

А.Н.Козырев

ОЦЕНКА
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ

Экспертное Бюро-М
1997 год

ББК 65.9.(2)245 + ББК 67.99(2)3
К59

Козырев А.Н.

Оценка интеллектуальной собственности. — М.: Экспертное бюро-М, 1997. - 289 с.

Редактор Бомкин В.И.

Компьютерная верстка выполнена в пакете CypTUG-emTeX с использованием кириллических шрифтов семейства ЛН.

Научно-практическое пособие — первое публикуемое на русском языке систематическое изложение современных методов оценки интеллектуальной собственности — содержит необходимые сведения справочного и теоретического характера, а также конкретные методические рекомендации по оценке, учету и использованию исключительных прав (интеллектуальной собственности) в бизнесе. Излагаемые методы оценки исключительных прав демонстрируются на «живых» примерах из практического опыта, приобретенного автором за время работы в Центре исследований и развития фирмы Ernst&Young Vneshconsult Group с 1994 по 1996 год, а позднее в Международном Инвестиционном Союзе.

Пособие рассчитано на квалифицированных читателей, включая патентных поверенных, аудиторов, профессиональных оценщиков, а также предпринимателей и консультантов по бизнесу в инновационной или научно-технической сфере.

ISBN 5-86065-018-3

© Козырев А.Н.

© „Экспертное бюро-М“, 1997

Содержание

Предисловие академика Н.Я. Петракова	7
Предисловие автора	10
1 Институты интеллектуальной собственности	14
1.1. Объекты и цели оценивания	16
1.1.1. Объекты исключительных прав	16
1.1.2. Спрос на услуги по оценке прав ИС	25
1.1.3. Теория прав собственности	28
1.2. Формирование портфеля прав	33
1.2.1. Идентификация объекта правовой охраны	33
1.2.2. Спецификация оборотоспособных прав	36
1.2.3. Передача прав ИС	41
1.3. Три «теоремы» экономики права	44
1.3.1. Теорема Р. Коуза	45
1.3.2. Теорема А. Смита	48
1.3.3. Теорема Р. Познера	50
1.4. Уточнение понятия «оценка»	55
1.4.1. Оценка как число	55
1.4.2. Паушальные платежи и роялти	55
1.4.3. Оценка как совокупность условий	56
1.5. Злоупотребления правами	57
1.5.1. Приватизация бизнеса без предприятия	57
1.5.2. Большой секрет маленькой компании	59
1.5.3. Присвоение «чужих» товарных знаков	60

2	Оценка прав ИС при корпоративных транзакциях	62
2.1.	Корпоративные транзакции	63
2.1.1.	Примеры корпоративных транзакций	64
2.1.2.	Снижение транзакционных издержек	69
2.1.3.	Смена организационных форм	71
2.2.	Пополнение портфеля прав	78
2.2.1.	Портфель прав ИС в проекте «Вита»	79
2.2.2.	Портфель прав ИС в проекте «Кузя»	80
2.2.3.	Техника пополнения портфеля прав	81
2.3.	От оценки бизнеса к оценке прав	82
2.3.1.	Подходы к оцениванию прав ИС	83
2.3.2.	Оценка ИС при завершении проекта	87
2.3.3.	Предприятия типа «пятьдесят на пятьдесят»	97
2.4.	Оценка портфеля прав по затратам	103
2.4.1.	Партнерства для исследований и развития	103
2.4.2.	Оценка ИС на 1-й стадии проекта «Вита»	107
2.4.3.	Оценка ИС на 2-й стадии проекта «Кузя»	107
2.5.	Символическая оценка ИС	109
2.5.1.	Обмен технологии на доступ к рынку	110
2.5.2.	Оценка вклада франшизора	113
2.5.3.	Оценка ИС в начале проекта «Кузя»	115
3	Оценка патентов и лицензий при продаже	118
3.1.	Цена отказа от конкуренции	120
3.1.1.	Диапазон рыночной оценки	120
3.1.2.	Оценка снизу	124
3.1.3.	Оценка сверху	129
3.2.	Влияние транзакционных издержек	131
3.2.1.	Цена судебного преследования	132
3.2.2.	Вероятность успеха	134
3.2.3.	Российская специфика	137
3.3.	Другие способы оценки	138
3.3.1.	Правило двадцати пяти процентов	138
3.3.2.	Рыночный подход	140
3.3.3.	Затратный подход	143
3.3.4.	Подход от общего профиля бизнеса	144

3.3.5.	Сближение X и Y оценок	148
3.4.	Рынок программного обеспечения	152
3.4.1.	Оберточные лицензии	152
3.4.2.	Возвращение к лицензированию	155
3.4.3.	Подписка на программный продукт	156
3.5.	Формализация подходов к оценке	168
3.5.1.	Формализация переговорного процесса	168
3.5.2.	Неманипулируемость	171
3.5.3.	Упрощающие предположения	171
3.5.4.	Экономико-математические модели	174
3.5.5.	Интерпретация идей экономики права	190
4	Оценка исключительных прав судами	195
4.1.	Сведения из области права	196
4.1.1.	Подведомственность споров	196
4.1.2.	Форма выражения и обоснование оценки	199
4.1.3.	Принудительное лицензирование	202
4.2.	Прецеденты судебных решений	209
4.2.1.	Определение правообладателя	209
4.2.2.	Нарушение исключительных прав	214
4.2.3.	Правомерность амортизации прав	221
4.3.	Обоснование претензий	226
4.3.1.	Выбор инстанции для подачи иска	227
4.3.2.	Экспертиза	229
4.3.3.	Использование бухгалтерских данных	231
5	Учет прав ИС	236
5.1.	Стоимость прав и налогообложение	237
5.1.1.	Нормы учета нематериальных активов	239
5.1.2.	Неизменность базы налогообложения	246
5.1.3.	Учет прав ИС при приватизации науки	252
5.2.	Альтернативные способы учета	258
5.2.1.	Включать или не включать?	258
5.2.2.	Учетные функции активов	262
5.2.3.	Пробелы и противоречия в нормах учета	267
5.3.	Оценка прав ИС для целей учета	269
5.3.1.	Учет ИС в системе национальных счетов	269

5.3.2. Оценка для целей статистического учета	271
5.3.3. Оценка прав ИС при приватизации	281

Предисловие академика Н.Я. Петракова

Интеллектуальная собственность — очень тонкая материя. Идеи витают в воздухе. «Слово не воробей — вылетит не поймаешь», — гласит русская пословица. Ну, а если это «слово» на самом деле — научная идея, или ключ к завоеванию рынка, или вообще любая концепция, прагматическое решение, нетривиальная комбинация, подпадающая под новомодный термин «ноу-хау»? Как быть с этим?

Собственность защищали все цивилизации, все общественные системы, независимо от того, называлась ли эта собственность частной, государственной, муниципальной или какой-то иной. Но собственность обычно была четко материализована. Земля, полезные ископаемые, сооружения, производственные фонды, транспортные и информационные коммуникации и т.д. и т.п.

Научно-техническая революция заставила обратить внимание на факт, который был веками в тени, — на действительную «невидимую руку» прогресса человечества. Интеллект превращается в материальную силу, мысль материализуется в конкретные изобретения, овеществляется в непредсказуемые формы.

Непредсказуемость результата интеллектуальной деятельности — главный феномен существования человека как личности и как составляющей антропогенной структуры. Интеллект — это способ-

ность генерировать новую информацию, то есть информацию, никогда не существовавшую в системе, которой принадлежит данный интеллект. Скажем, часы могут показывать только время. Они его могут показывать правильно или неправильно. Это единственная воля, которую им оставил создатель этих часов. Но часы не могут за счет внутренних ресурсов превратиться, например в космический корабль. Потому что в них не заложен механизм генерирования принципиально новой информации. В этом все дело!

Мы не хотим отвлекать внимание читателя на объяснение организации систем, способных генерировать новую информацию, совершенствоваться, впитывая и перерабатывая внешнюю информацию, прислушиваясь к внутрисистемным процессам. Наша задача — подготовить читателя к освоению предлагаемой его вниманию книги.

В спектре этой достаточно узкой задачи хотелось бы обратить внимание на проблему, являющуюся стержнем книги: как оценить интеллект в рамках рыночных отношений и соответственно в категориях рыночной экономики.

Ужасно! Как можно творческие муки, открытия и даже божественные озарения перевести в рубли и копейки? Не прикасайтесь к святому таинству творчества с денежной меркой. «Уберите Ленина с денег», — вопил один советский поэт, ныне славно устроившийся в бюрократически-рыночной среде.

Однако гений говорил иное: «Не продается вдохновенье, но можно рукопись продать».

Предлагаемая вниманию книга А. Козырева является уникальной разработкой. Автор скромно назвал ее «методическое пособие». Однако в связи с тем, что проблема прав интеллектуальной собственности слабо разработана и с юридической стороны и со стороны экономических измерений (что относится не только к российской, но и мировой литературе), автор вынужден рассматривать и научно-теоретический фундамент этой проблемы. И это ему с успехом удается.

Но все-таки главная ценность предлагаемого вниманию читателя исследования заключается в том, что оно является чрезвычайно полным путеводителем, надежной лоцманской картой в море проб-

лем, возникающих при защите прав интеллектуальной собственности. Мели, рифы и подводные течения здесь встречаются значительно чаще, чем, скажем, при оформлении купли-продажи, наследования, дарения, оценке стоимости недвижимости. Малейшие ошибки в оформлении прав интеллектуальной собственности могут привести к необратимому ущербу для ее владельца. Необратимому именно в силу специфических отличий этого вида собственности от традиционной недвижимости.

Профессиональные юристы и экономисты найдут в книге массу подробностей, «решающих мелочей» в области оценки исключительных прав на интеллектуальную собственность, в области налогообложения. Исключительно актуальным для сегодняшней российской действительности является оценка прав интеллектуальной собственности при приватизации.

Книга А. Козырева проливает свет на эти и иные темные пятна нашего правового пространства, а следовательно, объективно способствует созданию столь желанного правового государства под российским флагом.

Академик РАН Николай Петраков.

2 мая 1997 года.

Предисловие автора

Эта книга задумана и написана как научно-практическое пособие для предпринимателей, пытающихся делать бизнес в научно-технической или инновационной сфере, а также для консультантов по бизнесу, патентных поверенных, аудиторов, профессиональных оценщиков и всех, кто интересуется вопросами оценки, учета и использования прав интеллектуальной собственности.

Ориентация на решение практических задач определила круг рассматриваемых вопросов и основное содержание книги, куда вошли вопросы оценки исключительных прав (интеллектуальной собственности) при реализации инвестиционных проектов, оценки патентов и лицензий для продажи, оценки ущерба от нарушения исключительных прав, а также необходимые сведения из области права, статистики и бухгалтерского учета нематериальных активов. Сюда вошли также разнообразные примеры использования патентных и авторских прав, злоупотреблений исключительными правами, а также судебных разбирательств по поводу нарушения исключительных прав.

Кроме того, в книге нашли отражение научные пристрастия и практический опыт автора, много лет занимавшегося математической теорией экономического равновесия и экономикой права, а с 1994 по 1996 год проработавшего в Центре исследований и развития фирмы Эрнст и Янг Внешконсульт Групп (Ernst&Young Vneshconsult Group Research&Development Center). Именно практический опыт работы в фирме и знакомство с лучшими представителями российского бизнеса, многие из которых в прошлом занимались наукой

или работали в оборонных отраслях, преопределили включение в книгу небольших теоретических отступлений.

Первоначальный текст книги был написан как методическое пособие для сотрудников фирмы Ernst&Yong Vneshconsult Group и ее дочерних предприятий при оказании клиентам консультационных услуг по оценке и учету прав интеллектуальной собственности (промышленной собственности, авторских прав и т.д.), а также по использованию исключительных прав в бизнесе, прежде всего, в инвестиционных проектах. Этот текст постоянно менялся в соответствии с изменениями в законодательстве, в инструкциях по налогообложению, бухгалтерскому учету, а также в других нормативных документах. Таких изменений было достаточно много, причем иногда изменения в нормативных документах влекли за собой не только изменение ссылок на отдельные статьи, параграфы и пункты, но также изменение конкретных рекомендаций по использованию и оценке исключительных прав, т.е. по самой структуре сделок. Иными словами, в процессе внесения поправок в текст пособия можно было воочию наблюдать, как «мягкая рыночная инфраструктура» (законодательство, правила бухучета и стандарты поведения) влияет на оптимальную структуру сделок и, следовательно, на рыночную практику.

Этот эффект хорошо известен и подробно описан в теории прав собственности, а также выросшей из нее экономике права, что лишний раз подтверждает известный тезис о высочайшей практичности хорошей теории. Принципы, формулируемые в виде трех «Теорем» экономики права, неизменно служили мне путеводной звездой в решении многих практических вопросов как при обслуживании клиентов, так и при разработке проектов типовых договоров или новых нормативных документов. В этой связи я посчитал уместным включить в текст книги отдельные фрагменты данной теории, не навязывая их читателю, но и не отсылая его прямым к труднодоступным первоисточникам.

Дополнительным аргументом в пользу такого решения было желание придать книге некоторую долговечность в условиях быстрого изменения нормативной базы и устаревания ссылок. В современных условиях текст, слишком привязанный к конкретной действитель-

ности, устаревает в течение двух — трех месяцев, если в нем не присутствуют некоторые теоретические обобщения или теоретические посылки для конкретных выводов.

Аналогичную роль играет небольшой раздел, содержащий довольно простые (по меркам математиков) математические модели лицензионной торговли. Для практики оценивания эти модели почти ничего не дают, если не считать более глубокого понимания предмета. Кроме того, с помощью формальных моделей я пытался дать интерпретацию основных принципов теории прав собственности и оценить глубину той пропасти, которая разделяет формальные математические модели экономического равновесия и реальные проблемы рыночной экономики.

В идеале между математическими моделями и практикой оценивания пропасти быть не должно. Хотя современные оценщики пользуются только методами прямого счета, нормальной должна стать практика, когда оценщик, исходя из различных соображений, формулирует систему уравнений и, решая ее, получает оценку бизнеса, нематериальных активов и т.д. Российские оценщики, среди которых много кандидатов и докторов наук, вполне могут стать лидерами этого процесса. Здесь можно ожидать эффекта, аналогичного резкому повышению культуры обслуживания в результате массового перехода офицеров разгромленной большевиками белой армии в парижские таксисты. Уместно также напомнить, что Л.В. Канторович — наш единственный лауреат Нобелевской премии по экономике — получил премию за работу [18], имевшую самое непосредственное отношение к теории оценки.

В соответствии с традицией, соблюдаемой при написании всех методических пособий Ernst&Young, изложение материала с самого начала строилось на конкретных («живых») примерах из практики, что оказалось достаточно сложно в новых российских условиях, поскольку советский опыт оказался неадекватным новым реалиям, западный годился лишь с очень большими оговорками, а собственно российская практика только начинала складываться. К тому же российская практика с самого начала оказалась очень причудливой, неожиданной и даже парадоксальной. Злоупотребления исключительными правами или использование этих прав различны-

ми нетрадиционными способами началось едва ли не раньше, чем использование тех же прав по прямому назначению. Примеры такого нетрадиционного использования прав также нашли отражение в книге.

Мои теоретические взгляды на рассматриваемые проблемы в основном сформировались за время работы под руководством академика В.Л. Макарова, сначала в Институте математики СО АН СССР, потом в Центральном экономико-математическом институте РАН. Представление о переговорных процессах при лицензировании и о судебных разбирательствах по патентным делам в США я почерпнул из работ и докладов патентного поверенного Джона Ромэри, с которым встретился на семинаре НАТО в 1994 году и с тех пор поддерживаю дружеские отношения. Неоценимую помощь в сборе фактического материала о нарушениях исключительных прав, судебных процессах и злоупотреблениях правами мне оказали Г.В. Виталиев, и Б.А. Лобач, а в работе над инвестиционными проектами и проблемами учета исключительных прав — Г.И. Микерин и Н.Н. Яшина. Всем им, а также академику Н.Я. Петракову, прочитавшему рукопись книги и написавшему к ней интересное предисловие, выражаю глубокую признательность.

А.Н. Козырев

28 мая 1997 года

Глава 1

Институты интеллектуальной собственности

Интеллектуальная собственность (ИС) — собирательное понятие, применяемое [16] для обозначения прав на:

- результаты интеллектуальной (творческой) деятельности в области литературы, искусства, науки и техники, а также в других областях творчества;
- средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров или услуг;
- защиту от недобросовестной конкуренции.

Основное достоинство данной формулировки — универсальность, позволяющая охватить всю совокупность прав, которые в принципе могут быть отнесены к ИС¹, основной ее недостаток — аморфность,

¹Близкая по смыслу, но более узкая формулировка, оставляющая за рамками определения права на защиту от недобросовестной конкуренции, используется в юридическом словаре [5].

затрудняющая непосредственное практическое использование. Костяк или «твердое ядро» совокупности прав, которые в принципе могут быть отнесены к ИС, составляют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации². Однако далеко не все права, традиционно относимые к ИС, можно назвать исключительными.

Дать точное и универсальное определение ИС крайне сложно, если вообще возможно, поскольку содержание понятия ИС меняется по мере развития техники, рыночных отношений и законодательства, а объединяемые данным понятием права очень разнородны.

Более того, правильнее говорить об ИС не как о сложившемся понятии (пусть даже и не очень точном), а как о сложном динамично развивающемся институте, т.е. о постоянно пополняемой системе правовых норм, устоявшихся правил и стереотипов поведения [4]. При таком подходе каждая попытка дать общее определение ИС или исчерпывающее описание составляющих ИС прав представляется не более чем эпизодом в развитии института ИС.

Подробное описание ИС как правового института, т.е. как совокупности правовых норм, действующих в Российской Федерации, по состоянию на конец 1996 г. дано В.А. Рассудовским в [11]. Практика применения соответствующих правовых норм подробно изложена в учебных пособиях [1] и [40]. Однако для целей оценки необходим более широкий взгляд на институт ИС, отличный от чисто правового. При этом к самой оценочной деятельности также следует относиться как к институту, т.е. системе устоявшихся правил, стандартов и стереотипов поведения.

Представления об оценке ИС как о сфере профессиональной деятельности и о ее результатах требуют уточнений еще и потому, что бессмысленно говорить об оценке ИС вообще без указания объекта и целей оценивания. Оценка ИС для целей бизнеса принципиально отличается от оценок для бухгалтерского или статистического учета как по используемым методам расчетов, так и по конечным результатам. Поэтому настоящая глава целиком посвящена уточнению представлений об объектах и целях оценивания, а также специальным вопросам права и экономической теории, имеющим

²См. Гражданский кодекс РФ, Часть I, ст. 138.

непосредственное отношение к оценке.

1.1. Объекты и цели оценивания

Оценке для целей бизнеса или иных целей в первую очередь подлежат оборотоспособные имущественные права на результаты творческой деятельности или средства индивидуализации. Такие права можно оценивать как самостоятельные объекты или, выражаясь бухгалтерским языком, как идентифицируемые нематериальные активы. При этом необходимо различать права ИС, которые могут быть объектами гражданского оборота, и объекты таких прав, которые также могут быть объектами гражданского оборота и, следовательно, предметом оценки.

Права на защиту от недобросовестной конкуренции, а также другие права ИС, не обладающие оборотоспособностью, либо вообще не оцениваются, либо оцениваются вместе с другими аналогичными правами по принципу «большого котла» [13].

1.1.1. Объекты исключительных прав

Объектами интеллектуальной собственности (ОИС) принято называть результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров и услуг в случаях, предусмотренных законодательством. Главный критерий при отнесении таких объектов к ОИС — наличие правовой охраны. Как правило, наличие правовой охраны означает признание исключительных прав правообладателя на такой объект, что дает основание называть ОИС объектами исключительных прав.

Если для каких-то результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации правовая охрана законодательством не предусмотрена, то предмета для разговора о них как ОИС, строго говоря, не существует. Данный критерий нельзя считать абсолютным, так как законодательство развивается, а круг охраноспособных объектов постоянно расширяется. Поэтому к ОИС иногда относят также и те объекты, на которые пока не распространена, но в обозримом будущем может быть распространена правовая охрана.

В принципе ОИС могут рассматриваться как объекты гражданского оборота и, следовательно, быть объектами оценивания. Однако для целей бизнеса, бухгалтерского учета и иных целей, как правило³, оцениваются не сами ОИС, а права на них, причем оценка прав ИС⁴ зависит от целей ее предполагаемого использования и многих других факторов.

Расширительное и зауженное понимание ИС

Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), принятая в Стокгольме 14 июля 1967 г., трактует понятие ИС максимально широко, а к объектам прав ИС относит⁵:

- 1) литературные, художественные произведения и научные труды (охраняются авторским правом);
- 2) исполнительскую деятельность артистов, фонограммы и радиопередачи (охраняются смежными с авторскими правами);
- 3) изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, коммерческие наименования и обозначения, а также пресечение недобросовестной конкуренции (охраняются патентным правом и правом промышленной собственности)⁶.

Законодательство каждой конкретной страны, включая Россию, несколько сужает понятие ИС, но не так сильно, как иногда кажется. Вопреки весьма распространенному мнению норма ст. 138 «Интеллектуальная собственность» ГК РФ не содержит определения ИС и не определяет перечень прав, относимых к ИС, но имеет системообразующее значение [11]. В ней подчеркивается исключительный характер прав ИС и выделяются две группы объектов исключительных прав: результаты интеллектуальной деятельности и

³Исключения из этого правила обсуждаются в 1.1.2 и в 5.3.2.

⁴Здесь и далее термины «права ИС» и «права на ОИС» применяются как синонимы.

⁵Цитируется по [11]

⁶Строго говоря, право промышленной собственности включает в себя патентное право.

приравненные к ним средства индивидуализации. Если рассматривать эту норму как определение ИС, то понятия ИС и ОИС окажутся заведомо зауженными.

Рассматривая охраноспособность результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации как главный критерий признания их объектами ИС, необходимо сделать ряд оговорок, подчеркивающих достоинства и недостатки данного критерия, поскольку он не является ни абсолютным, ни общепринятым.

Во-первых, использование такого критерия позволяет составить исчерпывающий список ОИС на основе анализа законодательства, а не частных мнений специалистов. Хотя полученный таким образом список ОИС не будет универсальным, он адекватно отражает состояние законодательства конкретной страны (в данном случае России) в определенный период времени.

Во-вторых, законодательство достаточно быстро меняется, причем отчетливо прослеживается тенденция к расширению списка потенциальных ОИС. Поэтому удобно выделить в отдельную группу те объекты, признание которых в качестве ОИС бесспорно, а по поводу спорных объектов изложить наиболее известные концепции, чтобы вдумчивый читатель имел возможность сформировать собственную точку зрения.

В-третьих, важнейший критерий, по которому могут быть дифференцированы права ИС с точки зрения оценщика, — это отделенность от конкретного предприятия (юридического лица) и конкретного индивида (физического лица). Права ИС, неотделимые от предприятия, обладают весьма ограниченной оборотоспособностью, а права ИС, неотделимые от индивида, например личные неимущественные права на объекты авторского права, оборотоспособностью вообще не обладают.

Охраноспособные результаты творческой деятельности

Вне всякого сомнения охраноспособны в соответствии с действующим законодательством и, следовательно, относятся к ОИС следующие результаты интеллектуальной деятельности:

- изобретения, полезные модели, промышленные образцы, охраняемые Патентным законом РФ;
- произведения науки, литературы и искусства, а также другие объекты авторского и смежных прав, охраняемые законом РФ «Об авторском праве и смежных правах»;
- программы для ЭВМ и базы данных, охраняемые законом РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»;
- топологии интегральных микросхем, охраняемые законом РФ «О правовой охране топологий интегральных микросхем»;
- селекционные достижения, охраняемые законом РФ «О селекционных достижениях».

Из этого ряда несколько выпадают селекционные достижения, к числу которых относятся новые породы животных и сорта растений, полученные путем селекции. Сомнения вызывает целесообразность правовой охраны такого рода объектов, поскольку существуют естественные препятствия для их несанкционированного использования. Хотя формально правовая охрана селекционных достижений устроена по принципу патентной охраны, а передача прав на их использование происходит на основании лицензионных договоров, по сути все это имеет мало общего с правовой охраной или передачей прав на использование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

Тем не менее имущественные права на все перечисленные объекты, включая селекционные достижения, оборотоспособны, так как передаются на основе авторских, лицензионных или иных договоров.

Секреты производства (ноу-хау)

Секрет производства (ноу-хау) — техническая, организационная или коммерческая информация, которая защищается от незаконного использования третьими лицами, при условии что:

- 1) эта информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам;
- 2) к этой информации нет свободного доступа на законном основании;
- 3) обладатель информации принимает надлежащие меры к охране ее конфиденциальности.

В данном определении, заимствованном из ст. 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г., нет прямого указания относительно соотношения понятий ноу-хау и ОИС.

Принятие частей первой и второй ГК РФ не только не прояснило этот вопрос, но сделало его более запутанным и спорным. В частности, это касается результатов интеллектуальной деятельности, охраняемых как секреты производства (ноу-хау) или коммерческая тайна. Действующее законодательство и традиция вступили здесь в противоречие, которое на момент написания книги не разрешено, а мнения специалистов разделились. В частности, не существует единого мнения о соотношении ст. 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик и ст. 139 ГК РФ «Коммерческая тайна». Термин «ноу-хау» в настоящее время влечит полулегальное существование, так как с отменой Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик он практически исчез из легального оборота внутри страны, но остался, как минимум, в 79-ти международных договорах, унаследованных Россией от СССР или заключенных от своего имени⁷.

Противоречие между действующим ГК РФ и традицией состоит в том, что согласно традиции, закрепленной в конвенции об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности⁸ и в модельном Гражданском кодексе для стран СНГ, права на секреты

⁷Один из последних среди них — Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Французской Республики о сотрудничестве в области топлива и энергетики, б/н1 15.02.1996.

⁸Принята в Стокгольме 14 июля 1967 г.

производства (ноу-хау) принято относить к ИС, а в законодательстве РФ этот вопрос поставлен под сомнение. Действительно, в ГК РФ, Ч. I, ст. 138 «Интеллектуальная собственность» речь идет об исключительных правах на результаты интеллектуальной (творческой) деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации субъектов гражданского оборота, товаров и услуг. Так как права на секреты производства (ноу-хау) не могут быть исключительными в общепринятом смысле слова, их нельзя относить к ИС в смысле ст. 138 ГК, а в ст. 139 «Коммерческая тайна» ничего не говорится о том, что права на коммерческую тайну могут относиться к ИС, если речь идет о ноу-хау. В результате права на ноу-хау вообще выпадают из перечня ИС, что противоречит традиции.

Таким образом, однозначного понимания термина «ноу-хау» не существует. Смысл его иногда уточняют в рамках конкретного документа, в других случаях он становится понятен из контекста. Более того, этот термин часто употребляется в гораздо более широком смысле, чем определение, сформулированное выше.

Для целей бизнеса и оценки, связанной с этими целями, целесообразно различать три вида ноу-хау:

- 1) неотделимые от конкретного индивидуума (физического лица), в том числе индивидуальные навыки и умения;
- 2) неотделимые от конкретного предприятия (юридического лица), в том числе технологии, основанные на традиции или предполагающие необычно высокую культуру производства;
- 3) отделимые в общем случае от предприятия или индивидуума, в том числе: сознательно скрываемые технические сведения, рисунки, чертежи, а также «условные (номинальные) ноу-хау» [55], т.е. сохраняемые в секрете патентоспособные результаты.

Результатами интеллектуальной деятельности в полном смысле слова можно признать ноу-хау лишь третьего типа. В отношении ноу-хау второго типа такое признание возможно, но выглядит некоторой натяжкой, а в отношении ноу-хау первого типа более уместно говорить о способностях конкретного индивидуума, чем о результатах его деятельности.

Исходя из всего сказанного, в качестве ОИС можно рассматривать ноу-хау только третьего типа, причем только при условии признания их охраноспособными и соответствующем расширении понятия ИС, используемого в ныне действующем ГК РФ.

Коммерческая тайна

Наилучшим выходом из противоречия между гражданским законодательством и традицией, о котором говорилось выше, представляется следующее решение. Из ст. 138 ГК убирается слово «исключительные», а в законе РФ «О коммерческой тайне» детально прописываются правовые нормы охраны, передачи и использования секретов производства (ноу-хау)⁹. Разумеется, речь идет о ноу-хау только третьего типа, т.е. о результатах интеллектуальной деятельности, охраняемых в режиме коммерческой тайны. Близкая по смыслу концепция излагается в [39].

Согласно указанной концепции понятие «коммерческая тайна» существенно шире, чем понятие «секреты производства (ноу-хау)», так как коммерческую тайну могут составлять также списки клиентов, первичные бухгалтерские документы и многие другие сведения, разглашение которых нежелательно по тем или иным причинам. Разумеется, такие объекты нельзя рассматривать как ОИС, хотя с точки зрения оценки и учета они имеют с ОИС много общего.

Средства индивидуализации

К охраноспособным средствам индивидуализации бесспорно относятся товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров, охраняемые Законом РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

Права на товарные знаки и знаки обслуживания передаются на основании договоров, т.е. оборотоспособны. Единственная тонкость, иногда порождающая недоразумения с товарными знаками

⁹Такое решение реализовано в проекте закона «О коммерческой тайне», принятом Госдумой РФ в первом чтении 2 апреля 1997 г.

и знаками обслуживания, — необходимость их регистрации для получения правовой охраны. Эта тонкость очень ловко обыгрывается некоторыми российскими фирмами (см. 1.5.3).

Права на наименования мест происхождения товаров оборотоспособностью не обладают, так как неотделимы от места происхождения. Кроме того, они не являются исключительными в общепринятом смысле слова, следовательно, не относятся к ИС в смысле ст. 138 ГК.

Также к охраноспособным средствам индивидуализации следует отнести фирменные наименования. Права на фирменное наименование, строго говоря, неотделимы от самой фирмы. Исключение составляет договор франшизы (коммерческой концессии), в рамках которого франшизор — обладатель известного фирменного наименования разрешает пользоваться им своему франшизи.

Другие средства индивидуализации, такие как фирменная упаковка или фирменный стиль трудно считать охраноспособными, хотя права на них можно рассматривать как права на защиту от недобросовестной конкуренции, охраняемые законом РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

Собирательный характер ИС

При оценке прав ИС важно учитывать собирательный характер ИС, так как в конкретных ситуациях приходится иметь дело уже не с абстрактным понятием, относительно которого в законодательстве почти ничего не сказано, а с целым набором специальных законов, прежде всего, с Патентным законом РФ, законом РФ «О товарных знаках ...» и законом РФ «Об авторском праве и смежных правах», в которых детально регламентированы формы правовой охраны, процедуры передачи прав и соответствующие им типы договоров. Различные формы правовой охраны предполагают использование разных форм договоров и разных процедур при передаче соответствующих прав ИС. В частности, процедура передачи прав может требовать обязательной регистрации договора (патентной лицензии), регистрация договора может быть факультативной (необязательной), если передаются имущественные права на программу ЭВМ

или базу данных, и, наконец, регистрация может вообще не предусматриваться. Свободно ориентироваться в законодательстве об ИС может только специалист, без помощи которого оценщик неизбежно будет делать ошибки, которые обойдутся клиенту много дороже, чем размер гонорара любого специалиста.

Нематериальные активы

Права ИС, принадлежащие организации, составляют ее нематериальные активы. Поэтому оценка прав ИС и оценка нематериальных активов — почти синонимы. Однако различия все же есть, так как нематериальными активами могут быть не только права ИС, но и права пользования недвижимостью, землей, водой и другими природными ресурсами. Кроме того, нематериальными активами могут быть деловая репутация («гудвилл»), списки клиентов и некоторые другие объекты, о чем подробно сказано в 5.1.1.

В специальной литературе на русском языке вопрос о составе нематериальных активов крайне запутан, чему немало способствуют не вполне адекватные переводы англоязычной методической литературы по учету и оценочной деятельности, а также вполне адекватные переводы, издаваемые без комментариев специалистов. Необходимо учитывать, что существуют различия в профессиональном жаргоне американских юристов, бухгалтеров и оценщиков, включая различия в интерпретации внешне одинаковых терминов и различные вольности речи, допустимые в той или иной профессиональной среде. В частности, американские оценщики, рассуждая об оценке нематериальных активов, упоминают патенты и лицензии, а не права, вытекающие из патентов и лицензий, что было бы точнее. Нематериальными активами они называют также библиотеки, архивы, фильмы, тогда как правильнее говорить о правах на фильмы. Бухгалтеры и юристы вкладывают различный смысл в понятие «гудвилл» (деловая репутация) и т.д. Наконец, существуют объективные терминологические сложности при переводе, так как для многих англоязычных терминов пока нет русских эквивалентов. Поэтому описание состава нематериальных активов профессиональным американским оценщиком [13] следует воспринимать с известной осторожностью.

1.1.2. Спрос на услуги по оценке прав ИС

Спрос на услуги по оценке прав ИС возникает лишь в сфере бизнеса. Оценкой прав ИС для целей бухгалтерского учета занимаются не оценщики, а бухгалтеры, причем делают это в соответствии с очень жесткими правилами. Оценщики также не занимаются оценкой прав ИС для целей статистического учета. Разнообразие применяемых здесь методов впечатляет, но отношения к оценочной деятельности как профессии эти методы и получаемые оценки не имеют.

Оценка для целей бизнеса

Необходимость в оценке прав ИС для целей бизнеса возникает в разнообразных ситуациях и может быть связана как с необходимостью принятия решений, опирающихся на оценку прав ИС, так и с реализацией решений, принятых ранее из других соображений. В последнем случае оценка прав ИС зависит от ранее принятых решений, а не наоборот. Иначе говоря, оценка прав ИС для бизнеса определяется прежде всего конкретными экономическими интересами субъектов рыночной экономики.

Как правило, экономической оценке для целей бизнеса подлежат права ИС или целые пучки этих прав, которые обеспечивают их обладателю определенные преимущества над конкурентами (обладают исключительностью и рыночной ценностью), а также могут быть переданы другому лицу на основании договора или судебного решения (отчуждаемы). Роль профессионального оценщика в сделках или судебных решениях, предметом которых оказывается перераспределение прав ИС или возмещение ущерба от незаконного использования ОИС, как правило, сводится к участию в предварительных расчетах. Такие расчеты могут быть весьма сложны при видимой простоте исходных посылок и отдельных операций.

Существует набор относительно простых приемов, применяемых в разнообразных сочетаниях при оценке прав ИС. Сложность заключена не в самих приемах оценивания, а в правильном понимании конкретных ситуаций и выборе в каждом конкретном случае адекватных приемов, что требует от оценщика владения основными

понятиями патентного и авторского права, понимания роли исключительных прав в конкурентной борьбе, а также знания основных правил учета соответствующих объектов в составе нематериальных активов. К осложняющим обстоятельствам следует отнести, прежде всего, необычность объекта оценивания и множественность способов представления оценки, которая далеко не всегда выражается одним числом. Кроме того, необходимо отметить многообразие внешних факторов, оказывающих существенное влияние на оценку.

Деление сферы деятельности на блоки

В соответствии с конкретными потребностями в оценках определенного типа всю сферу профессиональной деятельности по оценке ИС принято разделять на три крупных блока:

- корпоративные трансакции¹⁰, к числу которых относятся поглощения и слияния юридических лиц, приватизация предприятий, превращение частных фирм в публичные корпорации, внесение вкладов в уставный капитал и некоторые другие трансакции, связанные со структурными изменениями;
- свободная купля-продажа патентов и лицензий;
- принудительное лицензирование и возмещение через суд или арбитраж ущерба, нанесенного в результате нарушения исключительных прав.

Такое деление сферы оценочной деятельности на блоки определяется характером отношений между участниками соответствующих трансакций. В корпоративных трансакциях участвуют физические и юридические лица, как правило, преследующие какие-то общие корпоративные цели. При свободной купле-продаже патентов или лицензий интересы сторон могут совпадать лишь постольку, поскольку у каждого из них есть специфические преимущества, делающие взаимовыгодным раздел рынка лицензируемой продукции.

¹⁰ Понятие «трансакция» широко используется в современной экономической теории. Оно существенно шире, чем близкое к нему понятие «сделка».

В случае принудительного лицензирования в разделе рынка заинтересована только одна из сторон, т.е. интересы сторон практически противоположны и речь может идти скорее о конфликте, чем о сделке.

Преобладание спроса на тот или иной вид услуг по оценке прав ИС в значительной степени зависит от институциональной структуры и прежде всего от тех преимуществ, которые получает клиент в результате включения прав ИС в оборот. Например, Б.Б. Леонтьев [26] приводит следующие данные о количестве услуг по оценке прав ИС:

вложения в уставный капитал	53%
определение имущественных долей в уставном капитале при слияниях и разъединении	14%
оптимизация соотношения активов предприятия и минимизация налогообложения	11%
переоценка нематериальных активов для целей полного учета всех активов предприятия	7%
купля-продажа патентов, лицензий и т.п.	6%

Хотя, эти данные касаются услуг, оказываемых Фондом интеллектуальной собственности, скорее всего, они вполне отражают характер спроса по России в целом. Незначительная доля услуг по оценке патентов и лицензий для продажи свидетельствует об уверенности лицензиаров и лицензиатов самостоятельно договориться о цене сделки, не прибегая к услугам оценщиков. Интересы сторон в таких сделках почти противоположны, сговор практически исключен, следовательно, исключены подозрения в сговоре. Преобладание спроса на услуги по оценке вкладов в виде прав ИС свидетельствует о желании клиентов подстраховаться от обвинений в завышении оценки таких вкладов.

Условность принятого деления

Принятое деление проблемной области весьма условно, так как в рамках каждого из выделенных блоков используются сходные приемы и производятся определенные расчеты. Например, при определе-

нии цены лицензии всегда производятся предварительные расчеты, которые используются сторонами либо в переговорном процессе, если речь идет о добровольной продаже лицензии, либо при обосновании своей позиции в суде или арбитраже, если продажа лицензии — результат принуждения. Иными словами, различия между добровольной продажей лицензии и принудительным лицензированием проявляются скорее в процедуре принятия решения, чем в предварительных расчетах, где наиболее заметна роль профессионального оценщика. Хотя процедура принятия решения о цене лицензии существенно влияет на результат, т.е. на окончательную оценку передаваемых прав ИС, в сопоставимых условиях цены добровольной и принудительной лицензий должны быть вполне сопоставимы.

При корпоративных транзакциях решение о цене передаваемых прав ИС, как правило, принимается всеми сторонами добровольно, но в контексте более крупной сделки. Поэтому цена передаваемых прав ИС, фиксируемая в лицензионном или ином договоре, может сильно варьироваться в зависимости от целей преследуемых сторонами. Вместе с тем формальная передача прав ИС при корпоративных транзакциях происходит на основе лицензионных, авторских или других аналогичных договоров, т.е. в точности так же, как и при добровольном лицензировании.

Наконец, при возмещении ущерба от нарушения прав ИС возможно применение различных подходов к определению размеров компенсации и штрафов, включая как имитирующие результат лицензионной торговли, так и не имеющие с ней ничего общего.

Из сказанного должно быть понятно, что существует определенная связь между процедурами принятия решений и оценками передаваемых прав ИС, однако эта связь далеко не прямолинейна.

1.1.3. Теория прав собственности

Если отвлечься на некоторое время от чисто утилитарных подходов к оцениванию прав ИС и взглянуть на это явление с теоретических позиций, то нельзя не отметить несколько обстоятельств, важных не столько для практики оценивания, сколько для понимания ее места в рыночной экономике. Практический оценщик, читая книгу, может спокойно пропустить эти рассуждения и перейти прямо к

1.2, но читателю, склонному к теории, рекомендуется прочитать это небольшое эссе, необходимое для понимания существенно более сложного материала 1.3 и 3.5, где те же идеи находят естественное развитие.

Рынок прав как институт

Купля-продажа патентов и лицензий свидетельствует о существовании рынка прав ИС. Осознание этого факта порождает у некоторых оценщиков, мыслящих излишне прямолинейно, неоправданные надежды на возможность применения к правам ИС привычных им методов оценки, таких как метод сопоставимых продаж и т.п. Уникальности едва ли не всех сделок по передаче прав ИС разбивает эти надежды в пыль. Также не дают вразумительных рекомендаций или хотя бы каких-то ориентиров для выбора подходов к оценке прав ИС и наиболее распространенные экономические теории. Большинство из них рассматривают рынок как некий феномен, который можно моделировать и объяснять, иногда даже хвалить или критиковать, но нельзя конструировать, ориентируясь на вполне конкретные задачи.

Между тем практика постоянно требует развития старых и конструирования новых рыночных институтов¹¹, чем занимаются законодатели, правительственные чиновники и представители общественных организаций. Делается эта работа с переменным успехом, как правило, без оглядки на экономическую теорию. В частности, сказанное относится к разработке методов оценки и учета прав ИС.

Исключения из общего правила составляют экономическая теория прав собственности и выросшая из нее экономика права. Теоретики прав собственности и экономики права — неинституционалисты рассматривают рынок, не как природный феномен, а как институт для облегчения обменов товарами, услугами и правами или, выражаясь языком теории прав собственности, как институт для снижения издержек при трансакциях обмена[24].

¹¹Институт понимается здесь как система правовых норм, устоявшихся правил и стандартов поведения [4]

Такой взгляд на рынок вообще и рынок прав ИС в частности оказывается удивительно продуктивным. Он позволяет теоретически обосновать многие конкретные решения и приемы, найденные чисто эмпирическим путем.

Не менее продуктивным оказывается принятый неоинституционалистами подход к собственности. Они понимают собственность не как классическую триаду (владение, пользование, распоряжение), а как пучок конкретных правомочий или прав, дробящихся в случае необходимости на более мелкие и не обязательно принадлежащие одному лицу, т.е. в духе общего (прецедентного) права.

Такое понимание собственности более универсально. Например, решение предоставлять эфир тому, кто больше заплатит за право вещания, не укладывается в стандартное представление об обмене материальными благами, но вполне укладывается в схему обмена пучками прав. Список таких примеров легко можно продолжить.

Спецификация прав собственности или любых других прав означает точное определение конкретных правомочий с указанием физических или юридических лиц, обладающих этими правомочиями.

Рынок прав ИС, в свою очередь, служит прекрасной иллюстрацией работоспособности теории прав собственности в целом, а также понятия собственности как пучка прав и понятия транзакционных издержек в частности.

Транзакционные издержки

В понятии транзакционных издержек (или издержек транзакций) теоретики прав собственности объединяют, по меньшей мере, следующие пять различных видов издержек:

- 1) издержки поиска информации;
- 2) издержки ведения переговоров;
- 3) издержки измерения;
- 4) издержки спецификации и защиты прав собственности;
- 5) издержки оппортунистического поведения.

При этом под издержками спецификации прав собственности понимают издержки, связанные с закреплением каждого конкретного правомочия за определенным, как правило, физическим лицом. Под оппортунистическим поведением понимают: несоблюдение договоров, уклонение от служебных обязанностей, нарушение чужих прав, другие аналогичные действия.

Среди пяти перечисленных выше видов трансакционных издержек первые три можно уподобить трению. Они похожи на трение хотя бы в том, что тормозят экономические процессы, как трение тормозит механические. Последние два вида издержек связаны с мотивацией экономического поведения, т.е. какие-либо аналогии с механикой здесь малопродуктивны. Более того, включение их в число трансакционных издержек как раз и приводит к чрезмерному расширению и размыванию данного понятия. Поэтому, когда говорят о мире без трансакционных издержек, именуемом по иронии судьбы «Мир Коуза»¹², то часто подразумевают лишь отсутствие издержек первых трех типов и, возможно, каких-то аналогичных им. Осторожность в данном вопросе вполне оправдана. Более того, она необходима еще в большей мере, чем представляется любителям рассуждать о «Мире Коуза». Следовало бы ограничиться рассмотрением отдельных рынков, корпораций или других локальных объектов без издержек трансакций. Однако и в этом случае следует делать специальные оговорки по поводу спецификации и охраны прав собственности, а также по поводу оппортунистического поведения.

Мягкая инфраструктура рынка

Понятие трансакционных издержек и трансакционный анализ играют ключевую роль при институциональном подходе к анализу эффективности рыночной инфраструктуры, в том числе мягкой инфраструктуры рынка, которую составляют:

- торговое право (в широком смысле);
- система бухгалтерского учета;

¹²Именно Р. Коуз обратил внимание на необходимость учитывать трансакционные издержки в экономическом анализе.

— культура рыночных отношений.

Торговое право здесь следует понимать предельно широко, распространяя это понятие на все разделы права и даже отдельные правовые нормы, определяющие условия торговли и конкуренции на товарных рынках. Если речь идет о рынке прав ИС, то прежде всего надо включить сюда законодательство об интеллектуальной собственности, антимонопольное и налоговое законодательство, а также усиленно разрабатываемое в последнее время информационное законодательство.

Бухгалтерский учет операций, связанных правами ИС, в основном сводится к учету лицензионных платежей и нематериальных активов. Вопросы эти в настоящее время разработаны очень слабо и, строго говоря, находятся даже не в стадии становления, а в стадии первоначального осознания самого факта, что здесь могут быть значительные проблемы, которыми нельзя пренебрегать. К тому же в России сейчас происходит усиленно стимулируемый правительством переход к международным стандартам бухгалтерского учета, которые, впрочем, не многим более приспособлены к учету такого рода операций, чем прежние российские. Поэтому данный блок мягкой инфраструктуры информационного рынка следует видеть в его возможном развитии, как и законодательство.

Учет прав ИС в составе нематериальных активов подразумевает их стоимостную оценку. Однако оценку прав ИС для целей бухгалтерского учета и отчетности не надо смешивать с оценкой тех же прав для бизнеса, так как оценка прав ИС для целей бухгалтерского учета — чисто бухгалтерское понятие, не имеющее прямого отношения к оценочной деятельности.

Наконец, третий блок, обозначенный как культура рыночных отношений, включает в себя наиболее подвижные элементы рыночной инфраструктуры. Прежде всего, к нему относятся фактические и конвенциональные стандарты патентно-лицензионной и оценочной деятельности. Таким образом, методы оценки прав ИС находят свое место в мягкой инфраструктуре рынка прав как важный элемент рыночной культуры.

1.2. Формирование портфеля прав

Чаще всего права ИС передаются не по отдельности, а в сочетании с другими правами или услугами, обеспечивающими в совокупности монополию на производство нового продукта или на использование новой технологии. Иначе говоря, они передаются в составе портфеля прав ИС. Кроме того, права ИС, или портфель прав, часто передаются вместе с юридическим лицом — правообладателем. В таких случаях требуется оценка передаваемого портфеля прав ИС в целом или соответственно оценка всего юридического лица, а не отдельных прав ИС. Вместе с правообладателем могут передаваться и оцениваться не только отчуждаемые, но также и неотчуждаемые права ИС, например право на использование наименования происхождения товара. Существенно здесь то, что оценка портфеля прав ИС или бизнеса в целом, как правило, получается более достоверной, чем оценка отдельных прав, входящих в данный портфель.

В рамках каждого из трех блоков, упоминавшихся в 1.1.2., применяются несколько подходов к оцениванию прав ИС, связь между которыми не всегда очевидна. Наибольшие сложности в этом плане представляет оценка прав ИС при корпоративных транзакциях. Численные оценки одного и того же портфеля прав в разных ситуациях могут отличаться в тысячи раз, что связано как с целями оценивания, так и с внешними факторами (экстерналиями).

1.2.1. Идентификация объекта правовой охраны

Строго говоря, формирование портфеля прав — дело правообладателя, а не оценщика, который должен лишь оценить готовый портфель. Однако оценщик должен знать, что пополнение портфеля за счет прав, не представляющих самостоятельной ценности и не учтенных при первоначальном формировании портфеля может существенно увеличить его стоимость и стоимость бизнеса в целом.

Формирование портфеля прав ИС начинается с идентификации объекта правовой охраны, которым может быть изобретение, промышленный образец, программа для ЭВМ или какой-то иной ОИС, а может быть даже некоторая совокупность ОИС. Здесь необходимо чувствовать разницу между объектом правовой охраны в строгом

юридическом смысле и тем объектом, который в действительности предполагается производить, продавать или использовать каким-то иным способом и, следовательно, охранять.

Значения термина «объект правовой охраны»

Одна из существенных трудностей излагаемого предмета — неодинаковое значение одних и тех же терминов или обычных слов в различном контексте. В частности, это касается объектов правовой охраны. Для бизнесмена или экономиста объект охраны — это изделие или технология. Примером такого изделия можно считать микроавтомобиль «Кузя»¹³, примером технологии — технологию изготовления растворимых таблеток «Вита»¹⁴. В более строгом смысле объектом правовой охраны в том и другом случае являются только охраноспособные конструкторские и дизайнерские решения, используемые в изделии или охраноспособные же решения, используемые в технологии. Выделить эти охраноспособные решения и обеспечить их правовую охрану — отдельная сложная задача.

Очень показательно в этом смысле определение программы для ЭВМ как объекта правовой охраны, используемое в законе РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных». Согласно данному закону программы для ЭВМ получают правовую охрану в рамках авторского права как литературные произведения, т.е. как книги. А так как авторское право распространяется на форму воплощения, а не на содержание произведения, то объектом правовой охраны оказывается форма воплощения программы, но отнюдь не заложенные в ней идеи. Соответственно программа для ЭВМ определяется в законе как «форма воплощения последовательности команд . . .», что совершенно нормально с точки зрения юристов, но может повергнуть в шок программиста, хорошо понимающего на профессиональном уровне, что такое программа для ЭВМ, но не подготовленного к такому повороту юридической мысли.

Очень часто потенциальный правообладатель имеет широкий выбор возможностей по идентификации объектов правовой охраны.

¹³ См. пример 1 в подразделе 2.2.2

¹⁴ См. пример 2 в подразделе 2.2.1

Например, одно изделие может быть защищено с помощью нескольких патентов на изобретения и промышленные образцы, технология может быть защищена с помощью патентования используемых изобретений или путем засекречивания как ноу-хау. Выбор того или иного пути — сложная задача, требующая привлечения к ее решению профессионалов. Ни предприниматель, ни оценщик решить ее собственными силами, как правило, не могут.

Следует также иметь в виду, что правовая охрана не бывает абсолютной, а достижение большей правовой защищенности всегда больше стоит. Иногда обеспечение правовой охраны стоит дороже, чем бизнес, связанный с объектом охраны. Разумеется, в этом случае правовая охрана не целесообразна.

Смысл правовой охраны

Цель получения правовой охраны для изделия или технологии — получение преимуществ в бизнесе, связанном с производством изделия или использованием технологии. Через оценку таких преимуществ в основном получается оценка портфеля прав ИС, основу которого (но не обязательно весь портфель) составляют права на охраноспособные решения, используемые в изделии или, соответственно, в технологии. Как будет показано ниже, на примере проекта «Вита», иногда портфель прав ИС полезно пополнить дополнительными правами ИС, не связанными напрямую с охраноспособными решениями, использованными в изделии или технологии.

При формировании портфеля прав ИС возможно включение в него не любых прав ИС, а лишь оборотоспособных, т.е. обладающих свойствами:

- исключительности, понимаемой как отрицание общедоступности;
- отчуждаемости, понимаемой как возможность передачи от одного лица к другому на основе лицензионных авторских или иных договоров;
- универсальности, понимаемой как способность обмениваться на любые рыночные товары (наличием рыночной ценности).

Не всеми перечисленными свойствами обладают личные неимущественные права ИС, а также права на использование наименований мест происхождения товаров. Поэтому включать их в портфель прав, как правило, нет смысла. Исключения составляют случаи, когда необоротоспособные права, например на использование места происхождения товара, переходят от одного лица к другому вместе с бизнесом.

Правовая охрана обеспечивает исключительность прав на объект ИС в указанном выше смысле и те рамки, в которых возможна отчуждаемость таких прав. Наличие или отсутствие рыночной ценности прав ИС определяется исключительно экономическими факторами. Однако говорить о рыночной ценности бессмысленно, если не обеспечены исключительность и отчуждаемость прав на соответствующий объект. Для того, чтобы обеспечить наличие этих двух свойств, часто требуется предпринять некоторые действия, которые здесь и далее именуется *спецификацией оборотоспособных прав*.

1.2.2. Спецификация оборотоспособных прав

Спецификация прав ИС означает точное указание правообладателя, т.е. того лица, которое может распоряжаться правами ИС без разрешения других лиц, а также всех конкретных правомочий этого лица. В отношении различных объектов ИС спецификация может иметь разный смысл и соответственно требовать различных действий. Например, для изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и селекционных достижений полная спецификация прав означает получение соответствующих патентов (свидетельств на полезные модели). При этом речь может идти как о получении патентов на новые объекты ИС, так и на те, на которые раньше были выданы авторские свидетельства СССР. В отношении ОИС, для которых не предусмотрена патентная охрана, существуют иные способы полной спецификации оборотоспособных прав. В частности это касается ноу-хау.

Получение патента вместо авторского свидетельства

Как уже было сказано выше, не до конца специфицированы права на изобретения и промышленные образцы, на которые раньше были выданы авторские свидетельства СССР, но до сих пор не поданы заявки на выдачу патентов РФ¹⁵. В каждом таком случае патентообладатель определяется совместным решением авторов и заявителя, которые должны совместно ходатайствовать о выдаче патента РФ. Так как речь идет в основном о служебных изобретениях, то заявитель — это, как правило, государственное предприятие или организация, а автор — один из его бывших работников. Принять приемлемое для обеих сторон решение о патентообладателе и совместно ходатайствовать о выдаче на его имя патента может быть достаточно сложно в силу многих причин, не последнее место среди которых занимают чрезмерные амбиции одной или обеих сторон.

Личные неимущественные права

Личные неимущественные права согласно российскому законодательству не отчуждаемы и, следовательно, не оборотоспособны. Вместе с тем нельзя сказать, что они не имеют ценности. Например, право на имя может иметь вполне реальную ценность как для автора, так и для работодателя, который охотно выкупил бы у автора право на имя, будь такая возможность предусмотрена законодательством. Поскольку законодательство такой возможности не предусматривает, работодатель вынужден искать более хитрые приемы, позволяющие обеспечить такое использование автором своего права на имя и других личных неимущественных прав, которое выгодно работодателю. При этом автор получает соответствующую компенсацию. Иначе говоря, определенную оборотоспособность можно придать даже личным неимущественным правам. Соответственно возникает и вопрос об их стоимостной оценке.

¹⁵ См.: Постановление Верховного Совета Российской Федерации «О введении в действие Патентного закона Российской Федерации» от 23 сентября 1992 г.

Спецификация прав на (ноу-хау)

Полная спецификация прав на секреты производства (ноу-хау) — достаточно хлопотное и деликатное дело. При этом стандартная процедура спецификации прав применима только к ноу-хау третьего типа. В отношении ноу-хау первого или второго типа, спецификация в обычном смысле данного термина вообще не имеет смысла.

Для обеспечения оборотоспособности прав на ноу-хау третьего типа необходимо четко ограничить круг лиц, имеющих доступ к сведениям, составляющим ноу-хау, т.е. исключить возможность распространения этих сведений среди неопределенного круга лиц. Действия каждого лица, имеющего доступ к ноу-хау, должны быть соответствующим образом ограничены [44]. Кроме того, надо обеспечить возможность передачи ноу-хау по договору (беспатентной лицензии). Все это достигается за счет включения соответствующих условий в беспатентные лицензии (договоры о передаче ноу-хау), в трудовые договоры и договоры подряда, а также (при необходимости) получения расписок о неразглашении от лиц, имеющих доступ к ноу-хау. Вся эта процедура в целом может быть достаточно сложной, но без нее рассуждения о ноу-хау — пустой звук.

Поскольку ноу-хау первого типа невозможно отделить от конкретного индивида, а наличие таких ноу-хау у работников предприятия повышает его стоимость, работодатели иногда применяют следующий прием. С работником заключают контракт на определенный срок, в течение которого он не может уволиться без очень существенной компенсации, которую работник, как правило не может выплатить самостоятельно, т.е. без помощи нового работодателя. В результате контракт с работником превращается в самостоятельный предмет купли-продажи и учитывается как нематериальный актив. Таким образом ноу-хау первого типа приобретают ограниченную оборотоспособность в указанном смысле.

Ноу-хау второго типа изначально обладают ограниченной оборотоспособностью, т.е. могут продаваться вместе с предприятием или его частью. Использование специальных приемов позволяет повысить их оборотоспособность.

Результаты НИОКР, выполненных по госконтрактам

Принципиальное отличие государственных контрактов, включая контракты на проведение НИОКР, от договоров между физическими или юридическими лицами — заведомое неравноправие сторон по такому контракту, отнюдь не сводимое к преимуществам одной из них. Как правило, государственный заказчик — это орган государственного управления — министерство или комитет, не имеющий права заниматься какой-либо деятельностью, кроме той, для которой он создан. В частности, он не может заниматься хозяйственной деятельностью. С одной стороны, такой заказчик располагает почти неограниченными возможностями диктовать исполнителю условия контракта, включая распределение прав на результаты НИОКР, с другой стороны, он не может воспользоваться правами на полученные результаты с выгодой для себя или с пользой для государства. Исполнитель, напротив, имеет право заниматься хозяйственной деятельностью, но вынужден заключать государственные контракты на условиях, диктуемых государственным заказчиком, так как в противном случае он рискует лишиться государственных заказов навсегда.

В контракте должны быть четко сформулированы конкретные правомочия по использованию результатов НИОКР, т.е. должно быть сказано — кто, какими правомочиями и на каком основании наделен. Крайне нежелательны двусмысленности типа совместного владения патентом исполнителя и заказчика [23], а также необходимость дополнительных разрешений или согласований. Формулируя условия контракта, необходимо исходить из реальных возможностей сторон по использованию результатов НИОКР, а также из интересов общества и государства, причем для налогоплательщиков (для общества) не так уж важно — какая из сторон по контракту получает больше прав. Решение, хорошее для общества, — это, прежде всего, юридически грамотное и одинаково трактуемое как сторонами по контракту, так и третьими лицами, а не решение в пользу той или иной стороны.

На практике, как правило, реализуется наихудшее во всех смыслах решение. А именно: в государственный контракт по настоянию заказчика включают условие, согласно которому все права на по-

лучаемые результаты НИОКР принадлежат заказчику. Тем самым исполнитель лишается каких-либо прав и возможности включить результаты НИОКР в хозяйственный оборот, а заказчик такой возможности не получает, так как *любой орган государственного управления может делать лишь то, что обязан и равным счетом ничего больше*. Любое отступление от этого принципа порождает множество нарушений законодательства, правил бухгалтерского учета и других норм, которые можно анализировать сколь угодно подробно и долго, но без каких-либо шансов на изменение диагноза, сформулированного выше. Иными словами, попытка закрепить все права на результаты НИОКР за заказчиком порождает патовую ситуацию, когда одна сторона лишена прав на использование результатов в силу своего статуса, а другая — по условиям контракта.

Последствия недофинансирования

Частично сохранившееся со времен СССР дублирование НИОКР по линии различных министерств при недофинансировании их каждым министерством в отдельности породило совершенно новую ситуацию, когда разработка может быть выполнена от начала и до конца лишь при условии, что ее будут финансировать под разными названиями сразу несколько министерств. Если такое случается, то работа выполняется сразу по нескольким государственным контрактам, причем в каждый из них по настоянию заказчика включается условие, согласно которому заказчику принадлежат все права на получаемые результаты. Иначе говоря, все права «принадлежат» сразу двум или более заказчикам, что было бы смешно и чревато скандалом, когда бы выплыло на всеобщее обозрение. Скандала, однако, не происходит, поскольку реально ни один из государственных заказчиков со своими правами ничего делать не может и, следовательно, не делает, а исполнитель прав лишен и, следовательно, полученные результаты открыто не использует и ни кому их не предлагает. Таким образом, именно патовая ситуация с правами на результаты НИОКР, созданная заказчиками, позволяет избежать произвольного развития скандала. Вместе с тем ни заказчики, ни исполнитель в скандале не заинтересованы и, следовательно, такое равновесие может сохраняться долго, хотя оно крайне невыгодно

налогоплательщику и ни одной из сторон по контракту. Более того, оно не выгодно по большому счету даже конкретным чиновникам, заключавшим контракты от имени государства. Иными словами, в достижении более эффективного равновесия заинтересованы практически все, но ни одна сторона не заинтересована в том, чтобы сделать шаг в сторону от заведомо неэффективного равновесия, которое уже сложилось.

Если исходить из интересов общества и государства, интересы которого подчинены интересам общества, то необходимо не только покончить с традицией выбора наихудших решений, но и найти возможность включения в хозяйственный оборот полученных ранее результатов НИОКР, права на которые «принадлежат» сразу нескольким государственным заказчикам. Иными словами, необходимо произвести полную спецификацию прав на результаты ранее выполненных НИОКР.

Полная спецификация прав и включение в оборот ранее полученных результатов НИОКР возможно на основе дополнительных соглашений между государственными заказчиками и исполнителями работ. Подготовка и заключение таких соглашений — дело до крайности трудоемкое, так как связано с необходимостью согласовать позиции многих сторон при отсутствии доверия между ними и адекватного понимания ситуации.

1.2.3. Передача прав ИС

Передача прав ИС (в том числе при корпоративных трансакциях) достаточно жестко регламентирована законодательством. Права ИС передаются только на основе лицензионных договоров, договоров об уступке патента, авторских договоров или других договоров, предусмотренных законодательством об интеллектуальной собственности.

Лицензионные договоры и договоры об уступке патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и товарные знаки подлежат обязательной регистрации в Роспатенте. Договоры об уступке патентов на селекционные достижения и лицензионные договоры на использование таких достижений подлежат обязательной регистрации в Госкомиссии по правовой охране селекционных

достижений. Договоры о передаче прав на программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем регистрируются в РосАПО, если зарегистрированы соответствующие ОИС, т.е. программы для ЭВМ, базы данных или топологии интегральных микросхем. Договоры, о которых идет речь, необходимы при любой передаче прав ИС, т.е. они заключаются при любых транзакциях, сопровождаемых передачей прав ИС. Например, при внесении в уставный капитал создаваемого предприятия вклада в виде прав ИС. В этом случае условия внесения вклада могут быть сформулированы в учредительном договоре и, кроме того, в договоре специального вида (лицензионном, авторском и т.п.).

Вклад в совместную деятельность

Предельную осторожность следует проявлять при оценке вкладов сторон в совместную деятельность, если в описании вклада хотя бы одной из сторон упоминается ИС. С одной стороны, фактическое использование прав ИС в совместной деятельности вполне возможно, причем как отчуждаемых, так и неотчуждаемых, например, таких как права на использование наименований мест происхождения товаров. С другой стороны, так как совместная деятельность, включая вклады сторон, учитывается на отдельном балансе, необходима формальная процедура передачи прав ИС для использования в совместной деятельности. Исполнение такой процедуры позволяло бы утверждать, что вклады сторон внесены полностью, причем стороны понесли соответствующие затраты. Но по закону передача прав ИС возможна только на основе договора лицензионного типа, для заключения которого необходимы лицензиар и лицензиат. Если лицензиата нет, то невозможен и договор данного типа. Тогда возникает резонный вопрос: что же учитывать вместо лицензии на отдельном балансе? Ответ на такой вопрос совсем не прост, если вообще возможен.

Отражение оценки прав ИС в документах

В договорах, на основании которых происходит передача прав ИС, обязательно отражаются оценка передаваемых прав и порядок рас-

четов между сторонами по договору. Как правило, вместе с правами ИС происходит передача технической документации, программного обеспечения, а также методических, информационных и иных материалов, составляющих ноу-хау. Факт их передачи подтверждается соответствующим актом приемки-передачи, в котором отражается оценка передаваемых материалов. Фактически же оценка прав ИС неотделима от оценки передаваемых материалов, поэтому в том и другом случае речь идет об одних и тех же оценках. Кроме того, оценка передаваемых прав ИС и, разумеется, всех передаваемых вместе с ними материалов отражается в договоре, определяющем транзакцию, в рамках которой происходит эта передача, например в учредительном договоре, если речь идет о вкладе в виде прав ИС в уставный капитал. Наконец, оценка прав ИС, передаваемых в результате данной транзакции, учитывается в составе нематериальных активов юридических лиц, принимавших участие в транзакции. Правила отражения соответствующих операций с активами в основном определяет «Положение о бухгалтерском учете и отчетности в Российской Федерации»¹⁶, а также ряд других документов Минфина РФ.

Учет прав ИС при приватизации

При приватизации объектов научно-технической сферы (НТО) передача прав ИС отражается в Акте оценки и наличия нематериальных активов приватизируемого НТО или (без стоимостной оценки) в отдельном списке, прилагаемом к этому Акту. Основным нормативный документ, определяющий (наряду с перечисленными выше) учет прав ИС при приватизации — Порядок включения объектов интеллектуальной собственности в состав нематериальных активов (далее — Порядок), разработанный и утвержденный совместно Миннауки РФ и Роспатентом во исполнение постановления Правительства РФ от 24 июля 1994 г. № 870 «О приватизации объектов научно-технической сферы».¹⁷

¹⁶Приложение к приказу № 170 Министерства финансов Российской Федерации от 26 декабря 1994 г.

¹⁷Порядок вступил в силу после регистрации Минюстом РФ 20 марта 1995 г. № 809 и официальной публикации. Текст Порядка опубликован в еженедельнике

1.3. Три «теоремы» экономики права

Принятое деление сферы оценочной деятельности на три блока хорошо согласуется с экономикой права, выросшей из теории прав собственности. Каждому из блоков соответствует своя «Теорема» экономики права, представляющая собой концентрированное выражение эмпирических знаний о предмете. А именно, рациональное поведение заинтересованных лиц при корпоративных транзакциях в основном описывает Теорема Р. Коуза, рациональное поведение сторон при свободной купле-продаже патентов и лицензий — Теорема А. Смита, а рациональное поведение судов при принятии решений в спорах о правах ИС — Теорема Р. Познера. Такое совпадение имеет вполне рациональное объяснение.

Эмпирическим материалом для теории прав собственности и экономики права в основном служат реальные договоры между хозяйственными субъектами и судебные процессы по хозяйственным делам. Роль последних в экономике права можно сравнить с ролью экспериментов в естественных науках, хотя о полной аналогии говорить нельзя. Обобщение этого материала осуществляется на вербальном уровне с использованием достаточно расплывчатых понятий, наиболее популярное из которых «издержки транзакций» или «транзакционные издержки», как уже говорилось, часто трактуется расширительно, что приводит к далеко идущим, но легко уязвимым для критики выводам.

Результат обобщения теоретиками прав собственности различного эмпирического материала и, прежде всего, аргументов, используемых в ходе судебных процессов, сформулирован в виде трех «теорем», составляющих идейный костяк экономики права и названных именами А. Смита, Р. Коуза, Р. Познера. Разумеется, ни одна из трех «теорем» не является теоремой в обычном смысле слова, т.е. формальным утверждением, доказываемым формальными же методами. Все три «Теоремы» экономики права формулируются в довольно расплывчатых терминах, причем варианты формулировок, используемые разными авторами, могут существенно различаться в оттенках интерпретации как условий, так и выво-

дов. Если отбросить эти оттенки и специальную терминологию, то три «теоремы» утверждают наличие рациональности в поведении отдельного индивида, коалиции индивидов и судебных органов, соответственно. Практическая ценность «теорем» экономики права заключается не в самих формулировках, а в умении рассуждать определенным образом, гармонично сочетая правовые и экономические доводы, которое вырабатывается в процессе уточнения и прояснения формулировок¹⁸.

1.3.1. Теорема Р. Коуза

В литературе встречается несколько формулировок Теоремы Р. Коуза, принадлежащих разным авторам и акцентирующих внимание на разных сторонах проблемы распределения прав собственности, а также различающихся по степени неожиданности и парадоксальности. Наиболее элегантная из парадоксальных формулировок в изложении Р. Капелюшникова [19] звучит так:

«Если права собственности четко определены и трансакционные издержки равны нулю, то аллокация ресурсов (структура производства) будет оставаться неизменной независимо от изменений в распределении прав собственности, если отвлечься от эффекта дохода.»

Главное условие «теоремы» — нулевые издержки трансакций. В данной формулировке издержки трансакций понимаются скорее в узком, чем в широком смысле слова. Если считать спецификацию прав собственности одним из видов трансакций, то условие четкой определенности (полной спецификации) прав собственности можно опустить.

Следует также напомнить, что теория прав собственности и экономика права ориентированы преимущественно на практические задачи, решение которых предполагают денежную компенсацию за

¹⁸ Такой способ рассуждений достаточно труден, но весьма плодотворен, тогда как попытки, построить что-то содержательное, оставаясь в рамках чистого права, как правило, бесплодны. А экономические рассуждения, не подкрепленные знанием правовых ограничений, слишком часто приводят к решениям, которые нельзя реализовать, не нарушая закона.

любые услуги или уступки и, следовательно, исчисление любого экономического эффекта в деньгах. Вопрос о возможности измерять эффект в деньгах даже не ставится как заведомо надуманный и интересный лишь для теоретиков. Аналогичную в общем позицию занимают и профессиональные оценщики, большинство из которых даже не предполагает, что такой вопрос можно рассматривать, оставаясь серьезным человеком. Поэтому оговорка по поводу эффекта дохода может быть выброшена без ущерба для смысла, т.е. от эффекта дохода можно отвлечься, не включая специальную оговорку в условия «теоремы».

В результате единственным условием Теоремы Р. Коуза будет равенство нулю всех транзакционных издержек. Именно к такой формулировке в конечном счете склоняется Р. Коуз, утверждая, что «в отсутствие транзакционных издержек не имеет значения правовая система: люди всегда могут договориться, не неся никаких издержек, о приобретении, подразделении и комбинировании прав, так чтобы в результате увеличилась ценность производства» [24].

В реальном мире транзакционные издержки и правовая система разумеется существуют. Однако и в этом случае у людей сохраняется значительная свобода, в рамках которой они могут договариваться. В наибольшей степени такая свобода реализуется при корпоративных транзакциях, когда круг договаривающихся сторон ограничен, а их интересы во многом совпадают. Планируя корпоративные транзакции, их участники должны исходить из идеального решения, которое было бы реализуемо в «Мире Коуза», а потом приближаться к нему, учитывая ограничения, накладываемые правовой системой и т.п. Очевидно, что подход к формированию портфеля прав ИС и его оценке в рамках данной парадигмы должен быть очень гибким.

Однако польза, которую можно извлечь из Теоремы Р. Коуза, не исчерпывается столь простым выводом. Анализируя ее обобщения и попытки обоснования, можно получить много дополнительной информации о характерных для неинституционалистов взглядах на проблемы экономики и права, в том числе на проблемы монополизма.

Смысл некоторых обобщений Теоремы Коуза становится понятен, если сопоставить несколько разных формулировок, одобренных самим Р. Коузом. Самая краткая из них принадлежит Д. Стиглеру: «... в условиях совершенной конкуренции частные и общественные издержки будут равны» [79].

Здесь под издержками (частными или общественными) понимается максимальный доход, получаемый при наилучшем альтернативном использовании факторов, затрачиваемых в производстве, причем альтернативные варианты различимы между собой для всех производителей. Различие между частными и общественными издержками состоит в том, что в первом случае речь идет о сумме издержек (в указанном выше смысле) для отдельных производителей, когда для каждого отдельного производителя доход не меньше, чем издержки, а во втором об издержках всего производственного сектора экономики, рассматриваемого как единое целое.

Сам Р. Коуз выразил свою мысль иначе, акцентируя внимание на том, что при нулевых издержках транзакций ценность производства (в денежном выражении) будет наибольшей. Вместе с тем, он не только признал формулировку Д. Стиглера правильной, но и дал ей свое обоснование, исходя из следующих далеко не очевидных предположений. Во-первых, как указал тот же Стиглер [80], при нулевых издержках транзакций монополии будут вынуждены действовать как конкурентные фирмы. Следовательно, достаточно сказать, что при нулевых транзакционных издержках частные и общественные издержки будут равны. Во-вторых, равенство частных и общественных издержек с учетом всех сделанных выше оговорок как раз и означает, что производство приносит максимальный возможный доход, т.е. формулировка Д. Стиглера совпадает с изначальным замыслом Р. Коуза (по мнению самого Р. Коуза).

Утверждение Д. Стиглера о конкурентном поведении монополистов при нулевых издержках транзакций основано на предположении о возможности компенсировать монополисту разницу между его предполагаемой выручкой при монополистическом и конкурентном поведении. Данное предположение очень интересно с точки зрения обоснования цены патентной лицензии. Если патент обеспечивает патентообладателю монополию на некотором рынке, то продажа ли-

цензии означает отказ от монополии. Следовательно, цена лицензии — это компенсация, о которой писал Д. Стиглер.

Так как для доказательства правильности формулировки Д. Стиглера Р. Коуз пытается свести ее к утверждению о максимуме возможного дохода от производства, достигаемом при отсутствии издержек трансакций, то авторской формулировкой Теоремы Р. Коуза логично считать именно это утверждение. Оно, строго говоря, гораздо сильнее, чем утверждение в формулировке Д. Стиглера или в других альтернативных формулировках, но лишено какой-либо парадоксальности.

Если не ограничиваться рассмотрением проблемы внешних эффектов (экстерналий) лишь в производстве, а посмотреть на нее несколько шире, то утверждение Р. Коуза по мнению целого ряда авторов [9] сводится к тому, что «заключение сделки по поводу внешних эффектов в отсутствие издержек, связанных с данной сделкой, позволяет достичь исхода, эффективного по Парето». Действительно, если данное утверждение переписать в стандартных для теории прав собственности терминах, то его связь с мыслью Р. Коуза легко обнаруживается. Во-первых, предполагается принципиальная возможность сделки по поводу внешних эффектов, т.е. соответствующие права специфицированы или могут быть специфицированы без каких-либо дополнительных издержек. Во-вторых, предполагается отсутствие издержек на совершение самой сделки по реализации этих прав. Наконец, утверждение о достижении исхода, эффективного по Парето, можно рассматривать как естественное обобщение утверждения Р. Коуза о максимуме дохода от производства.

1.3.2. Теорема А. Смита

Теоремой А. Смита принято называть утверждение о том, что «разделение труда ограничено размерами рынка» [48]. С одной стороны, рыночные обмены совершаются только тогда, когда благодаря разделению труда и специализации производства они выгодны обеим сторонам. С другой стороны, специализация уместна лишь в тех случаях, когда рынок достаточно велик. Инвестиции в специализированные производственные технологии, вполне окупающиеся в

условиях большого рынка, могут не окупаться в условиях малого рынка.

Учет транзакционных издержек при том же способе рассуждений позволяет существенно расширить границы анализа и получить достаточно полезные выводы применительно к весьма различным ситуациям. В частности это метод можно применить к решению вопроса о целесообразности создания специализированных структур управления, приспособленных к нуждам управления нестандартными транзакциями, а также к выбору между дорогостоящей судебной или относительно дешевой внесудебной процедурами улаживания конфликтов. Расходы, сопряженные с использованием специализированных структур управления, легче покрываются в случае крупных регулярно повторяющихся транзакций. При отсутствии регулярности или объема транзакций более оправдано использование универсальных систем управления. Внесудебная процедура улаживания конфликтных ситуаций заведомо дешевле, чем судебная. Однако решение, полученное с помощью внесудебной процедуры будет выполняться с меньшей вероятностью. Следовательно, при больших объемах претензий судебная процедура может оказаться предпочтительнее.

С учетом транзакционных издержек нетривиальный смысл приобретает также почти очевидное утверждение о совершении рыночных обменов лишь при условии их выгоды обоим сторонам, вступающим в обмен. Выгода, получаемая сторонами в результате сделки, должна быть больше, чем транзакционные издержки на ее осуществление, причем это условие должно выполняться для каждой из сторон. Выполнение этих условий и должен обеспечивать рынок.

Аналогия с образом невидимой руки, обычно связываемого с именем А. Смита, не очевидна, но вполне различима. Действительно, если рассматривать рынок как институт для снижения транзакционных издержек при обменах, то факт совершения каждой сделки надо понимать как свидетельство эффективности данного института. Роль невидимой руки начинает играть институт.

Теоретические построения подобного рода приобретают вполне практическую направленность при попытках усовершенствовать

рынок, а также при необходимости противостоять натиску «государственников», стремящихся ограничить свободу рынка, апеллируя к его недостаточной эффективности.

В англоязычной экономической науке критическое отношение к возможностям рынка, подкрепленное анализом математических моделей, берет начало от А. Пигу, а выросшая из его работ традиция именуется пигувианской. К данной традиции можно отнести также многие работы, авторы которых не подозревали о своей причастности к ней и не читали критических работ неоинституционалистов, направленных против нее.

Анализируя содержание понятия «издержки оппортунистического поведения» и практику его использования, легко прийти к выводу, что это понятие включает в себя все издержки, которые А. Пигу и его последователи связывали с дефектами свободного рынка. Однако они почему-то не обратили внимания на издержки, характерные для работы государственного аппарата, т.е. ошибки и лень служащих, коррупцию, косность и, наконец, текущие затраты на содержание этого аппарата.

Наибольший интерес в данном контексте представляет такой вид трансакций как спецификация прав собственности. Очевидно, что издержки спецификации и охраны прав собственности не исчерпывают всех необходимых и достаточных условий для спецификации и реализации таких прав. Помимо затрат на проведение необходимых мероприятий, т.е. издержек трансакций в собственном смысле слова, нужны воля к совершенствованию системы и значительные усилия чисто интеллектуального характера. Иными словами, самые существенные трудности могут быть связаны с необходимостью понять какие именно права собственности следует выделить и почему, а уже на следующем этапе возникает вопрос, как их делить, использовать и охранять, что связано с определенными трансакционными издержками.

1.3.3. Теорема Р. Познера

Теорема Р. Познера не имеет какой-либо общепризнанной канонической формулировки. Как и остальные две «теоремы» экономики права она представляет собой скорее способ рассуждения или систе-

му взглядов, основанных на анализе реальной судебной практики и формулируемых в краткой или развернутой форме. В основе любой из этих формулировок виден принцип целесообразности, прослеживаемый в судебных решениях и законодательных актах. Теоремы Р. Познера в первом приближении может быть сформулирована в виде простой максимы: «юридические правила должны подражать рынку» или, говоря иначе, — «способствовать установлению такого распределения прав собственности, которого достигал бы рынок при отсутствии трансакционных издержек, к которому экономические агенты приходили бы сами, не препятствуя им в этом положительные издержки трансакций» [72]. Данная максима представляет собой краткую форму Теоремы Р. Познера. Развернутая ее форма — это вся экономика права [19].

Практическая значимость Теоремы Р. Познера для решения проблем, обозначенных в этой книге, в основном связана со спецификацией прав на результаты НИОКР и включением их в гражданский оборот. Актуальность этой проблемы для современной России трудно переоценить, так как в силу различных причин не полностью специфицированы права практически на все результаты НИОКР, полученные до 1991 г., а также на значительную часть, полученных после. При этом очень немногие экономисты, государственные чиновники и даже руководители крупных научных центров понимают, что многие проблемы коммерциализации технологий порождены именно неполной спецификацией прав на них. Прежде всего сказанное относится к технологиям двойного назначения.

Следует заметить, что проблема эффективного использования технологий двойного назначения в гражданском секторе промышленности возникла и в США, однако каждый раз, когда такая тенденция замечалась правительством, немедленно принимались меры по исправлению положения. В последние 20 лет все меры такого рода были связаны с передачей определенных правомочий по реализации результатов либо частным фирмам, выполнявшим государственные заказы, либо авторам результатов.

Технология как товар

Для теоретического осмысления эффективности таких мер необходимо выявить и переформулировать в подходящих терминах проблему, которую эти или подобные им меры могут снять. Для этого уместно напомнить три обязательных свойства рыночного товара:

- 1) полезность, понимаемую как способность удовлетворять некоторую потребность;
- 2) редкость — свойство, противоположное общедоступности;
- 3) универсальность — пригодность к обмену на любые другие рыночные товары.

Ключевую роль в этой триаде играет свойство редкости, превращающее полезность природного продукта или продукта человеческой деятельности в коммерческую ценность, а сам продукт — в рыночный товар. Третье свойство рыночного товара — свойство универсальности, как правило, возникает при наличии первых двух свойств почти автоматически. Исключения из этого правила обычно связаны с неотчуждаемостью каких-то прав или с невозможностью передачи информации без утраты ее полезности, что случается относительно редко. Однако именно с таким исключением оказываются связаны серьезные проблемы, о которых шла речь выше.

Право на использование технологии становится товаром, если ему искусственно придать свойство редкости, т.е. закрепить это право за определенным лицом (правообладателем) и запретить ее использование кем-либо другим без санкции правообладателя¹⁹. Иными словами, надо обеспечить ее правовую охрану путем патентования или каким-то иным способом, что и будет в данном случае спецификацией права собственности.

Проблема с отчуждаемостью прав на технологию возникает, как правило, в тех случаях, когда практическое ее использование невозможно без ноу-хау, неотделимого от конкретного индивидуума

¹⁹Из крупных экономистов первым обратил внимание на указанное обстоятельство Василий Леонтьев [27]

или предприятия. Предприятия, выполняющие заказы государства, очень часто оказываются обладателями ноу-хау второго типа, а университетские ученые — обладателями ноу-хау первого типа. Попытка отнять права на технологию приводит к тому, что ее не могут использовать ни обладатели прав, ни обладатели ноу-хау. Именно поэтому очень часто наиболее целесообразным решением оказывается закрепление прав за обладателем ноу-хау.

Спецификация прав

Спецификация прав собственности в реальной действительности — вопрос права. Выводы о целесообразности того или иного решения, получаемые с помощью теоретического анализа, не всегда могут быть достаточными основаниями для практических действий, но они могут быть использованы в решениях законодательных органов и судов. При этом важно обратить внимание на роль, которую играют здесь издержки трансакций (в узком смысле).

Суд может произвести спецификацию прав собственности, если она не была полностью произведена раньше, в том числе может установить право определенного лица на совершение определенных действий. Сократить издержки трансакций в узком смысле он конечно не может, но отсюда вовсе не следует, что такие издержки не играют какой-либо роли в принятии судебных решений. Скорее наоборот.

Примечательно, что идея рассматривать мир без трансакционных издержек возникла у Р. Коуза [61] в связи с желанием привлечь к ним внимание и показать роль такого рода издержек в принятии решений по серии аналогичных по сути судебных дел, завершившихся принятием разных по смыслу решений. В основе каждого из рассмотренных конфликтов были претензии одной из сторон по поводу ущерба, наносимого ей другой стороной в связи с наличием внешних влияний (экстерналий), т.е. побочных эффектов производственной деятельности, оказывающих заметное влияние на условия жизни и деятельности стороны истца. Как показал Р. Коуз, для такого рода конфликтов характерна определенная симметрия претензий, т.е. реализация «естественных» прав одной из сторон автоматически влечет ущемление «естественных» прав другой и наоборот.

Принцип целесообразности

Предпринятый Р. Коузом анализ аргументации сторон и принимаемых ими решений свидетельствуют о том, что американские и английские суды в общем следуют критерию эффективности, т.е. выносят решения в пользу той стороны, которая понесла бы наибольшие издержки в случае отказа от своих «естественных» прав. В переговорах с другой стороной о принятии кооперативного решения, данная сторона в случае противоположного решения находилась бы в худшем положении и, следовательно, пошла бы на большие издержки трансакций, чем та сторона при данном решении, а вероятность оптимального (с учетом издержек трансакций) решения оказалась бы меньшей. Суды же стремятся минимизировать издержки трансакций, не всегда декларируя это в явном виде. Существенные различия в принимаемых судами решениях, как правило, объясняются различными ожидаемыми издержками трансакций, т.е. для наблюдателя, способного оценить издержки трансакций эти решения отнюдь не выглядят произвольными.

При отсутствии трансакционных издержек (или отказе считаться с ними) решения суда во всех рассматриваемых в цитируемой работе случаях теоретически должны быть совершенно произвольными, так как отсутствуют доводы в пользу какой-либо из сторон, не основанные на соображениях эффективности. Судебная практика фактически подтверждает этот теоретический вывод, т.е. в аналогичных судебных делах решения принимались в пользу одной из сторон исключительно на основании аргументов от эффективности. Указав на данный сугубо эмпирический факт как на существенное обстоятельство, имеющее фундаментальное значение, Р. Коуз заложил основу новой экономической теории и дал повод назвать своим именем воображаемый мир без издержек трансакций, а также некоторое утверждение или тезис, почему-то именуемый «Теоремой Коуза», хотя правильнее говорить о «Законе Коуза», как о глубоком теоретическом обобщении наблюдаемых эмпирических фактов. В пользу такой интерпретации выводов Р. Коуза косвенно свидетельствует и программное утверждение Р. Познера о том, что в системе прецедентного права суды имитируют рыночную конкуренцию [72].

1.4. Уточнение понятия «оценка»

Представление об оценке как о некотором числе, объективно отражающем некое свойство оцениваемого объекта, в лучшем случае наивно и неточно. Во-первых, оценка может быть выражена достаточно сложным образом. Во-вторых, она зависит от множества внешних факторов, которые скорее субъективны, чем объективны.

1.4.1. Оценка как число

Оценка прав ИС не всегда может быть представлена в денежном выражении как одно число. В таком виде (наиболее удобном для бухгалтерских расчетов) оценка прав ИС встречается лишь при определении ущерба, понесенного правообладателем, и при некоторых разновидностях корпоративных трансакций, например при внесении вклада в виде прав ИС в уставный капитал создаваемого предприятия. Величина этого вклада может быть очень разной и зависит, прежде всего, от интересов сторон, участвующих в трансакции. Однако, как правило, оценка вклада любого участника выражается одним числом, фиксируемым в учредительном договоре.

1.4.2. Паушальные платежи и роялти

В лицензионных и авторских договорах часто используются комбинированные формы расчетов, когда часть выплат осуществляется сразу после заключения договора в виде паушального платежа, а часть — в виде роялти, выплачиваемых в зависимости от реализации лицензиатом продукции, производимой им по лицензии (лицензируемой продукции). Правила исчисления роялти могут быть различны. В частности применяются следующие основные правила начисления роялти:

- отчисления от общего объема реализации лицензируемой продукции за определенный период (например, за каждый квартал);
- отчисления в виде фиксированного процента от цены каждой реализуемой единицы лицензируемой продукции;

— отчисления в виде фиксированной суммы с каждой реализуемой единицы лицензируемой продукции.

Кроме того, в рамках каждого из основных правил возможна детализация, например изменение размера роялти в зависимости от объема реализации. Изменение размера роялти может быть как в сторону уменьшения, так и в сторону увеличения при возрастании объема. Выбор этих деталей, как правило, определяется в процессе переговоров о цене и определяется такими факторами, как: наличие различного рода рисков, неодинаковая оценка этих рисков лицензиатом и лицензиаром, другими внешними факторами.

1.4.3. Оценка как совокупность условий

Таким образом, говоря о цене или оценке прав ИС, следует помнить, что эта цена — вся совокупность условий, на которых права ИС переходят от одного правообладателя к другому. Числовая (стоимостная) оценка прав ИС — частный случай такой обобщенной оценки. Иногда она может использоваться для каких-то определенных целей, например для учета затрат на НИОКР, завершившихся получением прав ИС, с капитализацией этих затрат, последующей амортизацией соответствующих активов в виде прав ИС и включением суммы амортизационных отчислений в издержки производства. Оценка прав ИС на основе затрат на НИОКР не связана напрямую с оценкой тех же прав ИС для продажи. Более заметную роль при продаже прав ИС играет оценка передаваемой вместе с правами части ожидаемой прибыли. Наоборот, оценка прав ИС на основе ожидаемой прибыли не играет какой-либо роли при учете затрат и, следовательно, при включении прав ИС в состав нематериальных активов. При корпоративных транзакциях часто приходится иметь дело с несколькими оценками одних и тех же прав ИС, используемыми для различных целей.

Понятие оценки как совокупности условий хорошо иллюстрирует пример договора по передаче прав на бухгалтерскую систему (см. 3.4.3 пример 2).

1.5. Злоупотребления правами

Цель настоящего раздела — дать читателю представление о характере конфликтов по поводу прав на использование изобретений, промышленных образцов, товарных знаков и других объектов интеллектуальной собственности (ОИС) как в России, так и за ее пределами, но с участием представителей российского бизнеса. Вопреки расхожему мнению, основанному скорее на элементарном незнании, чем на реальных фактах, отличия наших конфликтов по поводу прав ИС от западных не сводятся к отсутствию в России механизмов принудительного исполнения патентных норм и пресловутому правовому нигилизму российского бизнеса. Напротив, речь идет о вполне законных, иногда весьма изощренных приемах отнятия денег отдельными лицами и группами лиц у государства и друг у друга, т.е. именно об использовании прав и даже о злоупотреблении правами, а не о банальном игнорировании чужих прав.

1.5.1. Приватизация бизнеса без предприятия

На одном весьма современном российском предприятии, оснащенном новейшим оборудованием, работала группа энергичных, творчески мыслящих специалистов, один из которых работал директором данного предприятия. В результате их творческих усилий было сделано изобретение, запатентованное с согласия работодателя на имя одного из авторов, а именно, на имя директора. Изобретение оказалось исключительно удачным, т.е. на его основе удалось разработать пользующееся огромным спросом изделие. Поэтому предприятие тут же приобрело у патентообладателя лицензию на использование изобретения и приступило к его освоению, а потом к серийному выпуску изделий. В конечном итоге все авторы получили очень существенное вознаграждение. Директор же получил не только вознаграждение как автор, но и контроль над бизнесом предприятия, причем без приватизации самого предприятия.

В описанной выше ситуации очень много поучительного. Во-первых, ни в одном из действий директора и других авторов нет криминала, хотя совершенные ими действия привели к перераспределению и присвоению огромных материальных ценностей. Иначе

говоря, очевидно наличие пробела в законодательстве. Во-вторых, ясно видна возможность сразу многих вариантов интерпретации случившегося, т.е. возможностей дорисовать правдоподобные детали. Например, логично предположить, что авторы и директор, не входивший первоначально в число авторов, до определенного момента существовали отдельно, но затем удачно нашли друг друга. Можно пойти дальше и предположить, что директор целенаправленно искал себе подходящих авторов или авторы искали подходящего директора. Однако в любом случае конечный результат следует считать блестящим, так как в итоге налажено производство изделия, пользующегося спросом. В третьих, отчетливо видны сразу несколько возможных сценариев развития ситуации. Например, завод мог быть кем-то приватизирован за доставшиеся по дешевке ваучеры, а директор уволен новым собственником. Тогда в директорских руках оказывается мощное средство обуздания собственника. В самом деле, перейти сколько-нибудь быстро к производству другой прибыльной продукции сложно, а производство изделий на основе запатентованного изобретения контролируется директором на законной основе.

Еще один вариант — это выкуп всего предприятия менеджментом во главе с директором, после чего контроль бизнеса с помощью патента становится чем-то вроде страховки. Кроме того, следует рассмотреть и более грустные возможности с фальшивыми изобретениями. В самом деле, если директор становится изобретателем, а затем патентообладателем и лицензиаром, получив на то свое собственное разрешение по описанной выше схеме, то ему нет необходимости искать действительно полезное изобретение и навязывать себя в соавторы талантливым и, как правило, самолюбивым людям. Его устроит любое изобретение, на которое можно оформить патент и связать его как-то с выпускаемой продукцией. Важно, чтобы эффективным оказался выпуск продукции в целом, а это обычно достигается за счет хорошего оборудования и дешевого сырья, причем то и другое может быть государственным. Иначе говоря, все дело сводится к правильному оформлению заявок и договоров, для чего и нужны «соавторы».

1.5.2. Большой секрет маленькой компании

Большой секрет одной маленькой компании состоял в том, что у акционеров-учредителей было мало своих денег, но много амбиций, а хотелось привлечь побольше денег за счет вторичной эмиссии и сохранить амбиции, т.е. сохранить полный контроль над большой компанией, в которую превращалась маленькая. Поэтому акционеры — учредители пошли на маленький трюк, возможный в стране с неотработанными стандартами бухгалтерского учета и фрагментарным законодательством. Перед началом вторичной эмиссии акционеры — учредители внесли дополнительный вклад в акционерный капитал в виде прав ИС, причем оценили они этот вклад в несколько миллиардов рублей.²⁰

Легко догадаться, что при оценке своего вклада акционеры — учредители исходили из поставленной цели — сохранить контроль над маленькой компанией после ее превращения в большую, а также из объема вторичной эмиссии. Иначе говоря, вклад в виде прав ИС должен быть ровно таким, чтобы при полном размещении вторичной эмиссии контрольный пакет акций остался за акционерами — учредителями.

Разумеется, для оценки вклада в виде интеллектуальной собственности были приглашены оценщики, написавшие подходящее обоснование оценки и получившие за это хороший гонорар. Однако дело не только в обосновании оценки. В конкретном случае, о котором здесь идет речь, сама интеллектуальная собственность была несколько необычная, т.е. это была, строго говоря, совсем не интеллектуальная собственность. Иначе говоря, эксперимент оказался не очень чистым и привел к заметному скандалу. Все могло быть намного интереснее, если бы в качестве дополнительного вклада акционеры — учредители внесли настоящие, но вполне бесполезные патенты, лицензии или авторские права и правильно все оформили. Формальные придирки стали бы абсолютно невозможны, так как внесение вклада — это вполне законная транзакция, при которой стороны сами устанавливают оценку, а оценщики нужны им скорее в качестве помощников при переговорах, чем в качестве неза-

²⁰ События происходили в 1992 году, когда миллиард рублей был достаточно значительной суммой.

висимых экспертов. Покупка акций при вторичной эмиссии — дело добровольное и то обстоятельство, что новые акционеры купили «воздух», не меняет сути дела. Иначе говоря, вся афера могла быть проделана абсолютно законно и приостановить ее могла только здоровая недоверчивость покупателей акций при вторичной эмиссии. В этом случае маленькая компания сразу попала бы в большую передрягу с налогом на имущество, которое она так неосмотрительно оценила в астрономическую сумму.

1.5.3. Присвоение «чужих» товарных знаков

Последний сюжет связан с торговлей товарными знаками, но описываемый подход к совершению сделок изначально был опробован в торговле кирпичами. Практиковали его во времена застоя лихие солдаты из стройбата, когда им хотелось выпить. Напомним, что бутылка наиболее популярной в те времена Московской водки стоила около трех рублей (2 рубля, 87 копеек). Чтобы получить желанную «трешку», лихой солдат брал в руку кирпич и шел на заранее облюбованную узкую тропинку, где терпеливо поджидал «покупателя». Когда подходящий «покупатель» приближался, солдат ласково предлагал ему купить кирпич ровно за три рубля и, как правило, «покупатель» сразу соглашался. Аналогичный прием некоторые российские фирмы применяют к потенциальным «покупателям» своих товарных знаков. Для начала они регистрируют большое количество товарных знаков, поразительно похожих на товарные знаки известных фирм, продукция которых с большой вероятностью будет импортироваться в Россию. Затем наши лихие ребята ждут «покупателя» и, как только продукция какой-то из этих фирм появляется на российском рынке, фирме делается «коммерческое предложение» суть которого — приобретение своего собственного товарного знака, зарегистрированного в России на имя «продавца».

Справедливости ради, следует отметить, что аналогичным промыслом не гнушаются некоторые западные фирмы. Например, широкую известность получил скандал с регистрацией одной итальянской фирмой товарного знака для часов «Командирские». Иными словами, этот способ делать деньги не является ни новым, ни чисто русским.

Так или иначе зарубежные фирмы должны уделять должное внимание российскому законодательству об интеллектуальной собственности, а не думать, что его не существует. Им не следует экономить на регистрации своих товарных знаков и лицензионных договоров, если они хотят заниматься серьезным бизнесом в России.

Глава 2

Оценка прав ИС при корпоративных транзакциях

Корпоративными транзакциями принято называть сделки и организационные мероприятия, связанные с изменением статуса и структуры корпораций или других юридических лиц, в том числе:

- поглощения и слияния юридических лиц;
- приватизацию предприятий;
- превращение частных фирм в публичные корпорации;
- создание новых фирм.

Оценка прав ИС при корпоративных транзакциях — наиболее сложная и вместе с тем наименее проработанная часть предметной области, рассматриваемой в данном пособии. Основная причина такого положения — постоянное появление новых видов корпоративных транзакций и разнообразие задач, решаемых при их осуществлении, в связи с чем трудно предложить оценщику какие-то универсальные рецепты. Речь может идти лишь о демонстрации отдельных

приемов на специально подобранных примерах, далеко не исчерпывающих многообразие возможных ситуаций. Эти приемы достаточно просты, но их применение требует определенной деликатности, так как выбор того или иного приема в конкретной ситуации меняет оценку портфеля прав ИС на порядки. Последствия таких операций далеко не безобидны. Например, высокая оценка прав ИС при внесении их в качестве вклада в уставный капитал и последующее перенесение стоимости прав ИС (как нематериальных активов) на себестоимость производимой продукции может вызвать претензии со стороны налоговой инспекции (см. 4.2.3). Сложность как раз и заключается в правильном понимании ситуации и выборе адекватного подхода к оценке прав ИС.

2.1. Корпоративные трансакции

Корпоративные трансакции, как правило, осуществляются с целью повысить эффективность бизнеса, в том числе за счет более полного использования прав ИС, изменения структуры управления и реструктуризации активов, иначе говоря, за счет снижения трансакционных издержек.

Обычно при осуществлении корпоративных трансакций происходит перераспределение исключительных прав, в том числе прав ИС, между юридическими и физическими лицами, принимающими участие в трансакциях. При этом часто возникает потребность в оценке передаваемых прав, а также в адекватном отражении соответствующих оценок в бухгалтерских документах. Техника проведения таких операций достаточно сложна. Кроме того, существующая нормативная база по оцениванию и учету прав ИС в составе нематериальных активов неполна и противоречива. Во многих случаях приходится руководствоваться собственными толкованиями «темных мест» в нормативной базе с учетом зарубежного опыта и здравого смысла.

В этом разделе приведены примеры корпоративных трансакций и минимальный набор сведений, необходимых для правильного понимания сути приемов, используемых в дальнейшем при оценке прав ИС.

2.1.1. Примеры корпоративных трансакций

Приемы, используемые для оценки портфеля прав ИС, передаваемого при корпоративных трансакциях, удобно демонстрировать на условных примерах. Один из таких примеров дает схема оборота прав ИС в проекте производства растворимых поливитаминных таблеток по лицензии известной западной фирмы (далее — проект «Вита»), разработанная в Центре исследований и развития «Эрнст энд Янг Внешконсульт Групп» по заказу фирмы «Бетельгейзе» в рамках работы по созданию венчурной инвестиционной компании. Другой пример — схема оборота прав в рамках проекта «Кузя», разработанная в том же Центре в рамках сотрудничества с Российским фондом технологического развития (РФТР) при Миннауки РФ. Практически все применяемые приемы демонстрируются на этих условных примерах.

Как правило, корпоративные трансакции возникают в связи с намерениями их инициаторов добиться каких-то стратегических целей, например, выйти на рынок с новым продуктом и обеспечить себе монопольное положение на нем или резко расширить свое присутствие на уже освоенном рынке. В двух рассматриваемых примерах цели практически одинаковы, речь идет о выходе на рынок с новым или относительно новым продуктом. Однако масштабы проектов и состав их участников различаются очень сильно.

Еще один нетривиальный пример корпоративных трансакций — приватизация научно-технических объектов (НТО). Оценка прав ИС и самих НТО при приватизации — предмет многочисленных дискуссий 1992 — 1994 гг., так и не давших сколько-нибудь вразумительных результатов. Цели, преследуемые организаторами приватизации в научно-технической сфере, в основном связаны с желанием повысить эффективность работы НТО, но не в последнюю очередь — с желанием пополнить государственный бюджет.

Пример 1. Инновационный проект «Вита»

В основе инновационного проекта «Вита» лежит хорошо известная патентованная технология изготовления шипучих таблеток, на использование которой предполагается купить лицензию у патентооб-

ладателя, причем уже достигнута предварительная договоренность об условиях приобретения лицензии, в том числе о всех денежных расчетах. Инициатором проекта выступает ЗАО «Вита» (название условное), проделавшее определенную работу по анализу рынка в одном из регионов с населением около 12 млн. человек и получившее предварительное согласие патентообладателя на приобретение лицензии. Вполне естественно предположить, что ЗАО «Вита» попробует найти деньги, необходимые для инвестиций, и попытается реализовать проект самостоятельно. В качестве альтернативного варианта рассматривается возможность реализации проекта «Вита» при участии венчурной инвестиционной компании, осуществляющей начальные капиталовложения и контроль над проектом до выхода производства шипучих таблеток на полную мощность. Техническая сторона реализации проекта в рассматриваемых вариантах практически одинакова, но экономические результаты могут быть существенно разными.

Во всех рассматриваемых вариантах предполагается, что шипучие витаминные таблетки будут продаваться как пищевой продукт, что упрощает получение разрешения на их производство, но предполагает уплату НДС (по ставке 10%). Таблетки предполагается паковать по 10 штук в пластмассовые тубы. Для удовлетворения потребности региона с населением около 12 млн. человек достаточно производить и продавать 4 800 000 упаковок в год (400 000 упаковок в месяц) по цене около \$0,8 за упаковку (при себестоимости \$0,334 за упаковку).

Для реализации проекта необходимы инвестиции, оцениваемые его инициаторами в \$660 000, причем \$200 000 должны быть внесены в первый месяц, \$200 000 — во второй, \$200 000 — в пятый и \$60 000 рассматриваются как резерв¹. Начиная с 6-го месяца производится пробная партия продукции и осуществляется отладка производства, а с 9-го месяца производство работает в стационарном режиме, обеспечивая выпуск 400 000 упаковок в месяц.

Руководство ЗАО «Вита» намерено сохранить свой контроль над проектом в ходе его реализации, а по завершении организацион-

¹ Анализ бизнес-плана показал, что потребность в финансовых вложениях несколько завышена.

ной стадии проекта получить контрольный пакет акций создаваемого предприятия. При этом руководство ЗАО «Вита» не располагает сколько-нибудь значительными собственными средствами и намерено искать инвестиции на стороне.

Учитывая, что инвестор должен будет вложить в производство не менее \$600 000, причем практически сразу, вклад инициаторов проекта должен быть оценен в сопоставимую и даже несколько большую сумму, на что инвестор может не согласиться. Достаточные основания для этого есть, хотя проект в целом остается достаточно выгодным даже в том случае, если вклад ЗАО «Вита» в виде прав ИС будет оценен в \$600 000 или выше. Видимое противоречие, объективно препятствующее достижению разумного компромисса между сторонами, заключается не столько в численном выражении предъявляемых ими претензий, сколько в распределении их рисков во времени.

Риск инициаторов проекта связан с возможностью потерять контроль над выгодным бизнесом, если проект будет успешным. Риск инвестора связан с возможностью потерять деньги, если проект провалится по каким-либо причинам. Иными словами, риски сторон находятся в противофазе, поэтому уравновесить их можно лишь с помощью специальных экономико-правовых конструкций, а не путем простого увеличения или снижения оценки вклада инициаторов проекта. В ходе реализации проекта с использованием такой конструкции портфель прав ИС, который сформируют ЗАО «Вита» и инвестор, будет переоцениваться на разных стадиях проекта и на завершающей стадии получит оценку, сопоставимую с оценкой всего бизнеса. Если одна из сторон (либо инициатор проекта, либо инвестор) получит этот портфель, то вторая — достаточную компенсацию в виде акций создаваемого предприятия.

Если в реализации проекта «Вита» примет участие венчурная инвестиционная компания, созданная в виде некоммерческой организации (например, в виде венчурного фонда), то обнаруженные противоречия не исчезнут, но появятся дополнительные возможности для маневра, в том числе для уменьшения суммы налога на прибыль за несколько лет по проекту в целом.

Пример 2. Инновационный проект «Кузя»

В основе инновационного проекта «Кузя» лежит оригинальная конструкция микроавтомобиля, в составе которой четыре изобретения, промышленный образец и другие результаты интеллектуальной деятельности большого коллектива авторов. Права на все эти результаты распределены между авторами изобретений, их работодателями и РФТР. Иначе говоря, в исходном состоянии проекта «Кузя» не существует ни физического, ни юридического лица, которое могло бы начать осуществление проекта без разрешения других лиц. Следовательно, приступить к реализации проекта пока невозможно. Для этого необходима существенная предварительная работа, которая включает создание юридического лица — владельца портфеля прав ИС, формирование самого портфеля и т.д. Инициатором проекта может выступить кто-то из физических или юридических лиц, обладающих определенными правами из предполагаемого портфеля и стремлением реализовать эти права. Логично предположить, что инициатор будет стремиться к сохранению своего контроля над проектом на всех стадиях его реализации, что существенно усложняет задачу, если инициатор проекта не обладает достаточными для этого собственными средствами. Учитывая значительный объем требуемых капиталовложений, естественно вообще исключить из рассмотрения возможность финансирования проекта полностью или преимущественно за счет собственных средств его инициатора. Более реалистично предположение о наличии у него средств только на самую начальную стадию проекта.

Приватизация в научно-технической сфере

Специфика НТО, заметно осложняющая их приватизацию, в основном сводится к двум характерным деталям, отличающим НТО от производственных предприятий. Это, во-первых, состав производимой продукции, полностью или в значительной степени состоящей из результатов творческой деятельности сотрудников НТО, а во-вторых, широкое применение собственных разработок — результатов прошлой творческой деятельности при получении новых результатов. Исключительные права на такие результаты могут принад-

лежать НТО, авторам результатов, заказчикам конкретных работ или никому. Иными словами, правообладатель не всегда определен, причем такое возможно даже в тех случаях, когда результаты потенциально охраноспособны и получены при выполнении служебных заданий или служебных обязанностей. Например, не определены обладатели исключительных прав на служебные изобретения и промышленные образцы, на которые ранее были выданы авторские свидетельства СССР, но еще не выданы патенты РФ.

Речь идет о правах на охраноспособные результаты творческой деятельности, полученные при выполнении служебных обязанностей или служебных заданий, так как лишь применительно к таким результатам можно говорить о правах ИС, принадлежащих НТО и приватизируемых вместе с ним. Однако даже на эти результаты права НТО далеко не безусловны. Как правило, необходимы дополнительные усилия по оформлению и регистрации исключительных прав НТО, а иногда и дополнительные соглашения с другими потенциальными претендентами на роль правообладателя. Пренебрежение формальной стороной дела чревато различными осложнениями.

Самое худшее из возможных осложнений — закрепление состояния правовой неопределенности, сопровождаемое фактическим исключением ОИС из экономического оборота. Такое положение сопоставимо по своим экономическим последствиям с утратой ОИС в силу невозможности их практического использования. Любые другие возможные осложнения, включая вполне вероятную недооценку НТО в целом или его активов, можно рассматривать как относительно безобидные и вполне терпимые, хотя и нежелательные издержки приватизации. Следовательно, главная задача, в решении которой заинтересованы все участники приватизации НТО, — устранение правовой неопределенности в отношении результатов прошлой творческой деятельности. Практическое решение этой задачи, сформулированной пока в очень обобщенном виде, сводится к решению множества частных проблем различной сложности, в том числе разрешимых лишь на уровне законодательства.

Следующий слой проблем, связанных с приватизацией НТО, составляют те из них, для которых всеобщая заинтересованность в решении не столь очевидна. Для организаторов приватизации опре-

деленную проблему составляет перспектива недооценки НТО в целом и отдельных его активов в связи с недоучетом прав ИС, а в результате недополучение бюджетом средств от приватизации. Эту проблему можно рассматривать в двух аспектах: с позиций бухгалтера или аудитора, задача которого — обеспечить правильный учет прав ИС в составе активов НТО, и с позиций оценщика, который должен определить справедливую рыночную стоимость приватизируемого НТО. Надо заметить, что речь идет о двух разных задачах, причем не только по смыслу, но и по трудности решения, а также по характеру последствий в случае неверного решения.

Аналогичные по сути проблемы могут возникнуть при приватизации любых предприятий, использующих ОИС в своей основной деятельности. Однако только для НТО обе проблемы достигают критической остроты. Причин для этого несколько. Прежде всего количество ОИС, права на которые перераспределяются в процессе приватизации НТО, существенно больше, их суммарная ценность может существенно превосходить ценность материальных активов НТО, что практически невозможно при приватизации промышленных предприятий. Кроме того, права ИС, принадлежащие обычным предприятиям, как правило, связаны с определенным бизнесом, который можно оценить на основе известных методик. Права ИС, принадлежащие НТО, ни с каким определенным бизнесом, как правило, не связаны, что означает на практике отсутствие какой-либо объективной основы для получения их стоимостной оценки.

2.1.2. Снижение трансакционных издержек

Далее речь идет только о двух примера, связанных с производством шипучих таблеток и микроавтомобиля. К теме приватизации научно-технической сферы предстоит вернуться только в главе 5.

Противоречия между участниками проектов

Оба рассмотренных выше условных примера содержат противоречивые условия, выдвигаемые инициаторами проектов и потенциальными инвесторами. С одной стороны, инициаторы хотят сохранить контроль над реализацией проектов, с другой — они не облада-

ют денежными средствами, соизмеримыми с масштабами требуемых вложений. Инвесторы, привлекаемые к участию в реализации проекта, также находятся в противоречивом положении. С одной стороны, они вынуждены настаивать на очень высокой норме прибыли на вкладываемый капитал, так как при неудаче проекта его инициаторы в принципе не смогут что-либо вернуть ни себе, ни инвесторам. Поэтому норма прибыли для инвестора должна быть очень высокой. С другой стороны, очень высокая норма прибыли не может быть обеспечена на весь капитал, если значительную долю в нем будет составлять вклад инициаторов проекта в виде прав ИС.

Компенсация рисков

Эти противоречия преодолимы с помощью современных экономико-правовых технологий, позволяющих уравновесить риски участников проекта на различных стадиях его реализации за счет соответствующим образом оформленных обменов имущественными правами и обязательствами. При этом разнонаправленность рисков превращается из недостатка в достоинство.

Риски инициаторов проекта — обладателей прав ИС и инвесторов — обладателей денег различны по своей природе. Первые рискуют потерять права на большую часть будущей прибыли, если прибыль действительно появиться. Вторые — потерять деньги, вкладываемые сейчас, если прибыль не появится вообще или будет слишком мала. В качестве компенсации за этот риск они претендуют на сверхприбыль. Именно разнонаправленность рисков в указанном выше смысле позволяет сбалансировать их за счет специальных приемов с обменом имущественными правами и обязательствами.

Эффективность проекта при кооперативном поведении

Разумеется, применение приемов с обменом правами и обязательствами для снижения транзакционных издержек эффективно только в том случае, если инновационный проект эффективен в своей основе, т.е. эффективен при кооперативном поведении его участников и речь идет только о согласовании их интересов, а также о совмещении средств, необходимых для реализации проекта, в том

числе денег, прав ИС, технических знаний и других ресурсов. Иначе говоря, строить экономико-правовую технологию, снижающую издержки трансакций, имеет смысл только в том случае, если проект эффективен в условиях, близких к условиям Теоремы Р. Коуза, т.е. при низких трансакционных издержках.

Использование экономико-правовой технологии, позволяющей снизить трансакционные издержки до приемлемого уровня, предполагает целую серию корпоративных трансакций, сопровождаемых передачей и переоценкой портфеля прав ИС, а также сменой организационных форм в ходе реализации проекта.

2.1.3. Смена организационных форм

Обычно инновационный проект состоит из нескольких стадий. В проекте «Кузя» три стадии, в проекте «Вита» — две, так как здесь уже пройдена стадия первоначальной организационной подготовки проекта. На каждой стадии инновационного проекта решаются конкретные задачи, для решения которых в наибольшей степени подходит вполне определенная организационно-правовая форма (или сразу несколько таких форм). Если совокупность преимуществ, обеспечиваемых выбором организационно-правовой формы, перевешивает издержки, связанные с ее изменением, то происходит смена организационной формы. В результате инновационный проект реализуется как последовательность сменяющих друг друга организационно-правовых форм. Кроме того, смену организационной формы можно рассматривать как повод для переоценки портфеля прав ИС. Именно необходимость в переоценке портфеля прав ИС — тот решающий аргумент, который делает смену организационных форм на каждой стадии реализации проектов «Кузя» и «Вита» полностью оправданной.

Две стадии проекта «Вита»

В проекте «Вита» разделение на две стадии продиктовано необходимостью преодолеть внутреннее противоречие, связанное с желанием инициатора сохранить за собой контроль и нехваткой собственных средств. Невозможно найти инвестора, который согласился бы

полностью профинансировать проект, принимая на себя весь риск, и оценить свое участие в данном проекте менее чем в 50%. Поэтому не может быть и речи об оценке портфеля прав ИС на начальной стадии проекта в сумму, равную объему требуемых финансовых вложений. Если же оценка портфеля прав ИС на конечной стадии проекта будет меньше, чем объем финансовых вложений в ходе его реализации, то вклад инициатора окажется недостаточным для сохранения контроля над создаваемым бизнесом, что подрывает его заинтересованность в успешной реализации проекта. Кроме того, вполне вероятно возникновение ситуаций, когда и инициатор проекта, и инвестор заинтересованы в увеличении оценки прав ИС до величины, сопоставимой с оценкой создаваемого бизнеса.

Исходя из необходимости преодоления перечисленных трудностей, реализацию проекта «Вита» целесообразно разбить на два этапа (две стадии). Первая стадия — освоение производства, вторая — переход к полномасштабному производству витаминных таблеток в стационарном режиме. Продолжительность первого этапа может варьироваться от 9 до 24 месяцев, так как 9 месяцев — планируемый срок выхода производства на полную мощность, а 24 месяца — продолжительность налоговых каникул (по налогу на прибыль) для малых предприятий. Оптимальный момент для смены организационной формы и изменения уставного капитала можно выбрать, руководствуясь какими-то дополнительными соображениями, в промежутке между 9-м и 24-м месяцем от официального начала реализации проекта, т.е. от регистрации юридического лица, в рамках которого предполагается начать выпуск витаминных таблеток.

Организационная форма на стадии полномасштабного производства витаминных таблеток определяется масштабами дела и составом участников. Достаточно очевидно, что это должно быть либо акционерное общество (открытое или закрытое), либо общество с ограниченной ответственностью (в дальнейшем — ООО «Вита»). Уставный капитал ООО «Вита» может быть на порядок больше, чем требуемые финансовые вложения, так как оценка планируемого бизнеса дает для этого достаточные основания. При этом оценка портфеля прав ИС может быть получена как разность между оценкой бизнеса и оценкой материальных активов ООО «Вита». Следует за-

метить, однако, что для этого портфель прав ИС, которым обладают инициаторы проекта «Вита», не мешало бы пополнить.

Организационная форма для освоения производства — это, скорее всего, товарищество на вере, так как именно эта форма позволяет инициаторам проекта сохранить текущий контроль над его реализацией до заранее оговоренного момента, не делая скольких-нибудь значительных собственных капиталовложений и не настаивая на оценке своих прав ИС в сотни тысяч долларов. Основным партнером в таком товариществе может стать ЗАО «Вита» или один из инициаторов проекта — физических лиц.

В качестве альтернативной организационной формы можно рассматривать создание некоммерческого партнерства на срок освоения производства². Предположительно партнерами могут стать ЗАО «Вита» и некоторая некоммерческая организация типа венчурного фонда, именуемая в дальнейшем — НО «Вита» и располагающая собственными средствами, полученными от доноров или от коммерческих операций. При организации некоммерческого партнерства НО «Вита» берет на себя приобретение лицензии у патентообладателя с правом предоставления sublicензий, закупает необходимое оборудование и сырье, а ЗАО «Вита» организует производство и сбыт продукции. При этом партнеры связывают себя обязательствами по перераспределению прав собственности после достижения планируемого уровня производства (через 9 месяцев после начала реализации проекта).

Наиболее естественный вариант завершения деятельности некоммерческого партнерства — создание специальной фирмы по производству витаминных таблеток, которой может стать ООО «Вита». Ведущую роль в ООО «Вита» должно играть ЗАО «Вита» или физические лица — инициаторы проекта, а основную часть доходов от созданного бизнеса, как минимум, в течение нескольких первых лет должно получать НО «Вита»³. Такого результата легко добиться, если весь портфель прав ИС после завершения партнерства окажется в руках НО «Вита», а вновь созданное ООО «Вита» будет использо-

²В соответствии со статьей 8 закона РФ «О некоммерческих организациях».

³Вариант, при котором инициаторы проекта получают и контроль над бизнесом и большую часть доходов, нельзя рассматривать как серьезный.

вать его на лицензионной основе, выплачивая в виде лицензионных платежей достаточно большие суммы. Другой вариант — внесение того же портфеля прав в уставный капитал ООО «Вита», но тогда ООО «Вита» окажется под полным контролем НО «Вита», если этот портфель будет правильно оценен.

Естественный выход из противоречивого положения — переоценка принадлежащего инициатору проекта портфеля прав ИС в момент, когда очевидно снижение риска для инвестора. Такой момент наступает при переходе к полномасштабному производству, когда фактически создано полноценно работающее предприятие. Именно в этот момент и должна происходить смена организационно-правовой формы, сопровождаемая переоценкой портфеля прав ИС.

Дополнительное соображение, которое здесь необходимо принять во внимание, это отсутствие на данном этапе налога на прибыль, что делает бессмысленным увеличение амортизационных отчислений за счет снижения прибыли и, следовательно, нецелесообразным наличие значительных активов.

Три стадии реализации проекта «Кузя»

Для инновационного проекта «Кузя» двух стадий может быть недостаточно, так как в начальный момент инициатор проекта не располагает необходимым портфелем прав ИС. Для решения этой задачи, которая вполне может оказаться неразрешимой, необходим еще один этап, которому должна соответствовать своя организационно-правовая форма, т.е. юридическое лицо, создаваемое специально для решения именно этой задачи.

Проект в целом от состояния дел на момент его обсуждения до перехода к полномасштабному производству микроавтомобиля «Кузя», вероятно, потребует 4 — 6 лет, в течение которых инновационный проект должен пройти следующие три стадии:

- 1) завершение исследований и испытаний, включая исследование экономических аспектов производства и сбыта изделия, концентрация полученных результатов, прав их использования, а также всей необходимой для этого информации у одного юридического лица;
- 2) промышленное освоение изделия, получение «Технологии» с

необходимыми для полномасштабного производства соотношениями затрат и результатов;

3) создание предприятия для полномасштабного производства и сбыта изделий.

Каждой из трех стадий инновационного проекта соответствует определенная организационная форма, наиболее адекватная характеру деятельности, распределению рисков и прав, а также особый подход к оценке прав ИС. При этом оценка вклада в виде прав ИС в создаваемое предприятие или предшествующие ему формы меняется при переходе от одной стадии инновационного проекта к другой, как правило, на порядок или более того, что связано не только с затратами на исследования и развитие или с оформлением прав ИС на каждой стадии проекта, но также с постепенным снижением риска по мере продвижения к успешному завершению проекта и с изменением целей оценивания.

Оценка вклада в виде прав ИС, основанная на капитализации прибыли от реализации проекта, уместна лишь на завершающей стадии, когда появляется прибыль. Примерно то же можно сказать об оценках, основанных на дисконтировании прогнозируемых доходов, прибыли или денежных потоков. На ранних стадиях участники проекта больше всего заинтересованы в снижении общего уровня риска и его справедливом распределении между всеми участниками проекта, что может быть совсем не связано с будущей прибылью, если проект провалится.

Расчет оценки вклада в виде портфеля прав ИС лучше всего производить в порядке, обратном хронологическому, т.е. начинать следует с завершающей стадии. Исходя из оценки экономической эффективности проекта в целом, легко получить оценку вклада в виде портфеля прав ИС в предприятие, создаваемое на завершающей стадии инновационного проекта. Имея такую оценку, можно использовать ее как ориентир для получения оценок вклада в виде прав ИС на предшествующих стадиях.

Этап I. Акционерное общество или товарищество

Организационная форма, наиболее подходящая для первой стадии проекта, — полное товарищество или частная фирма, хотя вполне

подходит и наиболее распространенная в России организационная форма — закрытое акционерное общество (ЗАО). В таком обществе могут участвовать авторы изобретений, используемых в конструкции изделия, менеджмент проекта, а также физические и юридические лица, финансирующие разработку изделия на данной стадии реализации проекта и более ранних его стадиях. Именно эта организационная форма выбрана для реализации начальной стадии проекта «Кузя» (далее — ЗАО «Кузя»). После завершения первой стадии проекта ЗАО «Кузя» не ликвидируется, а участвует в создании новых организационных форм, сохраняя за собой координирующие функции и право контроля, если это право не будет утеряно в результате просчетов или непредвиденных обстоятельств. Продолжительность первой стадии проекта 1 — 1,5 года.

В данном случае организационно-правовая форма выбрана почти исключительно из соображений привычности и простоты. В такой же мере можно выбрать другую форму равноправного участия в реализации общего дела сразу нескольких лиц. Единственный серьезный аргумент в пользу ЗАО — сохранение данного юридического лица на последней стадии инновационного проекта, когда это лицо становится обладателем половины всех акций создаваемого крупного предприятия.

Этап II. Товарищество на вере. Обмен опциона на варрант

Для второй стадии инновационного проекта в наибольшей степени подходит широко применяемая в США форма ограниченного партнерства для исследований и развития. Из форм, предусмотренных в российском законодательстве, наиболее точно такому партнерству соответствует товарищество на вере (командитное товарищество). В качестве основного партнера при создании командитного товарищества может выступать ЗАО «Кузя», а в качестве командитиста (ограниченного партнера) — какая-нибудь финансово-промышленная группа, располагающая достаточными финансовыми и материальными ресурсами для реализации проекта в целом (далее — ФПГ «Урал»). В результате деятельности партнерства, рассчитанной на 3 года, специалистами ЗАО «Кузя» за счет средств ФПГ «Урал» должна быть создана Технология, портфель прав на ко-

тору в случае успеха получит ЗАО «Кузя», а ФПГ «Урал» получит пакет акций ЗАО «Кузя», приравненный по стоимости к вкладу ФПГ «Урал» в создание Технологии.

Условия договора между ЗАО «Кузя» и ФПГ «Урал» о создании и деятельности партнерства должны включать следующие условия:

- управление деятельностью в рамках партнерства возлагается на полного партнера (в данном случае ЗАО «Кузя»);
- ограниченный партнер (в данном случае ФПГ «Урал») финансирует работы по созданию Технологии в пределах некоторой заранее оговоренной суммы;
- в случае успешного завершения работ созданием Технологии в заранее оговоренный срок и, разумеется, с соблюдением ограничения по затратам основной партнер получает право выкупить долю ограниченного партнера, а ограниченный партнер — право приобрести пакет акций основного партнера по заранее оговоренной цене;
- в случае невыполнения договора, т.е. при получении неудовлетворительного результата или при невозможности уложиться в заранее оговоренные сроки и суммы, партнеры несут ответственность по договору, которая для них существенно различна, причем как в юридическом, так и практическом плане.

Цена, по которой полный партнер выкупает права на Технологию при успешном завершении договора, обычно равна произведенным затратам, а цена пакета его акций, приобретаемого ограниченным партнером, совпадает с предельной суммой затрат ограниченного партнера, зафиксированной в договоре. Пакет акций, передаваемых ограниченому партнеру, как правило, составляет менее 50%, так как полный партнер не желает терять контроль над Технологией. Однако он не может быть и слишком маленьким, так как иначе интересы ограниченного партнера будут неизбежно нарушены. Ориентировочный объем приобретаемого пакета акций можно оценить примерно в 40%. Он становится большим, если полный партнер не укладывается в ранее оговоренную сумму и вынужден финансировать продолжение работ из своих собственных средств, которых

у него, скорее всего, нет. Тогда могут быть одновременно рассмотрены и сумма, вкладываемая ограниченным партнером в развитие Технологии, и объем пакета акций, приобретаемого им за эту сумму. В таком случае возможно приобретение им до 100% полного партнера. При полной неудаче работ по договору акции полного партнера естественным образом обесцениваются, а инвестор, выступавший в роли ограниченного партнера, теряет все вложенные им средства.

Этап III. Совместное предприятие «пятьдесят на пятьдесят»

Наиболее адекватная форма для третьей стадии проекта (в случае успешного завершения первых двух стадий) — совместное предприятие типа «пятьдесят на пятьдесят», т.е. 50%:50%. Термин «совместное предприятие» используется здесь в традиционном (западном) смысле и означает участие в создании предприятия двух сторон, вносящих вклады в различном виде, но не обязательно принадлежащих к разным странам. В рассматриваемом случае сторонами являются ЗАО «Кузя» и ФПГ «Урал», причем вклад в виде прав ИС вносит ЗАО «Кузя».

Конкретная организационная форма должна быть выбрана из тех, которые предусмотрены российским законодательством. Скорее всего это будет еще одно ЗАО или (с несколько меньшей вероятностью) ОАО. Принципиальное значение в данном случае имеет только соотношение вкладов — 50%:50%. Обоснование данного соотношения опирается не только на естественное стремление к равенству в условиях, когда партнеры одинаково зависимы друг от друга, но и на сложившуюся традицию («фольклор»).

2.2. Пополнение портфеля прав

Реализация инновационного проекта всегда связана со значительным риском или, точнее говоря, со множеством рисков, разных по своей природе. Часть этих рисков можно устранить, пользуясь стандартным набором приемов и экономико-правовых конструк-

ций. В частности, риск инвесторов становится чрезмерным, если используемые права ИС принадлежат разным физическим или юридическим лицам, каждое из которых не обладает всем необходимым набором прав, но имеет возможность эффективно мешать реализации проекта, используя ту часть прав, которой обладает. Поэтому реализация таких проектов, как правило, начинается с формирования портфеля прав, необходимых для его реализации.

Инициаторы инновационных проектов обычно не знают всех тонкостей законодательства и не вполне представляют себе реальные возможности, которыми они обладают при формировании портфеля прав ИС. В результате, с одной стороны, имеющиеся возможности используются не полностью, с другой — под видом вклада в форме интеллектуальной собственности подаются авторские свидетельства СССР на изобретения, а также идеи и сведения, на которые вообще не распространяется правовая охрана. Обычно эти ошибки достаточно легко устранимы. Кроме того, существует специальная техника пополнения портфеля прав ИС, которая может оказаться полезной при необходимости компенсировать некоторые изъяны законодательства.

2.2.1. Портфель прав ИС в проекте «Вита»

Проект «Вита» основан на вполне здоровой, но совершенно не охраноспособной идее — купить лицензию у вполне конкретной фирмы. Сама по себе эта идея может быть правильна или вздорна, но она не стоит ровным счетом ничего, так как не является охраноспособной. Однако идея подкреплена определенными расчетами, в основе которых лежит анализ рынка на соответствующую продукцию в конкретном регионе. При ограничении доступа к этой информации ее можно рассматривать как коммерческую тайну — ноу-хау. На основе анализа рынка и собственных расчетов авторами идеи подготовлен бизнес-план, который с их точки зрения представляет значительную ценность, но интеллектуальной собственностью, строго говоря, не является. В расчетах использовалась оригинальная компьютерная программа, реализующая модель будущего бизнеса. Наконец, инициаторы проекта имеют предварительную договоренность с фирмой, у которой собираются приобрести лицензию,

а также покупать у нее необходимые компоненты. Если предположить, что это опцион, то он имеет определенную ценность. Сам по себе опцион нельзя рассматривать как интеллектуальную собственность, но он может существенно повысить цену портфеля прав ИС, как важный внешний фактор.

Таким образом, портфель прав ИС в начальный момент реализации проекта «Вита» практически пуст. Принадлежащие инициаторам проекта права ИС — это только авторские права на бизнес-план, как литературное произведение. Но издавать это литературное произведение пиратским способом конкуренты заведомо не будут, т.е. право на его копирование стоит не так уж много. Компьютерная программа, с помощью которой проводились расчеты, далека от полной завершенности и может использоваться только авторами. Интерес для конкурентов могут представлять анализ рынка и расчеты, но авторское право не обеспечивает правовую охрану ни того, ни другого. Делать из бизнес-плана ноу-хау крайне сложно. Скорее всего это просто конфиденциальная информация, предоставляемая потенциальным инвесторам в расчете на их добропорядочность. Иначе говоря, тут есть значительная проделанная работа, причем интеллектуальная по своему характеру, но практически нет охраноспособных результатов, права на которые инициатор мог бы внести в качестве вклада в предполагаемый проект в строгом соответствии с принятыми требованиями, т.е. внести в качестве вклада в уставный капитал некоторого нового юридического лица с постановкой этих прав на баланс для учета в составе нематериальных активов. Чтобы преодолеть это препятствие, можно воспользоваться искусственным приемом, о котором речь ниже.

2.2.2. Портфель прав ИС в проекте «Кузя»

Как уже говорилось, основа проекта «Кузя» — это оригинальная конструкция микроавтомобиля, в которой использованы четыре изобретения и один промышленный образец (на внешний вид микроавтомобиля). На каждое из четырех изобретений выдано авторское свидетельство СССР, но пока не подана заявка на выдачу патента РФ, т.е. права не полностью специфицированы. Заявителем по всем авторским свидетельствам выступало одно юридическое лицо, ав-

торы — разные физические лица. Разумеется, на все изделие есть техническая документация, выполненная стандартным для РФ способом (на бумаге, с помощью чертежных приборов).

Чтобы приступить к реализации проекта, необходимо сосредоточить все права ИС в руках одного лица, причем в данном случае это может быть только юридическое лицо. Наиболее вероятная форма — ЗАО с участием всех четырех авторов изобретений, автора промышленного образца, бывшего работодателя авторов и, возможно, еще каких-то физических или юридических лиц. Если все эти лица сумеют найти приемлемые для них способы участия в ЗАО («Кузя»), то проект теоретически может быть реализован. На первой стадии данного проекта надо решить задачу по формированию портфеля прав ИС в руках ЗАО «Кузя». А именно, на все четыре изобретения необходимо получить патенты и передать их в собственность ЗАО «Кузя». Наиболее естественные формы такой передачи — это внесение патентов в уставный капитал или выкуп их у патентообладателей. Первый вариант предпочтительнее в силу целого ряда обстоятельств, в числе которых необходимость личного участия авторов в реализации изобретений и чрезмерные, как правило, притязания с их стороны при продаже прав за деньги. При внесении вклада в виде патента всегда можно сказать: «Если твои идеи так ценны, то почему бы тебе не поучаствовать в их реализации с оплатой по результату?»

2.2.3. Техника пополнения портфеля прав

Чтобы пополнить портфель прав ИС, вкладываемых инициатором в проект, бывает вполне достаточно изменить форму представления результатов. Иногда изменение формы представления обеспечивает не только охраноспособность результатов, но и некоторое новое их качество. Например, в случае с проектом «Вита» следует идти по пути развития компьютерной программы, с помощью которой делались расчеты. Можно создать достаточно полезные базы данных и компьютерные программы, позволяющие хранить бизнес-план в виде программного продукта, позволяющего легко учитывать изменения различных параметров и выдавать тексты бизнес-планов с учетом этих изменений. Глубина проработки этого программно-

го продукта и, следовательно, его реальная ценность могут быть разными, но в любом случае он оказывается гораздо удобнее, чем бизнес-план в виде книги, если ориентироваться на те специфические цели, о которых здесь идет речь.

Аналогичным образом можно поступать и при необходимости пополнения портфеля прав ИС в проекте «Кузя». Техническую документацию можно заменить на средства автоматизации проектирования, сколь угодно точно ориентированные на выполнение вполне конкретной задачи — изготовление технической документации для того же проекта или, наоборот, сколь угодно универсальные и, следовательно, трудоемкие и дорогие. Иначе говоря, инициаторы проекта с хорошими идеями и информацией всегда могут сделать продукт, который вполне отвечает их целям. Для этого нужно хорошо ориентироваться в законодательстве и в предметной области.

2.3. От оценки бизнеса к оценке прав

Получение оценки портфеля прав из оценки бизнеса имеет смысл либо для действующего предприятия, либо для предприятия, создаваемого на завершающей стадии инновационного проекта и рассматриваемого как действующее в будущем. Оба случая почти неразличимы в плане используемой техники оценивания, но с одной оговоркой. Рассматривая будущее предприятие как действующее, можно строить оценку бизнеса только на основе прогнозируемых доходов, но отнюдь не на текущей или ретроспективной информации, так как ее просто нет. Кроме того, во всех рассматриваемых примерах речь идет о бизнесе, основу которого составляет определенный портфель прав ИС, что во многом предопределяет организационные формы бизнеса. Поэтому к ним применимы далеко не все 24 метода оценки бизнеса, излагаемые в [13], а лишь те из них, которые основаны на прогнозной информации и ориентированы на оценку бизнеса, реализуемого в конкретных организационных формах. Таким образом, выбор подходов к оценке бизнеса определяется практически однозначно.

2.3.1. Подходы к оцениванию прав ИС

Существует достаточно очевидная связь между оценкой бизнеса и оценкой портфеля прав ИС, позволяющего контролировать этот бизнес, в том числе обеспечивающего предприятию стабильную долю рынка. Ключевая роль в этом процессе принадлежит анализу финансовых показателей, по которым строится оценка бизнеса, тогда как содержание портфеля прав ИС не играет сколько-нибудь заметной роли.

Эмпирические закономерности и экономический фольклор

Наиболее очевидным образом сказанное выше проявляется в оценке товарных знаков и других средств индивидуализации. Например, товарные знаки крупнейших фирм, производящих продовольственные товары, оцениваются приблизительно в те же суммы, что и удвоенный годовой оборот соответствующих фирм. Такое соотношение между оценкой товарного знака, составляющего для фирм данного профиля основу портфеля прав ИС, и годовым оборотом принято считать классическим [53]. Разумеется, его не следует рассматривать как способ оценки товарного знака или портфеля прав ИС в целом, но полезно иметь в виду как эмпирически установленный факт.

Считается также, что для достаточно широкого класса промышленных предприятий прибыль обеспечивается на 50% за счет технологии, на 30% за счет маркетинга и только 20% за счет производства. Представление о таком соотношении вкладов имеет хождение в среде экономистов скорее на правах фольклора, чем установленного факта. Однако оно находит подтверждение в организации значительного числа совместных предприятий типа 50%:50%, когда вклад в виде технологии оценивается в 50% от всего уставного капитала.

Эконометрический подход

Другой пример, безусловно, заслуживающий внимания, представляет использование данных об акционерной стоимости фирм для

исследования стоимости принадлежащих им патентов и результативности вложений в исследования и развитие [64]. Акционерная стоимость стала предметом активных эконометрических исследований, так как использование акционерной стоимости в качестве «выходного» индикатора результативности вложений в исследования и развитие имеет важное преимущество перед любыми иными возможностями. Все другие индикаторы успешности, такие как доходность или продуктивность, отражают его медленно и неустойчиво. С другой стороны, если событие случается, т.е. вложения в исследования и развитие дают желаемый результат, оно побуждает рынок к переоценке усилий фирмы в ее исследованиях, их полный эффект немедленно отражается на ожидаемой сегодняшней оценке будущего денежного потока фирмы. Иными словами, акционерную стоимость фирмы можно рассматривать как ее ожидаемую рыночную стоимость. Поэтому в дальнейшем при описании модели речь идет о рыночной стоимости фирмы.

Простейшая модель рыночной стоимости основана на предположении о наличии линейной зависимости между рыночной стоимостью фирмы и оценкой всех ее активов, включая материальные активы, оцениваемые по восстановительной стоимости, и нематериальные, оценку которых надо получить из модели. При этом предполагается, что нематериальные активы включают в себя «интеллектуальный капитал» фирмы, т.е. результаты инвестиций в исследования и развитие, а также отражают патентные позиции фирмы. Соответствующая линейная зависимость может быть записана в виде равенства

$$V = q(A + gK) = qA(1 + gK/A),$$

где V — рыночная стоимость фирмы, A — восстановительная стоимость ее материальных активов, K — уровень «интеллектуального капитала» (в натуральном выражении), g — теневая цена «интеллектуального капитала»⁴, q — текущий дисконт, отражающий

⁴Строго говоря, величина $V_{int} = gK$ с гораздо большими основаниями может быть отнесена к числу наблюдаемых величин, чем K . Однако многие известные статистики используют в своих рассуждениях именно K как некоторый «объективный» показатель результативности вложений в исследования и развитие. С данным обстоятельством приходится считаться.

стандартное превышение рыночной стоимости фирмы над восстановительной стоимостью материальных активов⁵.

Величина $Q = V/A$, известная как Q *Тобина*, отражает индивидуальное превышение рыночной стоимости фирмы над восстановительной стоимостью ее материальных активов. Отличие Q для конкретной фирмы от усредненного показателя q рассматривается статистиками как свидетельство наличия у нее некоторого «интеллектуального капитала», а оценщиками бизнеса как наличие у нее «гудвилла» (деловой репутации) или других нематериальных активов, имеющих положительную стоимость. Достаточно очевидно, что на самом деле речь идет об одном и том же.

Принцип «большого котла»

Для получения оценки портфеля прав ИС на основе оценки бизнеса может быть полезно также следующее рассуждение, близкое по сути к эконометрическому подходу, но заведомо более простое.

Стоимость активов действующего предприятия и оценка бизнеса в идеальном случае должны совпадать⁶ и, во всяком случае, не должны различаться на порядки. Разницу между оценкой бизнеса и стоимостью материальных активов предприятия составляет стоимость всех нематериальных активов, к числу которых относятся права ИС. При этом предприятие часто не имеет каких-либо иных нематериальных активов. Иными словами, в идеальном случае оценка портфеля прав ИС совпадает со стоимостью всех нематериальных активов предприятия и, следовательно, с разностью между оценкой бизнеса и стоимостью всех материальных активов. Поскольку стоимость всех материальных активов, как правило, известна, все дело сводится к оценке бизнеса.

Данное рассуждение опирается на целый ряд допущений, к тому же оценка бизнеса зависит от оценки активов. Тем не менее, рациональную основу для проведения оценочных расчетов это рассуждение дает.

⁵ Стандартное превышение рыночной стоимости фирмы над восстановительной стоимостью ее активов часто называют стоимостью действующего предприятия и учитывают как неидентифицируемый нематериальный актив [13]

⁶ Хотя на практике они, как правило, не совпадают.

Принципы оценивания прав ИС в рамках проектов

При оценке прав ИС в ходе реализации инновационных проектов в целом следует ориентироваться на идеологические принципы, сформулированные при подготовке методических рекомендаций (Рекомендации), разработанных по заказу Министерства науки и технической политики Российской Федерации при участии Комитета Российской Федерации по патентам и товарным знакам в соответствии с Поручением Правительства Российской Федерации от 12 января 1994 г. АШ-П2-00577. Рекомендации предназначались для использования российскими юридическими лицами различных форм собственности или частными предпринимателями в качестве методического пособия по стоимостной оценке вкладов в виде имущественных прав на объекты интеллектуальной собственности (ОИС) в уставный капитал создаваемых предприятий, в том числе с участием иностранного капитала.

Стоимостная оценка вклада в виде прав ИС рассматривается не как результат аналитических выкладок, а как один из пунктов учредительного договора, т.е. как результат добровольного соглашения сторон, участвующих в создаваемом предприятии.

Рекомендации относятся в основном к выбору организационно-правовых форм для реализации различных стадий инновационного проекта. Метод оценки вклада в виде прав ИС практически однозначно определяется выбором организационно-правовой формы. При этом предполагается, что оценка вкладов сторон в создаваемое предприятие определяется соглашением между сторонами; любые аналитические или экспертные методы, используемые для оценки вкладов сторон, могут играть лишь вспомогательную роль, помогая каждой из них обосновать свою позицию. Предметом соглашения сторон могут быть не только численные значения оценок для вкладов сторон, но и расчетные формулы или правила, по которым оцениваются вклады и производятся взаиморасчеты между сторонами.

Связь с оценкой эффективности инновационных проектов

Предлагаемая методология оценивания вкладов участников основана на оценке экономической эффективности инновационного проекта в целом. Оценка вклада в виде прав ИС на каждой стадии инновационного процесса тесно связана с используемой формой организации, а также с оценкой вкладов сторон на следующей стадии реализации проекта, т.е. оценки вкладов на разных стадиях получаются в последовательности, обратной хронологической. Сначала на основе прогнозируемого объема сбыта продукции и ожидаемой прибыли оцениваются вклады сторон на завершающей стадии проекта. При этом используется удовлетворяющая все заинтересованные стороны, т.е. выбираемая по соглашению между сторонами методика оценки эффективности инновационных проектов ⁷.

При создании совместных предприятий с иностранными партнерами предпочтительно пользоваться методиками, получившими международное признание, например пособиями ЮНИДО по оценке инвестиционных проектов [2] или рекомендациями известных консультационных фирм.

Проект в целом должен быть эффективным в соответствии с оценкой, получаемой по данной методике. Полученные оценки вкладов на завершающей стадии и статистические данные используются при получении оценок вкладов на предшествующей стадии и т.д.

Выбор организационной формы создаваемого предприятия определяется многими факторами, важнейшие из которых — положение каждого из предполагаемых соучредителей предприятия на рынке, их цели, а также соотношение различных рисков.

2.3.2. Оценка ИС при завершении проекта

Успешное завершение инновационного процесса, как правило, означает появление нового бизнеса или выход на определенный уровень

⁷В качестве такой методики для российских предприятий можно использовать «Методические рекомендации по комплексной оценке эффективности мероприятий, направленных на ускорение НТП», утвержденной Постановлением ГКНТ СССР и Президиума АН СССР от 13 марта 1988 г. № 60/52.

производства. Очень часто на завершающей стадии проекта происходит смена организационной формы бизнеса и замещение одного вида капитала другим, например замещение венчурного капитала инвестиционным. Выходя из бизнеса, венчурный капиталист желает получить адекватную компенсацию за свою активность на начальных стадиях реализации проекта и риск, а инвестор приобретает долю в уже существующем бизнесе. Поэтому норма прибыли для венчурного капиталиста существенно выше, чем для инвестора.

Именно при замещении венчурного капитала инвестиционным исключительно важную роль играет оценка бизнеса и получаемая из нее оценка прав ИС. В принципе эта оценка может быть получена как разность между оценкой бизнеса и стоимостью материальных активов создаваемого предприятия, о чем говорилось в 2.3.1. Ниже показывается, как можно сделать эти рассуждения корректными.

Финансовые переменные

Существуют следующие источники финансовых выгод от участия в предприятии:

- 1) прибыль или денежные поступления (от операций и инвестиций);
- 2) продажа или залог активов;
- 3) продажа долевого участия в предприятии.

При любом подходе к оценке предприятия она получается как количественная оценка тех доходов, которые могут быть получены участником предприятия из одного или нескольких перечисленных источников.

Основные финансовые переменные, которые следует принимать во внимание:

- 1) прибыль;
- 2) денежные поступления;
- 3) дивиденды или способность выплачивать дивиденды;
- 4) валовые доходы;
- 5) активы.

Все эти переменные называются внутренними (эндогенными) переменными, так как характеризуют само предприятие. Важнейшая из них — способность приносить прибыль (доходность). Кроме

того, существуют внешние (экзогенные) переменные, которые также необходимо принимать в расчет. Ключевая внешняя переменная в процессе оценки — *стоимость капитала* — сумма ожидаемого дохода на вложенный капитал, необходимого для привлечения инвестиций. Эта сумма зависит от общего уровня процентных ставок и премии за риск.

Прибыль. Если прибыль определяется как разумное отражение экономического дохода, то она безусловно является наиболее важным показателем среди внутренних переменных, влияющих на оценку бизнеса. Проблема состоит в том, что определение и исчисление прибыли в рамках бухгалтерского учета дает достаточно мало оснований рассматривать в качестве отражения экономического дохода именно прибыль, игнорируя другие показатели.

Денежный поток. Наиболее адекватным отражением экономического дохода оценщики, как правило, считают денежный поток. Типичное определение денежного потока в бухгалтерском учете — *чистая прибыль плюс балансовые начисления, такие, как амортизация*. Денежный поток может быть также определен как показатель, либо включающий, либо не включающий некоторые другие показатели, в зависимости от цели оценки. Например, при расчете *чистого денежного потока* — показателя, используемого при дисконтировании денежных потоков, из прогнозируемых денежных потоков следует вычесть капитальные затраты и прочие обязательные инвестиции.

Дивиденды. Ставка на дисконтирование дивидендов может быть наиболее уместна, когда акционеры или покупатели акций считают, что их стоимость определяется суммой приносимых дивидендов. Теория придает способности компании приносить дивиденды относительно меньший вес по сравнению с прибылью.

Валовые доходы. Акцент в оценке на валовые доходы часто делается в тех случаях, когда речь идет о покупке или продаже пред-

приятий сферы обслуживания. Иногда акцент на доходы делается также в издательском бизнесе.

Активы. Важность активов в процессе оценки определяется тем, какие выгоды они приносят, оказывая влияние на прибыль или денежный поток. При этом исключительно интересную роль играют нематериальные активы и, прежде всего, права ИС. Увеличивая стоимость портфеля прав ИС, предприятие может значительно увеличить амортизационные отчисления, включаемые в издержки производства. В результате уменьшится прибыль, но возрастет денежный поток.

Прогнозирование денежных потоков

Основой всего процесса оценки бизнеса является прогноз денежного потока и/или прибыли. Точный прогноз требует досконального знания всех факторов, влияющих на объект инвестиций, однако даже полное знание этих факторов не делает прогноз абсолютно надежным.

Оценка параметров, проводимая при прогнозировании, должна проводиться теми лицами, которые наилучшим образом готовы к выполнению данной работы. Как правило, это делают специалисты соответствующего профиля, т.е. специалисты по сбыту оценивают продажи, производственники — производственные показатели и т.д. В рассматриваемом примере с производством шипучих таблеток (проект «Вита») эта работа уже проделана, поэтому соответствующие показатели берутся из бизнес-плана, подготовленного инициаторами проекта. Для другого проекта («Кузя») такая работа потребовала бы слишком больших затрат, к которым инициаторы проекта не были готовы.

Учет фактора риска

При анализе дисконтированных будущих доходов оценка риска носит субъективный характер. Риск может быть сведен к оцениваемой степени неопределенности в том, что касается получения ожидаемых будущих доходов, причем оцениваемой конкретными людьми.

ми. Разумеется, им представляются менее рискованными те сферы деятельности, которые они хорошо знают.

В конечном счете, оценка риска выражается в двух формах, каждая из которых имеет множество вариантов [6]. Первая — уменьшение прогнозируемых будущих доходов на некоторую величину, компенсирующую необязательность получения этих доходов. Вторая — изменение ставки дисконта. При этом ставка дисконта тем выше, чем выше риск. Оценщики пользуются тем и другим способом учета риска, причем не всегда отдавая себе в этом отчет.

Выбор ставки дисконта

В своей классической монографии по оценке бизнеса [73] Шеннон Пратт предлагает определять ставку дисконта как ожидаемую ставку дохода по имеющимся альтернативным вариантам инвестиций, характеризваемым сопоставимым риском. Другими словами, соответствующая ставка дисконта может рассматриваться как ставка дохода по альтернативным вариантам инвестирования средств. Это будет та ожидаемая ставка дохода на капитал, которая побуждает инвестора вложить свои средства.

Существуют стандартные ставки дохода на капитал по отраслям и по некоторым классам акций. Даже в такой относительно стабильной стране, как США ими надо пользоваться с осторожностью. Для специфических условий России это сделать особенно трудно, так как изменения происходят очень быстро.

Дисконтирование денежного потока и/или прибыли

Чтобы сделать сопоставимыми денежные потоки и/или прибыли, получаемые в разные годы, надо поток и/или прибыль в год t брать с коэффициентом $[100/(100 + R_n)]^t$, где R_n — норма дисконта, выраженная в процентах. Иначе говоря, если норма дисконта равна 10%, то доходы следующего (первого) года надо сопоставлять с доходами нынешнего, умножая их предварительно на 100/110, доходы второго года — на 100/121 и т.д. Доходы получаемые в текущий момент, соответствующий $t = 0$, учитываются с коэффициентом $1 = [\frac{100}{(100+R_n)}]^0$. Для получения оценки бизнеса путем дисконтиро-

вания денежного потока достаточно сложить денежные потоки за все годы предполагаемого существования данного бизнеса с учетом дисконта, т.е. воспользоваться формулой

$$V = \sum_{t=0}^T [FV_t \times (\frac{100}{100 + R_n})^t],$$

где V — стоимость бизнеса; T — продолжительность существования бизнеса, в годах; FV_t — прогнозируемый денежный поток в году t .

Если денежный поток с некоторого момента T становится постоянным (равным FV) и не ограничен каким-либо временным периодом, т.е. продолжается неограниченно долго, то существуют простые формулы его приведения к моменту T и соответственно к текущему моменту. Чтобы получить оценку денежного потока в момент T , достаточно умножить FV на коэффициент $\frac{100+R_n}{R_n}$. Например, если $R_n = 25\%$, то достаточно умножить FV на 5. После этого можно привести оценку потока за весь период, начиная с года T , к текущему моменту, умножив полученную величину $5FV$ на коэффициент $(\frac{100}{100+R_n})^T$.

Оптимизация оценки портфеля прав

Как уже говорилось, стоимость активов действующего предприятия и оценка бизнеса в идеальном случае должны совпадать. Разницу между оценкой бизнеса и стоимостью материальных активов предприятия составляет стоимость всех нематериальных активов, к числу которых относятся права ИС. Если при этом предприятие не имеет каких-либо иных нематериальных активов, то оценка портфеля прав ИС совпадает со стоимостью всех нематериальных активов предприятия или с разностью между оценкой бизнеса и стоимостью всех материальных активов.

Поскольку стоимость всех материальных активов, как правило, известна, все дело сводится к решению простого уравнения, в левой части которого стоит оценка всех активов, а в правой — оценка бизнеса. Обе части уравнения зависят от оценки нематериальных

активов, которая считается неизвестной. Решая уравнение, можно получить «оптимальную» оценку нематериальных активов.

Оценка портфеля прав при завершении проекта «Вита»

Согласно технико-экономическому обоснованию проекта «Вита» ожидаемый валовой доход составляет \$3 840 000 в год или \$320 000 в месяц. Поскольку речь идет о действующем предприятии, естественно воспользоваться подходом к оценке бизнеса, основанным на дисконтировании прогнозируемых будущих доходов, причем речь может идти как о дисконтировании прогнозируемой чистой прибыли, так и о дисконтировании прогнозируемого чистого денежного потока. В том и другом случае наиболее трудная часть расчетов — выбор подходящей ставки дисконта, после чего можно воспользоваться прогнозами будущих доходов, сделанными инициаторами проекта при подготовке бизнес-плана.

Прибыль и денежный поток. Напомним, что чистый денежный поток получается из чистой прибыли путем прибавления амортизационных отчислений за вычетом капиталовложений. Следовательно, при отсутствии сколько-нибудь значительных активов и капиталовложений оценка дисконтированного чистого денежного потока практически совпадает с оценкой дисконтированной чистой прибыли. Существенные различия между оценками дисконтируемой чистой прибыли и дисконтируемого чистого денежного потока появляются только в том случае, когда заметно увеличивается оценка активов, что может быть сделано за счет переоценки портфеля прав ИС.

Расчетная прибыль при стабильной работе предприятия (начиная с 9-го месяца) составляет \$1/3 с упаковки или \$1 200 000 в год. Чистая прибыль при ставке налога на прибыль 35% составит \$780 000 в год. При этом в первые два года прибыль не взимается, а в третий и четвертый год взимается по пониженной ставке. Следовательно, надо подсчитать дисконтированную чистую прибыль за первые четыре года по отдельности, а также за все последующие годы, начиная с пятого, после чего просуммировать результаты.

Интересно подсчитать также дисконтированную ожидаемую прибыль за весь период (без учета налогов) как предел, который не может быть преодолен ни при каких льготах по налогообложению прибыли.

Приблизительная оценка портфеля прав. Наличие достаточно полного портфеля прав ИС обеспечивает стабильность положения на рынке, а незначительный или относительно небольшой риск — основание для выбора низкой ставки дисконта и, наоборот, большой риск — основание для выбора высокой ставки дисконта. Например, стабильное положение на рынке фирмы «Кока-Колла» обеспечивается всемирно известным товарным знаком и секретной рецептурой напитка, который составляет ноу-хау фирмы. Этот портфель прав ИС оценивается специалистами примерно в два годовых оборота фирмы.

Если применить ту же эмпирическую формулу (удвоение оборота) к оценке портфеля прав ИС на завершающей стадии проекта «Вита», то получим сумму в \$6 400 000, что соответствует ставке дисконта примерно 12,5%, если не принимать в расчет налоговые льготы в первые годы существования бизнеса и амортизацию нематериальных активов в последующие. В самом деле, принимая оценку материальных активов равной примерно \$600 000 и приравнивая сумму активов чистой (\$6 400 000 + \$600 000 = \$7 000 000) дисконтированной прибыли при ставке дисконта R_n и чистой прибыли \$780 000 в год, получим уравнение

$$\$7\,000\,000 = \$780\,000 \times \frac{100 + R_n}{R_n}.$$

Решив это уравнение относительно R_n , получим искомую ставку дисконта. Следует заметить, что это вполне нормальная ставка дисконтирования для такого бизнеса в США, но не в России.

Если учесть налоговые льготы в первые годы существования бизнеса и возможность амортизации нематериальных активов, то оценка бизнеса при той же ставке дисконтирования будет несколько выше. Следовательно, та же оценка бизнеса \$700 000 будет достигнута при несколько большей ставке дисконтирования. Однако для

российских условий эта ставка дисконтирования все равно будет слишком низкой. Иными словами, оценка нематериальных активов в \$6 400 000 для российских условий несколько завышена.

Проведенный расчет показывает, что оценка портфеля прав ИС в два годовых оборота возможна, но при немислимо низкой для России ставке дисконта. Для получения более реальных оценок ставку дисконта необходимо, как минимум, удвоить. В качестве реалистичной можно взять ставку дисконта 25%.

Дисконтированная прибыль за бесконечный период при ставке дисконта 25% составит \$6 000 000, а чистая дисконтированная прибыль при ставке налога на прибыль в 35% составит \$3 900 000. Иначе говоря, оценка бизнеса на конец второго года функционирования производства составит около \$4 000 000, если не предпринять мер по уменьшению налога на прибыль. Оценка активов предприятия, которые будут состоять только из материальных активов, не может быть больше \$600 000, реально же она будет существенно меньше. Это дает основания утверждать, что оценка активов занижена, причем в ней не учтены реально имеющиеся нематериальные активы.

Уточнение оценки портфеля прав. Если увеличить активы предприятия, включив в состав нематериальных активов права ИС с некоторой оценкой $\$X$, то появится возможность амортизировать эти активы, соответственно уменьшая налогооблагаемую прибыль. Например, если предположить, что права ИС должны быть амортизированы за 5 лет равными долями, причем амортизация должна обеспечить полное отсутствие прибыли, то необходимо положить $\$X = \$6 000 000$. При этом объем дисконтированной чистой прибыли и, следовательно, оценка бизнеса составят чуть меньше \$5 300 000. Иначе говоря, оценка активов оказывается выше оценки бизнеса. Такое положение также нельзя признать вполне нормальным.

Чтобы определить величину $\$X$, в точности соответствующую выбранной ставке дисконтирования, надо приравнять оценку активов с учетом $\$X$ и оценку бизнеса, причем тоже с учетом влияния $\$X$, а затем решить полученное уравнение. Например, если речь идет об оценке активов и бизнеса на четвертом или еще более позднем году производства шипучих таблеток, когда не действуют

льготы на прибыль, то амортизация $\$X$ в течение пяти лет даст увеличение дисконтированного чистого денежного потока на величину, близкую к $0,23 \times \$X$. Оценка бизнеса будет равна приблизительно $\$3\,900\,000 + 0,23 \times \X . Если принять очень грубую оценку материальных активов равной $\$600\,000$, то оценка всех активов, включая нематериальные, окажется равной $\$600\,000 + \X . Отсюда, решая уравнение

$$\$600\,000 + \$X = \$3\,900\,000 + 0,23 \times \$X,$$

легко получить $\$X = \$4\,300\,000$. Разумеется, полученная оценка не очень точна, так как при ее получении не учитывались такие факторы, как налог на имущество и многое другое.

Варианты приобретения портфеля прав ИС

Если портфель прав ИС с оценкой $\$4\,300\,000$ будет приобретен в результате покупки лицензий или патентов, то кто-то должен будет показать соответствующую прибыль и уплатить налог, если он не пользуется льготами по налогу на прибыль. При выплате всей причитающейся за лицензии суммы в виде паушального платежа и единовременной уплате налога на прибыль сумма налога составит $0,35 \times \$X$, что существенно превышает достигнутое увеличение оценки бизнеса. При выплате лицензионных платежей в виде роялти выплата налога на прибыль растягивается на весь срок лицензии, дисконтируется и, следовательно, налоговое бремя для лицензиара облегчается, но и реальная ценность платежей уменьшается в силу все того же дисконтирования. При этом лицензиату следует включать лицензионные платежи прямо в себестоимость продукции без капитализации и последующей амортизации. Наконец, если портфель прав ИС будет внесен как вклад в уставный капитал созданного предприятия в обмен на акции, то у юридического лица, внесшего этот вклад, появится не прибыль, а доходы будущих периодов, что несколько легче, так как эти доходы растягиваются на несколько лет и дисконтируются. Совсем выгодной такая операция или продажа лицензий становятся в том случае, если лицензиар, продавший портфель прав ИС, освобожден от налога на прибыль.

Однако безоглядное сокрытие прибыли неизбежно вызовет протесты со стороны налоговой инспекции, поэтому благоразумнее либо оценить портфель прав ИС в проекте «Вита» на завершающей его стадии в несколько меньшую сумму, например в \$3 000 000, либо увеличить срок полной амортизации соответствующих нематериальных активов.

Следует также отдавать себе отчет в том, что ставка дисконта для бизнеса в России, как правило, превышает 20%. Поэтому оценку бизнеса и соответственно портфеля прав ИС лучше взять еще ниже. Тем не менее, эта оценка будет в несколько раз выше, чем те \$670 000 или \$700 000, которые инициаторы проекта хотели выговорить для себя с самого начала. Если же оценить долю в бизнесе, которую хотели получить инициаторы проекта, то оказывается, что речь шла о нескольких миллионах долларов. Не удивительно, что потенциальные инвесторы им отказывали.

Таким образом, портфель прав ИС на завершающей стадии проекта «Вита» может стоить около \$3 000 000 и составлять основную часть активов созданного предприятия по производству шипучих таблеток. При этом совершенно не обязательно в такую же сумму должен оцениваться вклад инициаторов проекта. Скорее, наоборот, в какой-то момент портфель прав должен оказаться в руках инвестора, а производящее таблетки предприятие — в руках инициаторов проекта, причем инвестор будет получать лицензионные платежи, съедающие львиную долю прибыли.

2.3.3. Предприятия типа «пятьдесят на пятьдесят»

На завершающей стадии инновационного проекта, как правило, используются организационные формы с распределением рисков и прав между участниками пропорционально оценке их вкладов. Наиболее ярко этот подход проявляется при создании совместных предприятий 50%:50%, когда два участника предприятия равноправны, причем один из них вносит вклад в виде портфеля прав ИС, а другой — в виде материальных и финансовых средств. Разумеется, соотношение вкладов может быть и иным, речь идет (в данном случае) не

о соотношении вкладов, а о типе предприятий и соответственно способе оценки вкладов сторон. В соотношении 50%:50%, применяемом в простейшем случае и, наоборот, в случае невозможности учесть все многочисленные обстоятельства, выражена невозможность отдать предпочтение одному из двух необходимых факторов. Вклад в виде прав ИС и вклад в виде денежных и/или материальных средств одинаково необходимы для обеспечения успеха.

Экономическое обоснование выравнивания вкладов

Распределение рисков и прав пропорционально вкладам учредителей в создаваемое предприятие, представленное в чистом виде совместными предприятиями типа 50%:50%, возможно при выполнении следующих условий:

- учредители могут претендовать на равноправное участие, так как ни один из них не обладает сильными позициями на совместно осваиваемом рынке;
- цели учредителей совпадают или аналогичны, например, целью всех учредителей может быть извлечение прибыли;
- технологический риск минимален, т.е. речь идет о достаточно надежной (апробированной) технологии.

Экономическое обоснование для формального приравнивания оценки вклада в виде прав ИС к вкладам в виде материальных и/или денежных средств строится на оценке экономической эффективности реализуемого инновационного проекта в целом. Если с учетом вклада в виде прав ИС достигается эффективность проекта в целом, т.е. получается требуемая норма прибыли в расчете на весь уставный капитал или обеспечивается окупаемость проекта в заданный срок [2], то оценка портфеля прав ИС как половина уставного капитала вполне обоснована.

Если реализация проекта осуществляется без привлечения заемных средств, то уставный капитал определяется как удвоенная сумма вкладываемых материальных и/или финансовых средств, которая предполагается известной. В случае привлечения заемных

средств объем необходимых собственных средств и, следовательно, оценка вклада в виде прав ИС оказываются меньше, т.е. дефицит собственных средств ведет к снижению оценки вклада в виде прав ИС.

На практике вклад в виде прав ИС в предприятие типа 50%:50% не всегда составляет ровно половину. Возможны случаи, когда вклад каждого из участников составляет 50% от уставного капитала, однако вклад в виде прав ИС составляет только часть вклада одного из них, а также, когда вклад одного из участников целиком состоит из прав ИС, но составляет менее 50% уставного капитала. Случаи, когда вклад в виде прав ИС составляет более 50%, в производственной сфере редки. Впрочем, возможны варианты, когда производство приносит сверхприбыли. Тогда обе стороны могут быть заинтересованы в том, чтобы портфель прав ИС стоил на порядок больше, чем материальные активы предприятия.

Основание для снижения доли вклада в виде прав ИС от базовых 50% — недостаточная эффективность проекта, т.е. недостаточная прибыль на уставный капитал. Так как уменьшить потребность в материальных и/или финансовых вложениях не представляется возможным, происходит относительное (как доли в уставном капитале) и абсолютное (в денежном выражении) снижение оценки вклада в виде прав ИС.

Формальные схемы расчета

Подход, изложенный выше, может быть в достаточной степени формализован. Для этого необходимо ввести формальные обозначения для основных учитываемых переменных. Условимся обозначать потребность предприятия⁸ в материальных и/или денежных средствах через J , уставный капитал через QA , а стоимостную оценку вклада в виде прав ИС через V_{int} . В соответствии с принятыми ранее предположениями вложения в виде денежных и материальных средств и в виде прав ИС составляют всю сумму активов создаваемого предприятия и соответствуют объему его уставного капитала. Иначе говоря, справедливо равенство $QA = J + V_{int}$, причем вели-

⁸Создаваемого на завершающей стадии проекта.

чина J считается известной. Если помимо этого известны чистая прибыль FR в представительный год [2] и стандартная норма прибыли для данной отрасли R_n (она же ставка дисконта), то величина V_{int} определяется достаточно просто.

В идеальном случае V_{int} просто приравнивается к J . Откуда определяется размер уставного капитала $QA = 2V_{int} = 2J$ и, следовательно, $J = V_{int}$. На практике V_{int} не обязательно совпадает с J , а отклоняется от него в ту или другую сторону. Иначе говоря, величина $d = V_{int}/QA$ не обязательно равна $1/2$, хотя всегда имеет место равенство $QA = V_{int} + J$.

Реальное значение величины d обычно не превышает $1/2$ и не бывает меньше $1/5$, хотя теоретически может принимать любые значения от 0 до 1. Как и объем уставного капитала QA , величина d определяется на основе соглашения сторон, причем они связаны соотношением $QA = J/(1 - d)$, так как $V_{int} = dQA$.

Величина уставного капитала QA ограничена сверху необходимостью обеспечить нормальную прибыль для партнера, вносящего свой вклад в предприятие в виде материальных и/или денежных средств, т.е. величина QA не может быть больше, чем FR/R_n , так как иначе реальная норма прибыли на весь вложенный капитал оказывается ниже стандартной, на что инвестор никогда не пойдет.

Если

$$J/(1 - d) > FR/R_n,$$

то реализация проекта оценивается как невыгодная для партнера, вносящего свой вклад в денежной форме. Это значит, что значение d завышено. Если

$$J/(1 - d) = FR/R_n,$$

то проект находится на грани приемлемости для данного партнера, т.е. возможно только понижение значения d с учетом различных ранее не учтенных факторов, но не его повышение. Наконец, если

$$J/(1 - d) < FR/R_n,$$

то есть возможность как для понижения, так и для повышения d с учетом факторов, указанных выше.

Коррекция расчетов

Снижению значения d способствуют следующие объективные факторы:

- отсутствие исключительных прав на передаваемые технологии, изделие или на используемые в их составе отдельные ОИС;
- отсутствие патентной охраны у ОИС, права на которые передаются в качестве вклада;
- наличие конкурирующих технологий, изделий или конкурирующих патентов на основные, используемые в них, решения;
- относительно высокие затраты на освоение передаваемой технологии или изделия и на реализацию проекта в целом;
- относительно высокий коммерческий риск при реализации проекта;
- большой объем предполагаемого рынка производимых продуктов или услуг.

Повышению значения d способствуют противоположные упоминаемым выше (по смыслу) объективные факторы:

- наличие в составе вклада в предприятие исключительных прав на какие-то ОИС;
- наличие патентов на ОИС, права на которые передаются создаваемому предприятию;
- отсутствие конкурирующих технологий или отдельных конкурирующих патентов;
- относительно низкие затраты на освоение передаваемой технологии или изделия и на реализацию проекта в целом;
- относительно небольшой коммерческий риск при реализации проекта;
- относительно небольшой объем рынка предполагаемой продукции или услуг.

Оценка портфеля прав в проекте «Кузя»

Применение техники оценивания, изложенной выше, можно показать на примере проекта «Кузя».

В момент рассмотрения проекта (июнь 1994 г.) прямых аналогов микроавтомобиля «Кузя» не существовало, однако были аналогичные по размерам и выполняемым функциям микроавтомобили итальянского, японского и т.п. производства по цене от \$10 000 до \$15 000. Потребность России в автомобилях такого класса оценивалась приблизительно в 100 000 изделий в год. Следовательно, для успешной конкуренции с импортными моделями по удовлетворению российского платежеспособного спроса на микроавтомобили такого типа (вплоть до полного их вытеснения с российского рынка) надо выпускать изделия с ценой не более \$8 000 в количестве 100 000 в год.

Ожидаемый объем продаж можно ценить примерно в \$800 000 000, ожидаемую чистую прибыль — не более \$100 000 000 в год. Чтобы обеспечить инвесторам 12% прибыли на вложенный капитал, который включает в себя как финансовые вложения, так и вклад в виде прав ИС, следует ограничить общий объем вложений суммой около \$800 000 000. При этом 12% прибыли на вложенный капитал можно рассматривать как некоторую нижнюю границу. Если ожидаемая прибыль на вложенный капитал меньше 12%, то проект в целом с большой вероятностью будет оцениваться как неэффективный.

Если считать, что в реализации проекта не используются заемные средства, т.е. используются лишь собственные, а доли вкладов составляют 50% и 50%, то оценка вклада в виде прав ИС (Технология) составляет \$400 000 000. На долю всех остальных вложений остается также \$400 000 000. При невозможности уложиться в такую сумму придется либо отказаться от реализации проекта, либо уменьшить долю вклада в виде прав ИС. Для этого есть достаточные основания не только практического, но и теоретического характера. В самом деле, технология не обеспечивает ту норму прибыли, из которой появилось соотношение 50%:50%. Следовательно, Технология не доработана или не столь удачна сама конструкция изделия и т.п.

2.4. Оценка портфеля прав по затратам

Оценка вклада в виде прав ИС на основе произведенных и/или планируемых затрат часто применяется по соглашению сторон на относительно ранней стадии реализации инновационного проекта, когда исследовательская часть проекта уже завершена, т.е. создана базовая технология, но для промышленного производства по базовой технологии необходимо ее освоение (развитие) в конкретных технических и экономических условиях. Для достижения этих целей обычно используются организационные формы с асимметричным распределением рисков и прав между участниками, которые создаются, как правило, на ограниченный срок. В США для указанных целей идеально приспособлена организационно-правовая форма ограниченного партнерства. Наиболее близкими аналогами таких партнерств в Российской Федерации являются товарищества на вере и, возможно, некоммерческие партнерства. Кроме того, возможны аналоги таких партнерств на основе соглашений о совместной деятельности. (Далее все перечисленные выше организационные формы именуются «партнерства».)

В данном подразделе даны рекомендации по стоимостной оценке вкладов при создании ограниченного партнерства (товарищества на вере) для исследований и развития.

2.4.1. Партнерства для исследований и развития

Термин «партнерства» здесь понимается в достаточно широком смысле, а именно, партнерствами считаются некоммерческие партнерства, товарищества на вере, создаваемые на ограниченный срок, а также некоторые формы совместной деятельности. При всем при том подразумевается соблюдение определенных организационных принципов и направленность на достижение конкретных целей.

Организационные принципы партнерства

Партнерства для исследований и развития отличаются следующими характерными особенностями:

- роль полного партнера, осуществляющего управление деятельностью и контроль, играет участник проекта, вкладывающий в партнерство вклад в виде прав ИС на базовую технологию, конструкцию нового изделия и т.п.;
- партнерство организуется на ограниченный срок, а результатом его деятельности является совокупность ОИС, права на которые составляют (предположительно) существенно большую ценность, чем вклад основного партнера на стадии организации партнерства;
- ограниченный партнер обеспечивает финансирование деятельности партнерства только в объеме своего вклада, который определяется на уровне планируемых основным партнером затрат на развитие технологии, дальнейшее финансирование, если оно потребуется, осуществляется за счет основного партнера;
- по окончании деятельности партнерства основной партнер получает опцион на выкуп результатов (технологии) или доли ограниченного партнера, что эквивалентно, а ограниченный партнер — право на покупку пакета акций основного партнера (варрант) по заранее оговоренным ценам. Как правило, выкуп технологии осуществляется по цене, равной изначально планируемым затратам на развитие технологии. На эту же сумму ограниченным партнером приобретается пакет акций основного партнера по заранее оговоренной цене.

Реализация всех перечисленных условий возможна в рамках единого договора о совместной деятельности или в рамках совокупности договоров различного типа, включая договор о создании отдельного юридического лица (командитного товарищества). Процедуры передачи и учета прав при такой форме организации могут быть достаточно сложны.

Условия, когда форма партнерства удобна

Партнерство — наиболее удобная организационная форма предприятия на стадии развития технологии, когда:

- перспективная (базовая) технология, для развития которой создается предприятие, еще не получила признания и стоимостной оценки, независимой от успеха или неуспеха создаваемого предприятия;
- сторона, обладающая перспективной технологией, не обладает достаточными материальными и/или финансовыми средствами для реализации стадии развития технологии до промышленного уровня;
- сторона, обладающая денежными и/или материальными ресурсами, претендует лишь на материальные выгоды от участия в совместном проекте, но не на управление им.

Оценка и внесение вкладов в партнерство

Стоимостная оценка вклада в виде ОИС в партнерство, определяемая в момент его создания, не имеет принципиального значения, так как нужна только для полноты учета и не влияет на объем прав, приобретаемых основным и ограниченным партнерами. Она получается как результат соглашения, основанного на соблюдении определенных формальных требований, следующих из правил учета и организационной формы, а также из соображений здравого смысла⁹.

Отражение вкладов в партнерство на балансах

В случае если учетные единицы, составляющие вклад в виде прав ИС, уже были отражены на счетах полного партнера, следует оценивать этот вклад по балансовой стоимости. Если они не были отражены на счетах, то следует либо давать им символическую оценку и с такой оценкой отражать на счетах партнерства, либо передавать партнерству права без стоимостной оценки. Последнее возможно в случае реализации партнерства без создания юридического лица (в рамках договора о совместной деятельности).

⁹ Теоретически планируемая оценка доработанной технологии не может быть меньше, чем полный объем планируемых затрат, т.е. чем сумма ранее произведенных затрат и планируемых затрат на доработку технологии.

Если партнерство организуется в рамках договора о совместной деятельности без создания отдельного юридического лица, то вкладываемые в партнерство права ИС все время остаются на балансе основного партнера, т.е. формальной передачи не происходит, и, следовательно, проблемы с выбором способа учета прав ИС не возникает.

Если партнерство организуется с созданием юридического лица, то права на приобретаемые партнерством права ИС (базовую технологию) следует учитывать на счете 08 «Капитальные вложения», субсчет «Приобретение нематериальных активов», а не на счете 04 «Нематериальные активы».

Определение стоимостной оценки вклада основного партнера на основе ранее произведенных им затрат на создание технологии — это одно из наиболее простых и естественных решений, если партнерство означает создание юридического лица. При выкупе доработанной технологии у партнерства основной партнер должен выкупить только ту часть, которая внесена ограниченным партнером. Эта часть также проще всего оценивается по затратам.

Завершение партнерства

При успешном завершении деятельности партнерства полный партнер выкупает ее результаты (или долю ограниченного партнера в партнерстве) на основании опциона по их балансовой стоимости. Балансовая стоимость результатов деятельности партнерства, по определению, равна затратам на их получение. Как правило, эти затраты равны фактическому вкладу ограниченного партнера, т.е. они равны или несколько меньше, чем зафиксированный заранее верхний предел вложений ограниченного партнера.

Ограниченный партнер приобретает на основании варранта заранее оговоренное число акций полного партнера по заранее оговоренной цене, как правило, равной верхнему пределу его вложений. Таким образом, опцион на выкуп доли в партнерстве обменивается на варрант (право покупки акций) при минимизации расчетов в денежной форме. Если фактический вклад ограниченного партнера в точности совпадает с оговоренным верхним пределом вложений, то фактически происходит обмен доли ограниченного партнера в

партнерстве на пакет акций основного партнера.

2.4.2. Оценка ИС на 1-й стадии проекта «Вита»

Согласно бизнес-плану реализации проекта «Вита» вложения в сумме \$600 000, необходимые на стадии освоения производства, будут потрачены в основном на закупку сырья и упаковки, в значительно меньшей степени — на закупку оборудования — основных фондов, на оплату помещения, электроэнергии и т.п., но вовсе не на приобретение прав ИС и не на продолжение исследований. Отсюда следует, что эта сумма не может быть капитализирована и включена в состав нематериальных активов в виде прав ИС. Иначе говоря, оценка прав ИС на стадии освоения выпуска витаминных таблеток останется символической.

Как уже говорилось выше, в этом нет ничего плохого ни для инициаторов проекта, ни для инвесторов, так как амортизация нематериальных активов на этом этапе не сулит ни одной из сторон каких-либо выгод, тогда как наличие значительных активов влечет значительный же налог на имущество.

Вместе с тем, если инвестор и инициаторы проекта «Вита» захотят пополнить портфель прав ИС в соответствии с теми рекомендациями, которые были даны в 2.2.3, то они вынуждены будут потратить значительные средства на создание соответствующего программного обеспечения. В этом случае следует капитализировать затраты, а затем включить соответствующую сумму в состав нематериальных активов.

2.4.3. Оценка ИС на 2-й стадии проекта «Кузя»

Стадия проекта, реализуемая в рамках товарищества на вере (ограниченного партнерства) и непосредственно предшествующая созданию совместного предприятия типа 50%:50%, может быть квалифицирована как период венчурного финансирования. Стандартная продолжительность этого периода около 3 лет, средняя норма прибыли — от 35 до 70% годовых в зависимости от страны вложения капитала. С учетом неблагоприятного инвестиционного климата в России логично ориентироваться скорее на верхнюю, чем на

нижнюю границу. Иначе говоря, венчурный капиталист, которым в данном случае можно считать ФПГ «Урал», будет ориентирован примерно на четырехкратное увеличение вкладываемого капитала. Иначе говоря, вложив $\$X$ на стадии развития Технологии и получив после успешного выполнения работ по созданию Технологии пакет акций ЗАО «Кузя», инвестор должен иметь основания оценивать его в $4\$X$, что и означает четырехкратное увеличение вложенного капитала.

Учитывая, что организаторы ЗАО «Кузя» постараются сохранить свой контроль над Технологией, можно оценить часть акций, передаваемых ФПГ «Урал», примерно в 40% от всех имеющихся. Меньшая доля не устроит инвестора, а существенно большая будет означать приобретение им полного контроля над ЗАО «Кузя», что не устроит организаторов проекта.

Если пакет в 40% акций завладевшего Технологией ЗАО «Кузя» стоит $4\$X$, то суммарная цена его акций равна $10\$X$, причем $10\$X$ приблизительно равно $\$400\,000\,000$, так как именно в эту сумму оценивается Технология, вкладываемая в совместное предприятие после успешного завершения работ в рамках партнерства. Фактически эта Технология составляет единственное достояние ЗАО «Кузя» после успешного завершения работ. Отсюда получается вывод, что $\$X$ равен $\$40\,000\,000$. Следовательно, примерно такая сумма должна быть зафиксирована в договоре о создании товарищества на вере в качестве верхнего предела, превышение которого влечет увеличение доли акций ЗАО «Кузя», приобретаемых ФПГ «Урал» после завершения данной стадии проекта.

Строго говоря, расчет величины $\$X$ выполнен не совсем корректно, так как вложения в развития Технологии распределены в течение всего трехлетнего периода, а не вносятся единовременно в начале первого года. Однако реальное достижение оценки вклада в совместное предприятие в виде прав ИС, оцениваемых в $\$400\,000\,000$, происходит не в момент регистрации совместного предприятия, а лишь после его выхода на проектную мощность, т.е. здесь тоже имеется некоторая растяжка по времени. Иными словами, четырехкратное увеличение каждой порции вкладываемого капитала происходит примерно через 3 года, однако формаль-

ная оценка в \$40 000 000 фиксируется в договоре о создании и деятельности товарищества в момент его заключения, формальная же оценка доли Технологии в создаваемом совместном предприятии в \$400 000 000 фиксируется в его учредительных документах также на момент создания, т.е. через те же 3 года.

Полученная оценка в \$40 000 000 может показаться несколько заниженной, если вложения начинают давать какую-то отдачу до истечения трехлетнего периода, а также того обстоятельства, что вложения можно делать по мере возникновения реальных затрат. Учет этих двух обстоятельств влечет существенное повышение ранее полученной верхней оценки. Однако оба указанных фактора компенсируются третьим, связанным с принятым способом учета риска. Реальный учет риска при вложении капитала на данной стадии означает значительное повышение требуемой отдачи и, следовательно, значительное понижение верхней границы. Когда говорят о прибыли венчурных фирм США порядка 40% годовых, имеют в виду средний процент по вкладам, куда входят удачные и неудачные вложения. Аналогичным образом надо понимать и 60% годовых в России. Иными словами, реальный учет риска означает ожидание в случае успеха гораздо большего процента на вложенный капитал, чем 60% годовых. Тем не менее, с учетом наличия разнонаправленных факторов можно говорить о примерной оценке верхнего предела вложений на данной стадии в \$40 000 000.

2.5. Символическая оценка ИС

Организационные формы с асимметричным распределением рисков и прав используются при существенно неравном положении сторон (участников совместного предприятия) на соответствующем рынке товаров или услуг. Если одна из двух сторон, вступающих в отношения, обладает новой технологией, а вторая существенно более выгодным положением на рынке соответствующих товаров или услуг, то есть основа для стратегического альянса с целью соединить имеющиеся преимущества без нарушения интересов сторон.

В рамках такого альянса обе стороны заинтересованы в получении определенных преимуществ и прав, при возможно более низкой

их формальной оценке (в случае учета в составе нематериальных активов). Обе стороны вносят свой вклад или значительную его часть при создании такого альянса в виде прав ИС. При этом возможны различные варианты организационного оформления бизнеса в зависимости от конкретных обстоятельств.

В данном подразделе даны рекомендации по оценке вкладов в совместное предприятие такого типа.

2.5.1. Обмен технологии на доступ к рынку

Стратегические альянсы особенно популярны в ситуациях, когда каждый из партнеров по возможному альянсу обладает определенными преимуществами, причем преимущества разных партнеров дополняющие. Например, передовая технология и положение на рынке — дополняющие преимущества, объединение которых должно быть желательно для обеих сторон. Формы такого объединения могут быть различны. Выбор конкретной формы во многом зависит от лица, обладающего технологией. В частности, передовой технологией может обладать физическое лицо или маленькая частная фирма, тогда как положением на рынке обладают только крупные фирмы.

Обладатель технологии — физическое лицо

Если один из партнеров (обладатель технологии) — физическое лицо, то второй (более сильный) партнер, вероятно, пытается пригласить его на работу, т.е. предложить заведомо неравноправные условия сотрудничества. Часто такие предложения принимаются. Альтернативный вариант — создание нового юридического лица (предприятия). Вкладом физического лица в такое предприятие, как правило, могут быть только права ИС. Оба варианта предполагают какую-то оценку вклада, вносимого в виде прав ИС физическим лицом. В первом случае эта оценка может быть сразу выражена в деньгах или акциях работодателя. Какие-либо рекомендации по данному поводу дать сложно. Как правило, фирмы имеют свои внутренние правила, которыми они пользуются при найме и вознаграждении особенно ценных работников. Однако во многих случаях

этот вариант не устраивает сразу обе стороны, так как нанимаемый (автор) боится потерять свою разработку (технологию), а наниматель (работодатель) — переплатить за нее. В силу своей жесткости этот вариант уступает второму, предполагающему создание новой фирмы с долевым участием сторон и обладающему большим запасом гибкости.

Одна из особенностей альянса крупной фирмы и физического лица при создании нового предприятия — возможность использовать их различия в формах отчетности и налогообложении на благо альянса в целом. В частности, это касается учета вкладов физических и юридических лиц в уставный капитал создаваемого предприятия и прежде всего вкладов в виде прав ИС.

Так как не зарегистрированное в качестве предпринимателя физическое лицо не имеет баланса и какой-либо бухгалтерской отчетности вообще, отражение операций, связанных с созданием нового предприятия, происходит только в отчетности создаваемого предприятия и фирмы, участвующей в его создании. Вклад в виде прав ИС, вносимый физическим лицом, и получаемая в обмен на вклад доля в создаваемом предприятии отражаются только на балансе данного предприятия. Иными словами, происходит увеличение суммы активов, которыми обладают члены альянса в целом. Следовательно, может возникнуть ситуация, когда обе стороны в альянсе заинтересованы в завышении оценки вклада в виде прав ИС. Например, такая ситуация часто возникает, если физическое лицо, вносящее вклад в виде прав ИС, одновременно является владельцем большого пакета акций фирмы — второго участника предприятия¹⁰. Теоретически фирма не заинтересована в завышении оценки вклада в виде прав ИС, вносимого другой стороной, но практически возможны различные варианты, в том числе с привлечением в дело фиктивных участников.

Например, на стадии перехода к полномасштабному производству шипучих таблеток в проекте «Вита» возможно включение в дело физического лица с портфелем прав ИС, оцениваемым в \$6 000 000.

¹⁰Еще более забавная ситуация возникает, если физическое лицо создает общество с ограниченной ответственностью и вносит вклад в виде прав ИС на достаточно большую сумму. Граница между внесением вклада в обмен на акции и безвозмездной передачей прав ИС становится почти неуловимой.

Амортизация этих прав в течение пяти лет позволяет полностью скрыть прибыль в объеме \$1 200 000 в год. Так как при этом не происходит выплаты дивидендов, чистый денежный поток оказывается практически равным \$1 200 000 в год, а не \$780 000, что имело бы место при уплате налога на прибыль. По истечении пяти лет можно найти другой повод не получать прибыли и не платить дивидендов, если все участники альянса на это согласятся.

Обладатель технологии — юридическое лицо

Принципиальное отличие от варианта, когда обладатель технологии — физическое лицо, состоит в том, что операция внесения вклада в виде прав ИС в обмен на долю во вновь создаваемом предприятии отражается на балансе обладателя технологии — юридического лица. Вместе с долей в новом предприятии обладатель технологии приобретает доходы будущих периодов, с которых он должен будет платить налог на прибыль. В этой связи заметно снижается привлекательность завышения оценки вклада в виде прав ИС как для обладателя технологии, так и для альянса в целом. Иначе говоря, мотивация к завышению оценки портфеля прав ИС заметно снижается, а на передний план выходят более глубокие соображения.

При создании новой фирмы с участием обладателя технологии и фирмы или корпорации, занимающей прочные позиции на рынке, возможна не только оценка вкладов сторон в деньгах, но и обмен обязательствами, которые уравнивают риски. При этом обе стороны могут быть заинтересованы в занижении формальной оценки вкладов.

Риск, которому подвергается маленькая фирма — обладатель передовой технологии — при заключении альянса с более крупной, в основном связан с перспективой потери самостоятельности, т.е. поглощения мелкой фирмы более крупной. Риск, которому подвергается крупная фирма, связан с возможностью потери капитала, вложенного в совместное предприятие. Поэтому здесь применяются схемы, подобные описанной в 2.4, т.е. различного вида партнерства с обменом обязательствами или правами выкупа технологий, акций и т.п. Если крупная фирма выступает только в роли венчурного капиталиста, то схема из 2.4 может быть воспроизведена полностью.

Однако, как правило, стратегические партнеры имеют более далекие планы и, с одной стороны, вносят какую-то часть вклада в виде прав ИС, а с другой — не стремятся лишь к денежному выигрышу. Поэтому они не очень хотят полностью уступать контроль за текущей деятельностью вновь созданного предприятия. В конечном счете оценка вкладов в виде прав ИС оказывается очень сложной и состоит из всевозможных обязательств и правомочий. Роль собственно денежной оценки при этом чисто символическая.

2.5.2. Оценка вклада франшизора

Франшиза (в английской транскрипции — «франчайз») — широко применяемый способ расширения бизнеса, при котором быстро растущая корпорация или частная фирма вместо создания дочерних или совместных предприятий заключает специального вида альянсы с уже существующими юридическими лицами или предпринимателями — физическими лицами на основе договоров франшизы. Следует заметить, что существует достаточно много различных типов франшизы [47]. Наиболее интересными среди них с точки зрения передачи и оценки прав ИС представляются франшизы бизнес-формата. По договору франшизы этого типа растущая фирма (франшизор) передает партнеру по альянсу (франшизи) так называемый «стандарт бизнеса» или «бизнес-формат», в который входит целый набор обязанностей и прав. Иными словами, здесь тоже можно говорить о передаче портфеля прав ИС, в который обычно входят лицензия на использование технологии и лицензия на использование товарного знака или знака обслуживания, а также лицензия на использование фирменного наименования, фирменной упаковки и других средств индивидуализации. В принципе каждая из таких лицензий может быть предоставлена отдельно как обычная добровольная лицензия с обычным набором условий, но здесь они связаны в пакет и снабжены целым набором дополнительных условий.

Оценка такого пакета прав теоретически не отличается от оценки добровольной лицензии. Однако на практике решающую роль могут играть различные льготы и, наоборот, дополнительные затраты, которые зависят от способа оформления сделки, а не от ее сути [14].

Следует иметь в виду, например, что (в соответствии с российским налоговым законодательством) от НДС освобождаются лицензионные платежи по оформленным и зарегистрированным надлежащим образом лицензионным договорам на использование объектов промышленной собственности (изобретений, полезных моделей, промышленных образцов). О лицензионных платежах за использование товарных знаков законодательство не дает столь ясного ответа, а относительно ноу-хау вообще молчит. Иными словами, франшизору следует крепко подумать о правильном оформлении договоров и о том, за что именно следует получать платежи с франшизы.

Тем не менее, подход к оценке портфеля прав ИС следует строить на оценке создаваемого бизнеса в целом и последующем дележе получаемого дополнительного дохода между франшизором и франшизой. Пропорции этого дележа очень сильно зависят от конкретных обстоятельств.

Не совсем обычный вариант франшизы возникает тогда, когда предполагаемый франшизой обладает передовой технологией, но не обладает положением на рынке, которое хочет получить от франшизора.

Договор франшизы дает возможность партнеру, обладающему новой технологией, действовать от имени партнера, предоставившего франшизу и обладающего сильными позициями на соответствующем рынке. Лицензионный договор между партнерами дает партнеру, обладающему положением на рынке, возможность пользоваться технологией.

Стоимостная оценка вкладов в виде прав ИС в этом случае приобретает весьма условный смысл, так как одни обязательства или права, обеспечивающие преимущества, обмениваются на другие обязательства или права, причем обе стороны могут быть заинтересованы в минимизации стоимостной оценки такой сделки. Доли сторон в создаваемом предприятии определяют исходя из стратегических интересов партнеров, а не из оценки вкладов в виде прав ИС.

Если партнер, занимающий сильные позиции на рынке, желает не только проверить жизнеспособность новой технологии, но и получить ее для дальнейшего использования, он стремится полу-

чить контроль над бизнесом в целом или над создаваемым для такого бизнеса предприятием. Исходя из необходимого для этой цели количества голосов в управляющих органах предприятия, определяется его доля в уставном (акционерном) капитале. Как правило, она бывает не меньше 60% и обеспечивается вкладом в виде прав, передаваемых по договору о франшизе, а также в виде денежных средств и прав пользования материальными ценностями. Оставшиеся 40% составляет доля партнера, предоставляющего технологию, новое изделие и т.п., т.е. вклад в виде прав ИС.

2.5.3. Оценка ИС в начале проекта «Кузя»

Приобретение 40% акций ЗАО «Кузя» за \$40 000 000 после завершения работ по развитию Технологии, т.е. при успешном окончании договора о создании товарищества, не означает, что эти акции оценивались в ту же или сопоставимую сумму до начала работ по договору. Во-первых, такая оценка ни откуда не следует. Финансовые затраты на стадии завершения исследований и испытаний, как правило, на порядок меньше, т.е. условно могут быть оценены примерно в \$4 000 000. Во-вторых, все участники ЗАО «Кузя» заинтересованы в минимизации его нематериальных активов, в составе которых учитываются приобретаемые им права ИС. Основная причина такой заинтересованности — налог на имущество, который не компенсируется амортизационными отчислениями, так как товарное производство на ранних стадиях деятельности ЗАО «Кузя» отсутствует. (Этот аргумент не работает на второй стадии, так как товарищество на вере создается исключительно для исследовательских и проектных работ, т.е. не облагается налогом на имущество в соответствии с Законом РФ от 25.04.95 № 62-ФЗ).

Таким образом, оценка вкладов в виде прав ИС фактически не делается вплоть до начала товарного производства. Все приобретаемые в рассматриваемый период права ИС учитываются с минимальной допустимой оценкой. В частности, права, приобретаемые на основе лицензионных договоров, договоров об уступке патентов или других аналогичных договоров, учитываются в составе нематериальных активов по цене приобретения. Права, приобретаемые в результате получения патентов на результаты собственных НИР,

как правило, вообще не включаются в состав нематериальных активов либо включаются и учитываются на счете 08 «капитальные вложения» (по затратам).

Единственная причина, заставляющая как-то оценивать вклады в ЗАО «Кузя», вносимые в различной форме, — это необходимость определить долю каждого участника. Проще всего устанавливаются соотношения между вкладами в денежной форме. Следовательно, они должны стать отправной точкой отсчета при оценке всех остальных вкладов. В идеале все вклады вносятся в денежной форме, а необходимые права ИС, информация и т.п. покупаются или создаются в рамках собственной деятельности ЗАО. Теоретически каждый участник ЗАО «Кузя» может продать принадлежащие ему права ИС тому же ЗАО и параллельно внести свой вклад в деньгах, вырученных от продажи. Такая процедура достаточно искусственна, но вполне возможна, и, самое главное, она позволяет участникам, вносящим вклад в виде прав ИС, почувствовать вкус живых денег, с которыми надо расставаться. Во всяком случае эту процедуру следует иметь в виду как возможный вариант приведения обладателей прав ИС в чувство.

Вложение денег на стадии создания ЗАО «Кузя» несет с собой наибольший риск. Следовательно, здесь должен быть самый большой процент на вклады в случае успешной реализации проекта. Сколько-нибудь ответственно рассуждать о целесообразности вложений на этой стадии могут те, кто собирается вкладывать в проект свои деньги. Например, вполне нормально ожидать удвоения ценности вложений каждый год. В этом случае за 4 года, т.е. к моменту выкупа за \$40 000 000 пакета акций в 40% оценка вложений должна увеличиться примерно в 15 — 16 раз, а через 6 лет в 64 раза. Оценивая пакет акций, остающийся в руках старых акционеров в \$60 000 000 на момент завершения договора о совместной деятельности (4 года) и в \$240 000 000 на момент достижения совместным предприятием полной мощности (6 лет), можно оценить приемлемый уровень начальных капиталовложений примерно в \$4 000 000. Полученное число может рассматриваться лишь как оценка сверху, но и в таком качестве она сильно завышена, так как вероятность потери вложенных денег здесь в несколько раз выше, чем вероят-

ность успеха. Поэтому надо пытаться решить все проблемы ЗАО «Кузя» в рамках десятков, в крайнем случае, сотен тысяч долларов. Оценка портфеля прав ИС должна быть того же порядка.

Глава 3

Оценка патентов и лицензий при продаже

Вопрос о цене лицензии — один из наиболее сложных вопросов, возникающих при заключении лицензионного соглашения между частными фирмами или между фирмой, с одной стороны, и государственной структурой типа НАСА в США или РКА в России, с другой. Решать его каждой из сторон приходится, лишь приблизительно зная реальные цели и возможности партнера по переговорам. Приблизительность и заведомая неполнота знаний партнеров друг о друге объективно препятствует достижению в каждом случае так называемой «справедливой рыночной цены». Частично этот недостаток может быть компенсирован с помощью специфических форм расчетов, используемых в лицензионных соглашениях, а также набора приемов, применяемых обеими сторонами в переговорном процессе.

Установление «справедливой рыночной цены» лицензии — это всегда процесс, в котором с обеих сторон выступают команды из профессионалов высокой квалификации, умеющих сочетать правовые и экономические знания с техническими. Предлагаемое описание такого процесса составлено преимущественно на основе американских источников с пояснением смысла используемых понятий и

приемов. Главный из этих источников — доклад Дж.М.Ромэри на семинаре НАТО в Москве 5 октября 1994 г. [74], несколько копий которого сам автор роздал слушателям. Основное содержание доклада стало практически общедоступно после публикации [75].

Одна из ключевых фигур переговорного процесса с той и другой стороны — патентный адвокат¹, который не только ведет переговоры или представляет фирму в суде, но и организует работу переговорной команды, состоящей из экспертов различного профиля.

Разумеется, те же или похожие приемы используются или могут использоваться при продаже патентов и лицензий в России, но относительная неразвитость конкуренции на товарных рынках снижает значимость как самих приемов, так умения их применять. Иными словами, использование описываемой техники переговоров в России — дело скорее близкого будущего, чем настоящего. Пока же в России процесс лицензирования организован существенно проще, чем в США, что не проходит бесследно для результатов. Так, по данным Н.Н.Карповой [20], при экспорте технологий россияне ухитряются получать за сравнимые по качеству технологии примерно в десять раз меньше, чем их коллеги из США и других развитых стран.

Далее речь идет в основном о цене патентной лицензии, что не мешает использовать те же приемы при продаже ноу-хау на основе беспатентной лицензии. Отличительные особенности беспатентных лицензий проявляются в наибольшей мере при обеспечении условий конфиденциальности и при судебных разбирательствах, т.е. за пределами рассматриваемого в данной главе вопроса о цене лицензии. Прямое отношение к вопросу о цене имеет только одно различие между патентными и беспатентными лицензиями. А именно, наличие патента иногда позволяет патентообладателю вынудить конкурента уйти с уже освоенного им рынка. Однако акцент здесь следует делать на слове «иногда», так как принуждение конкурента к уходу с освоенного им рынка — это борьба, требующая значительных затрат сил и средств.

¹В США — patent counsel — адвокат высшего класса, специализирующийся на патентных делах, передаче ноу-хау и т.п.

3.1. Цена отказа от конкуренции

Рыночная оценка патента определяется его эффективностью как оружия в конкурентной борьбе или, иными словами, его пригодностью для подавления конкурента. Оценка этой способности в денежном выражении зависит от оценки рынка, на который распространяется исключительность прав, вытекающих из патента, а также от оценки затрат на пресечение нарушений патента и вероятности успеха в случае, если дело дойдет до судебного разбирательства. Оценка патента должна быть рассчитана как патентообладателем, так и его конкурентами — потенциальными покупателями лицензий. Часто эти расчеты служат обоснованием решений о заключении лицензионных соглашений и о сосуществовании на взаимовыгодной основе, но могут свидетельствовать и о невозможности такого сосуществования². В любом случае расчеты, выполняемые специалистами, служат основой для принятия руководителями фирм стратегических решений об условиях раздела рынка. Предлагаемая цена лицензии может быть одним из условий раздела рынка. Аналогичным образом (как одно из условий раздела рынка) определяется цена беспатентной лицензии, хотя для борьбы с конкурентами в этом случае используются несколько иные приемы.

3.1.1. Диапазон рыночной оценки

Определение диапазона, в котором следует искать рыночную оценку патента или лицензии, естественно представить как двухшаговую процедуру с решением на каждом шаге качественно различных задач.

Первый шаг в расчете оценки патента патентообладателем и его конкурентом (потенциальным лицензиатом) — выявление всех технических и технологических преимуществ, которые получает патентообладатель благодаря патенту. В специальной англоязычной литературе этот шаг принято называть идентификацией области

²В условиях Теоремы Р. Коуза, т.е. при нулевых транзакционных издержках взаимовыгодное соглашение всегда достижимо. Однако в реальном мире значительные транзакционные издержки часто делают соглашение невозможным.

технической исключительности или, что то же самое, области техники, перекрываемой патентом.

Следующий шаг — определение диапазона возможных рыночных оценок, соответствующего выделенной области техники. Иначе говоря, обеим сторонам необходимо сначала определить обеспечиваемую патентом область технической исключительности, а затем, исходя из реальных возможностей сторон по ее освоению и использованию, установить экономически обоснованные границы диапазона, в котором может находиться рыночная оценка патента (или лицензии).

Нижняя граница диапазона рассчитывается обеими сторонами как минимальная приемлемая для патентообладателя оценка платежа за раздел с конкурентом области технической исключительности, обеспечиваемой патентом. Каждая из сторон проводит свои расчеты, исходя из собственных представлений о возможностях и перспективах патентообладателя, причем представления сторон об этом предмете могут сильно различаться. Точно также могут различаться представления сторон о возможностях и перспективах конкурента.

Исходя из своих представлений о перспективах конкурента — потенциального лицензиата, обе стороны рассчитывают максимальную приемлемую для него оценку платежа за доступ к запатентованной технологии. Если эта оценка оказывается ниже, рассчитанной ранее нижней границы диапазона, то основа для переговоров о лицензионном соглашении просто отсутствует, если — выше, то такая основа есть, а максимальная приемлемая для конкурента оценка принимается в качестве верхней оценки диапазона³.

Область потенциальной исключительности

Область технической исключительности определяется портфелем прав ИС, основу которого составляют права, вытекающие из базового патента (если он есть). Технически эта область определяется формулой запатентованного изобретения. Признаки изоб-

³Хорошее обозрение оценивания патентов сделано Стефаном Л. Виллисом [82].

ретенция, определяющие границы области технической исключительности, формулируются на малопонятном для неспециалиста «эзотерическом»⁴ языке. Поэтому при оценке патента или лицензии описание этой области должно быть переведено на привычный для экономистов и коммерсантов язык.

Технология или продукция конкурента, попадающая в определенную таким образом область, может быть вытеснена с рынка благодаря успешному принуждению конкурента к соблюдению прав патентообладателя (к исполнению патента). Так как перевод на повседневный язык с «эзотерического» в лучшем случае труден, патентный адвокат, выступающий в роли переводчика, должен быть знаком не только с патентованной технологией и продуктами, но также с технологиями и продуктами, занимающими или потенциально способными занять то же место на рынке. В тесном сотрудничестве с техническими специалистами и экспертами по маркетингу патентный адвокат должен суметь определить технологическую нишу, охраняемую патентом. Описать ее необходимо на языке, понятном для специалистов по маркетингу и бизнесменов, т.е. в терминах конечных продуктов, продаваемых на рынке или потенциально пригодных для продажи и потребления. В идеальном с точки зрения патентообладателя случае патент может обеспечить ему монополию на рынке какого-то продукта или даже класса продуктов. В реальности преимущества патентообладателя, как правило, много скромнее. Поэтому требуется тщательный анализ реальных возможностей сторон. Тем не менее можно говорить об экономических преимуществах патентообладателя как о рыночной исключительности, обеспечиваемой патентом.

Учет альтернативных возможностей

Если у конкурента уже есть продукт на данном рынке, то патентный адвокат должен сформулировать заключение о том, в какой мере этот продукт подпадает под патент. Если предполагаемый конкурент еще не проник на рассматриваемый рынок, то заключение

⁴Выражение из выступления Дж. Ромэри на семинаре НАТО в Москве осенью 1994 г.

следует сформулировать в категориях продуктов или процессов, охраняемых патентом и потенциально способных занять рынок. В том и другом случае речь идет о разделе рынка, следовательно, необходимо описать рыночную нишу в терминах, достаточно понятных именно с этой точки зрения, а именно, в терминах получения дохода. Если патентообладатель активен на рынке, то с этой же точки зрения (получения доходов) может быть получена оценка охраняемых патентом продуктов патентообладателя, что поможет точнее определить область рыночной исключительности.

В качестве дополнительной помощи при практическом определении пределов рыночной исключительности, обеспеченной патентом, следует рассмотреть все потенциальные не нарушающие патент альтернативы, в том числе все легальные возможности обойти патент. Такой анализ полезен также при определении политики лицензирования, а именно, предоставить ли одному лицензиату исключительную лицензию или многим лицензиатам простые. Среди американских специалистов по торговле патентами преобладает мнение, что для конкурента исключительная лицензия скорее всего будет более прибыльной [66].

Сопутствующая интеллектуальная собственность

Помимо описания патента следует изучить вспомогательную или сопутствующую интеллектуальную собственность, что позволит расширить область технической исключительности, обеспечиваемую базовым патентом. Расширение этой области становится возможным благодаря дальнейшим исследованиям патентообладателя, подаваемым заявкам на патенты и усилиям патентного адвоката. Вполне вероятно, что для практического продвижения в коммерческом плане потребуется получение правовой охраны для имеющихся у патентообладателя результатов, составляющих портфель возможных заявок на патенты. Если патентообладатель действительно использует охраняемые патентами результаты, такие заявки оформляются и подаются достаточно часто.

Приобретя лицензию на основе базового патента, конкурент может получить «ускоренную» или вытекающую из обстоятельств лицензию на улучшенную технологию, в зависимости от срока дейст-

вия исходной лицензии. Соответственно, при первоначальном определении области рынка, охраняемой патентной лицензией, следует исследовать возможности по охране патентом предполагаемых улучшений [62].

Следует также учесть товарные знаки, знаки обслуживания, авторские права и/или секреты производства (ноу-хау) патентообладателя, которые могут оказать влияние на сохранение или расширение рыночной исключительности, соответствующей базовому патенту. Здесь надо точно определить сферу рыночной активности, в которой патентообладатель может претендовать на исключительность, основанную, во-первых, на портфеле патентов патентообладателя и, во-вторых, на вспомогательной интеллектуальной собственности патентообладателя. (В случае беспатентной лицензии речь может идти в основном о секретах производства (ноу-хау) и авторских правах, т.е. именно о вспомогательной интеллектуальной собственности, которая в данном случае становится основной).

В случае если область технической исключительности определяется только наличием ноу-хау, продукция конкурента не может быть вытеснена с рынка при помощи принудительных методов. Тем не менее в этом случае тоже можно говорить о границах области технической исключительности и оценивать ее экономически.

3.1.2. Оценка снизу

Определенная выше область исключительности, охраняемая патентом (с учетом сопутствующей интеллектуальной собственности), далее исследуется экономически. Ближайшая цель — определить минимальную оценку, приемлемую для патентообладателя и обозначающую $\$X$. По определению оценка $\$X$ — минимальная сумма компенсации, оправдывающая раздел области исключительности, обеспечиваемой патентом. Оценка $\$X$ служит базой, на которой строится стратегия патентообладателя при переговорах. Соглашение с конкурентом при цене лицензии ниже этой оценки, т.е. ниже $\$X$, неприемлемо для патентообладателя и, следовательно, невозможно [71].

Дисконтирование дополнительной прибыли

Существует множество путей для определения оценки $\$X$, но ни один не обладает математической определенностью научного анализа. Каждый из методов скорее искусство, чем наука. Тем не менее опытным путем установлено, что наилучшим образом для большинства рынков работает простой метод, основанный на анализе ожидаемого прироста прибыли. Например, оценка $\$X$ наилучшим образом определяется через расчеты ожидаемого будущего приращения прибыли патентообладателя на растущем рынке, где патентообладатель имеет установленную долю рынка, которая не подвергается риску с проникновением конкурента. Метод работает как при гарантированной патентом исключительности, так и без нее [70].

Разность между рассчитанными величинами, дисконтированная к сегодняшней оценке, представляет дополнительную прибыль, достижимую благодаря исключительности и уступаемую вместе с ней. Получаемая оценка — это еще не $\$X$, так как необходимо учесть возможности альтернативного использования капитала, требуемого для расширения, а также целесообразность экспансии вообще.

Учет инвестиционной стоимости капитала

Иными словами, патентообладателю следует рассмотреть инвестиционную стоимость капитала, требуемого для достижения ожидаемого приращения прибыли. В данном контексте инвестиционная стоимость — это прибыль с капитала, которая может быть получена в случае альтернативного вложения капитала, требуемого для инвестиций при расширении производства и объема продаж.

Если инвестиционная оценка больше, чем ожидаемое приращение прибыли, то у патентообладателя отсутствует объективная мотивация к расширению производства ради прибыли. При отсутствии субъективной мотивации патентообладателю предпочтительнее воздержаться от экспансии на рынке и получить прибыль в размере инвестиционной оценки капитала путем его альтернативного использования. Объективно, оценка $\$X$ должна в этом случае упасть до нуля.

Если приращение прибыли больше, чем инвестиционная оценка, то разность между ними и есть оценка $\$X$. Патентообладатель должен получить хотя бы эту разность (оценку $\$X$), чтобы оправдать добровольный отказ от охраняемой патентом рыночной исключительности.

Дисконтирование ожидаемого уменьшения прибыли

На поделенном рынке, где возможности для расширения доли или объема рынка в основном исчерпаны, оценка $\$X$ должна отражать неизбежное при отказе от исключительности, обеспечиваемой патентом, уменьшением доли рынка, занимаемой патентообладателем. Простейший способ оценить соответствующие потери — рассчитать потерю прибыли от продаж в каждом году наличия патентной охраны, а затем сложить потери за все эти годы с учетом коэффициентов дисконтирования. Полученный результат затем используется как оценка $\$X$. Если при этом патентообладатель не может гарантировать получение от лицензиата платежа в размере хотя бы равном $\$X$, то для него не существует объективных причин отказываться от рыночной исключительности.

При анализе рынка как расширяющегося, так и уже поделенного, необходимо произвести оценку уменьшения дохода, ожидаемую в результате утраты исключительности. Такой анализ рынка сходен с анализом, предпринимаемым обычно при первом входе в сегмент рынка. Цена входа сравнивается с ожидаемой выгодой дополнительного дохода. Для определения совокупного годового дохода в случае входа на рынок применяется маркетинговая и бухгалтерская экспертиза. Метод анализа доходов, предлагаемый здесь, состоит в применении той же техники для оценки снижения дохода.

Учет внешних эффектов

Аналогичным образом при анализе рынка (как расширяющегося, так и уже поделенного) патентообладатель должен учесть поправку на эффект сопутствующих или производных продаж. В данном случае сопутствующие или производные продажи — это те торговые сделки вне пределов охраняемой патентом ниши, соверше-

ния которых можно ожидать как следствия сделок, совершаемых под охраной патента. Например, можно ожидать, что продажи запатентованных компьютеров типа «lap-top» будут сопровождаться продажей незапатентованных вспомогательных периферийных элементов, таких как кейсы для компьютеров, программное обеспечение, кабели, манипуляторы типа «джойстик» и «мышь», книги. Если запатентованный компьютер продан конкурентом, то в результате патентообладатель дополнительно потеряет соответствующие сопровождающие продажи, которые также необходимо учитывать.

Сопутствующие продажи могут быть очень значительным фактором [77]. Например, продажи запатентованных пейджеров или мобильных телефонов могут сопровождаться продажами соответствующих услуг [69]. Доход от продаж пейджеров или мобильных телефонов может побледнеть в сравнении с доходом от относящихся к ним услуг. Также должны быть учтены продажи заменителей, сдерживающие продажи запатентованного продукта. Если есть вероятность, что патентообладатель не сможет обеспечить замещение продаж продукта, конкурирующего с запатентованным, то рыночная исключительность нарушается.

При анализе дохода патентообладателя необходимо учитывать издержки на дополнительные производственные мощности, которые потребуются при отсутствии конкурента и расширении производства, издержки на расширение маркетинга и торговли, которые неизбежно возрастут, а также риски, возникающие при любом расширении рынка в предположении отсутствия конкурента. Перед лицом поделенного рынка патентообладателю необходимо предусмотреть изменение производственных мощностей, сокращение расходов на маркетинг и торговые усилия, а также риск, вносимый в предвкушении разжижения рынка. Разумеется, если патентообладатель не активен на рынке, покрываемом патентом, любые выплаты со стороны конкурента — это, объективно, чистый доход. В этом случае оценка $\$X$ для переговорных целей равна нулю.

Приблизительность расчетов

Главное в предварительном анализе — получить округленное значение оценки рыночной исключительности для патентообладателя.

Следует стремиться к достоверной оценке порядка величины с указанием оптимистического и пессимистического пределов возможных колебаний, но заведомо не надо стремиться к псевдоточности. За исключением очень редких рынков оценки данного типа — это не многим более, чем предположения экспертов. Тем не менее, такие оценки формируют точку отсчета, почти объективную «зацепку», по которой можно уточнять смысл оценки патента.

Когда из анализа потерь дохода получено округленное число для оценки рыночной исключительности на сегодняшний день, могут быть рассмотрены вторичные факторы. В данном случае вторичные факторы — это дополнительные потери «бизнеса» в результате разрешения сопернику проникать в исключительную при иных условиях рыночную нишу патентообладателя. Иначе говоря, вторичные факторы — это мера, в которой рост предложения, предчувствуемый благодаря дополнительной конкуренции, может породить эффект эрозии цен в сделках, сохраняемых за патентообладателем. Также должна быть исследована «продуктовая завершенность» затрагиваемого рынка — действительно ли этот продукт обосновался на рынке и для второго источника данного продукта преодолены риски первоначального вхождения. Эти затраты могут быть существенно сокращены, если лицензирование производится на ранней стадии развития продукта, когда лицензиаты пытаются максимизировать свои инвестиции за счет раннего участия [70]. Дополнительные доходы лицензиару могут принести:

- вход на иностранные рынки, экономически осуществимый благодаря экспорту лицензий;
- вход на отечественные рынки, не вполне доступные для патентообладателя в силу различных причин;
- доступ к улучшенной технологии через передачу-возврат или кросс-лицензирование, а также возможность удовлетворить рыночный спрос без нежелательных расширений [62].

В результате всех упомянутых выше расчетов, патентообладатель получит оценку $\$X$, которая представляет собой, в лучшем

случае, «прикидку» к рыночной оценке исключительности на сегодня. Эта «прикидка» — краеугольный камень в процессе лицензионных переговоров, так как она представляет первое оправдывающее обстоятельство при назначении минимальной приемлемой для патентообладателя оценки лицензии. Если конкурент готов заплатить за лицензию чуть меньше, то патентообладателю больше смысла сохранять рыночную исключительность. Любое превышение этой оценки представляет потенциальную выгоду сверх той, которая может быть получена, если патентообладатель останется на рынке один.

3.1.3. Оценка сверху

Как конкурентом, так и патентообладателем должно быть проделано похожее вычисление рыночной оценки, приемлемой для конкурента. Если факторы, определяющие анализ конкурента, зеркально отражают факторы, учитываемые патентообладателем, то оценка входа конкурента на охраняемый патентом рынок будет в точности совпадать с оценкой самостоятельной рыночной экспансии патентообладателя. В этом случае каждая из сторон ничего не выигрывает и не проигрывает при продаже лицензии. Если учесть наличие транзакционных издержек, то логично сделать вывод, что лицензионное соглашение недостижимо. Однако в реальности это не так.

Асимметричность экономических условий

Факторы, влияющие на результаты деятельности патентообладателя и конкурента, часто различаются. Конкурент может иметь производственные мощности с более низкими производственными издержками, более эффективный или лучше развитый маркетинг и структуру продаж, приспособленную к более широкой или другой клиентуре, лучше распознаваемое имя или более низкие ожидания прибыли. Благодаря асимметричности условий возникает реальная почва для взаимовыгодного соглашения о продаже лицензии и разделе рынка.

В любом случае стороны должны сделать усилие, чтобы проанализировать выгоды, получаемые конкурентом в результате приоб-

ретения лицензии. Интегральная оценка приобретаемых конкурентом выгод $\$Y$ — это максимальная приемлемая для конкурента рыночная оценка доступа к нише исключительности, занимаемой патентообладателем.

Следующая Наилучшая Альтернатива

Как при определении оценки $\$X$ для патентообладателя рассматривалась инвестиционная стоимость капитала, так и при получении оценки $\$Y$ следует принять во внимание Следующую Наилучшую Альтернативу конкурента, именуемую далее NBA (Next Best Alternativ). Первая заслуживающая рассмотрения NBA — это инвестиционная стоимость капитала для конкурента. Для конкурента, уже находящегося в рыночной нише, перекрываемой патентом, возможная NBA — покинуть указанную нишу, что можно сделать либо путем прекращения определенной серии продуктов, либо путем ее перестройки с заменой производимых продуктов на аналоги, не приводящие к нарушению патента. Производство аналогов, не приводящих к нарушению патента, представляет собой возможную NBA для потенциального конкурента и в случае, когда он еще не вышел на рынок.

Затратные факторы для аналогов, не приводящих к нарушению патента, включают дополнительные исследования и развитие, дополнительный капитал и оборудование, потери прибылей от задержек при транспортировке, потерянные или вырученные прибыли в результате маркетинга альтернативного продукта, а также более высокие цены при производстве. Разность между оценкой NBA конкурента и оценкой доступа конкурента к занимаемой патентообладателем рыночной нише — это и есть оценка $\$Y$ для конкурента.

Пространство для переговоров о цене

Если оценка $\$Y$ больше, чем оценка $\$X$, то существует пространство для переговоров о лицензии. Это пространство может быть расширено, если учесть ряд дополнительных факторов, оказывающих стимулирующее влияние на поведение сторон.

Конкурент может столкнуться с дополнительными важными факторами, способствующими повышению его интереса к покупке лицензии. Если конкурент уже присутствует на рынке, существует риск, что патент будет использован для запрещения всей дальнейшей активности конкурента, причем с соответствующими потерями конкурентом инвестиций. Есть также риск возложения судом обязанности возместить убытки за прошлые нарушения и издержки по оплате патентных поверенных патентообладателя. Указанные факторы могут существенно поднять оценку $\$Y$ и заметно усилить позицию патентообладателя на переговорах. Это печальное для конкурента положение дел может побудить патентных адвокатов к уклонению (при поступлении соответствующих запросов) от проведения патентного анализа до того момента, когда конкурент вступит в рыночную нишу патентообладателя.

С этой точки зрения в процессе оценивания существует четыре различные оценки: две $\$X$ оценки, минимальные среди приемлемых для патентообладателя, одна из которых вычислена патентообладателем, другая — конкурентом, а также две $\$Y$ оценки, максимальные среди приемлемых для конкурента, одна из которых вычислена патентообладателем, другая конкурентом. Предполагая, что патентообладатель и конкурент находят частично совпадающее пространство для переговоров между соответствующими $\$X$ и $\$Y$, можно двигаться дальше.

3.2. Влияние транзакционных издержек

Следующий шаг — это включение в расчеты оценок $\$X$ и $\$Y$ прогнозируемых издержек обеих сторон в случае конфликта и последующего судебного разбирательства. В первую очередь это издержки судебного принуждения конкурента к соблюдению патента. Здесь же надо учесть вероятность успешного принуждения.

Стороны могут думать, что соглашение возможно, если для каждой из них оценки $\$X$ и $\$Y$ перекрываются (т.е. $\$X < \Y). На самом деле соглашение возможно только в том случае, когда вычисленная патентообладателем оценка $\$X$ меньше, чем вычисленная конкурентом оценка $\$Y$. В дальнейшем в тексте упоминаются

оценка $\$X$ патентообладателя и оценка $\$Y$ конкурента.

Чтобы оценка лицензии была реалистичной, необходимо учесть также другие транзакционные издержки, если их можно оценить в деньгах. В целом учет транзакционных издержек способствует скорее увеличению цены лицензии, чем ее уменьшению.

3.2.1. Цена судебного преследования

Альтернатива лицензированию патента на приемлемых для обеих сторон условиях (продаже лицензии по цене из интервала, ограниченного $\$X$ и $\$Y$ оценками, или отказу от лицензии, если $\$X > \Y) — конфликт по поводу нарушения прав, вытекающих из патента, и судебное преследование нарушителя. Цена судебного преследования с целью принудить нарушителя к прекращению противоправной деятельности должна учитываться в любых переговорах. Начиная судебное преследование нарушителя, патентообладатель должен заплатить пошлины⁵. Разумеется, он будет вознагражден за эти пошлины, если выиграет дело, т.е. если будет установлена компенсация за сознательное нарушение патента. В этом случае издержки несет нарушитель патента. Соответственно для восстановления баланса несколько вверх сдвигается предполагаемая цена лицензии или границы интервала, из которого ее выбирают при переговорах.

В любом случае лицензиар — патентообладатель и лицензиат обычно настаивают на составлении письменной финансовой сметы, учитывающей все такие расходы. Оценка патента может быть достоверно определена только в том случае, если правильно учтена цена судебного преследования нарушителя. Опытные патентные адвокаты способны приблизительно рассчитать издержки деятельности по судебному преследованию нарушителя, т.е. к принудительному исполнению патента на квартальной или даже на месячной основе. Обе стороны, т.е. лицензиар и лицензиат, должны настаивать на составлении финансовой сметы, а также на разработке механизма периодического анализа и обновления сметы. Увеличение сметы

⁵В России истец освобождается от пошлин, если дело рассматривается в обычном суде, а спор идет по поводу прав, вытекающих из патента на изобретение или промышленный образец.

следует осуществлять только после консультаций с менеджментом и при его согласии.

Существуют другие издержки принудительного исполнения, которые влияют на оценку патента. Обе стороны должны ожидать от любых разбирательств по принудительному исполнению патента разрушительных для своего бизнеса результатов. Для патентообладателя это связано с тем, что изобретатели будут допрошены в суде под присягой и вынуждены свидетельствовать в ходе разбирательства. Их опыт может быть востребован судом также для того, чтобы оценить технические разногласия относительно юридической действительности и нарушения прав. По условиям раскрытия предоставят свои данные другие свидетели, обладающие знанием о концепции изобретения, практическом применении, первом предложении для продажи, первом публичном использовании, коммерческом успехе, возрастающей прибыли и рыночном импульсе. Эти свидетели, вероятно, будут допрошены и возможно будут вызваны для дачи свидетельских показаний в ходе разбирательства.

Для конкурента существенно, что будут вызваны свидетели, которые обладают знанием запатентованного изобретения, известного уровня техники, концепции, развития, производства и маркетинга спорного продукта, а также знанием мотивов для проникновения в запатентованную рыночную нишу и устранения препятствий к этому. Все, связанные с патентом и спорным продуктом, данные будут раскрыты и предоставлены патентообладателю для использования в разбирательстве.

Еще более важно то, что конкурент лишится доброго имени и поддержки на рынке. Угроза судебного запрета в период состояния нерешенности при разбирательстве дела о принудительном исполнении патента с большой вероятностью отразится на доле рынка, занимаемой конкурентом. Скорее всего, потребители продукции конкурента не захотят рисковать в связи с возможным сокращением его присутствия на рынке и найдут подходящую замену.

Цена принудительного исполнения патента для обеих сторон обладает эффектом модификации $\$X$ и $\$Y$ оценок. Для патентообладателя, оценка $\$X$ может быть получена только в том случае, если будет обеспечена исключительность. Следовательно, минимальная

оценка исключительности для патентообладателя, т.е. $\$X$, может быть сокращена с учетом ожидаемых расходов на принудительное исполнение. Вместе с тем потенциальные издержки для конкурента сопоставимы или даже больше. Отсюда эффект возрастания $\$Y$, т.е. оценки входа конкурента в область исключительности патентообладателя.

Чистый результат состоит в том, что модифицированные с учетом издержек на принудительное исполнение оценки $\$X$ и $\$Y$ могут определить интервал, который без учета этих издержек не существует. Анализ издержек принуждения может также сдвинуть границы полученного интервала в зависимости от относительных способностей патентообладателя и конкурента выдержать расходы по принудительному исполнению.

3.2.2. Вероятность успеха

Издержки принудительного исполнения патента должны быть сбалансированы с оценкой успеха и вероятностью успеха. Вообще говоря, оценка успеха — это интервал, ограниченный оценкой $\$X$ снизу и оценкой $\$Y$ сверху. Учитываемые издержки принудительного исполнения — это функция вероятности того, что оцененный успех действительно будет достигнут. Иными словами, оценка патента должна включать фактор вероятности сохранения исключительных прав, защищенных патентом.

Предлагая услуги по ведению дел патентообладателю и конкуренту, патентный адвокат принимает на себя обязательства с учетом вероятности успеха. Одна из возможных линий поведения исходит из распространенного мнения, что сегодня патенты, направляемые в суды США, включая суды присяжных, имеют в общем от 40% до 60% шансов на успех, но ни кто не имеет понятия — имеет ли патентообладатель или конкурент лучшие виды на 60%. Тем не менее патентный адвокат должен стараться объективно оценить юридическую действительность и наличие нарушения прав в той мере, какая только возможна. Если менеджмент получает от патентного адвоката какие-то уверения относительно спорного патента, выходящие из диапазона 40/60, то настоятельно рекомендуется запросить еще одно мнение, за исключением случаев с наличи-

ем редких обстоятельств. Второе мнение почти всегда оказывается целесообразным, хотя и обходится в существенную сумму [81].

В сегодняшнем правовом контексте США, если патентообладатель может продемонстрировать добросовестность при доказательстве нарушений, то ему (патентообладателю) можно претендовать на 60%-ную часть соотношения, исключая случаи экстраординарной слабости юридического обоснования. Только изредка позиция патентообладателя значительно улучшается при продолжении исследования. Изучение юридической обоснованности желательно для патентообладателя и существенно для конкурента. Чем выше неохранный достигнутый уровень техники, тем ниже шанс патентообладателя на успех. Когда эта величина опускается ниже 40%, серьезное рассмотрение должно привести к краткому определению и/или к требованию пересмотра патента либо в патентном ведомстве США, либо в ведомстве США по товарным знакам.

Как говорилось выше, патентный адвокат должен еще предпринять анализ нарушений. Этот анализ должен не только указать вероятность нарушения, но также идентифицировать доступные альтернативы, не нарушающие патент.

Патентный адвокат должен также рассмотреть более субъективные факторы, относящиеся к области права справедливости, такие как относительные размеры сторон, характер ключевых свидетелей, природу доказательных улик, предубежденность присяжных и преступное поведение конкурента.

Успех при рассмотрении дела патентным адвокатом — это успех в сохранении рыночной исключительности патентообладателя. Сила патента — только один из факторов. Есть и другие. Например, могут существовать другие патенты, принадлежащие третьим сторонам, которые влияют на возможность патентообладателя остаться на рынке вообще. Эти патенты необходимо идентифицировать и оценить. Патенты третьих сторон могут серьезно воздействовать на оценку патента, принадлежащего патентообладателю. Например, оценка патента Matthews VMX для голосовой почты определено подверглась влиянию более раннего патента Elk Industries. Оценка попыток конкурента проникнуть на рынок голосовой почты должна теперь смягчаться реальностью потенциального блокирования

запатентованных позиций. До разрешения ситуации судами или соглашением оценка как Е1к, так и VМХ патента уничтожается наличием другого патента.

Как следствие, обеим сторонам (патентообладателю и конкуренту) рекомендуется делать анализ нарушений на рынке вообще, а для этого — идентифицировать существование блокирующих патентов, принадлежащих третьим сторонам.

Другой фактор — наличие непатентуемых секретов производства (ноу-хау). Даже в том случае, если патент не может быть в конечном счете принудительно исполнен, патентообладатель может воздействовать на конкурента, используя секреты в виде технологического или рыночного ноу-хау, которые обычно препятствуют эффективному проникновению конкурента на рынок. Хотя наличие таких секретов не может изменить оценку $\$X$, оно может способствовать решению патентообладателя требовать не меньше, чем $\$X$ оценку при предоставлении лицензии конкуренту. Разумеется, результирующая лицензия должна предоставить конкуренту доступ к патенту и к ноу-хау патентообладателя.

Исключительность патентообладателя может быть также снижена с помощью NВА, имеющейся у конкурента. Будучи вынужденным обходить патент, конкурент может в действительности продвинуться в том же направлении дальше позиции, занятой патентообладателем. Именно в этом состояла цель основателей конституции США, когда впервые вводилась патентная система.

С позиций конкурента и при учете его перспектив оценка $\$Y$ смягчается благодаря вероятному успеху проникновения на рынок, причем даже в случае лицензирования относящихся к нему патентов и секретов производства. Оценка $\$Y$ падает, когда возрастает риск в отношении рыночного успеха. Такие экономические факторы, как облегчение доступа на рынок, прием потребителем запатентованного продукта, риск предпочтения потребителем конкурента в качестве поставщика запатентованного продукта, а также экономическое здоровье в целом и ожидаемая продолжительность существования самого рынка, стимулируют решение конкурента противиться принятию оценки $\$Y$ в качестве издержек получения лицензии.

Имея рассчитанные $\$X$ и $\$Y$ оценки, определенный курс поведения при нарушении патента (принудительного исполнения), а также изучив вероятность успеха в случае вынесения конфликта на рассмотрение суда, патентообладатель и конкурент должны быть готовы приступить к организации переговоров. Переговоры определят, где именно между $\$X$ и $\$Y$ намечена сделка. Приготовления обычно служат ключом к успеху.

3.2.3. Российская специфика

Специфика России в основном связана с относительно небольшим опытом рыночного развития и конкурентной борьбы с использованием таких средств, как права ИС. Вместе с тем, до сих пор сохраняются рудименты традиционного для советского периода отношения к изобретательству и к ИС вообще как к чему-то почти эфемерному и не способному существовать без особого льготного режима. В этой связи, например, патентно-лицензионные операции освобождены от налога на добавленную стоимость, что делает их особо привлекательными с точки зрения использования в различных комбинациях, законных по форме, но достаточно сомнительных с точки зрения обычного здравого смысла.

До настоящего времени в России не завершено создание судебной системы, в частности, до сих пор нет Высшей патентной палаты, предусмотренной Патентным законом РФ. Отсутствие такого органа создает дополнительные трудности при оспаривании патентов.

Судебные издержки в России существенно ниже, чем в США или Великобритании, что делает судебный процесс о нарушении прав ИС более доступным. Более того, согласно закону РФ «О государственной пошлине» (ст. 4) от уплаты государственной пошлины в суде освобождаются истцы по искам, вытекающим из права на изобретения и промышленные образцы.

Истцы по аналогичным спорам, рассматриваемым в арбитражных судах, аналогичной льготы не имеют. Тем самым создается довольно забавная ситуация, когда физические лица и иностранные юридические лица имеют существенные преимущества перед российскими юридическими лицами.

3.3. Другие способы оценки

Типичная стартовая точка в переговорах со стороны патентообладателя — запросить у конкурента рассчитанную патентообладателем величину $\$Y$, т.е. полную оценку проникновения конкурента в охраняемую патентом нишу. Конкурент, вероятно, сначала предложит вычисленную им величину $\$X$, т.е. минимальную возможную оценку, которая может удовлетворить менеджмент патентообладателя. Так начинается «танец» переговоров.

Во-первых, переговорные команды обеих сторон, действуя за сценой, должны изучить альтернативные способы оценки патента. Цель каждой из сторон — найти лучший возможный подход, чтобы обосновать перед другой стороной наихудший для нее вариант. По мере того как проясняются фактические предпосылки и доводы, а также разоблачаются наиболее слабые субъективные предположения, позиции сторон должны сближаться. Для окончательного устранения расхождений между позициями сторон, могут рассматриваться альтернативные варианты оценки в форме обсуждения путей лицензирования.

Альтернативные формы оценки включают: «правило двадцати пяти процентов», «рыночный подход», «затратный подход», а также «подход от общего профиля бизнеса». Кроме того, может применяться варьирование размеров роялти в зависимости от объема продаж и другая техника. В обращении к любому из перечисленных методов заключена одна и та же цель — обосновать справедливость выплаты в соответствии с конкретной оценкой. Все они полезны уже тем, что каждый из них дает слегка отличные перспективы ценности патента. В критической ситуации каждый из методов порочен. Коммулятивный эффект, получаемый в результате их совместного применения, состоит в возрастающем понимании реальной ценности патента.

3.3.1. Правило двадцати пяти процентов

За годы, прошедшие с момента появления патентной охраны изобретений, сформировалась некая традиция, согласно которой конкурент в общем должен быть готов платить патентообладателю 25%

ожидаемой прибыли, заработанной конкурентом благодаря лицензии. Эти 25% исчисляются от всей прибыли, а не от разности между ожидаемой прибылью и прибылью, приносимой NBA. Более того, в расчет прибыли, на котором основано «правило двадцати пяти процентов», надо включать идентифицируемые сбережения конкурента. Таким образом, методология оценки по «правилу двадцати пяти процентов» похожа на методологию, используемую при определении $\$Y$ оценки. Вместе с тем, $\$Y$ оценка основывается на разности приращений между ожидаемой прибылью и NBA, а также учитывает сопровождающие или производные продажи, тогда как «правило двадцати пяти процентов» применяется к ожидаемой валовой прибыли, причем без учета NBA.

По «правилу двадцати пяти процентов» стороны должны договориться либо о том, что каждый год 25% валовой прибыли конкурента передается патентообладателю, либо об оценке ожидаемой валовой прибыли конкурента за весь период жизни патента, а затем конвертировать результат в текущие роялти. Ни то, ни другое в реальном мире не осуществимо. В литературе можно найти обсуждение сложностей учета при защите интересов лицензиара [59].

Прежде всего ни один конкурент, находясь в здравом уме и безопасном положении, не предоставит патентообладателю свободный доступ к своим бухгалтерским книгам и заказам за год для исчисления валовой прибыли, если даже будет достигнута договоренность о способе расчета валовой прибыли. Наконец, призрак ожидаемой валовой прибыли, обозначенный при заключении договора, становится еще более эфемерным при прогнозировании проектов на будущее. В действительности как $\$X$ оценка, так и $\$Y$ оценка, которые служат базой переговорного процесса, строятся на фундаменте ожидаемой прибыли, хотя и представленной в форме приращения прибыли. Тем не менее постулировать будущее в частном ради своих собственных целей — это одно, совсем иное дело — достичь соглашения в переговорах при плотном контакте. Возможно, достижимо соглашение о диапазоне прибыли на год или два в будущем. Но совсем маловероятно, что можно достичь соглашения более чем на несколько лет.

Логика подсказывает, что объем 25% не является справедли-

вым распределением прибыли для всех ситуаций, если он вообще когда-либо справедлив. При создании совместных предприятий типа «пятьдесят на пятьдесят» в качестве стартовой точки фактически принимается раздел прибыли в пропорции 50:50. Для новой сферы бизнеса и не определенной прибыли деление следует сдвинуть выше в пользу стороны, вкладывающей деньги, т.е. в пользу лицензиата, так как тут лицензиат подвергается предположительно существенному риску. И наоборот, деление может быть сдвинуто ниже в пользу патентообладателя, если продукт полностью развит и рынок поделен ценой риска патентообладателя. Дележ прибыли 50:50 — это всего лишь числовая точка, которая должна быть сопоставлена с интервалом оценок $\$Y$ — $\$X$.

3.3.2. Рыночный подход

Для многих отраслей промышленности существуют так называемые «фольклорные» — превалирующие средние размеры роялти. Во многих реальных ситуациях этот «фольклор» только запутывает, так как не учитывает специфику каждой лицензии, что необходимо делать, так как специфика существенно влияет на размер роялти. Например, ставка роялти в 5% для исключительной лицензии — это плохой ориентир при оценивании неисключительной лицензии на другую, хотя и родственную технологию. Ставка роялти в 1,5% на технологию, которая может быть легко модифицирована в обход патента, представляет сомнительную помощь при оценке пионерного патента, оказавшегося для конкурента критическим. Некоторые патенты покрывают только незначительные детали продукта, составляющие отдельные проценты его цены. Размер роялти, относимый к продажной цене только этой части продукта, охраняемого патентом, может быть достаточно высоким. Однако продукт продается, как правило, целиком. Следовательно, база роялти — продажная цена продукта в целом. Такое положение неизбежно влечет очень низкий размер роялти, который плохо согласуется с отраслевыми средними.

С учетом предупреждения о ненадежности отраслевых средних в качестве указателей размеров роялти, их все же можно использовать как дополнительные ориентиры. Они могут оказаться полез-

Таблица 3.1: Средние размеры роялти

	5% — 6%	(1984)
	3% — 10%	(1988)
Общие средние	3% — 5%	(1979)
	3% — 5.9%	(1993)
	5%	(1975)
Отраслевые средние		
Химическая промышленность	2% — 5%	(1984)
	2% — 5%	(1975)
	1% — 3%	(1991)
Нефтепереработка	1%	(1975)
Оборудование для деревообработки	4% — 5%	(1975)
Упаковочный картон	1% — 1.5%	(1975)
Электроника	ниже 1%	(1984)
	5%	(1975)
Вычислительная техника	3% — 5%	(1984)
	3% — 5%	(1991)
Полупроводники	1.75% — 3%	(1991)
Автомобилестроение	5%	(1975)
Потребительские продукты	2%	(1975)
Фармацевтическая промышленность	8% — 15%	(1991)
	4% — 7%	(1984)

ными для административного разбирательства как дополнительный фактор. В табл. 3.1 приведены данные представленные в докладе Дж. Ромэри на семинаре НАТО в Москве осенью 1994 г. (со ссылками на первоначальные источники). Эти данные в основном базируются на ценах чистых продаж при неисключительных лицензиях на основе роялти. В качестве надбавки за исключительность лицензии как обоснованные обсуждались величины от 20% до 50%. В фармацевтике надбавка за исключительность лицензии достигала 300%.

Хотя уловка со средними по отраслям обеспечивает лишь грубую

направляющую линию, иногда при лицензировании специфических спорных патентов случаются находки с впечатляющими последствиями. Например, компания Dolby@ sound разработала типовую лицензию со стандартным размером роялти для промышленности, указав в типовом договоре размер, который более или менее принят в отрасли или имеет перспективу быть принятым. Индустрия звукозаписи приняла этот размер в качестве фактического стандарта, установив тем самым ориентировочную стандартную оценку патента [63], которая получается из объема продаж и размера роялти путем простых вычислений.

При последующих лицензиях часто оказывается, что первая лицензия имела самый низкий размер роялти. Часто патентообладатель все труднее принимает решение удовлетворить просьбу, когда готовность присоединиться выражает очередной конкурент. Соответственно, историческое свидетельство прошлых лицензий на основе того же патента должно быть прочтено в контексте обстоятельств, при которых выдавались прежние лицензии. Размер роялти растет вместе с числом выданных лицензий, настоящая оценка патента становится более достоверной. Одна или две ранее проданных лицензий — это, как правило, незначительная помощь при оценивании следующей лицензии, скорее их можно рассматривать как доброкачественный ориентир. Если предшествовавший размер роялти оказывается слишком высок для конкретного менеджмента, то переговорная команда должна поискать для этого менеджмента свидетельства, что предшествующая лицензия была подписана с элементом принуждения или в ней учтены дополнительные исследования, передача секретов производства и услуги в виде технического содействия или помощи в маркетинге. Если предшествующий размер слишком низок для конкретного менеджмента, переговорная команда должна поискать для данного менеджмента свидетельства меньшей поделенности рынка, большего риска лицензии, неполноты технологии или непроверенности патентов. Иными словами, дело команды — обосновать притязания, выдвигаемые менеджментом.

Информация о сопоставимых лицензиях очень ограничена. Существуют службы, которые пытаются отслеживать SEC, содержащие информацию, раскрывающую иногда размеры роялти. Другие

источники информации основываются больше на анализе активности университетов. Тем не менее, в основном такие транзакции конфиденциальны. Следовательно, рыночный подход редко представляет собой эффективную поддержку аналитическим методам оценивания.

3.3.3. Затратный подход

Среди оценщиков на уровне «фольклора», а также среди экономистов - теоретиков бытует мнение о полезности или, как минимум, возможности затратного подхода к оцениванию патентов, основанного на исчислении затрат патентообладателя на исследования и на усилия по развитию. Например, одна из теорий состоит в том, что текущие долларовые издержки на воспроизведение запатентованной технологии конкурентом — справедливая оценка ее ценности [71]. Практики же иногда путают оценку для целей бизнеса с оценкой для целей бухгалтерского учета, которая всегда строится на основе исчисления затрат. Если же говорить только об оценке патентов и лицензий для продажи, то необходимо признать полную дискредитацию затратного подхода критикой, в арсенале которой имеется несколько неотразимых аргументов.

Во-первых, нет оснований верить в то, что затраты на исследования и развитие имеют какое-то отношение к будущей оценке технологии через прибыль конкурента. Компания Dolby@ sound, возможно, затратила существенно менее человеко-года усилий на разработку патентоспособного решения, но рыночная оценка патента Dolby@ sound определено выше, чем годовая зарплата. Также может иметь место и противоположное соотношение. Количество усилий, вложенных в исследования и развитие могут намного превысить оценку созданного этими усилиями рынка.

Во-вторых, затратный подход игнорирует мастерство изобретателя и, напротив, предполагает, что такая же технология (не NBA) может быть воссоздана конкурентом. Используя затраты на исследование и развитие как фактор при оценивании, нельзя учесть эффективность или отсутствие таковой у исследователей патентообладателя и конкурента.

Критики также указывают, что затраты на успешные исследования должны быть скорректированы с учетом издержек на неудачные. Это особенно справедливо в фармацевтической промышленности, где затраты на безуспешные исследования и развитие могут более чем в 5 раз превышать затраты на исследования и развитие с успешным завершением [70].

Тем не менее, учет затрат может быть полезен при назначении цены лицензии. Например, на менеджмент патентообладателя может произвести впечатление предполагаемый размер отдачи от затрат на исследования и развитие, получаемой в виде роялти. Менеджмент патентообладателя может использовать фактор затрат при заключении соглашения о величине роялти, хотя при таком подходе есть существенный риск недо- или переоценить подразумеваемую технологию. Ориентация на затраты может излишне отклонять соглашение об оценке лицензии в направлении $\$X$ или $\$Y$ оценки, если не выведет ее за пределы этого диапазона.

3.3.4. Подход от общего профиля бизнеса

Относительно недавно появился новый подход к оцениванию патентов и лицензий, основанный на стремлении доверять общим представлениям, интуиции и знаниям бизнесменов. При таком подходе, реализуемом в США или в европейских странах (но не в России), бизнесменам следует ориентироваться на свои ожидания относительно серии продуктов или бизнеса в целом, а не только влияния отдельной лицензии на сбыт конкретного продукта. Главная идея — покрыть затраты на исследования и развитие в целом за счет продажи патентов и лицензий. Издержки на эти цели устанавливаются как процент от продаж для бизнеса в целом.

Возмещение затрат на НИОКР. В качестве примера рассмотрим вполне стандартную для высокотехнологичного бизнеса ситуацию, когда производственные затраты для бизнеса в целом составляют 30% совокупного дохода с продаж, затраты на маркетинг 20% совокупного дохода с продаж, административные расходы 13% совокупного дохода с продаж и расходы на распространение 7% со-

вокупного ожидаемого дохода с продаж. Еще 15% совокупного дохода с продаж могут быть направлены на продолжение исследований и развитие для бизнеса в целом, а оставшиеся 15% от ожидаемых продаж показаны как налогооблагаемая прибыль [57].

Здесь необходимо отметить, что налоговое законодательство США позволяет учитывать затраты на исследования и развитие бизнеса в целом как издержки на производство продукции, которая производится в данный момент и соответственно исключать эти суммы из налогооблагаемой прибыли. В России такая операция не пройдет, так как состав затрат, включаемых в себестоимость продукции (работ, услуг), жестко ограничен.

Ключевая величина в рассматриваемом примере — это 15% затрат на продолжение исследований и развитие, которая определяет некоторый довольно высокий абсолютный объем таких затрат. Чтобы сохранить его на заданном уровне в случае продажи лицензии конкуренту и уменьшения объема продаж, патентообладатель должен компенсировать потери за счет лицензионных платежей. Если считать, что объем рынка не меняется, а сокращение объема продаж патентообладателя в точности совпадает с объемом выпуска продукции конкурентом по лицензии, то размер роялти должен составлять те же 15%. В этом случае объем финансирования исследований и развития у патентообладателя будет сохраняться на постоянном уровне (в абсолютном выражении) независимо от объема лицензии и передела рынка в пользу конкурента. Разумеется, точного совпадения указанных величин быть не может, однако сокращение объема продаж у патентообладателя, как правило, соизмеримо с объемом продаж по лицензии. Следовательно, ставка роялти в 15% здесь вполне уместна.

Сравнение с затратным подходом. Этот подход принято отличать от затратного подхода, так как здесь весь фокус заключается в покрываемых за счет текущего бизнеса совокупных затратах на разработку и развитие технологии в широком смысле, включая неудачи, тогда как затратный подход фокусируется только на кон-

кретной лицензируемой технологии⁶.

Скорее всего, патентообладатель и конкурент будут вынуждены предпринять анализ, подобный проделанному выше на условном примере. Цель патентообладателя — удостовериться в том, что ожидаемое сокращение продаж патентообладателя не отразится неблагоприятно на продолжении программы исследований и развития патентообладателя. Вместе с тем, данный подход не учитывает потери, которые сокращение продаж может вызвать в совокупной структуре производства патентообладателя, в маркетинговой и распределительной программах. Цель конкурента — удостовериться в том, что затраты на получение технологии со стороны соизмеримы с затратами на собственные технологические разработки в организации конкурента. Вместе с тем, данный подход не учитывает относительные будущие оценки технологии, разработанной самостоятельно и купленной на стороне.

К сказанному можно добавить, что в процессе оценивания полезно общее знание бизнеса в рассматриваемой отрасли. Вместе с тем сосредоточенность на вложениях в исследования и развитие вносит в процесс оценки фундаментальный порок традиционного затратного подхода. Подход от общего профиля бизнеса, рассматриваемый в качестве одного из многих способов оценивания, представляется более важным как некоторая рационализация, используемая при достижении согласованной оценки между полученными аналитически \$X и \$Y оценками, а не как новый подход, применимый для первоначального определения любого из этих чисел.

Пример стратегического альянса Крупная фирма — обладатель новой технологии — может быть заинтересована в альянсе с другой крупной фирмой, занимающей доминирующее положение на рынке, если самостоятельное продвижение на новый для нее ры-

⁶Необходимо отметить, что принятые в России правила начисления амортизации нематериальных активов и учета затрат, включаемых в себестоимость продукции, фокусируются именно на конкретных технологиях и их конкретном использовании в производстве, что делает затруднительным подход от общего профиля бизнеса.

нок обойдется дороже, чем вступление в альянс. Например⁷, одна из российских ракетостроительных фирм на основе новейших технологий двойного назначения наладила производство клюшек для гольфа чрезвычайно высокого качества при относительно низкой цене производства (около \$20 на одну клюшку). Продажная цена российских клюшек после определенных усилий по маркетингу установилась на уровне \$40 за штуку, тогда как клюшки сравнимого качества, производимые известными западными фирмами продавались по цене \$400 за штуку.

Руководители российской фирмы стремились увеличить объем прибыли за счет снижения издержек, но консультант (В.А. Рубанов) предложил им купить лицензию на использование товарного знака фирмы, торгующей клюшками по \$400 и установить цену на свои изделия на том же уровне. Если при этом роялти будут порядка \$100 за штуку, что составляет чуть больше классических 25% от прибыли лицензиата, то прибыль увеличится на порядок, а не на проценты, как в случае снижения издержек.

Вопрос заключается в том, согласится ли западная фирма на раздел рынка на столь выгодных для российской стороны условиях. Ответ может быть положительным, если российская фирма располагает технологией, обеспечивающей существенное снижение затрат относительно технологии, применяемой западной фирмой. Тогда объединение положения на рынке и технологии дает положительный эффект, который можно разделить между сторонами. Цена лицензии, т.е. цена раздела рынка определяется в соответствии с методами, изложенными выше. Однако ставка роялти может оказаться существенно выше, чем 25%. Если же цена производства клюшек у западной фирмы составляет те же \$20, то для альянса или продажи лицензии нет почвы. Попробуем этот вывод обосновать.

Предположим, что затраты на производство и реализация клюшек для западной фирмы укладываются в стандарт, о котором говорилось выше, т.е. производственные затраты составляют 30%, затраты на маркетинг 20%, затраты на НИОКР 15%, административные расходы 13% и расходы на распространение 7% совокупного

⁷Пример заимствован из выступления В.А. Рубанова на конгрессе «За безопасность предпринимательства» 19 июня 1997 года в Москве.

ожидаемого дохода с продаж, а оставшиеся 15% от ожидаемых продаж показаны как налогооблагаемая прибыль. В пересчете на одну клюшку производственные затраты составляют \$120, налогооблагаемая прибыль — примерно \$60, затраты на НИОКР также \$60. Следовательно, получение роялти в \$100 с каждой клюшки на первый взгляд выглядит достаточно привлекательно, если речь идет о растущем рынке или о рынке, с которого фирма собирается постепенно уйти.

Если же рынок прочно захвачен фирмой и уходить с него она не собиралась, то более правдоподобно выглядят совсем иные условия раздела рынка. Очевидно фирма захочет полностью сохранить не только прибыль и затраты на НИОКР, но также возместить затраты на маркетинг, административные расходы, расходы на распространение продукции и разделить с конкурентом выгоду от снижения затрат со \$120 до \$20 на одну клюшку благодаря использованию новой технологии. При этом продукция российской фирмы может продаваться не только с товарным знаком западного партнера по альянсу, но и в его магазинах как его собственная продукция. Выгода от использования новой технологии будет поделена пополам, если западная фирма будет получать от российской фирмы клюшки по цене \$70 и продавать их в своих магазинах как свою продукцию по \$400 за штуку. Иначе говоря, прибыль российской фирмы с каждой клюшки возрастет не до \$280, а лишь до \$50.

3.3.5. Сближение $\$X$ и $\$Y$ оценок

В процессе переговоров стороны применяют множество различных приемов для сближения оценок $\$X$ и $\$Y$ с перспективой получения некоторой согласованной оценки. Изначально оценки $\$X$, $\$Y$ и согласованная оценка, находящаяся где-то между ними, рассматриваются как числовые величины, выраженные в долларах. В действительности окончательная оценка может быть выражена в одной из многих комбинированных форм, как правило, построенных на сочетании паушального платежа и текущих выплат в виде роялти. В переговорах о размерах роялти и о возможности их изменения часто используются различные игровые приемы.

Типичные размеры и формы выплаты роялти

Наиболее типичная форма роялти — отчисления от чистой продажной цены. Например, роялти в 5% на компьютер, продажная цена которого равна \$3 000.00, следует представить как выплату \$150.00 в виде рояли с каждой продажи компьютера по лицензии. Если патентообладатель запрашивает 6%, а конкурент согласен на 4%, то стороны могут попытаться сблизить свои позиции за счет варьирования размеров роялти в зависимости от объема продаж (либо по годам, либо на основе всего объема). Например, стороны могут сойтись на величине 6% для первой тысячи компьютеров, проданных в некотором заданном году, затем прийти к сокращению до 5% и далее до 4% по мере возрастания объема продаж в каком-то заданном году. Такая политика изменения роялти выглядит особенно привлекательно, если стороны расходятся в оценке предполагаемого объема продаж, причем лицензиат дает более высокую оценку объема рынка, чем лицензиар. Предлагая постепенно понижающую ставку роялти, лицензиар делает шаг навстречу лицензиату, причем достаточно демонстративный. Фактически он уступает лицензиату ту часть прибыли, в реальность которой «верит» только лицензиат. И наоборот, если лицензиар оценивает возможный объем продаж выше, чем лицензиат, то он может предложить повышающуюся ставку роялти. Впрочем, те же предложения могут исходить и от лицензиата. Главное здесь — неизбежность наказания за блеф или неумение считать. Проигрывает та сторона, оценка которой оказалась менее точной, блеф в оценке рынка оказывается заведомо невыгодным.

Другая техника для сокращения зазора в процессе переговоров — согласие патентообладателя на уменьшение размера роялти в обмен на гарантированный минимум выплат в виде роялти за год. Во-первых, такое соглашение минимизирует риск патентообладателя при сокращении дохода в случае уменьшения продаж. Во-вторых, согласие лицензиата на установление гарантированного минимума убеждает патентообладателя в том, что лицензиат действительно приложит значительные усилия для реализации продукта, составляющего предмет лицензии.

В качестве альтернативы патентообладатель может настаивать

на более высоком уровне роялти, но соглашаться с тем, что выплата роялти по максимальной оценке производится лишь один раз в год или спустя некоторое время после подписания соглашения. Этот подход особенно эффективен, когда конкурент — потенциальный лицензиат — настаивает на том, что более низкий уровень роялти оправдан, так как ожидаются большие продажи в целом за год. В сущности патентообладатель позволяет конкуренту доход по оптимистичному прогнозу в обмен на высокие роялти с ограниченного объема лицензированной деятельности.

Хотя обычно роялти базируются на проценте от цены чистых продаж лицензированного продукта, существуют работоспособные альтернативы. Одна из альтернатив — это фиксированная оценка в долларах за каждую проданную единицу лицензируемого продукта. Например, может быть установлен фиксированный уровень роялти \$150 за компьютер или \$10 за тонну патентованного удобрения независимо от реальной продажной цены.

Использование паушального платежа

Использование вносимого авансом паушального платежа — еще одна возможность устранить последний зазор между позициями патентообладателя и конкурента. Вносимый авансом платеж может быть единственным вносимым лицензиатом платежом или может быть использован в комбинации с текущими выплатами в виде роялти. Когда используется комбинация с текущими выплатами роялти, вносимый авансом платеж может быть дополнением к текущим роялти или кредитом в счет последующих выплат роялти.

Кроме того, патентообладатель может рассмотреть возможность изменения размера роялти в обмен на предоплату порции этих роялти в виде платежа, вносимого авансом. В данном сценарии частично уменьшается риск патентообладателя, тогда как конкурент сохраняет более низкие роялти и, следовательно, потенциально более высокую чистую прибыль.

Возможны разные варианты обоснования паушального платежа или роялти, вносимых авансом. В одном из вариантов патентообладатели настаивают на платеже, который равен затратам на исследования и развитие лицензируемой технологии, в других — на

возмещении административных расходов на переговоры и исполнение лицензии. Эти затраты включают не только правовые, бухгалтерские и технические услуги, требуемые при переговорном процессе, но также транспортные расходы, расходы на периодический аудит, координационные расходы, затраты на инспектирование и своевременную подготовку чертежей, документации, рисунков и руководств в случае обмена информацией или секретами производства. Смысл всех этих мотивировок заключается в том, что если лицензия окажется коммерчески неприемлема, то патентообладатель возместит хотя бы затраченные усилия и, возможно, даже окупит часть расходов на исследования и развитие.

Дополнительные компенсации

Возможны также отдельные случаи, в которых трудно (на практике) однозначно определить, какой продукт фактически защищен портфелем патентов, предлагаемым к лицензированию, а какой нет. Ради удобства стороны могут согласиться с тем, что будут установлены сравнительно низкие размеры роялти, но сразу для целой серии продуктов конкурента. Вместе с тем, патентообладатель должен быть аккуратен в своих претензиях и не настаивать на этой процедуре, так как в противном случае он может быть обвинен в незаконных попытках расширительного толкования патента.

Вспомогательные по отношению к выдаче патента технологические обмены, такие как возвратные лицензии и кросс-лицензии — дополнительная техника, которая может быть использована для сближения позиций патентообладателя и конкурента. Следовательно, чтобы устранить последний зазор между позициями сторон и дать лицензионному соглашению состояться, каждая из сторон должна тщательно проанализировать собственный портфель дополнительных источников компенсации, которая может быть предложена в процессе переговоров другой стороне, а также аналогичные предложения, поступающие в процессе переговоров от другой стороны.

При любой окончательной методологии выплат обе стороны должны проявить осторожность, гарантирующую, что необходимые вычисления тщательно и полно прописаны в лицензионном соглашении. Недвусмысленными должны быть: определения, на кото-

рых основываются роялти; реально покрываемая лицензией продуктовая ниша; процедуры аудита. Должны быть разрешены систематические аудиторские проверки, причем предпринимающая такой аудит организация должна ознакомиться с условиями и конкретными формулировками лицензионного соглашения до его исполнения. Издержки на периодические аудиторские проверки должны быть учтены патентообладателем до окончательного соглашения по договорной цене лицензии.

3.4. Рынок программного обеспечения

Рынок программного обеспечения — это прежде всего рынок лицензий, основанных на авторском праве, хотя помимо лицензии покупатель обычно приобретает много других вещей, таких как сама программа на магнитном или лазерном диске, руководство для пользователя и т.д. В зависимости от назначения программы, психологии пользователя и законодательства конкретной страны форма продажи программ может меняться.

Лицензионные соглашения, используемые при продаже прав на программное обеспечение, интересны уже потому, что дают весьма поучительный пример адаптации заимствованных форм торговли к потребностям динамично развивающейся сферы бизнеса и быстрой смены этих форм под влиянием изменений в законодательстве. Наряду с традиционными формами лицензионных договоров, в рамках которых цена лицензии складывается из паушального платежа и роялти, здесь нашли применения такие формы, как оберточная (этикеточная) лицензия с фиксированной ценой, а также подписка на программный продукт, где цена лицензии — совокупность условий, не сводимых к стандартным выплатам в виде роялти и паушального платежа.

3.4.1. Оберточные лицензии

В 70-е годы с подачи Билла Гейтса приобрела популярность форма продажи программ, максимально приближенная к форме продажи книг, грампластинок и других товаров массового спроса. Лицензия

изменила свою привычную форму. Вместо привычного договора, заключаемого в письменной форме и подписываемого обеими сторонами, появилась так называемая этикеточная (оберточная) лицензия, печатаемая прямо на упаковке и представляющая собой разновидность договора присоединения, когда лицензиар устанавливает условия, а покупатель становится лицензиатом в силу того, что купил программу и вскрыл упаковку. Такая форма распространения программных продуктов психологически более удобна для покупателя, чем традиционное лицензирование. Она лучше вписывается в привычные для современного городского жителя стереотипы поведения, в том числе сводит к минимуму процесс торговли, исключая из него переговоры о цене лицензии. Особенно хорошо эта форма торговли подошла для распространения игровых и обучающих программ. Расчет цены лицензии на тиражирование такой программы одновременно с ценой оберточной лицензии очень напоминает расчет цены на книгу.

Пример 1. Учебная программа «Мир древних греков»

Предлагаемый пример взят из обоснования реального лицензионного договора. Речь идет о выпуске и продаже через сеть магазинов примерно 2000 экземпляров учебной компьютерной программы «Мир древних греков» в течение двух лет. Пример интересен тем, что объем тиража не фиксирован, и оплата лицензии осуществляется исключительно через выплату роялти, т.е. совсем без паушального платежа, но обоснование сделано, исходя из предположения, что объем выпуска и, следовательно, размер лицензионного платежа заранее известны. Льгота по НДС сознательно не используется, так как конечный продукт (программа в коробочке с оберточной лицензией) от НДС не освобождается, а транзакционные издержки, связанные с регистрацией договора о передаче авторских прав превышают получаемые выгоды.

План. В течение 1995 года предполагается подготовить и за последующие 1996/1997 годы продать около 2000 экземпляров программы «Мир древних греков», по 1000 экземпляров в каждом году.

Предполагаемые покупатели — серьезные дети и их родители, а также школы.

Класс упаковки — небольшой «подарок» в твердой коробочке.

Уровень цены — повседневная покупка (решение о покупке принимается на месте по информации, имеющейся на обложке).

Сеть сбыта — неспециализированные магазины и дилеры.

Размер роялти определяется согласно лицензионному договору в 25% от оптовой цены каждой проданной копии программы, т.е. от цены, по которой готовая продукция сдается в магазины и дилерам.

Бюджет на 1996 г. Суммарная выручка при оптовой цене \$3 за экземпляр составляет \$3000 (1000 экз по \$3). Таким образом:

\$3000 — выручка от продажи:

- \$500 — НДС (\$150 — зачет НДС);
- \$100 — налоги, взимаемые с оборота;
- \$450 — дискеты;
- \$250 — футляры;
- \$200 — полиграфические услуги;
- \$250 — зарплата упаковщиков;
- \$350 — накладные расходы;
- \$600 — лицензия (25% от суммы выручки);
- \$450 — расчетная прибыль лицензиата.

Чистая прибыль лицензиата равна \$300.

Бюджет на 1997 г. Суммарная выручка от продаж при оптовой цене \$2,5 за экземпляр и тираже 1000 экземпляров равна \$2500

Цена лицензии равна \$500 (25% от суммы выручки);

остальные расходы лицензиата рассчитываются точно также, как и для 1996 г.

Расчетная прибыль лицензиата составляет \$400.

В этом примере размер роялти может показаться очень высоким. На самом деле это не совсем так, поскольку совсем отсутствует паушальный платеж. Кроме того, лицензионный договор был заключен в момент, когда лицензиат уже изготовил партию продукции для продажи и находился в чрезвычайно невыгодных условиях. Отказавшись от договора он терял все вложенные средства без

какой-либо компенсации, а начав продавать готовую продукцию без лицензии, мог потерять очень много на штрафных санкциях. Поэтому можно сказать, что лицензиату очень повезло.

3.4.2. Возвращение к лицензированию

Способ продажи программ с оберточными лицензиями оказался не только удобным для пользователей в психологическом отношении, но и обеспечил производителям программ значительную экономию на сокращении транзакционных издержек. Поэтому вполне можно было предположить, что с традиционным лицензированием скоро будет покончено.

Однако изменения в российском законодательстве, произошедшие в начале 90-х годов, привели к возрождению традиционного лицензирования. Такой результат оказался следствием принятия закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» и закона РФ «О налоге на добавленную стоимость», в котором для лицензионных операций предусматривалось освобождение от налога (ст. 5, п. к)). Разумеется, традиционное лицензирование (с надлежащим оформлением и регистрацией договоров в РосАПО) не могло полностью вытеснить массовую торговлю программным продуктом, но при продаже относительно дорогих продуктов и, особенно, при продаже для использования целой организацией старая форма торговли оказалась более выгодной⁸.

Более того, благодаря льготам по налогу на добавленную стоимость лицензионные платежи стали очень удобной формой расчетов во всяких пограничных ситуациях, когда права, товары и услуги продаются в пакете и есть возможность менять соотношения цен в рамках пакета по усмотрению сторон. Впрочем, этот путь укрывательства от чрезмерных российских налогов не является ни самым легким, ни самым безопасным.

⁸С некоторого момента Государственная налоговая служба РФ перестала считаться с наличием указанной льготы по НДС в отношении объектов авторского права. Подробнее об этом см. 5.1.

3.4.3. Подписка на программный продукт

Подписка на программный продукт — это такая форма соглашения, при которой клиент — подписчик приобретает право на постоянно развивающийся продукт и периодически получает очередные версии.

Подписка на антивирусы

Наиболее известный пример подписки на программный продукт — это подписка на антивирусную программу «Aidstest», распространяемую фирмой «Диалог-Наука». Поскольку программа «Aidstest» постоянно обновлялась с учетом появления новых вирусов, именно эта форма ее распространения оказалась наиболее удобной. Клиент, подписавшийся на программу, получал все ее новые версии по мере их появления и некоторые дополнительные услуги.

При такой форме продажи достаточно сложно определить — что следует считать оценкой программы. Более того, не так просто дать ответ на более элементарный вопрос — что есть программа?

Если смотреть на этот феномен с экономико-правовой точки зрения, то здесь скорее следует говорить об оказании услуг, чем о передаче авторских прав. Оказание услуг облагается налогом на добавленную стоимость (НДС), что существенно снижает доходность бизнеса. Тем не менее, он вполне рентабелен и даже имеет последователей. К их числу относятся некоторые фирмы, торгующие сложными бухгалтерскими программами.

Пример 2. Продажа бухгалтерских программ

Для сложных бухгалтерских программ принята форма продажи, которую не называют подпиской, хотя по сути она таковой является. Как правило, сложные бухгалтерские системы постоянно развиваются. При этом добавляются новые модули и обновляются старые. Одновременно происходит изменение цен, причем описать ценообразование и уловить его смысл не так просто, в чем легко убедиться, прочитав текст договора.

Договор

о передаче — получении авторских прав
на использование программы
«Система бухгалтерского учета»

Основываясь на том, что:

- Правообладатель обладает всеми имущественными авторскими правами на программу для ЭВМ «Система бухгалтерского учета» (в дальнейшем — «Программа»), что подтверждается свидетельством о регистрации Программы в РосАПО № _____ от «___» _____ 19__ г.
- Пользователь ознакомлен с Программой и намерен использовать ее в соответствии с назначением, определенным прилагаемой к Программе документацией;

Стороны договорились о нижеследующем:

1. Предмет договора

1.1. Правообладатель передает Пользователю, а Пользователь получает авторские права на использование Программы в объеме и на условиях, определяемых настоящим Договором.

1.2. Набор программных модулей, составляющих Программу, объем передаваемых по настоящему Договору прав, а также условия передачи и использования Программы определяются настоящим Договором и приложениями к нему.

1.3. По дополнительному запросу Пользователя Правообладатель может:

- создать специальную версию Программы и передать Пользователю исключительное право на ее использование, при условии соответствующей оплаты;

- передать Пользователю права на использование дополнительных программных модулей, не входящих в первоначальный состав Программы, и поставить соответствующие программные модули с перерасчетом выплаты вознаграждения.

2. Используемые термины

2.1. В целях более точного понимания сторонами настоящего Договора определяются следующие термины:

- «Программа» — набор программных модулей и связанная с ним документация программы для ЭВМ «Система бухгалтерского учета», описанная в Приложении № 1 к настоящему договору, являющемся его неотъемлемой частью.
- «Оборудование» — вычислительная техника, указанная в Приложении № 1 к настоящему Договору.
- «Место установки» — указанный Пользователем в Приложении № 1 фактический адрес, по которому установлено Оборудование.
- «Адаптация Программы» — настройка Программы, осуществляемая Пользователем исключительно в целях обеспечения оптимального функционирования Программы на конкретном Оборудовании Пользователя.
- «Модификация Программы» — любое изменение Программы, не являющееся ее адаптацией.
- «Распространение Программы» — предоставление доступа к Программе третьим лицам в любой форме, в том числе сетевыми и иными способами, а также путем продажи, проката, сдачи внаем, предоставления займа и т.д.

2.2. В целях однозначного толкования сторонами правил, используемых при расчете размеров выплат по настоящему Договору, стороны договорились использовать термин «Базовая версия Программы» для обозначения Программы с учетом возможной покупки дополнительных модулей и всех модификаций Программы, имевших

место до рассматриваемого момента времени, но без учета последующих модификаций, права на получение которых Пользователь может приобрести вместе с Базовой версией Программы. Соответственно Базовая версия Программы и текущая цена Базовой версии Программы изменяются по мере покупки дополнительных программных модулей и смены версий Программы.

3. Объем получаемых прав

3.1. Пользователь получает от Правообладателя неисключительное, неуступаемое и непередаваемое право на использование Программы в течение M лет в соответствии с назначением, определенном прилагаемой к Программе документацией.

3.2. Программа может использоваться только на предусмотренном документацией оборудовании и только работниками Пользователя.

3.3. Получаемое Пользователем право на использование Программы не включает права на:

- модификацию Программы;
- распространение Программы любыми способами;
- изготовление не предусмотренных документацией экземпляров Программы (документация предусматривает изготовление одной резервной копии, используемой в архивных целях).

4. Права интеллектуальной собственности, относящиеся к Программе

4.1. Пользователь признает, что все исключительные права на относящиеся к Программе объекты интеллектуальной собственности, включая исключительные авторские права на документацию, Правообладатель сохраняет за собой.

4.2. Пользователь получает только право на использование Программы в объеме, предусмотренном настоящим Договором.

5. Вознаграждение и порядок его выплаты

5.1. Пользователь обязуется выплатить Правообладателю вознаграждение за право использовать Программу в соответствии с настоящим Договором.

5.2. Размер вознаграждения, выплачиваемого Пользователем Правообладателю, определяется в соответствии с Приложением № 1, которое является неотъемлемой частью настоящего Договора.

Указанное вознаграждение включает в себя плату за право на получение Пользователем новых версий Программы в течение первого календарного года действия настоящего Договора. При этом плата за получение новых версий в течение года составляет 20% от цены Базовой версии Программы.

При передаче Пользователю прав на использование дополнительных программных модулей перерасчет выплаты вознаграждения соответственно Приложению № 1 к настоящему Договору осуществляется следующим образом:

- Вознаграждение определяется как сумма новой цены Базовой версии Программы и платы за право на новые версии Программы в течение текущего года с учетом изменения набора программных модулей.
- Новая цена Базовой версии Программы определяется как текущая цена Базовой версии Программы с новым составом программных модулей.
- Плата за право на новые версии Программы в течение года с учетом изменения набора программных модулей определяется как сумма платы за новые версии Программы в течение прошедшей части календарного года со старым набором программных модулей и платы за новые версии Программы в течение оставшейся части календарного года с новым набором программных модулей.
- Плата за право на новые версии Программы с новым составом программных модулей в течение оставшейся части календарного года определяется как 20% от умноженной на количество оставшихся до конца календарного года месяцев и деленной на

12 (двенадцать) текущей цены Базовой версии Программы с новым составом программных модулей.

- Плата за право на новые версии Программы в течение прошедшей части календарного года со старым составом программных модулей определяется как 20% от умноженной на число прошедших месяцев и деленной на 12 (двенадцать) Базовой цены Программы на момент заключения настоящего Договора.

5.3. По истечении первого и каждого последующего года действия настоящего Договора Пользователь может приобрести право на получение новых версий Программы в течение еще одного календарного года, выплатив Правообладателю дополнительное вознаграждение в размере 20% от текущей цены Базовой версии Программы.

Текущая цена Базовой версии Программы определяется Правообладателем с учетом цены предшествующей версии Программы и объема внесенных в нее изменений. При этом ежегодное увеличение цены Базовой версии Программы не может быть более 10% (десяти процентов) в год.

5.4. Если Пользователь не оплачивал и не получал новые версии Программы сроком более одного календарного года, то для получения новых версий Программы он должен будет приобрести последнюю Базовую версию Программы.

5.5. В случае создания Правообладателем по дополнительному запросу Пользователя специальной версии Программы, оплата права на ее использование производится в соответствии с Приложением № 3 к настоящему Договору, являющемуся его неотъемлемой частью.

5.6. Выплаты по настоящему Договору производятся на основании счетов, выставяемых Правообладателем. Пользователь, получив счет, обязан оплатить его в течение 10 (десяти) дней с даты получения.

5.7. Если Пользователь является резидентом на территории Российской Федерации, то оплата счетов Правообладателя по настоящему Договору производится на расчетный счет Правообладателя в российских рублях по официальному курсу плюс 3% от перечисленной суммы на момент оплаты.

Если Пользователь является нерезидентом на территории Российской Федерации, то оплата счетов Правообладателя по настоящему Договору производится в долларах США на валютный счет Правообладателя.

5.8. Если любой из выставленных Правообладателем счетов остается непоплатенным в течение 30 (тридцати) дней с даты срока оплаты, то Правообладатель вправе прервать действие настоящего договора в одностороннем порядке.

5.9. Все цены, указанные в настоящем Договоре, не включают возможных налогов, которые будут взиматься в соответствии с их ставкой на момент платежей.

6. Поставка Программы

6.1. Программа должна быть поставлена Пользователю Правообладателем в течение 30 (тридцати) дней с даты получения Правообладателем вознаграждения за передачу права на использование Программы.

6.2. Поставка Программы осуществляется Правообладателем в следующих видах:

- выезд к Пользователю представителя Правообладателя;
- отправка Программы на соответствующих носителях по почте.

6.3. Для установки Программы на Оборудовании Пользователя и по его запросу на место установки может выехать представитель Правообладателя.

Если место установки Программы (ее новой версии) находится вне г. Москвы и/или Московской области, то представитель Правообладателя выезжает на место установки при условии оплаты Пользователем проезда и командировочных расходов представителя Правообладателя.

6.4. При установке новой версии Программы Правообладатель обеспечивает Пользователя информацией об основных изменениях в Программе и проводит обзор новых возможностей.

6.5. На момент поставки Программы Пользователю по настоящему Договору стороны подписывают Акт, являющийся Приложением № 2 к настоящему Договору и составляющий его неотъемлемую часть.

7. Конфиденциальность

7.1. Пользователь признает, что Программа передана ему на условиях конфиденциальности, ее конструкция и концепция составляют коммерческую тайну Правообладателя.

Пользователь не должен демонстрировать Программу или допускать ее демонстрацию третьим лицам в какой бы то ни было форме без предварительного письменного согласия Правообладателя.

Пользователь обязуется не производить обратного проектирования Программы (включая, например, обратную компиляцию, технику декомпилирования и дизассемблирования или иные подобные методы) с целью определить конструкцию, концепцию и методологию Программы, чтобы включить в состав какого-либо разрабатываемого им продукта или в каких-то иных целях.

7.2. Пользователь обязуется принять все меры, необходимые для сохранения коммерческой тайны Правообладателя, содержащейся в Программе.

7.3. Обязательства в отношении соблюдения условий неразглашения указанной информации действуют в течение всего срока действия Договора, а также в течение 2-х лет после его расторжения.

8. Гарантии⁹

.....

9. Переписка

.....

10. Ответственность сторон

10.1. За невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств по настоящему Договору стороны несут имущественную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации и условиями настоящего Договора.

⁹В рассматриваемом примере статьи, не оказывающие влияния на цену договора, представлены одними заголовками.

10.2. Ответственность Правообладателя за убытки, понесенные Пользователем вследствие использования им Программы, не должна превышать суммы полученного им в соответствии с настоящим Договором вознаграждения.

10.3. Ответственность Пользователя за убытки, понесенные Правообладателем вследствие действий Пользователя, не связанных с нарушением Пользователем статей 3, 4, 5 или 6 настоящего Договора, не должны превышать размеров вознаграждения, причитающегося Правообладателю в соответствии с настоящим Договором.

10.4. Ответственность Пользователя за убытки, понесенные Правообладателем вследствие нарушения Пользователем статей 3, 4, 5 или 6 настоящего Договора, определяется в соответствии с законодательством РФ.

10.5. В случае нарушения одной из сторон существенных условий Договора, повлекшего досрочное прекращение Договора по требованию другой стороны, сторона, нарушившая существенные условия Договора выплачивает другой стороне неустойку в размере 20% от суммы вознаграждения.

11. Разрешение споров

11.1. Стороны намерены разрешать возникающие между ними споры путем переговоров.

11.2. В случае невозможности решить возникающие споры путем переговоров подлежат рассмотрению в арбитражном суде в соответствии с законодательством Российской Федерации.

12. Досрочное расторжение Договора, прекращение прав

12.1. Досрочное расторжение настоящего Договора и прекращение прав Пользователя на использование Программы возможно:

- по требованию Правообладателя в случае нарушения Пользователем одного из следующих условий настоящего Договора:
 - несвоевременная выплата вознаграждения за передачу прав;
 - нарушение авторских прав Правообладателя;

- нарушение условий конфиденциальности.
- по требованию Пользователя в случае нарушения Правообладателем одного из следующих условий настоящего Договора:
 - срока поставки Программы;
 - гарантий.
- по добровольному соглашению сторон.

12.2. Настоящий договор считается расторгнутым, а действие прав Пользователя на использование Программы прекращенным по истечении 30 (тридцати) дней с даты получения одной стороны письменного уведомления другой стороны, если сторона, получившая такое уведомление, не ответила на него в течение указанного срока в письменной форме или ответила согласием.

12.3. В случае досрочного прекращения прав на использование Программы по вине Правообладателя или по взаимному соглашению сторон Пользователю выплачивается компенсация за неиспользованные права на Программу, в случае досрочного прекращения прав на использование Программы по вине Пользователя, компенсация за неиспользованные права на Программу не выплачивается.

12.4. После прекращения прав на использование Программы Пользователь обязуется немедленно прекратить ее использование и в течение 10 (десяти) дней либо вернуть все имеющиеся у него экземпляры Программы Правообладателю, либо уничтожить их и передать Правообладателю надлежащим образом оформленный акт об уничтожении.

12.5. Прекращение действия настоящего Договора не освобождает стороны от выполнения возникших ранее обязательств по настоящему Договору.

13. Регистрация договора

13.1. Настоящий Договор подлежит регистрации в Российском агентстве по охране программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем (РосАПО). Регистрацию Договора осуществляет Правообладатель.

13.2. Расходы, связанные с регистрацией настоящего Договора в РосАПО, несет Правообладатель.

14. Форс-мажор

.....

15. Полнота Договора и порядок изменения его условий

.....

16. Срок действия Договора

16.1. Настоящий Договор начинает действовать с даты его подписания обеими сторонами и действует до согласованной сторонами даты, но не менее срока действия переданного Пользователю права на использование Программы.

16.2. Досрочное прекращение Договора возможно в случаях, предусмотренных в п.п. 12.1. — 12.5.

17. Особые условия

.....

Подписи сторон

Приложение № 1, согласно которому рассчитывается цена Базовой версии Программы, содержит текущие цены всех программных модулей. В результате простых вычислений определяется цена Базовой версии, которая может колебаться (для действительно сложной бухгалтерской системы) где-то около \$50 000.

Расчет цен на все модули Программы, поставку новых версий, услуги и т.п. сделан из расчета, что фирма, именуемая «Правообладатель», должна существовать и развиваться, привлекая на работу достаточно квалифицированных молодых программистов. Идеино такой подход ближе всего к подходу от общего профиля бизнеса.

Продумать соответствующие расчеты — большая работа, требующая профессионализма и знания конкретных цифр. Иными словами, в качестве демонстрационного примера эти расчеты не годятся. Вдумчивый читатель может продолжить мысль и представить себе объем работы, который должны проделать аналитики фирмы, устанавливающей цены на лицензии, исходя из общего профиля бизнеса.

Недостатки подписки

Главный недостаток подписки — сложность определения срока, на который передается право на программу как на объект авторского права. Напомним, что срок действия договора — обязательное условие любого договора о передаче имущественных авторских прав на

программу для ЭВМ или базу данных (ст. 11, п. 1 закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных»). Поэтому в приведенном выше примере договора есть пункт с указанием срока, на который передаются права. Однако в том же договоре есть пункт, предусматривающий возможность автоматического продления договора. Строго говоря, такое положение не совсем нормально, так как в результате получается некий симбиоз срочного и бессрочного договоров.

Если договор, на основании которого поставляется программа, не признается авторским, то возможны неприятные неожиданности при попытке поставить приобретенные права на учет как нематериальный актив, а затем амортизировать этот актив. Строго говоря, ситуации оказываются существенно различными для стран с разными законодательствами и системами бухгалтерского учета, т.е. в разных странах возникают различные неприятности. Однако неизбежность неприятности — универсальный факт.

3.5. Формализация подходов к оценке

Формализация подходов к оценке патентов и лицензий для продажи полезна, как минимум, в двух отношениях. Во-первых, она достаточно полезна практически. Формализация отдельных операций при расчетах и переговорах может существенно повысить эффективность работы оценщиков и снизить транзакционные издержки, причем этот эффект будет все более ощутим по мере развития вычислительной техники и информационных технологий. Во-вторых, формализация ситуации в целом позволяет увидеть интересные для теоретика фундаментальные свойства рынка лицензий.

3.5.1. Формализация переговорного процесса

Переговорный процесс при продаже лицензии можно рассматривать как процедуру коллективного выбора. Конечная цель переговоров — заключение лицензионного соглашения, которым устанавливаются: объем передаваемых прав; срок действия лицензии; размеры и порядок выплат лицензионных платежей. Поскольку ситуация рассмат-

ривается с позиций оценщика, размеры и срок действия лицензии логично считать заданными заранее, а размеры и порядок выплаты лицензионных платежей — предметом переговоров. Иначе говоря, весь переговорный процесс сводится к совместному (коллективно-му) выбору сторонами по договору размеров и порядка выплаты лицензионных платежей. Выбирать их можно из ограниченного множества экономически осмысленных вариантов, которое для начала следует описать содержательно, а затем — с помощью формальных условий.

Область возможных соглашений

Лицензионные платежи выплачиваются в виде паушального (единовременного) платежа и роялти, причем роялти могут быть постоянными или меняющимися во времени по каким-то очень простым принципам. Самый распространенный из них — установление двух разных ставок роялти на единицу лицензионной продукции. Одна ставка роялти применяется до некоторого момента, определяемого по формальным принципам, другая после, причем возможно как снижение ставки роялти с установленного момента, так и ее повышение. Момент изменения ставки роялти определяется либо истечением определенного срока, либо выпуском определенного количества продукции. На практике применяются оба подхода, причем первый обычно сочетается с понижением ставки роялти по истечении определенного времени. Второй подход более универсален и сочетается с изменениями ставки роялти в обе стороны. К тому же он более универсален и, следовательно, более предпочтителен с формальной точки зрения, поскольку легко вписывается в статическую модель, тогда как первый подход подразумевает наличие в модели временной координаты.

Иногда применяются и более сложные системы лицензионных выплат с изменением ставки роялти более одного раза, обычно в сторону ее понижения. Теоретически можно рассматривать различные роялти для каждой единицы продукции, выпускаемой по лицензии. Однако на практике до таких крайностей, как правило, не доходит. Ставка роялти либо вообще не меняется, либо меняется один раз. Именно этот принцип следует принять при построении модели,

причем момент изменения ставки роялти следует определять не по времени, а по выпуску определенного количества продукции.

Разумеется, сам термин «постоянная ставка роялти» требует уточнения, поскольку можно говорить о постоянной величине роялти в деньгах или о постоянной доле от цены проданного изделия (оптовой или розничной).¹⁰ Чтобы не перегружать изложение подробностями, можно предположить, что устанавливается постоянная цена лицензионных изделий на весь рассматриваемый период, поэтому постоянная доля цены изделия соответствует постоянной сумме в деньгах, которая и понимается далее под ставкой роялти.

Конкретные размеры паушального платежа и выплат в виде роялти, вообще говоря, могут быть любыми. Однако реально можно говорить лишь о различных вариантах распределения между сторонами суммы дополнительной прибыли, которая будет получена в результате реализации лицензионного соглашения. Разумеется, эта сумма положительна и ограничена сверху. Однако на момент переговоров она не известна. Стороны могут иметь разные представления о верхней границе этой суммы, причем разными могут быть как действительные представления, так и декларируемые. Иначе говоря, одновременно могут существовать четыре различные оценки: по одной декларируемой и по одной реальной оценке для каждой из сторон. В переговорах могут использоваться только декларируемые оценки, которые отличаются, вообще говоря, как от реальных оценок, так и от будущего результата.

Совместно определяя размеры и порядок выплат лицензионных платежей, стороны

Формальное описание множества соглашений

Исходя из всего

¹⁰На практике наиболее популярна постоянная доля от оптовой цены изделия.

Предпочтения на множестве соглашений

3.5.2. Неманипулируемость

3.5.3. Упрощающие предположения

Следующая наша задача — построение экономико-математической модели, в которой еще различимы затраты на производство продукции и на развитие технологии, плата за доступ на товарный рынок (или за доступ к технологии) и плата за производимые товары представлены отдельными переменными, но уже стерты те черты реальной экономики, благодаря которым все методы оценки патентов дают различные результаты. Иначе говоря, идеальные образы всех практических методов оценки патентов в рассматриваемой экономико-математической модели дают непротиворечивые результаты.

С практической точки зрения поставленная задача не представляет интереса, поэтому оценщик — практик может с чистой совестью пропустить весь последующий материал этого раздела. Однако для теоретика оценки или оценщика — практика, склонного к концептуальным построениям, попытка построить подходящую экономико-математическую модель может иметь интерес, так как она обнаруживает не только трудности, лежащие на этом пути, но и некоторую общую основу всех применяемых практических методов оценивания.

Упрощающие предположения, которые приходится принять при построении экономико-математической модели, вполне стандартны и нуждаются в комментариях лишь постольку, поскольку их требуется увязать с не менее сильными допущениями, вполне воспринимаемыми оценщиками. В частности, это касается предположения о статичности экономики, ее однопродуктовости, а также бесконечной делимости продукта и возможности оценки любых благ в деньгах. Несколько сложнее обстоит дело с предположением об отсутствии трансакционных издержек, которое обычно без каких-либо специальных оговорок присутствует в экономико-математических моделях.

Статичность экономики

Статичность экономики означает, что все денежные потоки и оценки приведены к текущему моменту (например, к текущему году или даже месяцу). Такое предположение применяется при оценке бизнеса и в некоторых методах получения $\$X$ и $\$Y$ оценок, т.е. в принципе нечуждо оценщикам. Однако в статической экономике полностью теряет смысл политика изменения роялти во времени, а разделение оценки на паушальный платеж и роялти сохраняет смысл лишь отчасти.

Однопродуктовость

Однопродуктовость моделируемой экономики в данном случае означает, что рынок производимого продукта рассматривается изолированно от других рынков, а все необходимые для его производства ресурсы приобретаются по стабильным ценам. Строго говоря, в такой экономике есть еще один продукт — деньги. За деньги продается производимый продукт и приобретается все необходимое для его производства. Поскольку необходимые ресурсы приобретаются по стабильным ценам, фактически все сводится к затратам одного ресурса — денег. Цена на производимый продукт и затраты на его производство могут меняться, поэтому производимый продукт и деньги необходимо различать. Такую модель можно назвать либо двухпродуктовой, либо однопродуктовой с деньгами. Второй вариант в данном случае представляется более предпочтительным, так как он ближе к той парадигме, с которой работают оценщики-практики.

Делимость продукта

Бесконечная делимость продукта означает возможность его производства и потребления в любых количествах, измеряемых вещественными числами из некоторого интервала. В экономической теории бесконечная делимость обычно противопоставляется дискретности продукта, порождающей множество дополнительных проблем теоретического характера. Для практического оценщика важность

этого предположения, как правило, не представляется столь существенной как для экономиста-теоретика и тем более как для математика -экономиста.

Возможность параметризации множества технологий

Технологии описываются в модели как соотношения затрат и выпуска. Речь идет, разумеется, о множестве технологий для производства единственного продукта, производимого в рассматриваемой экономике. Возможность параметризации этого множества с помощью одной вещественной переменной — далеко не такое сильное предположение, как может показаться на первый взгляд. В результате исследований, проведенных Цви Грилихесом [64] и рядом других авторов (подробнее об этом см. в 5.3.2), установлена практически прямая зависимость между объемом вложений в НИОКР и количеством получаемых патентов как на национальном уровне, так и на уровне крупной фирмы. Наличие такой зависимости позволяет с достаточным основанием говорить о некотором объективном показателе технологического уровня фирмы, именуемом «интеллектуальным капиталом» и очень хорошо коррелирующимся с затратами на НИОКР и количеством принадлежащих фирме патентов. Именно этот показатель и можно взять в качестве параметра для параметризации множества технологий производства единственного производимого продукта.

Отсутствие издержек трансакций

Отсутствие трансакционных издержек в экономико-математических моделях почти никогда не оговаривается явно, но почти всегда предполагается. Проявляется это в таких вещах, как жесткое разграничение информации на доступную экономическим агентам, причем без каких-либо затрат (!) с их стороны, и абсолютно недоступную, пренебрежение затратами на совершение сделок и других упрощающих предположениях. В применении к практическим задачам оценивания такие предположения могут оказаться совершенно неприемлемыми в одних случаях и вполне безобидными в других.

Например, если строить модель рынка патентов и лицензий без

учета издержек на получение информации, то оценки $\$X$ и $\$Y$ для патентообладателя и конкурента должны совпадать, что упрощает модель, но ни в малейшей степени не лишает ее содержания. Более сильные предположения, характерные для математических моделей экономического равновесия, приводят к существенному, но не обязательно полному выхолащиванию содержания. В таких моделях, как правило, издержки производства и цены продуктов совпадают, экономические агенты располагают полной информацией о своих производственных возможностях и потребительских предпочтениях, но не получают прибыли, отличной от нуля, а интервалы, в которых могут изменяться цены на продукты, сжимаются в точки. Иначе говоря, если построить такую модель для рынка патентов и лицензий, то в этой модели не должно быть различий между $\$X$ и $\$Y$ оценками. Более того, затратный и рыночный подходы также должны давать в состоянии равновесия одинаковые оценки.

3.5.4. Экономико-математические модели

В предлагаемых ниже моделях использованы все упрощающие предположения, о которых говорилось выше, а также наиболее простые способы описания производственных возможностей. Сделано это исключительно из желания облегчить участь читателя. Вместе с тем читатель-математик легко догадается, как можно обобщить получаемые результаты.

Модель фирмы

Предположим сначала, что рассматриваемая экономика состоит из одной достаточно крупной фирмы, обеспечивающей единственным продуктом своих постоянных потребителей по стабильным ценам. Объем производства обозначим через ξ , объем соответствующего рынка — через $\bar{\xi}$. В рассматриваемом случае $\xi = \bar{\xi}$, хотя, вообще говоря, $\xi \leq \bar{\xi}$.

Следуя Грилихесу [64], через K обозначим «интеллектуальный капитал» фирмы, который определяет эффективность используемой технологии и, в конечном счете, стоимость самой фирмы. Вложения в НИОКР, необходимые для создания «интеллектуального капитала»

в объеме K , обозначим через $a(K)$. Как следует из исследований, подробнее обсуждаемых в 5.3.2, функцию $a(K)$ естественно считать линейной. Более того вполне можно положить $a(K) = K$. Иными словами, множество доступных фирме технологий можно параметризовать по затратам на НИОКР.

Все ресурсы, необходимые для производства продукта, фирма покупает по стабильным ценам, что можно интерпретировать как использование в производстве только одного ресурса — денег. Таким образом, прямые затраты на производство ξ единиц продукта можно выразить в виде $\xi b(K)$, где $b(K)$ — функция параметра K . Эту функцию естественно считать монотонно убывающей, так как с ростом «интеллектуального капитала» эффективность технологии возрастает. Кроме того, удобно считать ее непрерывно дифференцируемой, что позволяет записать условие монотонного убывания функции $b(K)$ через отрицательность ее производной $\dot{b}(K) < 0$.

Полные затраты на производство продукта в объеме ξ с учетом затрат на технологию составляют $\xi b(K) + a(K)$. Минимизируя эту величину можно определить оптимальное значение K , соответствующее данному объему производства. В частности, объему производства ξ соответствует оптимальный объем «интеллектуального капитала», обозначаемый \bar{K} .

При этом, разумеется, необходимо привести затраты на НИОКР и прямые (текущие) затраты к единому измерению, т.е. либо рассматривать объем производства и затраты на НИОКР как интегральные потоки (за все время существования данного бизнеса), приведенные к текущему году, либо рассматривать то и другое как потоки в некоторый «представительный» год. Обе возможности приемлемы, хотя обе содержат дефекты, на которых не хочется заострять внимание в силу их типичности. Заметим только, что приведение всех потоков к текущему году здесь более предпочтительно.

Если предположить, что минимум затрат достигается в некоторой внутренней точке интервала изменения K , то в ней должно выполняться равенство

$$\xi \dot{b}(K) + \dot{a}(K) = 0,$$

из которого при достаточно естественных дополнительных условиях можно получить зависимость между ξ и оптимальным значени-

ем K . Например, если $a(K) = K$ и $b(K) = 1/K$ для всех положительных K , то $\dot{a}(K) = 1$ и $\dot{b}(K) = -1/K^2$, а из данного равенства получается простая зависимость между ξ и оптимальным значением K , выражаемая формулой $K = \sqrt{\xi}$. В общем случае такой простой зависимости, разумеется, не существует, но примерно понятно, как должен изменяться «интеллектуальный капитал» с ростом объема производства.

Производственное равновесие

Предположим теперь, что производство продукта рассредоточено между n различными фирмами, производящими продукт в объемах ξ_i , где $i = 1, \dots, n$ — номер произвольной фирмы. Вполне очевидно, что совокупные затраты на производство продукта в объеме

$$\xi = \sum_{i=1}^n \xi_i$$

будут меньше, если НИОКР не дублируются, а сосредоточены в одной фирме и предоставляются другим фирмам на основе лицензионных соглашений. Вообще говоря, производителем НИОКР может быть одна из n фирм, но может быть и отдельная фирма, которая выполняет только НИОКР, а может быть партнерство, организованное именно для этих целей всеми n фирмами. В любом случае необходимо некоторым «справедливым» образом распределить затраты на НИОКР между всеми фирмами, используя для этих целей лицензирование, но для модели предпочтительнее симметричная конструкция (отдельная фирма или партнерство для НИОКР) именно в силу своей симметричности и простоты описания.

Таким образом, для каждой фирмы i необходимо установить цену лицензии и форму выплат, так чтобы сумма лицензионных платежей покрывала затраты на НИОКР и соблюдалось условие «справедливости», которое еще только предстоит формализовать.

Если лицензионные платежи взимаются в виде роялти, то условие «справедливости» естественно трактовать как одинаковые ставки роялти для всех фирм, если в виде паушальных платежей, то естественно сделать пересчет прогнозируемых объемов роялти в па-

ушальные платежи. При этом получится, что паушальные платежи фирм пропорциональны предполагаемым объемам производства.

Формализуя эти рассуждения, здесь уместно ввести переменные $\bar{\xi}_i$, интерпретируемые как прогнозируемые объемы производства. Разумеется, при этом

$$\sum_{i=1}^n \bar{\xi}_i = \bar{\xi},$$

т.е. прогнозируемые объемы производства в сумме составляют весь объем рынка. Сумма этих платежей должна покрывать расходы на НИОКР, причем фактические, а не планируемые.

Если лицензионные платежи сводятся к выплате роялти по единой для всех фирм ставке r , то лицензионный платеж для фирмы i равен $r\xi_i$. Чтобы обеспечить возмещение всех затрат на НИОКР при достижении плановых объемов выпуска, т.е. при $\xi_i = \bar{\xi}_i$ для любого i , ставка роялти должна определяться из условия $r\bar{\xi} = a(K)$. В случае $a(K) = K$ это означает $r = K/\bar{\xi}$.

Если все лицензионные платежи сводятся к паушальным платежам, то паушальный платеж фирмы i представим в виде $\bar{g}_i K$, где $\bar{g}_i = \dot{a}(K)\bar{\xi}_i/\bar{\xi}$. При линейной зависимости $a(K)$ от K коэффициенты \bar{g}_i от K не зависят, так как $\dot{a}(K) = a(K)/K = const$. В частности, если $a(K) = K$, то $\bar{g}_i = \bar{\xi}_i/\bar{\xi}$.

Коэффициенты \bar{g}_i можно интерпретировать как цены «интеллектуального капитала» для соответствующих фирм. Примечательно, что эти цены для всех фирм, вообще говоря, различны и зависят от планируемых объемов производства.

Определенные таким образом цены «интеллектуального капитала» обладают некоторыми оптимизирующими свойствами. А именно, для каждого i при заданных $\bar{\xi}_i$ и \bar{g}_i минимальное значение суммы затрат $\bar{\xi}_i b(K) + \bar{g}_i K$, рассматриваемой как функция переменной K , достигается при том же значении $K = \bar{K}$, что и минимум полных затрат для системы в целом. В самом деле, дифференцируя эту функцию по k и приравнявая производную нулю, получим равенство

$$\dot{b}(K) = -\dot{a}(K)/\bar{\xi},$$

т.е. то же самое условие минимума полных затрат, которое было

получено ранее для фирмы, самостоятельно осуществляющей разработку технологии или, что то же самое, для системы в целом. Иными словами, назначение паушальных платежей по выбранным выше принципам позволяет децентрализовать принятие решения об уровне затрат на НИОКР или, более точно, выбрать такой уровень затрат на НИОКР, который устроит всех участников партнерства.

Равновесие фирмы монополиста

Пусть теперь объем рынка не зафиксирован сколько-нибудь жестко, а переменная ξ интерпретируется как принимаемый из каких-то чисто экономических соображений план производства для одной большой фирмы. Например, можно предположить, что цена продукта снижается при значительном предложении. Следовательно, у владельца (или владельцев) фирмы появляется стимул использовать часть имеющихся у них средств на какие-то другие цели. В этом случае владелец фирмы должен выбрать не только оптимальный уровень вложений в НИОКР, но также и распределение средств, направляемых на различные цели.

Чтобы формализовать эти соображения, необходимо ввести еще две переменные. Прежде всего, естественно предположить, что объем средств, которые владелец фирмы может вложить в производство данного продукта, включая вложения в НИОКР, или потратить как-то иначе, ограничен некоторой величиной $w > 0$. В дальнейшем эта величина интерпретируется как исходный запас капитала. Соответственно величина $\eta = w - \xi b(K) + a(K)$ интерпретируется как сбережения, хотя речь может идти о любых альтернативных способах использования капитала.

В случае $b(K) = 1/K$ полные затраты на производство ξ единиц наукоемкого продукта равны $\xi/K + K$. Каждому значению ξ соответствует оптимальное значение K , определяемое из условия $K = \sqrt{\xi}$ для любых неотрицательных ξ . При этом нет необходимости доопределять $b(K)$ для $K = 0$, так как при $\xi = 0$ технология вообще не используется и, следовательно, затраты на ее создание равны нулю. Полные затраты при оптимальном выборе технологии будут равны $2\sqrt{\xi}$, а остаток капитала после производства ξ единиц продукта — величине $\eta = w - 2\sqrt{\xi}$. Иначе говоря, между производ-

ством продукта и сбережениями существует квадратичная зависимость, которую удобно переписать в виде

$$\xi = \left(\frac{w - \eta}{2} \right)^2.$$

Разумеется, при этом должно выполняться неравенство $\eta \leq w$.

На плоскости с координатами η, ξ множество всех доступных для потребления пар

$$YX = \{(\eta, \xi) \in \mathbb{R}_+^2 \mid 2\sqrt{\xi} + \eta \leq w\}$$

представляет собой часть неотрицательного ортанта, ограниченную сверху параболой $\xi = \left(\frac{w - \eta}{2} \right)^2$ и содержащую в себе начало координат. Его подмножество

$$\partial YX = \{(\eta, \xi) \in \mathbb{R}_+^2 \mid \xi = \left(\frac{w - \eta}{2} \right)^2\}$$

состоит в точности из всех точек, удовлетворяющих критерию эффективности, формулируемому в терминах натуральных показателей. Суть критерия — невозможность произвести большее количество продукта с теми же затратами капитала или увеличить сбережения при сохранении уровня производства. Множество пар (η, ξ) , удовлетворяющих данному критерию, обычно называется эффективным множеством, или множеством эффективных планов производства.

Разумеется, множества YX и ∂YX могут быть определены для достаточно широкого класса функций $a(K), b(K)$, а не только для $a(K) = 1$ и $b(K) = 1/K$. В дальнейшем без специальных оговорок предполагается, что множества YX и ∂YX всегда определены, а каждому $(\bar{\eta}, \bar{\xi}) \in \partial YX$ можно сопоставить $\bar{K} = \theta(\bar{\xi})$, где по определению $\theta(0) = 0$ и $\theta(\xi) = \operatorname{argmin}\{b(K)\xi + a(K)\}_{K>0}$ при $\xi > 0$, причем функция θ корректно определена и непрерывна.

Реакцию внешнего мира на предложение произведенного продукта и свободного капитала можно описать либо в чисто экономических терминах, таких как ожидаемая чистая приведенная прибыль или ожидаемый чистый приведенный денежный поток, либо

в терминах предпочтений, заданных на множестве \mathbb{R}^2 , состоящем из всех мыслимых пар (η, ξ) . В данном случае предпочтения такого рода удобнее всего представить как точно-множественное отображение

$$U : \mathbb{R}_+^2 \rightarrow 2^{\mathbb{R}_+^2},$$

где $U(\eta, \xi)$ — множество всех пар, более предпочтительных, чем (η, ξ) .

Если определены отображение U , определяющее экономические предпочтения, и множество YX , определяющее технические возможности, то множество состояний равновесия фирмы определяется как

$$EQ = \{(\bar{\eta}, \bar{\xi}) \in YX \mid U(\bar{\eta}, \bar{\xi}) \cap YX = \emptyset\}.$$

Иначе говоря, достижимая пара $(\bar{\eta}, \bar{\xi})$ называется состоянием равновесия фирмы, если не существует более предпочтительных достижимых пар. Разумеется, если отображение U , определяющее экономические предпочтения, действительно выбрано из экономических соображений, то равновесие фирмы всегда должно быть эффективно. Иначе говоря, множество EQ должно быть подмножеством ∂YX , как правило, состоящим из единственной точки.

Модель с множеством фирм

При наличии n фирм, производящих продукт и обладающих в совокупности капиталом $w = \sum_{i=1}^n w_i$, допустимым распределением продуктов называется набор $\{(\eta_i, \xi_i)\}_{i=1}^n$, удовлетворяющий условию $(\eta, \xi) \in YX$, где $\eta = \sum_{i=1}^n \eta_i$ и $\xi = \sum_{i=1}^n \xi_i$.

Если предположить, что рынок производимого продукта как-то разделен между всеми n фирмами, то каждая фирма i действует, строго говоря, в особых условиях. Реакция внешнего мира на предложение продукта и возможности альтернативного использования капитала для каждой фирмы свои. Формально они могут быть представлены как точно-множественные отображения $U_i : \mathbb{R}_+^2 \rightarrow 2^{\mathbb{R}_+^2}$, где $U_i(\eta_i, \xi_i)$ — множество всех наборов, более предпочтительных, чем набор (η_i, ξ_i) для агента i . В каждом из рассматриваемых далее конкретных примеров отображения U_i заданы в явном виде, причем в очень простом, множества $U_i(\eta_i, \xi_i)$

открыты и выпуклы, а точка (η_i, ξ_i) содержится в $clU_i(\eta_i, \xi_i)$, т.е. в замыкании множества $U_i(\eta_i, \xi_i)$. Замыкание множества всех более предпочтительных, чем (η_i, ξ_i) потребительских наборов следует понимать как совокупность всех не менее предпочтительных.

Равновесие для отдельной фирмы

Состоянием равновесия для фирмы i при заданной цене «интеллектуального капитала» \bar{g}_i называется пара $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i), \bar{K}_i\}$, удовлетворяющая условиям

$$(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i) \in YX(\bar{g}_i, \bar{K}_i)$$

и

$$U_i(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i) \cap YX(\bar{g}_i, \bar{K}_i) = \emptyset,$$

где

$$YX(\bar{g}_i, \bar{K}_i) = \{(\eta_i, \xi_i) \mid \eta_i \leq w_i - \xi_i b(\bar{K}_i) - \bar{g}_i \bar{K}_i\},$$

а также

$$\bar{K}_i = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}_i b(K) + \bar{g}_i K\}.$$

Строго говоря, данное определение равновесия фирмы отличается от того, что было сформулировано выше, причем отличие достаточно существенно. В предыдущем определении равновесия фирмы множество YX не было выпуклым, тогда как множество $YX(g_i, K_i)$ во втором определении выпукло при любых g_i и K_i .

Чтобы сгладить эти различия имеет смысл ввести более сильное понятие равновесия фирмы i при заданном \bar{g}_i , называемое далее сильным равновесием. Для этого каждому \bar{g}_i надо сопоставить множество

$$YX(\bar{g}_i) = \{(\eta_i, \xi_i) \mid \eta_i \leq w_i - \xi_i b(\theta(\bar{g}_i, \xi_i)) - \bar{g}_i \theta(\bar{g}_i, \xi_i)\},$$

где

$$\theta(\bar{g}_i, \xi_i) = \operatorname{argmin}\{\xi_i b(K) + \bar{g}_i K\}.$$

Множество $YX(\bar{g}_i)$ можно представить как объединение всех множеств вида $YX(\bar{g}_i, \bar{K})$ при различных значениях параметра \bar{K} .

Состоянием сильного равновесия для фирмы i при заданной цене «интеллектуального капитала» \bar{g}_i называется пара $(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)$, удовлетворяющая условиям

$$(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i) \in YX(\bar{g}_i)$$

и

$$U_i(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i) \cap YX(\bar{g}_i) = \emptyset.$$

Сильное равновесие в указанном смысле полностью соответствует равновесию фирмы монополиста, которое было определено раньше. Единственное, причем не очень существенное его отличие состоит в наличии экзогенного параметра \bar{g}_i .

Если $(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)$ — сильное равновесие фирмы i при цене интеллектуального капитала \bar{g}_i , причем $\bar{K} = \theta(\bar{g}_i, \bar{\xi}_i)$, то $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i), \bar{K}\}$ — состояние равновесия той же фирмы при той же цене интеллектуального капитала. Однако не для всякого состояния равновесия $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i), \bar{K}\}$ пара $(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)$ будет сильным равновесием.

В простых примерах, рассматриваемых далее, разница между сильным равновесием и равновесием фирмы оказывается не столь существенна благодаря специальному виду отношений предпочтения. Поэтому можно спокойно пользоваться любым из этих понятий равновесия.

Спрос на «интеллектуальный капитал»

Следует также заметить, что для любой фирмы i в качестве экзогенного параметра можно рассматривать не только цену «интеллектуального капитала» \bar{g}_i , но и величину \bar{K}_i , которую естественно интерпретировать как спрос фирмы i на «интеллектуальный капитал» при данной индивидуальной цене на него.

Совокупный спрос на «интеллектуальный капитал» будет равен $\max\{\bar{K}_i\}_{i=1}^n$, а вовсе не сумме всех \bar{K}_i . Данное обстоятельство связано с тем, что между пространством цен и пространством продуктов имеет место отношение двойственности. Если для обычных продуктов спрос отдельных потребителей суммируется, а цена продукта определяется его предельной полезностью или предельными издержками производства, то для «интеллектуального капитала»,

наоборот, интегральный спрос определяется как предельная величина (максимум) спроса отдельных потребителей, а индивидуальные цены на продукт суммируются. Иначе говоря, пространство цен и пространство продуктов здесь меняются местами. Впервые на этот факт обратил внимание Л.В.Канторович, а балансовую модель для таких продуктов построил В.Л.Макаров [32].

Предложение «интеллектуального капитала»

Предложение «интеллектуального капитала» специализированной фирмой или партнерством (при интегральной цене на него равной $\bar{g} = \sum_{i=1}^n \bar{g}_i$) в соответствии с идеей максимизации прибыли, следовало бы определять из условия

$$\bar{K} = \operatorname{argmax}\{\bar{g}K - a(K)\}.$$

Однако в силу линейности функции $a(K)$ это уравнение имеет нетривиальные решения только при условии, что \bar{g} совпадает с производной функции $a(K)$, т.е. с $a'(K) = \text{const}$, причем в этом случае прибыль тождественно равна нулю, т.е. в качестве решения годится любое положительное число. Поэтому предложение «интеллектуального капитала» более естественно определять из условия

$$\bar{K} = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}b(K) + a(K)\},$$

т.е. из условия оптимальности для системы в целом.

Такой подход, вообще говоря, не совсем обычен для теории экономического равновесия, где основным и едва ли не единственным критерием эффективности деятельности товаропроизводителей считается максимум прибыли. Однако если предположить, что производством и предложением «интеллектуального капитала» занимается специально созданное для этой цели некоммерческое партнерство, то оно не может считать своей целью максимизацию прибыли просто по определению, но вполне может считать целью развитие технологии и повышение эффективности производства на уровне системы в целом.

Равенство спроса и предложения на «интеллектуальный капитал» означает равенство $\bar{K} = \bar{K}_i$ для каждого i . Теперь можно опре-

делить понятие общего равновесия на рынке «интеллектуального капитала».

Определение общего равновесия

Распределение $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)\}_{i=1}^n$, набор цен $\{\bar{g}_i\}_{i=1}^n$ на «интеллектуальный капитал» и объем «интеллектуального капитала» \bar{K} составляют состояние общего равновесия, если выполняются условия:

$$\bar{K} = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}b(K) + a(K)\},$$

а для каждого i пара $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i), \bar{K}\}$ является равновесием фирмы при заданном \bar{g}_i .

В этом определении отсутствует условие соблюдения материального баланса по системе в целом

$$\sum_{i=1}^n \eta_i + b(\bar{K}) \sum_{i=1}^n \xi_i + a(\bar{K}) \leq w,$$

так как оно следует из условий соблюдения баланса для каждого i . Для этого достаточно их просуммировать.

Первое условие с некоторыми оговорками может быть заменено условием

$$\sum_{i=1}^n \bar{g}_i = \dot{a}(\bar{K}),$$

которое подчеркивает связь между оптимальным объемом «интеллектуального капитала» \bar{K} и оптимальной интегральной ценой на него $\bar{g} = \sum_{i=1}^n \bar{g}_i$.

Аналогичным образом можно определить состояние сильного общего равновесия. Для этого достаточно заменить условие равновесия для каждой фирмы условием сильного равновесия. Все остальные условия остаются без изменения.

В целом общее равновесие можно интерпретировать как совпадение спроса на «интеллектуальный капитал» с его предложением, а также совпадение планируемых и фактических объемов производства. Легко заметить, что в состоянии общего равновесия индивидуальные цены на «интеллектуальный капитал» пропорциональны объемам производства. Иначе говоря, справедливо следующее

Утверждение. Если распределение $\{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)\}_{i=1}^n$, набор цен $\{\bar{g}_i\}_{i=1}^n$ на «интеллектуальный капитал» и объем «интеллектуального капитала» \bar{K} составляют состояние общего равновесия, причем $\bar{\eta}_i > 0$ для каждого i и $\bar{K} > 0$, то $\bar{g}_i = \bar{\xi}_i/\bar{\xi}$ для каждого i .

Доказательство. В принятых предположениях условие

$$\bar{K} = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}b(K) + a(K)\},$$

эквивалентно равенству

$$\bar{\xi}\dot{b}(\bar{K}) + \dot{a}(\bar{K})$$

или, что то же самое

$$\bar{\xi} = -\dot{a}(\bar{K})/\dot{b}(\bar{K}).$$

Условие

$$\bar{K} = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}_i b(K) + \bar{g}_i K\}$$

эквивалентно равенству

$$\bar{\xi}_i = -\bar{g}_i/\dot{b}(\bar{K}).$$

Отсюда с учетом $\dot{a}(\bar{K}) = \bar{g}$ следует требуемое утверждение.

Модель общего равновесия с рынками обычных и интеллектуальных товаров описана в [22], похожие модели с дискретными интеллектуальными продуктами в [68] и [65].

Числовые примеры

Во всех рассматриваемых примерах $n = 2$, причем предполагается, что $a(K) = K$ и $b(K) = 1/K$ для $K > 0$, т.е. множество ∂YX описывается достаточно просто. Для точек (η, ξ) из этого множества выполняется равенство $\eta = (w - \xi)^2/4$.

Отличия между примерами в основном сводятся к разному виду отображений, определяющих предпочтения экономических агентов. При этом в каждом отдельном примере предпочтения агентов 1 и

2 совпадают. Смысл всех примеров состоит в том, чтобы показать возможность ситуаций, когда общее равновесие на рынке «интеллектуального капитала» существует, эффективно (оптимально по Парето) и достаточно просто вычисляется. Все они демонстрируют скорее возможность децентрализации производства при централизованных НИОКР, чем то, что обычно принято называть рыночным равновесием. Централизация НИОКР возможна на принципах партнерства, причем как с созданием нового юридического лица, так и без него. Кроме того, децентрализация производства при централизованных НИОКР возможна при расширении бизнеса на основе франшизы. В этом случае очень легко объясняется сходство экономических агентов между собой: они реализуют один и тот же стандарт бизнеса.

На уровне математической модели экономического равновесия все перечисленные ситуации практически не отличаются друг от друга, т.е. можно говорить о единой модели равновесия.

Интегральная цена «интеллектуального капитала» по определению равна единице, так как $a(K) = K$. Индивидуальные цены определяются пропорционально предполагаемому объему производства, т.е. всегда имеем $\bar{g}_i = \bar{\xi}_i / \bar{\xi}$. Оптимальный объем «интеллектуального капитала» при любом наперед заданном объеме производства ξ определяется формулой $K = \sqrt{\bar{\xi}}$.

Наконец, если заданы w_i для всех i и речь идет о вычислении состояния общего равновесия, то величины $\bar{\xi}_i$ и $\bar{\eta}_i$, как легко заметить, должны быть связаны между собой цепочкой равенств

$$\bar{\eta}_i = w_i - \bar{\xi}_i b(\bar{K}) - \bar{g}_i \bar{K} = w_i - \bar{\xi}_i / \bar{K} - \bar{K} \bar{\xi}_i / \bar{\xi} = w_i - 2\bar{\xi}_i / \sqrt{\bar{\xi}}.$$

Выполнение равенства

$$\bar{\eta}_i = w_i - 2\bar{\xi}_i / \sqrt{\bar{\xi}}$$

означает, что

$$(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i) \in YX(\bar{g}_i, \bar{K})$$

и

$$\bar{K} = \operatorname{argmin}\{\bar{\xi}_i b(K) + \bar{g}_i K\}.$$

Если известны величины $\bar{\xi}$ и $\bar{\eta}$, то удобно положить $\bar{\xi}_i = \bar{\xi}w_i/w$ и $\bar{\eta}_i = \bar{\eta}w_i/w$ для каждого i , а затем убедиться, что указанные равенства для всех i выполняются. Этот простой прием оказывается полезен при построении равновесия по заданным начальным распределениям капитала.

Пример 1 Пусть

$$U_i(\eta_i, \xi_i) = \{(\eta_i, \xi_i)\} + \mathbb{R}_{++}^2 = \{(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i) \in \mathbb{R}_+^2 \mid \hat{\eta}_i > \eta_i, \hat{\xi}_i > \xi_i\}$$

для $i = 1, 2$. Любое распределение $\{(\eta_i, \xi_i)\}_{i=1,2}$, удовлетворяющее условию $(\eta, \xi) \in \partial YX$, где $(\eta, \xi) = (\eta_1 + \eta_2, \xi_1 + \xi_2)$, оптимально по Парето.

В этом примере можно построить сколько угодно оптимальных по Парето состояний равновесия, так как соотношение между потреблением первого и второго продукта для системы в целом можно взять любым. Далее надо поделить тот и другой продукт между агентами пропорционально w_i , т.е. положить $\bar{\xi}_i = \bar{\xi}w_i/w$ и $\bar{\eta}_i = \bar{\eta}w_i/w$. Значения всех остальных переменных получаются, как было показано выше, без каких-либо сложностей. При этом состояние равновесия оказывается эффективным.

Например, пусть $w = 1$, причем $w_1 = 1/3$ и $w_2 = 2/3$. Построение равновесия можно начать с произвольного определения значения одной из основных переменных. В частности можно построить равновесие, при котором весь начальный продукт потребляется. Для этого надо положить $\bar{\eta} = 1$. Тогда $\bar{\eta}_1 = 1/3$ и $\bar{\eta}_2 = 2/3$, но $\bar{\xi} = 0$, откуда следует $\bar{\xi}_1 = \bar{\xi}_2 = 0$ и $\bar{K} = 0$.

Чтобы получить равновесие с ненулевым потреблением производимого продукта, можно взять $\bar{\xi} = 1/4$. Тогда $\bar{K} = 1/2$ и, следовательно, $\bar{\eta} = 0$. Получается равновесие с нулевым потреблением исходного продукта, т.е. любых продуктов, кроме производимого.

Наконец, чтобы получить равновесие с ненулевым потреблением первого и второго продуктов, надо взять $\bar{\xi} = 1/9$. Тогда $\bar{K} = 1/3$ и $\bar{\eta} = 1/3$. Остается положить $\bar{\eta}_1 = 1/9$, $\bar{\eta}_2 = 2/9$ и $\bar{\xi}_1 = 1/27$, $\bar{\xi}_2 = 2/27$.

Все три построенных равновесия оптимальны по Парето в силу специальным образом выбранных отображений, определяющих

экономические предпочтения.

Пример 2 Пусть

$$U_i(\eta_i, \xi_i) = \{(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i) \in \mathbb{R}_+^2 \mid \hat{\eta}_i + \hat{\xi}_i > \eta_i + \xi_i\}$$

для $i = 1, 2$. Тогда в зависимости от величины w оптимальными по Парето могут быть распределения с нулевым потреблением либо первого, либо второго продукта. А именно, если $w > \left(\frac{w}{2}\right)^2$, то нулевым должно быть потребление производимого продукта, если $w < \left(\frac{w}{2}\right)^2$, то второго. Наконец, если $w = \left(\frac{w}{2}\right)^2$, то нулевым должно быть потребление первого, либо потребление второго, но ни одно смешанное решение заведомо не оптимально по Парето.

Эффективное равновесие для каждого из рассмотренных случаев строится очевидным образом.

Пример 3 Пусть

$$U_i(\eta_i, \xi_i) = \{(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i) \mid \hat{\eta}_i \hat{\xi}_i > \eta_i \xi_i\}$$

для $i = 1, 2$. Тогда для каждого i любой строго положительный потребительский набор $(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i)$ предпочтительнее, чем $(\eta_i, 0)$ или $(0, \xi_i)$ при любых значениях η_i и ξ_i . Если при этом (η, ξ) — одно из крайних решений, а $\eta_1 + \eta_2 = \eta$ и $\xi_1 + \xi_2 = \xi$, то автоматически получается либо $\eta_1 = \eta_2 = 0$, либо $\xi_1 + \xi_2 = 0$. Иными словами, оба крайние решения оказываются наихудшими для обоих потребителей в определенном смысле. А именно: все соответствующие им распределения доминируемы по Парето любым строго положительным распределением, причем положительное распределение оказывается более предпочтительным сразу для обоих агентов.

Рассматриваемый пример интересен благодаря очень простому и удобному описанию границы Парето. Благодаря специальному виду предпочтений найдется такая точка $(\bar{\eta}, \bar{\xi}) \in \partial UX$, которую можно считать наилучшей для обоих потребителей в том смысле, что любое оптимальное по Парето распределение представимо в виде $\{\mu_i(\bar{\eta}, \bar{\xi})\}_{i=1,2}$, где $\mu_i > 0$ и $\mu_1 + \mu_2 = 1$. В точке $(\bar{\eta}, \bar{\xi})$ достигается

максимум величины $\eta\xi$ на ∂XY , откуда следует $(\bar{\eta}, \bar{\xi}) = (w/3, w^2/9)$. В самом деле, из условия $(\eta, \xi) \in \partial YX$ следует $\eta\xi = \eta\left(\frac{w-\eta}{2}\right)^2$. Приравнивая производную правой части равенства к нулю, получим $\left(\frac{w-\eta}{2}\right)\eta(w-3\eta) = 0$. Отсюда следует, что $\bar{\eta} = w/3$, после чего остается положить $\bar{\xi} = \left(\frac{w-\bar{\eta}}{2}\right)^2 = w^2/9$. Если какое-то допустимое распределение $(\hat{x}_i) = \{(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i)\}_{i=1,2}$ доминирует распределение $(\bar{x}_i) = \{(\bar{\eta}_i, \bar{\xi}_i)\}_{i=1,2}$ по Парето, то должны выполняться неравенства $\hat{\eta}_i \hat{\xi}_i \geq \mu_i^2 \bar{\eta} \bar{\xi}$, $i = 1, 2$, причем хотя бы одно из них строгое. С учетом неравенства между средним арифметическим и средним геометрическим из них можно получить следующую цепочку неравенств:

$$(\hat{\eta}_1 + \hat{\eta}_2)(\hat{\xi}_1 + \hat{\xi}_2) \geq \hat{\eta}_1 \hat{\xi}_1 + 2\sqrt{\hat{\eta}_1 \hat{\xi}_1 \hat{\eta}_2 \hat{\xi}_2} + \hat{\eta}_2 \hat{\xi}_2 \geq (\mu_1^2 + 2\mu_1 \mu_2 + \mu_2^2) \bar{\eta} \bar{\xi}.$$

При этом хотя бы одно из неравенств строгое, откуда с учетом

$$\hat{\eta} \hat{\xi} = (\hat{\eta}_1 + \hat{\eta}_2)(\hat{\xi}_1 + \hat{\xi}_2)$$

и

$$(\mu_1^2 + 2\mu_1 \mu_2 + \mu_2^2) \bar{\eta} \bar{\xi} = \bar{\eta} \bar{\xi}.$$

следует строгое неравенство $\hat{\eta} \hat{\xi} > \bar{\eta} \bar{\xi}$. В силу $(\hat{\eta}, \hat{\xi}) \in YX$ и выбора $(\bar{\eta}, \bar{\xi})$ следует $\bar{\eta} \bar{\xi} \geq \hat{\eta} \hat{\xi}$, что противоречит предыдущему. Следовательно, исходное предположение неверно, а все распределения указанного вида принадлежат границе Парето. Наоборот, если распределение $(x_i) = \{(\eta_i, \xi_i)\}_{i=1,2}$ принадлежит границе Парето, то оно имеет указанный вид. Действительно, пусть $\mu_i = \sqrt{\eta_i \xi_i / \bar{\eta} \bar{\xi}}$ для $i = 1, 2$. Тогда

$$(\mu_1 + \mu_2)^2 = (\eta_1 \xi_1 + 2\sqrt{\eta_1 \xi_1 \eta_2 \xi_2} + \eta_2 \xi_2) / \bar{\eta} \bar{\xi}$$

и справедлива следующая цепочка неравенств:

$$(\eta_1 \xi_1 + 2\sqrt{\eta_1 \xi_1 \eta_2 \xi_2} + \eta_2 \xi_2) / \bar{\eta} \bar{\xi} \leq (\eta_1 + \eta_2)(\xi_1 + \xi_2) / \bar{\eta} \bar{\xi} \leq 1.$$

Если хотя бы одно неравенство в цепочке строгое, то $\mu_1 + \mu_2 < 1$ и, следовательно, выбранное распределение доминируемо по Парето. Чтобы построить доминирующее его распределение, достаточно

положить $(\hat{\eta}_i, \hat{\xi}_i) = \hat{\mu}_i(\bar{\eta}, \bar{\xi})$, где $\hat{\mu}_i > \mu_i$, $i = 1, 2$ и $\hat{\mu}_1 + \hat{\mu}_2 = 1$. Если же $\mu_1 + \mu_2 = 1$, т.е. все неравенства выполняются в виде равенств, то должны иметь место равенства $\eta_1 + \eta_2 = \bar{\eta}$ и $\xi_1 + \xi_2 = \bar{\xi}$, так как $(\eta_1 + \eta_2)(\xi_1 + \xi_2) = \bar{\eta}\bar{\xi}$. Кроме того, должно выполняться равенство $2\sqrt{\eta_1\xi_1\eta_2\xi_2} = \eta_1\xi_2 + \eta_2\xi_1$, что возможно только при условии $\eta_1\xi_2 = \eta_2\xi_1$, откуда следует $(\eta_i, \xi_i) = \mu_i(\bar{\eta}, \bar{\xi})$, $i = 1, 2$. Иначе говоря, из Парето оптимальности распределения следует представимость его в требуемом виде.

Для данного примера можно построить ровно одно эффективное равновесие при каждом начальном распределении капитала. Начальное распределение капитала определяет коэффициенты $\mu_i = w_i/w$, все остальное понятно.

В частности, если $w_1 = 1/3$ и $w_2 = 1/3$, то $w = 1$, откуда следует $\mu_1 = 1/3$, $\mu_2 = 2/3$ и $\bar{\xi} = 1/9$. Тогда $\bar{K} = 1/3$ и $\bar{\eta} = 1/3$. Остается положить $\bar{\eta}_1 = 1/9$, $\bar{\eta}_2 = 2/9$ и $\bar{\xi}_1 = 1/27$, $\bar{\xi}_2 = 2/27$.

3.5.5. Интерпретация идей экономики права

Результаты, полученные при попытке формализации представлений о рынке лицензий, позволяют несколько глубже разобраться в идеях теории прав собственности, излагавшихся в 1.3.

Базис и надстройка

Интерпретация обсуждавшихся в 1.3 идей экономики права и теории прав собственности наиболее естественна в рамках модели, все элементы которой условно разделены на две категории, а именно: на описание базиса экономики и описание ее институциональной структуры. Такое деление логически вытекает из представлений о рынке как об институте для сокращения трансакционных издержек, т.е. как о чем-то специально создаваемом, а не заданном изначально. Описание базиса включает пространство продуктов, множество всех доступных технологий и описания экономических агентов — физических лиц, которые могут быть как производителями продуктов, так и потребителями. Все элементы базиса, т.е. элементы описания базиса экономики в модели следует понимать как исходно заданные. Описание институциональной структуры может вклю-

часть описания фирм и системы цен, а возможно, также отношений собственности и правил распределения доходов от нее. Институциональная структура, вообще говоря, тоже может быть изначально задана, что и предполагается в теории равновесия. Однако такой подход практически не оставляет места для интерпретации идей теории прав собственности. Поэтому к описанию институциональной структуры следует применить более гибкий подход, а именно, достраивать эту часть модели, исходя из имеющегося базиса и идей теории прав собственности. В любом случае сначала надо определить все элементы базиса.

В простейшей модели экономики с эндогенным НТП должно быть как минимум два независимых экономических агента и два продукта, чтобы можно было говорить о частичном или полном совпадении интересов, а также о производстве с изменяющейся эффективностью. Пусть один из продуктов невоспроизводим, а второй производится из первого по некоторой технологии, причем на создание технологии также затрачивается невоспроизводимый продукт. Экономические агенты определяются своими номерами 1, 2. Произвольный агент i может выступать как в роли производителя, так и в роли потребителя, а также в роли собственника фирмы. Потребление агента i описывает вектор $(\eta_i, \xi_i) \in \mathbb{R}_+^2$, называемый в дальнейшем потребительским или продуктовым набором. Таким образом, приходим к описанию экономических агентов и экономики в целом примерно в том виде, как это делалось выше (в 3.5.2).

Идея оптимальности

Если исходить из самых крайних высказываний теоретиков прав собственности, то при нулевых транзакционных издержках физические лица вообще не нуждаются в институциональной структуре. Рынок как институт для сокращения издержек при транзакциях обмена в этом случае не нужен просто по определению. Иначе говоря, модель такой реальности должна состоять из одного базиса. В терминах базиса можно интерпретировать утверждение обобщенной Теоремы Р. Коуза как оптимальность реализуемых распределений продуктов по Парето. Этот вывод имеет сомнительную теоретическую ценность в силу чрезмерной общности исходных посылок и

многозначности решений, возможных на его основе. В самом деле, если руководствоваться Теоремой Р. Познера при выборе распределения продуктов, то все оптимальные по Парето решения окажутся взаимозаменяемы. Ведь Теорема Р. Познера содержит указание выбирать то решение, к которому участники экономики сами пришли бы при отсутствии транзакционных издержек, а все точки из границы Парето удовлетворяют данному требованию в равной мере.

Нетривиальную интерпретацию «теорем» экономики права можно получить, если занять более осторожную позицию, а именно: ограничиться в качестве первого шага предположением о существовании «оптимальной» институциональной структуры, т.е. обеспечивающей минимум транзакционных издержек. Последующие шаги предполагают конкретизацию данного предположения для каждого вида транзакций и соответствующих им транзакционных издержек. В частности, издержки оппортунистического поведения логично считать равными нулю, если в результате преследования каждым экономическим агентом своих эгоистических интересов достигаются оптимальные по Парето распределения. Издержки ведения переговоров и совершения сделок минимальны тогда, когда в каждой сделке принимает участие не более двух независимых экономических агентов. В рассматриваемой модели это условие выполняется автоматически, так как в ней всего только два агента. Впрочем, оно выполняется также в любой модели общего равновесия, где каждый агент совершает лишь простейшие сделки купли и продажи. Издержки измерения и поиска информации зависят скорее от уровня развития информационных технологий, чем от выбора институциональной структуры. Поэтому в данном контексте их надо считать постоянными. В математической модели издержки этого вида можно учесть в описаниях предпочтений, производственных множеств и т.д., как это делается в [67], но лучше всего исключить их из рассмотрения или считать равными нулю. Таким образом, минимум всех транзакционных издержек, непосредственно связанных с обменом и функционированием рыночной институциональной структуры, достигается в том и только в том случае, когда рыночный механизм обеспечивает получение оптимальных по Парето распределений.

Оптимальная институциональная структура

Содержащееся в некоторых вариантах Теоремы Р. Коуза условие полной спецификации прав собственности следует рассматривать как одну из характеристик оптимальной институциональной структуры. Теорема Р. Познера устанавливает общий принцип поиска такой структуры, суть которого — последовательный выбор конструкций и решений, которые можно обосновать с позиций минимизации транзакционных издержек. В условиях модели это может быть выбор системы цен, правил распределения доходов и в случае надобности спецификация новых прав собственности, что эквивалентно введению в оборот новых товаров.

Спецификация прав собственности, как и любые транзакции, необходимые для создания институциональной структуры, находятся в совершенно иной связи с моделями общего равновесия по сравнению с транзакциями, составляющими поведение экономических агентов в рамках установленных правил, например с транзакциями обмена. В отличие от транзакций обмена спецификация прав собственности осуществляется законодательными органами и судами, т.е. такими институтами, которые никогда не бывают представлены в моделях общего равновесия. Если издержки создания институтов рынка, включая издержки спецификации прав собственности, равны нулю, то вполне в духе теории прав собственности предположить неизбежное появление оптимальной в указанном выше смысле институциональной структуры. Именно такой вывод можно считать обобщенной Теоремой Р. Коуза. В самом деле, при такой интерпретации полная спецификация прав собственности получается как неизбежное следствие равенства нулю транзакционных издержек. Иначе говоря, одно из условий в Теореме Р. Коуза оказывается избыточным. Вместе с тем, речь идет не о ненужности институциональной структуры при нулевых издержках транзакций, а о неизбежности ее оптимизации. Именно в этом случае Теорема Р. Познера превращается в конструктивное предписание искать институциональную структуру, обеспечивающую снижение издержек оппортунистического поведения до нуля.

Таким образом, идея минимизации издержек транзакций в основном оказывается сведена к традиционной для теории игр и ма-

тематической экономики задаче согласования неантагонистических интересов с помощью механизма цен или чего-то аналогичного им. Относительно новыми оказываются лишь отдельные нюансы подхода. А именно: институциональная структура не игнорируется, как в теории игр, но и не предполагается раз и навсегда заданной, как в теории общего равновесия. Кроме того, в качестве одного из радикальных путей повышения эффективности рыночного механизма предлагается расширение исходного пространства продуктов за счет введения в рыночный оборот новых товаров, т.е. спецификация новых прав собственности. Выбрав эту позицию, логично попытаться найти ответ на следующий вопрос: какими должны быть расширенное пространство продуктов, система цен, состав фирм и другие элементы «оптимальной» институциональной структуры? В какой-то мере ответ на этот вопрос могут дать исследования в области математической экономики. Так, формальный прием с введением новых товаров в рамках модели общего равновесия использовал В.Л. Макаров [33], а В.А. Васильев довел его до совершенства [34]. Однако в том и другом случае авторы даже не связали свои формальные построения с идеей спецификации прав.

Глава 4

Оценка исключительных прав судами

Оценка прав ИС судами, в том числе арбитражными или третейскими, как правило, имеет место при нарушении прав ИС, при принудительном лицензировании или при добросовестном использовании ОИС до начала его правовой охраны¹. Кроме того, необходимость в оценке прав ИС может возникнуть в связи с разрешением споров о правах авторов и правообладателей, а также при появлении разногласий между правообладателями и налоговыми органами по поводу правомерности включения стоимости используемых прав ИС в состав затрат на производство продукции или, выражаясь специфическим языком российских бухгалтеров, в себестоимость производимой продукции.

Разумеется, речь идет о различных видах оценок, получаемых разными способами. Кроме того, суд или арбитраж, выносящие решения в спорах о правах ИС, ограничены определенными рамками как процедурного характера, так и в отношении абсолютных чис-

¹В период действия временной охраны

ленных значений налагаемых штрафов и компенсаций. Такие ограничения, как правило, содержатся в Патентном законе РФ, в законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», а также в других специальных законах об интеллектуальной собственности. Этими же законами определяется подсудность споров, связанных с правами ИС и с возмещением ущерба при их нарушении. Наличие таких ограничений, а также возможность применения штрафов по отношению к нарушителям законодательства существенно влияют на суммы исков и на окончательные решения судов.

Наконец, необходимо учитывать практику оценки прав ИС в ходе судебных разбирательств, уже имевших место. Только реальные прецеденты позволяют увидеть, что законы работают. Следовательно, технику оценивания имеет смысл демонстрировать на конкретных примерах, предварительно уточнив контекст, в котором происходит оценка.

4.1. Сведения из области права

Сведения из области права и процедурные вопросы, связанные с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, довольно подробно изложены в специальной и учебной литературе [40]. Ниже приводятся только те сведения по данному предмету, которые необходимы для понимания роли оценщиков и оценки прав ИС в судебных и административных разбирательствах при разрешении споров о правах ИС.

4.1.1. Подведомственность споров

Подведомственность споров о правах ИС имеет существенное значение при оценке этих прав, так как решение спора в суде (гражданском, арбитражном или третейском) всегда связано с затратами времени, сил и средств. В зависимости от места разбирательства эти затраты могут быть меньше или больше², хотя всегда судеб-

²В соответствии с законом РФ «О государственной пошлине» (ст. 4) от уплаты государственной пошлины в суде освобождаются полностью истцы по искам, вытекающим из права на изобретения и промышленные образцы. Истец по

ное решение обходится сторонам в споре дороже, чем аналогичное решение, достигнутое путем переговоров. Кроме того, от места разбирательства зависит выбор аргументов, используемых сторонами, а также компетентность принимаемого решения.

Местом рассмотрения спора о нарушении прав ИС и соответственно о возмещении ущерба может быть либо суд, в том числе арбитражный или третейский, либо Государственный комитет РФ по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП).

Конституция РФ провозглашает (ст. 44), что интеллектуальная собственность охраняется законом. Более подробно эта принципиальная позиция отражена в Патентном законе РФ, законе РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», а также в законе РФ «Об авторском праве и смежных правах».

В соответствии со ст. 31 Патентного закона РФ судами (в том числе арбитражными и третейскими) рассматриваются споры:

- об авторстве на изобретение, полезную модель, промышленный образец;
- об установлении патентообладателя;
- о нарушении имущественных прав патентообладателя;
- о заключении и исполнении лицензионных договоров на использование охраняемого объекта промышленной собственности;
- о праве преждепользования;
- о выплате вознаграждения автору работодателем, получившим патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные работником в связи с выполнением своих служебных обязанностей или полученного от работодателя конкретного задания, либо передавшим право на получение такого патента другому лицу, либо принявшим решение о сохранении соответствующего объекта промышленной собственности в тайне;
- о выплате компенсаций в случаях, предусмотренных Патентным законом, но не отнесенных к ведению Высшей патентной палаты.

аналогичным спорам, рассматриваемым в арбитражных судах, не имеет аналогичной льготы.

При этом законодатель оставил перечень споров открытым, указав, что судам подведомственны и другие споры, связанные с охраной прав, кроме споров, отнесенных к компетенции Высшей патентной палаты.

В контексте рассматриваемого вопроса об оценке прав ИС наибольший интерес представляют споры о нарушении имущественных прав патентообладателя, о заключении и исполнении лицензионных договоров, а также о выплате компенсаций при несанкционированном применении средств, содержащих изобретения, полезные модели, промышленные образцы, защищенные патентами, при чрезвычайных обстоятельствах (стихийных бедствиях, катастрофах, крупных авариях).

Закон РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (ст. 45) относит к ведению судов (в том числе арбитражных и третейских) споры:

- о нарушениях исключительного права на товарный знак;
- о заключении и исполнении лицензионного договора и договора об уступке товарного знака;
- о незаконном использовании места происхождения товара.

Все эти вопросы имеют прямое отношение к оценке прав ИС (в данном случае прав на товарный знак или наименование места происхождения товара).

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» не предусматривает наличие специального ведомства для разрешения споров. Для защиты своих прав правообладатель может обратиться в суд, арбитражный суд или третейский суд в соответствии с их компетенцией.

Таким образом, российское законодательство об ИС в целом построено достаточно единообразно, как и подведомственность дел в зависимости от конкретного вида ИС. Исключение составляет охрана прав на защиту от недобросовестной конкуренции, которую осуществляет ГКАП. Вместе с тем, споры между российскими юридическими лицами разбираются в основном в арбитражных судах, а споры с участием физических лиц — в гражданских. Споры с участием иностранных юридических лиц также разбираются гражданскими судами.

4.1.2. Форма выражения и обоснование оценки

Оценка прав ИС, устанавливаемая судами, как правило, выражается денежной суммой, которую одна из сторон должна уплатить другой стороне. Однако эта оценка может иметь существенно разный смысл.

В соответствии с законом РФ «Об авторском праве и смежных правах» обладатели исключительных авторских и смежных прав вправе требовать от нарушителя:

- возмещения убытков, включая упущенную выгоду;
- взыскания дохода, полученного нарушителем вследствие нарушения авторских и смежных прав, вместо возмещения убытков;
- выплаты компенсации в сумме от 10^3 до 50 000 установленных законодательством РФ минимальных размеров оплаты труда, определяемой по усмотрению суда или арбитражного суда, вместо возмещения убытков или взыскания дохода.

В каждом из трех случаев речь идет об оценке прав ИС, но в различном выражении. Таким образом, правообладатель может выбирать форму оценки, которую суд принимает или соответственно не принимает.

Помимо этого судом может быть принято решение об изъятии незаконно изготовленных (контрафактных) экземпляров продукции и оборудования, на котором они были изготовлены, а также о восстановлении положения, существовавшего до момента нарушения исключительных прав. Такие решения обходятся нарушителю очень дорого и фактически могут означать конец его бизнеса вообще, а не только незаконной части этого бизнеса.

Для перечисленных выше типов судебных решений большое значение имеет трактовка таких терминов, как «убытки», «контрафактные экземпляры» и «регрессный иск».

Возмещение убытков

Под убытками обычно понимают расходы правообладателя, права которого нарушены, а также его упущенную выгоду, т.е. неполучен-

³Законом РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» нижняя граница компенсации установлена в размере 5000 минимальных зарплат.

ные доходы, которые он получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его права не были нарушены.

По имеющимся данным при рассмотрении исков о нарушении прав ИС у судов возникают трудности с выбором методики для подсчета конкретных размеров убытка. Учитывая отсутствие в действующем законодательстве положений, которые непосредственно регулировали бы размеры выплат, суды могут использовать для решения этого принципиального вопроса как зарубежный опыт, так и различные отечественные методики, что в общем-то и делают. В одних случаях суды берут за основу прибыль, полученную нарушителем за счет незаконного использования чужих результатов творческой деятельности или средств индивидуализации, в других случаях этот подход оказывается неприемлем, так как нарушитель вообще не показывает прибыли. Тогда применяют различные методики оценки «экономического эффекта от использования нововведений». Иногда этот эффект оказывается столь внушительным, что противоречит простому здравому смыслу и вынуждает судей искать иные пути.

Суды западных стран отличаются в этом вопросе от наших в основном большим опытом и отлаженностью процедуры. В капитальном труде Г.Штумфа [56] указывается, что на практике суды определяют убытки владельца патента как сумму платежей, которые нарушитель патента должен был бы произвести его владельцу в случае приобретения им лицензии на право использования нарушенного патента, размер которых в свою очередь равен части доходов, получаемых в результате использования соответствующего объекта промышленной собственности. При этом суды учитывают факты преднамеренности либо неосторожности в характере действий нарушителя, в том числе наличие его доказанной вины в форме умысла.

В качестве убытков, подлежащих выплате законному владельцу патента, суды могут определять весь доход, полученный нарушителем в результате его противоправных действий. Этот способ, по мнению экспертов Роспатента, может применяться при наличии отягчающих обстоятельств, в том числе в случае демонстративного пренебрежения нормами патентного законодательства.

Ни один из упоминавшихся подходов к определению убытков не противоречит законодательству. Следовательно, окончательное решение остается за судом, который рассматривает конкретный иск. Разумеется, решение суда во многом зависит от убедительности доводов, приводимых правообладателем в обоснование иска. Именно здесь ему может понадобиться помощь профессионального консультанта.

Контрафактные экземпляры

Понятие «контрафактные экземпляры» определено в ст. 48 закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», в ст. 49 того же закона указано на возможность конфискации контрафактных экземпляров. В российском законодательстве о промышленной собственности аналогичные нормы отсутствуют, что не означает невозможности их применения. С учетом общего правила, согласно которому при отсутствии норм, регулирующих спорные отношения, суд может применить нормы законодательства об авторском праве.

Регрессный иск

Понятие «регрессный иск», широко используемое в зарубежной практике рассмотрения споров по патентным делам, упоминается в ст. 32 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Согласно этой статье арбитражный суд вправе в одном процессе, рассмотрев первоначальный иск к ответчику и регрессный иск ответчика к третьему лицу, принять решение по регрессному иску. Существование такой возможности существенно облегчает патентообладателю поиск нарушителя своих исключительных прав. Обнаружив нарушение патента в виде продажи или предложения к продаже контрафактной продукции, патентообладатель может не терять времени на поиск производителя этой продукции, а предъявлять иск, например к торговой организации или рекламному агентству.

4.1.3. Принудительное лицензирование

В соответствии с патентным законодательством России и ряда других стран существует возможность выдачи принудительных лицензий, если этого требуют публичные интересы или если запатентованное изобретение не используется в данной стране. Для большинства стран правовым основанием является Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., в соответствии с которой можно потребовать выдачи принудительной лицензии, если патент не используется в течение трех лет после его выдачи [56].

К числу стран, патентное законодательство которых не предусматривает принудительного лицензирования, относятся США, причем американские юристы считают это обстоятельство исключительно важным, поскольку потенциальная возможность принудительного лицензирования существенно влияет на ход судебных процессов [76].

В европейских странах, практикующих принудительное лицензирование, в том числе в Англии и Германии, компенсация правообладателю в случае выдачи принудительной лицензии получается из соображений примерно того же свойства, которые применяются при добровольном заключении лицензионных соглашений [56]. Разница состоит в том, что окончательное решение может быть принято судом или арбитражем, с учетом доводов обеих сторон, а не самими сторонами. Так как в России пока нет опыта применения этой процедуры, а в США нет и самого принудительного лицензирования, то представляется вполне уместным обращение к опыту Англии.

Практика принудительного лицензирования в Англии

В своем докладе на семинаре НАТО в Москве Робин Вэйт [83] сделал краткий обзор практики принудительного лицензирования в Великобритании и процитировал мнения авторитетных английских юристов по данному поводу. В частности, он предложил к рассмотрению следующие четыре возможности принудительного лицензирования:

- a) для правительственного использования в случае, когда существует угроза безопасности государства, или для соответствующих целей правительства;
- b) из-за отсутствия надлежащего использования ОИС или злоупотребления монопольным положением. В таких случаях принудительные лицензии предоставляются по Патентному закону или другим законодательным актам Великобритании;
- c) при введении режима «открытой лицензии» — либо по инициативе патентообладателя, либо в особых обстоятельствах, таких как условия переходного периода. Например, такие обстоятельства имели место, когда срок действия патента Великобритании был продлен от 16 до 20 лет (по Патентному закону 1977 г.), или когда срок действия прав на промышленный образец был изменен в соответствии с Законом об авторском праве, промышленных образцах и Патентным законом 1988 г.;
- d) при компенсации ущерба, взимаемой с нарушителя исключительных прав на ОИС в пользу правообладателя по решению суда.

Аналогичные возможности принудительного лицензирования характерны для многих стран, включая Россию. Во всяком случае, соответствующие положения есть в Патентном законе Российской Федерации и в патентных законах большинства европейских стран. Все они требуют «разумной компенсации» или «разумных роялти» в качестве вознаграждения за использование ОИС без предварительного согласия обладателя исключительных прав на него. То же самое верно в отношении компенсации за деятельность, связанную с нарушением исключительных прав, вытекающих из патента (см. пункт d), — поэтому решение суда о компенсации ущерба может рассматриваться как форма принудительной лицензии на действия, совершенные в прошлом и связанные с нарушением патента. Можно считать, что патентообладателя принудили предоставить лицензию, когда он успешно выявил факт нарушения, а суд присудил ему компенсацию за все прошлые нарушения патента.

Одним из наиболее общих способов оценки компенсации являются «разумные роялти», которые по определению суда должны быть уплачены ответчиком патентообладателю, как если бы тот первоначально предоставил добровольную лицензию. Это весьма искусственный подход, так как очевидно, что патентообладателю навязали лицензиата, в то время как он этого явно не хотел.

Таким образом, если лицензирование носит принудительный характер, важно помнить, что лицензиар будет вынужден принять условия, которые при добровольном лицензировании он мог бы отвергнуть. Как однажды отметил мистер Джастис Уитфорд (старший судья Патентного суда Великобритании): «Утверждение, что роялти должны быть такими же, как если бы они были согласованы желающими этого лицензиаром и лицензиатом, звучит достаточно убедительно, но хотя оно и звучит хорошо, от этого мало проку, потому что в подобных случаях таких субъектов не существует».

Иначе говоря, не существует формулы или точных правил для определения размеров компенсации, следовательно, Патентному ведомству или Патентному суду дано право свободно решать, что может быть «разумным» в конкретных обстоятельствах.

В случае правительственного использования или, как это раньше называли, «использования Короной» (см. пункт а), Правительство Великобритании оставляет за собой право использовать запатентованные решения не только при наличии угрозы безопасности государства, но также для любых соответствующих целей правительства. Во многих других странах существуют похожие положения. Эти права используются чрезвычайно редко, причем только в жизненно важных для общества областях, таких как здравоохранение или оборона. Например, если патентообладатель неспособен сделать доступным жизненно важное лекарство, то Департаменту здравоохранения следует произвести поставки для госпиталей, пользуясь правом «использования Короной». Такое использование, как было сказано, предполагает разумную компенсацию.

Основным принципом применения открытой лицензии (см. пункт с) является то, что от патентообладателя требуется предоставление лицензии на уже оговоренных финансовых и других условиях. Иначе говоря, он теряет право выбора. Наиболее важный

коммерческий фактор заключается именно в отсутствии у патентообладателя права выбора, он вынужден предоставлять лицензию в обстоятельствах, при которых ничего не может выиграть и даже не обсуждает вопрос о предоставлении лицензии.

Вполне очевидно, что компания, уже производящая и продающая пользующийся успехом запатентованный продукт — результат собственных исследований и разработок — и способная удовлетворить рыночный спрос, не выигрывает ничего от предоставления лицензии конкуренту, действующему на том же рынке. Однако именно это часто происходит в случае выдачи принудительной лицензии. К настоящему моменту ненормальность такого положения фактически признана. По новым правилам при «использовании Коронаой» патентообладателю может быть дана дополнительная компенсация, отражающая его потери в прибыли от производства продукта, который теперь производится кем-то еще. Если же патентообладатель в состоянии выполнить условия контракта поставки, используя собственные уже существующие производственные мощности, то он остается единственным производителем.

Если патентообладатель вынужден пойти на ухудшение условий в следствие предоставления лицензии, то объективно снижается ценность его патента. Следовательно, должна быть установлена такая ставка роялти, которая даст приемлемую компенсацию патентообладателю. Например, это может быть сделано в соответствии с принципами построения $\$X$ оценок для лицензиара при добровольном лицензировании, о которых говорилось в 3.1.2 описанного выше процесса добровольного лицензирования. Теоретически нет причины устанавливать ставку роялти на основе оценки $\$Y$ (см. 3.1.3), которая зависит от конкретных издержек потенциального лицензиата принудительной лицензии. Если лицензиат и не удовлетворен планируемыми прибылями, он не имеет возможности обсудить условия лицензирования, так же как патентообладателем не обсуждаются условия предоставления лицензии. Для лицензиата лицензия представляет просто дополнительную возможность бизнеса, которая может иметь преимущества (а может и нет) по сравнению с другими возможностями.

На практике, однако, для Патентного ведомства или суда имеется тенденция в некоторых случаях предоставлять лицензиату возможность иметь умеренную прибыль; хотя, при определении уровня умеренной прибыли, вполне может быть предположено, что лицензиат должен будет работать так же эффективно, или почти так же эффективно, как и патентообладатель.

В случаях принудительных лицензий, так же как и при добровольном лицензировании, в качестве ориентира для суда могут рассматриваться сопоставимые соглашения. К сожалению, удобные для сравнения соглашения удается найти очень редко, а реально имеющиеся соглашения могут быть достаточно грубым ориентиром для установления нижнего предела оценки или для верификации оценки, рассчитанной другим способом.

В прошлом обычно использовалась специальная форма принудительного лицензирования для патентов в области фармацевтики (в соответствии с Патентным законом 1949 г., ныне не действующим). В этих обстоятельствах развивалась и совокупность норм прецедентного права, связанных с оценкой ставок роялти. Были выработаны директивы, основные принципы которых применимы до сих пор, хотя их источник уже давно не существует. В сущности, эти директивы требуют от лицензиата выплатить из его прибыли от продаж сумму, достаточную, чтобы позволить патентообладателю продолжить финансирование своих научно-исследовательских программ и продвижение рассматриваемого продукта, и иметь разумную прибыль. Признавалось, что патентообладатель нуждается в инвестициях для продолжения финансирования НИОКР, которые полезны не только для него, но и для лицензиата, так как результаты НИОКР обеспечивают безопасность рынка, ставшего для него открытым. Ясно, что такие финансовые инвестиции должны активно обсуждаться обеими сторонами. При наличии запаса денег, значительное время и усилия тратятся юристами и бухгалтерами на анализ цифр, используемых для убеждения с их помощью противоположной стороны.

Следует обратить внимание на два момента. Во-первых, затраты на НИОКР, имеющие отношение к делу, являются затратами патентообладателя на его основную программу НИОКР (в указанных

директивах не выделяются затраты, которые могли бы быть специально отнесены к конкретному патенту и конкретному рассматриваемому продукту, поскольку слишком трудно вычленить их в каждом случае из «неделимой» общей суммы). Во-вторых, патентообладателю причитается дополнительная часть прибыли, компенсирующая недополученную прибыль, которую он в обычных условиях мог бы ожидать от собственных инвестиций.

Тем не менее, законным итогом такого рода случаев и других «обязательных лицензий» является то, что обладатель прав ИС получает неполную компенсацию за разделение того исключительного положения, которое изначально предоставлялось ему патентом или другими правами ИС.

Результаты применения этих директивных указаний проиллюстрированы в табл. 4.1, где установлены ставки роялти, которые были достигнуты в небольшой выборке случаев открытых лицензий. Чтобы избежать риска чрезмерного упрощения отдельных результатов — которые, разумеется, зависели от особых обстоятельств конкретных случаев — можно выделить три основные группы ставок роялти:

- 5% — 10% — общая механика;
- 10% — 15% — передовая техника (такая, как медицинское оборудование);
- 15% — 45% — химия и фармацевтика.

На этих ставках обычно основывается конечная цена патентообладателя с целью избежать снижения компенсации в том случае, если лицензиату придется снизить свою цену продажи, чтобы конкурировать с патентообладателем.

Прецеденты ставок роялти для открытых лицензий

В табл. 4.1 приведены примеры ставок роялти для простых (не исключительных) чисто патентных лицензий (без передачи ноу-хау).

Примечание: для простоты не отмечено, применима ли эта норма к чистой цене продажи, предлагаемой патентовладельцем, или к

Таблица 4.1: Примеры принудительного лицензирования (ставки роялти)

1. Связующая композиция для смешивания с песком в литейном цехе для матриц для отливки металлов	5%
2. Самозакрепляющийся штифт	5%
3. Усовершенствование печатных форм	5%
4. Оборудование для очистки воды	5%
5. Хониговальный аппарат	7%
6. Суспензия для стиральных машин барабанного типа	7%
7. Анастетический испаритель	7.2%
8. Усовершенствование для устройств винтовой намотки нитей	10%
9. Клапан желудочка сердца	12.5%
10. Водозащитная паропроницаемая хирургическая одежда	13.5%
11. Химические и фармацевтические средства (различные)	16 — 45%

аналогичной цене, предлагаемой лицензиатом, которая обычно ниже. Для более современных случаев, как правило, бралась более высокая цена патентообладателя.

4.2. Прецеденты судебных решений

К настоящему времени в России уже есть прецеденты судебных решений по каждому из перечисленных выше видов судебных споров за исключением принудительного лицензирования. В частности, известно несколько решений по делам о нарушении прав ИС, как минимум два из которых широко освещались в открытой печати (подробнее см. 4.2.2, а также [28] — [30]). Все получившие известность споры о правах ИС весьма поучительны, что позволяет использовать их в качестве примеров для экономического анализа и иллюстрации теоретических выводов.

Теоретическая возможность применения государством принудительного лицензирования сильно пугает американские фирмы, предполагающие экспортировать в Россию свои технологии, но дать численную оценку этим страхам не представляется возможным, так как с момента введения в действие Патентного закона РФ либо нет соответствующих прецедентов, либо они не получили известность.

4.2.1. Определение правообладателя

При рассмотрении споров по поводу принадлежности исключительных прав суд должен определить правообладателя, а не ущерб, наносимый ему конкурентом, не размер компенсации и не сумму налагаемого штрафа. Следовательно, называемые при этом оценки прав ИС, а они иногда выражаются в миллионах и даже миллиардах долларов, не стоит воспринимать слишком серьезно. Такие оценки чаще отражают желание сторон продемонстрировать серьезность своих притязаний, чем какие-либо реальные денежные суммы. Фактически же спор о принадлежности исключительных прав — это спор о контроле над некоторым сегментом рынка соответствующей продукции. Реальная ценность такого контроля, как правило,

много меньше, чем те оценки, которые называются в связи с рассмотрением дела. Тем не менее эти оценки принято обосновывать, поэтому полностью игнорировать их не следует. Кроме того, разбирательства соответствующих споров дают много другой полезной информации, которая иначе не была бы получена.

Смирнов против Smirnoff

Спор между русским предпринимателем Смирновым (потомком знаменитого в своем деле Петра Смирнова) и американской компанией «Хьюблайн, ИНК» о правах на использование имени «Петр Смирнов» в качестве товарного знака (или элемента товарного знака) для индивидуализации своей продукции — это серия судебных дел, сделавших имя адвокату предпринимателя и ему самому. Поводом для возникновения спора послужили возражения компании «Хьюблайн, ИНК» (США) против регистрации Роспатентом товарных знаков № 99074 «П.А.Смирнов и потомки в Москве» и № 99075 «Торговый домъ Петра Смирнова и потомков в Москве». Апелляционная палата Роспатента двумя решениями от 25 ноября 1992 г. отказала в удовлетворении претензий компании, посчитав ее доводы недостаточными. Не удовлетворившись решениями Апелляционной палаты и не имея возможности обратиться в Высшую патентную палату (ввиду фактического отсутствия таковой), компания «Хьюблайн, ИНК» обратилась в Московский городской суд с заявлением о признании недействительными данных решений, ссылаясь на то, что указанные товарные знаки сходны до степени смешения со знаками заявителя «Смирнов» и «Петр Смирнов», которые являются прямой отсылкой к имени и деятельности одного человека.

В принятии заявления было отказано определением судьи Московского городского суда от 24 августа 1993 г., оставленным без изменения Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ. Отказывая в принятии заявления, судья ссылаясь на то, что согласно ч. 3 ст. 28 закона РФ от 23 сентября 1992 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», решения Апелляционной палаты могут быть обжалованы в Высшую патентную палату, решение которой является окончательным, т.е. закон не предусматривает возможности

судебного обжалования решений Апелляционной палаты. Судья также указал, что ссылка заявителя на ст. 63 Конституции Российской Федерации (в редакции от 21 апреля 1992 г., действовавшей в то время) является необоснованной, поскольку эта норма «декларирует» права граждан на судебную защиту. С этими выводами, как уже говорилось выше, согласилась Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, но они были признаны ошибочными в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 9 ноября 1994 г.⁴ В этом Постановлении было указано, что «судебная защита права собственности (в данном случае — права интеллектуальной собственности) должна равным образом гарантироваться и гражданам, и организациям; последним она обеспечивается — в зависимости от субъектного состава — судами общей юрисдикции или арбитражными судами. В соответствии со ст. 25 ГПК дела, в которых участвуют иностранные предприятия и организации, рассматривают суды общей юрисдикции».

Таким образом, Президиум Верховного Суда РФ отменил определение судьи Московского городского суда и определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда, а материалы направил на рассмотрение в Московский городской суд. Позднее спор между Смирновым и «Хьюблайн, ИНК» рассматривался Краснодарским областным судом и, вероятно, еще не скоро закончится.

В ходе этого многостадийного разбирательства неоднократно называлась оценка товарного знака Smirnoff, равная приблизительно 2,2 миллиарда долларов США. Эта сумма представляет собой не что иное как удвоенную годовую выручку от продаж водки Smirnoff во всем мире [51]. Удвоенная годовая выручка от продаж товара — классическая оценка товарных знаков для преуспевающих фирм в развитых странах с рыночной экономикой и, прежде всего, для производителей пищевых продуктов (см. 2.3.1). Однако она практически не имеет отношения к данному делу.

Действительно, нельзя же всерьез предполагать, что господин Смирнов собрался завалить мир водкой собственного производства, продавая ее на миллиард долларов в год. Скорее всего при оценке товарных знаков № 99074, № 99075 следует исходить из удвоенно-

⁴См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации № 1, 1995 г.

го дохода только от продажи водки, производимой на сравнительно небольшом заводе в Ростове и реализуемой именно с этими товарными знаками. В какой-то степени, причем очень незначительной, эта водка конкурирует с водкой Smirnoff, отнимая у нее часть российского рынка. Только об этой части рынка и, соответственно, о ее оценке следует говорить.

Наиболее интересный результат данного разбирательства — цитированное выше и очень поучительное в части подведомственности споров о правах ИС (не только на товарные знаки!) Постановление Президиума Верховного Суда РФ.

Моспатентбюро против Raslan

Спор между ОАО «Моспатентбюро» и фирмой «Raslan» начался с регистрации товарного знака «Паклан» (Raslan) в России. Зарегистрировало его ОАО «Моспатентбюро», что оказалось полной неожиданностью для фирмы «Raslan». Впрочем, неожиданностью это могло и не быть, так как практика регистрации «чужих» товарных знаков распространена довольно широко. В России же она стала на какое-то время повальным увлечением. Так, по сведениям «Ъ» [35] только ОАО «Моспатентбюро» зарегистрировало порядка 100 различных слов и товарных знаков, а из 50 товарных знаков фирмы Nintendo зарегистрированными на чужое имя оказались 40. Справедливости ради стоит заметить, что виноваты в таком положении не только (и не столько) российские любители поживиться легким хлебом, но и сами западные фирмы, собиравшиеся работать в России, но не пожелавшие заранее позаботиться об охране своих товарных знаков.

Разумеется, фирма «Raslan» пыталась оспорить регистрацию своего названия в качестве товарного знака другого юридического лица, но эта попытка закончилась неудачей, хотя на стороне фирмы фактически выступили и российская пресса, и ГКАП, и еще нечто, именуемое обычно общественностью. Президенту Моспатентбюро В. Чернышову удалось доказать в суде, что товарный знак «Raslan» на момент его регистрации в России не был общеизвестным, следовательно, регистрация его была вполне законной, и теперь фирма «Raslan» не имеет права поставлять свою продукцию в Россию без разрешения Моспатентбюро, разумеется, если не сменит ее марки-

ровку. Впрочем, на этом спор не закончился, но его продолжение приобрело чрезмерную остроту, не имеющую отношения к оценке товарных знаков.

Поучительность этой истории состоит в том, что она представляет собой яркий пример неадекватности восприятия происходящего в России многими западными фирмами. До относительно недавнего времени в России не от кого было охранять интеллектуальную собственность, за исключением самого государства, а с государством лучше было не спорить или бороться какими-то другими средствами. В результате сложилось не просто беззаботное, а преступно-пренебрежительное отношение к российскому законодательству об интеллектуальной собственности со стороны всех участников экономического оборота, включая западных бизнесменов и зарубежных консультантов. Многие из них, отправляясь в Россию торговать или консультировать, не утруждают себя даже элементарным прочтением российского закона о товарных знаках, хотя его официальный перевод на английский язык опубликован⁵ и вполне доступен. Скандалы и проигранные судебные процессы просто необходимы, чтобы заставить подобную публику вчитываться в тексты законов, а не повторять заезженную байку о том, что права ИС в России не охраняются.

Чрезмерные транзакционные издержки

Следующее дело интересно как пример очень грубой работы суда, в результате чего транзакционные издержки истца и ответчика многократно превысили результат, которого истец пытался достичь, обращаясь в суд.

О сути этого конфликта и его отрицательных последствиях писал тогдашний директор РосАПО Г.В.Виталиев [8], обращая внимание на недопустимость заочного обмена ударами в споре между ТОО «ФизтехСофт» и тремя его бывшими работниками, организовавшими собственную фирму и вступившими в конкуренцию со своим бывшим работодателем. Заметка заканчивалась словами, что «гражданский судебный процесс в России чаще всего рассматрива-

⁵См.: Industrial Property. 1993. April.

ют и используют как способ мести бывшим друзьям и товарищам». Судебное решение по этому делу лишний раз подтверждает обоснованность такой точки зрения.

Суд г. Долгопрудного, принявший к производству как иск ТОО «ФизтехСофт» к его бывшим работникам, так и встречный иск о невыплате надлежащего авторского вознаграждения, не только не способствовал нахождению разумного компромисса, но еще и нанес своими решениями существенный урон обеим сторонам. Рассмотрение первого иска затянулось более, чем на девять месяцев, причем за это время судом не были даже назначены эксперты для рассмотрения мотивов сторон по существу и соответственно не были поставлены вопросы, требующие однозначного решения.

В то же время суд вынес два определения, которые если и не противоречат друг другу, то не способствуют выявлению истинных мотивов спорщиков и поиску разумного компромисса. Согласно первому определению судья наложил запрет на распространение программного продукта PT\$DOS, выпускаемого фирмой Paragon Technology System, образованной тремя бывшими работниками «ФизтехСофт». Через небольшой промежуток времени было вынесено другое определение, согласно которому был наложен запрет также на программные продукты самого «ФизтехСофт».

Таким образом, вместо решения о разумном разделе рынка было принято решение о его временном закрытии для обоих потенциальных продавцов. Иными словами, вместо сокращения транзакционных издержек судебное решение привело к их чрезмерному росту. Этот факт находится в вопиющем противоречии с выводами экономики права (с Теоремой Р. Познера), что заставляет усомниться не столько в теории, сколько в том, что здесь мы имеем дело с правом, а не с произволом суда (или конкретного судьи).

4.2.2. Нарушение исключительных прав

Споры о возмещении ущерба, нанесенного в результате нарушения исключительных прав, как правило, предполагают оценку прав ИС судами. Ниже приводятся два таких спора, но оценка прав ИС явно присутствует только в решении суда по первому спору. Второй спор

рассматривался не в суде, а в ГКАП. Хотя ГКАП вынес решение в пользу истца, спор фактически не закончен.

Дело о пульверизаторах

Наибольший интерес для оценщиков прав ИС представляет завершившийся в марте 1995 г. спор о нарушении исключительных прав на промышленный образец «Пульверизатор», охраняемый с 17 сентября 1992 г. патентом РФ № 38184. Спор возник между патентообладателями Симоновым М.П. и Тарасовым С.И., с одной стороны, и крупным оборонным предприятием АО «Кристалл», производившем аналогичные пульверизаторы без лицензии, с другой стороны. По утверждению еженедельника «Коммерсантъ» [52] это был первый случай в России, когда нарушение патентных прав стало причиной крупного судебного иска.

Ход дела довольно подробно освещался в печати, причем назывались сумма первоначального иска и незаконно полученная прибыль правонарушителя, но никогда не назывались денежные суммы, которые патентообладатели должны были получить от нарушителя исключительных прав по решению суда. Публикация этих данных противоречила интересам патентообладателей. По тем же причинам все денежные суммы заменены ниже условными величинами при сохранении пропорций между ними, что вполне достаточно для преследуемых здесь целей.

Исход спора было достаточно трудно предсказать по целому ряду причин, обычно сопутствующих подобным разбирательствам, причем не только в России. Прежде всего, не очевиден был даже сам факт нарушения исключительных прав, так как процесс патентования промышленного образца его авторами происходил параллельно налаживанию производства пульверизаторов обеими спорящими сторонами, а в сентябре 1993 г. ответчик (АО «Кристалл») подал в Роспатент заявку на промышленный образец. В ходе разбирательства ответчик утверждал, что начал производить пульверизаторы до даты приоритета, а в дальнейшем производил их на основании патента № 40156, выданного группе специалистов АО «Кристалл».

Только в случае признания факта нарушения исключительных прав приобретал смысл следующий вопрос, а именно, вопрос о сум-

мах, которые ответчик должен выплатить истцам и государству. В зависимости от характера и тяжести нарушения прав речь могла идти либо только о возмещении недополученной истцами прибыли, либо еще и об изъятии у ответчика оборудования, на котором незаконно производилась продукция, либо, наконец, об изъятии прибыли, оборудования и возмещении морального ущерба. Еще одним возможным вариантом завершения спора могло стать решение суда о компенсации истцам упущенной выгоды в сумме, эквивалентной цене лицензии, как если бы между истцами и ответчиком было заключено лицензионное соглашение. Последний вариант, очень напоминающий принудительное лицензирование, мог иметь место в том случае, если бы в ходе разбирательства суд установил, что ответчик приступил к добросовестному использованию промышленного образца в период действия временной правовой охраны, т.е. после установления приоритета, но до выдачи патента.

Первоначально патентообладатели предъявили нарушителю иск на сумму 10X рублей, хотя оценивали объем незаконно полученной прибыли в 160X рублей⁶. Сравнительно скромная сумма иска легко объяснима. Истцам предстояло, во-первых, доказать факт нарушения, во-вторых, обосновать свою оценку незаконно полученной прибыли.

Так как одной из сторон в споре выступали физические лица, дело рассматривалось в суде общей юрисдикции по месту возникновения спора. Разбирательство началось 24 мая 1993 г. в Железнодорожном городском суде и закончилось 28 октября 1994 г. вынесением решения в пользу патентообладателей. В своем решении суд, в частности, установил факт нарушения исключительных прав патентообладателей, оспариваемый ответчиком (АО «Кристалл»), определил срок незаконного использования промышленного образца с сентября 1992 г. (даты приоритета патента Симонова М.П. и Тарасова С.И.) по декабрь 1993 г., а также установил размер незаконно полученной прибыли. Ответчик не смог доказать суду, что приступил к производству пульверизаторов с июня 1992 г., т.е. до даты приоритета патента РФ № 38184. Следовательно, он не имел права преж-

⁶Пропорции между суммами соответствуют действительности, сами суммы публикации не подлежат.

депользования. Кроме того, судом было установлено, что Симонов и Тарасов в феврале 1993 г. предлагали ответчику купить у них лицензию на использование промышленного образца, но ответчик отказался. Таким образом, имело место преднамеренное нарушение исключительных прав.

Прибыль, полученная ответчиком от реализации незаконно произведенной продукции за период с сентября 1992 г. по декабрь 1993 г. по заключению назначенной судом бухгалтерской экспертизы составила 27X рублей. Именно эта сумма была принята в качестве исходной оценки.

Учитывая вину нарушителя, а именно то, что ответчик умышленно нарушил права истцов, суд посчитал необходимым при определении размера возмещения убытков применить индексацию по аналогии с Правилами возмещения вреда. В соответствии с Указом Президента РФ от 5 декабря 1993 г. «О повышении минимального размера оплаты труда» и Федеральным законом от 30 июня 1994 г. «О повышении минимального размера оплаты труда» коэффициент индексации составил соответственно 1,9 и 1,4. В результате размер возмещения убытков составил примерно 71X рублей.

Исполняющий обязанности генерального директора АО «Кристалл» обратился в Курский областной суд с кассационной жалобой, в которой просил отменить решение городского суда, считая, что оно не соответствует фактическим обстоятельствам дела и является незаконным. Приблизительно в это же время в областной суд обратились с кассационной жалобой и патентообладатели, посчитавшие, что размер незаконно полученной прибыли занижен городским судом и должен быть увеличен.

Судебная коллегия по гражданским делам Курского областного суда 10 марта 1995 г. вынесла Определение по данному делу, подтвердив правильность решения городского суда, но изменив (в сторону уменьшения) удерживаемую с ответчика денежную сумму. В Определении коллегия областного суда указала, что решение городского суда должно быть пересмотрено в части взыскания убытков. А именно, сумма 27X рублей, составляющая прибыль ответчика от реализации незаконно произведенной продукции, подлежит индексации только в 1,4 раза на основании Федерального закона от 30

июня 1996 г. Коэффициент индексации 1,9 судом применен ошибочно, поскольку сумма прибыли определена по декабрь 1993 г. и повышение минимального размера оплаты труда произведено в декабре. В результате размер возмещения ущерба был определен в 37X рублей.

С этим решением можно поспорить, так как естественнее было бы проиндексировать в 1,9 раза ту часть прибыли, которая получена до декабря 1993 г. Взыскиваемая сумма наверняка оказалась бы ближе к 71X, чем к 37X рублей. Впрочем, и решение городского суда, и Определение Коллегии областного суда содержат в себе элемент морализаторства. В первом случае это желание наказать ответчика за умышленное нарушение исключительных прав, во-втором — раздражение «жадностью» истцов. Иными словами, применение коэффициентов индексации могло быть с успехом заменено иными способами увеличения или уменьшения взыскиваемой суммы.

Интересно отметить, что первоначальная сумма иска составляет примерно 27% от суммы возмещения ущерба, определенной коллегией областного суда. Именно такой могла быть цена лицензии, если бы стороны сумели договориться на добровольной основе или по настоянию суда. Разумеется, здесь необходимо сделать ряд оговорок. С одной стороны, в момент подачи иска сумма в 10X представляла гораздо большую ценность, чем в момент вынесения Определения коллегией областного суда. С другой стороны, надо вспомнить, что коллегией была принята индексация только в 1,4 раза, а сумма иска могла быть несколько выше цены лицензии, так как цена лицензии — это нижняя граница возможных притязаний истца. Что касается суммы 160X, то она, вероятно, фигурировала исключительно для демонстрации серьезности намерений. Аналогичную роль играла сумма 2,2 миллиарда долларов в процессе «Смирнов против Smirnoff» (см. 4.2.1).

Дело «ИС Акционерное общество» против ИЧП «Наис»

Использование прав ИС не по отдельности, а в составе пакета или портфеля прав обеспечивает их обладателю дополнительные преимущества в борьбе с нарушителями, причем весьма существенные. Нарушение прав ИС, используемых в пакете, происходит, как

правило, сразу по нескольким позициям, т.е. одновременно нарушаются несколько федеральных законов. Данное обстоятельство объективно работает в пользу правообладателя, так как существенно облегчает доказательство вины нарушителя.

Очень поучителен в этом смысле спор между фирмой «1С Акционерное общество» (далее — фирма «1С») и ИЧП «Наис», о котором много писала российская пресса [8].

Возникновению спора и началу преследования ИЧП «Наис» со стороны фирмы «1С» предшествовали обращения покупателей нелегальных копий программы «1С:Бухгалтерия» с претензиями к изготовителю программы 2 и 9 февраля 1995 г. Оба покупателя обратились не к продавцу (ИЧП «Наис»), а к фирме «1С», в связи с тем, что при инсталляции программы не устанавливался правильно текущий период (1-ый квартал 1995 г.), а в экранном меню программы при инсталляции сообщался для справки телефон службы поддержки фирмы «1С». Один из покупателей представил фирме «1С» копию товарного чека и дискету с копией программы «1С: Бухгалтерия», которые были позднее переданы в ГКАП. С целью получения дополнительных доказательств пиратской деятельности 3 апреля в ИЧП «Наис» была произведена закупка программного продукта представителями Московского союза потребителей. В результате было выяснено, что дискеты, выставленные на продажу, были приобретены ИЧП «Наис» по комиссионному соглашению у частного лица.

Получив материалы, необходимые для обоснования иска, фирма «1С» обратилась 14 апреля 1995 г. в ГКАП по вопросу о нарушении ИЧП «Наис» ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Обращение в ГКАП (а не в арбитражный суд) обеспечило ходу дела необходимую динамичность. В июле того же года Управление развития конкуренции на рынке потребительских товаров и услуг ГКАП обратилось к Коллегии адвокатов г. Москвы и РосАПО с просьбой провести экспертизу по данному делу.⁷

РосАПО, получив ходатайство ГКАП и Коллегии адвокатов Мос-

⁷ Коллегии адвокатов в свою очередь также обратилась в РосАПО, причем практически немедленно — 24 июля 1995 г. В результате ГКАП получил два заключения, фактически написанных Г.В. Виталиевым, правда, одно из них было подписано уважаемыми адвокатами.

квы, провело экспертизу, в ходе которой был установлен факт нарушения сразу нескольких законов РФ, а также ряд дефектов, присутствующих в пиратских копиях. А именно: было установлено, что при установке и нелегальной копии программы и экземпляров программы «1С: Бухгалтерия» (4-ой и 5-ой версий) в экранном меню появляется графический товарный знак фирмы «1С», а также указания наименования программы, версии, знака охраны (С) и телефона фирмы «1С». У копии программы не устанавливался правильно лишь рабочий период. Вместо 2-ого квартала 1995 г. (на момент проверки) устанавливался 4-ый квартал 1993 г., что можно объяснить тем, что снятие защиты с копии программы «1С: Бухгалтерия» 4-ой версии было произведено именно в 4-ом квартале 1993 г.

Копия дискеты продавалась без регистрационной карты и при ее первоначальном запуске не предусматривалась процедура регистрации с индивидуальным номером конкретного пользователя. Внешнее оформление нелегальной копии программы «1С: Бухгалтерия» также существенно отличалось от экземпляров, поставляемых самой фирмой «1С», при этом отсутствовали не только регистрационная карта, но и руководство пользователя и описание программы. К тому же у фирмы «1С» отсутствовал какой-либо дилерский договор как с ИЧП «Наис», так и с лицом, продавшим указанные дискеты этому ИЧП.

Все эти факторы позволили сделать однозначный вывод о том, что программный продукт, распространяемый ИЧП «Наис», по крайней мере, в период со 2 февраля по 3 апреля 1995 г., являлся нелегальными копиями программы «1С: Бухгалтерия» 4-ой версии.

Получив заключение РосАПО и дополнительные разъяснения и документы сторон по данному делу, комиссия ГКАП 4 декабря 1995 г. определила дату проведения заседания по рассмотрению обстоятельств дела. По результатам заседания комиссии 27 декабря 1995 г. действия ИЧП «Наис» по продаже дискет с программой «1С: Бухгалтерия» были признаны нарушением ст. 10 закона «О конкуренции...» в части продажи товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности. Было решено также выдать ИЧП «Наис» предписание о прекращении нарушения ст. 10 этого закона и перечислении соответствующей прибыли в федеральный бюджет.

Разумеется, при перечислении незаконно полученной ИЧП «Наис» прибыли в бюджет фирма «1С Акционерное общество» не получила адекватной компенсации за нарушение своих прав. Да и прибыль эта не представляет особого интереса ни для одной из сторон, так как речь идет о продаже всего нескольких пиратских копий одной программы.

Главный результат разбирательства состоит в том, что установлен сам факт нарушения прав ИС, причем факт нарушения устанавливался с использованием основных положений закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных». Более того, на основании п.1 ст. 18 данного закона истец может обратиться в арбитражный суд с иском о возмещении причиненных убытков или выплаты компенсации, в определяемой по решению суда сумме. Нижняя граница такой компенсации равна 5000 минимальных размеров месячной оплаты труда. Не менее существенно, что арбитражному суду не потребуется много времени для принятия решения по иску, так как экспертиза по существу дела уже выполнена в ходе рассмотрения в комиссии ГКАП.

Если бы фирма «1С Акционерное общество» обратилась сразу в арбитражный суд, то итог мог оказаться иным. С одной стороны, положительный результат для истца мог выглядеть более впечатляющим, с другой стороны, процесс разбирательства мог затянуться и осложниться различными обстоятельствами или вообще замереть на стадии проведения экспертизы.

4.2.3. Правомерность амортизации прав

Спор между АОЗТ «Акустика» и налоговыми органами о правомерности включения в состав себестоимости продукции (работ, услуг) износа нематериальных активов⁸ интересен сразу по нескольким причинам. Прежде всего, в этом споре необычен состав участников, один из которых — Государственная налоговая инспекция (ГНС) по Кировской области, а второй — принадлежащая частным лицам

⁸Эти активы представляли собой ноу-хау — проекты по организации торговли шоколадом в Кировской области, включая исследование спроса, схемы финансирования закупок и возврата кредитов, организацию транспортировки и т.д.

торговая фирма — АОЗТ предприятие оптовой торговли «Акустика». Причиной спора стало несогласие фирмы с решением ГНС «об изъятии в бюджет заниженной прибыли за 1993 г. в сумме 3172409,3 тыс.руб., заниженной прибыли за 1-ое полугодие 1994 г. в сумме 1832240,4 тыс.руб., налога на прибыль за 1993 г. в сумме 140223,4 тыс.руб.». Не согласившись с таким решением ГНС, фирма обратилась в арбитражный суд для разрешения спора. Не менее интересна разногласия арбитражных судов, один из которых (областной) вынес решение в пользу АОЗТ «Акустика», признав правомерность включения в себестоимость продукции износа по нематериальным активам фирмы (в виде ноу-хау), а другой (высший) это решение отменил как не соответствующее обстоятельствам дела и действующему законодательству. Кроме того, интересна аргументация, с помощью которой Коллегия Высшего Арбитражного Суда РФ обосновала свое решение по отмене решения областного суда. Эта аргументация, изложенная в соответствующем Постановлении, строго говоря, не бесспорна.

Постановление, о котором идет речь, достаточно кратко, что позволяет привести его текст полностью.

**ВЫСШИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ
ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

от 17 мая 1995 года № R4-Н-7/918

[Об обоснованности включения в себестоимость
износа по нематериальным активам]

Коллегия Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по проверке в порядке надзора законности и обоснованности решений арбитражных судов, вступивших в законную силу, в составе:

председательствующего Г.Г. Полетаевой,

судей Л.М. Антоновой, И.А. Подъячева

рассмотрела в заседании суда протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Арифулина на решение от 26.12.94 по делу № 181/11 Кировского областного арбитражного суда (Л.И. Лобанова, Т.С. Пашкина, А.В. Тетервак) по иску АОЗТ

предприятия оптовой торговли «Акустика» к Государственной налоговой инспекции по Кировской области о признании решения недействительным.

В заседании приняли участие:

от истца: *Ярков Н.А., Шишкин Г.А., Леонтьев Б.Б., Ступиков К.Н.*

от ответчика: *Бусыгина И.И., Зонова В.В.*

от ГНС РФ — *Тумаркин В.М.*

Согласно подпункту «ш» п. 2 Положения о составе затрат по производству и реализации продукции (работ, услуг) и о порядке формирования финансовых результатов, учитываемых при налогообложении прибыли, утвержденного постановлением Правительства РФ от 05.08.92 № 552, в себестоимость продукции (работ, услуг) включается износ нематериальных активов, к которым относятся затраты предприятия в нематериальные объекты, которые должны использоваться в процессе производства продукции (работ, услуг) и приносить доход.

Следовательно, для списания износа нематериальных активов на себестоимость необходимо наличие затрат по приобретению нематериальных активов в собственность, затрат предприятия в нематериальные объекты, которые должны использоваться в процессе производства продукции (работ, услуг) и приносить доход.

АОЗТ «Акустика» никаких затрат по приобретению нематериальных активов не понесло. Учредитель акционерного общества «Акустика» Г.А. Шишкин в качестве вклада в уставный фонд предприятия внес интеллектуальную собственность в виде проектов на безвозмездной основе, затраты же у предприятия по приобретению нематериальных активов возникают только в случае приобретения их на возмездной основе.

Отсутствие указанного условия исключает возможность включения в себестоимость продукции износа по нематериальным активам.

Коме того, в соответствии с п. 7 Положения о бухгалтерском учете и отчетности в РФ, утвержденного приказом Минфина РФ от 20.03.92 № 10, участие в процессе производства продукции (работ, услуг) нематериальных объектов должно подтверждаться тех-

нологическими документами, фиксирующими факт совершения хозяйственной операции с этими нематериальными объектами. Расчеты экономической эффективности использования ноу-хау, представленные истцом, в качестве таких доказательств приняты быть не могут, поскольку из их содержания не усматривается какого-либо участия в процессе торговли. Также отсутствуют доказательства, что от непосредственного использования ноу-хау акционерное общество получало доход.

В соответствии со ст. 106 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации объявление решения было отложено с 15.05.95 на 17.05.95.

Кировский областной арбитражный суд рассмотрел дело по иску АОЗТ предприятия оптовой торговли «Акустика» о признании недействительным решения Государственной налоговой инспекции по Кировской области от 09.11.94 № 07-46/2753 об изъятии в бюджет заниженной прибыли за 1993 г. в сумме 3172409,3 тыс.руб., заниженной прибыли за 1-е полугодие 1994 г. в сумме 140223,4 тыс.руб.

Решением от 26.12.94 по делу № 181/11 искивые требования АОЗТ «Акустика» были удовлетворены.

Проверка законности и обоснованности решения в кассационном порядке не проводилась.

Заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда принес протест, в котором просит вышеуказанное решение отменить, в удовлетворении искивых требований отказать.

Как видно из материалов дела, обжалуемое решение ГНИ по Кировской области от 09.11.94 № 07-46/2753 принято по результатам проверки соблюдения налогового законодательства АОЗТ предприятием оптовой торговли «Акустика» за 1993 г. и 1-е полугодие 1994 г., о чем составлен акт от 21.10.94 № 352.

Актом был зафиксирован ряд нарушений налогового законодательства, в том числе занижение налогооблагаемой прибыли за счет включения в себестоимость продукции (работ, услуг) износа нематериальных активов.

При принятии решения Кировским областным арбитражным судом были приняты во внимание экспертные заключения, представленные истцом, на основании которых сделан вывод о том, что про-

екты являются ноу-хау, относятся к нематериальным активам, и поэтому списание их износа произведено в соответствии с Положением о составе затрат (п. 2 «ж»), Положением о бухгалтерском учете и отчетности (п. 49). Заключение, данное проректором Кировского сельхозинститута А.И. Малыхиной, судом было отвергнуто.

В этой связи следует признать, что у истца законных оснований для включения в себестоимость износа нематериальных активов не было, действия Государственной налоговой инспекции по Кировской области по применению финансовых санкций являются правомерными.

Выводы Кировского областного арбитражного суда не соответствуют обстоятельствам дела и действующему законодательству, в связи с чем решение подлежит отмене.

Руководствуясь ст.ст. 136, 139, 140 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, коллегия по проверке в порядке надзора законности и обоснованности решений арбитражных судов, вступивших в законную силу, ПОСТАНОВИЛА:

решение от 26.12.94 Кировского областного арбитражного суда по делу № 181/11 отменить.

В удовлетворении исковых требований АОЗТ предприятию оптовой торговли «Акустика» отказать.

Председательствующий *Г.Г. Полетаева*
Судьи *Л.М. Антонова*
И.А. Подъячев

Само Постановление содержит целый ряд поводов для сомнения в его обоснованности. Во-первых, сомнения вызывает утверждение о безвозмездной передаче интеллектуальной собственности в виде проектов в качестве вклада в уставный капитал. Если проекты приняты в качестве такого вклада, значит, они приобретены в обмен на долю в учреждаемом АОЗТ, а отнюдь не безвозмездно. Во-вторых, совершенно несостоятельны претензии ГНС и Высшего Арбитражного Суда РФ к истцу по поводу доказательств использования проектов в процессе торговли. В них совершенно отчетливо чувствуется примитивное представление о торговле как о работе социалистического магазина в условиях постоянных цен и устойчивых поставок продукции, а не как о динамичном бизнесе в условиях конку-

ренции, связанном с финансовым риском и постоянным напряжением всех интеллектуальных способностей в погоне за прибылью. Ссылка на п. 7 Положения о бухгалтерском учете и отчетности в РФ здесь уместна, но содержание этого пункта следует понимать широко, доверяя экспертам, компетентным в бизнесе и знакомым с понятиями рыночной экономики⁹. Наконец, в-третьих, точно такие же возражения вызывают претензии к истцу по поводу доказательства получения им дохода от непосредственного использования ноу-хау. Разумеется, всякие активы приобретаются для того, чтобы они приносили доход, но следить за этим должен обладатель активов (в данном случае обладатель ноу-хау — АОЗТ «Акустика»), а не налоговая инспекция. Если же активы в силу каких-то причин приносят не доход, а убыток, они отнюдь не перестают быть активами. К сожалению, этого не понимают многие работники ГНС, а также, как следует из Постановления — некоторые судьи Высшего Арбитражного Суда РФ.

Примечательно также то, что аналогичное дело в США также закончилось бы неприятным для фирмы решением суда, так как позиция владельца фирмы слаба по двум пунктам. Во-первых, передавая ноу-хау в уставный капитал, он фактически заключил сделку со своей собственной фирмой. Во-вторых, срок полезности ноу-хау не был установлен и сколько-нибудь убедительно обоснован. Между тем, в США ограниченность срока возможного использования нематериального актива — необходимое условие возможности его амортизации и соответствующего уменьшения налогооблагаемой прибыли [13].

4.3. Обоснование претензий

Разрешение споров, связанных с правами ИС, в том числе споров о возмещении ущерба, причиненного в результате нарушения исключительных прав, представляет собой сложный и длительный процесс, что подтверждают примеры, разобранные в подразделе 4.2.2.

⁹ Впрочем, данный прецедент показывает вредность формулировки, содержащейся в цитируемом выше п. 7, а также ее последующих модификаций.

Ход подобного рода процессов зависит от многих факторов, таких как:

- место рассмотрения спора;
- состав привлекаемых экспертов и других лиц, оказывающих существенное влияние на принятие решения;
- подача сторонами информации о существовании спора и применяемая ими аргументация.

Так как права ИС чаще всего используются не по отдельности, а в составе некоторого пакета или портфеля прав, их нарушение происходит, как правило, сразу по нескольким позициям, т.е. нарушаются сразу несколько федеральных законов. Это обстоятельство обеспечивает потерпевшей стороне некоторую свободу маневра, в том числе, в определении места рассмотрения спора.

Состав лиц, оказывающих существенное влияние на исход спора, в значительной мере зависит от выбора места разрешения спора или последовательности таких мест, если правообладатель предъявляет свои претензии последовательно.

Местом разрешения спора и составом участников процесса в значительной степени обуславливается тактика подачи информации о существовании спора и аргументация сторон. Эта аргументация должна быть как минимум понятна суду, что далеко не всегда просто сделать при объяснении экономико-правовых и технических тонкостей.

4.3.1. Выбор инстанции для подачи иска

Как правило, потерпевшая сторона — правообладатель — имеет определенную свободу выбора при определении места рассмотрения спора, разумеется, в рамках закона. Данной свободой следует уметь пользоваться, как это делают в аналогичной ситуации американские юристы, представляющие интересы своих клиентов [76]. Разумеется, это надо делать с учетом национального законодательства об ИС.

Построение законодательства об ИС, характерное для России, когда подведомственность споров о правах ИС определяется, прежде всего, составом участников, не является единственно возмож-

ным. В США, например, подведомственность споров гораздо больше зависит от вида ОИС, чем от состава участников.

Патентная система и авторское право США основаны на закрепленном в Конституции допущении, что государственная защита результатов творческой деятельности способствует прогрессу в соответствующих областях науки и искусства.

Конгресс должен иметь возможность ... способствовать прогрессу науки и полезных искусств путем обеспечения на ограниченное время авторам и изобретателям исключительных прав на соответствующие произведения и открытия (ст. 1, разд. 8, п. 8.).

Соответственно построению патентного законодательства США споры по патентам могут разбираться только в федеральных окружных судах¹⁰, апелляции на решения окружных судов могут слушаться только апелляционным судом федерального округа, находящимся в Вашингтоне. Разрешение споров по авторскому праву отличается от разрешения споров по патентам тем, что апелляции на решения по авторскому праву можно подавать в тот из одиннадцати окружных апелляционных судов, к которому приписан окружной суд, вынесший первоначальное решение.

Происхождение законодательства о товарных знаках также прослеживается от Конституции США, но законы об их правовой охране есть также в законодательствах отдельных штатов. Поэтому судебные споры о правах на товарные знаки рассматриваются как в федеральных окружных судах, так и в судах штатов.

Наконец, законодательство о коммерческой тайне¹¹ целиком содержится в соответствующих законах штатов. Законы разных штатов о коммерческой тайне не должны противоречить федеральным законам. Все такие законы штатов похожи, так как находятся под влиянием Закона о гражданских правонарушениях от 1939 г. и Модельного закона о коммерческой тайне 1979 г. (Uniform Trade Secret

¹⁰ Их 94, и они разбросаны по всей территории США.

¹¹ Термин Trade Secret, используемый в законодательстве США, примерно соответствует русскому термину «коммерческая тайна» и шире по значению, чем «секрет производства (ноу-хау)», хотя достаточно часто его переводят как «торговый секрет».

Law). Если стороны, принимающие участие в споре о нарушении прав на коммерческую тайну, находятся в разных штатах, то решение спора может быть принято в федеральном окружном суде.

Дополнительную степень свободы маневра для правообладателя обеспечивает комплексный подход к правовой охране результатов творческой деятельности, когда технология или наукоемкое изделие охраняются с помощью пакета или портфеля прав ИС. Именно то обстоятельство, что нарушение прав ИС происходит сразу по нескольким позициям, обеспечивает правообладателю определенную свободу при выборе способа действий по пресечению нарушения своих прав и по взысканию с нарушителя ущерба. Правообладатель имеет возможность предъявить нарушителю сразу несколько обвинений или выбрать последовательность предъявления обвинений по разным статьям различных законов, исходя из относительной сложности доказательства их правомерности, скорости рассмотрения дел в соответствующих инстанциях, компетентности этих инстанций и т.д. Очень поучителен в этом смысле рассмотренный в 4.2.2 спор между фирмой «ИС Акционерное общество» и ИЧП «Наис».

4.3.2. Экспертиза

Экспертиза, проводимая независимыми экспертами по запросу суда, играет огромную роль в определении фактических обстоятельств дела, которые сами по себе, как правило, не очень понятны суду. В частности, независимые эксперты принимали участие в судебных разбирательствах дел, рассматриваемых как примеры в разделе 4.2.

В деле о pulverизаторах приглашенный судом специалист по промышленным образцам В.А. Селяков дал компетентное заключение о том, что изготовление pulverизаторов конкретной формы акционерным обществом «Кристалл» является нарушением патента, выданного на имя истцов. На основании данного экспертного заключения Железногорский городской суд вынес свое решение, которое было признано (именно в этой части) коллегией по гражданским делам Курского областного суда.

В споре «ИС Акционерное общество» против ИЧП «Наис» ГКАП запросил экспертизу по факту нарушения в РосАПО и в Московской

коллегии адвокатов. Оба заключения экспертизы оказались положительными, т.е. установили факт нарушения исключительных прав.

Пример противоположного свойства дает разбирательство спора между фирмами Paragon Technology System и «ФизтехСофт», Долгопрудненским городским судом, когда экспертиза была недопустимо затянута, зато судья вынес два определения, наносящие существенный ущерб обеим сторонам. Первым определением судья наложил запрет на распространение программного продукта РТ\$DOS, выпускаемого фирмой Paragon Technology System, образованной тремя бывшими работниками «ФизтехСофт». Через небольшой промежуток времени было вынесено другое определение, согласно которому был наложен запрет также на программные продукты «ФизтехСофт».

Здесь очевидна тенденция российских судов выходить далеко за пределы вопросов, поставленных в исковом заявлении. Та же тенденция видна в аналогичном споре в Головинском межмуниципальном суде г. Москвы, где спор касался лишь установления размера справедливого авторского вознаграждения. Действуя по собственной инициативе, судья решила исследовать также вопрос об авторстве программы, которое совершенно не оспаривалось ответчиком. Разумеется, ни один суд в государстве с устойчивыми демократическими традициями не позволил бы себе исследовать в гражданском деле вопросы, которые не ставились сторонами и выносить по ним определения, наносящие ущерб обеим сторонам.

Что же касается случая со способом разрешения встречных претензий, имеющим место в суде г. Долгопрудного, то не следовало бы выносить определений о запрете распространения программных продуктов истца и ответчика до получения внятного заключения экспертизы. За время, прошедшее после принятия дела к производству, вполне можно было и назначить экспертов по согласованию со сторонами спора и получить соответствующее заключение. Если же суд уже располагает квалифицированной оценкой взаимного сходства программ спорщиков, то ее следовало бы положить в основу судебного решения, а не выносить определения, которые парализуют хозяйственную деятельность как истца, так и ответчика. Тем более не следует снабжать стороны копиями определений о запрете

те распространения продукции конкурента, так как предъявление претензий к суду, способствующему нарушению антимонопольного законодательства, не имеет прецедентов в нашей практике.

Наконец, в споре о правомерности включения стоимости нематериальных активов в состав затрат (см. 4.2.3), рассмотренном Кировским областным арбитражным судом, обе стороны привлекли специалистов для экспертизы, причем суд принял доводы экспертов, приглашенных истцом. Заключение эксперта с противоположной стороны не было принято во внимание или не было сочтено достаточно убедительным. Высший Арбитражный Суд, рассмотревший кассационную жалобу проигравшей дело стороны (налоговой инспекции), посчитал необходимым обратить внимание на выводы экспертизы, не принятые во внимание областным судом, но отверг выводы экспертов, приглашенных истцом.

Таким образом, отношение российских судов к экспертизе на данном этапе можно характеризовать как разнообразное или как достаточно произвольное. С учетом действующих с начала 1996 г. поправок к Гражданско-процессуальному кодексу РФ следует, по видимому, ожидать постепенного перехода к нормальному состязательному процессу без произвола судей.

Разновидностью экспертизы, безусловно, является определение суммы прибыли, незаконно полученной нарушителем исключительных прав, как это имело место при рассмотрении дела о pulverизаторах, а также работа в судах профессиональных оценщиков прав ИС. Вопрос об использовании бухгалтерской документации и услуг квалифицированных бухгалтеров выделен в отдельный подраздел 4.3.3., а вопросу оценки прав ИС судами посвящен весь настоящий раздел.

4.3.3. Использование бухгалтерских данных

Рекомендации по использованию бухгалтерских данных в судах, в том числе при разбирательстве споров о правах ИС, можно прочесть в недавно изданном методическом пособии Ernst&Young[25]. Разумеется, эти рекомендации применимы в российских условиях лишь с определенными оговорками, так как разрешение хозяйственных споров в России происходит в условиях совершенно иной институ-

циональной среды и иной культуры ведения бизнеса по сравнению с условиями США. Не касаясь путей внесудебного разрешения хозяйственных конфликтов, можно выделить несколько институциональных и культурных отличий, с которыми необходимо считаться при судебном разрешении споров.

Одним из наиболее существенных институциональных отличий является совершенно иной порядок рассмотрения судебных дел и соответственно иное распределение ролей¹². В США значительная часть судебных дел по хозяйственным вопросам рассматривается судами присяжных, в частности, по делам о нарушении патентов более половины судебных дел рассматриваются судами присяжных и чуть менее половины — судьями. В России суды присяжных такими делами пока не занимались и, вероятно, не будут заниматься. Решение хозяйственных споров судьями в США и России также имеют различия, причем решение спора в российском суде значительно больше зависит от активности судьи в привлечении дополнительных данных и независимых экспертов¹³, тогда как в американском суде роль судьи относительно пассивна, свидетелей-экспертов приглашают адвокаты сторон, причем рассмотрению подлежат лишь материалы, представленные сторонами. В суде присяжных это различие усугубляется тем, что стороны должны отстаивать свои позиции, прежде всего, перед присяжными заседателями, которым трудно слушать изощренные юридические и технические доводы. Соответственно по иному вынуждены вести себя в суде поверенные и финансовые эксперты. Тем не менее, отдельные рекомендации для американских поверенных вполне применимы и в российских условиях, если их правильно адресовать и интерпретировать.

Основное отличие выступлений конфликтующих сторон или независимых экспертов перед судьей от аналогичных выступлений перед присяжными заседателями заключается в том, что судью не

¹²Изменения в Гражданско-процессуальном кодексе РФ, вступившие в действие с января 1996 г., существенно сближают судопроизводство в РФ и в США, но практического опыта судопроизводства по новым правилам пока слишком мало, чтобы делать какие-либо выводы.

¹³Согласно новым правилам ведения гражданских дел в РФ, роль судьи должна стать более пассивной.

надо развлекать, для него не надо трижды повторять один и тот же текст. Напротив, следует по возможности кратко и строго изложить свои доводы. Однако наглядность и простота представления материала не повредит и в этом случае.

Разумеется, судья, как и любой нормальный человек, не в состоянии долго воспринимать числовую информацию, если она идет сплошным нескончаемым потоком. Поэтому очень важно выделить и сообщить ему, как и присяжным заседателям, минимум самой необходимой числовой информации, что и должен делать бухгалтер или финансовый эксперт. Если этого не делают стороны, участвующие в споре, то российский судья сам может затребовать необходимое ему для принятия решения мнение финансового эксперта.

Например, при рассмотрении в суде дела о нарушении патента на промышленный образец (см. 4.2.2. Дело о пульверизаторах) потерпевшая сторона в какой-то момент предъявила нарушителю иск на сумму, равную доходу предприятия-нарушителя. Судья совершенно справедливо посчитал это требование чрезмерным, так как продукция, производимая с нарушением патента, не была для предприятия-нарушителя основной, а прибыль, получаемая от ее производства, составляла незначительную долю от совокупного дохода. Для прояснения ситуации судья, пользуясь предоставленным ему правом, потребовал провести независимую экспертизу. В качестве финансового эксперта привлекли представителя КРУ Минфина РФ, который поднял бухгалтерские документы предприятия-ответчика и сделал на их основании собственные расчеты ущерба. В отличие от истца, независимый эксперт посчитал уместным исходить при подсчете ущерба не из дохода, а из прибыли, причем только той, которая была получена при производстве и реализации изделий с нарушением патента. Благодаря наличию подробной и непротиворечивой бухгалтерской документации ему удалось выделить часть дохода, полученную от реализации этой продукции, а также затраты на ее производство. В результате сумма иска была существенно сокращена.

Следующее существенное институциональное отличие касается системы бухгалтерского учета и постоянных изменений правил учета в России. С существовавшей при социализме системой учета

была связана определенная бухгалтерская культура, которая не может смениться так стремительно, как этого требуют изменившиеся условия. В частности, подавляющее большинство российских бухгалтеров никогда раньше не имело дел с учетом прав интеллектуальной собственности и с нематериальными активами вообще. Поэтому бухгалтер или финансовый эксперт, способный реально помочь патентному поверенному в суде, — пока редкость (при наличии огромной армии обычных бухгалтеров). Между тем, учет исключительных прав, в том числе прав интеллектуальной собственности в составе нематериальных активов — необходимое условие при продаже лицензий и важный аргумент в любом споре о наличии таких прав или об их нарушении. Аналогичные трудности возникают при необходимости работы и с другими новыми для российских бухгалтеров видами активов.

Наконец, третье скорее культурное, чем институциональное отличие — невозможность принятия российским судьей - профессионалом таких экстравагантных решений, как оценка причиненного ущерба в размере десяти гонораров поверенного,¹⁴ представляющего сторону, выигравшую дело. Разумеется, дело здесь не в народной традиции. Заседателю из народа понятно, что удава можно измерять в попугаях или обезьянах, но судья в каждом случае будет пытаться найти «обоснованное» решение, которое должно быть сформулировано в соответствующих терминах. Такое решение ему надо подсказать, так как оно может быть достаточно неожиданным для судьи.

Например, при разбирательстве одного дела о нарушении патента государственным предприятием¹⁵ возникли трудности с подсчетом ущерба, причиненного патентообладателю. Предприятие-нарушитель представило в суд документы, подтверждающие, что производство продукции, осуществляемое с нарушением патента, бесприбыльно, как и деятельность предприятия в целом. При этом смысл продолжения работы предприятия его руководство объясняло государственными интересами. В такой ситуации независимые эксперты предложили подсчитать народнохозяйственный эф-

¹⁴Такой пример приводился в цитируемом выше пособии Ernst&Young.

¹⁵Московским шинным заводом, сгоревшим в марте 1996 г.

факт от незаконного использования запатентованного изобретения, причем сделать это на основании официально утвержденной методики 1988 г. В результате получилась огромная сумма, которую судья тут же предложил сократить раз в десять, но и после этого получилась сумма, вполне удовлетворяющая потерпевшую сторону. Аналогичное решение теоретически могла подсказать судье потерпевшая сторона, но при условии, что на ее стороне выступали бы квалифицированный поверенный и помогающий ему специалист по финансовым вопросам. В отсутствие таковых необходимую работу делали приглашаемые судьей независимые эксперты, что избавляло конфликтующие стороны от хлопот. С учетом недавно принятых изменений к Гражданско-процессуальному кодексу РФ можно предположить, что теперь приглашать независимых экспертов, в том числе бухгалтеров, будут спорящие стороны, причем стороной, заинтересованной в квалифицированной экспертизе могут оказаться как истец, так и ответчик.

Глава 5

Учет прав ИС

В этой главе речь пойдет, прежде всего, об учете исключительных прав в составе нематериальных активов правообладателя как одним из важнейших аспектов оценки прав ИС при корпоративных транзакциях, а также об оценке прав ИС для целей бухгалтерского и статистического учета. Строго говоря, получение оценок для целей учета имеет достаточно мало общего с оценкой прав ИС для целей бизнеса, но во избежание путаницы необходимо хотя бы обозначить их место в системе рыночных институтов, рассматриваемой в целом.

Проблемы бухгалтерского учета нематериальных активов рассматриваются здесь с позиций лица, принимающего решения о развитии бизнеса или оценщика прав ИС, а не бухгалтера или аудитора. Такой подход хорошо вписывается в концепцию управленческого учета [36] и, как минимум, заслуживает внимания, хотя профессиональному бухгалтеру или аудитору предлагаемый взгляд на некоторые аспекты учета может показаться неожиданным, спорным или вообще ошибочным. Напротив, чисто бухгалтерский подход к учету нематериальных активов не выдерживает критики с точки зрения стратегического планирования бизнеса, так как сводится к правильному (в меру понимания конкретного бухгалтера или аудитора) отражению движения стоимостей, т.е. к отражению свершившихся фактов.

5.1. Стоимость прав и налогообложение

Как видно из примера с оценкой прав ИС в проекте «Вита» (см. 2.2.1) и разбирательства спора АОЗТ «Акустика» с налоговой службой (см. 4.2.3), учет исключительных прав в составе нематериальных активов правообладателя играет заметную роль при оценке прав ИС, поскольку он связан с налогообложением прибыли. Все остальные известные способы учета исключительных прав с налогообложением не связаны, а потому не играют сколько-нибудь существенной роли и не оказывают влияния на численное значение получаемой оценки.

Именно поэтому основное внимание в этом и следующем разделах уделено учету прав ИС в составе нематериальных активов, причем в основном тем аспектам учета нематериальных активов, которые непосредственно связаны с учетом затрат и, следовательно, с определением налогооблагаемой прибыли.

Не менее существенную роль в определении структуры сделок и схем оборота прав ИС играют различного рода льготы, предоставляемые в связи с использованием прав ИС [30]. Изменение законодательства или интерпретации законодательства, касающегося налоговых или иных льгот, очень быстро сказываются на эффективности тех или иных сделок, на что моментально реагируют участники рыночных отношений. Вокруг каждой нормы, касающейся налоговых льгот и допускающей различные интерпретации, постоянно происходит изнурительная борьба.

В этом плане очень показательна интерпретация п. к) ст. 5 закона РФ «О налоге на добавленную стоимость», согласно которому от налога на добавленную стоимость освобождаются «патентно-лицензионные операции (кроме посреднических), связанные с объектами промышленной собственности, а также получение авторских прав».

Неясность данной формулировки и постоянно меняющиеся ее интерпретации в Инструкции Госналогслужбы РФ «О порядке исчисления и уплаты налога на добавленную стоимость» № 39¹, а

¹Изменения в Инструкцию № 39 от 11 октября 1995 г. вносились 23.01.96, 14.03.96, 22.08.96.

также в различных разъяснениях Госналогслужбы РФ приводят к довольно скверным последствиям. Использование данной законом льготы превращается в искусство, доступное далеко не всем лицам, имеющим на нее право. Многие из них отказываются и от льготы, и от соответствующих сделок, т.е. не передаются права, не выходят книги и т.п.

Например, в момент сдачи этой книги в печать многие редакции были озабочены письмом Госналогслужбы РФ от 22 мая 1996 г. № 03-4-09/21 «О налоге на добавленную стоимость», в котором утверждалось, что «Закон Российской Федерации от 09.07.93 № 5351/1-1 «Об авторском праве и смежных правах» не предусматривает перехода авторского права от одного субъекта к другому иначе, как по наследству. В связи с этим юридические лица, получая право на использование аудиовизуальных произведений, не приобретают авторских прав на эти произведения». Данная формулировка представляет собой причудливый сплав правовой безграмотности и административного произвола, хорошо одобренный желанием откусить побольше. Все начинается с неверного прочтения ст. 29 и 30 закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», точнее — с буквального прочтения названий ст. 29 «Переход авторского права по наследству» и ст. 30 «Передача имущественных прав. Авторский договор», а не содержания этих статей. Между тем, право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора не переходят ни по наследству, ни по договору, а имущественные права переходят и по наследству, и по авторскому договору, т.е. по договору о передаче авторских прав.

Из ошибочного прочтения закона Госналогслужба делает выгодный для себя, но очень невыгодный для издателей, киностудий и производителей фонограмм вывод о том, что все они должны платить НДС при совершении сделок по передаче имущественных прав. Для многих фирм такой вывод равносителен приговору к высшей мере, причем ошибочному приговору.

За внешней анекдотичностью данного факта стоит серьезная проблема. Если процесс произвольной интерпретации законов чиновниками из ГНС не будет остановлен, то последствия могут быть очень плачевны, поскольку каждый такой прецедент выбивает из

бизнеса именно тех, кто ведет свои дела грамотно и пытается идти к успеху, используя свои законные права, а не взятки.

5.1.1. Нормы учета нематериальных активов

Основные нормы учета нематериальных активов, применяемые на территории России, содержатся в следующих документах:

- Федеральный закон Российской Федерации «О бухгалтерском учете» от 21 ноября 1996 № 129-ФЗ;
- Положение о бухгалтерском учете и отчетности в Российской Федерации (приложение к приказу № 170 Министерства Финансов РФ от 26 декабря 1994 г., в дальнейшем — ПОЛОЖЕНИЕ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ);
- Положение о составе затрат по производству и реализации продукции (работ, услуг), включаемых в себестоимость продукции (работ, услуг), и о порядке формирования финансовых результатов, учитываемых при налогообложении прибыли (утверждено Постановлением Правительства РФ от 5 августа 1992 г., № 552) с учетом изменений и дополнений, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 1 июля 1995 г. № 661 (в дальнейшем — ПОЛОЖЕНИЕ О СОСТАВЕ ЗАТРАТ);
- Инструкция о порядке заполнения типовых форм годовой бухгалтерской отчетности (утверждена приказом Министерства финансов РФ от 19 октября 1995 г. № 15, в дальнейшем — ИНСТРУКЦИЯ О ЗАПОЛНЕНИИ ТИПОВЫХ ФОРМ);
- Положение по бухгалтерскому учету долгосрочных инвестиций (утверждено письмом Министерства финансов РФ от 30 декабря 1993 г. № 160, в дальнейшем — ПОЛОЖЕНИЕ ПО УЧЕТУ ДОЛГОСРОЧНЫХ ИНВЕСТИЦИЙ);
- Порядок включения объектов интеллектуальной собственности в состав нематериальных активов (утвержден Министерством науки и технической политики Российской Федерации и Комитетом Российской Федерации по патентам и товарным

знакам 13 марта 1995 г. № ОР22-64; 10/2-20215/23, в дальнейшем — ПОРЯДОК);

В совокупности перечисленные документы определяют правила учета прав ИС в составе нематериальных активов правообладателя, включая оценку нематериальных активов для целей учета².

Оценка для целей учета

Необходимость оценки активов для целей бухгалтерского учета и наиболее общие нормы учета декларируются законом РФ «О бухгалтерском учете», ст. 11, п.1 и ПОЛОЖЕНИЕМ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ, п. 11 и 12. Разумеется, эти нормы относятся не только к нематериальным активам и тем более не только к правам ИС, но и к ним тоже. Кроме того, оценке для целей бухгалтерского учета посвящен специальный международный стандарт оценки, принятый в качестве собственного стандарта Российским Обществом Оценщиков (РОО)[46].

Нормы учета нематериальных активов

Нормы учета и оценки для целей учета, непосредственно касающиеся нематериальных активов, в основном собраны в п. 48. ПОЛОЖЕНИЯ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ.

В соответствии с п. 48 ПОЛОЖЕНИЯ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ определяется состав нематериальных активов, а именно:

К нематериальным активам, используемым в течение длительного периода (свыше одного года) в хозяйственной деятельности и приносящим доход, относятся права, возникающие:

из патентов на изобретения, промышленные образцы, селекционные достижения, из свидетельств на полезные модели, товарные знаки и знаки обслуживания и лицензионных договоров на их использование;

² Следует, однако, иметь в виду, что речь идет о бухгалтерском понятии оценки, а не о том, которое используют оценщики.

из прав на ноу-хау и др.

Кроме того, к нематериальным активам относятся права пользования земельными участками, природными ресурсами и организационные расходы.

Здесь же (в п. 48) сформулированы правила отражения стоимости нематериальных активов в бухгалтерской отчетности и начисления амортизации по нематериальным активам.

Нематериальные активы отражаются в учете и отчетности в сумме затрат на приобретение, изготовление и расходов по их доведению до состояния, в котором они пригодны к использованию в запланированных целях.

По объектам, по которым проводится погашение стоимости, нематериальные активы равномерно (ежемесячно) переносят свою первоначальную стоимость на издержки производства или обращения по нормам, определяемым организацией исходя из установленного срока их полезного использования. По нематериальным активам, по которым невозможно определить срок полезного использования, нормы переноса стоимости устанавливаются в расчете на десять лет (но не более срока деятельности предприятия). Амортизация нематериальных активов учитывается и отражается в отчетности отдельно.

Подробнее об этом написано в [49].

Необходимо отметить, что состав и правила амортизации нематериальных активов в России несколько отличаются от принятых в США. Кроме того, буквальный перевод некоторых терминов, используемых американскими оценщиками для обозначения тех или иных нематериальных активов, неизбежно приводит к недоразумениям. В связи с этим далеко не все рекомендации, содержащиеся в американских учебниках, например в [13], следует принимать буквально. Чтобы избежать возможных недоразумений, необходима помощь профессионала.

Учет затрат на НИОКР

Наиболее важные дополнения норм, перечисленных выше, касаются учета затрат на НИОКР и содержатся в ПОЛОЖЕНИИ О СОСТАВЕ ЗАТРАТ, а также ПОЛОЖЕНИИ ОБ УЧЕТЕ ДОЛГОСРОЧНЫХ ИНВЕСТИЦИЙ, которые дополняют³ друг друга. В соответствии с п. 2. ПОЛОЖЕНИЯ О СОСТАВЕ ЗАТРАТ

В себестоимость продукции (работ, услуг) включаются:

г) затраты некапитального характера, связанные с совершенствованием технологии и организации производства, а также с улучшением качества продукции, повышения надежности, долговечности и других эксплуатационных свойств, осуществляемых в ходе производственного процесса.

Затраты по созданию новых и совершенствованию применяемых технологий, а также по повышению качества продукции, связанных с проведением научно-исследовательских, опытно-конструкторских работ, созданием новых видов сырья и материалов, переоснащением производства, в себестоимость продукции (работ, услуг) не включаются;

д) затраты, связанные с изобретательством и рационализаторством: проведение опытно-экспериментальных работ, изготовлением и испытанием моделей и образцов по изобретениям и рационализаторским предложениям, организацией выставок, смотров, конкурсов и других мероприятий по изобретательству и рационализации, выплатой авторских вознаграждений и т.п.;

ц) амортизация нематериальных активов, используемых в процессе осуществления уставной деятельности, по нормам амортизационных отчислений, рассчитанных организацией, исходя из первоначальной стоимости и срока их полезного использования (но не более срока деятельности организации).

³Соответствующие фрагменты текста выделены.

По нематериальным активам, по которым невозможно определить срок полезного использования, нормы амортизационных отчислений устанавливаются в расчете на десять лет (но не более срока деятельности предприятия);

Согласно п. 4.3. ПОЛОЖЕНИЯ ОБ УЧЕТЕ ДОЛГОСРОЧНЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

Стоимость нематериальных активов (патентов, лицензий, программных продуктов, прав пользования земельными участками, природными ресурсами, результатами научно-исследовательских и опытно-конструкторских разработок, проектно-исследовательских работ и т.п.), приобретенных предприятиями, отражается на счете «Капитальные вложения» согласно оплаченным или принятым к оплате счетам продавцов после их оприходования и постановки на учет. При создании предприятиями отдельных видов нематериальных активов на счете «Капитальные вложения» отражаются фактически проведенные при этом затраты.

В этом же документе содержится еще один пункт, касающийся нематериальных активов и косвенно подтверждающий, что затраты на НИОКР можно капитализировать и учитывать как нематериальные активы.

п. 5.2.4. Инвентарная стоимость нематериальных активов складывается из *затрат на их создание* или приобретения и расходов по доведению их до состояния, в котором они пригодны к использованию в запланированных целях.

По мере *создания* или поступления нематериальных активов на предприятие и окончание работ по доведению их до состояния, в котором они пригодны к использованию в запланированных целях, нематериальные активы зачисляются на основании акта приемки в состав нематериальных активов.

Здесь следует обратить внимание на выделенные фрагменты цитируемых документов. Во-первых, второй абзац подпункта г) п. 2 ПОЛОЖЕНИЯ О СОСТАВЕ ЗАТРАТ содержит прямое указание не включать эти затраты в себестоимость продукции (работ, услуг). Во-вторых, ПОЛОЖЕНИЕ ОБ УЧЕТЕ ДОЛГОСРОЧНЫХ ИНВЕСТИЦИЙ содержит указание учитывать эти затраты на счете «Капитальные вложения». Таким образом, затраты на НИОКР предписывается капитализировать, а не включать их в текущие издержки производства. Такое положение достаточно необычно для стран с рыночной экономикой.

Подробности и уточнения

Некоторые подробности и уточнения норм, определяемых тремя цитированными выше документами, содержатся в ИНСТРУКЦИИ О ЗАПОЛНЕНИИ ТИПОВЫХ ФОРМ и в ПОРЯДКЕ. Согласно ИНСТРУКЦИИ О ЗАПОЛНЕНИИ ТИПОВЫХ ФОРМ в перечень нематериальных активов включены практически все права ИС. Исключение сделано почему-то для топологий интегральных микросхем, а селекционные достижения названы коллекционными. При этом различным типам прав ИС соответствуют различные коды строки.

Права на объекты интеллектуальной (промышленной) собственности (код. стр. 410).

В том числе права, возникающие:

из авторских и иных договоров на произведения науки, литературы, искусства и объекты смежных прав, на программы ЭВМ, базы данных и др. (код. стр. 411),

из патентов на изобретения, промышленные образцы, *коллекционные* достижения⁴, из свидетельств на полезные модели, товарные знаки и знаки обслуживания или лицензионных договоров на их использование (код. стр. 412),

из прав на ноу-хау (код. стр. 413).

⁴Разумеется, речь идет о селекционных достижениях.

Еще более подробный перечень прав ИС, включаемых в состав нематериальных активов дан в п. 3. ПОРЯДКА, но этот перечень не включает права на селекционные достижения и ноу-хау, т.е. также не является исчерпывающим. Самое главное достижение ПОРЯДКА — указание на допустимость определенной вольности речи, когда в качестве учетных единиц упоминаются охранные документы и договоры, подтверждающие права на ОИС (п. 4).

Последнее достаточно существенно, так как снимает противоречие между нормой, устанавливаемой ПОРЯДКОМ в п. 3, и сложившейся международной практикой⁵. В связи с этим стоит обратить внимание еще на одно обстоятельство, важность которого обычно недооценивается, а именно, на психологические барьеры для восприятия профессиональными оценщиками и бухгалтерами таких объектов оценки и учета, как имущественные права.

Оценщик или бухгалтер, как правило, не понимает до конца и не чувствует на интуитивном уровне тонкости юридической терминологии. Причем в сфере интеллектуальной собственности этот недостаток понимания особенно чувствителен. Бухгалтеру или оценщику, как и любому обывателю гораздо понятнее слово «патент», за которым он видит материальный объект (документ), чем выражение «права, вытекающие из патента». Точно также им легче почувствовать ценность технической библиотеки или редакционного архива, чем различные имущественные права на эти объекты, но именно права (и только права!) могут учитываться как нематериальные активы в соответствии с российскими правилами бухгалтерского учета. Исходя из обычного здравого смысла, следовало бы допускать здесь некоторые терминологические вольности, т.е. признавать использование терминов «редакционный архив» и «техническая библиотека» законным. Разумеется, невозможно учесть в инструкциях все возможные варианты, но необходимо признавать допустимыми некоторые упрощенные формулировки⁶.

⁵ Упоминание охранных документов (патентов) и договоров в качестве нематериальных активов встречается, например, в документах Статистической комиссии ООН.

⁶ В странах прецедентного права, и прежде всего в США, эти вопросы решаются проще. В результате очень многие рекомендации американских оценщиков нельзя понимать буквально.

5.1.2. Неизменность базы налогообложения

В большинстве стран с рыночной экономикой основные нормы учета нематериальных активов определяются национальными стандартами учета, в рамках которых юридическим лицам предоставляется определенная свобода действий, позволяющая фирмам и корпорациям строить учетную политику с учетом своих индивидуальных особенностей и долгосрочных интересов[45].

Наряду со стандартами учета публикуются рекомендации скорее методического, чем нормативного характера, а также интерпретации стандартов специальными научными советами. В США⁷, например, по вопросам учета нематериальных активов опубликовано Мнение специального Совета по бухгалтерскому учету [58]. На основании этого Мнения легко выделить один из основных принципов современного бухгалтерского учета — неизменность налогооблагаемой прибыли, рассматриваемой в долгосрочной перспективе (далее — Принцип). Соблюдение данного Принципа обеспечивается тем, что любые полезные для производства затраты можно включать в издержки производства и, следовательно, вычитать из налогооблагаемой прибыли, но делать это можно только один раз. Затраты могут быть либо включены в текущие издержки, либо капитализированы, превращены в активы, а затем амортизированы в течение нескольких лет с включением амортизации в издержки производства, однако нельзя делать то и другое одновременно. Иными словами, свобода выбора учетной политики, определяемая стандартами учета, не позволяет фирмам занижать налогооблагаемую прибыль в среднем за длительный период времени, хотя позволяет достаточно свободно увеличивать или уменьшать ее в отдельные годы.

Аналогичный принцип с большей или меньшей последовательностью выдерживается и в других странах с рыночной экономи-

⁷ Подробное описание принципов учета в США дано В.В. Качалиным в [21]. Отдавая должное этому труду, при его практическом использовании следует обратить внимание на не очень удачный перевод ряда англоязычных терминов. Например, термин «trade mark» переводится как «торговая марка», хотя в русском языке у него есть точный эквивалент — «товарный знак». Термин «present value» не очень удачно переводится как «текущая стоимость». Более удачный перевод — «приведенная стоимость», так как термину «текущая стоимость» соответствует «current value»[3].

кой, включая Россию, но его соблюдение обеспечивается разными средствами. Либеральные правила постановки прав ИС на учет, как правило, компенсируются ограничениями возможностей амортизации таких прав. Например, если можно поставить на учет собственный товарный знак, определив его стоимость экспертным путем, то должна быть запрещена амортизация товарных знаков.

Учет нематериальных активов в США

Гибкая система учета нематериальных активов, позволяющая равномерно распределять по годам налоговое бремя, принята в США[21]. Здесь нематериальные активы амортизируются, если срок их полезного использования ограничен[45], но их постановка на учет довольно жестко регламентирована, причем именно в той части, которая связана с изменением балансовой стоимости. Благодаря этому ограничению уменьшить налогооблагаемую прибыль в долгосрочной перспективе практически невозможно. В состав нематериальных активов разрешено включать любые оборотоспособные права как отдельные учетные единицы, но нельзя приписывать им какие-то стоимости, если они не подтверждены наличием соответствующих затрат, не учтенных как-то иначе.

Купленные права ставятся на учет по цене приобретения. Права на результаты собственных разработок ставятся на учет, как правило, с символической оценкой (один доллар), а соответствующие затраты на исследования и разработки учитываются как текущие, уменьшая на соответствующие суммы налогооблагаемую прибыль за данный год. Как правило, крупные фирмы стремятся удерживать эти затраты на относительно стабильном уровне (в процентном отношении к общему объему затрат). Капитализация затрат на НИОКР практикуется лишь тогда, когда они достаточно велики и не могут быть безболезненно отнесены к текущим. Для этого необходима уверенность в том, что результаты НИОКР дадут ожидаемый экономический эффект, причем будут использоваться достаточно долго (более одного года). Только в таких случаях затраты на НИОКР удобно сначала капитализировать, а потом включать по частям в издержки производства. Соответственно только в этом случае принято включать в состав нематериальных активов пра-

ва на результаты НИОКР, причем их оценка равна объему капитализированных затрат. Иными словами, в составе нематериальных активов отражаются затраты (!) на собственные НИОКР, причем при условиях, что результаты этих НИОКР охраноспособны, будут использоваться не менее года и приносить соответствующий доход. Таким образом, как при покупке патентов или лицензий, так и при проведении собственных НИОКР с получением охраноспособных результатов в составе активов отражаются соответствующие затраты. Нематериальные активы позволяют относить эти затраты на производство продукции в течение ряда лет, корректировать налогооблагаемую прибыль и, следовательно, равномернее распределять по годам налоговое бремя. Но ни какие манипуляции с нематериальными активами не позволяют занижать налогооблагаемую прибыль в течение целого ряда лет.

Отклонения от Принципа в правилах учета

В целом правила учета нематериальных активов в России достаточно похожи на правила, применяемые для аналогичных целей в США. Прежде всего, сходство проявляется в том, что покупаемые права ИС (в виде патентов, лицензий и т.п.) ставятся на учет по цене приобретения. Наряду с этим в России, как и в США, предусмотрена возможность непосредственного включения затрат на приобретение прав ИС в издержки производства или, иными словами, в себестоимость продукции (работ, услуг).

Вместе с тем, в российских правилах учета есть отличия, нарушающие принцип неизменности базы налогообложения и оставляющие лазейки для искусственного занижения прибыли. В частности, нет достаточно внятного указания на то, что включение в себестоимость продукции затрат на приобретение патентов или лицензий исключает постановку этих патентов или лицензий на учет по цене приобретения. В данном случае российские правила учета оставляют фирмам очень большую свободу выбора решения.

С принципом неизменности базы налогообложения согласуются следующие три варианта решения:

— включение всех затрат на приобретение прав (паушального платежа и роялти) в себестоимость продукции по мере их понесе-

ния;

— включение прав ИС в состав нематериальных активов с оценкой в размере паушального платежа, а роялти — по мере их выплаты — в себестоимость производимой продукции;

— включение прав ИС в состав нематериальных активов с оценкой в размере полной цены лицензии, включая паушальный платеж и предполагаемые выплаты в виде роялти.

Последний вариант не вполне корректен, так как нельзя включать в состав затрат суммы, которые должны быть выплачены лишь предположительно. Строго говоря, их нельзя считать обязательствами. Тем не менее этот вариант, как и два других, не противоречит Принципу и, следовательно, какие-то его модификации можно рассматривать в качестве условно допустимых.

Совершенно недопустимо включение паушального платежа или полной цены лицензии в себестоимость продукции и одновременно в состав нематериальных активов. Строго говоря, это должно быть понятно и без специального указания, так как одновременное включение затрат на приобретение прав в себестоимость продукции и включение тех же затрат в состав нематериальных активов с их последующей амортизацией означает двойной счет затрат и, следовательно, занижение налогооблагаемой прибыли.

Детальная регламентация более очевидных учетных операций дает основание считать, что здесь имеет место дефект нормативной базы, который должен быть устранен. Однако, пока дефект существует, он объективно способствует стремлению включать в состав нематериальных активов ранее учтенные затраты.

Еще один пример такой же непоследовательности — возможность ставить на учет подарки в виде прав ИС с оценкой, определенной экспертным путем. Получая подарок на безвозмездной основе, получатель вполне мог бы учесть его в своем балансе с символической ценой и не коверкать налогооблагаемую базу. Если же он ставит подарок на учет с некоторой оценкой, выражаемой в деньгах, то должен либо показать получение прибыли, либо не амортизировать приобретенные таким образом активы. Правилами это не предписывается достаточно однозначно.

Существенно осложняют жизнь российским предпринимателям

жесткие ограничения по составу затрат, включаемых в себестоимость продукции (работ, услуг) и, следовательно, вычитаемых из налогооблагаемой прибыли. В частности, не включаются в себестоимость продукции затраты на НИОКР, в то время как в США все полезные для производства затраты принято включать в издержки производства и вычитать из налогооблагаемой прибыли. С учетом таких отличий должны быть скорректированы и рекомендации по учету нематериальных активов и затрат на НИОКР. Если в США эти затраты рекомендуется включать в текущие издержки, т.е. не рекомендуется их капитализировать, то в России следует их по возможности капитализировать, обеспечивать правовую охрану получаемых результатов и включать соответствующие права ИС в состав нематериальных активов.

В целом сравнение российских правил учета с американскими однозначно свидетельствует, что в России фактически создана система материальных стимулов для искусственного включения прав ИС в состав нематериальных активов. Спор между АОЗТ «Акустика» и налоговой инспекцией, а также решение коллегии Высшего Арбитражного Суда, решившее этот спор в пользу налоговой инспекции, свидетельствует о стремлении государства компенсировать эти стимулы с помощью карательных мер. Более естественный путь решения той же проблемы — ликвидация соответствующих стимулов путем устранения дефектов в нормативной базе, определяющей правила учета затрат.

Конфликт интересов как причина манипуляций активами

Мотивы манипуляций с нематериальными активами и соответственно с налогооблагаемой прибылью лишь отчасти связаны с недостатками российской системы учета, а отчасти — с отсутствием контроля за такими явлениями, как конфликт интересов.

Непоследовательность российской системы учета нематериальных активов проявляется прежде всего в определенной неоднозначности норм, касающихся оценки активов для отражения в бухгалтерском учете и отчетности, причем только в случае их приобретения способом, отличным от обычной купли-продажи, например, в результате дарения или внесения вклада в уставный капитал вновь

создаваемого юридического лица. Здесь необходимо подчеркнуть, что «оценка активов для отражения в бухгалтерском учете» — это не совсем то, что подразумевают под словом «оценка» профессиональные оценщики.

Согласно п. 11 ПОЛОЖЕНИЯ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ И ОТЧЕТНОСТИ «Имущество, обязательства и хозяйственные операции для отражения в бухгалтерском учете подлежат оценке. Оценка осуществляется в денежном выражении путем суммирования фактически произведенных расходов». В следующем абзаце того же пункта допускается применение других видов оценок в случаях, предусмотренных законодательством . . . , что вносит возможность неоднозначного толкования слова «оценка» в данном контексте, но в целом понятно, что речь идет скорее об учете затрат, чем об оценке активов.

Дарение и внесение вкладов в уставный капитал — это как раз те случаи, когда фактически произведенные расходы могут быть смехотворно малы по сравнению с реальной ценностью имущества или имущественных прав, переходящих из рук в руки. Как при дарении, так и при внесении вклада в уставный капитал возможна заинтересованность всех или некоторых участников сделки в занижении или, наоборот, в завышении оценки ее реального масштаба, т.е. в занижении или в завышении оценки вклада (подарка). Впрочем, на этом сходство заканчивается, так как исходные причины такой заинтересованности разные.

При дарении обе стороны заинтересованы скорее в занижении оценки подарка и соответственно суммы налога, чем в ее завышении. Поэтому для государства вполне естественно требовать проведения независимой оценки. Впрочем, та же мера защиты государственных интересов оптимальна и в случае обоюдной заинтересованности сторон в завышении оценки. Ничего лучшего, чем независимая оценка здесь придумать нельзя, так сам принцип подарка подразумевает совпадение интересов⁸.

При внесении любых нефинансовых вкладов в уставный капитал

⁸При этом не обязательно связывать оценку подарка для целей налогообложения с отражением этой оценки в балансе и прежде всего это относится к нематериальным активам.

создаваемых юридических лиц более вероятна заинтересованность учредителей в завышении оценки такого вклада, чем в ее занижении. Прежде всего, это относится к учредителю, вносящему данный вклад. Все остальные учредители, если они есть и достаточно независимы, должны быть заинтересованы в занижении оценки того же вклада. Когда все обстоит именно таким образом, вопрос об оценке вклада мало чем отличается от вопроса о цене в сделке купли-продажи, в том числе, если речь идет о цене патента или лицензии. Следовательно, соглашение сторон — необходимое и достаточное условие для того, чтобы признать оценку вклада ценой приобретения со всеми вытекающими отсюда последствиями. Специфика прав ИС и нематериальных активов здесь не играет какой-либо заметной роли.

Все оказывается далеко не так просто, если учредители нового юридического лица представляют не свои интересы. Например, учредители — юридические лица — могут фактически представлять интересы одного и того же физического лица⁹. В результате возможна всеобщая заинтересованность в завышении оценки одних вкладов и в занижении оценки других. Манипуляции с нематериальными активами позволяют делать это с максимальным комфортом.

Попытки закрыть возможности для таких манипуляций с помощью обязательной независимой экспертизы или независимой оценки активов, вносимых в качестве вкладов в уставный капитал, могут обеспечить работой профессиональных оценщиков, но они не могут радикально облегчить работу налоговых служб, так как в основе завышения и занижения оценок обычно лежит конфликт интересов¹⁰. Независимая оценка не устраняет этот конфликт интересов, а только сглаживает его проявления.

5.1.3. Учет прав ИС при приватизации науки

Приватизация в научно-технической сфере породила ряд документов, затронувших сферу оценки и учета прав ИС. Среди таких до-

⁹ Такое явление называется конфликтом интересов.

¹⁰ Например, при внесении вкладов в уставный капитал акционерных обществ с участием физических лиц и управляемых ими юридических лиц — государственных предприятий.

кументов только ПОРЯДОК целиком посвящен этим вопросам.

ПОРЯДОК был разработан и утвержден Миннауки РФ и Роспатентом во исполнение постановления Правительства РФ «О приватизации объектов научно-технической сферы» от 24 июля 1994 г. № 870, зарегистрирован в Минюсте РФ 20 марта 1995 г. № 809 и вступил в силу после официальной публикации. Регистрации предшествовал длительный процесс согласований, в ходе которого сменилось несколько версий проекта ПОРЯДКА, сузился круг решаемых проблем и значительно обновилась команда разработчиков, причем изменения в тексте проекта можно вполне однозначно оценить как существенные потери.

Критика ПОРЯДКА в средствах массовой информации, конструктивная в своей основе, но сосредоточенная на частностях [17], не коснулась наиболее принципиальных вопросов учета прав ИС или, выражаясь языком ПОРЯДКА, прав на объекты интеллектуальной собственности (ОИС). Не коснулась она и проблем приватизации в научно-технической сфере, выявленных, но не решенных при подготовке ПОРЯДКА. Еще меньше хорошего можно сказать по поводу опубликованных комментариев к ПОРЯДКУ. Например, комментарий, предназначенный для бухгалтеров и опубликованный в [31] содержит ошибки, связанные с непониманием аудитором законодательства об интеллектуальной собственности и весьма специфического языка ПОРЯДКА.

Проект Порядка, подготовленный в Эрнст энд Янг

В подготовке первоначального проекта ПОРЯДКА, разработанного по заказу Миннауки РФ и согласованного с Роспатентом, принимали участие сотрудники Центра исследований и развития Эрнст энд Янг Внешконсульт Групп, прежде всего, специалисты по правам собственности, оценке прав ИС и бухгалтерскому учету. Усилия разработчиков были направлены на выявление и практическое решение принципиальных проблем приватизации научно-технических объектов (НТО), в том числе на устранение препятствий для включения прав ИС в экономический оборот, формирование приемлемых для практики норм учета исключительных прав, а также на устранение неясностей в существующей нормативной базе по бухгалтер-

скому учету прав ИС и других исключительных прав в составе нематериальных активов

Параллельно ПОРЯДКУ, но по отдельному заданию Миннауки РФ, специалистами Центра исследований и развития Эрнст энд Янг Внешконсульт Групп были разработаны МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СТОИМОСТНОЙ ОЦЕНКЕ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ при оценке вклада в уставный капитал создаваемых предприятий (далее — РЕКОМЕНДАЦИИ). Первоначальный проект ПОРЯДКА и РЕКОМЕНДАЦИИ были согласованы между собой и довольно удачно дополняли друг друга. Рассматривался даже вариант ПОРЯДКА, включавший РЕКОМЕНДАЦИИ в качестве приложения.

Радикальные изменения в проекте

Окончательный вариант проекта подготовили штатные сотрудники Миннауки РФ и Роспатента без привлечения специалистов по оценке и учету прав ИС, но при активном участии Минюста РФ. Усилия команды, состоявшей из штатных сотрудников заинтересованных ведомств, были направлены на регистрацию ПОРЯДКА в Минюсте РФ с целью закрыть вопрос любой ценой. В итоге цель была достигнута ценой отказа от любых попыток решения проблем, выходящих за пределы компетенции ведомств, ответственных за разработку ПОРЯДКА, а также от использования экономических терминов, еще не встречавшихся в законодательных актах.

Первым делом из первоначального проекта ПОРЯДКА были выброшены статьи, устанавливающие правообладателя в тех случаях, которые не предусмотрены законодательством, но встречаются при приватизации НТО. Иными словами, сразу же были пресечены попытки преодолеть правовую неопределенность в отношении результатов творческой деятельности или, выражаясь языком экономики права, завершить спецификацию исключительных прав на эти результаты. Вслед за ними были удалены статьи, сформулированные с применением таких терминов, как «оценка бизнеса», «идентифицируемые» и «неидентифицируемые» нематериальные активы.

Строго говоря, эти потери были неизбежны, так как решение вопроса о правообладателе или введение в оборот новых терминов

возможны только на уровне закона. Статус ПОРЯДКА как нормативного документа оказался слишком низким. Однако после удаления из ПОРЯДКА наиболее существенных норм, он утратил не только большую часть содержания, но и логическую стройность, которая была присуща исходному проекту.

Наконец, по причинам весьма спорного характера, было запрещено упоминать ноу-хау и селекционные достижения в качестве объектов интеллектуальной собственности, что можно рассматривать как курьез¹¹. Практические последствия этого курьезного решения не заставили себя ждать. Многие фирмы отказываются включать ноу-хау в состав своих активов из опасения, что в будущем налоговые органы, ссылаясь на ПОРЯДОК, предъявят им претензии.

ПОРЯДОК, зарегистрированный в Минюсте РФ, отличается от первоначального проекта демонстративной отстраненностью от проблем приватизации НТО, ради решения которых он затевался, и практически полной выхолащенностью содержания. Однако учитывая фрагментарность нормативной базы для учета нематериальных активов, появление этого документа следует признать скорее полезным, чем наоборот.

Хотя ПОРЯДОК был разработан для применения только при приватизации НТО, основная часть его содержания вполне универсальна, т.е. применима при учете различных трансакций, связанных с оборотом прав ИС. Исключение составляют лишь п.2, ограничивающий область обязательного применения ПОРЯДКА приватизацией НТО, а также п.4 и последний абзац в п.3, определяющие весьма жесткий, но вполне разумный порядок заполнения Акта оценки и наличия нематериальных активов приватизируемых НТО¹².

¹¹ Согласно п. 48 ПОЛОЖЕНИЯ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ права на ноу-хау и права, возникающие из патентов на селекционные достижения относятся к нематериальным активам.

¹² Необходимость заполнения такого Акта следует из анализа приложений к Указу Президента Российской Федерации «Об ускорении приватизации государственных и муниципальных предприятий» от 29 января 1992 года № 66., стандартная форма Акта — Приложение № 6 к Приложению № 2.

Полезные уточнения и универсальные нормы

К числу универсальных норм, устанавливаемых ПОРЯДКОМ (непосредственно или по аналогии), логично отнести следующие:

— точное указание объектов, включаемых в состав нематериальных активов, в частности, указание на то, что в составе нематериальных активов учитываются не сами ОИС, а права на ОИС, если они используются в хозяйственной деятельности правообладателя (в данном случае — НТО) с получением дохода (п. 3);

— определение основных учетных единиц, к числу которых относятся права, вытекающие из патентов, лицензий и т.д. (п. 3);

— указание на допустимость определенной вольности речи, когда в качестве учетных единиц упоминаются охранные документы и договоры, подтверждающие права на ОИС (п.4).

Ничего больше в ПОРЯДКЕ нет, если не считать досадных неточностей и неверно расставленных акцентов.

Неточности в формулировках

В самом названии ПОРЯДКА, заимствованном из постановления Правительства РФ от 28 июля 1994 г. № 870, неудачно использовано словосочетание «включение объектов интеллектуальной ... ». На самом деле речь идет не об объектах авторского права или промышленной собственности, которые и есть ОИС, а о правах на такие объекты, хотя эти права в свою очередь представляют собой объекты гражданского оборота. Разумеется, вместо термина «права на ОИС» лучше было использовать более краткий термин «права ИС».

В описании объектов, включаемых в состав нематериальных активов, акцент сделан на их использовании в хозяйственной деятельности правообладателя с получением дохода¹³, что представляется не очень уместным, учитывая назначение ПОРЯДКА.

Действительно, ценность нематериальных активов определяется их способностью приносить доход, поэтому не следует включать в состав нематериальных активов права ИС, если очевидна их бесполезность. Однако решение этого вопроса следует оставить

¹³Здесь авторы окончательной версии ПОРЯДКА просто повторяют формулировки из ПОЛОЖЕНИЯ О БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ.

на усмотрение правообладателя, а не пытаться решить его на уровне нормативного документа. Иными словами, не следует запрещать включение прав ИС в состав нематериальных активов только на том основании, что не подтверждено их использование с получением дохода. Такое запрещение особенно противоестественно в том случае, когда речь идет о правах НТО.

Результаты интеллектуальной деятельности, права на которые принадлежат НТО, как правило, использовались и продолжают использоваться промышленными предприятиями, а не самими НТО. Если при этом предприятия извлекают доход, то не от использования прав, принадлежащих НТО, а от использования самих результатов (изобретений, промышленных образцов и т.д.). Они не нарушают прав НТО, так как действуют на основе права преждепользования. У НТО нет возможности ни запретить им использование соответствующих изобретений или промышленных образцов, ни потребовать соответствующей компенсации. Вместе с тем, НТО может продавать лицензии другим предприятиям и получать доход, но для этого следует сначала отразить наличие прав ИС в бухгалтерских документах, чтобы избежать последующих обвинений в сокрытии имущества. Иными словами, возможен порочный круг, когда для использования прав ИС наиболее естественным образом — путем продажи лицензий — их надо включить в состав нематериальных активов НТО, а чтобы включить эти права в состав активов, надо доказывать, что они используются с получением дохода. Поэтому необходима предельная осторожность при формулировании условий, обязательных для выполнения, или условий, которые легко могут быть приняты за обязательные.

Понятие использования в хозяйственной деятельности с получением дохода следует трактовать максимально широко, т.е. так широко, как того хочет правообладатель. Поскольку правообладатель сам заинтересован в получении дохода от использования принадлежащих ему прав ИС, совсем не обязательно толкать его в спину, дотошно проверяя сам факт получения дохода от использования прав ИС. В сложившейся же ситуации вполне можно ожидать попыток именно такого контроля со стороны налоговых инспекторов и других представителей государства, что будет только мешать раз-

витию бизнеса.

Кроме того, не очень удачно сформулирован п.3, а именно: список учетных единиц оставлен открытым и заведомо не является исчерпывающим. Иными словами, вопрос о целесообразности учета прав на селекционные достижения и ноу-хау в составе нематериальных активов фактически оставлен на усмотрение бухгалтеров. Тем самым на бухгалтеров перекладывается ответственность за последствия, снимаемая с себя составителями ПОРЯДКА. Разумеется, бухгалтеры предпочли бы получить исчерпывающий список возможных учетных единиц.

5.2. Альтернативные способы учета

Вопрос об учете прав ИС достаточно сложен и важен, чтобы не оставлять его на усмотрение лишь бухгалтеров и аудиторов. Очень часто оказывается полезным взглянуть на него шире.

5.2.1. Включать или не включать?

Если смотреть на вопрос об учете прав ИС не с бухгалтерских позиций, а с позиций лица, принимающего решения, то достаточно часто возникает вопрос не только о возможности, но и о целесообразности включения прав ИС в состав нематериальных активов. Правильнее говорить не о дилемме с требованием ответа типа «да» или «нет» (включать, не включать), а о серии из трех последовательных вопросов и соответственно трех развернутых ответов.

Вопрос 1. Какие права ИС можно учесть в составе нематериальных активов?

Ответ прост: любые! Следует только помнить и понимать, что формы учета прав ИС могут быть разными, как и преследуемые цели. Эти формы далеко не очевидны. Следовательно, они должны быть прописаны или хотя бы обозначены в нормативных документах по бухгалтерскому учету или по смежным вопросам, например, в том же ПОРЯДКЕ. До настоящего времени это не сделано, поэтому практики относительно свободны в своем выборе, но лишены четких ориентиров.

При существующем состоянии нормативной базы, права ИС можно учитывать либо как отдельные учетные единицы в составе нематериальных активов, приписывая каждой учетной единице определенную стоимостную оценку, либо как факторы, повышающие интегральную оценку юридического лица, но не оцениваемые по отдельности. Например, интегральную оценку НТО могут повышать принадлежащие ему права на ОИС, которые согласно ПОРЯДКУ (последний абзац п. 3) рекомендуется включать в отдельный список без стоимостной оценки. Если при приватизации НТО все такие факторы учитываются в продажной цене, то они обязательно учитываются в составе нематериальных активов, так как разность между продажной ценой приватизируемого НТО и его балансовой стоимостью отражается на счете 04 «Нематериальные активы»¹⁴. Однако включение этой разности в состав нематериальных активов происходит после совершения сделки (приватизации), а не до нее. Иными словами, оценка этих факторов отражается в составе нематериальных активов НТО не до, а после приватизации.

ПОРЯДОК не запрещает ни первый, ни второй способы учета прав ИС, но и не подсказывает правильный выбор. Более того, ПОРЯДОК даже не обнаруживает наличие альтернативы!

В проекте ПОРЯДКА, подготовленном специалистами Центра исследований и развития Эрнст энд Янг Внешконсульт Групп, ответ на данный вопрос был сформулирован в виде отдельного пункта следующего содержания:

Исключительные права на ОИС и права на использование ОИС, принадлежащие некоторому юридическому лицу, учитываются в составе активов данного лица как отдельные учетные единицы, если эти права обладают оборотоспособностью и получили стоимостную оценку как самостоятельные объекты гражданских прав. Иные права на ОИС, принадлежащие данному лицу, учитываются в оценке бизнеса или в оценке данного юридического лица в целом, определяемой соглашением сторон при его купле-продаже.

В этой формулировке содержится не только внятный ответ на

¹⁴ Инструкция Министерства Финансов Российской Федерации от 23 декабря 1992 года «ОБ ОТРАЖЕНИИ В БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ И ОТЧЕТНОСТИ ОПЕРАЦИЙ, СВЯЗАННЫХ С ПРИВАТИЗАЦИЕЙ ПРЕДПРИЯТИЙ».

первый вопрос, но также предельно сжатые ответы на следующие два вопроса и совершенно необходимое в данном случае указание на отношение между правами ИС и оценкой юридического лица в целом.

Вопрос 2. Какие права ИС в принципе можно включать в состав нематериальных активов как отдельные учетные единицы?

Ответ тоже прост: оборотоспособные! Данное понятие, как уже говорилось выше, расшифровано в ст. 129 части первой Гражданского кодекса РФ. Однако применение его на практике требует от бухгалтеров, налоговых инспекторов и других практических работников специальных знаний в области гражданского права, которыми они заведомо не обладают. Для них как практиков, которым предстоит работать с ПОРЯДКОМ, лучше иметь полный перечень теоретически возможных учетных единиц, с которым можно сверяться в неочевидных ситуациях. Именно этот подход был реализован в ранних версиях ПОРЯДКА.

По тому же пути пошли авторы окончательной версии ПОРЯДКА, но пошли не до конца. Давая относительно полный перечень учетных единиц, они предпочли сделать его открытым и не стали включать туда объекты¹⁵, относительно которых могли быть хотя бы минимальные сомнения. По-видимому, специалистам из Минюста РФ представляется, что бухгалтеры и налоговые инспекторы разберутся в этих вопросах лучше, чем специалисты из Роспатента, Миннауки РФ и самого Минюста РФ.

К сказанному выше следует добавить, что очень часто оборотоспособные права на ОИС не следует включать в состав нематериальных активов до того, как они побывали в хозяйственном обороте. Однако тогда возникает вопрос об их учете каким-то другим способом. В п. 4 ПОРЯДКА рекомендуется «при заполнении Акта оценки и наличия нематериальных активов включать в перечень нематериальных активов без указания стоимости (отдельным списком) ОИС, не учитываемые в балансе приватизируемого НТО». Вероятно, это не худшее решение. Не случайно именно его, причем независимо друг от друга, выбрали многие практические работники (до появ-

¹⁵В перечень не включены исключительные права на селекционные достижения и на ноу-хау.

ления ПОРЯДКА!).

Вопрос 3. Какие права ИС следует отражать на счете 04 «Нематериальные активы» с отдельными стоимостными оценками, т.е. включать в состав нематериальных активов как отдельные учетные единицы?

Простого ответа на этот вопрос не существует. Ответ на него не однозначен по сути и зависит от целого ряда конкретных обстоятельств. Более того, ответ целесообразно разбить на несколько порций, неодинаковых по сложности понимания и выдаваемых по мере накопления специальных понятий и полезных сведений.

Прежде всего, на счете 04 «Нематериальные активы» отражаются те оборотоспособные права ИС, которые уже побывали в экономическом обороте и получили стоимостную оценку в реальных сделках. Правила учета таких прав ИС вполне четко определены¹⁶.

Менее очевиден ответ на вопрос об учете тех оборотоспособных прав ИС, которые не были в обороте и соответственно не получили оценки в сделках. К этой категории относятся исключительные права на использование результатов собственных разработок НТО (или другого юридического лица, о правах которого идет речь), а также исключительные права на собственный товарный знак или знак обслуживания.

Исключительные права приватизируемых НТО на собственные разработки, как правило, не учтены в их балансе и, потому их следует включать (без стоимостной оценки) в отдельный список, прилагаемый к Акту оценки и учета нематериальных активов. Больше в ПОРЯДКЕ по поводу таких прав ИС не сказано ни одного слова, поэтому практикам следует руководствоваться общими нормами учета, здравым смыслом и рекомендациями специалистов, знакомых с опытом стран с развитой рыночной экономикой. Примечательно, что правила постановки на учет и последующей амортизации таких прав в разных странах неодинаковы.

¹⁶См. Приложение 2 к приказу Министра финансов СССР от 1 ноября 1991 г. № 56 «Об утверждении плана счетов, бухгалтерского учета финансово-хозяйственной деятельности предприятий и инструкции по его применению» с изменениями, утвержденными приказом Минфина РФ № 173 от 28 декабря 1994 г.

5.2.2. Учетные функции активов

Чтобы увидеть принципиальную разницу между учетом прав ИС, приобретенных при покупке патентов или лицензий, и учетом прав ИС на результаты собственных разработок, следует обратить внимание на те учетные функции, которые выполняют нематериальные активы. При этом необходимо выйти за рамки чисто бухгалтерских представлений об этом предмете и соответственно за рамки привычной бухгалтерской лексики.

Прежде всего, следует обратить внимание на то, как оцениваются и какие функции выполняют нематериальные активы при оценке бизнеса [13] с целью его последующей продажи или для иных целей. Как правило, все материальные активы оцениваются и отдельно, и в совокупности, причем оценивается отдельно их восстановительная стоимость, балансовая стоимость и т.п., а затем полученные оценки играют существенную роль при оценке бизнеса в целом. Нематериальные активы чаще всего оцениваются лишь в совокупности по принципу «большого котла» [13], исходя из оценки бизнеса в целом и стоимости материальных активов. При этом в отчете об оценке, каким-то образом отмечается факт наличия соответствующих активов. Например, в отчете об оценке указывается, что у фирмы есть список клиентов, составляющий ее коммерческую тайну, а также технологическое ноу-хау, но стоимость их в отдельности не определяется. Точно так же могут не оцениваться в отдельности, а лишь упоминаться в отчете авторские права и практически любые другие нематериальные активы. Если же некоторые нематериальные активы вычлняются из «большого котла» и оцениваются как отдельные единицы, то главная причина этого — желание иметь возможность амортизировать такие активы, что затруднительно в случае применения принципа «большого котла». Возможность уточнить оценку бизнеса в целом через оценку отдельных нематериальных активов весьма призрачна, так как оценивать каждый из них в отдельности труднее, чем бизнес в целом.

Таким образом, есть два существенно разных способа учитывать нематериальные активы в отчете об оценке. Первый способ состоит в том, что оценка всех нематериальных активов делается по принципу «большого котла», но каждый из них упоминается в от-

чете об оценке. Второй способ предполагает сопоставление какой-то определенной оценки каждому из нематериальных активов¹⁷. Соответственно, можно говорить о двух учетных функциях нематериальных активов, которые в первом способе реализуются отдельно, а во втором — вместе. Первая из этих функций — признание факта наличия у данной фирмы некоторых преимуществ перед потенциальными конкурентами, повышающих ее стоимость. Вторая функция — признание стоимостного выражения указанных преимуществ. При использовании первого способа речь идет только о совокупной стоимости всех преимуществ, при использовании второго — о стоимости каждого из них в отдельности.

Нечто аналогичное имеет место в бухгалтерском учете нематериальных активов. Здесь также можно выделить, как минимум, две учетные функции нематериальных активов, реализуемые либо вместе, когда на учет ставится купленная лицензия или патент, либо отдельно, когда на учет ставится патент на служебное изобретение с оценкой, далекой от реальных затрат на проведение НИОКР, результатом которых стало изобретение. Первая функция — отражение в бухгалтерских документах и, следовательно, признание *бухгалтерией*¹⁸ самого факта принадлежности прав ИС как объекта гражданского оборота данному юридическому лицу, вторая — отражение рыночной стоимости тех же прав ИС в балансовой стоимости данного юридического лица. Строго говоря, эти функции не только различны, они нужны для достижения разных целей, причем не всегда достижимых одновременно и далеко не равнозначных по важности.

¹⁷Разумеется, возможны различные комбинации этих способов.

¹⁸Разумеется, принадлежность прав ИС данному юридическому лицу подтверждается, прежде всего, соответствующими охранными документами (патентами, свидетельствами), лицензионными соглашениями или договорами о передаче прав. Отражение того же факта в бухгалтерских документах путем постановки прав ИС на учет как нематериальных активов, строго говоря, не является необходимым. Однако имея патент на изобретение и намереваясь продать лицензию, следует сначала поставить патент на учет. В противном случае возможно обвинение со стороны налоговых органов в сокрытии имущества. Поэтому постановку патента на учет с символической оценкой можно рассматривать как признание бухгалтерией самого факта наличия патента и обладания соответствующими правами ИС.

Признание факта принадлежности прав ИС определенному лицу необходимо, прежде всего, для того, чтобы не допустить их исключения из гражданского оборота. Именно эта учетная функция играет ключевую роль при приватизации НТО. Отражение рыночной стоимости тех же прав в балансовой стоимости юридического лица происходит, как правило, после покупки данного юридического лица новым собственником и, следовательно, не может играть какой-либо роли при подготовке и заключении сделки. В частности, это относится к приватизации НТО.

Современная техника бухгалтерского учета, лишь частично реализуемая в российских условиях, позволяет вполне безболезненно разделить две учетные функции нематериальных активов. Нужный эффект достигается с помощью достаточно простых искусственных приемов.

Символическая оценка нематериальных активов

Важную роль в разделении учетных функций играют символические оценки отдельных нематериальных активов, позволяющие отразить факт наличия актива в бухгалтерских документах без указания какой-либо реальной стоимости. В США, например, отдельным активам, не получившим оценку в сделках, часто приписывают символическую оценку \$1 (один доллар) и с этой оценкой ставят их на баланс.

Символическая оценка актива означает, что ценность его либо учтена как-то иначе, либо не установлена, но отнюдь не отсутствие какой-либо реальной ценности. Актив, получивший символическую оценку, находит отражение в учетных документах и не теряется. Вместе с тем, такая оценка практически не влияет на баланс. Сочетание этих свойств оказывается очень полезным при необходимости разделить оценку прав ИС и признание самого факта наличия таких прав. В Российских условиях использование символических оценок либо выходит за рамки норм бухгалтерского учета, либо влечет за собой совершенно неадекватные сложности. Поэтому лучшим выходом служит учет соответствующих прав ИС в виде отдельного списка без стоимостных оценок. Такая возможность предусмотрена в п.3 ПОРЯДКА (последний абзац), что представляется вполне

достаточным для целей приватизации.

Чтобы учесть наличие прав ИС в интегральной оценке нематериальных активов НТО, необходим более дифференцированный подход к такого рода активам, что требует уточнения используемых понятий.

Неидентифицируемые нематериальные активы

В мировой практике учета принято различать идентифицируемые и соответственно неидентифицируемые нематериальные активы. К идентифицируемым относятся те из них, которые могут быть проданы отдельно от юридического лица, остальные — к неидентифицируемым. Исключительные права, как правило, представляют собой идентифицируемые нематериальные активы. С каждым таким активом всегда связан вполне определенный идеальный или материальный объект, в частности, это может быть патент на изобретение, лицензия и т.п. Неидентифицируемые нематериальные активы — скорее учетные фикции, чем какие-то объекты, хотя бы и нематериальные. Наиболее известный из них — «гудвилл» (деловая репутация) предприятия. Менее известный неидентифицируемый нематериальный актив — стоимость действующего предприятия. Разница между этими двумя нематериальными активами достаточно хорошо улавливается при рассмотрении английской и американской судебной практики. Если «гудвилл» принято связывать с получением избыточной прибыли, то стоимость действующего предприятия с прибылью, вообще говоря, не связана. Налоговое управление и судебные органы США, разбирающие дела по налогообложению, придерживаются позиции, согласно которой фирма, не получающая избыточной прибыли, может обладать дополнительной стоимостью действующего предприятия, выражающейся в терминах, отличных от избыточной прибыли. Обычно ее измеряют по затратам, необходимым для организации бизнеса, или по необъявленному доходу на инвестиции[13].

Деловая репутация возникает в результате жизнедеятельности предприятия и не является фикцией в обычном смысле слова. Более того, известно множество юридических определений понятия «гудвилл», данных в различное время английскими и американскими

ми судами при рассмотрении дел о компенсациях за потерю «гудвилла» в результате нарушения условий договоров или в ситуациях приоритетного домена [13]. Для большинства задач, решаемых оценщиками, «гудвилл» может быть определен как совокупность тех элементов бизнеса или персональных качеств, которые стимулируют клиентов продолжать пользоваться услугами данного предприятия или данного индивидуума и приносят фирме прибыль сверх той, что требуется для получения разумного дохода на все остальные активы предприятия, включая доход на все прочие нематериальные активы, которые могут быть идентифицированы и отдельно оценены. Однако, объектом бухгалтерского учета и балансового отражения деловая репутация («гудвилл») становится только при совершении сделки купли-продажи предприятия [54].

«Гудвилл» определяется как разность между продажной ценой предприятия и суммой чистых идентифицируемых активов [58], оцениваемых по рыночной стоимости, где чистые активы — это активы за вычетом обязательств. Поскольку данное определение заимствовано из американского стандарта бухгалтерского учета, а не из стандарта оценки, необходимо трактовать термины «чистые активы» и «рыночная стоимость» в бухгалтерском, а не оценочном смысле, т.е. речь может идти только о стоимости активов, зафиксированной в бухгалтерских документах. Купля-продажа предприятия обычно рассматривается как основательный повод для переоценки его активов, причем материальные активы оцениваются и ставятся на баланс по их рыночной стоимости. Таким образом, после совершения купли-продажи балансовая и рыночная стоимость материальных активов совпадают. Переоценка нематериальных активов по «рыночной стоимости», как правило, не имеет смысла, так как для них просто не существует аналогов и, следовательно, не существует сопоставимых продаж. В российских условиях сопоставимых продаж часто не существует даже для материальных активов, поэтому делать акцент [45] на «рыночной стоимости» идентифицируемых активов не всегда уместно.

Другие определения «гудвилл», например, приводимые в толковых словарях [50], не противоречат приведенному выше, если учесть возможность различного толкования бухгалтерских и оце-

ночных терминов. С учетом сделанных оговорок под данное определение подходит также разность¹⁹ между продажной ценой и балансовой стоимостью предприятия (юридического лица) в случае его приватизации.

Теоретически эта величина может быть как положительной, если продажная цена предприятия выше балансовой стоимости, так и отрицательной, если — ниже. На практике же этот вопрос решается несколько иначе. Например, можно учитывать «отрицательный гудвилл» на счете 83 «Доходы будущих периодов». Американские оценщики рекомендуют не показывать «отрицательный гудвилл», а переоценивать (в сторону понижения стоимости) идентифицируемые активы.

Если наличие прав ИС оказывает сколько-нибудь заметное влияние на цену сделки при продаже юридического лица — правообладателя, а в составе активов эти права имеют символическую оценку, то реальная ценность прав отражается в разности между продажной ценой и суммой чистых идентифицируемых активов. Таким образом, рыночная оценка прав ИС учитывается в составе нематериальных активов.

Применение аналогичной техники в России пока затруднительно, так как в российских нормативных документах отсутствуют не только соответствующие нормы, но и понятия, в которых эти нормы обычно формулируются.²⁰

5.2.3. Пробелы и противоречия в нормах учета

Оценивая ПОРЯДОК в его окончательном варианте с практической точки зрения, приходится признать, что содержание и статус ПОРЯДКА как нормативного документа не соответствуют характеру задач, ради решения которых он разрабатывался. С одной стороны,

¹⁹Эта разность не имеет официального названия, но возможность ее отнесения на счет 04 «Нематериальные активы» предусмотрена Инструкцией Министерства финансов Российской Федерации от 23 декабря 1992 г. ОБ ОТРАЖЕНИИ В БУХГАЛТЕРСКОМ УЧЕТЕ И ОТЧЕТНОСТИ ОПЕРАЦИЙ, СВЯЗАННЫХ С ПРИВАТИЗАЦИЕЙ ПРЕДПРИЯТИЙ.

²⁰Попытка ввести необходимые понятия прямо в тексте ПОРЯДКА успеха не имела, так как натолкнулась на жесткие возражения Минюста РФ.

ПОРЯДОК не устранил ни одного препятствия для приватизации в научно-технической сфере и включения прав ИС в экономический оборот, с другой стороны, не использована благоприятная возможность для прояснения темных мест и устранения противоречий в нормативах учета исключительных прав как нематериальных активов. Более того, столь скромный результат вполне закономерен при существующих правилах разработки межведомственных нормативных документов. Решение вопросов междисциплинарного характера, требующих совместной (командной) работы специалистов различного профиля, оказывается практически невозможным, причем не потому, что нельзя собрать подходящую команду, а потому, что нет эффективного механизма для реализации подготовленных решений. Далеко не случайно проблемы, выявленные при подготовке проекта ПОРЯДКА, остались нерешенными, хотя пути их решения существуют.

На языке экономики права всю совокупность выявленных проблем можно обозначить как глобальную проблему включения прав на результаты прошлой интеллектуальной (творческой) деятельности в экономический оборот. Эту глобальную проблему следует рассматривать в трех ракурсах, выделяя экономико-правовой, бухгалтерский и экономический (оценочный) аспекты. Все три аспекта глобальной проблемы заслуживают более детального обсуждения с объяснением смысла используемых экономико-правовых, учетных и оценочных терминов.

При этом следует иметь в виду, что терминология бухгалтерского учета не во всем совпадает с терминологией, используемой оценщиками. Одинаковые по написанию англоязычные термины могут иметь для бухгалтеров и оценщиков различный смысл, например, этим свойством обладает словосочетание «рыночная стоимость» (market value) [46]. При переводе терминов на русский язык проблема подмены смысла только обостряется, так как не все англоязычные термины имеют русскоязычные эквиваленты, а слово «стоимость», входящее в состав многих оценочных и бухгалтерских терминов, слишком долго употреблялось в сугубо марксистском смысле и теперь неизбежно порождает совершенно ненужные ассоциации.

5.3. Оценка прав ИС для целей учета

Интерес к оценке прав ИС стимулируется в последние годы не только целями бизнеса, но и попытками найти новые подходы к распределению государственных капиталовложений. Эта тенденция проявляется в поисках новых принципов оценки и учета расходов на науку, культуру, образование, здравоохранение или другие цели, не связанные напрямую с производством материальных ценностей. Проявлением той же тенденции можно считать постоянно предпринимаемые попытки оценить в деньгах научно-технический и культурный потенциал научных организаций, музеев, а также отдельных регионов, таких как Москва или Санкт-Петербург и страны в целом. Еще один мощный стимул для оживления интереса к оценкам прав ИС, имеющим мало общего с оценкой бизнеса, породила приватизация объектов научно-технической сферы (НТО).

Именно такого рода оценкам посвящен настоящий раздел.

5.3.1. Учет ИС в системе национальных счетов

Оценка прав ИС для целей учета в системе национальных счетов (далее — СНС), как и оценка для целей бухгалтерского учета, в основном строится на учете затрат. Следовательно, здесь можно говорить скорее о новом подходе к учету затрат в непроизводственной сфере, чем об оценке прав ИС или иных исключительных прав.

Система национальных счетов

Использование СНС в странах с рыночной экономикой обеспечивает «прозрачность» экономики на общенациональном уровне, которая также необходима для принятия стратегических решений, как «прозрачность» на уровне фирмы, обеспечиваемая современной системой бухгалтерского учета. Нематериальные активы учитываются в СНС примерно по тем же правилам, что и в системе бухгалтерского учета, т.е. по фактическим затратам на приобретение и доведение до состояния готовности к использованию с учетом износа и различных поправок, отражающих общее изменение цен. Информация,

необходимая для целей такого учета, получается из бухгалтерской отчетности путем агрегации.

В России введение СНС происходит параллельно переходу на международные стандарты бухгалтерского учета. Принципиальное отличие такой системы учета как на уровне отдельных предприятий, так и на национальном уровне от системы, применявшейся в СССР и до последнего времени в России, состоит в том, что хотя бы часть затрат на науку, культуру, образование и т.д. учитывается не как потребление, а как долгосрочные капиталовложения. Соответственно возникает потребность оценить необходимый объем и эффективность таких затрат. Разумеется, установить точную границу между затратами на эти цели на национальном уровне, учитываемыми как потребление и как долгосрочные капиталовложения, не представляется возможным, поскольку такая граница отсутствует на уровне предприятий.

Переоценка нематериальных активов в СНС

В международных стандартах бухгалтерского учета предусмотрены специальные счета для переоценки учитываемых нематериальных активов в современные цены, чтобы учитывать рост цен, наблюдающийся во многих странах. Международные стандарты бухгалтерского учета содержат, в частности, предложения по унификации информации о последствиях колебания цен (стандарт № 15²¹), а также по ведению отчетности в условиях гиперинфляции (стандарт 29²²).

Предусматриваются также специальные операции по переоценке всех показателей в ценах текущего года, для чего предусматривается исчисление специальных индексов — дефляторов по каждому показателю. Статистические органы большинства стран с рыночной экономикой разрабатывают такие дефляторы ежегодно, а статистические органы США, Великобритании и Франции — ежеквартально.

Международные стандарты не определяют — при каком конкретно уровне инфляции требуется производить переоценку пока-

²¹ Введен с 1983 г.

²² Введен с 1990 г.

зателей финансового отчета — это входит в компетенцию руководства предприятия, фирмы или статистических органов, которые вводят специальные индексы цен. В этих стандартах только обобщен опыт использования методов и принципов учета в условиях быстрого роста цен.

Соединение затратного и рыночного подходов

Подводя итог сказанному, следует обратить внимание на принципиальную разницу между затратами на НИОКР, которые заканчиваются патентованием результатов, и затратами на приобретение патентов. В первом случае речь идет о чисто затратной оценке получаемых патентов, а во втором — о рыночной оценке, так как патенты приобретаются по рыночной цене. Иначе говоря, если целесообразность затрат на НИОКР можно подвергнуть сомнению, то аналогичные сомнения по поводу приобретения патентов, как правило, отсутствуют. Напомним также, что затраты на НИОКР в США, как правило, не капитализируются, поскольку их можно включать в текущие издержки производства. В России же этого делать нельзя, поэтому затраты на НИОКР следует капитализировать²³.

5.3.2. Оценка для целей статистического учета

Американские и европейские экономисты периодически проводят выборочные обследования отдельных предприятий, чтобы проследить проводимые бухгалтерами стоимостные оценки нематериальных активов в виде прав ИС и темпы перенесения их стоимости на производимую продукцию или услуги, а затем на основе таких данных установить средние статистические оценки. Среди вопросов, которые пытаются решать экономисты в процессе таких исследований, ключевую роль играют вопросы о том, что лежит в основе темпов технологического и научного прогресса, как это что-то изменяется во времени и просачивается через границы отраслей и государств. Корректно ответить на эти вопросы достаточно сложно, причем не в последнюю очередь благодаря отсутствию каких-либо

²³ Текущие затраты на НИОКР рассматриваются в соответствии с ПОЛОЖЕНИЕМ О СОСТАВЕ ЗАТРАТ как потребление.

достаточно достоверных показателей, численно характеризующих соответствующие процессы.

В отсутствие более подходящих показателей патентная статистика выглядит как призрак изобилия и объективности данных. Не удивительно, что каждое поколение экономистов отдает им дань как предмету исследований. Попутно они порождают иллюзии, что существует некоторая объективная цена патента или изобретения, защищаемого патентом, а также попытки обосновать цены конкретных сделок с использованием средних статистических оценок патентов или изобретений. Такие иллюзии не совсем безобидны, когда они сочетаются с неумением корректно использовать статистические данные и желанием поскорее получить результат.

В этой связи естественным образом возникают вопросы о границах применимости статистических оценок стоимости патентов и о патентах как экономических индикаторах. Индикатором чего являются патенты? Этот вопрос можно задать в двух вариантах:

1. Какие аспекты экономической активности действительно улавливает патентная статистика?
2. Что мы можем измерить с их помощью?

Существенным для экономической науки является только первый вопрос, но и второй заслуживает внимания в контексте основной темы книги, так как ответ на него помогает лучше понять ситуацию и найти реальное место статистических оценок среди оценок для целей учета и бизнеса.

Простейшая модель

Конечная цель исследователя — точнее измерить и глубже понять экономические процессы, ведущие к сокращению издержек производства уже существующих продуктов и развития новых продуктов или даже целых серий новых продуктов. Чтобы понять, что определяет распределение ресурсов на деятельность по «изменению технологии», необходимо отслеживать как «входные», так и «выходные» параметры. К числу «входных» параметров относятся затраты

на НИОКР, к числу выходных — рост продуктивности, доходности или рыночной акционерной стоимости фирмы. Достаточно убедительную, хотя и чрезвычайно простую модель для этих целей предложил Цви Грилихес[64].

Для построения своей модели Грилихес использует ненаблюдаемую переменную \hat{K} , которая интерпретируется как чистый объем экономически ценных знаний. Именно эту переменную хотят измерять экономисты. От величины K , используемой при определении оценки всех нематериальных активов, исходя из акционерной стоимости фирмы и восстановительной стоимости ее материальных активов, она отличается тем, что в \hat{K} не учитывается устаревание знаний, а в K учитывается. Для измерений усилий, направленных на увеличение \hat{K} , используется переменная R . Реально индикатором таких усилий могут быть либо затраты на НИОКР, либо численность научного персонала. Так как научная продукция — величина стохастическая, т.е. результат не всегда пропорционален затраченным усилиям, для учета элемента случайности вводится переменная u . В результате \hat{K} рассматривается как функция двух переменных R и u .

Переменные, которые представляют реальный интерес, обозначаются через Z 's, а в простейшем случае — через Z . Это могут быть продуктивность, доходность, экономический рост и т.п. Общие свойства всех этих переменных состоят в том, что все они суть «выходные» параметры и, кроме того, их очень трудно измерять. Легко измеримый «выходной» параметр — это количество патентов, обозначаемое через P .

Простейшая модель для измерения \hat{K} состоит из трех уравнений:

$$\begin{aligned}\hat{K} &= R + u; \\ P &= a\hat{K} + v = aR + au + v; \\ Z &= b\hat{K} + e = bR + bu + e,\end{aligned}$$

где первое уравнение отражает процесс «производства знаний», в котором присутствует случайный элемент u , а результат измеряется в тех же единицах, что и затраты, т.е. в долларах; второе уравнение описывает зависимость между числом получаемых патентов P

и объемом вложений в исследования и развитие R (затратами на НИОКР), эта зависимость отличается от пропорциональной только присутствием случайной величины v ; третье уравнение представляет зависимость «выходного» параметра Z от ненаблюдаемой величины \hat{K} , эта зависимость отличается от пропорциональной только присутствием случайной величины ϵ . С учетом первого уравнения модели зависимость Z от \hat{K} можно понимать как зависимость от R . При этом предполагается, что случайные величины u , v и ϵ независимы между собой.

Несмотря на чрезвычайную упрощенность эта модель позволяет установить следующее:

1. «Качество» P как индикатора \hat{K} зависит от размеров v , т.е. от величины ошибки. Если взять ее изменение в качестве меры ошибки и заменить во втором уравнении \hat{K} на R , то можно увидеть, что в условиях модели «качество» зависимости между P и R определяет нижнюю границу «качества» P как индикатора \hat{K} . Иначе говоря,

$$\text{var}(au + v) > \text{var}(v).$$

2. Сравнительное качество P и R как индикаторов \hat{K} зависит от изменения v и u . Если ошибка измерения P велика относительно случайных измерений \hat{K} , то R может быть лучшей переменной, даже если она не отражает u .
3. Если стохастический компонент \hat{K} важен и если P действительно отражает его, то к P должна быть добавлена некоторая стоимость сверх и помимо R . Но если ошибка в измерении P велика и объем выборки мал, мы не можем действительно увидеть его в результате регрессии, когда P включен как дополнительная переменная.

Патенты и затраты на НИОКР

Корреляция между вложениями в НИОКР и числом получаемых патентов чрезвычайно высока. При сравнении по фирмам без учета

сдвига во времени она²⁴ составляет 0,9, в повременном разрезе для отдельных фирм — только 0,3, но при этом, скорее всего, просто не учтен сдвиг во времени между вложениями в НИОКР и получаемыми в результате патентами.

Вместе с тем, именно сдвиг во времени дает дополнительные основания считать, что за полученным результатом стоит некоторый фундаментальный факт. Дело в том, что в крупных фирмах патентование изобретений поставлено на поток. Существуют мощные патентные отделы, сотрудники которых регулярно заполняют не только заявки на патентование, но и карты учета рабочего времени. Поэтому вполне логично ожидать, что количество подаваемых заявок пропорционально количеству сотрудников патентного отдела, а количество таких сотрудников пропорционально объему затрат на НИОКР. Таким образом, есть основания предполагать, что между величинами R и P должна быть линейная зависимость, причем безотносительно к ненаблюдаемой величине \hat{K} . Наличие сдвига во времени отчасти нейтрализует возможность такого простого объяснения.

Разумеется, в малых фирмах отдача в виде патентов на вложения в НИОКР относительно выше, чем в крупных. Объясняется это, скорее всего, иным подходом к учету затрат на НИОКР и другими аналогичными факторами, не имеющими прямого отношения к результативности НИОКР.

Патентные права и средняя стоимость патента

Существует три основных источника информации для определения стоимости патентов:

1. Результаты прямых опросов патентообладателей или приобретателей патентов относительно прошлых приобретений и потенциальной рыночной стоимости их прав.
2. Оценка, неявно подразумеваемая в решении вопроса об уплате пошлины за поддержание патента в силе, т.е. при принятии ре-

²⁴The median R-square

шения, которое должны принимать европейские, с некоторого времени и американские патентообладатели.

3. Эконометрический анализ отношений между числом патентов и другими переменными, определяющими стоимость, такими как прибыль или акционерная рыночная стоимость. Например, число патентов можно использовать как суррогат нематериального капитала в выражении акционерной рыночной стоимости фирмы.

Каждый из трех перечисленных выше подходов к статистической оценке патентов имеет своих активных сторонников и критиков, а также конкретные результаты исследований. Ниже дан их краткий обзор со ссылками на более специальную литературу.

Результаты опросов

Наиболее детальный и глубокий опрос патентообладателей провели около 40-ка лет назад Баркев Сандерс²⁵ с коллегами. Основное исследование они провели в 1957 году. Были опрошены владельцы или приобретатели 2-х процентов случайно выбранных патентов, выданных в 1938, 1948 и 1952 годах. В результате опроса случились две находки:

1. Неожиданно большая доля патентов оказалась коммерчески используема, либо в текущий момент, либо в прошлом. Реальная доля «используемых» определялась на основе анализа невостребованности (nonresponse). Более 55 процентов из них были востребованы и не были около 44 процентов (если предполагать, что невостребованность означает неиспользование). Процент «используемых» выше для маленьких компаний.

Таким образом, предположение о том, что большинство патентов никогда не используются, не имеет под собой оснований и не должно ассоциироваться с видимым экономическим событием. Эта находка хорошо увязывается с другим фактом

²⁵Barkev Sanders, цитируется по[64]

обсуждаемым далее. А именно, более половины всех европейских патентов поддерживается в силе через 10 лет после подачи заявки.

2. Называемый респондентами экономический эффект от изобретений, связанных с патентами, очень сильно размазан. Между патентами, находящимися в использовании на текущий момент с названным положительным эффектом (они составляют примерно 20 процентов от всех патентов), средняя стоимость оказалась равна \$577 000 за патент. Если учесть все не принесшие выгоды патенты, то получится средняя оценка около \$112 000. Даже эта пониженная средняя оценка очень впечатляет, при конвертировании с учетом разницы цен в 1957 и 1988 годах она эквивалентна \$473 000 за средний патент 1988 года.

Позднее было всего лишь несколько попыток таких опросов, причем все они дали сходные результаты.

Модели, основанные на уплате пошлин

Во многих странах, включая США, патентообладатели должны платить пошлины за поддержание патента в силе. Если решение о сохранении патента в силе основывается на экономическом критерии, то участники экономики сохраняют свои патенты в силе только при условии, что получаемые выгоды превышают размеры пошлин. Изучение пропорций между числом патентов, оставляемых в силе в различном возрасте, а также размеров соответствующих платежей дает информацию о распределении стоимости удерживаемых патентов и об изменении этого распределения в течение жизни патента. Поскольку патентные права редко продаются, эта информация — один из основных источников информации о стоимости патентов. В серии работ Пэкс и Шакерман (см. [78] и ссылки на более ранние работы) представили оценочные модели, которые позволили им вскрыть распределение отдачи (returns) от обладания патентами в каждый год их жизни. Поскольку решение о продлении основывается на стоимости патентной защиты для патентообладателя,

используемая в этих статьях процедура прямо оценивает частную стоимость патентов, исходя из патентных законов.

Они выявили несколько интересных фактов, которые следует иметь в виду. Около половины всех патентов переживают возраст 10 лет, обнаруживая полезность или ожидание «полезности» большинства патентов в некоторый существенный промежуток времени. С другой стороны, те же данные показывают, что примерно половина патентов не возобновляются в течение 10-ти лет, тем самым обнаруживается падение полезности этих патентов ниже суммы пошлин за поддержание их в силе.

В США пошлины за поддержание в силе патента, заявка на который подана после 1980-го года, платятся через три с половиной, семь и одиннадцать с половиной лет после выдачи патента. Размеры этих платежей для корпораций составляют, соответственно, \$450, \$890 и \$1 340; размеры платежей для частных лиц и малых фирм несколько меньше. На конец 1988 года 16 процентов патентов, выданных в 1981 — 1984 годах, перестали поддерживаться в силе, причем для патентов, принадлежащих американским фирмам, этот показатель составил 17%, а для принадлежащих иностранцам только 15%, что косвенно подтверждает более высокое качество последних. Более ранние исследования обнаружили более быстрое выветывание патентов, принадлежащих заявителям (около 39%) по сравнению с переуступленными патентами (около 13%), а также более высокий темп выветывания патентов в области механики по сравнению с патентами в области химии.

Возвращаясь к результатам исследований по поддержанию европейских патентов в силе с использованием обучающейся модели Пэйкеса на ранней стадии жизни патентов, можно обнаружить, что заявки на патенты подаются на ранней стадии изобретательского процесса, когда еще сохраняется существенная неопределенность, причем как относительно отдачи от обладания исключительными правами, так и относительно отдачи от изобретения или от самой идеи. Постепенно патентующие открывают больше информации относительно реальной ценности их патентов. Большинство их оказывается малоценными, но редкие «выигрышные» патенты убеждают в необходимости вкладывать в их развитие. Их оценки также ука-

зывают, что неопределенность в отношении стоимости патентов в основном преодолевается в течение первых трех или четырех лет их жизни. На основании этих результатов было установлено, что средняя стоимость английского или французского патента на начальной стадии жизни составляет около \$7 000, в Германии, где удовлетворяются только 35% заявок (против 93% во Франции и 83% в Англии), стоимость выданного патента составляет примерно \$17 000. Распределение стоимости патентов очень неравномерно. Один процент заявок на патенты во Франции и Великобритании имеют стоимость свыше \$70 000 каждая, один процент патентов, выданных в Германии, имеют стоимость свыше \$120 000 каждый. Кроме того, половина всей совокупной стоимости патентов распределена между 5-ю или 10-ю процентами всех патентов.

Во Франции и Великобритании подается около 35 000 заявок на патенты в год, в Германии около 60 000. Темп выбытия патентов около 10 — 20 процентов в год. Совокупная стоимость патентов весьма высока, но она составляет всего 10 — 15 процентов от затрат на НИОКР.

Результаты эконометрического анализа

Простейшая эконометрическая модель, которая уже обсуждалась в 2.3.1, построена на предположении о наличии линейной зависимости между рыночной стоимостью фирмы и оценкой всех ее активов, включая материальные активы, оцениваемые по восстановительной стоимости, и нематериальные, оценку которых надо получить из модели. Линейная зависимость, о которой идет речь, может быть записана в виде равенства

$$V = qA(1 + gK/A),$$

где V — рыночная стоимость фирмы, A — восстановительная стоимость ее материальных активов, K — уровень «интеллектуального капитала» (в натуральном выражении), g — теневая цена «интеллектуального капитала», q — текущий дисконт, отражающий стандартное превышение рыночной стоимости фирмы над восстановительной стоимостью материальных активов.

В качестве K могут использоваться различные наблюдаемые величины, например, объем прошлых и текущих вложений в исследования и развитие или количество принадлежащих фирме патентов, возможно, скорректированное с учетом возраста этих патентов, их взаимозависимости и т.п. Иными словами, можно считать, что K — некоторое приведенное количество патентов.

Чтобы получить формулу, применимую к статистической информации, следует несколько изменить обозначения. Прежде всего, надо представить q как $\exp(a + u)$, где a — отражает индивидуальные отличия данной фирмы от средней стоимости, а u — погрешность измерений. Логарифмируя равенство

$$Q = V/A = q(1 + gK/A) = \exp(a + u)(1 + gK/A),$$

эквивалентное исходному²⁶, и применяя аппроксимацию

$$\ln(1 + gK/A) = gK/A,$$

получим равенство

$$\ln Q = \ln(V/A) = a + gK/A + u.$$

Различные исследователи решали такого рода уравнения, используя в качестве K количество прошлых и текущих патентов или объем прошлых и текущих вложений в исследования и развитие, и получали соответствующие оценки. Например, было установлено, что в конце 80-х цена свежего патента, если рассматривать только патенты, была равна примерно \$500 000. Эта оценка уменьшится вдвое, если включить в уравнение прошлые и настоящие вложения в исследования и развитие.

Специфика России

Разумеется, полученные оценки ни в какой мере не применимы в России, так как размеры пошлин и мотивы патентования в России и в США до настоящего времени различаются слишком сильно.

²⁶Напомним, что величина $Q = V/A$, известна как Q Тобина.

На много порядков различаются также суммы исков в случае нарушения патентов. Например, только судебные издержки при разбирательстве типичного дела о нарушении патента в США могут составить несколько сот тысяч или даже более миллиона долларов, тогда как в России первое дело о нарушении патента на промышленный образец началось с иска, эквивалентного нескольким тысячам долларов, а закончилось присуждением компенсации примерно в десять тысяч долларов.

Точно также с большой осторожностью следует применять в российских условиях другие эмпирические закономерности, выявленные Грилихесом [64], а затем вызвавшие интерес со стороны ряда российских статистиков. Речь идет о предложении Грилихеса записать изменение в стоимости фирмы, как сумму трех компонент:

$$q_t V_t = w_t + \eta_t + u_t,$$

где q_t — ставка дохода на акции, V_t — рыночная стоимость всех активов фирмы, а три компонента w_t , η_t и u_t независимы между собой (ортогональны друг другу); причем w_t соответствует изменению стоимости фирмы, связанному с реализуемой программой исследований и развития, т.е. с будущими патентами, η_t отражает переоценку прошлых достижений, связываемых с имеющимися патентами, а u_t — с другими факторами, включая непатентуемые результаты НИОКР.

Сама по себе эта формула вполне безобидна. Однако любые попытки наполнить ее содержательной информацией в российских условиях сопряжены с необходимостью очень тщательно анализировать применимость тех или иных стандартных приемов. Иными словами, практически всю содержательную работу необходимо делать с самого начала с учетом многих специфических, именно, для России обстоятельств.

5.3.3. Оценка прав ИС при приватизации

Оценка прав ИС при приватизации НТО — задача, весьма актуальная для России, но отнюдь не чисто российская. Самый известный пример приватизации такого рода компании — это приватизация

Британской технологической группы (BTG)²⁷ в 1986 г. с превращением ее в публичную корпорацию в 1991 г. Оценка портфеля прав ИС происходила в момент превращения BTG в публичную корпорацию в связи с необходимостью объявить начальную цену акций для продажи на Лондонской бирже.

В момент превращения в публичную корпорацию BTG обладала исключительными правами на 1700 изобретений[?], а публикуемые оценки портфеля прав колебались в достаточно широком диапазоне. Например в *Financial Times* утверждалось, что стоимость портфеля прав не превышает 100 000 000 фунтов стерлингов, а возможно она даже меньше, чем 50 000 000 фунтов. В любом случае из этой оценки видно, что цена исключительных прав на одно изобретение превышает \$50 000, но весьма далека от \$500 000. Иными словами, оценка принадлежащих BTG исключительных прав на одно изобретение получается существенно меньшей, чем оценка аналогичных прав, принадлежащих промышленной корпорации, если эта оценка делается на основе опроса, но существенно больше, чем оценка, сделанная на основе анализа уплаты пошлин. Точно также эта оценка отличается и от балансовой оценки.

Согласно годовому отчету[60] Британской технологической группы (BTG) за 1994 г. активы компании имели следующую структуру:

Основные средства (Fixed assets)	£million
патенты и другие права ИС	13,84
материальные активы	6,57
вклады в совместные предприятия	0,14
инвестиции	2,22
всего	22,77
Оборотные средства (Current assets)	10,69
Обязательства	18,85
Чистые активы	14,61

При этом указано, что права ИС учитываются в балансе BTG по затратам на их получение и поддержание в силе. Таким образом, вполне очевидно, что начальная цена акций BTG основывалась отнюдь не на балансовой стоимости активов.

²⁷British Technology Group.

Все перечисленные оценки и выводы достаточно любопытны, но имеют весьма мало шансов сослужить хоть какую-то службу российским приватизаторам вообще и приватизаторам российской науки в частности.

Если буквально следовать **ВРЕМЕННЫМ МЕТОДИЧЕСКИМ РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ОЦЕНКЕ СТОИМОСТИ ОБЪЕКТОВ ПРИВАТИЗАЦИИ**²⁸, то оценка НТО в целом сводится к чисто бухгалтерским операциям. Сначала надо заполнить²⁹ Акт³⁰ оценки³¹ и наличия нематериальных активов и включить в баланс НТО все активы, которые по разным причинам не были учтены в балансе, а затем определить балансовую стоимость НТО, которую рекомендуется принять в качестве оценки.

Такой подход означает подмену экономического решения задачи об оценке НТО бухгалтерским. При этом принадлежащие НТО права ИС получают сильно заниженную или вообще нулевую оценку. Попытки исправить этот подход, оценивая права ИС по какой-то специальной методике, отличной от принятых норм оценки активов для целей бухгалтерского учета, и учитывая полученные оценки в балансе НТО, не только отдают эклектикой и дилетантством, но могут привести к весьма неприятным последствиям для самого НТО³².

Наиболее правильный путь к решению вопроса об оценке — не подменять экономический подход бухгалтерским и не смешивать их, а искать чисто экономическое решение. Именно в этом духе были выдержаны **РЕКОМЕНДАЦИИ**, в которых были сформулированы основные принципы оценки прав ИС, вносимых в качестве вклада в уставный капитал при создании новых предприятий, в том числе при реализации инвестиционных проектов. Данный способ использования прав ИС наряду с торговлей лицензиями наиболее логичен для НТО, так как собственного производства НТО, как правило, не

²⁸ ПРИЛОЖЕНИЕ 2 к Указу Президента РФ от 29 января 1992 г. № 66.

²⁹ В соответствии с п.п. 3 и 4 ПОРЯДКА.

³⁰ ПРИЛОЖЕНИЕ 6 к ПРИЛОЖЕНИЮ 2.

³¹ Разумеется, речь может идти только об оценке для целей бухгалтерского учета, а не об экономической оценке.

³² Например, придется платить налог на имущество, не получая от этого имущества реального дохода.

имеют. Разумеется, РЕКОМЕНДАЦИИ не могли полностью снять проблему оценки НТО при приватизации, но могли обозначить хотя бы правильную постановку задачи по расчету оценки, о которой пойдет речь в данном разделе.

Проблема оценки НТО при приватизации отнюдь не сводится к назначению цены продавцом, т.е. соответствующим государственным органом. Если речь идет о денежной приватизации, то необходимо, чтобы назначенную продавцом цену признал покупатель — будущий собственник — и нашел деньги для оплаты покупки, может быть, получив под эту сделку целевой кредит. В таком случае покупателю придется обосновать перед кредитором выгодность совершаемой сделки.

В принципе речь идет о расчете обоснованной (справедливой) рыночной стоимости [73] в сделке купли-продажи с необычным для таких сделок объектом. Дополнительную необычность сделке придает то обстоятельство, что в качестве одной из сторон в ней участвует государство.

Хорошо отработанные методы оценки промышленных предприятий либо вообще не годятся для оценки НТО, либо их можно принять с очень существенными оговорками. Каждый НТО по сути уникален, следовательно, нельзя воспользоваться методом сопоставимых продаж. Практически не работают методы, основанные на дисконтировании будущих денежных потоков или на капитализации прибыли. Тем не менее, назначать первоначальную цену НТО необходимо. Поэтому вполне понятно желание опереться на что-то реальное, например на оценку активов, которыми располагает НТО, но и с активами все оказывается гораздо сложнее, чем на обычном предприятии.

Разумеется, приобретая НТО, предполагаемый собственник должен знать о приобретаемых вместе с ним правах ИС и других факторах, оказывающих заметное влияние на цену совершаемой сделки (приватизации). Отсутствие такой информации может не только повлиять на цену сделки, но и стать причиной утраты прав на результаты прошлой творческой деятельности или даже самих результатов, в чем не заинтересованы ни покупатель, ни продавец. Поэтому необходимость учета прав ИС, принадлежащих НТО, не вызывает

сомнения. ПОРЯДОК частично снимает вопрос о том, как это следует делать, но не увязывает вопрос об учете прав ИС с получением расчетной оценки НТО в целом. Такой подход следует признать единственно верным, хотя он подвергается критике со стороны тех, кто привык путать вопросы оценки и учета.

В полном учете активов НТО предполагаемый покупатель заинтересован не меньше, чем продавец. Что касается переоценки активов с одновременным изменением балансовой стоимости НТО, то заинтересованность сторон не столь очевидна. Прежде всего, она может не устроить покупателя, но если в результате сделка не состоится, то проиграет и продавец.

Следует также иметь в виду, что некоторые НТО обладают правами (как правило, не полностью специфицированными) на тысячи изобретений, которые исключены из гражданского оборота, хотя ценность их может быть потенциально очень высокой. Например, Государственный научный центр РФ — «Физико-энергетический институт» (ФЭИ) имеет около 5000 секретных авторских изобретений, которые именно в силу их секретности не может переоформить в патенты и ввести их в гражданский оборот (см. публикацию беседы Б.Коновалова с директором ФЭИ — А.В.Зродниковым [15]). Оценить каждое из них отдельно не представляется возможным. Поэтому речь может идти либо об оценке некоторых заранее отобранных инвестиционных проектов с использованием прав ИС, принадлежащих НТО, либо о применении некоторой эмпирической формулы, позволяющей внести соответствующую поправку к балансовой оценке активов³³. Оба подхода не имеют ни какого отношения к бухгалтерии, т.е. могут быть полезны покупателю и продавцу как ориентиры при обсуждении окончательной цены, но не более.

Иначе говоря, переучет и переоценку прав ИС, принадлежащих НТО, сделать целесообразно, если такая возможность действительно есть. Однако не следует связывать переоценку прав ИС с их включением в состав нематериальных активов.

Несколько более правдоподобная оценка приватизируемого НТО может быть получена в том случае, если претенденты на приобре-

³³Отсюда не следует, что поправку надо отражать в балансе до признания цены покупателем и совершения сделки.

тение НТО предлагают свои бизнес-планы по его дальнейшему использованию или, иначе говоря, если речь идет об инвестиционном конкурсе.

Располагая полной информацией о предполагаемом использовании НТО после его приватизации и рассматривая приватизацию как сделку купли-продажи, можно определить справедливую рыночную цену НТО по аналогии с тем, как определяют справедливую рыночную цену промышленного предприятия.

В качестве ее основы обычно используют оценку бизнеса, которую рассчитывают исходя из анализа ожидаемых денежных потоков. При этом оценка принадлежащих предприятию прав ИС естественным образом учитывается в оценке бизнеса, так как оценка бизнеса интегральна по самой своей сути. Чтобы вычленив из такой интегральной оценки сколько-нибудь обоснованные оценки по отдельным ОИС, необходимы специальные искусственные приемы. Однако необходимость в их вычленив, как правило, отсутствует. То же можно сказать и о правах ИС, принадлежащих приватизируемым НТО. Оценить НТО в целом или все принадлежащие ему права ИС в совокупности почти всегда проще, чем оценить права на все ОИС по отдельности.

Строго говоря, данный подход применим в чистом виде лишь при оценке промышленных предприятий с хорошо предсказуемым сбытом или при оценке таких НТО, относительно будущего использования которых можно получить достоверную информацию. Как правило, эти условия либо не выполняются, либо выполняются лишь частично. Прогнозная информация обычно касается не самого НТО, а инвестиционных проектов на основе прав ИС, принадлежащих НТО. Более того речь может идти сразу о десятке и более таких проектов.

Тем не менее, если есть бизнес-планы одного или нескольких инвестиционных проектов на основе научно-технических результатов, права ИС на которые принадлежат НТО, то вполне целесообразно оценить портфель прав ИС для каждого такого проекта. Сделать это можно с помощью РЕКОМЕНДАЦИЙ. Теоретически возможно, что в результате оценку получают все принадлежащие НТО права ИС. На практике этого ожидать не приходится. Следовательно, для

остальной совокупности прав ИС, принадлежащих НТО, следует использовать эмпирическую формулу, подобную тем, которые применяет Грилихес 5.3.2.

В целом же можно сделать следующий вывод: получить приемлемую для практических целей интегральную оценку предприятия, оценку НТО или всех принадлежащих НТО прав ИС всегда проще, чем получить оценки отдельных слагаемых, т.е. прав на отдельные ОИС.

Примечательно, что в рассуждениях о достоинствах НТО обычно предпочитают использовать такие неясные термины, как «научный потенциал», а не привычные для профессиональных оценщиков и вполне точные термины типа «оценка активов» или «оценка бизнеса», широко применяемые при совершении сделок купли-продажи, слияния и поглощения юридических лиц. Разумеется, говорить о научном потенциале приятнее и безопаснее, так как при этом практически нет риска попасть пальцем в небо и одновременно в дурацкое положение.

Однако приватизация НТО — типичная сделка именно того типа, когда уместно говорить об оценке активов и бизнеса, а также о цене приобретаемого НТО. Будущего собственника должны интересовать именно эти оценки, тогда как оценка научного потенциала приватизируемого НТО оказывает лишь косвенное влияние на цену сделки (приватизации).

Почти очевидно, что идея включать принадлежащие приватизируемым НТО права ИС в состав нематериальных активов нацелена на сближение балансовой стоимости НТО и той призрачной величины, которая смутно маячит за словами «научный потенциал», причем в результате должна возрасти продажная цена НТО. С одной стороны, эта идея достаточно популярна среди людей, обладающих реальной властью, чтобы с ней считаться. С другой стороны, она столь же ошибочна, сколь эклектична. В ней смешаны цели и средства, а также бухгалтерские и оценочные понятия. Например, бухгалтерское понятие балансовой стоимости фактически подменяет оценочное понятие стоимости активов.

Скорее всего, сторонники этой идеи рассчитывали, что включение в состав активов приватизируемого НТО принадлежащих ему

прав ИС, приведет к заметному повышению интегральной оценки активов и продажной цены НТО, а в конечном итоге, к увеличению доходов бюджета. Однако они не учли по меньшей мере двух важных обстоятельств. Во-первых, балансовая стоимость НТО — бухгалтерская, а не оценочная категория. Не следовало смешивать оценку прав ИС и их включение в состав нематериальных активов. Это существенно разные задачи, как по сути, так и по сложности. Во-вторых, следовало помнить, что назначенная цена НТО будет иметь смысл лишь тогда, когда с ней согласится потенциальный покупатель.

А покупатель вынужден исходить из конкретных возможностей эксплуатировать приобретаемые ресурсы, в том числе из своих скромных возможностей использовать права ИС, приобретаемые вместе с НТО, как и другие составляющие научного потенциала. Следовательно, требуя от покупателя НТО заплатить цену, в которой помимо балансовой цены материальных активов, прав на использование земли и т.п. будут учитываться оценки исключительных прав на собственные разработки НТО, необходимо иметь в виду реальные перспективы использования приобретаемых прав. Иными словами, при расчете продажной цены НТО следует исходить из оценки бизнеса, описание которого содержится в бизнес-плане, представленном покупателем, но не из абстрактной оценки активов.

Если оценка бизнеса явно занижена, т.е. потенциальный собственник заявляет о неэффективности будущего использования активов НТО, то лучше не приватизировать НТО, либо приватизировать только те активы, на которые претендует покупатель, а остальными, включая права ИС, распорядиться как-то более разумно.

Библиография

- [1] **Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М.** Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения: Учебное пособие., М.: Юристъ, 1997.
- [2] **Беренс В., Хавранек П.М.** Руководство по оценке эффективности инвестиций: Пер. с англ., М.: АОЗТ «Интерэкспресс», «ИНФРА-М», 1995.
- [3] **Брейли С., Майерс С.** Принципы корпоративных финансов: Пер. с англ., М.: ЗАО «Олимп-Бизнес», 1997.
- [4] **Быченков В.М.** Институты: Сверхколлективные образования и безличные формы социальной субъективности. М.: Российская академия социальных наук, 1996.
- [5] **Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крупских., М.: ИНФРА-М, 1997.**
- [6] **Валдайцев С.В.** Оценка бизнеса и инноваций. М.: Информационно - издательский дом «Филинъ», 1997.
- [7] **Виталиев Г.В.** Всегда ли полезен в споре заочный обмен ударами // Софт Маркет, 1995, № 20, май., с. 4.
- [8] **Виталиев Г.В.** Какие законы и как работают в государстве Российском // Софт маркет, 1996, № 3(21), январь., с. 4.

- [9] **Вэриан Х.Р.** Микроэкономика. Промежуточный уровень. Современный подход: Учебник для вузов /Пер с англ. под. ред. Н.Л. Фроловой., М.: ЮНИТИ, 1997.
- [10] **Гарнер Д., Оуэн Р., Конвей Р.** Пособие Эрнст энд Янг. Привлечение капитала/ Пер. с англ., М.: «Джон Уайли энд Санз», 1995.
- [11] **Гражданский кодекс** Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий /Отв. ред. Т.Е.Абова, А.Ю.Кабалкин, В.П.Мозолин. М.: БЕК, 1996.
- [12] **Григорьев В.В., Федотова М.А.** Оценка предприятия: теория и практика. М.: ИНФРА-М, 1997.
- [13] **Десмонд Г.М., Келли Р.Э.** Руководство по оценке бизнеса: Пер.англ., Ред.кол.: Н.Л.Артеменков (гл.ред.), А.В.Воронкин. М.: Энциклопедия оценки, 1996.
- [14] **Довгань В.** Франчайзинг: путь к расширению бизнеса. Тольяти: Дока-Пресс, 1994.
- [15] **Зродников А.В.** 5 тысяч секретных изобретений на складе // Век, 1997, № 11(228).
- [16] **Интеллектуальная собственность.** — Основные материалы ВОИС. Новосибирск: «Наука», 1993.
- [17] **Камышавин Н.** Про мертвого осла уши // ЭКСПЕРТ, 1995, № 0/11, июль.
- [18] **Канторович Л.В.** Экономический расчет наилучшего использования ресурсов. М.: 1959, 1960.
- [19] **Капелюшников Р.И.** Экономическая теория прав собственности (методология, основные понятия, круг проблем). М.: Препринт ИМЭМО, 1990, № 90.
- [20] **Карпова Н.Н.** Правовая защита и коммерческая реализация интеллектуальной собственности в России // Коммерциализация интеллектуальной собственности: проблемы и решения /

- Сост. и общ. ред. Н.М.Фонштейн и В.Г.Зинова, М.: Зело, 1996, с. 58 — 71.
- [21] **Качалин В.В.** Финансовый учет и отчетность в соответствии со стандартами ГААР, М.: Дело, 1998.
- [22] **Козырев А.Н.** Общее равновесие в экономике с рынками продуктов и лицензий: Тезисы доклада на всесоюзном семинаре «Социально экономические процессы» Кишинев, 1989.
- [23] **Концепция** использования результатов научно-технической деятельности, созданных за счет средств федерального бюджета. // Межотраслевая информационная служба. М.: ВИМИ, 1997, вып. 1—2, с. 30 — 36.
- [24] **Коуз Р.** Фирма, рынок и право. М.: Дело, 1993.
- [25] **Лав В.Дж.** Пособие Эрнст энд Янг. Как понимать и использовать финансовую отчетность / Пер. с англ. с дополнениями. М.: «Джон Уайли энд Санз», 1996.
- [26] **Леонтьев Б.Б.** Рынок интеллектуальной собственности и проблемы оценки // Вопросы оценки, 1996, январь — март, с. 14 — 22.
- [27] **Леонтьев В.** О передаче патентных прав на изобретения, сделанные в ходе исследований по заказам правительства // Экономические эссе. Теории, исследования, факты и политика: Пер. с англ., М.: Политиздат, 1990, с. 208 — 215.
- [28] **Лобач Б.А.** Чем чревато нарушение патентных прав // Патенты и лицензии, 1996, № 8/96, с. 5 — 13
- [29] **Лобач Б.А.** Контрафактная продукция — это всегда санкции // Экономика и жизнь, 1996, № 2, июль.
- [30] **Лобач Б.А.** Патентные права и их использование в хозяйственной деятельности предприятия в современных условиях // Консультант, 1996, № 4, апрель, с. 171 — 181.

- [31] **Новое** в бухгалтерском учете в Российской Федерации: Сб. нормат. док. С коммент., М.: Аудиторская фирма «Контакт», 1995, вып.7, с. 20 — 22.
- [32] **Макаров В.Л.** Баланс научных разработок и алгоритм его решения // Сб.ст. Оптимизация, Новосибирск, 1973, вып. 11(28), с. 37 — 45.
- [33] **Макаров В.Л.** Экономическое равновесие: существование и экстремальное свойство // ИТН Современные проблемы математики, 1982, Т. 19, с. 52 — 54.
- [34] **Макаров В.Л., Васильев В.А.** Информационное равновесие и ядро в обобщенных моделях обмена // Докл. АН СССР. 1984, т. 275, с. 549 — 553.
- [35] **Малютин А., Проколов Р.** Ведя радиопоиск, не забывайте о патентоведах // Коммерсант Дэйли, 1995, № 204, 2 ноября.
- [36] **Николаева О.Е., Шишкова Т.В.** Управленческий учет. М.: УРСС, 1997.
- [37] **Организация оценки** и налогообложения недвижимости, Том 1 / перевод с англ. под общей редакцией Дж.К.Эккерта. М.: РОО, Академия оценки, Стар Интер, 1997
- [38] **Организация оценки** и налогообложения недвижимости, Том 2 / перевод с англ. под общей редакцией Дж.К.Эккерта. М.: РОО, Академия оценки, Стар Интер, 1997.
- [39] **Попов М.И.** Системный анализ норм законодательства России, регулирующего деятельность в области коммерческого оборота «ноу-хау» // Правовая информатика, 1996, № 1. 1996.
- [40] **Правовая охрана** интеллектуальной собственности в России: учебное пособие / Горленко С.Ф., Григорьева Т.В., Лобач Б.А. и др.; Под общей редакцией В.Н.Дементьева. М.: НИЦПрИС, 1995.
- [41] **Семенова А.** Вьетнамская лапша не прижилась на русской земле // Коммерсант Дэйли, 1995, 18 декабря.

- [42] **Сесекин В.Б.** Приватизация и объекты интеллектуальной собственности // Панорама приватизации, 1996, № 8(83).
- [43] **Сесекин Б.А., Сесекин В.Б.** Патентование: отбор и целесообразность // Инвест-курьер, октябрь 1996.
- [44] **Соловьев Э.Я.** Коммерческая тайна и ее защита. М.: ИВФ Антал, 1996.
- [45] **Соловьева О.В.** Зарубежные стандарты учета и отчетности. М.: Аналитика-Пресс, 1998.
- [46] **Стандарт оценки нематериальных активов // МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ ОЦЕНКИ МСО 1 — 4 С предисловием к стандартам МКСОИ. Том 1.** М.: РОО. 1995.
- [47] **Стэнворт Дж., Смит Б.,** Франчайзинг в малом бизнесе (Руководство Барклайз Банка по малому бизнесу). / Пер с англ. под ред. Л.И.Павловой. М.: Аудит, ЮНИТИ, 1996.
- [48] **Уильямсон О.И.** Экономические институты капитализма. Санкт-Петербург: Лениздат, 1996.
- [49] **Фатьякина Л.П.** Использование интеллектуальной собственности в качестве нематериальных активов предприятий // Коммерциализация интеллектуальной собственности: проблемы и решения. / Сост. и общ. ред. Н.М.Фонштейн и В.Г.Зинова. М.: ЗелО, 1996, с. 58 — 71.
- [50] **Финансы и инвестиции:** Англо - русский и русско - английский толковый словарь. М.: Джон Уайли энд Санз, 1995.
- [51] **Фридман Л.** Американцы защитили «Столичную водку» // Финансовые известия, 1993, № 20.
- [52] **Хорошавина Н.** Пульверизатор раздора // Коммерсантъ, 1993, № 21, 24 — 30 мая.
- [53] **Чернышов В.** Рост стоимости российских товарных знаков сдерживается низким качеством товаров // Финансовые известия, 1993, № 6.

- [54] **Шнейдеман Л.З.** Учет новых видов имущества и операций. М.: Бухгалтерский учет, 1993.
- [55] **Штумпф Г.** Договор о передаче «ноу-хау». М.: Прогресс, 1976.
- [56] **Штумпф Г.** Лицензионный договор/Пер. с нем. Под редакцией и со вступительной ст. М.М.Богуславского. М.: Прогресс, 1988.
- [57] **Andonian J.K.** New Method to Determine Royalty Rates, 26 Les Nouvelles. 1991, № 58, p. 58 — 60.
- [58] **АРВ** Opinion № 17 (Intangible Assets) // ORIGINAL PRONOUNCEMENTS ACCOUNTING STANDARDS as of June 1, 1993, VOL. 2.
- [59] **Axelrod I.L.** Monitoring Licenses, Royalty Payments. 22 Les Nouvelles, 1987, № 41, pp. 41 — 42.
- [60] **British** Technology Group Annual Report 1994.
- [61] **Coase R.H.** The problem of social costs // Journal of Law and Economics, 1960, Vol. 3, № 1.
- [62] **Marcus B. Finnegan M.B., Mintz H.H.** The Determination of Reasonable Royalty // The Law of Patent and Know-How Licensing. E-18, E-19, 1975.
- [63] **Goldsheider R., Maier G.J.** «Reasonable Royalties» in the Commercial World and as the Measure of Damages in Intellectual Property Litigation // 1989 Licensing Law Handbook, 1989, pp. 67, 69.
- [64] **Griliches Z.** Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey // Journal of Economic Literature. Vol. XXVIII. December 1990, pp. 1661 — 1707.
- [65] **Danilov V.I., Koshevoy G.A., Sotskov A.I.** Equilibrium in a market of intellectual goods// Mathematical Social Sciences, № 27, 1994, pp. 133-144.

- [66] **Ku K.** Pricing and Packaging Technology // Technology Licencing and Litigation 1991, 113 (PLI Patents, Copyrights, Trademarks and Literary Property Course Handbook Series № 308, 1991).
- [67] **Kurz M.** Arrow-Dbreu equilibrium of an exchange economy with transaction cost // International Economic Review, 1974, 15(3), pp. 699 — 717.
- [68] **Makarov V.L.** About economies of intellectual goods and its modeling: Report at Sixth Annual Congress of the European Economic Association. England. 1991.
- [69] **McMullen J.A., Halprin D.A.** New Technique for Quantifying Reasonable Royalty from Appropriate Case Law // J. Pat. & Trademark Off. Soc'y. 1993, № 75, pp. 843, 846.
- [70] **Meurer M.J.** An Economic Analysis of Royalty Terms in Patent Licenses // Minn. L. Rev. 1993, № 67, pp. 1198, 1201.
- [71] **Phillips S.D., Gerard E.M.** The «Super Royalty»: Alternativ Approaches to its Determination // Licensing Law and Business Report 1990, № 13, pp. 169, 176.
- [72] **Posner R.A.** Economic analysis of law. Boston, 1972.
- [73] **Pratt S.** VALUING a BUSINESS: The Analysis and Appraisal of Closely Held Companies. Second Edition. Illinois: Dopw-Jones-Irvin, Homewood, 1989.
- [74] **Romary J.M.** Patents fof Sale — The Evaluating Process: Finnegan, Henderson, Farabov, Garret & Dunner Report on The NATO Seminar in Moscow, 1994, October.
- [75] **Romary J.M.** Patents for Sale: Evaluating of Patent Licenses // European Intellectual Property Review, 1995, August.
- [76] **Romary J.M.** Protecting of Intellectual Property Rights in the USA through Litigation, Arbitration and Mediation: Finnegan, Henderson, Farabov, Garret & Dunner Report on The NATO Seminar in Moscow, 1994, October.

-
- [77] **Skenyon J.M., Porcelli F.P.** Patent Damage // J. Pat. & Trademark Off. Soc'y. 1988, № 70, pp. 762, 770 — 772.
- [78] **Schankerman M.** How valuable is Patent Protection? Estimates by Technology Field using Patent renewal Date. London: The Center for Economic Performance Discussion Paper. 1991, 46, July.
- [79] **Stigler G.J.** The Theory of Price. New York: Macmillan Co., 1966.
- [80] **Stigler G.J.** The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars // Journal of Legal Studies, 1972, № 1: 12.
- [81] **Toothman J.W.** Second Opinions May Trim Legal Bills, Nat'l L.J., 1994, February 14, pp. 17, 18.
- [82] **Villis S.** Application of Business Economics to the Licensing Decision // 10 Licensing Law and Business Report 157 (1987).
- [83] **Whait R.** The Valuation of Intellectual Property Rights: Linklaters & Pains Report on The NATO Seminar in Moscow, 1994, October.