуникации возникает множество мест первого обнародования. Например, если произведение на русском, португальском и английском языках было впервые опубликовано в сети «Интернет» на сайте, доступном во всем мире, такое произведение считается одномоментно обнародованным повсеместно, во всех странах — участницах Бернской конвенции, где доступен интернет-сайт, а субъективные интеллектуальные права на такое произведение возникнут **одномоментно** во всех государствах — участницах Бернской конвенции¹⁶. При таких обстоятельствах возникает множественность коллизионного фактора в конкретном случае (квантитативная вариативность), недостатки которой исследованы выше. В отсутствие алгоритма выбора в применимой коллизионной норме сложно предвидеть, какую из множества

¹⁵ См.: *Intveen C. Internationales Urheberrecht und Internet*. Baden-Baden 1999. S. 86.

¹⁶ Произведение считается впервые опубликованным во всех странах, где оно опубликовано в течение 30 дней с момента первой публикации (ст. 3(4) Бернской конвенции, п. 2 ст. 1256 ГК РФ).

стран суд сочтет страной, где произведение впервые обнародовано¹⁷. Вполне вероятно, что при названных обстоятельствах и в отсутствие в применимых нормах международного частного права указания о критериях выбора суд применит подход, закрепленный в подпункте а) п. 4 ст. 5 Бернской конвенции, согласно которой в случае множества стран, где одновременно опубликовано произведение, страной происхождения произведения считается страна, право которой предусматривает наименьший срок правовой охраны РИД. Однако норма пп. а) п. 4 ст. 5 Бернской конвенции является материальной, формировалась исходя из целей и задач материального регулирования, значение термина «страна происхождения» закреплено в ней в целях применения материальных норм Бернской конвенции, а не в целях толкования коллизионного фактора «место создания РИД»¹⁸.

В-четвертых, привязка к месту обнародования РИД имеет характер специальной и неприменима к отношениям интеллектуальных прав на необнародованные РИД¹⁹.

Гражданство, личный закон автора как специальная привязка используется для локализации отношений интеллектуальных прав на не-регистрируемые РИД или более узко — для локализации отношений интеллектуальных прав на необнародованные объекты авторских и смежных с ними прав.

¹⁷ Как пишет Х. Шак, для опубликованных произведений лучшим решением будет применение в качестве формулы прикрепления *lex publicationis* (право государства, на территории которого произведение впервые стало доступно общественности), поскольку место первой публикации является объективным фиксированным фактом и может быть установлено заинтересованными лицами без труда (см.: *Schack H.* Op. cit. P. 496). Данное мнение, на взгляд автора, верно только в отношении РИД, первое обнародование которых не происходит одновременно параллельно в разных государствах, как, например, при опубликовании произведения посредством использования повсеместных средств коммуникации или при международных кинопремьерах. Для кинематографических произведений, международных премьеры которых зачастую происходят одновременно в нескольких странах, Х. Шак рекомендует использовать право государства места нахождения изготовителя фильма (см.: *Schack H.* Op. cit. P. 496), что отражает понятие страны происхождения произведения, закрепленное в п. 4 ст. 5 Бернской конвенции.

¹⁸ На данное обстоятельство обращают внимание и иностранные специалисты. См., например: *Rivoire M.* An Alternative to Choice of Law in (First) Ownership of Copyright Cases: The Substantive Law Method // *Journal of the Copyright Society of the USA.* 2018. Vol. 65–2. P. 217. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3126471 (дата обращения: 12.12.2020).

¹⁹ На отдельные недостатки привязки к месту первого опубликования произведения обращает внимание и М. Ривоир. См.: *Rivoire M.* Op. cit. P. 216.

Необходимо подчеркнуть, что коллизионные факторы, выраженные правовыми характеристиками субъектов, как, например, «гражданство автора» или «личный закон автора», используются в коллизионных нормах о праве, применимом к отношениям интеллектуальных прав, как модификации коллизионного принципа *lex originis*, что коррелирует с закрепленным в материальной норме абз. 1 пп. с) п. 4 ст. 5 Бернской конвенции одним из толкований понятия страны происхождения²⁰, на что обращают внимание и иностранные специалисты²¹.

Применение закона гражданства и личного закона автора также не способствует упрощению правоприменения и предвидимости статуса отношений интеллектуальных прав.

Во-первых, данные привязки требуют правовой оценки обстоятельств, а именно установления субъекта, являющегося автором. Однако право, применимое для установления автора, еще не определено. Кроме того, под автором могут пониматься не только создатели РИД, но и иные лица, в том числе юридические²². В праве одних государств используется термин «автор», значение которого как физического лица, которое своим творческим трудом создало РИД, закреплено в императивных материальных нормах. Непередаваемость личных

²⁰ Согласно п. 4 ст. 5 Бернской конвенции в целях применения норм конвенции страной происхождения произведения считается:

(а) для произведений, впервые опубликованных в какой-либо стране Союза, — эта страна; для произведений, опубликованных одновременно в нескольких странах Союза, предоставляющих различные сроки охраны, — та страна, законодательство которой устанавливает самый короткий срок охраны;

(б) для произведений, опубликованных одновременно в какой-либо стране, не входящей в Союз, и в одной из стран Союза, — эта последняя страна;

(с) для неопубликованных произведений или для произведений, опубликованных впервые в стране, не входящей в Союз, без одновременного опубликования в какой-либо стране Союза, — та страна Союза, гражданином которой является автор, при условии, что

(i) в отношении кинематографических произведений, изготовитель которых имеет свою штаб-квартиру или обычное место жительства в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна, и

(ii) в отношении произведений архитектуры, сооруженных в какой-либо стране Союза, или других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, расположенного в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна.

²¹ См., например: *Eechoud M. van*: Choice of law in copyright and related rights. The Hague [u.a.], 2003. P. 117; *Rivoire M.* Op cit. P. 206.

²² На неоднозначность толкования термина «автор» в аспекте коллизионного регулирования обращают также внимание О.В. Луткова и М. Ривойр. См.: *Луткова О.В.* Указ. соч. С. 95; *Rivoir M.* Op. cit. P. 216.

неимущественных интеллектуальных прав, включая право называться автором, рассматривается в ряде стран как элемент публичного порядка²³. Праву других государств известна юридическая конструкция автора, обозначающая не только физическое лицо, создавшее своим творческим трудом РИД, но и иных указанных в законе лиц, к которым в силу закона или договора от создателя РИД перешли все интеллектуальные права, включая личные неимущественные интеллектуальные права, или их отдельные виды. Так, в аспекте применения норм Закона Австрии «Об авторском праве на произведения литературы и искусства и смежных правах» автором именуются не только создатели РИД, но и лица, к которым после его смерти перешли интеллектуальные права на произведения. В п. b) § 201 Закона США об авторском праве предусмотрено, что *в целях применения названного Закона* работодатель или иное лицо, для которого произведение было создано по заказу, рассматривается в качестве автора и владеет всеми правами на произведение, если иное прямо не предусмотрено письменным соглашением между автором и заказчиком. Аналогичное положение включено в Закон КНР об авторском праве. Такой подход характерен и для кинематографических произведений, что обусловлено нормой п. 2 (а) ст. 14bis Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.), которая предоставляет государствам-участникам право признавать авторами кинематографических произведений не только лиц, внесших творческий вклад, но и иных субъектов²⁴. Данное право реализовано в некоторых нормативных правовых актах ЕС, признающих автором главного режиссера²⁵.

²³ В абз. 1 п. 1 ст. 1228 ГК РФ прямо определено, что автором РИД признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат, т.е. исключительно человек, на что обращают внимание российские ученые. См., например: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М., 2018. С. 42. Это корреспондирует со ст. 34, п. «о» ст. 71 Конституции РФ, ст. 27 Всеобщей декларации прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.).

²⁴ Нормой п. 2 (а) ст. 14bis Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) установлено, что определение лиц — владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана, авторами которых признаются не только лица, внесшие вклад в его создание, но и иные лица, указанные в национальном законодательстве.

²⁵ Данное право реализовано в праве ЕС. Так, согласно абз. 5 ст. 1 Директивы № 93/83/ЕЭС Совета Европейских сообществ «О согласовании ряда правил,

Вариабельность толкования термина «автор» в зависимости от применимого права снижает предвидимость статута отношений интеллектуальных прав.

Рассмотрим пример. Произведение создано гражданином Греции по заказу гражданина США. Заказчик обнародовал произведение на территории Молдовы без согласия создателя и указал себя в качестве автора. Между создателем и заказчиком возник спор о том, кому принадлежит право на обнародование произведения и кто должен быть указан в качестве автора на обнародованных экземплярах. Создатель произведения обратился за защитой своих прав на РИД, охраняемых на территории Молдовы, в молдавский суд. При разрешении спора, возникшего из отношений интеллектуальных прав на РИД, охраняемый на территории государства суда, право которого признает автором только создателя РИД и исходит из непередаваемости личных неимущественных интеллектуальных прав, применение на основании коллизионной нормы права государства суда, отсылающей к личному закону автора, к отношениям интеллектуальных прав иностранного материального права, которое использует юридическую конструк-

касающихся охраны авторского права и смежных прав в сфере спутникового вещания и кабельной ретрансляции» (принята в г. Брюсселе 27 сентября 1993 г.) в контексте названной Директивы главный режиссер кинематографического или аудиовизуального произведения рассматривается в качестве его автора или одного из соавторов, а страны — участницы ЕС вправе рассматривать в качестве соавторов также и иных лиц (Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission // OJ L 248, 6.10.1993. P. 15–21). Аналогичные нормы содержатся в п. 1 ст. 2 Директивы № 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О сроках охраны авторского права и определенных смежных прав (кодифицированная версия)» (Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version) // OJ L 372, 27.12.2006. P. 12–18), п. 2 ст. 2 Директивы 92/100/EEC от 19 ноября 1992 г. «О праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование и некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности» (Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property // OJ L 346, 27.11.1992. P. 61–66), а также в п. 2 ст. 2 Директивы № 2006/115/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О праве аренды, проката и об определенных правах, смежных с авторским правом в сфере интеллектуальной собственности (кодифицированная версия)» (Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version) // OJ L 376, 27.12.2006. P. 28–35).

цию «автор» и признает автором не создателя РИД, а лицо, по заказу которого он был создан (в рассматриваемом примере — гражданина США), вызывает ряд вопросов: 1) не обязан ли суд применять норму своего права интеллектуальной собственности о том, что автором признается только физическое лицо, творческим трудом создавшее РИД, как норму непосредственного применения? 2) не противоречат ли последствия применения норм иностранного права в части признания автором иного лица, чем создатель РИД (в рассматриваемом примере — заказчика произведения), публичному порядку государства суда, в отношении которого и испрашивается защита? 3) не будет ли при таких обстоятельствах нарушена норма права государства суда о предоставлении национального режима иностранным создателям РИД? Если хотя бы на один из поставленных вопросов будет дан положительный ответ, то материальные нормы права США, подлежащие применению в силу отсылки к личному закону автора, которым по праву США является заказчик — гражданин США, могут быть замещены материальными нормами права Молдовы. Таким образом, национальная коллизионная норма, основанная на универсальном подходе, не учитывающая различия в национальном праве интеллектуальной собственности разных государств, создает риск несогласованности последствий ее применения с публичным порядком и нормами непосредственного применения права того же государства, в котором она содержится.

Из вышеизложенного следует, что отсылке к личному закону автора при определенных обстоятельствах присущи не только многозначность коллизионного фактора (сигнификативная вариативность) в конкретном случае с характерными для этого свойства недостатками, но и высокий риск неисполнимости по соображениям публичного порядка.

Во-вторых, как было указано выше, создание РИД — процесс длительный, в силу чего не ясно, личный закон автора на какой момент времени следует принимать во внимание при разрешении коллизионного вопроса, что порождает темпоральную вариативность содержания коллизионного фактора в конкретном случае. Например, если РИД создавался в течение нескольких лет, а создатель менял место своего жительства или гражданства, следует ли определять личный закон автора на момент создания существенной части РИД, на момент завершения работ по созданию РИД, на момент возникновения спора и т.д.?

В-третьих, если РИД создавался двумя и более лицами, личный закон которых различается, то возникает множественность коллизион-

ного фактора в конкретном случае (квантитативная вариативность), недостатки которого описаны выше.

В-четвертых, применение личного закона автора приводит к фрагментации материального регулирования отношений интеллектуальных прав внутри одного правопорядка: так как личные законы авторов РИД, охраняемых в пределах одного и того же государства, не совпадают, отношения интеллектуальных прав на охраняемые в пределах территории одного государства РИД будут регулироваться правом разных государств. В результате, содержание субъективных отношений интеллектуальных прав, субъективных прав и обязанностей авторов, правообладателей и, как следствие, неограниченного круга обязанных лиц будут существенно различаться в пределах территории одного государства. При таких обстоятельствах возникает вопрос о том, не влечет ли такое различие в правах отечественных и иностранных авторов и правообладателей нарушение нормы о предоставлении национального режима иностранным авторам и правообладателям? Кроме того, возникает практическое неудобство из-за правовой неопределенности: 1) несправедливо требовать от неограниченного круга обязанных лиц определять свои обязанности в отношении каждого правообладателя, каждого произведения, личного закона конкретного автора каждого произведения; во-первых, информация о личном законе автора не находится в открытом, публичном доступе; во-вторых, определение личного закона требует специальных юридических знаний, которыми большинство обязанных лиц не обладает; 2) если право одного государства, подлежащее применению к отношениям интеллектуальных прав на конкретный РИД на основании отсылки к личному закону его автора, предоставляет худшее регулирование, чем право какого-либо другого государства, являющегося личным законом автора другого РИД такого же вида, охраняемого в пределах того же государства, что и первый РИД, то автор или правообладатель первого РИД могут воспользоваться предоставленным им режимом наибольшего благоприятствования, предоставленного нормами отдельных международных договоров в сфере интеллектуальной собственности, например ст. 4 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности²⁶.

В-пятых, современные нормы о личном законе физического лица, как правило, сложные, сформулированы на каскадной основе, пред-

²⁶ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) (Заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.) (с изм. от 6 декабря 2005 г.).

писывают определение личного закона на основании разных коллизионных факторов в зависимости от того, является ли физическое лицо гражданином одного или нескольких государств, апатридом, беженцем, несовершеннолетним. Законы отдельных стран при определенных предпосылках предписывают определять личный закон на основании гибкой коллизионной нормы, например, при наличии у лица двух или более гражданств отсылают к праву страны, с которой лицо наиболее тесно связано (см., например, ст. 2586 (2) ГК Молдовы 2002 г. (в ред. 2019 г.) и ст. 2.568 (2) ГК Румынии 2011 г.)²⁷. Нередко при определении личного закона законодатель разрешает обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны. Вышеизложенные обстоятельства не способствуют предвидимости статута отношений интеллектуальных прав, правовой определенности, внешней и внутренней гармонии решений. Г. Остин верно считает, что в эру возрастающей возможности международного сотрудничества по созданию объектов авторского права и возрастающего трансграничного потока инвестиций в их создание определение места, с которым наиболее тесно связаны собственность и стороны, может оказаться довольно сложным в ряде дел²⁸.

В заключение следует отметить, что подчинение субъективных разнотерриториальных параллельных интеллектуальных прав на один и тот же идеальный объект праву одного государства как результат коллизионного регулирования на основании универсального подхода было бы несомненным преимуществом с прагматической точки зрения. Однако, как было показано выше, преимущества универсального подхода не столь очевидны. Он не гарантирует применение права одной страны даже к интеллектуальным правам на один и тот же вид РИД, охраняемый в пределах одной юрисдикции. В связи с изложенным автор не согласен с позицией О.В. Лутковой, которая полагает, что применение *lex originis* приводит к решению вопроса о первоначальном авторстве по единому праву для всех случаев независимо от того, суд какого государства будет рассматривать спор²⁹. Кроме того, высока вероятность несовместимости норм иностранного пра-

²⁷ Напомню, что коллизионные нормы гражданских кодексов Молдовы и Румынии предусматривают применение личного закона автора к отношениям интеллектуальных прав на неопубликованные произведения.

²⁸ См.: Austin G. Private International Law on Intellectual Property: A Common Law Overview. WIPO/PIL/01/5. P. 15. URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01_5.pdf (дата обращения: 05.08.2020).

²⁹ См.: Луткова О.В. Указ. соч. С. 36, 93, 97.

ва, подлежащего применению в силу основанной на универсальном подходе коллизионной привязки, с публичным порядком и нормами непосредственного применения государства, в отношении которого испрашивается защита. Коллизионное регулирование отношений интеллектуальных прав на основе универсального подхода усложняет правоприменение вследствие сигнификативной и квантитативной вариативностей содержания коллизионного фактора и его темпоральной и волюнтаривной обусловленности в конкретном случае, а также вследствие того, что для установления содержания коллизионного фактора в конкретном случае необходимо предварительно дать правовую оценку обстоятельствам. Привязки, основанные на универсальном подходе, не обеспечивают требуемой для отношений интеллектуальной собственности высокой степени предвидимости и стабильности статута отношений интеллектуальных прав, не обеспечивают внутреннюю и внешнюю гармонию решений, не обеспечивают формирование справедливого и эффективного коллизионного статута. Однако вышеназванные недостатки не исключают применение универсального подхода к коллизионному регулированию частных вопросов отношений интеллектуальных прав, например, при определении права, применимого при установлении первоначального правообладателя интеллектуальных прав, к отношениям между работодателем и работником, возникающими в связи с созданием служебного РИД. Однако данные вопросы требуют специального подробного рассмотрения.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Крупко С.И. Модификации и толкование коллизионных факторов, основанных на коллизионном принципе *lex loci protectionis*: сравнительно-правовой анализ // Труды Института государства и права РАН. 2020. Т. 15. № 5. С. 74–96.

Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М.: ИЦЧП при Президенте РФ, 2018.

Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения неисключительного характера: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование: Монография. М.: Проспект, 2017.

Birkmann A. Die Anknüpfung der originären Inhaberschaft am Urheberrecht. Baden-Baden: Nomos; Bern, 2009.

Drexel J. Internationales Immaterialgüterrecht in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München: Beck. 6. Auflage 2015. URL: <https://beck-online.beck.de>

Eechoud, Mireille M.M. van. Choice of Law in Copyright and related rights. The Hague: Kluwer, 2003.

Intveen C. Internationales Urheberrecht und Internet. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1999.

Rivoire M. An Alternative to Choice of Law in (First) Ownership of Copyright Cases: The Substantive Law Method // Journal of the Copyright Society of the USA, 2018. Vol. 65—2. P. 217. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3126471 (дата обращения: 12.12.2020).

Schack H. Urheber- und Urhebervertragsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

REFERENCES

Krupko S.I. Modifikacii i tolkovanie kollizionnyh faktorov, osnovannyh na kollizionnom principe lex loci protectionis: sravnitel'no-pravovoj analiz // «Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN», № 5, 2020. — Pp. 74—96.

Lutkova O.V. Transgranichnye avtorskie otnosheniya neiskluchitelnogo kharaktera: materialno-pravovoye i kollizionno-pravovye regulirovanie: monographiya. — Moskva, Prospekt, 2017. — 208 S.

Birkmann, Andrea: Die Anknüpfung der originären Inhaberschaft am Urheberrecht. — Baden-Baden: Nomos; Bern, 2009. 310 S.

Drexel, J. Internationales Immaterialgüterrecht in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. — München: Beck. 6. Auflage 2015. URL: <https://beck-online.beck.de>

Eechoud, Mireille M.M. van. Choice of Law in Copyright and related rights. The Hague, Kluwer, 2003

Intveen, Carsten. Internationales Urheberrecht und Internet. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1999. 154 P.

Rivoire M. An Alternative to Choice of Law in (First) Ownership of Copyright Cases: The Substantive Law Method. Journal of the Copyright Society of the USA, 2018, vol. 65—2, P. 217. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3126471

Schack H. Urheber- und Urhebervertragsrecht. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Крупко Светлана Игоревна — старший научный сотрудник Института государства и права РАН, кандидат юридических наук, доцент.

AUTHOR'S INFO:

Svetlana I. Krupko — Senior Research Fellow, The Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Крупко С.И. Модификации и толкование коллизионных факторов, основанных на универсальном подходе в сфере интеллектуальной собственности: сравнительно-правовой анализ // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2020. Т. 15. № 6. С. 169—189. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-6-krupko

FOR CITATION:

Krupko, S.I. (2020) Modifications and Interpretation of Connecting Factors Based on the Universal Approach in the Field of the Intellectual Property: Comparative Legal Analysis. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS, 15 (6), pp. 169–189. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-6-krupko