

ПРЕДИСЛОВИЕ

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

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

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

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

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

ВВЕДЕНИЕ

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

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

Важность этого вопроса объясняется тем, что рынок так называемой заказной разработки программного обеспечения в России, являющийся составной частью рынка ИТ-услуг, составляет около 25% его объема. Приведу динамику рынка заказного программного обеспечения по годам (млн долл.) по данным IDC¹: 2009 г. — 576,0; 2010 г. — 902,0; 2011 г. — 1610,0; 2012 г. — 1730,0; 2013 г. — 1848,0, из которой следует, что правильная юридическая квалификация договора заказа крайне важна в целях определения режима налогообложения НДС, в частности при выполнении работ по созданию программного обеспечения по договору заказа.

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

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

¹ <http://www.tadviser.ru>

ГЛАВА 1. ДОГОВОР АВТОРСКОГО ЗАКАЗА (СТ. 1288 ГК РФ)

§ 1. Виды договоров на разработку программ для ЭВМ

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

1) договоры, предмет которых прямо предусматривает создание программ для ЭВМ:

- автором (ст. 1288 «Договор авторского заказа» ГК РФ);
- любым иным лицом, кроме автора (ст. 1296 «Произведения, созданные по заказу» ГК РФ);

2) договоры, предмет которых прямо не предусматривает создания программ для ЭВМ:

— при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ (ст. 1297 «Произведения, созданные при выполнении работ по договору» ГК РФ);

— по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд (ст. 1298 «Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту» ГК РФ).

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

1) «договоры заказа», т. е. договоры, по которым исполнитель обязуется создать соответствующий результат творческой деятельности по заданию заказчика (ст. 1288, 1296, 1463, 1372, 1431 ГК РФ);

2) государственные (муниципальные) контракты могут выступать в качестве договоров по созданию результатов творческой деятельности, поскольку в ходе исполнения могут быть созданы различные ре-

зультаты творческой деятельности, относящиеся как к авторскому, так и к патентному праву. Названные контракты могут либо заключаться специально с целью создания соответствующего результата творческой деятельности, и их можно считать договорами государственного (муниципального) заказа, либо не преследовать такой цели;

3) охраняемые результаты могут быть созданы при выполнении работ по обычным договорам подряда, а также по договорам на проведение НИР и ОКР, которые прямо не предусматривали их создание. Объектами таких обязательств могут быть только результаты технического творчества: программы для ЭВМ; топологии ИМС; изобретения, полезные модели и промышленные образцы; различные ноу-хау¹.

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

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

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

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

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

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

¹ См.: Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стереотип. М.: Статут, 2016. С. 541–543 (автор главы — Е.А. Суханов).

все больше нарастает, что порождает потребность в их исследовании и подробном разъяснении»¹.

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

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

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

Так, С. П. Гришаев отмечал, что «спорным является вопрос о том, относятся ли к предмету договора конкретные права, передаваемые автором, либо само произведение»².

По мнению В. Погуляева, из нормы, установленной п. 1 ст. 33 Закона об авторском праве, следует, что результатом работы является созданное произведение, которое и должно быть передано автором заказчику³.

Л. Максимова также считала, что предметом договора авторского заказа являются произведение, результат выполненной работы⁴.

Более того, по ее мнению, при заключении договора авторского заказа у автора в силу закона *не возникает обязанности передать права на использование* создаваемого произведения заказчику⁵. В итоге Л. Максимова приходила к выводу о том, что, передавая право собственности на произведение (материальный объект, в котором произведение выражено), автор *не передает* тем самым и права на его использование⁶, т. е. по договору авторского заказа «заказчик может обладать произведением, но не вправе его использовать»⁷.

¹ Погуляев В. Авторский договор на создание произведения: применение общих правил о подряде // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2000. № 3. С. 52.

² Гришаев С. П. Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2003. С. 54.

³ См.: Погуляев В. Указ. соч.

⁴ Максимова Л. Является ли авторский договор заказа договором подряда? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 1. С. 56–57.

⁵ См. там же. С. 58.

⁶ См. там же.

⁷ Там же.

Эту точку зрения поддерживал В. Погуляев, который указывал на ошибочность мнения, согласно которому «передача автором готового произведения автоматически влечет за собой и передачу исключительных прав на его использование заказчику»¹.

По его мнению, «в контексте п. 1 ст. 33 Закона имеется в виду передача произведения как материального объекта (например, рукопись, эскиз, фотография и т. д.) заказчику. *Исключительные же права на произведение остаются за автором* [курсив мой. — В. В.]»².

Как следствие, В. Погуляев приходил к следующему выводу: «Чтобы использовать созданное по договору заказа произведение, заказчику до начала использования необходимо получить разрешение автора (заключить авторский договор). В противном случае использование будет незаконным»³.

Л. Максимова приводила такой аргумент: «Поскольку предметом авторского договора не могут быть права на использование произведения, которое автор может создать в будущем, *предметом договора заказа на создание произведения не могут быть одновременно и права на создаваемое в рамках этого договора произведение*, так как оно еще не создано [курсив мой. — В. В.]»⁴.

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

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

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

¹ См.: Погуляев В. Указ. соч. С. 52.

² Там же.

³ Там же. С. 53.

⁴ Максимова Л. Указ. соч. С. 58.

⁵ Рахматулина Р. Ш. Авторский договор с участием иностранных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

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

1) автор создает произведение и передает его заказчику, который при этом *не имеет прав на его использование*;

2) исключительные права на созданное произведение не переходят сразу к заказчику и до заключения авторского договора принадлежат автору произведения;

3) включение в договор заказа условий, предусматривающих уступку прав на использование будущего произведения, противоречит п. 5 ст. 31 Закона об авторском праве;

4) заказчик может получить права на использование произведения только по авторскому договору¹.

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

Такую позицию, например, занимал В.О. Калятин: «Договор заказа имеет целью не просто абстрактное создание произведения, а передачу соответствующих прав заказчику»².

Аналогичной точки зрения придерживался Э.П. Гаврилов, который утверждал, что «договор заказа (ст. 33 Закона) относится не только к созданию произведения, но и к передаче его заказчику. Такая передача означает предоставление заказчику определенного набора авторских правомочий. Без этого последнего нельзя говорить об авторском договоре заказа: договор превращается в договор подрядного типа об изготовлении материальной вещи»³.

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

¹ См.: Погуляев В. Указ. соч. С. 56.

² Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000. С. 169.

³ Гаврилов Э. П. Каким быть закону об авторском праве? // Патенты и лицензии. 2001. № 10. С. 14.

называть авторский договор заказа «авторским». Такой договор превращается в договор подрядного типа на создание произведения»¹.

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

Как справедливо полагал В. В. Каминский, п. 1 ст. 33 Закона об авторском праве должен иметь следующую редакцию: «По авторскому договору заказа автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать *как само произведение, так и имущественные права, определенные сторонами в договоре*, заказчику [курсив мой. — В. В.]»².

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

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

В итоге Суд, основываясь на том, что по условиям договора автор обязался создать произведение и передать издательству исключительные права на его воспроизведение и тиражирование, пришел к выводу, что «в рассматриваемом случае *одновременно* с авторским договором

¹ Каминский В. В. Передача авторских прав по договору: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 103–104.

² Там же. С. 143.

заказа сторонами был заключен авторский договор передачи исключительных прав на использование произведения [курсив мой. — В. В.], при этом имущественные права на использование произведения возникли у общества с момента передачи ему автором созданного произведения на материальном носителе.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Исходя из определения договора авторского заказа, содержащегося в п. 1 ст. 1288 ГК РФ («По договору авторского заказа одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме. Материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование»), его предметом являются создание произведения¹ на материальном носителе и передача материального носителя заказчику.

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

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

Так, И. Сидорина пишет, что договором авторского заказа «закрепляется лишь обязанность автора передать заказчику материальный носитель с произведением в собственность или во временное пользование», а имущественные права остаются у автора, если нет соглашения об обратном².

По мнению Л. Подшибихина, предметом договора авторского заказа являются создание и передача заказанной программы для ЭВМ для использования³.

Н.М. Лапин, критически оценивая положения ст. 1288 ГК РФ, пишет о том, что условия о передаче или об отчуждении прав на произведение заказчику являются факультативными и, следовательно, формально задача автора может сводиться к созданию произведения

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

² См.: Сидорина И. Авторское право в системе российского и немецкого права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 4. С. 69–70.

³ См.: Подшибихин Л. Особенности правовой охраны программ для ЭВМ в Российской Федерации // Там же. 2009. № 11. С. 10.