

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Монография В.С. Витко посвящена интересной и актуальной теме — анализу правовой природы группы договоров в сфере авторского права, объединенных тем, что все они направлены на регулирование отношений, вытекающих из факта создания новых произведений.

Автор очень внимательно и критически рассматривает многочисленные и весьма разнообразные доктринальные позиции по спорным вопросам, связанным с толкованием содержащихся в ГК РФ норм, посвященных договорам авторского заказа (ст. 1288), договорам о создании служебных произведений (ст. 1295) и договорам заказа произведений (ст. 1296).

На основе анализа действующего российского законодательства и теоретических взглядов широкого круга отечественных специалистов в области гражданского права и права интеллектуальной собственности В.С. Витко весьма убедительно обосновывает свои взгляды на правовую природу вышеназванных договоров. Безусловно положительным моментом является то, что в работе большое внимание уделяется также судебной практике.

В.С. Витко в своей монографии показывает глубокие знания в области исследуемых проблем, высокий уровень теоретической подготовки, прекрасное знакомство с научной литературой, законодательством и судебной практикой.

Структура книги обеспечивает выполнение исследовательских задач, поставленных перед собой автором. Рассматриваемые вопросы раскрыты достаточно полно, выводы ясны и понятны, логически вытекают из предваряющих их рассуждений.

Монография представляет научный и практический интерес для специалистов как в области интеллектуальных прав, так и в сфере обязательственного права. Она также будет полезна студентам, аспирантам и преподавателям юридических вузов.

*Елена Александровна Павлова,
кандидат юридических наук, начальник отдела
законодательства об интеллектуальных правах,
заведующая кафедрой интеллектуальных прав
ФГБНУ «Исследовательский центр частного права
им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации»*

Если бы меня спросили, что в жизни необходимей —
хлеб, нефть, каменный уголь или литература,
я бы, не колеблясь, ответил — литература.
А.Б. Мариенгоф

ВВЕДЕНИЕ

Значение договоров о создании произведений науки, литературы и искусства (далее — произведения) для сферы интеллектуальной собственности заключается в том, что именно с создания произведений начинаются 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 ст. 1288—1291 ГК РФ. Правила ст. 1295, посвященной служебным произведениям, а также ст. 1296 ГК РФ, относящейся к произведениям, созданным по заказу, касаются лишь порядка распределения имущественных прав на созданные произведения. Таким образом, часть четвертая ГК РФ недостаточно регулирует отношения по созданию произведений.

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 сути оказались законом не урегулированными.

По этим причинам до сих пор не достигнуто единство научных позиций об объекте, о предмете и правовой природе вышеуказанных договоров. Эти правовые вопросы нуждаются в дальнейшем исследовании.

В настоящей книге будет рассмотрена правовая природа договора авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ), договора о создании произведения в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебного произведения) (ст. 1295 ГК РФ) и договора заказа (ст. 1296 ГК РФ).

В целом ряде работ разрабатывалась проблема установления юридической природы вышеперечисленных договоров, но, на наш взгляд, предложенные решения не видятся удовлетворительными. По этой причине мы предлагаем свое представление о правовой природе договоров о создании произведений.

ГЛАВА 1. ДОГОВОР АВТОРСКОГО ЗАКАЗА

§ 1. Понятие и квалифицирующие признаки договора авторского заказа

В науке гражданского права отсутствует целостное учение о договоре авторского заказа на создание произведений науки, литературы и искусства. По этой причине до сих пор исследователями ведутся дискуссии относительно квалифицирующих признаков, предмета, состава существенных условий этого вида договора. В юридической доктрине также отсутствует единство мнений о правовой природе упомянутого договора: вопрос о том, является договор авторского заказа разновидностью гражданско-правового договора, смешанным договором или же это договор особого рода, до сих пор является дискуссионным.

В части четвертой ГК РФ договор авторского заказа (ст. 1288) выделяется в качестве отдельного вида договора. Нормы, регулирующие правоотношения, вытекающие из договоров авторского заказа, содержатся в ст. 1288–1291 ГК РФ.

По установлению законодателя договор авторского заказа представляет собой самостоятельный гражданско-правовой договор, т.е. отличающийся по своим специфическим признакам от любого из видов поименованных договоров, содержащихся в ГК РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 1288 ГК РФ под договором авторского заказа понимается такой договор, по которому 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.

Договором авторского заказа *могут быть* предусмотрены следующие обязанности автора, которые, по нашему мнению, являются *дополнительными (факультативными)*: отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах (п. 2 ст. 1288 ГК РФ).

Следует отметить, что в период действия Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее — Закон

об авторском праве) рассматриваемый договор имел следующее определение: «По авторскому договору заказа автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать его заказчику» (п. 1 ст. 33). Из этого можно заключить, что предметом договора являются создание и передача произведения заказчику.

Новое определение договора авторского заказа, предложенное законодателем, видится более удачным и точным ввиду того, что законодатель отказался от указания передачи заказчику самого по себе произведения. Это является правильным шагом, ведь, несомненно, само произведение (идеальный образ) физически передать невозможно.

С точки зрения общей характеристики всякого гражданско-правового договора договор авторского заказа является *консенсуальным, двусторонним* или *односторонним, возмездным* или *безвозмездным*, что вытекает из легального определения понятия этого договора.

Также и по общему мнению в литературе, «договор авторского заказа является *консенсуальным, возмездным* или *безвозмездным* (действует презумпция возмездности), *двусторонним* или *односторонним* (в случае, если он является безвозмездным)»¹. Данную позицию занимает О.А. Рузакова². Е.А. Суханов считает договор двусторонним, «поскольку на заказчике лежит обязанность финансировать разработку соответствующего объекта, а на исполнителе — обязанность по его созданию или разработке»³.

Итак, в случае, когда договор является безвозмездным, он порождает обязанность автора создать произведение, а заказчик имеет право требования исполнения этой обязанности, не неся никакой встречной обязанности по отношению к автору, т.е. «у кредитора — только право, а у должника — только обязанность»⁴, поэтому договор авторского заказа является односторонне обязывающим договором.

¹ Право интеллектуальной собственности. Т. 1: Общие положения: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. С. 223 (автор главы — Е.С. Гринь).

² Право интеллектуальной собственности. Т. 2: Авторское право: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. С. 338 (автор главы — О.А. Рузакова).

³ Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 2: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стереотип. М.: Статут, 2015. С. 548 (автор главы — Е.А. Суханов).

⁴ Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2016. Т. 2. С. 390. Известна следующая дефиниция: «Односторонний договор: в нем лишь одна сторона обязывается к совершению действия... тогда как другая сторона имеет только право...» (*Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. В 2 т. М.: Статут, 2005. Т. 2. С. 108).

Возникает вопрос: может ли договор авторского заказа, при условии его безвозмездности, быть двусторонним?

В литературе выдвинут тезис о том, что «основной обязанностью автора по договору художественного заказа является создание и представление в установленный срок эскиза и готового произведения... Основными обязанностями заказчика являются принятие произведения... и оплата его...»¹.

Можно встретить суждение в поддержку указанной позиции. Так, по мнению В.Н. Белоусова, «из сути этого договора следует, что заказчик обязан принять созданное произведение, выраженное на материальном носителе или в иной форме... В случае заключения возмездного договора авторского заказа обязанностью заказчика является выплата вознаграждения автору. Таким образом, договор авторского заказа является двусторонне обязывающим»².

Соглашаясь с этой точкой зрения, мы должны заключить, что безвозмездный договор в силу существования обязанности заказчика принять произведение является взаимным.

Однако в приведенном тезисе вызывает сомнения следующее: согласно п. 2 ст. 308 ГК РФ по взаимному договору каждая из сторон несет обязанность в пользу другой стороны, но принятие заказчиком произведения (материального носителя с произведением) *не составляет его обязанность*, так как совершается не в пользу автора, а в собственную пользу. По этой причине нельзя согласиться с тем обоснованием, что «в ст. 1288 ГК РФ такой обязанности не закреплено. Поэтому нельзя понудить заказчика совершать действия по принятию произведения»³.

Таким образом, в случае если договор авторского заказа является безвозмездным, то только одна сторона (автор) обязана совершить действие в пользу другой стороны (заказчика) — создать и передать произведение, закрепленное на материальном носителе или выраженное в ином способе, а заказчик при этом не несет в пользу автора никакой встречной обязанности, ведь нормы ст. 1288 ГК РФ не содержат обязанности заказчика принять созданное произведение, поскольку вряд ли можно понуждать заказчика к совершению

¹ Павлова Е.А. Авторское право на произведения изобразительного искусства: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 91.

² Белоусов В.Н. Договор авторского заказа в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2018. С. 22.

³ Белоусов В. Права и обязанности сторон по возмездному договору авторского заказа // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 7. С. 55.

действий, связанных с принятием произведения¹, поэтому договор авторского заказа будет являться односторонним.

Ю.П. Свит, отмечая, что ст. 1288 ГК РФ прямо не указывает на наличие каких-либо встречных обязанностей у заказчика, включая обязанность принять созданное произведение, резюмирует, что законодательство прямо не предусматривает встречных обязанностей заказчика по безвозмездному договору². Представляется, что в целях защиты слабой стороны договора³ — автора и обеспечения стабильности гражданского оборота ст. 1288 ГК РФ должна содержать условие об обязанности заказчика принять созданное произведение⁴.

По нашему мнению, договор авторского заказа может быть как *возмездным*, когда каждая из сторон договора имеет право перед другой стороной на встречное удовлетворение⁵: автор — получить цену произведения, заказчик — созданное произведение, так и *безвозмездным*.

Консенсуальный характер договора авторского заказа выражается исходя из закона в том, что по этому договору автор *обязуется* по заказу заказчика создать обусловленное договором произведение и передать материальный носитель произведения заказчику в собственность или во временное пользование⁶.

¹ *Бородина Ж.Н.* К вопросу об исполнении договора авторского заказа // Современные тенденции развития гражданского и гражданского процессуального законодательства и практики его применения. 2017. Т. 4. С. 49.

² *Свит Ю.П.* Договор авторского заказа // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 5. С. 6–7.

³ Верным представляется определение, согласно которому слабая сторона в гражданско-правовом договоре — это «условное обозначение участника договорных обязательств, обладающего значительно меньшим запасом тех или иных организационных, материальных, профессиональных, информационных и других конкурентных возможностей, имеющих значение для формирования, осуществления и защиты субъективного права ресурсов в сравнении со своим контрагентом» (*Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 412).

⁴ В связи с этим вспоминается история написания Ф.М. Достоевским романа «Игрок»: заказчик (издатель), посчитав, что у него по договору с писателем нет обязанности принять написанный роман, в целях уклонения от принятия написанного в срок романа скрылся от автора. В итоге, как известно, для доказательства написания романа в срок писателю по совету адвоката пришлось передать рукопись романа приставу.

⁵ *Иоффе О.С.* Избранные труды. В 4 т. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. Т. 3. С. 248–249.

⁶ Как справедливо отмечает О.В. Луткова, «поскольку в определениях договора отчуждения исключительных прав лицензионного договора в ГК РФ содержатся такие формулы действий автора или иного правообладателя, как «передает или обязуется передать», «предоставляет или обязуется предоставить», толкуя норму грамматически, можно сделать вывод, что в отечественной правовой системе договор об отчуждении или передаче авторских прав может рассматриваться и как реальный, и как консенсуальный»

Договор авторского заказа относится к числу консенсуальных договоров, поскольку совершается «единственно на основе достигнутого сторонами соглашения»¹. Для заключенности этого договора закон не требует передачи имущества, что могло бы служить признаком реального договора, которая совершается во исполнение возникшего из заключенного договора обязательства².

Отметим, что ряд авторов по этой же причине — за счет применения законодателем в определении договора слова «обязуется» — считает авторские договоры консенсуальными (И.А. Зенин³, А.П. Сергеев⁴, Р.Ш. Рахматулина⁵, Ю.П. Свит⁶ и др.)⁷.

Э. Гаврилов и К. Гаврилов пишут, что из «определения договора авторского заказа следует, что он относится к числу консенсуальных: слово «обязуется» означает, что договор считается заключенным тогда, когда стороны согласовали предмет и другие условия договора»⁸. В другой своей работе Э.П. Гаврилов приводит следующий довод в пользу консенсуальности всех «интеллектуальных» договоров: «В сфере интеллектуальных прав все охраняемые объекты являются нематериальными. Они не могут передаваться договорному партнеру, а поэтому все договоры в этой сфере должны считаться «консенсуальными»»⁹.

(Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизивно-правовое регулирование: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2018. С. 274).

¹ *Иоффе О.С. Избранные труды. Т. 3. С. 426.*

² По этой причине нельзя согласиться с тем, что «заключение реального договора должно быть приурочено к моменту передачи исключительного права» (*Афанасьева Е.С. Осуществление и защита интеллектуальных прав на служебные произведения сотрудников и учреждений МВД России: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2017. С. 96).*

³ *Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: БЕК, 1999. Т. 2. Полутом 1. С. 587.*

⁴ *Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 1999. С. 260.*

⁵ *Рахматулина Р.Ш. Договор в авторском праве с участием иностранных лиц. М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. С. 21.*

⁶ *Свит Ю.П. Указ. соч. С. 5.*

⁷ Как отмечается в одном исследовании, «наиболее распространенной законодательной закреплённой конструкцией лицензионного договора является реальный договор (Франция, Китай, Япония), однако в некоторых странах закреплена конструкция консенсуального договора (США)» (*Луткова О. Договор отчуждения исключительных прав и лицензионный договор в трансграничных авторских отношениях // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 11. С. 35).*

⁸ *Гаврилов Э., Гаврилов К. Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3. С. 29.*

⁹ *Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. М.: Юрсервитум, 2015. С. 54.*

На наш взгляд, в первую очередь по причине того, что «в самом понятии реального договора заложено, что он связан с вещами, которые передаются в собственность или во владение»¹, а договор авторского заказа связан с нематериальным объектом (произведением), он не может быть реальным. Именно по этому основанию В.И. Еременко принципиально отрицает возможность построения договора об отчуждении исключительного права и лицензионного договора по конструкции реального договора, поскольку нематериальные объекты невозможно передать в вещно-правовом смысле данного слова².

Другой причиной невозможности квалификации договора авторского заказа в качестве реального исходя из смысла конструкции реального договора, заключающейся «не в самой по себе передаче имущества при заключении договора, а в том, что момент заключения договора связывается с передачей такого имущества»³, является то, что возникновение обязательства из договора авторского заказа не ставится законодателем в зависимость от факта передачи произведения автором заказчику и поэтому договор считается заключенным в момент достижения сторонами соглашения.

При этом исходя из сущности договора, направленного на создание произведения, в момент его заключения обязанная сторона (автор) не может что-либо передать заказчику — ни произведение, ни имуще-

¹ Крашенинников Е. Комментарий к статье 409 ГК РФ // *Хозяйство и право*. 2003. № 9. С. 102.

² Еременко В.И. О правовой охране смежных прав в Российской Федерации // *Законодательство и экономика*. 2012. № 2. С. 35. В литературе высказывается мнение, согласно которому исключительное право может быть передано по реальному договору, поскольку, во-первых, ст. 1234 ГК РФ не содержит запрета на передачу по реальным договорам имущественных прав, во-вторых, иной подход не позволил бы использовать договоры доверительного управления по отношению к исключительным правам в силу их реального характера (см.: Харитонова Ю. Практические и доктринальные аспекты заключения и реализации договора доверительного управления исключительными правами // *Хозяйство и право*. 2016. № 7. С. 65).

Другой ученый также полагает, что «с учетом имущественного характера исключительного права, конструкции реального и консенсуального договора условно могут быть применены к рассматриваемым договорам [договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор. — В.В.], учитывая, что передача права имеет специфику по сравнению с передачей материальных объектов, а передача материального носителя произведения (объекта смежных прав) не влечет отчуждение исключительного права» (Право интеллектуальной собственности. Т. 2: Авторское право: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. С. 323 (автор главы — О.А. Рузакова)).

³ Матвеев А.Г. Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства: Учебное пособие. Пермь: ПГНИУ, 2015. С. 353.

ственные права на него¹, так как произведение еще только предстоит создать. По этой причине передача произведения, воплощенного в материальном носителе, будет являться исполнением ранее принятого автором обязательства, а не возникновением обязательства (правоотношения) по созданию произведения.

Такой же довод при обосновании консенсуальности договоров заказа приводит Е.А. Суханов: «Объект создается и передается заказчику уже после заключения договора»², т.е. передача созданного объекта происходит во исполнение заключенного договора.

Исходя из этого трудно согласиться с В.Н. Белоусовым, который, занимая позицию, согласно которой в обязательственном правоотношении объектом является действие по передаче вещи, а не вещь, и поскольку действия по передаче объекта (произведения), которого на момент заключения договора еще не существует, совершить невозможно, приходит к выводу о том, что договор авторского заказа является консенсуальным³.

В литературе высказывается любопытное мнение, согласно которому как договор об отчуждении исключительного права, так и лицензионный договор не является и не реальным — по причине нематериального характера объекта исключительного права, и не консенсуальным, так как право как таковое передано быть не может⁴. С этим мнением нельзя согласиться ввиду того, что для реальной конструкции договора важна передача имущества не сама по себе, а именно для заключенности договора; в отношении консенсуального договора закон вообще не требует передачи какого-либо блага.

По этой причине трудно разделить мнение исследователя, который, признавая возможность построения лицензионного договора по конструкции реального договора, пишет, что в этом случае «он будет признаваться заключенным только после того, как начато его исполнение, и именно сторонами совершены определенные действия, как-то: передача исключительного права, выплата предусмотренного договором вознаграждения и т.п.»⁵.

¹ В настоящей работе под имущественными правами на произведение понимается либо исключительное право на произведение, либо право использования произведения.

² Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 2: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 548 (автор главы — Е.А. Суханов).

³ Белоусов В.Н. Договор авторского заказа в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 17.

⁴ Чернишкина Г.Н. Некоторые особенности договоров о распоряжении исключительным правом // Евразийский Союз Ученых (ЕСУ). 2015. № 12(21). С. 134.

⁵ Деноткина А.В. Правовая охрана товарных знаков и объектов авторского права: сравнительно-правовой анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 102.

Хотя, как нам кажется, трудно найти серьезные доводы в пользу реального характера договора авторского заказа, тем не менее высказывается мнение, что исходя из существа договора о создании аудиовизуального произведения, а также из формулировок ст. 1234, 1235 ГК РФ можно сделать вывод, что такой договор может быть как консенсуальным, так и реальным¹.

Резюмируя, мы должны заключить, что договор авторского заказа сконструирован законодателем как консенсуальный договор. При этом сущности отношений по созданию авторами произведений отвечает консенсуальная модель².

В юридической литературе исходя из того, что произведение должно быть создано автором *лично*, ставится вопрос, относится ли договор авторского заказа к *фидуциарным*, т.е. «лично-доверительным», сделкам, в которых имеет значение характер отношений сторон, доверие между ними, когда личность кредитора либо должника имеет основополагающее значение³.

На наш взгляд, следует поддержать сделанный вывод о том, что договор авторского заказа является *фидуциарной* сделкой⁴.

С.Ю. Филиппова также полагает, что договор авторского заказа является *личным*, так как результат зависит от личности исполнителя. Это несомненно так. Но трудно согласиться с утверждением автора о том, что «в договоре *может быть* указано физическое лицо, которое будет осуществлять исполнение договора, изменение этого физического лица без согласия заказчика не допускается [курсив мой. — В.В.]⁵. Представляется, что не может быть никаких сомнений в том, что стороной договора авторского заказа и исполнителем по нему может быть только *одно и то же лицо* — автор, чьим творческим трудом должно быть создано произведение.

¹ *Бойцов И.А.* Договор о создании аудиовизуального произведения в праве России и Франции: сравнительно-правовой анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 146–147.

² Отметим, что мы всегда выступали убежденными сторонниками консенсуального характера договоров в сфере интеллектуальной собственности (см. об этом: *Витко В.С.* Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2012. С. 151–174).

³ *Белусов В.* Права и обязанности сторон по возмездному договору авторского заказа. С. 53–54.

⁴ *Белусов В.* Права и обязанности сторон по возмездному договору авторского заказа. С. 56; *Он же.* Договор авторского заказа в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 24.

⁵ *Филиппова С.Ю.* Фирменное право России. М.: Статут, 2016. С. 210.

Подводя итог, можно заключить, что договор авторского заказа является *консенсуальным, возмездным или безвозмездным, двусторонним или односторонним, фидуциарным*.

Что касается состава *квалифицирующих признаков* договора авторского заказа, то в доктрине отсутствует единство мнений.

Так, Н.М. Лапин, исходя из определения договора авторского заказа, выделяет следующие признаки: 1) объектом договора являются произведения науки, литературы и искусства; 2) произведение может быть создано только физическим лицом, являющимся автором¹; 3) цель договора заключается в создании произведений науки, литературы и искусства².

Первый признак нельзя признать верным. Произведение является объектом не только договора авторского заказа, но и иных договоров: договора о создании служебного произведения (ст. 1295 ГК РФ); договора заказа произведения, в котором исполнителем является не сам автор, а иное лицо (ст. 1296 ГК РФ); договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ (ст. 1297 ГК РФ); государственного (муниципального) контракта для государственных (муниципальных) нужд (ст. 1298 ГК РФ), а значит, упомянутый признак не может служить отличительной чертой договора авторского заказа. Таким образом, такой признак, как объект договора (произведение), не имеет самостоятельного значения и не может быть положен в основу выделения договора авторского заказа.

Из определения договора авторского заказа (п. 1 ст. 1288 ГК РФ) усматривается, что сторонами этого договора выступают *автор*³ и *заказчик*.

¹ Субъектом авторского права выступает только физическое лицо, способное мыслить и творить (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань: Тип. Имп. ун-та, 1891. С. 130); изначально субъектом авторского права является художник (см.: *Беляцкий С.А.* Новое авторское право в его основных принципах. СПб.: Изд-во юрид. кн. кл. «Право», 1912. С. 109).

Как известно, именно в рамках школы естественного права была выработана позиция, согласно которой произведение признавалось принадлежащим автору в силу факта его создания и которая была воспринята странами с римско-правовой традицией.

² *Лапин Н.* Регулирование договора авторского заказа в законодательстве России // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 3. С. 56–57.

³ В литературе высказывается мнение о том, что «с формальной точки зрения сторону договора авторского заказа, обязующуюся создать произведение, предусмотренное договором, на момент заключения такого договора нельзя назвать автором, т.е. лицом, чьим творческим трудом создано произведение, ведь как такового произведения еще нет» (*Корчуганова Л.В.* Специфика субъектного состава на стороне исполнителя по договору авторского заказа // Вопросы российской юстиции. 2015. № 1(2). С. 43). С точки зрения этого исследователя, поскольку «авторское право регулирует отношения, складывающиеся в процессе использования уже созданного произведения, то до создания самого произведения сторона договора авторского заказа может именоваться автором только

Особенность субъекта стороны договора (исполнителя), которым является автор (физическое лицо), имеет широкую поддержку у целого ряда ученых¹.

Так, Э. Гаврилов и К. Гаврилов отмечают, что поскольку создают произведения в соответствии с действующим законодательством граждане, становящиеся в результате этого авторами произведений, очевидно, что «одной из сторон всегда должен быть только автор как физическое лицо»².

Е.С. Гринь также считает, что договор авторского заказа не может быть заключен с иными лицами, кроме как с автором³. При этом, по ее мнению, «автор обязан лично выполнить работу. Привлечение иных лиц возможно, но замена автора может быть осуществлена с согласия заказчика»⁴.

О.А. Рузакова полагает, что автор должен создать произведение самостоятельно, но при этом считает, что «привлечение третьих лиц, которые будут выступать соавторами, соисполнителями, возможно с согласия заказчика»⁵.

На наш взгляд, особенность субъекта стороны договора (исполнителя) – автора, на котором лежит обязанность создать по поручению заказчика произведение, определяет специфику договора и поэтому является квалифицирующим признаком договора авторского заказа. При этом на стороне заказчика может быть любое лицо, а не только то, «которое может в силу закона обладать исключительным правом»⁶.

Следует отметить, что стороной договора авторского заказа может быть физическое лицо и в том случае, если оно имеет статус предпринимателя. Как указал по одному из дел суд, особенность правового положения автора, имеющего статус предпринимателя, заключается в том, что, несмотря на фактическое использование созданного им произведения в предпринимательской деятельности, авторское право

условно, и правильнее именовать соответствующую сторону договора авторского заказа «лицо, обязующееся создать произведение» (там же. С. 44). Этому мнению придерживались и другие авторы (см., например: *Рахматулина П.Ш.* Авторский договор с участием иностранных лиц: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 54). На наш взгляд, права Л.В. Сорокина, отмечавшая, что под автором в договоре авторского заказа понимается «лицо, чим творческим трудом создано (создается) произведение» (*Сорокина Л.В.* Автор как сторона авторского договора и договора авторского заказа // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2008. № 22. С. 72).

¹ См., например: *Хохлов В.А.* Договор авторского заказа в гражданском праве России // Журнал российского права. 2011. № 4. С. 27; *Бойцов И.А.* Указ. соч. С. 86.

² *Гаврилов Э., Гаврилов К.* Указ. соч. С. 29.

³ Право интеллектуальной собственности. Т. 1: Общие положения: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. С. 223 (автор главы – Е.С. Гринь).

⁴ Там же. С. 225.

⁵ Там же. С. 256 (автор главы – О.А. Рузакова).

⁶ *Бойцов И.А.* Указ. соч. С. 86.