



*Statut Publishers*

ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

В.С. Витко

ДОГОВОРЫ ЗАКАЗА  
НА СОЗДАНИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЙ



Вячеслав Витко

**Договоры заказа на  
создание произведений**

«Статут»

2016

УДК 347.788.1  
ББК 67.404.314

**Витко В. С.**

Договоры заказа на создание произведений / В. С. Витко —  
«Статут», 2016

ISBN 978-5-8354-1210-5

В книге исследуется юридическая природа договоров заказа на создание произведений. Рассмотрены представленные в доктрине и судебной практике точки зрения на природу договоров заказа, предложено обоснование договора заказа как договора *sui generis*. Представлены доводы о порождении договором заказа обязательственного правоотношения. Отдельное внимание уделено вопросу налогообложения НДС при выполнении работ по созданию программного обеспечения по договору заказа. Книга предназначена для практикующих юристов, а также для научных работников, судей, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов.

УДК 347.788.1  
ББК 67.404.314

ISBN 978-5-8354-1210-5

© Витко В. С., 2016  
© Статут, 2016

# Содержание

Предисловие	5
Введение	6
Глава 1. Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)	7
§ 1. Виды договоров на разработку программ для ЭВМ	7
§ 2. Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)	8
Конец ознакомительного фрагмента.	18

# Витко В.С.

## Договоры заказа на создание произведений

### Предисловие

Мне захотелось сказать несколько слов о книге, посвященной договору заказа на создание произведений, написанной В. Витко.

Вопросы о договоре заказа, о взглядах на него, о понимании его правовой природы, бесспорно, являются важными с точки зрения как доктрины, так и практики. Ведь от правильного понимания природы этого договора прямо зависят, в частности, как показано в данной книге, вопросы налогообложения работ по созданию программного обеспечения.

Поэтому своевременным и полезным видится проведение исследования правовой природы договора заказа, результаты которого представлены в настоящем издании. Хочу особо выделить и отметить то, что работа отличается уважительным разбором мнений других исследователей, наличием собственных выводов, основанных на убеждениях.

Я довольно давно занимаюсь вопросами права интеллектуальной собственности и твердо надеюсь, что книга будет интересна читателям. Скажу о себе: я лично усмотрел в ней много интересных рассуждений автора, который старался добраться до сути отношений по созданию произведений.

*Эдуард Петрович Гаврилов,  
профессор кафедры гражданского и предпринимательского права  
Национального исследовательского университета Высшая школа экономики  
(НИУ ВШЭ), ординарный профессор НИУ ВШЭ, доктор юридических наук,  
профессор*

## Введение

Данное исследование не претендует на постановку и разрешение всех вопросов, связанных с выполнением работ по созданию программ для ЭВМ по договорам заказа, поскольку проблемы, касающиеся договоров заказа, весьма сложны и многогранны и требуют самостоятельного рассмотрения применительно к каждой их разновидности.

Поэтому мной сделана попытка определить юридическую природу договора заказа, а также рассмотреть вопросы налогообложения НДС работ по созданию программного обеспечения по договорам заказа.

Важность этого вопроса объясняется тем, что рынок так называемой заказной разработки программного обеспечения в России, являющийся составной частью рынка ИТ-услуг, составляет около 25% его объема. Приведу динамику рынка заказного программного обеспечения по годам (млн долл.) по данным IDC<sup>1</sup>: 2009 г. – 576,0; 2010 г. – 902,0; 2011 г. – 1610,0; 2012 г. – 1730,0; 2013 г. – 1848,0, из которой следует, что правильная юридическая квалификация договора заказа крайне важна в целях определения режима налогообложения НДС, в частности при выполнении работ по созданию программного обеспечения по договору заказа.

Автор признателен за любую конструктивную критику и замечания, которые будут способствовать пониманию природы исследуемых в работе договоров.

Особую благодарность автор выражает КСК групп и лично старшему партнеру компании Игорю Мариовичу Островскому за поддержку издания данной книги.

---

<sup>1</sup> <http://www.tadviser.ru>

## Глава 1. Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)

### § 1. Виды договоров на разработку программ для ЭВМ

Договоры, связанные с разработкой программ для ЭВМ (далее – программа, программное обеспечение, программный продукт), в соответствии с частью четвертой ГК РФ можно разделить на два основных типа:

- 1) договоры, предмет которых прямо предусматривает создание программ для ЭВМ:
  - автором (ст. 1288 «Договор авторского заказа» ГК РФ);
  - любым иным лицом, кроме автора (ст. 1296 «Произведения, созданные по заказу» ГК РФ);
- 2) договоры, предмет которых прямо не предусматривает создания программ для ЭВМ:
  - при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ (ст. 1297 «Произведения, созданные при выполнении работ по договору» ГК РФ);
  - по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд (ст. 1298 «Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту» ГК РФ).

Так, Е. А. Суханов договорные обязательства, направленные на создание объектов исключительных прав, делит на три группы:

- 1) «договоры заказа», т. е. договоры, по которым исполнитель обязуется создать соответствующий результат творческой деятельности по заданию заказчика (ст. 1288, 1296, 1463, 1372, 1431 ГК РФ);
- 2) государственные (муниципальные) контракты могут выступать в качестве договоров по созданию результатов творческой деятельности, поскольку в ходе исполнения могут быть созданы различные результаты творческой деятельности, относящиеся как к авторскому, так и к патентному праву. Названные контракты могут либо заключаться специально с целью создания соответствующего результата творческой деятельности, и их можно считать договорами государственного (муниципального) заказа, либо не преследовать такой цели;
- 3) охраняемые результаты могут быть созданы при выполнении работ по обычным договорам подряда, а также по договорам на проведение НИР и ОКР, которые прямо не предусматривали их создание. Объектами таких обязательств могут быть только результаты технического творчества: программы для ЭВМ; топологии ИМС; изобретения, полезные модели и промышленные образцы; различные ноу-хау<sup>2</sup>.

В настоящей работе мной будет рассмотрена правовая природа договора авторского заказа и договора заказа, не имеющая в юридической литературе и судебной практике однозначного толкования. Также будут исследованы договоры подряда и договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, государственные (муниципальные) контракты в качестве договоров по созданию результатов творческой деятельности.

---

<sup>2</sup> См.: Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е. А. Суханов. 4-е изд., стереотип. М.: Статут, 2016. С. 541–543 (автор главы – Е.А. Суханов).

## § 2. Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)

В части четвертой ГК РФ, осуществляющей правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности, выделяются две разновидности договора заказа: договор авторского заказа (ст. 1288) и договор заказа на создание произведения (ст. 1296).

В отношении этих договоров в доктрине отсутствует единство взглядов на их правовую природу, состав существенных условий, включая предмет договоров.

Проблема правовой квалификации договора авторского заказа не была разрешена в период действия Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее – Закон об авторском праве).

Как отмечал В. Погуляев, «количество вопросов, возникающих в связи с заключением договоров заказа на создание произведений...

все больше нарастает, что порождает потребность в их исследовании и подробном разъяснении»<sup>3</sup>.

Законодатель в п. 1 ст. 33 Закона об авторском праве указал, что «по авторскому договору заказа автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать его заказчику», из чего можно заключить, что предметом договора являются *создание произведения и передача его заказчику*.

Какие точки зрения на предмет договора были представлены в доктрине в период действия Закона об авторском праве?

По мнению ряда авторов, предметом договора авторского заказа являются *создание произведения и передача его заказчику* без передачи права использования произведения (исключительных прав на него).

Так, С. П. Гришаев отмечал, что «спорным является вопрос о том, относятся ли к предмету договора конкретные права, передаваемые автором, либо само произведение»<sup>4</sup>.

По мнению В. Погуляева, из нормы, установленной п. 1 ст. 33 Закона об авторском праве, следует, что результатом работы является созданное произведение, которое и должно быть передано автором заказчику<sup>5</sup>.

Л. Максимова также считала, что предметом договора авторского заказа являются произведение, результат выполненной работы<sup>6</sup>.

Более того, по ее мнению, при заключении договора авторского заказа у автора в силу закона *не возникает обязанности передать права на использование* создаваемого произведения заказчику<sup>7</sup>. В итоге Л. Максимова приходила к выводу о том, что, передавая право собственности на произведение (материальный объект, в котором произведение выражено), автор *не передает* тем самым и права на его использование<sup>8</sup>, т. е. по договору авторского заказа «заказчик может обладать произведением, но не вправе его использовать»<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Погуляев В. Авторский договор на создание произведения: применение общих правил о подряде // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2000. № 3. С. 52.

<sup>4</sup> Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юрист, 2003. С. 54.

<sup>5</sup> См.; Погуляев В. Указ. соч.

<sup>6</sup> Максимова Л. Является ли авторский договор заказа договором подряда? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 1. С. 56–57.

<sup>7</sup> См. там же. С. 58.

<sup>8</sup> См. там же.

<sup>9</sup> Там же.

Эту точку зрения поддерживал В. Погуляев, который указывал на ошибочность мнения, согласно которому «передача автором готового произведения автоматически влечет за собой и передачу исключительных прав на его использование заказчику»<sup>10</sup>.

По его мнению, «в контексте п. 1 ст. 33 Закона имеется в виду передача произведения как материального объекта (например, рукопись, эскиз, фотография и т. д.) заказчику. *Исключительные же права на произведение остаются за автором* [курсив мой. – В.В.]»<sup>11</sup>.

Как следствие, В. Погуляев приходил к следующему выводу: «Чтобы использовать созданное по договору заказа произведение, заказчику до начала использования необходимо получить разрешение автора (заключить авторский договор). В противном случае использование будет незаконным»<sup>12</sup>.

Л. Максимова приводила такой аргумент: «Поскольку предметом авторского договора не могут быть права на использование произведения, которое автор может создать в будущем, *предметом договора заказа на создание произведения не могут быть одновременно и права на создаваемое в рамках этого договора произведение*, так как оно еще не создано [курсив мой. – В.В.]»<sup>13</sup>.

Р. Ш. Рахматулина, основываясь на норме п. 5 ст. 31 Закона об авторском праве, также считала, что предметом авторского договора заказа «не могут быть права на использование произведения, не известные на момент заключения договора»<sup>14</sup>.

Такой вывод соответствовал правовой позиции Президиума ВАС РФ, из которой он исходил при рассмотрении конкретных дел.

Так, по спору, который стал предметом рассмотрения в высшей судебной инстанции, Президиум ВАС РФ в постановлении от 27 июня 2006 г. № 2039/06 пришел к выводу о том, что у истца отсутствует исключительное право на произведение ввиду того, что поскольку нет произведения, нет и прав. Таким образом, отметил Суд, предметом авторского договора заказа не могут быть права на использование произведения, не существующего на момент заключения договора.

Резюмируя, можно сказать, что в период действия Закона об авторском праве преобладало мнение, согласно которому по договору авторского заказа:

- 1) автор создает произведение и передает его заказчику, который при этом *не имеет прав на его использование*;
- 2) исключительные права на созданное произведение не переходят сразу к заказчику и до заключения авторского договора принадлежат автору произведения;
- 3) включение в договор заказа условий, предусматривающих уступку прав на использование будущего произведения, противоречит п. 5 ст. 31 Закона об авторском праве;
- 4) заказчик может получить права на использование произведения только по авторскому договору<sup>15</sup>.

В то же время в юридической литературе высказывалось мнение о том, что предметом договора авторского заказа является не только *создание произведения*, но и *передача права его использования*.

Такую позицию, например, занимал В.О. Калятин: «Договор заказа имеет целью не просто абстрактное создание произведения, а передачу соответствующих прав заказчику»<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> См.: Погуляев В. Указ. соч. С. 52.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> Там же. С. 53.

<sup>13</sup> Максимова Л. Указ. соч. С. 58.

<sup>14</sup> Рахматулина Р. Ш. Авторский договор с участием иностранных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

<sup>15</sup> См.: Погуляев В. Указ. соч. С. 56.

<sup>16</sup> Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000. С. 169.

Аналогичной точки зрения придерживался Э. П. Гаврилов, который утверждал, что «договор заказа (ст. 33 Закона) относится не только к созданию произведения, но и к передаче его заказчику. Такая передача означает предоставление заказчику определенного набора авторских правомочий. Без этого последнего нельзя говорить об авторском договоре заказа: договор превращается в договор подрядного типа об изготовлении материальной вещи»<sup>17</sup>.

Такое же мнение высказывал В. В. Каминский: «Предметом авторского договора заказа является результат определенной творческой деятельности... поскольку авторский договор заказа относится, прежде всего, к авторским договорам, его предметом будут и имущественные права на произведение. Если предположить, что для передачи авторских прав необходимо заключение дополнительного договора после создания произведения, то исчезают основания для того, чтобы называть авторский договор заказа «авторским». Такой договор превращается в договор подрядного типа на создание произведения»<sup>18</sup>.

Возникает закономерный вопрос: действительно, какой смысл в договоре авторского заказа, по которому заказчику передается произведение (на материальном носителе), но при этом он не получает никаких прав на его использование?

Как справедливо полагал В. В. Каминский, п. 1 ст. 33 Закона об авторском праве должен иметь следующую редакцию: «По авторскому договору заказа автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать *как само произведение, так и имущественные права, определенные сторонами в договоре*, заказчику [курсив мой. – В.В.]»<sup>19</sup>.

Такой вывод имел в судебной практике поддержку. По материалам одного дела, между издательством и физическим лицом (автором) был заключен договор, по условиям которого автор обязался *создать произведение и передать издательству исключительные права* на его воспроизведение и тиражирование с правом распространения.

Президиум ВАС РФ в постановлении от 21 июля 2009 г. № 2658/09 отметил, что «особенности авторского договора заказа определяются тем, что он заключается в отношении произведения, которое еще не существует и будет создано лишь в перспективе. Поэтому наряду с условием о предмете договора – создании обусловленного произведения – существенным условием договора авторского заказа является условие о передаче произведения заказчику в условленный срок». При этом в упомянутом Постановлении было отмечено, что «авторский договор заказа наряду с условиями, касающимися создания обусловленного договором произведения и передачи его заказчику в установленный срок, может содержать и условия относительно дальнейшего использования созданного произведения. В этих целях договор может предусматривать предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах».

В итоге Суд, основываясь на том, что по условиям договора автор обязался создать произведение и передать издательству исключительные права на его воспроизведение и тиражирование, пришел к выводу, что «в рассматриваемом случае *одновременно с авторским договором заказа сторонами был заключен авторский договор передачи исключительных прав на использование произведения* [курсив мой. – В.В.]», при этом имущественные права на использование произведения возникли у общества с момента передачи ему автором созданного произведения на материальном носителе.

Таким образом, по мнению Суда, авторский договор заказа помимо «собственных» существенных условий (по созданию произведения) может содержать и существенные условия авторского договора.

---

<sup>17</sup> Гаврилов Э.П. Каким быть закону об авторском праве? // Патенты и лицензии. 2001. № 10. С. 14.

<sup>18</sup> Каминский В.В. Передача авторских прав по договору: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 103–104.

<sup>19</sup> Там же. С. 143.

Как видим, в период действия Закона об авторском праве ВАС РФ не имел твердой позиции по этому вопросу и давал различные разъяснения.

Итак, из легального определения договора авторского заказа следует, что предметом договора являются создание произведения и передача его заказчику. В свою очередь, в доктрине были представлены две основные точки зрения на предмет договора:

1) создание произведения и передача его заказчику без передачи права использования произведения (С. П. Гришаев, В. Погуляев, Л. Максимова, Р. Ш. Рахматулина);

2) создание произведения и передача права его использования (В.О. Калятин, Э.П. Гаврилов, В.В. Каминский).

После принятия и вступления в силу части четвертой ГК РФ, в которой нормы, регулирующие договоры авторского заказа, содержатся в ст. 1288–1290, ясности с квалификацией договора авторского заказа не прибавилось.

ГК РФ выделяет две разновидности договора заказа: договор авторского заказа (ст. 1288) и договор заказа на создание произведения (ст. 1296). Несмотря на то что в п. 5 ст. 1296 ГК РФ прямо указано, что правила данной статьи не распространяются на договоры, в которых подрядчиком (исполнителем) является сам автор произведения (ст. 1288 ГК РФ), суды часто неверно квалифицируют договор о создании произведения по заказу между юридическими лицами (ст. 1296 ГК РФ) как правоотношения из договора авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ).

Так, например, в одном из дел суд договор на создание программного продукта с передачей заказчику исключительных прав на его использование, исполнителем в котором являлось *юридическое лицо*, квалифицировал в качестве договора авторского заказа (решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 16 декабря 2011 г. по делу № А71-14293/2010).

Отличие договора заказа от договора авторского заказа состоит в том, что исполнителем по договору заказа на создание произведения является не сам автор, а иное лицо. Как правило, сторонами договора заказа на создание произведения являются юридические лица.

Исходя из определения договора авторского заказа, содержащегося в п. 1 ст. 1288 ГК РФ («По договору авторского заказа одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме. Материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование»), его предметом являются создание произведения<sup>20</sup> на материальном носителе и передача материального носителя заказчику.

В современной юридической литературе по вопросу содержания договора авторского заказа нет единой позиции, точки зрения исследователей различаются.

По мнению ряда авторов, предметом договора авторского заказа являются создание произведения и предоставление заказчику материального носителя с ним в собственность (временное пользование).

Так, И. Сидорина пишет, что договором авторского заказа «закрепляется лишь обязанность автора передать заказчику материальный носитель с произведением в собственность или во временное пользование», а имущественные права остаются у автора, если нет соглашения об обратном<sup>21</sup>.

По мнению Л. Подшибихина, предметом договора авторского заказа являются создание и передача заказанной программы для ЭВМ для использования<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Пункт 1 ст. 1259 ГК РФ содержит перечень объектов интеллектуальной собственности, которые относятся к произведениям науки, литературы и искусства.

<sup>21</sup> См.: Сидорина И. Авторское право в системе российского и немецкого права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 4. С. 69–70.

<sup>22</sup> См.: Подшибихин Л. Особенности правовой охраны программ для ЭВМ в Российской Федерации // Там же. 2009. № 11. С. 10.

Н. М. Лапин, критически оценивая положения ст. 1288 ГК РФ, пишет о том, что условия о передаче или об отчуждении прав на произведение заказчику являются факультативными и, следовательно, формально задача автора может сводиться к созданию произведения и предоставлению заказчику материального носителя с ним в собственность или во временное пользование<sup>23</sup>.

Е. Моргунова считает, что предметом договора авторского заказа является создание конкретного произведения<sup>24</sup>.

А. И. Савельев допускает, что вопросы, связанные с распределением прав на созданный по договору авторского заказа результат, могут входить в качестве составного элемента в авторский договор<sup>25</sup>.

С изложенной позицией, основанной на буквальном толковании ст. 1288 ГК РФ, сложно согласиться, поскольку в этом случае заключение договора авторского заказа для заказчика не имеет смысла: автор за счет средств заказчика создает произведение, при этом исключительное право остается у него, а заказчик получает только материальный носитель. Довольно странное, на мой взгляд, правоотношение вытекает из рассматриваемого договора.

Полагаю, что такая позиция противоречит действительности и может быть оспорена на том основании, что правовая цель субъектов договора авторского заказа заключается не только в создании произведения (ст. 1288 ГК РФ) и передаче его заказчику на материальном носителе (п. 1 ст. 1289 ГК РФ).

Как верно отмечают Н. Федоренко и Л. Лапач, хотя эти объекты и имеют определенный материальный носитель, «но экономическая ценность последних сама по себе не представляет для участников имущественных отношений той ценности, ради обладания которой они вступают в гражданско-правовые отношения. Безусловную ценность для такого лица представляет именно право, выраженное в определенной форме»<sup>26</sup>.

Из гражданско-правового договора возникает обязательство, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

Проанализируем юридическое содержание обязательства, которое образуют субъективные права и обязанности, возникающего из договора авторского заказа.

Зададимся вопросом: в силу обязательства из договора авторского заказа что составляет содержание обязанности автора, т. е. какие именно *фактические действия* автор обязан совершить в пользу заказчика? На первый взгляд, исходя из ст. 1288 ГК РФ, выполнить работу по созданию произведения и передать его на материальном носителе заказчику с передачей права собственности (аренды) на носитель.

Почему законодатель определил предмет договора как создание произведения на материальном носителе (в иной форме) и передачу заказчику материального носителя (в собственность или аренду) и не указал, что автор обязан не только создать, но и передать произведение заказчику?

Начну с понятия «произведение», содержание которого в части четвертой ГК РФ не раскрыто, но из абз. 1 п. 1 ст. 1228 Кодекса может быть сделан вывод, что под ним понимается результат интеллектуальной деятельности, т. е. само по себе произведение – это идеальный

---

<sup>23</sup> См.: Лапин Н. М. Регулирование договора авторского заказа в законодательстве России // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 3. С. 57.

<sup>24</sup> См.: Моргунова Е. Договоры в отношении фотографий как объектов авторских прав // Там же. 2008. № 9. С. 7.

<sup>25</sup> См.: Савельев А.И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 316.

<sup>26</sup> Федоренко Н., Лапач Л. Особенности оборота имущественных прав // Хозяйство и право. 2001. № 11. С. 15.

объект, выраженный в объективной форме<sup>27</sup>, ведь «право имеет дело только с объективным миром»<sup>28</sup>.

Как отмечает И. А. Близнец, объективация знания – это процесс превращения, трансформации знания, находящегося в голове человека, представляющего собой нечто «субъективное», принадлежащее исключительно субъекту, индивиду, в нечто «объективное», сливающееся с каким-то материальным носителем (звук, бумага и т. п.)<sup>29</sup>.

Исходя из этого норма, содержащаяся в п. 4 ст. 129 ГК РФ, согласно которой результаты интеллектуальной деятельности, являющиеся идеальными объектами, не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому, и не позволила законодателю указать в определении договора авторского заказа, что заказчику передается произведение: идеальный объект – сама творческая мысль (образ, идея).

Передать можно исключительное право, которое является имущественным правом и, следовательно, предметом гражданского оборота<sup>30</sup>. Также материальные носители, в которых выражены произведения, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому (п. 4 ст. 129 ГК РФ).

В абз. 2 п. 1 ст. 1288 ГК РФ о передаче оригинала или экземпляра произведения речи не идет, так как не говорится о передаче (отчуждении) материального носителя, в котором выражено произведение.

Представляется, что утверждение о том, что предметом договора авторского заказа является только передача права собственности (аренды) на материальный носитель с созданным произведением, является неверным.

Тем не менее такую ситуацию допускает, например, Е. Моргунова, утверждающая, что если договор авторского заказа не предусматривает ни отчуждения исключительного права на произведение, ни предоставления права использования заказчику, то к заказчику переходит только право собственности на материальный носитель, в котором воплощено произведение<sup>31</sup>.

Л. В. Сорокина пишет, что при исполнении договора авторского заказа при передаче имущественных прав на экземпляр созданного произведения передачи исключительного права или права использования произведения может и не произойти. У автора в силу закона не возникает обязанности передать права на использование созданного произведения заказчику, такие условия должны быть закреплены в самом договоре. В итоге она заключает, что «заказчик может обладать произведением, но не иметь права его использовать»<sup>32</sup>.

По всей видимости, приведенное мнение является следствием того, что Л. В. Сорокина вслед за И. Сидориной вообще считает, что «авторское право в большей степени направлено на регулирование отношений между автором и его произведением»<sup>33</sup>, с чем, конечно, согласиться невозможно<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> Под объективной формой произведения понимается, в частности, его существование в устной форме, без закрепления на материальном носителе. Так, как известно, многие стихи, написанные А. А. Ахматовой в годы войны, не были записаны автором и «хранились» в памяти Л. К. Чуковской. Поэтому нельзя согласиться с Р. Мерзликиной, считающей, что результаты интеллектуальной деятельности, выраженные при помощи какого-либо материального носителя вопне индивида, являются идеальным, но объективизированным предметом (см.: *Мерзликина Р. И снова об интеллектуальной собственности и интеллектуальных правах // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2014. № 1. С. 7*).

<sup>28</sup> *Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 1915. С. 73.*

<sup>29</sup> См.: *Близнец И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2003. С. 92.*

<sup>30</sup> См.: *Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 591.*

<sup>31</sup> См.: *Моргунова Е. Указ. соч. С. 7.*

<sup>32</sup> *Сорокина Л.В. Отграничение договора авторского заказа от смежных договоров // Российский юридический журнал. 2008. № 5. С. 203.*

<sup>33</sup> *Сидорина И. Указ. соч. С. 70.*

<sup>34</sup> Как, например, подчеркивал Е. Н. Трубецкой, «юридические отношения есть вообще идеальные отношения между лицами. Право собственности, например, не есть физическое взаимодействие между лицом и вещью... представляет собой

В. А. Хохлов полагает, что допущение законодателем возможности того, что акта распоряжения исключительным правом на произведение в договоре авторского заказа может и не быть, не является ошибкой законодателя, так как скорее всего последний как раз и исходил из того, что *интерес заказчика состоит в самом факте* появления произведения<sup>35</sup>.

Н. В. Щербак также считает, что в договоре авторского заказа «может быть предусмотрено *отчуждение* заказчику исключительного права на произведение... или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах»<sup>36</sup>.

Если согласиться с таким взглядом, то трудно понять, зачем вообще заказчик заключает договор авторского заказа. Возможно, тоже только из одного христианского человеколюбия, как уверял всех Чичиков, когда покупал мертвые души<sup>37</sup>.

Как верно отмечает С. Ю. Филиппова, «в результате *исполнения договорного обязательства* должны быть удовлетворены потребности субъектов договора»<sup>38</sup>. Не полагают же упомянутые авторы всерьез, что весь интерес заказчика заключается в получении одного только материального носителя произведения и что таким исполнением обязательства заказчик должен быть удовлетворен?

Обращу внимание на мнение М. В. Гордона, который считает, что «существенным отличием для авторских прав является то, что деятельность автора не сводится к созданию материального объекта, передаваемого затем иному лицу. Деятельность автора приводит к созданию культурной ценности, по поводу которой у автора возникают имущественные и личные права»<sup>39</sup>.

Полагаю, что нет никакого сомнения в том, что хотя произведения и имеют определенный материальный носитель, «но экономическая ценность последних сама по себе не представляет для участников имущественных отношений той ценности, ради обладания которой они вступают в гражданско-правовые отношения. Безусловную ценность для такого лица представляет именно право, выраженное в определенной форме»<sup>40</sup>.

Даже допуская, что в абз. 2 п. 1 ст. 1288 ГК РФ речь идет о передаче (в собственность или аренду) материального носителя, в котором выражено произведение, т. е. о передаче *оригинала (экземпляра) произведения*, и в этом случае заказчик, получив в собственность оригинал (экземпляр) произведения, *не будет обладать правами на его использование*, если в договоре авторского заказа они не будут определены.

Как отмечал еще Г. Ф. Шершеневич, «отчуждение художником художественного произведения не переносит на приобретателя авторское право на это произведение»<sup>41</sup>.

И чем тогда договор авторского заказа будет отличаться от договора купли-продажи экземпляра произведения? Полагаю, что ничем, ведь содержанием обязанности автора и поставщика будет являться передача материальных объектов (вещей) в собственность заказчику (покупателю), с тем только отличием, что стороной договора авторского заказа всегда будет именно автор произведения.

Приведу в качестве примера следующую ситуацию: допустим, что статья была заказана журналом; после написания и передачи статьи (как обычно в электронном виде) журналу она

---

мыслимое идеальное отношение между мной и прочими лицами, которые должны уважать мое право. То же самое следует сказать и обо всех вообще правоотношениях» (*Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 174).

<sup>35</sup> См.: *Хохлов В.А.* Договор авторского заказа в гражданском праве России // Журнал российского права. 2011. № 4.

<sup>36</sup> Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е. А. Суханов. С. 564 (автор главы – *Н.В. Щербак*).

<sup>37</sup> См.: *Гоголь Н.В.* Мертвые души / *Гоголь Н.В.* Собрание художественных произведений. В 5 т. Т. 5. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1960. С. 77.

<sup>38</sup> *Филиппова С.Ю.* Неясные условия торговых договоров // Законодательство. 2015. № 4. С. 20.

<sup>39</sup> *Гордон М.В.* Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. С. 16.

<sup>40</sup> *Федоренко Н., Лапач Л.* Указ. соч. С. 15.

<sup>41</sup> *Шершеневич Г. В.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 1914. С. 448.

может быть опубликована только в том случае, если автор предоставит журналу необходимые полномочия (права на использование). Бесспорно, что имущественный интерес журнала (заказчика) заключается не в написании статьи автором, а в получении от него прав на тиражирование и распространение статьи (в составе журнала).

Итак, на мой взгляд, не вызывает сомнений, что интерес заказчика не может заключаться только в одном факте создания произведения и получения материального носителя без предоставления имущественного права на произведение, поскольку «именно в нем выражена имущественная ценность охраноспособного результата»<sup>42</sup>.

Это мнение разделяет А. Фалалеев, который считает, что «существование договора авторского заказа, ограничивающегося только созданием результата интеллектуальной деятельности – произведения на материальном носителе – и передачей созданного материального носителя произведения – вещи (п. 1 ст. 1291 ГК РФ), исключено»<sup>43</sup>.

Аналогичной позиции придерживается Н. М. Лапин, предлагая внести в ст. 1288 ГК РФ уточнение о том, что договор авторского заказа должен в обязательном порядке предусматривать условие либо о возможности отчуждения исключительного права на произведение, либо о возможности предоставления заказчику права использования произведения в установленных договором авторского заказа пределах<sup>44</sup>.

Обращу внимание на дефиницию понятия договора, данную Д. И. Мейером, который определял его как «соглашение двух или нескольких лиц, которое порождает право на чужое действие, имеющее имущественный интерес»<sup>45</sup>, т. е. «обязательство должно *быть полезно для кредитора* [курсив мой. – В.В.]»<sup>46</sup>.

Допустим, исходя из буквального смысла ст. 1288 ГК РФ, что договор авторского заказа наделяет заказчика только правом на получение лишь материального носителя и что в этом и заключается весь его имущественный интерес. Но из предыдущих суждений следует, что имущественный интерес заказчика не может заключаться в этом. Следовательно, или договор авторского заказа порождает у заказчика права на иные, кроме указанных в предмете договора, действия автора, или самого договора, раз отсутствует имущественный интерес, как соглашения нет.

Что же тогда должен получить заказчик в результате исполнения договора авторского заказа, в чем правовая цель субъектов этого договора, т. е. что составляет тот «мыслимый правовой результат, к которому лицо стремится и который, по его мнению, должен привести к удовлетворению его потребности»<sup>47</sup>?

Пункт 2 ст. 1288 ГК РФ содержит норму о том, что «договором авторского заказа *может быть* предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах [курсив мой. – В.В.]».

Из указанной нормы можно сделать вывод, что договором авторского заказа может быть не предусмотрено ни отчуждение исключительного права, ни предоставление права использования произведения.

<sup>42</sup> См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского; Исслед. центр част. права. М.: Статут, 2008; Гражданское право современной России / Сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. М.: Статут, 2008. С. 134.

<sup>43</sup> Фалалеев А. Суть договора авторского заказа по Гражданскому кодексу // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 1. С. 19.

<sup>44</sup> См.: Лапин Н. М. Регулирование договора авторского заказа в законодательстве России. С. 57–58.

<sup>45</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. М.: Статут, 2000. С. 497.

<sup>46</sup> Филиппова С. Ю. Неясные условия торговых договоров. С. 20.

<sup>47</sup> Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2014. С. 103.

В связи с этим нельзя поддержать А. Фалалеева, который считает, что из ст. 1288 ГК РФ и смысла договора авторского заказа следует, что если его стороны не установили иное, то общее правило абз. 2 п. 1 названной статьи (передача материального носителя произведения в собственность) подразумевает передачу исключительного права в полном объеме, в то время как специальное соглашение о передаче носителя произведения во временное пользование подразумевает предоставление права использования произведения в определенных пределах<sup>48</sup>.

Такой вывод не следует и не может следовать из ст. 1288 ГК РФ, ведь объем прав на материальный носитель не может определять объем имущественных правомочий на произведение у заказчика (п. 1, 2 ст. 1227 ГК РФ). А если произведение «передается» заказчику в электронном виде, то в этом случае какими правами наделяется заказчик?

Известно, что только в отношении одного произведения – программы для ЭВМ законодатель установил, что лицо, правомерно владеющее экземпляром программы, вправе без разрешения автора (правообладателя) и без выплаты дополнительного вознаграждения использовать программу в пределах, установленных законом (п. 1 ст. 1280 ГК РФ).

Законодатель, как уже было отмечено, указал на необходимость передачи только материального носителя лишь по той причине, что произведение как идеальный объект не может быть физически передано.

Полагаю, что из системного толкования норм, содержащихся не только в п. 2–4 ст. 1288, но и в п. 1 ст. 1229, п. 1 ст. 1233 ГК РФ, можно сделать вывод о том, что договором авторского заказа *должно быть* предусмотрено или *отчуждение заказчику исключительного права*, или *предоставление заказчику права использования произведения*.

Возникает вопрос: в какой момент у субъектов договора авторского заказа возникает исключительное право на созданное произведение?

Согласно императивной норме, содержащейся в п. 3 ст. 1228 ГК РФ, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Как подчеркивал В. А. Дозорцев, «первоначальное право, имеющее всегда личный характер, возникает только у автора»<sup>49</sup>.

Автор вправе использовать произведение по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом и распоряжаться исключительным правом на произведение. Другие лица не могут использовать произведение без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ (п. 1 ст. 1229 Кодекса).

Таким образом, заказчик, являющийся стороной договора авторского заказа, получив от автора созданное им произведение на материальном носителе, не будет вправе его использовать без согласия автора.

В свою очередь, согласие автора может быть получено путем распоряжения им исключительным правом на произведение (п. 1 ст. 1229 ГК РФ), как правило, путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности в установленных договором пределах (лицензионный договор) (п. 1 ст. 1233 ГК РФ).

Как отмечал В. А. Дозорцев, «права от автора переходят только по договору (с учетом договорной природы отношений, выражаемых диспозитивными нормами) или в силу наследования»<sup>50</sup>.

Таким образом, заказчик может и должен получить или правомочия на использование созданного автором произведения, или исключительное право на него только по договору с автором, и именно по договору авторского заказа.

---

<sup>48</sup> См.: Фалалеев А. Указ. соч. С. 20.

<sup>49</sup> Дозорцев В.А. Творческий результат: система правообладателей // Вестник ВАС РФ. 2002. № 11. С. 93.

<sup>50</sup> Там же.

О заключении сторонами еще одного договора после создания произведения для передачи заказчику имущественных прав не может быть речи, потому что договор авторского заказа не является предварительным договором и из него не вытекает обязательство сторон заключить в будущем договор об отчуждении права или лицензионный договор.

Важным является вопрос: договор авторского заказа – это один из видов гражданско-правовых договоров или самостоятельный договор? Попытаемся выяснить его юридическую (правовую) природу.

Большинство авторов употребляют понятие «юридическая (правовая) природа договора» при выяснении вопроса о том, к какому виду (типу) поименованных в законодательстве договоров относится та или иная правовая конструкция. Так, В.В. Витрянский пишет, что рассуждения о правовой природе договора предполагают «определение места данного договора в системе гражданско-правовых обязательств»<sup>51</sup>.

Для того чтобы определить место договора авторского заказа в системе договоров в гражданском праве, т. е. установить вид договора и определить соответствующее правовое регулирование, нужно раскрыть содержание предмета договора, точнее, содержание возникающего из договора правоотношения<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 608–609.

<sup>52</sup> См.: Белов В.А. Новые имена в российской науке вексельного права // Правоведение. 2005. № 1. С. 229.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.