

На правах рукописи

Витко Вячеслав Станиславович

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРОВ ПО СОЗДАНИЮ
ПРОИЗВЕДЕНИЙ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское
право; семейное право; международное частное право

**Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Москва – 2018

Работа выполнена на кафедре авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» (ФГБОУ ВО РГАИС)

Научный руководитель: **Гаврилов Эдуард Петрович,**
доктор юридических наук, профессор,
ординарный профессор кафедры
гражданского и предпринимательского права
Федерального государственного автономного
учреждения высшего образования
«Национальный исследовательский
университет «Высшая школа экономики»
(НИУ ВШЭ)

Официальные оппоненты: **Хохлов Вадим Аркадьевич,**
доктор юридических наук, профессор

Моргунова Елена Алексеевна,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права
Федерального государственного бюджетного
образовательного учреждения высшего
образования «Московский государственный
юридический университет имени
О.Е.Кутафина» (МГЮА)

Ведущая организация: **Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего
образования «Российский государственный
университет правосудия»**

Защита диссертации состоится 20 декабря 2018 года в 12 час. 00 мин. на заседании диссертационного совета Д 401.001.02 по защите докторских и кандидатских диссертаций при ФГБОУ ВО РГАИС по адресу: 117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 55а, ауд. 305.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте www.dis.rgiis.ru ФГБОУ ВО РГАИС.

Автореферат разослан: ____ 2018 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент



В.С. Савина

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования. Важность и значение договоров по созданию произведений науки, литературы и искусства (далее - произведений) для сферы интеллектуальной собственности заключается в том, что именно с создания произведений начинаются все отношения интеллектуальной собственности.

В части четвертой Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) достаточное внимание уделено распределению имущественных прав на созданные по договорам произведения, но при этом неудовлетворительно урегулированы отношения непосредственно по созданию произведений.

Нормы, регулирующие отношения по созданию произведений, содержатся только в статьях 1288-1291 ГК РФ. При этом правила, содержащиеся в ст. 1295 ГК РФ, посвященной служебным произведениям, в ст. 1296 ГК РФ, относящиеся к произведениям, созданным по заказу, касаются только порядка распределения имущественных прав на созданные произведения.

Гражданский кодекс РФ содержит понятия «служебное произведение», «произведения, созданные по заказу», но в нем отсутствуют конструкции договоров о создании служебных произведений, заказа произведений, которые, по существу, оказались законом неурегулированными.

В доктрине не достигнуто единство научных позиций об объекте, предмете, правовой природы вышеуказанных договоров, поэтому эти вопросы составляют правовую проблему и нуждаются в дальнейшем исследовании.

В настоящей работе будут рассмотрены отношения по созданию произведений, включая объект, предмет и правовую природу договоров авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ), произведений в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебные произведения) (ст. 1295 ГК РФ) и заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ), не имеющие в доктрине удовлетворительного толкования.

Степень научной разработанности вопросов настоящего исследования не может быть признана удовлетворительной, хотя правовые проблемы отношений по созданию произведений привлекали и привлекают внимание исследователей, в том числе нередко становились предметом диссертационных исследований.

Так, И.А. Бойцов в своей диссертационной работе провел сравнительно-правовой анализ договора о создании аудиовизуальных произведений в праве России и Франции,¹ в которой, в частности, пришел к выводу о том, что предметом договора авторского заказа является создание произведения и передача имущественного права использования произведения.

Правовые вопросы, связанные с созданием Интернет-сайта, были рассмотрены в исследовании А.К. Быстрова². Исследователь пришел к выводу о необходимости закрепить в ГК РФ договор создания Интернет-сайта, сходного по своей природе с договором авторского заказа, но обладающего особенностью, заключающейся в том, созданный сайт может быть размещен на сервере одной из сторон договора.

В целом ряде работ разрабатывалась проблема установления юридической природы отношений по созданию служебных произведений, которые составляют существенную долю от общего числа создаваемых произведений. Отсутствие в доктрине господствующего взгляда на природу служебного произведения, представляющего собой сложную конструкцию, определяет актуальность исследования отношений по созданию служебных произведений.

Вопросы природы отношений по созданию служебных произведений были рассмотрены в целом ряде диссертационных работ: Амангельды А.А. Право интеллектуальной собственности Республики Казахстан на современном этапе: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2015; Гурский Р.А. Служебное произведение в российском авторском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара. 2007; Баттахов

¹Бойцов И.А. Договор о создании аудиовизуального произведения в праве России и Франции: сравнительно-правовой анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

²Быстров А.К. Интернет-сайт и доменное имя как объекты гражданских прав в системе отношений по использованию сети Интернет: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

П.П. Служебные результаты интеллектуальной деятельности по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; Соломоненко Л.А. Особенности правовой охраны произведений, созданных в порядке выполнения трудовых обязанностей в высшем образовательном учреждении: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014; Афанасьева Е.С. Осуществление и защита интеллектуальных прав на служебные произведения сотрудников и учреждений МВД России: Дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург. 2017 и др.

Правовые вопросы, связанные с созданием произведений по договорам заказа, были предметом рассмотрения в диссертационных исследованиях С.-М. С. Чапанова³, Н.М. Лапина⁴, А.С. Фалалеева⁵, В.В. Видьмы⁶ и других авторов.

Наряду с диссертационными исследованиями, проблемные вопросы договоров о создании произведений рассмотрены в работах Б.С. Антимонова, Э.П. Гаврилова, Е.С. Гринь, В.А. Дозорцева, В.И. Еременко, И.А. Зенина, В.О. Калятина, М.В. Лабзина, Л.А. Новоселовой, Е.А. Павловой, О.А. Рузаковой, М.А. Рожковой, О.В. Ревинского, А.И. Савельева, Е.А. Суханова, А.П. Сергеева, В.Н. Синельниковой, Е.А. Флейшиц, В.А. Хохлова, и ряда других авторов.

Цель диссертационной работы состоит в создании научного понимания содержания отношений по созданию произведений в рамках договоров авторского заказа, служебных произведений и заказа произведений.

В связи с этим диссертантом поставлены следующие основные задачи:

³Чапанов С.-М.С. Правовое регулирование договора заказа на создание результата интеллектуальной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

⁴Лапин Н.М. Регулирование авторских договоров в России, Королевстве Нидерландов и Королевстве Великобритании: правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

⁵Фалалеев А.С. Распоряжение исключительным правом автора на произведение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

⁶Видьма В.В. Особенности договоров о распоряжении исключительными авторскими правами: Дис. ... канд. юрид. наук. Новосибирск. 2016.

1) выявление квалифицирующих признаков, отличающих рассматриваемые виды договоров по созданию произведений от иных договоров в сфере интеллектуальной собственности и гражданском праве;

2) выработка понятия договора авторского заказа по созданию произведений, определение признаков, объекта, предмета и его правовой природы;

3) выработка понятия договора о создании служебных произведений, определение признаков, объекта, предмета и природы этого договора;

4) выработка понятия договора заказа произведений, определение признаков, объекта, предмета и природы договора;

5) определение места договоров авторского заказа, создания служебных произведений и заказа произведений в системе гражданско-правовых договоров;

6) выработка понятия «оригинал произведения» и его правовой сущности.

Объектом исследования являются общественные отношения, связанные с созданием произведений науки, литературы и искусства.

Предмет исследования составляют российские нормативно-правовые акты; теоретические разработки правоотношений, связанных с созданием произведений; судебная практика по спорам, возникающих из договоров по созданию произведений.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют основные положения материалистической диалектики и философии, предъявляющие единые требования к научным теориям, посредством которых отношения по созданию произведений были рассмотрены с точки зрения выявления противоречий между их законодательным регулированием и их действительным содержанием.

В исследовании подлежат применению общенаучные методы теоретического познания (абстрагирование и идеализация, формализация, индукция и дедукция), методы, применяемые на теоретическом уровнях

познания (анализ и синтез, аналогия и моделирование), так и частнонаучные методы юридической науки (историко-правовой, сравнительно-правовой, правового моделирования, нормативно-догматический).

При помощи методов анализа и синтеза предлагаются авторское представление понятия «оригинал произведения», дефиниции договоров авторского заказа на создание произведений, о создании служебных произведений. Методы индукции и дедукции способствовали обоснованию выводов, сделанных в исследовании.

Применение историко-правового метода обеспечило рассмотрение развития законодательства, регулирующего отношения по созданию произведений. Сравнительно-правовой метод применен при выделении отдельных видов договора авторского заказа путем определения их квалифицирующих признаков. Нормативно-догматический метод позволил выявить недостатки в правовом регулировании отношений, связанных с созданием произведений.

Теоретическую основу исследования составляют труды известных цивилистов в области права интеллектуальной собственности: Б.С. Антимонова, С.А. Беляцкина, И.А. Близнаца, Э.П. Гаврилова, М.В. Гордона, О.А. Городового, В.А. Дозорцева, В.И. Еременко, И.А. Зенина, В.О. Калятина, Я.А. Канторовича, К.Б. Леонтьева, Д. Липщик, А.Г. Матвеева, Л.А. Новоселовой, Е.А. Павловой, О.А. Рузаковой, А.П. Сергеева, В.И. Серебровского, В.Н. Синельниковой, Р.И. Ситдиковой, Е.А. Суханова, Е.А. Флейшиц, В.А. Хохлова, Г.Ф. Шершеневича и др.

Общие доктринальные положения об авторском праве нашли отражение в трудах Б.С. Антимонова, С.А. Беляцкина, И.А. Близнаца, Э.П. Гаврилова, М.В. Гордона, О.А. Городова, В.А. Дозорцева, В.И. Еременко, В.О. Калятина, Я.А. Канторовича, К.Б. Леонтьева, А.В. Маковского, А.Г. Матвеева, Л.А. Новоселовой О.А. Рузаковой, А.П. Сергеева, А.Г. Серго, В.Н. Серебровского, В.Н. Синельниковой, Р.И. Ситдиковой, Е.А. Суханова, Е.А. Флейшиц, Ю.С. Харитоновой, В.А. Хохлова, М.Ю. Чельшева, Г.Ф. Шершеневича и др.

Нормативную основу диссертационного исследования составили положения Конституции РФ, российского гражданского и трудового законодательства.

Эмпирическую базу диссертационного исследования составляют материалы судебной практики, в частности, акты Верховного Суда Российской Федерации, Суда по интеллектуальным правам, арбитражных апелляционных судов, арбитражных судов первой инстанции Российской Федерации. Эмпирическую базу дополняют арбитражные дела, предметом спора которых являлись вопросы правовой природы договора заказа по созданию произведений, в которых интересы заявителя представлял диссертант, а также профессиональный опыт диссертанта в практическом применении положений работы в финансово-хозяйственной деятельности IT- компании.

Использование в диссертации собственных научных работ. В диссертации использованы результаты научных исследований, проведенных автором диссертации лично в течение ряда лет, опубликованные в следующих монографических работах автора: «Гражданско-правовая природа лицензионного договора». М., Статут. 2012. (19.0 п.л.); «Договоры заказа на создание произведений». М., Статут. 2016. (10.0 п.л.) - признана лауреатом конкурса на лучшее научное издание по интеллектуальной собственности ФГБОУ ВО РГАИС IP Books – 2017; «О признаках понятия «плагиат» в авторском праве». М., Статут. 2017. (9.0 п.л.) - признана победителем Международного конкурса «Лучшая научная книга в гуманитарной сфере – 2017» в номинации «Философия; социология; политология; правоведение».

Научная новизна диссертационного исследования определяется содержащимися в ней и выносимыми на защиту результатами исследований, в которых впервые обосновываются или по-новому раскрываются и аргументируются следующие положения:

1. Договоры о создании произведений науки, литературы и искусства делятся на три группы – договоры авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ), договоры

о создании служебных произведений (ст. 1295 ГК РФ) и договоры заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ).

Признаком, объединяющим эти договоры, является отсутствие произведения, как объекта авторского права, в момент их заключения. Кроме того, все эти договоры не являются распорядительными сделками.

Отличие договора заказа произведений от договора авторского заказа и договора о создании служебных произведений состоит в том, что в содержание правоотношения, возникающего из договора заказа произведений, не входит обязанность подрядчика создать произведение. Обязанность по созданию произведения может составить правоотношение, вытекающее из договора, стороной которого является либо автор в договоре авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ), либо работник (автор), являющийся стороной договора о создании служебного произведения (ст. 1295 ГК РФ).

2. Доказывается, что понятие «оригинал произведения» применимо не только к произведениям изобразительного искусства (произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и др.), но и к литературным произведениям. Под оригиналом произведения следует понимать материальный носитель, в котором первоначально закреплена (отображена) созданная объективная форма (произведение) автором, либо уполномоченным им лицом.

3. Обосновывается, что оригинал произведения, хотя и «состоит» из совокупности двух различных по своей физической природе объектов гражданского права: материальной основы (материальный объект) и произведения (идеальный объект), по своей правовой сущности представляет собой вещь.

Исходя из этого ошибочной представляется квалификация оригинала произведения в качестве нового самостоятельного объекта гражданского права: 1) «комплексного объекта» - единство вещи и исключительного права или 2) «комплексных прав» - неразрывной совокупности вещного и

интеллектуального права, признаваемых на оригинал художественного произведения.

4. Квалифицирующими признаками договора авторского заказа являются: 1) особенность субъекта стороны договора - исполнителя, которым является автор; 2) правовая цель сторон договора – создание произведения и передача его в пользование заказчику.

Из договора авторского заказа возникает гражданско-правовое обязательство, содержанием которого является обязанность автора создать произведение. В обязательство, если договором за невыполнение обязанности создать произведение предусмотрена «неустойка», входит право требования ее уплаты. В случае, если автором будет создано произведение, то отношения в связи с созданием произведения, составляют авторское правоотношение, содержанием которого являются права и обязанности сторон по поводу произведения.

Объектом договора авторского заказа является созданное автором произведение. Предметом договора авторского заказа является создание произведения и передача его в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с созданным произведением (оригинала или экземпляра произведения), в случае воплощения произведения в материальном носителе, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику.

5. Предлагается определение договора авторского заказа на создание произведений – это гражданско-правовой договор, по которому одна сторона (автор) обязуется создать по заказу другой стороны (заказчика) обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства и передать его в пользование заказчику, путем передачи материального носителя, в котором воплощено произведение, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, в случае, если произведение не подлежит закреплению в материальной основе.

6. Конститутивным (основополагающим) признаком договора авторского заказа является создание автором произведения и передача его в пользование заказчику. Указанный признак отграничивает его от других сходных договоров в сфере интеллектуальной собственности, и придает ему особый характер, который и позволяет квалифицировать его в качестве самостоятельного гражданско-правового договора. Договор авторского заказа не является распорядительным договором и не входит в класс договоров, опосредующих обращение исключительного права на произведение.

Когда договор авторского заказа содержит, кроме собственных существенных условий, в первую очередь, предмета – создание произведения и передача его в пользование заказчику, существенные условия договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, то в этом случае является смешанным договором, представляя собой совокупность двух самостоятельных обязательств, возникших из указанных самостоятельных видов договоров.

Выделены отдельные виды договора авторского заказа: 1) договор о создании произведения с передачей заказчику исключительного права на созданное произведение, 2) договор о создании произведения с передачей заказчику права использования созданного произведения, 3) договор о создании произведения с передачей заказчику только материального носителя с произведением, 4) договор о создании произведения без передачи заказчику материального носителя с произведением.

7. Квалифицирующим признаком договора о создании служебного произведения является особенность субъектов сторон договора – исполнителем является работник (автор), заказчиком – его работодатель. Приведенный признак отграничивает договоры о создании служебных произведений от договоров авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ), заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ) и иных договоров.

Договор работодателя с работником, в трудовые обязанности которого входит создание произведений, является не типичным трудовым договором, а

представляет собой смешанный договор, из которого возникают два правоотношения, различных по своей правовой природе - трудовое и гражданско-правовое.

Гражданское правоотношение – это правоотношение между работником (автором) и работодателем (заказчиком) по поводу создания произведения, трудовое - между работником и работодателем по поводу трудовых прав и обязанностей, связанных с выполнением трудовой функции.

Договор является смешанным потому, что содержит элементы трудового договора и договора авторского заказа. Ввиду того, что договор содержит условия, происходящие из договоров, регулируемых двумя отраслями права - трудового и гражданского, его следует квалифицировать в качестве полиотраслевого смешанного договора.

8. Предлагается определение договора о создании служебных произведений – это договор, по которому одна сторона (работник) обязуется создать по служебному заданию другой стороны (работодателя), данного работнику в пределах установленных для работника трудовых обязанностей, произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе, принадлежащим работодателю, или в иной форме, с последующим доведением (изложением, сообщением) произведения работодателю.

Материальный носитель, с воплощенным в нем служебным произведением (оригинал / экземпляр произведения), является собственностью работодателя.

Договором о создании служебных произведений может быть предусмотрена передача работодателю имущественных прав на созданное произведение: либо исключительного права на произведение, либо права использования произведения на условиях простой (неисключительной) лицензии с выплатой работнику вознаграждения (подп. 2, 3 ст. 1295 ГК РФ).

Договор о создании служебных произведений (ст. 1295 ГК РФ) не является распорядительной сделкой.

9. Существенные условия договора о создании служебного произведения составляют существенные условия трудового договора –

выполнение трудовой функции и договора авторского заказа - создание произведения и передача его в пользование работодателю (заказчику).

В состав условий договора о создании служебного произведения может входить условие о наделении работодателя имущественными права на произведение: либо об отчуждении исключительного права на произведение, либо о предоставлении права использования произведения.

Доказано, что согласованное в трудовом договоре условие об обязанности работника создавать произведения, представляет собой обычное условие рамочного договора авторского заказа, которое конкретизируется и уточняется в служебных заданиях, т.е. дополняется существенными условиями договора авторского заказа.

Доведение работодателем работнику служебного задания - создать конкретное произведение и передать его в пользование работодателю, условия которого дополняются обычными условиями рамочного договора, представляет собой заключение работником и работодателем договора авторского заказа, правовое регулирование которого осуществляется нормами гражданского права.

Условие служебного задания работодателя – создать конкретное произведение и передать его в пользование работодателю, при том, что это условие входит в состав трудовых обязанностей работника, представляет собой существенное условие договора авторского заказа.

10. Обосновывается, что из подп. 1, 2 ст. 1295 ГК РФ следует, что законодатель исходит из того, что имущественных прав на созданное служебное произведение у работодателя первоначально не возникает. Первоначально исключительное право на служебное произведение по факту его создания принадлежит автору – работнику, который является первоначальным правообладателем.

Правило, установленное диспозитивной нормой п. 2 ст. 1295 ГК РФ, о принадлежности исключительного права работодателю, как результата передачи права работником (автором), может и не содержаться в тексте

трудового договора. Обязанность передачи работником исключительного права на созданное произведение работодателю составляет содержание гражданско-правового правоотношения, возникающего из договора о создании произведения.

Таким образом, исключительное право от работника (автора) переходит к работодателю, если иное не предусмотрено договором, на основании гражданско-правового обязательства, вытекающего из договора о создании служебного произведения.

11. Доказывается, что квалифицирующим признаком договора заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ) является особенность субъекта стороны договора - подрядчика (исполнителя), которым может быть любое лицо, кроме автора (физическое лицо), чьим творческим трудом должно быть создано произведение.

Обосновано, что объектом правоотношения, вытекающего из договора заказа произведений, является созданное автором произведение. Условиями договора может быть предусмотрена передача заказчику имущественного права на созданное произведение – отчуждение исключительного права или предоставление права использования произведения.

Обязательство, возникающее из договора заказа, ввиду того, что подрядчик не может быть творцом произведения, не содержит обязанности создать произведение, а заключается в совершении 1) юридических действий, направленных на обеспечение создания произведения – заключения договора с автором (работником) о создании произведения, являющегося предметом договора авторского заказа (договора о создании служебного произведения), 2) фактических действий – в передаче произведения в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику.

Таким образом, предмет договора заказа произведений состоит в передаче произведения в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, в случае создания

произведения в материальном носителе, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, но не выполнение подрядчиком «работ» («услуг») по его созданию.

12. Выработано определение договора заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ): это договор, по которому одна сторона (подрядчик), не являющаяся автором, обязуется передать в пользование другой стороне (заказчику) созданное по его заказу произведение науки, литературы или искусства, на материальном носителе или в иной форме, в установленный договором срок, а заказчик обязуется уплатить за это вознаграждение.

Материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование.

Условиями договора заказа произведений может быть предусмотрена передача заказчику имущественного права на созданное произведение – отчуждение исключительного права или предоставление права использования произведения.

Договор заказа произведений не является распорядительным договором и не входит в класс договоров, опосредующих обращение имущественных прав на произведение.

13. Обосновывается, что договор заказа произведений, исходя из его предмета – передача произведения, в случае его создания автором, в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, при том, что исключительное право на произведение не обязательно подлежат передаче заказчику, не укладывается в известные праву виды договоров и по этой причине является самостоятельным договором.

Теоретическая значимость результатов исследования заключается в том, что сформированные в работе положения и выводы дополняют и развивают науку авторского права.

Практическая значимость результатов исследования выражается в возможности совершенствования гражданско-правового законодательства в области авторского права. Выводы, рекомендации и положения, выносимые на защиту, могут быть использованы для дальнейших исследований договоров по созданию произведений науки, литературы и искусства, в учебном процессе при преподавании курсов «Гражданское право», «Авторское право», «Право интеллектуальной собственности», в судебной практике при разрешении вопросов, возникающих в рамках изучаемых правоотношений.

Предложенное понимание правовой природы договора заказа произведений имеет значение для налогообложения работ, связанных с созданием программного обеспечения, в частности, при применении п. 16 ст. 149 НК РФ.

Апробация результатов исследования. Диссертационная работа выполнена и обсуждена на кафедре авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО РГАИС.

Основные положения и выводы диссертационного исследования опубликованы в научных статьях, в том числе в журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ. Общее количество публикаций – 32 статьи, объемом – 34,9 печ. л., из них 24 статьи (21,1 печ. л.) в журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ.

Структура работы отвечает цели и задачам исследования, включает в себя введение, три главы, состоящие из 9 параграфов, заключение, список используемой литературы и приложение.

II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы, выбранной для диссертационного исследования, определяются цели, задачи, объект, предмет, методологические, теоретические основы исследования, выявляется его

научная новизна, теоретическая и практическая значимость положений, выносимых на защиту, приводятся сведения об апробации полученных результатов.

Первая глава « Договор авторского заказа» содержит четыре параграфа.

В *первом параграфе первой главы* «Понятие и квалифицирующие признаки договора авторского заказа» рассматривается понятие договора авторского заказа и анализируются представленные в доктрине взгляды на квалифицирующие признаки договора.

Обосновывается вывод о том, что квалифицирующими признаками договора авторского заказа, являются: 1) особенность субъекта стороны договора - исполнителя, которым является автор; 2) правовая цель сторон договора – создание произведения и передача его в пользование заказчику.

Рассмотрены представленные в научной литературе подходы к конструкции договора авторского заказа: консенсуальная; консенсуальная и реальная. Доказывается, что рассматриваемый договор может быть только консенсуальным.

С точки зрения общей характеристики всякого гражданско-правового договора, договор авторского заказа является консенсуальным, двусторонним или односторонним, возмездным или безвозмездным.

Во *втором параграфе первой главы* «Предмет договора авторского заказа» рассматриваются основные точки зрения на предмет договора авторского заказа: 1) создание произведения, 2) создание произведения и передача заказчику материального носителя с ним в собственность (временное пользование), 3) передача заказчику материального носителя с произведением в собственность (временное пользование), 4) создание произведения и передача материального носителя с обязательным предоставлением имущественного права на произведение. Обосновывается вывод о том, что доктринальные представления о предмете договора нельзя признать удовлетворительным.

Анализируется взгляд законодателя на предмет договора, которым, по его мысли, является создание произведения на материальном носителе или в иной

форме и передача материального носителя произведения заказчику. Обосновывается вывод о том, что такое понимание предмета договора не содержит ответа на вопрос о том, каким образом созданное произведение передается заказчику в случае, когда создаваемое произведение не подлежит закреплению в материальном носителе.

Основываясь на том, что предложенные в научной литературе понятия предмета договора авторского заказа не охватывают полностью действительные отношения по поводу создания произведений, диссертантом предлагается авторское представление о предмете договора авторского заказа и его определение.

Анализируется понятие «оригинал произведения», делается вывод о том, что оно применимо не только к произведениям изобразительного искусства (произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и др.), но и к литературным произведениям. Обосновывается ошибочность квалификации оригинала произведения в качестве нового самостоятельного объекта гражданского права: «комплексного объекта» - единство вещи и исключительного права; «комплексных прав» - неразрывной совокупности вещного и интеллектуального права, признаваемых на оригинал художественного произведения.

В *третьем параграфе первой главы* «Существенные условия договора авторского заказа» анализируются представленные в научной литературе подходы к составу существенных условий договора авторского заказа.

Основываясь на сформулированном в работе предмете договора авторского заказа - создание произведения и передача его в пользование заказчику, диссертант приходит к выводу, что условие о предоставлении заказчику имущественного права использования произведения способами, указанными в ст. 1270 ГК РФ, не является существенным условием этого договора. Но в том случае, когда договор авторского заказа содержит элементы договоров о распоряжении исключительным правом и тем самым является *смешанным договором*, то к числу его существенных условий должны быть

отнесены существенные условия либо договора об отчуждении исключительного права, либо лицензионного договора.

В итоге резюмируется, что к существенным условиям договора авторского заказа должны быть отнесены следующие условия: предмет договора; срок создания произведения; для возмездных договоров – размер вознаграждения.

В четвертом параграфе первой главы «Правовая природа договора авторского заказа» проведен сравнительный анализ представленных в доктрине взглядов на природу договора авторского заказа.

Диссертант приходит к выводу о том, что нет достаточных оснований для квалификации договора авторского заказа в качестве договора подряда, ни в качестве смешанного договора. При этом смешанным договором подлежит квалифицировать не сам по себе договор авторского заказа, который по своей правовой природе таким не является, а договор, включающий в себя элементы договора авторского заказа (создание произведения) и лицензионного договора или договора об отчуждении исключительного права (передача имущественного права). Такая совокупность обязательств, бесспорно, говорит о его смешанном характере.

Анализируется возможность квалификации договора в качестве самостоятельного договора.

Рассмотрев доктринальные подходы к определению правовой природы договора авторского заказа: согласно первому он является *смешанным договором*, второму – *договором подряда*, третьему – *договором особого рода* (самостоятельным договором), автор приходит к выводу, что конститутивным признаком договора авторского заказа является *создание автором произведения и передача его в пользование заказчику*, путем передачи материального носителя, с воплощенным в нем произведением, в случае воплощения произведения в материальном носителе, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, который отграничивает его от других сходных договоров в сфере интеллектуальной собственности, и придает ему собственный характер, который и позволяет квалифицировать его в качестве

самостоятельного договора. На этом основании утверждается, что договор авторского заказа не является распорядительным договором.

Диссертантом выделены отдельные виды договора авторского заказа: 1) договор о создании произведения с передачей заказчику исключительного права на созданное произведение, 2) договор о создании произведения с передачей заказчику права использования созданного произведения, 3) договор о создании произведения с передачей заказчику только материального носителя с произведением, 4) договор о создании произведения без передачи заказчику материального носителя с произведением.

Вторая глава «Природа договора о создании служебных произведений» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе второй главы «Юридическая природа отношений по созданию служебных произведений» рассматривается характер отношений по созданию служебных произведений.

Действующее российское гражданское право не знает определения договора о создании служебных произведений, при этом законодатель не определил правовую природу договора, на основании которого происходит создание служебных произведений. Как следствие, в юридической литературе выработано несколько точек зрения на характер отношений по созданию служебных произведений: трудовые, гражданско-трудовые и гражданско-правовые.

По убеждению автора, отношения по созданию служебного произведения являются *гражданско-правовыми*, поскольку договор работодателя с работником, в трудовые обязанности которого входит создание произведений, является не типичным трудовым договором, а представляет собой смешанный договор, из которого возникают два правоотношения, различных по своей правовой природе - трудовое и гражданско-правовое.

Гражданское правоотношение – это правоотношение между работником (автором) и работодателем (заказчиком) по поводу создания произведения,

трудовое - между работником и работодателем по поводу трудовых прав и обязанностей, связанных с выполнением трудовой функции.

Договор является смешанным потому, что содержит элементы трудового договора и договора авторского заказа. Ввиду того, что договор содержит условия, происходящие из договоров, регулируемых двумя отраслями права - трудового и гражданского, его следует квалифицировать в качестве полиотраслевого смешанного договора.

Подчеркивается, что смешанный характер договора о создании служебного произведения проистекает не по причине включения в трудовой договор условий договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, а от смешения элементов (существенных условий) *трудового договора и договора авторского заказа*.

Доказывается, что существенные условия договора о создании служебного произведения составляют существенные условия трудового договора – выполнение трудовой функции и договора авторского заказа - создание произведения и передача его в пользование работодателю (заказчику). Кроме того, в состав условий договора о создании служебного произведения может входить условие о наделении работодателя имущественными правами на произведение: либо об отчуждении исключительного права на произведение, либо о предоставлении права использования произведения.

Согласованное в трудовом договоре условие об обязанности создания работником произведений, представляет собой обычное условие рамочного договора авторского заказа, которое конкретизируется и уточняется в служебных заданиях, т.е. дополняется существенными условиями договора авторского заказа.

Доведение работодателем работнику служебного задания - создать конкретное произведение и передать его в пользование работодателю, условия которого дополняются обычными условиями рамочного договора, представляет собой заключение работником и работодателем договора авторского заказа,

правовое регулирование которого осуществляется нормами гражданского права.

Условие служебного задания работодателя – создать конкретное произведение и передать его в пользование работодателю, при том, что это условие входит в состав трудовых обязанностей работника, представляет собой существенное условие договора авторского заказа.

Во втором параграфе второй главы «Основание перехода имущественных прав на служебное произведение к работодателю» обосновывается вывод о том, что исключительное право на служебное произведение переходит (отчуждается) от работника к работодателю на основании гражданско-правового обязательства, вытекающего из договора о создании служебного произведения.

В доктрине отсутствует единое мнение о правовом основании, по которому осуществляется переход имущественных прав на служебное произведение от работника к работодателю. Поэтому этот вопрос требует своего исследования.

В научной литературе представлено несколько несовпадающих мнений об основаниях перехода исключительного права на служебное произведение к работодателю: 1) в силу закона, 2) по трудовому договору, 3) внедоговорной переход, 4) по гражданско-правовому договору.

Автором доказывается, что исключительное право от работника (автора) переходит к работодателю, если иное не предусмотрено договором, на основании гражданско-правового обязательства, вытекающего из договора о создании служебного произведения.

Предлагается авторское определение договора о создании служебных произведений – это договор, по которому одна сторона (работник) обязуется создать по служебному заданию другой стороны (работодателя), данного работнику в пределах установленных для работника трудовых обязанностей, произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе,

принадлежащим работодателю, или в иной форме, с последующим доведением (изложением, сообщением) произведения работодателю.

Материальный носитель, с воплощенным в нем служебным произведением, является собственностью работодателя.

Договором о создании служебных произведений *может быть* предусмотрена передача работодателю имущественных прав на созданное произведение: либо исключительного права на произведение, либо права использования произведения на условиях простой (неисключительной) лицензии с выплатой работнику вознаграждения (подп. 2, 3 ст. 1295 ГК РФ).

Договор о создании служебных произведений (ст. 1295 ГК РФ) не является распорядительной сделкой.

Третья глава «Правовая природа договора заказа произведений» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе третьей главы «Понятие и квалифицирующие признаки договора заказа произведений» анализируются признаки договора, предметом которого является создание произведения (по заказу).

В части четвертой ГК РФ рассматриваемый договор, называемый в научной литературе «договором заказа на создание произведений», «договор заказа», выделяется в качестве отдельного вида договора. При этом законодатель не дает понятия договора заказа произведений, не определяет всех его признаков и существенных условий.

Доказывается, что квалифицирующим признаком договора заказа произведений является особенность субъекта стороны договора - подрядчика (исполнителя), которым может быть любое лицо, кроме автора (физическое лицо), чьим творческим трудом должно быть создано произведение.

Во втором параграфе третьей главы «Объект и предмет договора заказа произведений» анализируются мнения исследователей об объекте и предмете договора заказа произведений.

В работе обосновывается вывод о том, что поскольку договором заказа произведений необязательно должно быть предусмотрено предоставление

заказчику имущественного права на созданное произведение, то объектом правоотношения, возникающего из договора заказа является созданное *произведение*. Условиями договора заказа произведений *может быть* предусмотрена передача заказчику имущественных прав на созданное произведение - исключительного права или права использования.

Рассмотрены представленные в юридической литературе две основные точки зрения на предмет договора заказа произведений: 1) создание произведения без передачи заказчику имущественных прав на произведение, 2) создание произведения с целью передачи имущественных прав на него (господствующее мнение).

Диссертант приходит к выводу, что обязательство, возникающее из договора заказа, ввиду того, что подрядчик не может быть творцом произведения, не содержит обязанности создать произведение, а заключается в совершении 1) юридических действий, направленных на обеспечение создания произведения – заключения договора с автором (работником) о создании произведения, являющегося предметом договора авторского заказа (договора о создании служебного произведения), 2) фактических действий – в передаче произведения в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику.

Таким образом, предмет договора заказа произведений состоит в передаче произведения в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, в случае создания произведения в материальном носителе, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, но не выполнение подрядчиком «работ» («услуг») по его созданию.

Выработано авторское определение договора заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ): это договор, по которому одна сторона (подрядчик), не являющаяся автором, обязуется передать в пользование другой стороне (заказчику) созданное по его заказу произведение науки, литературы или

искусства, на материальном носителе или в иной форме, в установленный договором срок, а заказчик обязуется уплатить за это вознаграждение.

Материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование. Условиями договора заказа произведений может быть предусмотрена передача заказчику имущественных прав на созданное произведение - исключительного права или права использования произведения.

Договор заказа произведений не является распорядительным договором и не входит в класс договоров, опосредующих обращение имущественных прав на произведение.

В третьем параграфе третьей главы «Правовая природа договора заказа произведений» анализируются сформированные в юридической литературе взгляды на природу договора заказа произведений: одни исследователи считают его смешанным договором, другие – договором подряда (договором об оказании услуг), третьи – договором особого рода.

Автор обосновывает собственный взгляд на природу рассматриваемого договора: договор заказа произведений, исходя из его предмета – передача произведения, в случае его создания автором, в пользование заказчику, путем передачи материального носителя с воплощенным в нем произведением, либо непосредственного сообщения (доведения) произведения заказчику, при том, что имущественные права на произведение не обязательно подлежат передаче заказчику, не укладывается в известные праву виды договоров и по этой причине является самостоятельным договором.

В заключении автором подводятся итоги исследования, формулируются основные теоретические выводы и предложения.

**Публикации автора, в которых изложены основные научные
результаты диссертации**

***Публикации в рецензируемых научных журналах и изданиях,
рекомендованных ВАК Министерства образования и науки РФ***
(Общий объем 20,54 печ. л.)

1. *Витко В.* Правовая природа договоров об отчуждении экземпляров программ для ЭВМ // *Хозяйство и право.* 2008. № 8. С. 83-93 (0,69 п.л.).
2. *Витко В.* Лицензионный договор: правовая природа, существенные условия, конструкция, форма // *Хозяйство и право.* 2009. Приложение к № 2. С. 1-48 (3,0 п.л.).
3. *Витко В.* Об обжаловании в ВАС РФ писем Минфина РФ о налогообложении реализации прав использования программ для ЭВМ // *Хозяйство и право.* 2009. Приложение к № 7. С. 15-19 (0,75 п.л.).
4. *Витко В., Цатурян Е.* Правовая природа договора о предоставлении персонала // *Хозяйство и право.* 2010. № 9. С. 104-108 (0,32 п.л., личный вклад - 0,16 п.л.).
5. *Витко В., Цатурян Е.* О моменте (сроке) исполнения обязанности по лицензионному договору // *Хозяйство и право.* 2013. № 12. С. 68-76 (0,5 п.л., личный вклад - 0,25 п.л.).
6. *Витко В., Цатурян Е.* Правовые проблемы распространения программ для ЭВМ в электронном виде (цифровая дистрибуция) // *Хозяйство и право.* 2014. № 2. С. 64-71 (0,44 п.л., личный вклад - 0,22 п.л.).
7. *Витко В., Цатурян Е.* Гражданско-правовая природа рамочного договора // *Хозяйство и право.* 2015. № 12. С. 64-73 (0,56 п.л., личный вклад - 0,28 п.л.).
8. *Витко В.* Договоры заказа на создание программного обеспечения // *Хозяйство и право.* 2015. Приложение к № 12 (3,0 п.л.).

9. *Витко В., Цатурян Е.* Юридическая природа договора о предоставлении труда работников (персонала) // Законодательство. 2015. № 12. С. 30-41 (0,76 п.л., личный вклад - 0,38 п.л.).

10. *Витко В.* К дискуссии о характере (свойствах) права использования лицензиата (пользователя) // Хозяйство и право. 2016. № 6. С. 122-128 (0,44 п.л.).

11. *Витко В.С.* О новых определениях исключительного права // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 6. С. 14-23 (0,62 п.л.).

12. *Витко В.С.* К дискуссии о структуре исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2016. № 8. С. 2-9 (0,50 п.л.).

13. *Витко В.С.* Отзыв на докторскую диссертацию А.А. Амангельды «Право интеллектуальной собственности Республики Казахстан на современном этапе» // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право». 2016. № 6. С. 79-92 (0,87 п.л.).

14. *Витко В.* О характере отношений по поводу имущественных и неимущественных благ, создаваемых посредством использования сети Интернет // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 10. С. 39-48 (1,25 п.л.).

15. *Витко В.С.* Рецензия на книгу Э.П. Гаврилова «Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век» // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право». 2016. № 10. С. 77-85 (0,56 п. л.).

16. *Витко В.* О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12. С. 12-25 (1,75 п.л.).

17. *Витко В.* Об обязанностях подрядчика из договора заказа на создание произведения // Хозяйство и право. 2017. № 2. С. 101-112 (0,75 п.л.).

18. *Витко В.* О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. Часть I // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 2. С. 7-16. (1,25 п.л.).

19. *Витко В.* О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. Часть II // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 3. С. 7-18 (1,50 п.л.).

20. *Витко В.* Рецензия на книгу Э.П. Гаврилова «Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век» // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 12. С. 45-54 (1,25 п.л.).

21. *Витко В.* Правовая природа отношений по созданию служебных произведений // Хозяйство и право. 2018. № 9. С. 69-78 (0,63 п.л.).

22. *Витко В.С.* Правовая природа договора авторского заказа // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право». 2018. № 7. С. 89-95 (0,44 п.л.).

В иных изданиях

(Общий объем 13,75 печ. л.)

1. *Витко В.* Об объектах договоров об отчуждении исключительного права и предоставлении права использования охраняемого результата // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 1. С. 15-20 (0,75 п.л.).

2. *Витко В.* О понятии оригинала произведения (I часть) // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 2. С. 21-32 (1,50 п.л.).

3. *Витко В.* О понятии оригинала произведения (II часть) // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 3. С. 5-14 (1,25 п.л.).

4. *Витко В.* Признаки и предмет договора авторского заказа в законодательстве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 4. С. 9-26 (2,25 п.л.).

5. *Витко В.* Доктринальные представления о предмете договора авторского заказа // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 5. С. 5-16 (1,50 п.л.).

6. *Витко В.* О содержании обязательства из договора авторского заказа // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 6. С. 5-18 (1,75 п.л.).

7. *Витко В.* Авторский взгляд на объект и предмет договора авторского заказа // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 7. С. 5-24 (2,5 п. л.).

8. *Витко В.* О признаках понятия «производное произведение» // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 9. С. 37-54 (2,25 п. л.).

Монографии

(Общий объем 42,0 печ. л.)

1. *Витко В.С.* Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М., Статут. 2012. 301 с. (19,0 п.л.).

2. *Витко В.С., Цатурян Е.А.* Юридическая природа договоров аутсорсинга и аутстаффинга. М., Статут. 2012. 128 с. (8,0 п.л., личный вклад – 4,0 п.л.).

3. *Витко В.С.* Договоры заказа на создание произведений. М., Статут. 2016. 159 с. (10,0 п.л.) (лауреат конкурса на лучшее научное издание по интеллектуальной собственности ФГБОУ ВО РГАИС IP Books – 2017)

4. *Витко В.С.* О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. М., Статут. 2017. 142 с. (9,0 п.л.) (признана победителем Международного конкурса «Лучшая научная книга в гуманитарной сфере – 2017» в номинации «Философия; социология; политология; правоведение»)

Общий объем опубликованных по теме исследования работ - 76,2 печ.л.