

*Макаров Петр Александрович
студент 4 курса
Национальный исследовательский университет Высшая школа
экономики
Россия, г. Москва
e-mail: mr.makaroffp@gmail.com*

КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СЛУЖЕБНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В РФ И США

***Аннотация:** В рамках исследовательской работы проведен сравнительно-правовой анализ института служебных произведений в правовых системах США и РФ, в ходе которого были выявлены фундаментальные различия как на уровне законодательства, так и на уровне правоприменительной практики. Также были изучены особенности судебной практики по вопросу критериев определения служебного произведения. Более того, автором был определен субъектный состав правоотношений при создании work-for-hire по американскому и российскому законодательству.*

***Ключевые слова:** служебное произведения, авторское право, work-for-hire, исключительное право.*

*Makarov Petr Aleksandrovich
4th year student
National Research University Higher school of economics
Russia, Moscow*

CRITERIA FOR DETERMINING WORKS-FOR-HIRE IN THE RUSSIAN FEDERATION AND THE USA

***Abstract:** As part of the research work, a comparative legal analysis of the institute of works made for hire in the law and order of the USA and the Russian Federation was carried out, during which fundamental differences were identified both at the level of legislation and at the level of law enforcement practice. The peculiarities of judicial practice on the issue of criteria for determining the work-for-hire were also studied. Moreover, the author defined the subject structure of legal relations when creating work-for-hire under American and Russian legislation.*

***Key words:** copyright, work-for-hire, exclusive right.*

25 ноября 2016 года в рамках заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам РФ по вопросам, возникающим при применении норм Гражданского кодекса Российской Федерации о служебных

результатах интеллектуальной деятельности Новоселова Л.А. отметила увеличение количества результатов интеллектуальной деятельности, которые создаются в качестве служебных, и, как следствие, выявлен рост споров, возникающих между субъектами по поводу служебных произведений [1, с. 6]. В рамках данной статьи будут рассмотрены основные вопросы, касающиеся критериев определения служебных произведений в двух правовых порядках: РФ и США.

Для начала стоит акцентировать внимание на том, что от признания произведения служебным зависит судьба исключительного права на такое произведение. Итак, в Российской Федерации отсутствует прямая норма, закрепляющая те или иные критерии определения, однако их можно вывести из буквального толкования норм главы 4 Гражданского кодекса (далее по тексту – ГК РФ), а также с учетом сложившейся судебной практики.

Важной оговоркой является проблема актуального законодательства, поскольку Верховный суд РФ закрепил презумпцию использования той нормы законодательства, в период действия которой было создано произведение, относительно которого необходимо установить: является оно служебным или нет [2].

Начать стоит с ответа на вопрос: **входило ли данное задание в пределы трудовых обязанностей работника?** Данный критерий напрямую выведен из пункта 1 статьи 1295 ГК РФ, в соответствии с которым служебное произведение создается не иначе как в пределах установленных трудовых обязанностей. В Постановлении Пленума № 10 от 23.04.2019 Верховный суд РФ в пункте 104 провел временную границу для произведений, созданных во время действия Закона об авторском праве, указав на выполнение «служебных обязанностей или служебного задания работодателя» [3]. Если же произведение было создано после 31.12.2007 года, то речь уже идет о «трудовых обязанностях» аналогично пункту 1 статьи 1295 ГК РФ. Получается ключевым является факт создания произведения в связи с выполнением таких обязанностей. При этом законодатель проигнорировал необходимость определения понятия «трудовые обязанности»,

несмотря на довольно-таки частое употребление данной конструкции в тексте Трудового кодекса РФ. В доктрине представляется разумным под трудовым обязанностями считать обязанности, возложенные на работника трудовым договором, то есть установленные в рамках его трудовой функции [4, с. 22]. Также пункт 2 статьи 1295 упоминает наряду с трудовым договором и гражданско-правовой договор между работником и работодателем, что ошибочно может наталкивать на мысль об иной связи между сторонами нежели трудовые отношения. Однако представляется разумным отнесения к служебным произведения только те, которые выполнены в рамках трудовых функций [5].

Более того, в период действия Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» используя оборот «служебные обязанности или служебное задание работодателя» по сути не исключал выхода за пределы служебных обязанностей при выполнении служебного задания. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» не внес никакой ясности относительно данного вопроса. В этой связи такая ситуация ставила в более выгодное положение работодателя, по всей видимости последующие изменения затронули и эти формулировки. Таким образом, первый и основополагающий критерий – **создание произведения в связи с выполнением работником трудовых функций.**

При всем при этом в случае имеющегося спора между работодателем и автором произведения, бремя доказывания касательно «содержания трудовых обязанностей работника и факт создания произведения в пределах таких обязанностей» лежит именно на работодателе [6]. Если же работодатель сможет доказать данные факты, то в таком случае работник будет обременен обязанностью доказать законность использования данного произведения [7]. Второй важный аспект – напрямую связан с пониманием произведения в логике отечественного правоприменителя, то есть работник должен вложить свой **творческих труд в процесс создания такого произведения.** Иными словами,

две ситуации, при которых работник написал квартальный отчет по работе или написал стихотворение для публикации в журнале – имеют разный итог в контексте определения служебного произведения [8].

Следующее, что следует иметь в виду, что факт использования работником в процессе создания определенного произведения материалов работодателя не может свидетельствовать о том, что данное произведение является служебным [9]. Также на практике сложился однозначный подход, в соответствии с которым **место создания произведения не имеет принципиального значения**, то есть другими словами, служебное произведение может быть создано работником дома [10]. Касательно времени создания произведения стоит поговорить отдельно, поскольку в российской судебной практике на данный момент не сложилось единого мнения по данной проблеме. Так, например, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 августа 2018 г. № 09АП-32915/18 гласит: «Режим служебного произведения не может распространяться на материал, созданный лицом **в нерабочее время** при условии того, что в отношении работника не установлено особенностей режима рабочего времени (ненормированного или гибкого рабочего времени, сменного характера работы)» [11]. В то же самое время в решениях судов имеется и абсолютно противоположная позиция, согласно которой создание произведения в нерабочее время в рамках выполнения трудовых обязанностей не свидетельствует о том, что объект не является служебным [12].

Логичным решением данного спора выступает позиция руководителя IP практики Capital Legal Services Елены Бергер, которая предложила для того, чтобы работодатель мог себя в какой-то степени обезопасить от признания произведения неслужебным, установить для категорий работников, в трудовые обязанности которых входит создание подобных результатов интеллектуальной деятельности, ненормированный график работы в соответствии со статьей 101 ТК РФ [13].

Наконец, Суд по интеллектуальным правам РФ сформулировал те нюансы, на которые также необходимо обращать внимание при решении вопроса о

признании произведения служебным. Так, в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 18.08.2020 по делу № А40-256611/2017 указано следующее: «Исследованию подлежат не только формальные аспекты в виде содержания должностной инструкции и трудового договора, а **вся совокупность обстоятельств**, связанных с трудовыми отношениями автора произведения (например, место выполнения работ по созданию охраноспособных объектов; источник оборудования и средств, используемых для их создания; возможность осуществления работодателем контроля за работой, в рамках которой созданы охраноспособные объекты; цель создания охраноспособных объектов и другие значимые обстоятельства» [14].

Резюмируя вышеизложенные положения закона и судебной практики, становится очевидным проблемность определения характера произведения, которое было создано лицом, состоящим в отношениях по модели «работник – работодатель». Тем не менее для решения вопроса: является вновь созданное произведение служебным или нет, суд в первую очередь руководствуется основополагающим критерием создания произведения в связи с трудовыми обязанностями, при этом учитывая всю совокупность фактических обстоятельств. Логичным ответом на ранее поставленный второй вопрос о дефиниции служебного произведения в РФ будет являться отсылка к норме статьи 1259 с рядом оговорок и опорой на судебную практику. Так, **служебным произведением** в российском правовом порядке следует считать *произведение науки, литературы или искусства, созданное посредством использования творческого труда работника в пределах установленных для него (автора) трудовых обязанностей*.

Переходя к разговору о критериях определения служебных произведений в Соединенных Штатах Америки, несомненно стоит обратиться к Copyright Act of 1976, поскольку в уже упомянутом 101 параграфе даются конкретные параметры, по которым можно определить: речь идет о служебном произведении или нет.

Во-первых, термин «**work made for hire**» при близком переводе означает «работа, созданная по найму», что адаптируя на русский язык означает произведение, созданное лицом, нанятым на работу (в законе часто используют термины «работа» и «произведение» в равном значении). Так, в понимании американского законодателя существуют две плоскости, в которых можно говорить о создании служебного произведения. Первый вариант содержится в пункте 1 раздела «**Work made for hire**»: **работа, подготовленная работником в рамках его трудовой деятельности** (within the scope of his or her employment) [15]. К сожалению, в данном законе более не говорится о понятии трудовой деятельности, однако представляется разумным перевод слова «employment» читать как «занятость», «работа», «наем». В свою очередь это говорит нам о более широком толковании служебного произведения нежели подход, сформулированный в 1259 ГК РФ [16].

Второй иллюстрацией института служебных произведений в правопорядке Соединенных Штатов является положение о работе на заказ. Следующий пункт вышеупомянутой статьи Copyright Act of 1976 под служебным произведением также понимает произведение, **выполненное по специальному заказу или заказанное для использования в качестве вклада в коллективное произведение, как дополнительная работа**, если стороны прямо соглашаются в подписанном ими письменном документе, что работа должна считаться работой, выполненной по найму [17].

Сразу стоит отметить, что законодательно также и определено, что из себя представляет «**дополнительная работа**» в данном контексте - произведение, подготовленное для публикации в качестве вторичного дополнения к произведению другого автора или для использования в других произведениях (например: иллюстрация в книге, предисловие в книге, схемы, таблицы и так далее). То есть в данном случае речь идет как раз-таки о некоем специальном поручении, в том числе и о служебном задании (по тексту российского закона), выполняя которое, лицо создает произведение, впоследствии признанное служебным. Другими словами, если российский законодатель сменил вектор

развития, внося изменения и исключив норму о служебном задании, то в США институт служебного произведения рассматривается куда шире, соответственно, и ситуаций, когда произведение создано «по чьей-то просьбе» или «для кого-то» позже признается служебным, намного больше. К слову, суды изначально применяли исключительно доктрину «классического» служебного произведения по модели трудовых отношений «работник-работодатель» [18]. И лишь позже было распространено действие данной доктрины на произведения, которые были созданы независимым лицом, то есть лицом, не состоящим в трудовых отношениях (independent contractor) [19].

Таким образом, основополагающий вывод, который можно сделать при буквальном прочтении параграфа 101 – служебное произведение в Соединенных Штатах Америки есть не что иное, как весьма развитый с точки зрения юридической техники институт, поскольку на законодательном уровне был решен вопрос о том, по каким критериям следует определять относимость того или иного результата интеллектуальной деятельности к служебным произведениям. К слову, Верховный суд США в 1989 году в решении по делу *Community for Creative Non-Violence v. Reed* прямо указал на то, что при наличии трудовых отношений применяется первый пункт 101 параграфа, а при создании произведения независимым лицом – второй [20].

Следующим важным моментом является отсутствие в американском законодательстве легальных дефиниций «работник» и «независимый исполнитель», поэтому для того, чтобы как-раз различать две описанные ситуации в Copyright Act of 1976 Верховному суду США пришлось обратиться к общим принципам американского права и выделить ряд критериев, основе которых можно определить природу взаимоотношений в модели «автор – заинтересованная сторона» [21]. Так, среди прочего основными критериями являются:

- 1) Наличие контроля за выполнением работы;
- 2) Место выполнения работы;
- 3) Способ оплаты работы;

- 4) Продолжительность отношений между сторонами;
- 5) В чьей собственности находились материалы для работы;
- 6) Какая из сторон нанимает и оплачивает помощников в ходе выполнения работы;
- 7) Возможность привлечения к иным проектам;
- 8) Характеристика стороны, выступающей в качестве нанимателя.

Таким образом Верховный суд призвал по сути комплексно оценивать правоотношения между сторонами на основе данных критериев, а затем делать вывод не только о природе отношений между автором и нанимателем, но и в целом о наличии в конкретном кейсе служебного произведения. В то же самое время американские суды, впрочем, как и российские, не пришли к единству судебной практики. Так, в кейсе *JustMed Inc. v. Вусе* суд признал автора работником, а его произведение служебным, несмотря на тот факт, что она работала на своем компьютере у себя дома [22]. Однако, например, суд в Балтиморе не признал работу, выполненную у себя дома, служебным произведением, потому что автор сам нанял и оплатил помощников, а работа на дому не позволяла нанимателю следить и контролировать процесс создания произведения [23]. Разношерстность судебной практики говорит не только о возможном различном понимании роли тех или иных критериев, выведенных Верховным судом США, но и о необходимости комплексно анализировать все фактические обстоятельства дела для того, чтобы понять какие факты важны через призму критериев, а какие нет.

Подводя черту всем рассуждениям касательно критериев определения служебного произведения в Соединенных Штатах Америки, представляется вполне разумным дать пояснение по самой дефиниции данного института. Американский закон об авторском праве шагнул вперед по сравнению с его российским «двойником», так как был избран путь расширительного толкования понятия «служебное произведение». Подход, при котором служебное произведение – *есть не только та работа, которая создана при выполнении трудовых функции, но и та, которая выполнена по специальному заказу или*

заказана для вклада в другое произведение – выглядит весьма прогрессивным и отвечающим современным требованиям гражданского оборота. Наконец, деятельность Верховного суда США также можно оценить, как весьма позитивную в ключе понимания природы отношений между сторонами для последующего разрешения спора. Несмотря на противоречивую судебную практику, следование судами критериям определения служебного произведения позволяет максимально подробно разобраться в фактической части спора, а также максимально эффективно его разрешить.

По итогу, сравнив два правопорядка по вопросу критериев определения служебного произведения, можно обнаружить следующее: несмотря на наличие определенных сходств в тех или иных положениях, наблюдается весьма явное отличие в подходах: с одной стороны разносторонний подход к трактовкам, которые подкреплены не только законодательно, но и на уровне судебной практики, с другой – скорее беззубая попытка заимствовать зарубежный опыт. Несмотря на наличие хорошего фундамента в виде старого закона, а также постановлений ВАС и ВС РФ, отечественный законодатель не стремится изменить скромные формулировки в Гражданском кодексе, а судебная практика иногда напрочь игнорирует прогресс в гражданском обороте.

Список литературы:

1. Протокол № 15 Заседание Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 25 ноября 2016 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 14. С. 6-18.

2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. Федеральный выпуск № 96(7854).

3. Павлова Е.А. ГК РФ: авторские права на служебные произведения и произведения, созданные на средства других лиц // Патенты и лицензии. 2007. № 6. С. 22.

4. Еременко В.И. Развитие института служебных произведений в России. Предпринимательство и право. Информационно-аналитический портал. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=1418> (дата обращения: 09.05.2022 г.).

5. Рязанова Д.С. Критерии определения служебного произведения: как автору защититься от претензий бывшего работодателя. zakon.ru. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: https://zakon.ru/blog/2020/11/09/kriterii_opredeleniya_sluzhebnogo_proizvedeniya_kak_avtoru_zaschitit_ot_pretenzij_byvshego_rabotodat (дата обращения: 09.05.2022 г.).

6. Катков П.А. Служебное произведение: юридические риски и судебная практика. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://internet.garant.ru/#/document/59604402> (дата обращения: 11.05.2022 г.)

7. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 августа 2018 г. № 09АП-32915/18 [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://base.garant.ru/62686629/> (дата обращения: 21.07.2022 г.).

8. Апелляционное определение СК по гражданским делам Пензенского областного суда от 16 июня 2015 г. по делу № 33-1578/2015 // Справочно-правовая система «Консультант-Плюс».

9. Урашлева А.С. О каких нюансах оформления отношений с создающими объекты интеллектуальной собственности сотрудниками стоит знать работодателям? [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://www.garant.ru/news/1265587/> (дата обращения: 11.05.2021 г.).

10. Рязанова Д.С. Критерии определения служебного произведения: как автору защититься от претензий бывшего работодателя. zakon.ru. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: https://zakon.ru/blog/2020/11/09/kriterii_opredeleniya_sluzhebnogo_proizvedeniya_kak_avtoru_zaschitit_ot_pretenzij_byvshego_rabotodat (дата обращения: 09.05.2021 г.).

11. Public Law 94-553. Copyright Act of 1976 by the 94th Congress of the United States. § 101. [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://www.copyright.gov/history/pl94-553.pdf> // (date of view: 11.05.2022).

12. Яковлев А.Б. Служебное произведение как объект авторского права по законодательству Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки: сравнительно-правовой анализ // Образование и право. 2016. № 4. С. 1535-1537.

13. Крылов И.В. Правовой режим служебных произведений в США. zakon.ru [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: https://zakon.ru/blog/2018/8/12/pravovoj_rezhim_sluzhebnyh_proizvedenij_v_ssha (дата обращения: 12.05.2021 г.).

14. Shapiro Bernstein & Co. v. Jerry Vogel Music Co., 221 F.2d 569, 570, aff'd, 223 F.2d 252 (CA2 1955).

15. Community for Creative Non-Violence v. Reed 490 U.S. 730 (1989) [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: https://www.duanemorris.com/site/static/Community_for_Creative_Non-Violence_et_al_v_James_Earl_Reid.pdf // (date of view: 11.05.2022 г.).

16. JustMed Inc. v. Byce, 600 F.3d 1118, 1124 (9th Cir.2010) [Электронный ресурс] // Режим доступа: URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-justmed-inc-v-byce> (date of view: 13.05.2022 г.).