

В диссертационный совет Д 401.001.02
на базе Федерального государственного
бюджетного образовательного учреждения
высшего профессионального образования
«Российская государственная академия
интеллектуальной собственности»

ОТЗЫВ

ОФИЦИАЛЬНОГО ОППОНЕНТА

на диссертацию Витко Вячеслава Станиславовича на тему «Правовая природа договоров по созданию произведения», представленную на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03- гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Представленная диссертация написана на актуальную тему. Актуальность темы исследования обусловлена тем, что создание произведений нередко происходит во исполнение различных видов договоров, правовая природа и квалифицирующие признаки которых недостаточно исследованы в научной литературе. В доктрине отсутствует определенность по вопросу о том, входит ли переход исключительных прав или предоставление прав на произведение в юридическую конструкцию самих договоров по созданию произведений.

Обозначенные выше вопросы были исследованы Витко В.С. в представленной для анализа диссертации.

Объем диссертации составляет 309 страниц. В ходе диссертационного исследования автором было проанализировано 269 источников научной и учебной литературы, нормативные правовые акты, судебные постановления, что позволяет сделать вывод о хорошей теоретической и практической базе

исследования. Автор настоящей диссертации имеет несколько монографий по авторскому праву.

Целью диссертационного исследования являлось создание научного понимания содержания отношений по созданию произведений в рамках договоров авторского заказа, служебных произведений и заказа произведений.

Для достижения данной цели перед автором был поставлен ряд задач, решение которых отражено в диссертационном исследовании.

Структура диссертационного исследования соответствует цели и задачам исследования и состоит из введения, трех глав, девяти параграфов, заключения, списка литературы и приложения - о практическом использовании выводов диссертационного исследования при применении налоговой нормы, содержащейся в п. 16 ст. 149 Налогового кодекса РФ, по налогообложению НДС работ по созданию программного обеспечения по договорам заказа (ст. 1296 ГК РФ).

Во введении автором обосновывается актуальность темы диссертационного исследования; дается характеристика степени научной разработанности темы; определяются объект, предмет, цели, задачи исследования, указываются методология, нормативная, эмпирическая, теоретическая основы диссертационного исследования; выявляется научная новизна исследования, раскрывается теоретическая и практическая значимость исследования, содержатся сведения об апробации результатов исследования.

В первой главе исследования автор анализирует договор авторского заказа, подробно останавливаясь на рассмотрении его квалифицирующих признаков, субъектном составе сторон, правовой цели договора, предмете и объекте договора, видах договора авторского заказа, понятии оригинала произведения и сущности его правового режима.

Анализируя квалифицирующие признаки договора, Витко В.С. обращает внимание на то, что данный договор может быть только консенсуальным и соответственно считается заключенным с момента достижения соглашения сторонами по всем его существенным условиям, передача материального носителя произведения осуществляется во исполнение данного договора.

В качестве еще одного квалифицирующего признака договора авторского заказа Витко В.С. указывает на его фидуциарный характер, обосновывая это тем, что данный договор тесно связан с личностью автора. Однако с данной позицией автора нельзя согласиться, так как фидуциарный или лично- доверительный характер носит далеко не любой договор, имеющий личный характер. Личный характер имеет договор, исполнение которого возможно только стороной договора, недопустимо исполнение договора третьим лицом, со смертью стороны договор прекращает действовать. Иначе говоря, личный характер договора указывает лишь на то, что его исполнение, действие связано с определенной личностью. Однако для признания договора фидуциарным этого явно недостаточно. В фидуциарных сделках правовое значение придается не только личности, но и доверию сторон друг другу, при утрате данного доверия любая из сторон вправе отказаться от договора без объяснения причин. В российском законодательстве, регулирующем договорные отношения, связанные с созданием произведений, не предусмотрена возможность такого отказа сторон от договора, что вполне понятно, так как социальная сущность отношений, складывающихся между автором и заказчиком, как несвязанная с необходимостью существования экстренной защиты своих интересов сторонами договора, не дает нам оснований для регулирования их по правилам фидуциарной сделки. По модели фидуциарной сделки, как правило, стоятся договоры, предусматривающие возможность одной из сторон совершать юридические действия с третьими лицами, которые непосредственно влекут юридические последствия для

другой стороны сделки (в чьих интересах совершается сделка). Применение к данным сделкам общих правил об основаниях расторжения договора может привести к существенному нарушению интересов одной из сторон. В социальной связи между автором и заказчиком нет никакой социальной необходимости вводить возможность расторжения договора по инициативе одной из сторон при утрате доверия, что собственно и делает законодатель. В связи с чем договор авторского заказа и не является фидуциарной сделкой.

Значительное внимание в диссертации уделяется правовой цели договора. Это один из ключевых вопросов диссертации. Автор обращает внимание, что правовой целью договора авторского заказа может быть не только получение имущественных прав на произведение, но и само произведение, точнее доступ к нему. Автор верно отмечает, что согласно действующему российскому законодательству, если в договоре авторского заказа не указано предоставление прав заказчику на произведение, то у него возникает только право собственности на материальный носитель произведения или только доступ к произведению.

Заслуживает внимания и одобрения позиция автора о том, что обязательство из договора авторского заказа по своей сущности, не направлено на вовлечение исключительного права в гражданский оборот, автор доказывает, что заказчика в данном виде договора интересует само произведение (С.35,75 диссертации). И действительно есть договоры авторского заказа, правовой целью которых не является приобретение прав на произведение. В работе приводятся примеры таких договоров авторского заказа, это договоры на написание картины, нанесения настенной росписи в церквях, создания рисунков на теле человека, стихов в альбомы (С.85 диссертации). Заказчика интересует само произведение, автор диссертации отмечает «цель (имеется в виду «договора») – «увидеть» созданное произведение, т.е. получить возможность пользоваться им, выражающееся в воздействии на его чувства» (С.128 диссертации). При этом в указанных в

диссертации ряде примеров автор договора даже и не передает материальный носитель заказчику, так как материальный носитель уже находится в собственности заказчика или произведение «овеществляется» иными способами – без закрепления в материальной форме (С.121-122 диссертации).

Витко В.С. правильно отмечает, что даже в том случае, если по договору авторского заказа передается материальный носитель, т.е. вещь, в которой воплощено произведение, то предметом данного договора является не сама вещь, а произведение, он остроумно замечает «Если в литературе достаточно общим мнением является необходимость передачи материального носителя произведения, то из этого, конечно, не следует, что цель заказчика заключается в получении самого по себе носителя: ведь никто, к примеру, получив холст, с закрепленным на нем изображением, не располагает картину изображением к стене»(С.85 диссертации).

Таким образом, автор доказал, что заключая договор авторского заказа, заказчик нередко не преследует цель получения прав на произведение, а это означает, что передача исключительного права или предоставления права на использование произведения, созданного по договору авторского заказа, является факультативным условием и может не включаться в договор, т.е. данные условия свойственны далеко не каждому договору авторского заказа, а, следовательно, не могут и выступать общим квалифицирующим признаком данного вида договора.

Обстоятельно Витко В.С. рассматривает предмет договора авторского заказа, что представляется правильным, так как предмет договора позволяет определить правовую природу договора, отграничить его от смежных договоров, определить конструкцию договора в целом и соответственно решить все вытекающие из данной конструкции правовые вопросы, связанные с заключением, исполнением и прекращением действия договора. Начав изложение данного вопроса с представления различных точек зрения, автор глубоко и детально анализирует каждую из них, выявляет слабые и сильные стороны, выдвигает аргументы против той или иной представленной позиции.

Далее он переходит к рассмотрению понятия оригинала произведения и его правового режима, рассмотрению различных видов договоров авторского заказа, и постепенно приходит к выводу, что предметом любого вида договора авторского заказа является создание произведения и передача его в пользование заказчику путем передачи материального носителя с созданным произведением в случае закрепления произведения в материальном носителе, либо непосредственного сообщения (изложения, доведения) произведения заказчику (С.130, 132, 168 диссертации).

Ранее позиция о том, что по договору авторского заказа автор не просто создает произведение, но и доводит произведение до заказчика была высказана Э.П.Гавриловым и К.Гавриловым в статье «Договоры заказа на создание авторских произведений» (Журнал «Хозяйство и право.2013. № 3), о чем указано и в диссертации Витко В.С. Однако Витко В.С. добавляет, что произведение передается в пользование заказчика. Из текста диссертации следует, что у заказчика должно возникать некое право пользования Произведением, которого не должно быть у других лиц (С.128 диссертации). Витко В.С. отмечает, что «в таком случае целью заказчика является извлечение из произведения его полезных свойств. При этом не каждое лицо должно обладать такой возможностью, а только заказчик и (или), с его согласия, иные другие лица. Было бы странно, если бы некое лицо могло бы без разрешения заказчика, к примеру, читать стихи, написанные для заказчика» (С.128 диссертации).

Автор диссертации предлагает ввести новое правомочие – право пользования произведением, содержание которого составляет обеспеченная законом возможностью извлекать из произведения его полезные свойства, которые, как следует из приведенных в диссертации описаний возможностей заказчика по отношению к произведению сводится в получении последним эстетического наслаждения от произведения и недопущении других лиц к получению подобных наслаждений без согласия заказчика. Нужно ли введение данного права и как оно скажется на правах автора? Представляется,

что введение данного права приведет к невозможности реализации автором как права на обнародование произведения, так и оставшегося у него исключительного права на произведение, ведь реализовав данные права автор сделает возможным наслаждение произведением третьими лицами, чем нарушит право пользования произведением, принадлежащего заказчику. Стоит ли так жестко относиться к автору, не напоминает в таком случае заказчик в какой-то степени «собаку на сени» - у самого нет исключительного права, да и тот у которого оно есть не сможет его осуществить. Безусловно, интерес заказчика, не приобретающего ни исключительного права на произведение, ни права использования произведения по договору авторского заказа нужно защищать. И если интересы заказчика, получившего оригинал произведения, в какой-то мере защищены положениями ст.1291 ГК РФ, то интересы заказчика, получившего экземпляр или репродукции произведения, или доступ к произведению в иной, не овеществлённой форме, никак не защищены.

Автор диссертации правильно обращает внимание на необходимость защиты интересов заказчика, но представляется, что введение права пользования на произведение приведет к разбалансировке, неправильному балансу интересов автора, заказчика и общества, изменению структуры исключительного права, отрицанию понимания исключительного права как единого права и возможности передачи отдельных правомочий исключительного права по договору, что может негативно отразиться на других институтах авторского права и соответственно привести к еще большей разбалансировке интересов разных категорий лиц, а может и к другим негативным последствиям. Влияние последствий введения данного права на других институтах авторского права в диссертации не исследовалось.

В связи с изложенным я не разделяю позицию автора диссертации, что пользование может выступать квалифицирующим признаком договора авторского заказа, в связи с чем в этой части (в части включения пользования в состав квалифицирующего, конституирующего признака договора

авторского заказа, в определение договора авторского заказа) не согласна с положениями 4,5 и 6 выносимых на защиту. Если из текста положений 4,5 и 6 выносимых на защиту вывести «пользование», то в этом случае они заслуживают одобрения.

Конструктивно автором рассмотрена возможность включения создания произведения в предмет договора авторского заказа. В своей диссертации Витко В.С. обращает внимание на то, что если разделять принятую в научной среде позицию о том, что создание произведения не может являться предметом договора, так как творческий акт не может быть предметом регулирования, то тогда получается, что предметом договора становится материальный носитель произведения, т.е. вещь и тогда возникшие отношения в зависимости от наличия или отсутствия встречного исполнения со стороны заказчика можно охарактеризовать или как договор купли-продажи, или как договор дарения (С.84-85 диссертации) с единственной особенностью, что продавцом или соответственно дарителем выступает автор (С.84 диссертации).

Автор приходит к правильному выводу, что создание произведения именно как обязанность, а не как процесс составляет предмет данного договора авторского заказа. Представляется, что автор очень хорошо аргументировал данную позицию и разбил позиции авторов, полагающих, что включение создания произведения в предмет договора не соответствует конституционному принципу свободы творчества, включающий в том числе такой аспект, как недопустимость принуждения кого-либо к творческому труду. Автор верно отмечает, что включение в предмет договора условия о обязанности автора создать произведение не приводит к нарушению данного конституционного принципа. Принуждения автор при заключении договора авторского заказа не испытывает, автор сам при заключении договора выражает свою волю, что он готов создать произведение. Кроме того, в договоре авторского заказа к произведению предъявляются лишь общие

требования, автор сам определяет форму произведения, что естественно, не влечет вмешательство заказчика в личную (творческую сферу автора).

Как уже отмечалось выше, автором рассмотрено понятие оригинал произведения и его правовой режим.

В цивилистической доктрине существует два основных подхода в понимании оригинала произведения: первый подход заключается в том, что оригинал произведения рассматривается как уникальная вещь, под которой понимается единственная вещь в своем роде. В связи с чем, в качестве оригинала произведения рассматриваются только произведения изобразительного искусства. Второй подход заключается в том, что под оригиналом произведения понимается материальный носитель, созданный самим автором произведения.

Витко В.С. разделяет второй подход и правильно уточняет существо второго подхода, указывая на то, что более верным будет сказать «не создание материального объекта, а закрепление объективной формы произведения в материальном носителе» (С.65 диссертации).

Первый подход основан на понимании уникальности как связанности с единственным в своем роде материальным носителем, второй - на том, что он (оригинал) происходит от автора. Витко В.С. делает еще одно уточнение в понимании оригинала произведения, он отмечает, что не обязательно, чтобы закрепление объективной формы произведения в материальном носителе осуществлялось самим автором, это может сделать и другое лицо, управомоченное автором» (С.66 диссертации). Однако, термин «управомоченное автором лицо» в данном случае, нам видится, неприемлемым, так как для объективизации произведения на материальном носителе лицу, которое это будет осуществлять, не нужны полномочия, это действия фактического характера, поэтому для того, чтобы отметить, что данные действия совершаются не посторонним лицом и являются реализацией воли автора, полагаю в качестве характеристики данных действий, позволяющих сделать вывод о создании оригинала произведения, следует

указать, что такая объективизация произведения в материальном носителе может осуществляться под контролем автора третьим лицом, выбранным автором или согласованным с автором для совершения данных действий.

После рассмотрения природы оригинала произведения автор диссертации переходит к рассмотрению правового режима данного объекта. Витко В.С. обоснованно критикует имеющийся в литературе подход, что оригинал произведения есть единство вещи и исключительного права, что якобы между данными правами существует правовая связь. Автор верно выдвигает аргументы, доказывая свою позицию об отсутствии правовой связи и о недопустимости вообще использования подобной терминологии, так как правовая связь существует между субъектами права.

Особое внимание автор диссертации обращает на предложенную Видьмо В.В. концепцию комплексных прав на оригинал художественного произведения (С.75 диссертации). Последняя предлагает ввести новый объект гражданского права — как неразрывную совокупность вещного и интеллектуального права (комплексные права), признаваемые на оригинал художественного произведения, которые должны вовлекаться в гражданский оборот как единый объект. Это предлагается сделать для того, чтобы допустить одновременный переход комплексных прав на оригинал художественного произведения, а к договору, который опосредует такой переход, применять положения о распоряжении правом, которое является основным в составе комплексных прав.

В такой концепции заложен ряд ошибок в понимании существа оригинала произведения. В данной концепции оригинал произведения рассматривается как некий единый по структуре объект, как синтез вещи и произведения. Не понятно, как можно смешивать данные объекты. Да, и кроме того, верно отмечает Витко В.С, что это приведет к ущемлению интересов автора произведения. В наше время первостепенной ценностью становится облегчение гражданского оборота, его стабильность, гражданское общество превращается исключительно в объединение дельцов, торгашей. Динамика

отношений становится во главе внимания законодателя, только непонятно, почему разработчики законопроектов не понимают, что динамики не будет существовать, если не будет существовать статике, являющейся базой, основой для возникновения относительных, динамичных правоотношений.

С учетом изложенного, заслуживают поддержки второе и третье положения на защиту. Второе положение на защиту относительно понятия оригинала произведения только нуждается в небольшой правке, а именно в замене термина «управомоченное лицо» на более корректное указание данного лица.

Положения 7,8,9 и 10 выносимые на защиту связаны с признанием существования договора о создании служебного произведения. При этом под договором о создании служебных произведений понимается 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 (положение 8 на защиту).

Я не разделяю позицию о допустимости существования договора о создании служебного произведения. Создание служебного произведения происходит в силу не договора о создании произведения, а в силу задания работодателя, который является односторонним актом. Любой договор предполагает общую согласованную волю сторон, никакого согласования воли при выдаче служебного задания не происходит, работодатель сам определяет срок создания произведения и требования к произведению. В связи с чем, представляется, что основанием появления служебного произведения является сложный юридический состав: заключение трудового договора, дача работодателем служебного задания, создание произведения работником и предоставление доступа к произведению работником работодателю. Думается, что именно в силу данного сложного юридического состава

происходит переход исключительного права от автора-работника к работодателю, т.е. переход происходит в силу закона, а не договора.

Создание произведения происходит в силу исполнения трудовых обязанностей, т.е. в рамках трудовых правоотношений, а вот переход исключительного права от автора к работодателю является гражданско-правовым актом, но этим актом является не договор между автором и работодателем, а, как уже было указано, сложный юридический состав.

Оставление исключительного права за автором должно регулироваться гражданско-правовым договором, так как отношения о принадлежности авторских прав, которые имеют гражданско-правовой характер не могут составлять содержание трудового договора.

Относительно положений 11,12 и 13 выносимых на защиту. В данных положениях указаны квалифицирующие признаки договора заказа и дается определение договора заказа.

Относительно положения 11 выносимого на защиту. Следует согласиться с тем, что в качестве квалифицирующего признака договора заказа произведений (ст. 1296 ГК РФ) выступает особенность субъекта стороны договора - подрядчика (исполнителя). В качестве последнего, как указывает правильно Витко В.С, может быть любое лицо, кроме автора (физическое лицо), чьим творческим трудом должно быть создано произведение.

Также в положении 11 выносимым на защиту Витко В.С. отмечает, что обязательство, возникающее из договора заказа, ввиду того, что подрядчик не может быть творцом произведения, не содержит обязанности создать произведение, 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.

Отчасти с данной позицией можно согласиться, но только отчасти. Так нельзя согласиться с тем, что:

1. Юридическим действием, направленным на обеспечение создания произведения является договор о создании служебного произведения. Причиной несогласия является то, что я не могу разделить подход о том, что для создания служебного произведения заключается договор о создании служебного произведения.
2. Фактические действия исполнителя заключаются в передаче произведения в пользование заказчику. Как указывалось, выше, нельзя разделить позицию автора диссертации о введении права пользования на произведение.

Положение 13 на защиту. Оно звучит так «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 имущественные права на произведение не обязательно подлежат передаче заказчику, не укладывается в известные праву виды договоров и по этой причине является самостоятельным договором». Существо данного положения на защиту я разделяю, однако с указанием в предмете договора – передачу произведения в пользование согласиться не могу, обоснование несогласия с правом пользования на произведение у заказчика было приведено мною при анализе положений, выносимых на защиту, касающихся договора авторского заказа.

И в последнюю очередь я позволила изложить свою позицию по первому положению на защиту, в котором автор выделяет все виды договоров о создании произведения и указывает как критерии для разграничения этих видов договоров, так и важные конституирующие

признаки каждого из них.

Витко В.С. предлагает все договоры о создании произведений науки, литературы и искусства разделить 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).

С данной позицией соискателя я не согласна:

Во-первых, потому, что существуют и другие договоры на создание произведения, это может быть государственный или муниципальный контракт на создание произведения; договор о совместной деятельности, где в качестве таковой предусматривается создание произведения совместными усилиями сторон; договор о предоставлении гранта на создание произведения.

Во-вторых, я не могу признать существование договора о создании служебного произведения.

Вместе с тем, первое положение на защиту состоит из нескольких положений, некоторые из которых заслуживают поддержки. А именно то, что:

1. Признаком, объединяющим эти договоры (договоры о создании произведений), является отсутствие произведения, как объекта авторского права, в момент их заключения.
2. Все эти договоры не являются распорядительными сделками.
3. Отличительным признаком договора заказа произведений является то, что создание произведений не входит в обязанность подрядчика создать произведение.

Несмотря на замечания, некоторые из которых могут носить дискуссионный характер, диссертация Витко В.С на тему «Правовая природа договоров по созданию произведений», представленная на соискание ученой степени кандидата юридических наук, выполнена на высоком профессиональном уровне, в целом написана хорошим юридическим и даже

литературным языком, соответствует требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени кандидата юридических наук, предусмотренным в Положении о порядке присуждения ученых степеней, утвержденным постановлением Правительства РФ от 24.09.2013 № 842 (ред. от 01.10.2018), а соискатель заслуживает присуждения искомой ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 - гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Официальный оппонент, кандидат
юридических наук, доцент, доцент
кафедры гражданского права
ФГБОУ ВО «Московский государственный
юридический университет имени О.Е.Кутафина
(МГЮА)»

Моргунова Елена Алексеевна

125993, г.Москва, ул.Садовая-Кудринская, д.9

тел: +7(499)244-85-06, e-mail: msal@msal.ru

ПОДПИСЬ

ЗАВЕРЯЮ

НАЧАЛЬНИК ОТДЕЛА

УПРАВЛЕНИЯ КАДРОВ Л.Б. КРАСИЛЬНИКОВА

«23» 11 2018 г.

