

Институт экономики переходного периода

Научные труды № 131Р

А. Золотарева, А. Киреева, С. Шаталов

**Правовое регулирование международных
сделок с интеллектуальной собственностью**



ИЭПП
Москва 2010

УДК [341.96:347.77](060.55)
ББК ББК67.933я54

3-80 Золотарева, Анна Борисовна.

Правовое регулирование международных сделок с интеллектуальной собственностью / Золотарева А.Б. [и др.]. – М.: ИЭПП, 2010. – 108 с. (Научные труды / Ин-т экономики переходного периода; № 131Р). – ISBN 978-5-93255-281-0.

I. Киреева, Анастасия Викторовна.

II. Шаталов, Станислав Сергеевич.

Агентство СІР РГБ

В работе анализируются основные проблемы правового регулирования международных сделок с интеллектуальной собственностью. С этой целью исследованы действующее гражданское и таможенное законодательство, регулирующие вопросы ввоза, вывоза и использования лицензионной продукции на российской территории, правоприменительная практика по спорным вопросам, а также зарубежный опыт регулирования аналогичных вопросов. Предложены варианты решения некоторых проблем правового регулирования международных сделок с интеллектуальной собственностью.

A. Zolotareva, A. Kireeva, S. Shatalov

Legal regulation of international intellectual property transactions

The study analyzes the main issues of legal regulation of international intellectual property transactions. The authors review existing civil and customs legislation regulating import, export and use of licensed products on Russia's territory, the law application practices concerning disputable issues, as well as foreign experience in that field. Some possible solutions to the problems arising in connection with legal regulation of international intellectual property transactions are suggested.

JEL Classification: K2, K3, H2.

УДК [341.96:347.77](060.55)
ББК ББК67.933я54

ISBN 978-5-93255-281-0

© Институт экономики переходного периода, 2010

Содержание

Введение	5
Состав исключительных прав, момент их возникновения, прекращения и исчерпания.....	9
Общие вопросы заключения сделок с интеллектуальной собственностью	26
Общие вопросы таможенного регулирования экспорта/импорта товаров, в состав которых входят исключительные права.....	31
Особенности правового регулирования импорта исключительных прав	46
Анализ судебной практики по спорам, связанным с ввозом товаров, в состав которых входят исключительные права	53
Зарубежная практика таможенного регулирования сделок с интеллектуальной собственностью	79
Заключение	98

Введение

В общественных отношениях, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности (РИД), участвует несколько групп лиц, в том числе:

- авторы-разработчики результатов интеллектуальной деятельности;
- правообладатели;
- потребители товаров, в состав которых входят РИД;
- государство.

Действующее российское законодательство в области интеллектуальной собственности преимущественно ориентировано на защиту интересов правообладателей. Причем правовая защита данной группы лиц на протяжении последних лет постоянно усиливалась. В частности, были увеличены сроки действия исключительных авторских прав¹, появились запреты на преодоление средств компьютерной защиты и разработку программных средств, позволяющих копировать защищенные РИД², на удаление или изменение информации об авторском праве и о смежных правах с экземпляра произведения³ и т.д. В сфере таможенного регулирования в 2003 г. также появились нормы, представляющие правообладателям дополнительные возможности для защиты. Так, у них появилось право требовать приостановления выпуска товаров, в отношении которых имеется подозрение о том, что они являются контрафактными⁴. Одновременно

¹ Сроки были увеличены с 50 до 70 лет после смерти автора.

² Этот запрет впервые появился в 2004 г. в период действия «старого» законодательства об авторском праве. Соответствующие изменения были внесены Федеральным законом от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах». Здесь и далее тексты нормативных актов приводятся по справочной информационной правовой системе «КонсультантПлюс».

³ Этот запрет впервые появился в 2004 г. в период действия «старого» законодательства об авторском праве. Соответствующие изменения были внесены Федеральным законом от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах».

⁴ С принятием действующего Таможенного кодекса РФ от 28 мая 2003 г. № 61-ФЗ.

менно с этим в таможенном законодательстве появился и ряд норм, направленных на защиту интересов государства. В частности, в Федеральный закон «О таможенном тарифе»¹ в 2005 г. были внесены поправки, которые обязывают импортеров включать лицензионные платежи в таможенную стоимость ввозимого товара².

Развитие законодательства в направлении защиты интересов правообладателей в значительной степени объясняется желанием государства привести его в соответствие с требованиями международных соглашений, заключенных в рамках ВТО, особенно Соглашения ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Определенную роль сыграла и активность иностранных правообладателей, повлиявших на развитие российского законодательства об интеллектуальной собственности, к примеру, через аппарат Торгового представителя США³.

Таким образом, к началу 2008 г., когда вступила в действие часть 4 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ), посвященная вопросам правового регулирования отношений, связанных с использованием РИД, интересы правообладателей, в том числе иностранных, оказались защищены в соответствии с самыми высокими международными стандартами. Действующая часть 4 ГК РФ воспроизводит практически все основные положения ТРИПС за некоторыми незначительными исключениями⁴.

При этом нормы, касающиеся защиты других участников правоотношений, связанных с использованием интеллектуальной собст-

¹ Федеральный закон «О таможенном тарифе» от 21 мая 1993 г. № 5003-1.

² Статья 19.1 была введена в Федеральный закон «О таможенном тарифе» в 2005 г. Федеральным законом от 8 ноября 2005 г. № 144-ФЗ.

³ Аппарат Торгового представителя США в начале 2000-х годов неоднократно включал Российскую Федерацию в список «приоритетно наблюдаемых государств» (priority watch-list), что становилось основанием для мониторинга американской стороной российского законодательства в области интеллектуальной собственности, а также мониторинга его правоприменения и проведения ежегодных расследований.

⁴ Исключения существуют, например, в отношении порядка использования наименований мест происхождения товаров, которые традиционно используются в качестве наименования группы товаров определенного рода, например, таких как «коньяк», «шампанское» и т.д.

венности, содержат серьезные пробелы. В частности, нечетко определен порядок исчерпания исключительных прав в отношении товаров, приобретаемых российскими организациями и гражданами за рубежом. В результате страдают интересы добросовестных приобретателей лицензионной продукции. Например, действующее законодательство теоретически позволяет привлекать к ответственности за контрафакт любого гражданина, ввозящего легально произведенный и легально приобретенный в розничной торговой сети товар, содержащий РИД, если у этого гражданина нет лицензионного договора с правообладателем (какового в данной ситуации в принципе быть не может, поскольку единственным документом на большинство приобретаемых в магазине товаров является чек). А учитывая, что практически вся промышленная продукция в современном мире содержит те или иные объекты интеллектуальной собственности (товарные знаки, патенты, промышленные образцы и пр.), буквальное применение этих законодательных норм породило бы откровенно абсурдные последствия, сделав незаконным ввоз любых товаров, приобретенных российскими гражданами в магазинах за границей, – бытовой техники, одежды, обуви и пр.

Еще один крупный блок проблем в правовом регулировании правоотношений по поводу использования интеллектуальной собственности связан с наличием пробелов в законодательстве, регулирующем порядок включения лицензионных платежей в состав таможенной стоимости ввозимых товаров. Это позволяет правообладателям занижать размер таможенных пошлин, вследствие чего страдают интересы бюджета.

Целью настоящей работы является анализ основных проблем таможенного регулирования международных сделок с интеллектуальной собственностью, а также предложение вариантов их правового решения с целью обеспечения баланса интересов всех участников правоотношений, связанных с ввозом лицензионной продукции. В частности, в работе рассмотрены такие актуальные проблемы, как:

- 1) недостаточная четкость норм об исчерпании исключительных прав на РИД при введении товаров в оборот за пределами России;

2) проблемы определения таможенной стоимости товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности;

3) нечеткость условий привлечения импортера к ответственности за ввоз контрафактной продукции;

4) проблемы определения объекта обложения таможенными пошлинами.

В работе исследованы: действующее гражданское и таможенное законодательство, регулирующие вопросы ввоза, вывоза и использования лицензионной продукции на российской территории, правоприменительная практика по спорным вопросам, в том числе решения арбитражных судов за 2006–2009 гг., а также зарубежный опыт регулирования аналогичных вопросов.

Состав исключительных прав, момент их возникновения, прекращения и исчерпания

В общем виде состав исключительных прав, возникающих в отношении результатов интеллектуальной деятельности, а также приравненных к ним средств индивидуализации товаров работ и услуг, определяется в ст. 1226 ГК РФ. Согласно этой статье на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются «интеллектуальные права»¹, которые включают:

- имущественные права (так называемые исключительные), т.е. полномочия использовать результат интеллектуальной деятельности по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом;
- личные неимущественные права (к числу которых относятся, например, право автора произведения на имя, право авторства, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения (ст. 1255 ГК РФ));
- иные права (например, право доступа автора к произведению).

В *табл. 1* приведены основные отличия авторских (неимущественных) и исключительных (имущественных) прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Законодатель не определил общего перечня *исключительных* (т.е. имущественных) прав, который относился бы ко всем результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации одновременно. Статья 1229 ГК РФ говорит только о том, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации предполагает правомочия:

- его использовать;
- им распоряжаться;
- передавать исключительное право третьим лицам по договору;

¹ Этот термин используется ст. 1226 ГК РФ для объединения имущественных и неимущественных прав на РИД.

- запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Таблица 1

Основные отличия авторских (неимущественных) и исключительных (имущественных) прав на результаты интеллектуальной деятельности

Вид права	Лицо, которому могут принадлежать права	Возможность передачи прав третьим лицам	Период действия	Общая характеристика состава прав
Авторские и иные неимущественные права	Физическое лицо – автор или группа физических лиц, принимавших непосредственное творческое участие в создании РИД	Отсутствует	Действие прав не ограничено какими-либо сроками. Право авторства и другие неимущественные права охраняются в качестве общественного достояния после истечения сроков действия исключительных прав (ст. 1282 ГК РФ)	Право автора на имя, право авторства, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения и т.д.
Исключительные (имущественные) права	Организация или физическое лицо, которое приобрело эти права в результате создания РИД или перехода прав на него на основании договора	Имеется. Исключительные права передаются по договору	Действуют только в течение определенного срока, установленного законодательством	Права связаны с возможностью использования РИД (его публикации, внедрения в производство, экспорта, импорта и т.д.), в том числе в коммерческих и производственных целях

При этом четких указаний относительно того, что именно подразумевается под «использованием» и «распоряжением», глава 69 ГК РФ, посвященная общим положениям по вопросам интеллектуальной собственности, не содержит. Конкретный перечень исключительных прав устанавливается в соответствующих главах ГК РФ

применительно к каждому из видов результатов интеллектуальной деятельности.

Возникновение исключительных прав может быть обусловлено либо фактом создания РИД, либо фактом его регистрации. Причем регистрация может быть как обязательной, так и добровольной (в этом случае права на РИД возникают в силу его создания, а регистрация применяется с целью их более эффективной защиты, в том числе доказывания факта авторства).

Государственная регистрация *обязательна* для таких результатов интеллектуальной деятельности, как:

- изобретения (ст. 1353 ГК РФ);
- полезные модели (ст. 1353 ГК РФ);
- промышленные образцы (ст. 1353 ГК РФ);
- селекционные достижения (ст. 1414 ГК РФ);
- фирменные наименования (право возникает при государственной регистрации юридического лица. См. ст. 1473 ГК РФ);
- товарные знаки и знаки обслуживания (ст. 1477 ГК РФ);
- наименования мест происхождения товаров (ст. 1519 ГК РФ).

При отсутствии государственной регистрации перечисленных результатов интеллектуальной деятельности правовая охрана им не предоставляется.

Государственная регистрация может осуществляться правообладателем *в добровольном порядке* для таких результатов интеллектуальной деятельности, как:

- топологии интегральных микросхем (ст. 1452 ГК РФ);
- программы для ЭВМ (ст. 1262 ГК РФ);
- базы данных (ст. 1262 ГК РФ).

Государственная регистрация *не предусмотрена вообще* для таких результатов интеллектуальной деятельности, как:

- секреты производства (ноу-хау) (ст. 1467 ГК РФ);
- коммерческие обозначения (ст. 1538 ГК РФ. Момент возникновения прав на использование коммерческих обозначений определен недостаточно четко);
- произведения науки, литературы и искусства (ст. 1259 ГК РФ);

- результаты исполнительской деятельности (исполнения) (ст. 1304 ГК РФ);
- фонограммы (ст. 1304 ГК РФ);
- сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания) (ст. 1304 ГК РФ).

Прекращение исключительных прав происходит в первую очередь при истечении срока их действия (все исключительные права, кроме прав на средства индивидуализации, действуют в течение ограниченного периода времени). Законодательство допускает и возможность прекращения действия исключительных прав вследствие отказа правообладателя от их дальнейшей охраны. Например, это возможно в отношении объектов патентного права. Поскольку поддержание патента в силе является платным, изобретатель, не имеющий возможности осуществить практическое внедрение своей разработки, может отказаться от дальнейшей охраны принадлежащих ему исключительных прав. Действие права на средства индивидуализации фактически ограничивается временем существования фирмы и желанием организации (а также желанием ее правопреемников) использовать товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров.

Значительно более сложным является вопрос об исчерпании исключительных прав на РИД в составе товара, отчуждаемого правообладателем, либо третьими лицами с его согласия. В отличие от «прекращения» исключительных прав, их «исчерпание» может произойти только в отношении конкретной единицы продукции, произведенной с использованием РИД. При ее последующей реализации, использовании или потреблении исключительные права на РИД как таковые продолжают действовать, однако в отношении конкретной единицы товара они могут быть признаны исчерпанными. Исчерпание исключительных прав в составе материального товара позволяет его законным владельцам распоряжаться данным товаром по собственному усмотрению без санкции обладателя исключительных прав.

Нормы, регулирующие вопрос об исчерпании исключительных прав, сформулированы по-разному применительно к разным видам объектов интеллектуальной собственности.

Так, в отношении произведений, охраняемых нормами авторского права, не установлено специальных норм, которые определяли бы момент исчерпания исключительных прав в отношении произведения, ввозимого на российскую территорию из-за рубежа. Статья 1272 ГК РФ, которая определяет порядок исчерпания исключительных прав в отношении экземпляров «публикуемых» произведений, регулирует вопрос исключительно в отношении случаев их введения в оборот *на российской территории*. Согласно этой статье, «если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот *на территории Российской Федерации* путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения», за исключением случая, когда в отношении произведения изобразительного искусства установлено право следования¹ (ст. 1293 ГК РФ).

При этом ст. 1270 ГК РФ, определяющая объем исключительных прав в отношении произведений, являющихся объектами авторского права, говорит о том, что ввоз произведения на российскую территорию может осуществляться *только правообладателем или с его согласия*, но не говорит о том, имеет ли право лицо, законно приобретенное экземпляр произведения *за рубежом*, ввозить и перепродавать его. Отсутствие прямого разрешения на свободный ввоз и реализацию экземпляров произведения, легально приобретаемых за границей, в контексте прочих норм авторского права следует трактовать как запрет².

¹ Под «правом следования» в ст. 1293 ГК РФ понимается право автора оригинала произведения изобразительного искусства на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи при каждой публичной перепродаже соответствующего оригинала, в которой в качестве продавца, покупателя или посредника участвует галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация.

² В ГК РФ имеется и целый ряд других норм, подтверждающих вывод о том, что отсутствие запрета на использование продукции, в состав которой входит РИД, не

Таким образом, экземпляры продукции, ввезенные без прямого разрешения правообладателя, могут рассматриваться как нарушающие его «право на ввоз» и подвергаться конфискации в качестве контрафактных. С учетом этого правообладатель, который считает, что ввоз экземпляров произведения, легально приобретенных за рубежом, нарушает его исключительное право, может требовать от таможенных органов их ареста и привлечения экспортера к ответственности¹.

Исчерпания прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы в составе товаров, приобретенных за рубежом, при их ввозе на российскую территорию также не происходит. Согласно ст. 1359 ГК РФ *не являются нарушением* исключительных прав в том числе следующие действия: «...ввоз на территорию Российской Федерации, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, если этот продукт или это изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя».

Таким образом, Кодекс однозначно говорит о том, что после приобретения товара, содержащего объект патентного права *на российской территории*, покупатель может считать исключительные права исчерпанными, свободно его использовать и перепродавать. Однако при этом права на ввоз из-за рубежа лицензионных экземпляров то-

считается согласием (разрешением) правообладателя на ее использование (см. п. 4 ст. 1252 ГК РФ и ст. 1229 ГК РФ). О невозможности импортировать товар без прямого согласия правообладателя говорит и п. 4 ст. 1252 ГК. Согласно этому пункту «в случае, когда изготовление, распространение или иное использование, *а также импорт*, перевозка или хранение *материальных носителей, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, приводят к нарушению исключительного права* на такой результат или на такое средство, *такие материальные носители считаются контрафактными и по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации, если иные последствия не предусмотрены настоящим Кодексом».*

¹ Подробнее об этом см. далее.

вара, содержащего объекты патентного права, у российских организаций нет. Ситуация, когда производится «ввоз на территорию Российской Федерации... продукта... если этот *продукт* ранее был введен в гражданский оборот *на территории Российской Федерации* патентообладателем», возможна только в случае реэкспорта. Однако этот вариант является крайне редким, и цитируемые нормы ст. 1359 ГК РФ не могут рассматриваться в качестве регулирующих отношения, возникающие при первоначальном ввозе импортной продукции, содержащей РИД.

Из этого можно сделать вывод о том, что вопрос о моменте исчерпания исключительных прав, *возникших за рубежом*, урегулирован без учета интересов организаций и граждан, приобретающих лицензионную продукцию за рубежом. Даже продукция, *легально* приобретенная за границей, не может свободно импортироваться и продаваться на российской территории лицами, не уполномоченными на это правообладателем. Это означает, что исключительные права, ранее исчерпанные за рубежом, фактически восстанавливаются в процессе ввоза продукции на российскую территорию.

В отношении селекционных достижений, *легально* приобретенных за рубежом, установлены еще более жесткие ограничения на свободный ввоз и использование в России. Во-первых, право на ввоз селекционных достижений закреплено исключительно за правообладателем. Во-вторых, даже при введении селекционных достижений в оборот на российской территории исчерпания исключительных прав *не происходит*. Согласно п. 4 ст. 1422 ГК РФ использование растительного материала, *полученного в хозяйстве* (т.е., к примеру, фермером, который ранее приобрел семенной материал у правообладателя), является правомерным только в отношении сортов, перечень которых установлен Правительством РФ¹, и только «*в те-*

¹ В настоящее время Правительством утверждено всего 10 таких сортов (гречиха, ячмень и т.д.). См. Постановление Правительства РФ от 4 октября 2007 г. № 643 «Об утверждении перечня родов и видов растений, в отношении которых использование растительного материала не является нарушением исключительного права на селекционное достижение в соответствии со статьей 1422 Гражданского кодекса Российской Федерации».

чение двух лет». Следствием подобного подхода к вопросу о сохранении исключительных прав после первичной продажи товара, в состав которого они входят, является то, что даже обычное товарное производство на основе приобретенного семенного фонда нередко вызывает претензии у правообладателей, так как полученный урожай может использоваться и для воспроизводства семян (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 19 сентября 2008 г. № Ф03-А04/08-1/3902 по делу № А04-738/08-12/19). Право на производство урожая из запатентованных семян потребовало в 2008 г. разъяснений со стороны органов, осуществляющих контроль в сельском хозяйстве. Так, в письме Минсельхоза Российской Федерации от 25 мая 2008 г. было указано, что «производство» – как форма законного использования селекционного достижения – должно относиться только к случаям получения урожая товарного назначения, а не к случаям получения семенного фонда.

Вопрос об исчерпании прав на товары, в состав которых входят топологии интегральных микросхем, решается Гражданским кодексом принципиально иначе. Статья 1456 ГК РФ прямо допускает «распространение интегральных микросхем с топологией, ранее введенных в гражданский оборот лицом, обладающим исключительным правом на топологию, или иным лицом с разрешения правообладателя». При этом ст. 1456 ГК РФ не уточняет, где именно эти товары должны были вводиться в оборот: на российской территории или за рубежом.

Кодекс прямо говорит о том, что даже реализация и использование продукции, в составе которой присутствует *незаконно* воспроизведенная топология, является допустимым, «если лицо, совершающее такие действия, не знало и не должно было знать, что в интегральную микросхему включена незаконно воспроизведенная топология».

Более того, Кодекс разрешает собственнику продукции использовать и реализовать наличный запас продукции даже после «получения уведомления о незаконном воспроизведении топологии». При этом указанное лицо обязано выплатить правообладателю компенсацию за использование топологии, соразмерную тому вознагражде-

нию, которое могло бы быть выплачено при сравнимых обстоятельствах за аналогичную топологию. Такой подход представляется верным, поскольку в большей степени обеспечивает баланс интересов правообладателя и потребителей продукции, включая импортеров. С одной стороны, потребитель (в том числе импортер), приобретающий продукцию, имеет возможность использовать ее (продукция не конфискуется), а с другой – правообладатель получает определенное вознаграждение. По каким-то причинам аналогичный подход не применяется в отношении прочей продукции, в состав которой входят объекты патентного права, а также программы для ЭВМ и другие РИД, имеющие отношение к технической сфере.

В отношении средств индивидуализации товаров, работ и услуг вопрос об исчерпании исключительных прав урегулирован так же, как и в отношении объектов патентного права. Статья 1487 ГК РФ, устанавливающая случаи «исчерпания исключительного права на товарный знак» говорит о том, что «не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот *на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия*». Это означает, что после законного приобретения товара на российской территории его последующая перепродажа покупателем может осуществляться свободно, без дополнительного разрешения правообладателя. При этом вопрос об исчерпании права на товарный знак в составе товаров, приобретенных *за рубежом*, как и в отношении товаров, в составе которых присутствуют патентные права, не урегулирован.

Подход, применяемый ГК РФ к вопросу об исчерпании исключительных прав в отношении средств индивидуализации, объектов патентного права и произведений, в составе товаров, приобретенных *за рубежом*, может трактоваться двояко:

- с одной стороны, если «согласие правообладателя» было получено на реализацию товара *за рубежом*, то его согласие на вывоз товара в любую третью страну, включая Российскую Федерацию, должно презюмироваться. Законодательство зарубежных

стран¹ обычно содержит нормы, которые аналогично ст. 1487 и 1359 ГК РФ устанавливают правило об исчерпании исключительных прав в отношении единожды реализованного товара, и не содержит запретов *на вывоз* легально приобретенного товара за рубеж. Следовательно, ввоз на российскую территорию и последующая реализация товара, законными способами введенного в оборот за рубежом, также должны рассматриваться как правомерные действия;

- с другой стороны, отсутствие прямого разрешения правообладателя на ввоз товара, приобретенного за рубежом, может рассматриваться как запрет на совершение этих действий. В частности, комплексное толкование норм ст. 1229 ГК РФ и п. 4 ст. 1252 ГК РФ позволяет рассматривать ввоз экземпляров продукции без прямого разрешения правообладателя в качестве контрафакта.

Второй вариант трактовки норм Гражданского кодекса ставит импортеров в очень невыгодное положение, так как из него следует необходимость получения специального разрешения правообладателя на ввоз каждой единицы товара. Подобное толкование норм ст. 1487 и 1359 ГК РФ создает основу для привлечения импортера, ввозящего *лицензионный* товар, приобретенный за рубежом, к ответственности. Причем привлечение к ответственности может производиться по инициативе как представителей правообладателя, так и самих таможенных органов². Следствием этого являются многочисленные судебные споры.

Так, на основании Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 12 мая 2008 г. № 09АП-4659/2008-АК по делу

¹ Например, § 109 Закона США об авторском праве 1976 г. (раздел 17 Свода законов США) устанавливает как общее правило, что собственник законно изготовленного в соответствии с этим разделом (т.е. разделом 17) экземпляра произведения или звукозаписи или любое лицо, уполномоченное таким собственником, вправе без разрешения обладателя авторского права продать или иным образом распорядиться этим экземпляром или звукозаписью.

² Вопрос об условиях привлечения импортеров к ответственности подробно рассмотрен далее.

№ А40-9281/08-145-128 с импортера был взыскан штраф и конфискован лицензионный товар, ввозимый на российскую территорию.

Импортер (ООО «Генезис») приобрел за границей и попытался ввезти на российскую территорию подержанный автомобиль PORSCHE CAYENNE S 2004 г. выпуска. Однако ввозимый товар был арестован на Центральной акцизной таможне по требованию российского дилера (ООО «Порше Руссланд») компании «Порше АГ» (Германия), являющейся правообладателем.

Принимая решение в пользу таможенного органа, выступавшего истцом, и официального дилера, суд указал, что на территории Российской Федерации «только ООО «Порше Руссланд» имеет право использовать товарные знаки «PORSCHE» и «CAYENNE» при их реализации и их введении в гражданский оборот на территории РФ».

По мнению суда, ввоз товара, обозначенного охраняемым товарным знаком, знаком обслуживания, наименованием места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров «не правообладателем, не по договору с правообладателем или без его согласия, с целью введения его в гражданский оборот на территории РФ», должен рассматриваться как противоправное деяние. Из текста решения суда следует, что наличие состава правонарушения не должно ставиться в зависимость от того, предназначен товар для дальнейшей реализации или для личного использования импортером. Суд прямо указал, что именно *«факт ввоза товара, маркированного товарным знаком, без разрешения правообладателя на территорию Российской Федерации»* является одним из квалифицирующих признаков, образующих объективную сторону правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ст. 14.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ).

Противоправность этого деяния, по мнению суда, *не зависит и от того, «были ли нарушены права правообладателя при производстве товара за пределами РФ»*. То есть суд сделал вывод о том, что исключительные права, которые в отношении конкретного товара (например, подержанного автомобиля) *уже полностью исчерпаны*

за рубежом, почему-то могут восстанавливаться при его ввозе на российскую территорию.

Принимая свое решение, суд также указал, что в качестве действий, направленных на введение товаров с незаконно размещенными товарными знаками в гражданский оборот, можно рассматривать:

- подачу таможенной декларации на такие товары с заявлением их к таможенным режимам, предполагающим использование товаров в гражданском обороте на территории РФ;
- действия лиц, направленные на ввоз коммерческой партии товаров без декларирования таможенному органу при следовании через таможенную границу.

Это позволило суду принять решение о конфискации товара, который был заявлен декларантом к таможенному оформлению.

Однако впоследствии данное дело рассматривалось Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ), который своим Постановлением от 3 февраля 2009 г. № 10458/08 не подтвердил правомерность привлечения импортера к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ. По мнению ВАС, суды, ранее рассматривавшие дело, не учли, что в соответствии со ст. 14.10 КоАП РФ на юридических лиц может быть наложен административный штраф – от тридцати до сорока тысяч рублей с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара. В данном случае автомобиль марки PORSCHE CAYENNE S, являющийся предметом правонарушения и подвергнутый судом конфискации, выпущен правообладателем одноименных товарных знаков и, следовательно, не содержит признаков незаконного воспроизведения товарных знаков, в связи с чем за его ввоз на территорию Российской Федерации общество не может быть привлечено к ответственности, предусмотренной ст. 14.10 КоАП РФ. Однако данное решение в пользу импортера носит единичный характер и не находит подтверждения в практике не только других судов, но и самого ВАС РФ.

В частности, в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122, в котором содержится обзор практики

рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности, в аналогичном деле ВАС становится на сторону таможенного органа, привлекшего импортера к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ за ввоз импортной одежды, маркированной товарным знаком, принадлежащим иностранной фирме. Договор с правообладателем у ответчика отсутствовал. В оправдание своих действий импортер привел следующие доводы:

- прямого запрета на использование этого товарного знака правообладатель не высказывал;
- ответчик не являлся производителем маркированного товара и самостоятельно товарный знак на него не наносил. Товар был правомерно приобретен ответчиком за границей (что, по нашему мнению, должно свидетельствовать о полном исчерпании исключительных прав в отношении данного товара);
- ответчик не имел информации о том, что данный товарный знак зарегистрирован иностранным правообладателем на территории Российской Федерации и подлежит охране.

Суды всех инстанций, включая Президиум ВАС РФ, отклонили указанные доводы ответчика и поддержали решение таможенного органа о конфискации товара и привлечении импортера к административной ответственности. По мнению Президиума ВАС РФ, правообладатель и таможенный орган справедливо руководствовались следующими соображениями:

- ввоз на территорию Российской Федерации является элементом введения товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации и представляет собой самостоятельное нарушение прав владельца товарного знака;
- отсутствие прямого разрешения на ввоз товара со стороны правообладателя равнозначно его запрету, следовательно, товар может быть признан контрафактным и конфискован таможенным органом;
- импортер обязан знать об охраняемых на российской территории исключительных правах. Ссылка на отсутствие у него сведений

об охране товарного знака на российской территории не освобождает его от ответственности.

Таким образом, ВАС РФ полностью встал на защиту правообладателей, проигнорировав интересы добросовестных приобретателей импортируемой продукции. Из этого решения ВАС РФ можно сделать вывод о том, что исключительные права, уже исчерпанные¹ за рубежом при продаже товара, маркированного товарным знаком, подлежат восстановлению при его импорте на российскую территорию. Даже товар, легально введенный в оборот за рубежом, не может быть ввезен на российскую территорию без письменного согласия правообладателя. Аналогичного мнения вслед за ВАС РФ придерживаются и нижестоящие арбитражные суды. Так, ввоз товаров на территорию РФ с зарегистрированным товарным знаком без прямого разрешения правообладателя был признан его незаконным использованием в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 4 июля 2007 г., 27 июня 2007 г. № Ф03-А59/07-2/2086 по делу № А59-4475/06-С24; в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 13 сентября 2006 г., 6 сентября 2006 г. № Ф03-А37/06-2/2888 по делу № А37-962/06-15; в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 июня 2007 г., 18 июня 2007 г. № 09АП-7356/2007-АК по делу № А40-14045/07-106-87; в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 января 2007 г., 26 января 2007 г. № 09АП-18925/06-АК, 09АП-19014/06-АК и других решениях. К сожалению, в своем совместном Постановлении «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 26 марта 2009 г. Пленум Верховного Суда и Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации не захотели дать оценку сложившейся судебной практике. Следует отметить, что, решая вопрос о реализации импортных товаров после исчерпания исключи-

¹ О том, что исключительные права на товар за рубежом действительно были исчерпаны, свидетельствует тот факт, что ввозимым товаром являлся именно автомобиль (автомобили – один из немногих видов товаров, имеющих индивидуальный номер и подлежащих регистрации). Автотранспортное средство, находившееся в эксплуатации несколько лет, быть «поддельным» просто не могло.

тельных прав, которое произошло *на российской территории*, а не за рубежом (до момента их импорта), суды встают на сторону российских компаний, предлагающих к реализации товары, маркированные «чужими» товарными знаками. К примеру, предметом рассмотрения Высшего Арбитражного Суда становились случаи, когда российские компании без разрешения иностранного правообладателя рекламировали свои услуги по ремонту иномарок, а также продавали клиентам детали от импортных автомобилей, законно введенные в оборот.

Поскольку исчерпание исключительных прав в отношении товаров, введенных с разрешения правообладателя в оборот на российской территории, прямо предусмотрено законом, Президиум ВАС РФ в своем Постановлении от 6 апреля 2004 г. № 14685/03¹ подтвердил правомерность использования товарного знака в рекламе лицами, специализирующимися на торговой, обслуживающей и иной деятельности в отношении правомерно введенных в гражданский оборот товаров.

По нашему мнению, эту же логику следует распространить в отношении случаев импорта товаров, законно введенных правообладателем в оборот на территории зарубежных стран. Однако такое расширительное толкование требует внесения уточнений в текст ГК РФ. В частности, целесообразно уточнить формулировки ст. 1487 и 1359 ГК РФ, дополнив их указанием, что нарушением исключительного права на товарный знак и нарушением патентных прав *не считается* также ввоз на таможенную территорию Российской Федерации товара, введенного в гражданский оборот на территории иного государства непосредственно правообладателем или с его согласия.

¹ Рассматриваемое Постановление Президиума ВАС РФ принималось еще в период действия норм «старого» законодательства, однако и «старый» Закон «Об авторском праве и смежных правах» и новая часть 4 ГК РФ подходят к вопросу об исчерпании прав в отношении товара, законно введенного в оборот на российской территории, одинаково. И, поскольку логика регулирования в новых нормах ГК РФ, посвященных порядку использования средств индивидуализации, осталась прежней, это Постановление не утратило своей актуальности и может применяться к вновь возникающим правоотношениям.

В отсутствие подобных норм Гражданского кодекса нижестоящие суды иногда возлагают бремя доказывания правомерности приобретения товара, в отношении которого уже должно было произойти исчерпание исключительных прав, на лицо, привлекаемое к ответственности. Применение такого подхода позволяет признавать незаконной реализацию импортных товаров, ввезенных на российскую территорию без специального разрешения правообладателя, не только на этапе их таможенного оформления, но и на всех последующих этапах.

Подобные решения как минимум два раза за 2008 г. принимались арбитражным судом Свердловской области. В своих решениях от 18 июля 2008 г. по делу № А60-14187/2008-С9 и от 1 декабря 2008 г. по делу № А60-32759/2008-С8¹ арбитражный суд Свердловской области указал, что, поскольку индивидуальные предприниматели, привлекаемые к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ, не представили документы, «подтверждающие законность введения приобретенных ими товаров в гражданский оборот, а также подтверждающие законность размещения на товарах товарных знаков либо сходных с ними до степени смешения обозначений», их следует признать виновными.

Принимая такое решение, суд не учел, что бремя доказывания лежит отнюдь не на лице, привлекаемом к ответственности, а на контролирующих органах. В соответствии с п. 3 ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении выяснению подлежит виновность лица в совершении административного правонарушения. При этом на привлекаемое к ответственности лицо не может возлагаться бремя доказывания своей невиновности.

¹ Из материалов дела следует, что товары с обозначениями «Adidas», «Puma», «Nike» приобретены индивидуальным предпринимателем, обвиняемым в нарушении исключительных прав, в г. Екатеринбурге на рынке «Таганский ряд». При этом документы, подтверждающие, что данные товары были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателями товарных знаков либо с их согласия, предпринимателем не представлены. Как следует из письменных объяснений предпринимателя, привлекаемого к ответственности, продавцы товаров таких документов ему не давали, о наличии таких документов у продавцов ему неизвестно.

Другие федеральные суды подошли к вопросу о распределении бремени доказывания более корректно и приняли в 2008–2009 гг. целый ряд решений в пользу лиц, реализующих товары, в отношении которых исключительные права на российской территории предположительно *могли быть* исчерпаны. В частности, выводы о недопустимости истребования у обвиняемого доказательств правомерности введения конкретного экземпляра товара в оборот на российской территории содержатся в Постановлении ФАС Поволжского округа от 16 января 2009 г. по делу № А65-15872/2008, Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 9 октября 2008 г. по делу № А05-3693/2008, Постановлении ФАС Уральского округа от 12 августа 2008 г. № Ф09-5016/08-С1 по делу № А71-704/08.

В большинстве перечисленных решений суды указывали на тот факт, что контролирующие органы не провели экспертизу качества приобретенных товаров, по результатам которой могли быть выявлены факты их подделки, не проверили оптовых поставщиков и т.д.

Общие вопросы заключения сделок с интеллектуальной собственностью

Особенности порядка заключения сделок с интеллектуальной собственностью обусловлены тем, что отчуждение результатов интеллектуальной деятельности их создателем (или последующим обладателем) не влечет для этих лиц утраты фактической возможности их использования. Например, передача автором другому лицу технической документации на изобретение не лишает автора соответствующих знаний, а значит, не препятствует ему воспроизвести эту документацию снова и передать ее другому лицу. Это приводит к необходимости урегулировать не только вопрос о передаче самих РИД на материальном носителе, но и вопрос о передаче исключительных прав на их использование.

Право на использование результата интеллектуальной деятельности может передаваться пользователю двумя основными способами:

- в составе передаваемого товара, работы или услуги. В этом случае к покупателю товара, работы или услуги исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности не переходит, а переходит право собственности на его материальный носитель (ст. 1227 ГК РФ), а также право на практическое использование РИД в пределах, установленных правообладателем;
- в качестве самостоятельного товара, когда именно исключительные права являются предметом сделки.

Гражданский кодекс установил четыре основных вида договоров¹, на основании которых может осуществляться переход исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности, порядок заключения и существенные условия которых урегулированы в ст. 1233–1241 ГК РФ:

- договоры об отчуждении исключительного права. По договору о передаче исключительного права происходит полная уступка

¹ Помимо этого, исключительные права могут становиться и предметом других договоров, например, договора залога. Однако в отношении таких договоров с исключительными правами специального регулирования ГК РФ не предусматривает.

- прав на РИД. Как следствие, первоначальный правообладатель теряет право использовать результат интеллектуальной деятельности самостоятельно, а также право передавать исключительные права кому бы то ни было еще (ст. 1234 ГК РФ);
- лицензионные договоры без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий третьим лицам (исключительная лицензия) (ст. 1236 ГК РФ). В этом случае продавец исключительных прав (лицензиар) сохраняет право пользоваться результатом интеллектуальной деятельности сам, но теряет право предоставлять лицензии третьим лицам. В отличие от договора об отчуждении исключительных прав, лицензионный договор может содержать определенные ограничения и для покупателя исключительных прав (лицензиата). При заключении лицензионного договора лицензиат получает возможность использовать РИД «только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором» (п. 1 ст. 1235). Действие прав, передаваемых лицензиату на основании договора, может быть ограничено и определенной территорией в пределах Российской Федерации;
 - лицензионные договоры с сохранением за первоначальным правообладателем (лицензиаром) права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия) (ст. 1236 ГК РФ). В этом случае продавец исключительных прав (лицензиар) может пользоваться результатом интеллектуальной деятельности сам, а также передавать право на его использование другим покупателям;
 - лицензионные договоры, заключаемые лицензиатом с третьими лицами. Право на заключение подобных договоров предоставляется последнему только с разрешения правообладателя (лицензиара), которое может быть предоставлено как непосредственно в тексте лицензионного договора, так и впоследствии. При этом лицензиат может передавать по сублицензионным договорам только те права использования результата интеллектуальной деятельности и только в пределах тех сроков, которые преду-

смотрены сами лицензионным договором для лицензиата (ст. 1238 ГК РФ).

По общему правилу, если договором не предусмотрено иное, лицензия предполагается простой (неисключительной) (п. 3 ст. 1236 ГК РФ). Согласно ст. 1235 ГК РФ по лицензионному договору одна сторона – обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах.

Существенными условиями лицензионного договора согласно ст. 1235 ГК РФ являются:

- предмет договора, который определяется путем указания на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предоставляется по договору, с указанием в соответствующих случаях номера и даты выдачи документа, удостоверяющего исключительное право на такой результат или на такое средство (патент, свидетельство) (п. 6 ст. 1235 ГК РФ);
- способы использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (п. 6 ст. 1235 ГК РФ);
- территория, в пределах которой лицензиат пользуется своими правами. Если территория, на которой допускается использование такого результата или такого средства, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование на всей территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1235 ГК РФ);
- если лицензионный договор возмездный, обязательным его условием является определение размера вознаграждения или порядка его определения.

Следует отметить, что условие о вознаграждении может быть сформулировано по-разному. В частности, размер вознаграждения может быть определен:

- в виде разового фиксированного платежа (иногда именуемого «паушальным» платежом¹);
- в форме периодических процентных выплат, размер которых зависит от величины дохода, полученного лицензиатом (покупателем исключительных прав). Данная форма выплат именуется в экономической литературе «роялти»;
- а также в комбинированной форме, сочетающей несколько перечисленных видов платежей.

Особенно важным вопрос о форме платежа оказывается в тех случаях, когда он учитывается для целей налогообложения и таможенного контроля. Так, для целей расчета размеров таможенной пошлины размер паушального платежа в составе стоимости импортируемого товара учесть сравнительно легко, а размер процентного платежа, перечисляемого российским импортером (лицензиатом) иностранному поставщику (лицензиару), в зависимости от объема продаж на российской территории – очень сложно.

Форма договора зависит от того, является ли регистрация исключительных прав на соответствующий результат интеллектуальной деятельности обязательной. Если государственная регистрация первоначальных прав не проводится, то для заключения лицензионного договора достаточно простой письменной формы. Если регистрация прав обязательна или была проведена правообладателем в добровольном порядке, то все последующие договоры подлежат государственной регистрации. Причем именно с момента государственной регистрации такого договора для сторон наступают все вытекающие из него налоговые последствия. Так, приобретатель исключительных прав получает возможность после регистрации договора учесть затраты для целей бухгалтерского и налогового учета, а продавец – учесть прибыль (если он применяет метод начислений, то именно с момента регистрации у него возникает право на соответствующие доходы).

¹ См., напр.: Щербакова М.А. Передача и отчуждение прав на результаты интеллектуальной деятельности: проблемы налогообложения, рекомендации по оформлению договоров // Финансовые и бухгалтерские консультации. 2008. № 4.

Поскольку закон не делает исключений и для случаев передачи исключительных прав иностранными правообладателями российским компаниям (и наоборот), можно сделать вывод о том, что такие сделки наравне со сделками на внутреннем рынке должны регистрироваться в Роспатенте. Представляется, что особые сложности могут возникнуть в случае экспорта/импорта исключительных прав, регистрация которых осуществляется в добровольном порядке или не осуществляется вообще.

Общие вопросы таможенного регулирования экспорта/импорта товаров, в состав которых входят исключительные права

Нарушения, возникающие в процессе ввоза на российскую территорию товаров, в состав которых входят РИД, можно разделить на две большие группы:

- нарушения исключительных прав правообладателей, допускаемые импортерами, ввозящими на российскую территорию РИД, а также товары, в состав которых входят РИД;
- нарушения, допускаемые самими правообладателями и лицензиатами, ввозящими на российскую территорию РИД, а также товары, в состав которых входят РИД, с занижением их таможенной стоимости.

Как отмечалось выше, порядок противодействия нарушениям, которые допускаются импортерами, не связанными с правообладателем лицензионными отношениями, урегулирован и Гражданским, и Таможенным кодексами весьма подробно, однако при этом нарушен баланс интересов правообладателей и импортеров. Однако вопросы противодействия нарушениям, совершаемым правообладателями и лицензиатами, урегулированы таможенным законодательством недостаточно четко. Как следствие, правообладатели с легкостью уклоняются от исполнения своих фискальных обязательств, используя пробелы, существующие в Таможенном кодексе РФ и Законе «О таможенном тарифе»¹.

Рассмотрим методы противодействия первой группе правонарушений более подробно. В ст. 393 Таможенного кодекса Российской Федерации (ТК РФ) закреплено право таможенных органов на «приостановление выпуска товаров», которое производится на основании заявления правообладателя. Причем заявление может быть подано не только в отношении конкретной партии ввозимого товара, о которой по тем или иным каналам стало известно правообладателю, но

¹ Подробнее об этом см. далее.

и относительно целой товарной группы, в отношении которой существует *теоретическая вероятность* ввоза контрафактной продукции.

Заявление может быть подано в порядке, установленном ст. 394 ТК РФ. Заявление правообладателя, имеющего основания предполагать, что ввозимый товар является контрафактным, должно включать сведения:

- о правообладателе, а в случае если заявление подается его представителем – также о представителе;
- об объекте интеллектуальной собственности;
- о товарах, являющихся, по мнению правообладателя, контрафактными, достаточно подробные для того, чтобы таможенные органы могли выявить такие товары;
- о сроке, в течение которого таможенные органы должны по заявлению правообладателя принимать меры, связанные с приостановлением выпуска товаров.

К заявлению о принятии мер, связанных с приостановлением выпуска товаров, прилагаются документы, подтверждающие наличие права на объект интеллектуальной собственности (свидетельство, договор (в том числе лицензионный) о передаче исключительных прав, другие документы, которые правообладатель может представить в подтверждение своих прав на объекты интеллектуальной собственности).

По итогам рассмотрения заявления таможенный орган (в месячный срок) принимает решение о принятии так называемых «мер, связанных с приостановлением выпуска товаров». Подробно порядок применения мер, связанных с приостановлением выпуска товаров, описывается в подзаконных актах Федеральной таможенной службы России (ФТС РФ), в том числе в Приказе Государственного таможенного комитета РФ (ГТК РФ) от 27 октября 2003 г. № 1199 «Об утверждении положения о защите прав интеллектуальной собственности таможенными органами», а также в Приказе ФТС РФ от 8 июня 2007 г. № 714 «Об утверждении административного регламента Федеральной таможенной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о принятии таможен-

ными органами мер, связанных с приостановлением выпуска товаров, и ведению таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности». В целом схема защиты исключительных прав при ввозе товара на таможенную территорию Российской Федерации выглядит следующим образом (см. *табл. 2*).

Таблица 2

Схема защиты исключительных прав при ввозе товара на таможенную территорию Российской Федерации

Шаг 1	Заявление правообладателя в таможенный орган о включении товара в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности. Страхование или иное обеспечение возможной ответственности правообладателя перед импортёрами. Убытки, которые могут возникнуть у импортёра в связи с задержкой выпуска товаров в свободное обращение, должны покрываться за счет правообладателя, по инициативе которого производится приостановление выпуска. Согласно ст. 395 ТК РФ «объект интеллектуальной собственности включается в реестр при условии, что правообладатель обеспечивает исполнение обязательства способами, предусмотренными гражданским законодательством Российской Федерации. Правообладатель вправе вместо обеспечения исполнения обязательства представить договор страхования риска ответственности за причинение вреда. Сумма обеспечения обязательства или страховая сумма должна быть не менее 500 тыс. руб.»
Шаг 2	Включение товара в реестр объектов интеллектуальной собственности по решению таможенного органа
Шаг 3	Выявление факта импорта конкретной партии товаров, включенных в реестр объектов интеллектуальной собственности, не правообладателем или его представителем. Приостановление их выпуска на 10 дней (решение принимается автоматически) ¹
Шаг 4	Уведомление правообладателя о факте выявления товаров, в отношении которых существует подозрение о том, что они могут являться контрафактными. Уведомление направляется не позднее следующего дня после дня принятия решения о приостановлении выпуска товаров ² . По мотивированному письменному запросу правообладателя (его представителя) указанный срок может быть продлен, но не более чем еще на 10 рабочих дней, если указанное лицо обратилось в уполномоченные в соответствии с законодательством Российской Федерации органы за защитой прав правообладателя. При этом товары, в отношении которых принято решение о приостановлении выпуска, приобретают статус находящихся на временном хранении

¹ Согласно ст. 397 ТК РФ, если при осуществлении таможенного оформления и таможенного контроля таможенный орган выявляет товары, указанные правообладателем (его представителем) как контрафактные, выпуск таких товаров приостанавливается на 10 рабочих дней.

² См. п. 57 Приказа ГТК РФ от 27 октября 2003 г. № 1199 «Об утверждении положения о защите прав интеллектуальной собственности таможенными органами».

Продолжение таблицы 2

Шаг 5	<p>Заявление правообладателя о защите его прав для возбуждения дела об административном правонарушении и/или уголовного дела. Продление приостановления выпуска товаров.</p> <p>Здесь существует правовая неопределенность по вопросу о том, могут ли таможенные органы инициировать процесс привлечения импортера к ответственности самостоятельно, или им необходимо заявление правообладателя в обязательном порядке.</p> <p>Таможенный кодекс возможности возбуждения таможенными органами дела о правонарушении при отсутствии заявления со стороны правообладателя не предусматривает. Однако КоАП РФ, который устанавливает ответственность за ввоз контрафактных товаров, говорит о том, что поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является не только заявление правообладателя, но и обнаружение таможенным органом факта правонарушения (ст. 28.1 КоАП РФ). В случае обнаружения нарушения КоАП РФ наделяет таможенный орган правом применять арест и конфискацию вещей, явившихся орудиями или предметами административного правонарушения (ст. 27.14 и 27.10 КоАП). Использование данных полномочий не поставлено КоАПом в зависимость от наличия заявления правообладателя</p>
Шаг 6	<p>Производство по делу об административном правонарушении/возбуждение уголовного дела и его расследование. И импортер, и правообладатель вправе исследовать образцы товара, проводить его экспертизу и осуществлять иные действия, направленные на доказывание своей позиции</p>
Шаг 7	<p>Вынесение решения о привлечении импортера к административной ответственности и конфискация контрафактного товара с последующим его уничтожением или передачей правообладателю/отказ от привлечения импортера к ответственности и выпуск товара в оборот</p>
Шаг 8	<p>В случае если состав правонарушения не выявлен, импортеру возмещаются понесенные им издержки. Возмещение производится в первую очередь за счет страхования или обеспечения обязательств, представленного правообладателем</p>

Следует отметить, что выпуск товаров, включенных в реестр, не приостанавливается в тех случаях, когда они ввозятся физическими лицами в «незначительном количестве» и предназначены для личного пользования (ст. 400 ТК РФ). При этом Таможенный кодекс, равно как и подзаконные акты, принятые по вопросу борьбы с контрафактными товарами, четко не регламентируют ни способы определения назначения ввозимых товаров, ни того, какое их количество может быть признано «незначительным».

Согласно п. 2.1 Приказа ГТК от 24 ноября 1999 г. № 815 «Об утверждении правил перемещения в упрощенном, льготном порядке товаров физическими лицами через таможенную границу Российской Федерации» предназначение товаров, перемещаемых через

границу физическими лицами, устанавливается должностным лицом таможенного органа «в соответствии с общепринятыми международными нормами и практикой, исходя из характера, количества и частоты перемещения товаров, с учетом всех обстоятельств поездки физического лица и при отсутствии оснований полагать, что товары перемещаются через таможенную границу не в целях личного пользования или потребления физическим лицом и членами его семьи». В соответствии с п. 2.3 того же документа при установлении предназначения товаров должностным лицом таможенного органа могут приниматься во внимание следующие факторы:

а) характер товаров: учитываются потребительские свойства товаров, традиционная практика их применения и использования. Ввоз (вывоз) товаров, обычно не используемых в быту, дает основание предполагать, что такие товары ввозятся (вывозятся) для коммерческих целей, если лицо, перемещающее товары, не докажет обратное;

б) количество товаров. Однородные товары (одного наименования, размера, фасона, цвета и т.п.) в количестве, превышающем потребность лица, перемещающего товары, и членов его семьи, как правило, ввозятся (вывозятся) с коммерческими целями;

в) частота перемещения товаров. Периодический ввоз (вывоз) одним и тем же лицом однородных товаров, хотя бы и в небольших количествах, может рассматриваться как то, что товары ввозятся (вывозятся) для использования в коммерческих целях, если лицо не докажет обратное;

г) обстоятельства поездки: учитываются цель поездки, ее продолжительность, страна пребывания (выезда), сумма заработанной валюты и т.д.;

д) отсутствие оснований полагать, что товары перемещаются через таможенную границу не в целях личного пользования или потребления физическим лицом или членами его семьи.

Из приведенных положений следует, что применение или неприменение ст. 400 Таможенного кодекса в каждом конкретном случае ввоза товаров без разрешения правообладателя остается на произвольное усмотрение таможенного чиновника.

Если импортеры, ввозящие товар без санкции правообладателя, нарушают в первую очередь нормы Гражданского кодекса, то сами правообладатели, а также лицензиаты (их представители на российском рынке), импортирующие товары из-за рубежа, в основном нарушают таможенное законодательство путем занижения таможенной стоимости ввозимых товаров.

Согласно подп. 3 п. 1 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» от 21 мая 1993 г. № 5003-1 при определении таможенной стоимости ввозимых товаров по методу «по стоимости сделки с ввозимыми товарами» в цену товара должны включаться «платежи за использование объектов интеллектуальной собственности (за исключением платежей за право воспроизведения в Российской Федерации), которые относятся к оцениваемым товарам и которые покупатель прямо или косвенно должен уплатить в качестве условия продажи таких товаров, в размере, не включенном в цену, фактически уплаченную или подлежащую уплате, при условии, что такие платежи относятся только к ввозимым товарам».

Наиболее простым способом обхода этой нормы при ввозе товара, который уже маркирован товарным знаком правообладателя, является заключение двух самостоятельных договоров: договора на поставку товара (по заниженной стоимости) и отдельно договора об использовании исключительных прав. Причем договор об использовании исключительных прав заключается после того, как ввозимый товар прошел таможенное оформление. Таким образом, на момент ввоза обязательств по уплате лицензионных платежей формально не существует. Но именно потому, что произведенные покупателем в пользу правообладателя лицензионные платежи юридически не считаются условием продажи товара, последующие затраты покупателя на уплату этих платежей не могут быть отнесены на затраты по приобретению товара, т.е. подлежат обложению налогом на прибыль. При близости ставок таможенной пошлины и налога на прибыль потери бюджета в этом случае отсутствуют или незначительны.

Однако существуют несколько способов избежать уплаты налога на прибыль с экономически необоснованных расходов в виде лицензионных платежей после ввоза товара:

- во-первых, замаскировать лицензионные по сути платежи под другие производственные затраты по фиктивным сделкам;
- во-вторых, ввозить готовый товар как немаркированный полуфабрикат, обосновав последующее приобретение права на товарный знак и, следовательно, возникновение обязательств по уплате лицензионных платежей совершением с ним простейших сборочных операций, операций по расфасовке, упаковке и пр.;
- в-третьих, заключать лицензионный договор не с продавцом, а с аффилированным с ним третьим лицом. При отсутствии доказательств того, что платежи предназначены в пользу продавца, согласно действующему законодательству они не подлежат включению в таможенную стоимость товара. Такая практика широко распространена среди крупных транснациональных корпораций, имеющих зависимые предприятия в нескольких странах.

Действующее законодательство позволяет противостоять отнюдь не всем из перечисленных методов занижения таможенной стоимости, но даже и тогда, когда нормативная база для противодействия уклонению имеется, контроль за ее соблюдением технологически затруднен. В частности, потому, что таможенные органы, осуществляя контроль за импортом материальных носителей РИД, не всегда могут отследить передачу исключительных прав.

Чтобы факт платежей иностранному правообладателю за использование исключительных прав был выявлен, таможенным органам необходимо:

1. Получить сведения о факте заключения лицензионного договора с правообладателем. Такие сведения могут быть получены, к примеру, из Роспатента, если РИД прошел регистрацию на российской территории и соответственно сделка также была зарегистрирована. Однако, во-первых, для этого требуется направить запрос, т.е. работа по выявлению нарушений является индивидуальной. По вопросам информационного обмена ФТС и Роспатентом утверждено «Соглашение о взаимодействии Федеральной таможенной службы и Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам» от 30 июля 2007 г. (утверждено ФТС РФ № 01-08/0022 и Роспатентом № 10/37-443/2). В соответствии с этим

соглашением ФТС имеет право направлять запросы в Роспатент, а также пользоваться базами данных Роспатента¹.

Во-вторых, если РИД обязательной регистрации не подлежит (авторские права, смежные права, права на программы для ЭВМ, базы данных, коммерческое обозначение и т.д.) либо регистрация сделки произошла за рубежом, а на российской территории РИД пока не зарегистрирован, такие сведения таможенным органам получить просто неоткуда.

2. Получить сведения о реальном размере лицензионных платежей и сопоставить их со стоимостью конкретной партии ввозимого товара. Определить точный размер лицензионных платежей, приходящихся на долю конкретной партии ввозимого товара, сложно по различным причинам, в том числе если лицензионным договором предусмотрена последующая выплата роялти в зависимости от объема реальных продаж, произведенных лицензиатом в течение опре-

¹ Роспатент предоставляет на безвозмездной основе по запросам ФТС России следующую информацию, относящуюся к установленной сфере деятельности Роспатента: 1) сведения из Государственного реестра товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации и Перечня общеизвестных в Российской Федерации товарных знаков; 2) сведения из Государственного реестра наименований мест происхождения товаров Российской Федерации; 3) сведения о наличии правовой охраны объектов интеллектуальной собственности в Российской Федерации в силу международных договоров Российской Федерации; 4) имеющиеся в Роспатенте сведения относительно наличия/отсутствия обеспечительных мер, действующих в отношении товарных знаков. Роспатент предоставляет ФТС России доступ к своим базам данных, содержащим сведения о товарных знаках, и возможность проведения информационных поисков тождественных и сходных товарных знаков. Роспатент определяет количество сотрудников ФТС России, которым будет предоставлен доступ к базам данных Роспатента.

ФТС России предоставляет на безвозмездной основе по запросам Роспатента следующую информацию, относящуюся к установленной сфере деятельности ФТС России: 1) сведения из реестров лиц, осуществляющих деятельность в области таможенного дела; 2) сведения из таможенного реестра объектов интеллектуальной собственности; 3) сведения о перемещении товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности, из центральной базы данных Единой автоматизированной информационной системы таможенных органов; 4) статистические данные по делам об административных правонарушениях, касающихся перемещения товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности; ФТС России предоставляет по запросу Роспатента копии запрашиваемых документов.

деленного периода времени. Поскольку в этом случае на момент определения таможенной стоимости ввозимого товара размер лицензионных платежей не определен, включить их в состав таможенной стоимости, определяемой «по цене сделки с ввозимым товаром», невозможно. Более того, в соответствии с п. 2 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» «при отсутствии сведений, документально подтвержденных и поддающихся количественному определению, для осуществления дополнительных начислений метод по стоимости сделки с ввозимыми товарами не применяется». Это означает необходимость применения одного из расчетных методов определения таможенной стоимости вместо метода «по стоимости сделки». При этом расчетный размер таможенной стоимости товара очень сложно обосновать, особенно если товар не является массовым, что порождает существенные искажения как в пользу, так и в убыток бюджету.

Формально подп. 4 п. 1 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» говорит о том, что в состав таможенной стоимости должна быть включена «любая часть дохода, *полученного в результате последующей продажи*, распоряжения иным способом или использования товаров, которая прямо или косвенно причитается продавцу». Однако установление связи этого дохода с фактом импорта требует проведения таможенной ревизии и получения от лицензиата документов, подтверждающих факт выплаты, а также размер последующих платежей, что может оказаться затруднительным.

Помимо усложнения условий выплаты лицензионных платежей, лицензиат, не желающий включать их в состав таможенной стоимости товара, может маскировать их под оплату различных «услуг», оказанных ему со стороны лицензиара. Сюда могут входить консалтинговые, рекламные услуги, услуги по контролю за качеством обслуживания и т.д. Во всех этих случаях стоимость услуг не будет иметь прямой связи с таможенной стоимостью каждой конкретной партии ввозимого товара.

Конечно, при желании таможенные органы могут попытаться доказать тот факт, что договоры об оказании услуг являются мнимыми, а также произвести последующий пересчет таможенной стоимо-

сти товара после уплаты импортером всех роялти по итогам определенного периода. Однако для этого таможенному органу необходимо провести таможенную ревизию и обратиться в арбитражный суд для переквалификации сделок плательщика и взыскания таможенных пошлин. На практике подобные ревизии и арбитражные споры могут носить лишь выборочный и эпизодический характер. Как следствие, проблему уклонения импортеров от включения лицензионных платежей в состав таможенной стоимости ввозимого товара они не решают.

Существующий механизм определения таможенной стоимости товаров, содержащих РИД, создает проблемы не только для бюджета, но и для добросовестных импортеров. Как указывалось выше, таможенная стоимость ввозимого товара может быть определена:

- либо по методу «по стоимости сделки с ввозимыми товарами» (ст. 19 и 19.1 Закона «О таможенном тарифе»), который применяется при наличии «документально подтвержденных и поддающихся количественному определению сведений для осуществления дополнительных начислений» (в том числе лицензионных платежей) – п. 2 ст. 19.1 Закона «О таможенном тарифе»;
- либо по другим предусмотренным ст. 20–24 Закона «О таможенном тарифе» методам определения таможенной стоимости, которые последовательно применяются при наличии препятствий для применения метода определения базы таможенных платежей по стоимости сделки с ввозимыми товарами.

Согласно ст. 323 ТК заявляемая декларантом таможенная стоимость товаров и сведения, относящиеся к ее определению, должны основываться на достоверной и документально подтвержденной информации. Таможенный орган при осуществлении контроля вправе истребовать у декларанта дополнительную информацию, соглашаться или не соглашаться с избранным им методом определения и расчетом таможенной стоимости товаров. В случаях, когда декларантом не представлены дополнительные документы и сведения либо когда, по мнению таможенного органа, эти сведения недостоверны и (или) недостаточны и при этом декларант отказался определить таможенную стоимость товаров на основе другого метода по предложению

таможенного органа, таможенный орган самостоятельно определяет таможенную стоимость товаров.

В случае импорта товаров, в состав которых входят РИД, и при наличии «документально подтвержденных и поддающихся количественному определению сведений» для расчета будущих лицензионных платежей их сумма почти никогда не может быть определена абсолютно точно. Даже если сумма лицензионных платежей не зависит от объема продаж, а привязана к объему импортируемого товара, правообладатель может разделять с лицензиатом риск случайной гибели или порчи товара. Это означает, что при наличии лицензионного договора таможенные органы почти всегда могут оспаривать правомерность применения метода определения таможенной стоимости по стоимости сделки с ввозимыми товарами. Между тем применение прочих методов технически сложнее и сопряжено с большими рисками отклонения реальной таможенной стоимости с учетом фактических лицензионных платежей от стоимости, определенной расчетным путем. Например, для корректного определения таможенной стоимости товаров по стоимости сделки с идентичными товарами, проданными на экспорт в Российскую Федерацию в тот же или соответствующий ему период времени, что и оцениваемые товары, декларант должен располагать информацией об условиях конкретных сделок, участником которых он не является. В этих условиях таможенные органы почти всегда имеют возможность навязывать декларанту свой расчет таможенной стоимости.

С другой стороны, если таможенные органы не оспаривали применение декларантом метода «по стоимости сделки с ввозимыми товарами» на основе представленного расчета будущих лицензионных платежей, это не освобождает декларанта от последующих претензий со стороны таможенных органов, если по факту эти платежи оказались больше. Статья 361 ТК наделяет таможенные органы полномочиями осуществлять проверку достоверности заявленных при таможенном оформлении сведений в течение одного года со дня утраты товарами статуса находящихся под таможенным контролем. Согласно п. 4 ст. 363 ТК в целях осуществления проверки достоверности сведений после выпуска товаров таможенные органы вправе

запрашивать и получать коммерческие документы, документы бухгалтерского учета и отчетности и другую информацию, относящуюся к внешнеэкономическим операциям с этими товарами, а в отношении товаров, ввозимых на таможенную территорию Российской Федерации, – также и к последующим операциям с данными товарами, у декларанта или иного лица, имеющего отношение к операциям с товарами. Выявленное в результате такого контроля несоответствие фактических и расчетных лицензионных платежей может быть квалифицировано как умышленное занижение таможенных платежей путем представления недостоверных сведений. Таким образом, в тех случаях, когда применение метода определения таможенной стоимости по стоимости сделки с ввозимыми товарами при отсутствии на момент ввоза точных сведений о сумме подлежащих уплате лицензионных платежей не запрещается таможенными органами, применение этого метода создает риск привлечения декларанта к ответственности вплоть до уголовной.

Эту проблему может решить включение в Таможенный кодекс права импортера на подачу временной таможенной декларации при отсутствии на момент ввоза точных сведений, необходимых для таможенного оформления, с последующей корректировкой такой декларации и суммы подлежащей уплате таможенной пошлины (как в большую, так и в меньшую сторону) в течение определенного периода после выпуска товаров.

Аналогичный механизм предусмотрен как международными соглашениями (например, Соглашением об определении таможенной стоимости товаров, перемещаемых через таможенную границу Таможенного союза), так и действующей редакцией Таможенного кодекса применительно к вывозимым товарам.

Так, в соответствии со ст. 138 ТК при вывозе с таможенной территории Российской Федерации российских товаров, в отношении которых не могут быть представлены точные сведения, необходимые для таможенного оформления, допускается их декларирование путем подачи временной таможенной декларации с указанием ориентировочного количества вывозимых в течение определенного периода времени товаров и их условной таможенной стоимости. После

убытия товаров с таможенной территории Российской Федерации декларант обязан подать полную таможенную декларацию в срок, устанавливаемый таможенным органом по заявлению декларанта, но не свыше 90 дней со дня, следующего за днем истечения периода времени для вывоза товаров. По результатам подачи полной декларации возможна как доплата суммы вывозных таможенных пошлин (без уплаты пени), так и возврат излишне уплаченных или излишне взысканных сумм пошлин.

Следует сознавать, что механизм предварительного таможенного декларирования допускает возможность злоупотреблений со стороны импортера, который заинтересован в занижении суммы, подлежащей уплате при пересечении границы, ради получения отсрочки в уплате. Эту проблему можно решить введением процентов на недоплаченную или переплаченную сумму, компенсирующих сторонам инфляционные потери, или путем предоставления таможенным органам права оспаривать заявленную в предварительной декларации таможенную стоимость по одному из предусмотренных законодательством методов, заменяющих метод «по стоимости сделки с ввозимым товаром».

Для решения проблемы уклонения от уплаты таможенных пошлин путем заключения лицензионного договора не с продавцом, а с его аффилированным лицом можно использовать законодательную презумпцию, в соответствии с которой при несоблюдении критериев достаточности переработки товара на российской территории права на РИД, входящие в состав этого товара и приобретенные у любых лиц после пересечения товаром таможенной границы (в первую очередь – право на маркировку этого товара определенным товарным знаком), считаются присущими этому товару уже в момент ввоза. Это означает возникновение у импортера обязанности доплатить таможенную пошлину и пени с сумм лицензионных платежей, уплаченных лицу, не являющемуся продавцом, за право маркировки товарным знаком товара, ранее ввезенного в Россию и не подвергнутого достаточной переработке на ее территории.

В соответствии со ст. 31 Таможенного кодекса, если в производстве товаров участвуют две страны и более, страной происхождения

товаров считается та, в которой были осуществлены последние операции по переработке или изготовлению товаров, отвечающие критериям достаточной переработки. По общему правилу таким критерием является изменение классификационного кода товаров по Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности на уровне любого из первых четырех знаков. По решению Правительства Российской Федерации для определения страны происхождения товаров также используются следующие критерии достаточной переработки:

1) выполнение определенных производственных или технологических операций, достаточных для того, чтобы страной происхождения товаров считалась страна, где эти операции имели место;

2) изменение стоимости товаров, когда стоимость использованных материалов или добавленной стоимости достигает фиксированной доли в цене конечной продукции (правило адвалорной доли). Например, в Законе «Об особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 10 января 2006 г. № 16-ФЗ минимальное значение доли добавленной стоимости, при которой товар считается произведенным на российской территории, установлено на уровне 30%. Аналогичный критерий можно использовать и в данном случае.

Предлагаемый подход создает препятствия к использованию пространенной схемы уклонения от уплаты таможенных пошлин, при которой транснациональная корпорация организует цепочку взаимосвязанных сделок, по которым сначала на российскую территорию ввозится «безымянный» товар, произведенный дочерними структурами корпорации в третьих странах, а потом эта транснациональная корпорация уступает российскому импортеру право на использование своего общеизвестного товарного знака при расфасовке и продаже товара. Фиктивный характер такой сделки достаточно очевиден, если учесть, что по международному законодательству лицензиар отвечает перед потребителями за соответствие качества товаров, производимых лицензиатом под его товарным знаком, качеству товаров, производимых самим правообладателем. Это значит, что ни одна серьезная фирма не станет рисковать своей репутацией,

позволяя размещать свой товарный знак на товарах, произведенных по неизвестной ей технологии и без ее контроля. Таким образом, приведенная выше схема может реализоваться исключительно при наличии взаимозависимости между транснациональной корпорацией и производителем из третьей страны, выступающим непосредственным продавцом по сделке, что и является моральным основанием для использования предлагаемой законодательной презумпции и доначисления таможенной пошлины. Недостатком предлагаемого решения является то, что контроль за действием этой законодательной презумпции может быть только последующим, а значит, – выборочным. Однако этот недостаток в равной мере относится и к действующим нормам, предполагающим включение в состав таможенной стоимости лицензионных платежей, подлежащих уплате в будущем. Обнаружить факт сокрытия или занижения сумм лицензионных платежей при таможенном декларировании можно только в процессе таможенной ревизии после выпуска товаров в свободное обращение.

Предлагаемый подход позволяет защитить интересы бюджета в ситуации, когда импорт исключительных прав сопряжен с импортом товаров, но не распространяется на случаи ввоза собственно исключительных прав, которые впоследствии используются при производстве товаров на российской территории, сколь бы ни велика была доля этих исключительных прав в конечной стоимости товаров. В ситуации, когда «ввозится» право на использование товарного знака, а сам товар производится в России, эта проблема не является столь острой, так как применительно к большинству товаров доля товарного знака не превысит 70% в стоимости готовой продукции. Однако ситуация меняется, если речь идет о «ввозе» авторских прав, например, путем физического перемещения через границу или передачи по каналам электронной связи одного или нескольких экземпляров литературного произведения, программы для ЭВМ и т.д., которые впоследствии тиражируются на материальных носителях. В этом случае продукция будет формально считаться «русской», хотя доля импортных прав может составлять 70% и более в ее стоимости. Возможные подходы к решению этой проблемы рассмотрены в следующем разделе.

Особенности правового регулирования импорта исключительных прав

Вопрос об импорте исключительных прав без одновременного импорта материального носителя в настоящее время не регулируется ни таможенным, ни налоговым законодательством. Исключительные права не признаются самостоятельным объектом обложения таможенной пошлиной, хотя фактически выступают таким объектом в ситуации, когда прямо или косвенно входят в стоимость ввозимого товара. Такой подход законодателя представляется недостаточно последовательным и не учитывающим особенности постиндустриальной экономики. Сравним, например, две ситуации: в одном случае импортируются диски с записанным на них фильмом, в другом – права на фильм приобретаются отдельно, а его копирование осуществляется уже на российской территории. В первой ситуации стоимость исключительных прав полностью облагается таможенной пошлиной, во втором – полностью освобождается от налогообложения, хотя в цене продаваемых копий фильма затраты, понесенные на российской территории, – т.е. затраты на приобретение дисков и запись на них фильма – могут быть достаточно символические.

Постоянный рост удельного веса сделок с исключительными правами в современном международном торговом обороте позволяет ставить вопрос о целесообразности признания исключительных прав на РИД, а также прав на использование РИД (полученных на основе неисключительных лицензий) самостоятельным объектом обложения таможенными пошлинами. Возможность признания прав на РИД – по крайней мере, каких-то из них – самостоятельным объектом обложения таможенными пошлинами, в свою очередь, зависит от решения ряда практических вопросов, в том числе таких, как:

- механизмы контроля за движением облагаемых объектов через границу;
- способы определения стоимости исключительных прав, в том числе с точки зрения противодействия ее занижению;

- целесообразность установления льгот для ввоза отдельных видов РИД в целях стимулирования инновационного развития российской экономики.

Контроль за движением облагаемых объектов через границу и уплатой таможенных пошлин с такого объекта, как РИД, сопряжен с определенными техническими сложностями. Поскольку для передачи произведения достаточно ввоза его единичного экземпляра, что традиционными методами таможенного контроля отследить почти невозможно, а при передаче по электронным каналам связи физического пересечения государственной границы вообще не происходит, для выявления фактов ввоза РИД органам государственной власти необходимо осуществлять контроль за сделками налогоплательщика. К примеру, факт импорта исключительных прав на регистрируемые РИД может быть выявлен в результате мониторинга базы данных Роспатента или путем направления в Роспатент соответствующих запросов. Соглашение между ФТС России и Роспатентом, создающее правовые возможности для подобного мониторинга, уже имеется¹. Однако в случае если РИД не подлежат обязательной регистрации, выявить факт заключения сделки, предполагающей передачу исключительных прав, можно только в ходе выездной налоговой проверки.

Действующее законодательство не наделяет таможенные органы правом осуществлять контроль за деятельностью хозяйствующих субъектов, за исключением случаев проведения последующих ревизий по узкому кругу вопросов (а именно по вопросу о правильном декларировании ранее ввезенных *материальных* товаров). В свою очередь, налоговые органы, контролирующие текущую деятельность организаций и индивидуальных предпринимателей, не имеют никаких полномочий в сфере контроля за уплатой таможенных платежей. Это означает, что в условиях действующего законодательства ни один орган государственной власти не имеет полномочий по кон-

¹ Соглашение о взаимодействии Федеральной таможенной службы и Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам от 30 июля 2007 г. (утверждено ФТС РФ № 01-08/0022 и Роспатентом № 10/37-443/2).

тролю за уплатой таможенных пошлин и НДС со стоимости ввозимых РИД.

Решить проблему контроля за лицензионными платежами в пользу иностранных правообладателей можно несколькими способами.

Первый способ предполагает наделение таможенных органов полномочиями по контролю за сделками налогоплательщиков с целью выявления фактов ввоза РИД, не сопровождаемого движением материального товара. Однако применение данного способа означало бы появление еще одного органа, проводящего выездные проверки в отношении налогоплательщиков, как осуществляющих, так и не осуществляющих ввоз материальных товаров. Поскольку увеличение административной нагрузки на бизнес является крайне нежелательным, от применения данного способа целесообразно отказаться.

Второй способ предполагает наделение налоговых органов полномочиями по контролю за своевременностью и правильностью уплаты таможенных пошлин со стоимости РИД, ввозимых не в составе материального товара, а также их наделение полномочиями по взысканию недоимок, пеней и штрафов. Этот вариант не повлечет увеличения административной нагрузки на проверяемые предприятия, однако он выбивается из существующей логики разграничения предмета таможенного и налогового права и потребует редактирования почти всего текста Таможенного кодекса.

Разумеется, признание прав на ввозимые РИД (или часть из них) самостоятельным объектом обложения таможенными пошлинами сопряжено с риском уклонения от дополнительных налоговых обязательств путем маскировки лицензионных платежей под платежи по фиктивным договорам на оказание услуг. Эта проблема, как отмечалось выше, существует и при действующем режиме обложения таможенными пошлинами лицензионных платежей, сопровождающих трансграничное движение товаров. Каких-либо универсальных способов решения проблемы определения стоимости исключительных прав, в том числе с точки зрения противодействия ее занижению, не существует. Однако государство может использовать стандартные механизмы противодействия фиктивным сделкам. Основным методом противодействия является проведение комплексной

выездной проверки, оспаривание фиктивной сделки в суде и признание полученной налоговой выгоды необоснованной. Даже если этот способ не позволяет полностью ликвидировать риски уклонения от уплаты налогов, он оказывается эффективным, по крайней мере, в отношении крупных сделок, являющихся предметом особого внимания со стороны налоговой службы.

Одним из возможных контраргументов против признания прав на РИД самостоятельным объектом обложения таможенной пошлиной является то, что всякое налогообложение создает искажающие последствия, снижающие благосостояние. В связи с этим необходимым условием признания прав на РИД самостоятельным объектом обложения таможенной пошлиной является установление льгот в отношении «технических» РИД, используемых в инновационном процессе.

Вопрос о предоставлении льгот на ввоз исключительных прав, по нашему мнению, следует решать по аналогии с тем, как он решен в отношении сделок с исключительными правами, заключаемыми внутри страны. На сегодняшний день от уплаты НДС освобождается передача прав на результаты интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, которые потенциально могут иметь значение для инновационного развития экономики. Согласно подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ от уплаты НДС освобождаются операции по передаче прав, в том числе на основании лицензионных договоров на:

- изобретения;
- полезные модели;
- промышленные образцы;
- программы для электронных вычислительных машин;
- базы данных;
- топологии интегральных микросхем;
- секреты производства (ноу-хау).

При этом передача прав на прочие РИД облагается по ставке 18%. В частности, это касается случаев передачи прав на:

- фирменные наименования;
- товарные знаки и знаки обслуживания;
- наименования мест происхождения товаров;

- коммерческие обозначения.

Минфин в своих письмах неоднократно уточнял, что указанная льгота распространяется именно на сделки, связанные с передачей прав, а не на сделки с товарами, в состав которых входят указанные права. Так, в Письме от 1 апреля 2008 г. № 03-07-15/44 «О взимании НДС с операций по передаче прав на использование результатов интеллектуальной деятельности» Минфин РФ указал, что «при передаче прав на использование результатов интеллектуальной деятельности по договорам купли-продажи освобождение от налогообложения не применяется». При этом, по мнению Минфина, льгота применяется только по отношению к таким операциям, как:

- передача прав на использование результатов интеллектуальной деятельности на основании лицензионных (сублицензионных) договоров, составленных в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом, а именно передача указанных прав на основании как исключительной, так и простой (неисключительной) лицензии;
- передача прав на использование программ для ЭВМ и баз данных на основании лицензионных (сублицензионных) договоров независимо от государственной регистрации исключительных прав на такие программы и базы².

² Указанные операции освобождаются от налогообложения независимо от способа передачи программ для ЭВМ и баз данных. Поэтому если при передаче указанных прав предоставляются материальные носители, в которых выражены результаты интеллектуальной деятельности, а также документация, технические средства защиты и другие принадлежности в упаковочной таре, необходимые для эффективного использования результатов интеллектуальной деятельности, передача таких материальных носителей и принадлежностей освобождается от обложения налогом на добавленную стоимость при условии, что их стоимость учтена в стоимости прав, передаваемых по лицензионным (сублицензионным) договорам. При этом суммы налога на добавленную стоимость, предъявленные поставщиками, в том числе материальных носителей, документации, технических средств защиты и других принадлежностей, использованных при осуществлении операций по передаче прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, не подлежащих налогообложению, согласно подп. 1 п. 2 ст. 170 Кодекса учитываются в стоимости соответствующих товаров (работ, услуг) и к вычету не принимаются.

Действие льгот, устанавливаемых в отношении прав на «технические» РИД, следует распространять только на те случаи, когда исключительные права импортируются сами по себе, без одновременного ввоза материальных товаров на российскую территорию. Более того, по нашему мнению, только в этом случае следует признавать права на РИД самостоятельным объектом обложения таможенной пошлиной. В отношении случаев ввоза прав на РИД в связи с импортом материальной продукции следует сохранить действующую систему таможенного обложения – т.е. включение лицензионных платежей в таможенную стоимость импортируемых товаров. В противном случае возникает возможность уклонения от уплаты таможенных платежей путем перераспределения стоимости между исключительными правами, в отношении которых могут устанавливаться льготы, и материальными товарами, в отношении которых льгот нет.

Льготы для ввоза «технических» РИД, по нашему мнению, не следует применять и в отношении ноу-хау. Поскольку ноу-хау не подлежит государственной регистрации, его новизна и промышленная ценность патентным ведомством официально не подтверждаются³. Методик, позволяющих проверить обоснованность размера лицензионных платежей за использование ноу-хау, также не существует. Это позволяет российским производителям использовать лицензионные платежи за «внедрение» ноу-хау, принадлежащих иностранным зависимым компаниям, для необоснованного перемещения денежных средств за рубеж. Причем указанные методы налоговой оптимизации могут использоваться при реализации не только технически сложных, но и самых простых товаров. Для этого российской компании-производителю достаточно создать за рубежом (например, в офшорной зоне) юридическое лицо, которое будет указано в качестве обладателя некоего ноу-хау на производимый товар. Заключение с таким фиктивным «правообладателем» лицензионного договора на использование фиктивного «секрета производства» по-

³ Для сравнения «изобретение» может быть признано «нематериальным активом», только если оно зарегистрировано в Роспатенте и поставлено на учет по цене затрат, произведенных на его создание.

зволит российской компании свободно переводить за рубеж часть выручки. По этой причине целесообразным решением, с нашей точки зрения, был бы отказ от предоставления налоговых (или таможенных) льгот при импорте ноу-хау. В случае если ноу-хау ввозится в составе материального товара, расходы, связанные с его приобретением, должны включаться в таможенную стоимость товара. Если же оно ввозится не в связи с импортом товара (само по себе), его ввоз должен облагаться таможенными пошлинами исходя из стоимости лицензионного договора на использование ноу-хау. Поскольку факт заключения таких договоров не регистрируется Роспатентом, единственным стимулом для их таможенного декларирования должен стать запрет на учет затрат, связанных с приобретением ноу-хау без таможенного оформления, для целей обложения налогом на прибыль организаций.

Однако допустим и более мягкий вариант решения проблемы, а именно: применение таможенных льгот в отношении ноу-хау при установлении количественных ограничений расходов на их приобретение, подлежащих вычету из налогооблагаемой базы по налогу на прибыль (по аналогии с существующими ограничениями вычета представительских расходов, расходов на рекламу и пр.).

Анализ судебной практики по спорам, связанным с ввозом товаров, в состав которых входят исключительные права

Причинами судебных споров, возникающих в связи с ввозом товаров, в состав которых входят исключительные права, как правило, являются¹:

- процессуальные особенности привлечения импортеров к ответственности, установленной ст. 14.10 КоАП РФ;
- непризнание действующим гражданским законодательством РФ факта исчерпания исключительных прав в составе товара, легально введенного в оборот за рубежом, что создает серьезные неудобства для «параллельных импортеров» и вынуждает их идти на риск при ввозе товаров, приобретенных за рубежом²;
- попытки импортеров, заключивших лицензионные соглашения с правообладателем, уклониться от уплаты таможенных платежей со стоимости исключительных прав, входящих в состав стоимости ввозимого товара.

1. Споры, связанные с процессуальными аспектами привлечения импортеров к ответственности, установленной ст. 14.10 КоАП РФ.

В значительном числе случаев, когда импортер оспаривает правомерность привлечения к ответственности за ввоз контрафактной продукции, он ссылается на то, что:

- не знал, что в состав ввозимого им товара входят охраняемые на территории Российской Федерации исключительные права;

¹ Данный раздел подготовлен с использованием подборки судебной практики, представленной в справочной информационной правовой системе «КонсультантПлюс».

² Под «параллельным импортом» понимается импорт товаров, законно введенных в гражданский оборот где-либо за рубежом, без разрешения обладателя прав на РИД. Типичным примером таких споров является постановление президиума ВАС РФ от 3 февраля 2009 г. № 10458/08 по делу «Порше», Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122.

- фактический ввоз товара и его введение в оборот на территории РФ не состоялись, поскольку контрафакт был выявлен таможенным органом на этапе оформления ввозимого товара, но до его фактического выпуска в оборот. В этой ситуации импортеры, как правило, ссылаются на то, что административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ст. 14.10 КоАП РФ, является незавершенным, а за незавершенное деяние (попытку совершить правонарушение) административная ответственность не наступает;
- товарные знаки на товарах, признанных контрафактными, не полностью совпадают (в этом случае предметом спора становится вопрос о том, являются ли товарные знаки сходными до степени смешения, а также вопрос о том, к какой группе товаров относится охраняемый товарный знак)¹;
- выявление таможенным органом в ходе ревизии товаров, реализуемых без разрешения правообладателя в розницу, само по себе не является доказательством их нелегального импорта. Виновное лицо, как правило, аргументирует свою позицию тем, что товары, возможно, были легально введены в оборот на российской территории, и исключительные права в отношении этих товаров, возможно, исчерпаны.

В большинстве случаев суды признают подобные аргументы импортеров несостоятельными и выносят решение в пользу правообладателей и таможенных органов.

¹ Так, в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 февраля 2009 г. по делу № А21-275/2008 рассмотрен случай, когда импортер, не имея лицензионного соглашения с правообладателем, ввез на российскую территорию пакеты, маркированные товарным знаком «MARTINI». Исследовав материалы дела, суд пришел к выводу о том, что охраняемый товарный знак, во-первых, воспроизведен не полностью (цветовая гамма не соответствует), а только в части словесного обозначения. Во-вторых, согласно ст. 1503 ГК РФ товарному знаку предоставляется охрана только в отношении той группы товаров, в отношении которой он зарегистрирован. При этом товарный знак «MARTINI» был нанесен не на алкогольную продукцию и не на ее упаковку, а на пластиковые пакеты. В совокупности это позволило суду сделать вывод о том, что правонарушение отсутствует.

В частности, по вопросу о привлечении к ответственности импортеров, не проявивших достаточной осмотрительности и не проверивших факт охраны исключительных прав на ввозимые ими товары на территорию Российской Федерации, высказался ВАС РФ. В своем Информационном письме от 13 декабря 2007 г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» Президиум ВАС РФ указал следующее: «организация может быть привлечена к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ, даже если она не знала, что ввозимый ею товар маркирован охраняемым на территории РФ обозначением, так как, используя его, она обязана была проверить, предоставляется ли ему правовая охрана в Российской Федерации».

Предметом спора стал вопрос о правомерности привлечения к ответственности организации, осуществившей ввоз одежды, маркированной «чужими» товарными знаками. Импортер против привлечения к ответственности возражал, ссылаясь на отсутствие в его действиях состава административного правонарушения. По его мнению, отсутствовала объективная сторона, так как импортер не являлся изготовителем ввозимого товара, товарный знак на товар не наносил. Субъективная сторона, т.е. вина, также, по мнению импортера, отсутствовала, так как он «не знал» о факте охраны товарного знака на российской территории. Однако суды всех инстанций, включая ВАС РФ, не согласились с этими доводами, указав, что ввоз товаров, маркированных «чужими» товарными знаками, на территорию Российской Федерации является элементом введения товара в гражданский оборот на территории Российской Федерации и представляет собой самостоятельное нарушение прав владельца товарного знака.

Довод импортера об отсутствии его вины в совершении правонарушения также был отклонен судами всех инстанций по следующим основаниям. В силу ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАПом РФ или

законом субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Таким образом, суд признал, что ответственность юридического лица за совершение правонарушения, предусмотренного ст. 14.10 КоАП РФ, наступает в том числе, если лицо использовало чужой товарный знак, не проверив, предоставляется ли ему правовая охрана в Российской Федерации.

У судов имеются различные мнения по вопросу о том, начиная с какого момента ввоз контрафактного товара нарушает законные интересы правообладателя, а правонарушение, ответственность за которое установлена ст. 14.10 КоАП РФ, считается завершенным.

Примерами, когда правонарушение, выявленное на этапе таможенного оформления, было признано незавершенным, являются Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 февраля 2009 г. по делу № А21-275/2008 и Постановление от 7 августа 2008 г. ФАС Северо-Западного округа (СЗО), ранее принятое по этому же делу. (Дело рассматривалось дважды, так как ФАС СЗО своим Постановлением от 7 августа 2008 г. отправлял его на новое рассмотрение.)

Суть спора заключалась в следующем: импортер (ООО «Магалак БЭСТ») ввез на российскую территорию пластиковые пакеты, маркированные товарным знаком «MARTINI» без соответствующего соглашения с российским представителем правообладателя, что и было выявлено на этапе их таможенного оформления. Таможенный орган привлек общество к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ.

Однако общество не согласилось с позицией таможенного органа и обжаловало его решение в суде. Суды первых двух инстанций вынесли решение в пользу таможенного органа, затем ФАС СЗО отменил эти решения по формальным основаниям (не все элементы состава правонарушения были обсуждены в суде) и отправила дело на новое рассмотрение. Суд первой инстанции снова вынес решение в пользу таможенного органа, а суд апелляционной инстанции его отменил.

Отменяя решение, вынесенное в пользу таможенного органа, суд апелляционной инстанции указал следующее: «В соответствии с подпунктом 8 пункта 1 статьи 11 Таможенного кодекса Российской Федерации (ТК РФ) под ввозом товаров на таможенную территорию Российской Федерации подразумевается фактическое пересечение товарами и (или) транспортными средствами таможенной границы и все последующие предусмотренные настоящим Кодексом действия с товарами и (или) транспортными средствами до их выпуска таможенными органами. При этом территория Российской Федерации составляет единую таможенную территорию Российской Федерации (пункт 1 статьи 2 ТК РФ).

Систематическое толкование приведенных нормативных положений позволяет сделать вывод о том, что ввоз товара как свершившийся факт имеет место тогда, когда с товаром совершены все действия, необходимые для его выпуска (фактическое пересечение таможенной границы, внутренний таможенный транзит, временное хранение, декларирование). Перемещенный через таможенную границу товар не считается находящимся в гражданском обороте, пока не будет выпущен таможенными органами в соответствии с заявленным таможенным режимом.

КоАП РФ не предусматривает административную ответственность за неоконченный проступок. Багратионовской таможней не представлено доказательств свершившегося ввоза товара (подачи грузовой таможенной декларации и выпуска товара) на момент составления протокола об административном правонарушении».

Однако такая позиция нехарактерна для большинства других судов. В частности, ФАС Волго-Вятского округа в своем Постановлении от 20 января 2009 г. по делу № А17-4906/2008 сделал однозначный вывод о правомерности привлечения предпринимателя к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ за ввоз продукции, маркированной «чужим» товарным знаком, с целью продажи, т.е. введения ее в гражданский оборот. И, хотя фактического введения продукции в гражданский оборот не произошло, соответственно реальный ущерб правообладателю также не был причинен, суд счел правонарушение

завершенным на этапе декларирования товара и принял решение о привлечении предпринимателя к ответственности.

Этот же подход прослеживается в Постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13 января 2009 г. по делу № А50-17420/2008. Импортер заявил товар, еще не введенный в оборот, к таможенному оформлению и был привлечен к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ, так как на товаре содержались товарные знаки, принадлежащие третьим лицам. Договор с правообладателем у импортера отсутствовал.

Вынося свое решение, суд указал, что импортер, подавая грузовую таможенную декларацию (ГТД), тем самым использовал свое право на введение ввозимого товара в гражданский оборот на территории РФ. По мнению суда, выпуск товаров представляет собой действие таможенных органов, заключающееся в разрешении заинтересованным лицам пользоваться и (или) распоряжаться товарами в соответствии с таможенным режимом (п. 23 ст. 11 ТК РФ). Таким образом, на момент подачи ГТД, по мнению суда, ввоз уже состоялся, а состав правонарушения, предусмотренный ст. 14.10 КоАП РФ, являлся оконченным. При этом отсутствие фактического выпуска товара в оборот судом во внимание не было принято.

Выводы о том, что правонарушение является оконченным с момента подачи ГТД, содержится и в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 9 октября 2008 г. по делу № А56-47812/2007, от 5 августа 2008 г. по делу № А56-19302/2007, а также в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 4 декабря 2008 г. по делу № А56-11596/2008. Одновременно с этим суды сделали вывод о том, что до момента подачи ГТД правонарушение не является оконченным.

По нашему мнению, позиция, основанная на том, что правонарушение является завершенным с момента совершения любого действия, направленного на введение контрафактного товара в гражданский оборот на российской территории, является верной. В качестве действия, приводящего к нарушению исключительных прав, следует рассматривать и подачу ГТД, и фактический ввоз товара, и его фак-

тическое введение в оборот с нарушением порядка таможенного оформления.

Применение иного подхода, представленного в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 февраля 2009 г. по делу № А21-275/2008, очень сильно усложняет процесс привлечения импортера к ответственности. Фактически из логики этого решения следует, что для признания правонарушения завершённым таможенный орган сначала должен разрешить выпуск заведомо контрафактного товара в оборот, а лишь затем провести ревизию, оштрафовать импортера и конфисковать товар.

Тем не менее на уровне формально-юридической логики подобное толкование норм ст. 14.10 КоАП РФ является вполне возможным. Дело в том, что ст. 14.10 КоАП РФ не указывает на способ совершения правонарушения, в ней говорится о том, что нарушением является «незаконное использование» товарного знака без уточнения, как именно оно должно осуществляться. Как следствие, и вопрос о моменте признания этого нарушения завершённым деянием остается неурегулированным. Поскольку описать все возможные способы совершения этого правонарушения на уровне поправок в КоАП РФ невозможно, оптимальным вариантом урегулирования вопроса о моменте, когда нарушение прав на товарный знак, совершённое путем импорта контрафактных товаров, признается завершённым, было бы информационное письмо ВАС РФ по этому вопросу.

Часто предметом судебных споров становится также вопрос о том, могут ли таможенные органы привлекать к ответственности продавца контрафактного товара по ст. 14.10 КоАП РФ, если нарушения исключительных прав выявлены в ходе последующей ревизии, т.е. не на этапе таможенного оформления товара. Выше нами уже указывалось, что этот вопрос тесно связан с вопросом о распределении бремени доказывания между таможенным органом и правонарушителем.

Суд может возложить бремя доказывания на таможенный орган, обязав его доказать тот факт, что:

- товары, реализуемые в розницу, были ввезены с нарушением исключительных прав, а не введены в оборот правообладателем или с его разрешения;
- надлежащее таможенное оформление реализуемых товаров не производилось, в связи с чем они должны быть признаны «находящимися под таможенным контролем»¹. Собрать такие доказательства довольно сложно.

Если же суд исходит из того, что доказательства легального происхождения товара должны быть представлены продавцом, а их отсутствие свидетельствует о наличии состава правонарушения, привлечь нарушителя к ответственности оказывается значительно проще. Однако этот подход противоречит презумпции невиновности, так как согласно п. 3 ст. 14.10 КоАП РФ лицо, обвиняемое в совершении административного правонарушения, не обязано доказывать свою невиновность.

Примером первого подхода служит Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 апреля 2008 г. по делу № А42-537/2007. ФАС СЗО отказал в привлечении предпринимателя к административной ответственности за предложение к продаже парфюмерной продукции, маркированной «чужими» товарными знаками. Предприниматель осуществлял реализацию парфюмерной продукции в розницу, не имея лицензионного соглашения с обладателем прав на соответствующие товарные знаки. Таможенные органы провели ревизию и составили протокол об административном правонарушении. Суд признал составление протокола превышением компетенции таможенного органа и указал, что таможенные органы и суды первых двух инстанций «не установили факт перемещения парфюмерной продукции через таможенную границу Российской Федерации» и не доказали, что товары «находятся под таможенным контролем»².

¹ Признание товаров находящимися под таможенным контролем позволяет производить в отношении данных товаров таможенную ревизию по нормам ст. 363, 475 и 376 ТК РФ.

² По мнению суда, полномочия таможенных органов по защите прав интеллектуальной собственности распространяются только на товары, находящиеся под тамо-

При этом судом была использована следующая мотивация: «в силу статьи 375 ТК РФ осмотр помещений и территорий проводится в целях подтверждения наличия товаров и транспортных средств, находящихся под таможенным контролем, в том числе условно выпущенных, на складах временного хранения, таможенных складах, в помещениях магазина беспошлинной торговли, а также у лиц, у которых должны находиться товары в соответствии с условиями таможенных процедур или таможенных режимов, предусмотренных ТК РФ.

Осмотр помещений и территорий проводится при наличии информации об утрате товаров и (или) транспортных средств, их отчуждении либо о распоряжении ими иным способом или об их использовании в нарушение требований и условий, установленных настоящим Кодексом, для проверки такой информации, а также на основе выборочной проверки (пункт 1).

Осмотр помещений и территорий, не указанных в пункте 1 цитируемой статьи, может проводиться таможенными органами в пункте пропуска через Государственную границу Российской Федерации, в зонах таможенного контроля, созданных вдоль таможенной границы, а также у лиц, осуществляющих оптовую или розничную торговлю ввезенными товарами, при наличии информации о нахождении в помещениях или на территориях этих лиц товаров и транспортных средств, ввезенных на таможенную территорию Российской Федерации с нарушением порядка, предусмотренного настоящим Кодексом, для проверки такой информации (пункт 2).

Из приведенных нормативных положений следует, что полномочия таможенных органов по защите прав интеллектуальной собственности ограничены товарами, находящимися под таможенным контролем. Контроль оборота объектов интеллектуальной собственности вне связи с перемещением товаров через таможенную границу к компетенции таможенных органов не относится».

Однако иногда суды придерживаются иной точки зрения и возлагают бремя доказывания на лицо, обвиняемое в импорте контра-

женным контролем, а в материалах дела отсутствуют доказательства того, что названная продукция находилась под таможенным контролем.

фактной продукции. На обязанность проверяемого лица представить документы, подтверждающие правомерность реализации товаров, маркированных «чужими» товарными знаками, указано в Постановлении ФАС Свердловской области от 18 июля 2008 г. по делу № А60-14187/2008-С9, в Постановлении ФАС Свердловской области от 1 декабря 2008 г. по делу № А60-32759/2008-С8.

Аналогичная позиция содержится и в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 3 апреля 2008 г. по делу № А26-3753/2007. Суть дела заключалась в следующем: индивидуальный предприниматель торговал спортивными товарами, маркированными товарными знаками известных иностранных компаний, без соответствующего соглашения с правообладателем.

Контрафактные товары были выявлены в ходе ревизии, проведенной таможенным органом. Предприниматель был привлечен к ответственности, однако соответствующее решение таможенного органа было им обжаловано в суде. Суды первых двух инстанций встали на сторону предпринимателя, мотивируя свою позицию тем, что:

- товары формально не находятся под таможенным контролем (выпущены в оборот), а следовательно, акт ревизии составлен таможенным органом с нарушением компетенции;
- введение товаров в оборот на российской территории могло произойти с согласия правообладателя, следовательно, исключительное право на товары, реализуемые предпринимателем, могло быть исчерпано, а таможенные органы не доказали обратного.

Однако ФАС СЗО занял иную позицию. Суд указал, что в материалах дела имеются подтверждения того, что товары являются иностранными и одновременно с этим отсутствуют доказательства того, что они выпущены для свободного обращения в надлежащем порядке¹. Из этого суд сделал вывод о том, что товары следует считать «находящимися под таможенным контролем».

¹ По мнению суда, в соответствии с п. 1 ст. 360 ТК РФ товары и транспортные средства, ввезенные на российскую территорию, следует считать находящимися под таможенным контролем с момента пересечения таможенной границы при их прибытии на таможенную территорию Российской Федерации и до момента надлежа-

С учетом этого суд вернул дело на рассмотрение в нижестоящие инстанции и рекомендовал судам рассмотреть материалы таможенной ревизии и решить вопрос о привлечении предпринимателя к ответственности за импорт контрафактной продукции по существу.

Интересно, что два рассмотренных выше решения (в пользу продавца товаров и о возврате дела на новое рассмотрение) были приняты одним и тем же судом – а именно ФАС СЗО, причем в одном и том же году.

По нашему мнению, возложение бремени доказывания невиновности на проверяемое лицо является недопустимым. Следует также принимать во внимание тот факт, что если проверяемое лицо не является непосредственным импортером товара, а реализует импортную продукцию, приобретенную внутри страны у других организаций и предпринимателей, у него может вообще не быть документов, подтверждающих легальность ввода товара в оборот на российской территории. К примеру, если товар был приобретен у индивидуального предпринимателя, розничный продавец не будет иметь на руках ни ГТД (которая остается у импортера), ни даже номера ГТД. Номер ГТД отражается в счетах-фактурах, однако индивидуальный предприниматель, выступающий в качестве оптового продавца, не является плательщиком НДС и счет-фактуру не выставляет.

2. Споры, связанные с непризнанием действующим гражданским законодательством РФ факта исчерпания исключительных прав в составе товара, легально введенного в оборот за рубежом.

Подобные споры были частично рассмотрены выше, в данном разделе приведен анализ развития судебной практики по этому вопросу за последние несколько лет.

Как указывалось выше, судебная практика, признающая незаконным «параллельный импорт» товаров, введенных в оборот за рубежом с разрешения правообладателя, сложилась в 2006–2007 гг. В

щего оформления их: выпуска для свободного обращения; уничтожения; отказа в пользу государства; обращения товаров в федеральную собственность либо распоряжения ими иным способом в соответствии с главой 41 ТК РФ; фактического вывоза товаров и транспортных средств с таможенной территории Российской Федерации.

подавляющем большинстве случаев суды исходили из обязательности получения прямого разрешения правообладателя или его законных представителей в Российской Федерации на ввоз как новых, так и подержанных товаров. При этом вопрос о том, являются импортируемые товары поддельными или лицензионными, ни таможенными органами, ни судами практически никогда не исследовался. Для привлечения импортера к ответственности достаточно было самого факта отсутствия разрешения на ввоз товара.

В частности, эта позиция прослеживается в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 4 июля 2007 г., от 27 июня 2007 г. № Ф03-А59/07-2/2086 по делу № А59-4475/06-С24; в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 13 сентября 2006 г., от 6 сентября 2006 г. № Ф03-А37/06-2/2888 по делу № А37-962/06-15; в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 июня 2007 г., от 18 июня 2007 г. № 09АП-7356/2007-АК по делу № А40-14045/07-106-87; в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 января 2007 г., от 26 января 2007 г. № 09АП-18925/06-АК, 09АП-19014/06-АК и в других решениях.

В 2007 г. ВАС РФ фактически закрепил сложившуюся практику, издав описанное выше Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122.

В 2008 г. вступила в силу часть 4 Гражданского кодекса РФ, которая скорректировала подход законодательства к понятию контрафактного товара. Если «старый» закон о товарных знаках признавал контрафактными любые товары, используемые без разрешения правообладателя, то ст. 1515 ГК РФ относит к числу контрафактных только те товары, на которые товарный знак нанесен незаконно. Однако редакторские изменения формулировок, использованных в законодательстве, были восприняты судами не сразу.

В течение 2008 г. и в начале 2009 г. практически все дела, связанные с «параллельным импортом», по-прежнему решались в пользу таможенных органов и официальных представителей иностранных правообладателей. В частности, такие выводы содержались в:

- Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 22 августа 2008 г. по делу № А21-2149/2007. В этом деле суд встал на сто-

рону таможенного органа и удовлетворил требование о привлечении импортера к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ за ввоз на территорию РФ товара, маркированного товарным знаком «БергХОФФ». Лицензионный договор с правообладателем отсутствовал, вопрос о происхождении товара (поддельный или лицензионный) не исследовался;

- Постановлении ФАС Московского округа от 30 декабря 2008 г. № КА-А40/12123-08 по делу № А40-55607/08-121-450. Суд также встал на сторону таможенного органа и привлек предпринимателя к административной ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ за ввоз дисков универсальных цифровых с записью игр и фильмов в количестве 690 штук, маркированных логотипом «Sony». Интересно, что предметом исследования со стороны таможенных органов стал вопрос не о «контенте» ввозимых дисков (лицензионные ли были игры и фильмы), что было бы более логичным, а вопрос о товарном знаке, которым были маркированы «болванки» дисков, на которых эти игры записаны¹;
- Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 20 января 2009 г. по делу № А17-4906/2008. Предприниматель был привлечен к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ за ввоз подержанных (лицензионных) деталей от автомобиля (40 шин с дисками и без дисков поименованы товарным знаком «Michelin»). Для признания вины импортера суд счел достаточным основанием отсутствие лицензионного соглашения с правообладателем. Тот факт, что товар заведомо являлся лицензионным (автомобильные детали в отличие от фильмов, игр и программ для ЭВМ практически не подделываются), судом во внимание не принят. Суд указал, что «предприниматель умышленно ввез на территорию Российской Федерации продукцию с товарным знаком «Michelin» с целью продажи, т.е. введения ее в гражданский оборот. При этом

¹ То есть речь шла не о незаконном использовании произведений (игр и фильмов), а об использовании товарного знака без лицензии. При этом вероятность того, что контент был скопирован незаконно, значительно выше, чем вероятность того, что подделаны дисковые носители «Sony». Скорее всего, они как раз являлись лицензионными.

он обязан был проверить, предоставлялась ли правовая охрана указанному товарному знаку, в том числе путем ознакомления с содержанием бюллетеней Роспатента. Предприниматель имел возможность не нарушать требования законодательства в сфере интеллектуальных прав, однако не предпринял всех зависящих от него мер по соблюдению данной обязанности». Таким образом, позиция суда по этому делу была практически идентична позиции судов первых инстанций по делу «Порше», которое рассматривалось Президиумом ВАС РФ на два месяца позже¹;

- Постановлении ФАС Московского округа от 4 февраля 2009 г. № КА-А40/11739-08 по делу № А40-6118/08-79-67. Импортер ввез мотовездеходы марок: «Ямаха», «Поларис» и «Судзуки». Лицензионное соглашение с правообладателем отсутствовало. Это послужило основанием для привлечения импортера к ответственности, несмотря на тот факт, что товары явно являлись лицензионными (эта группа товаров практически не подделывается). Впоследствии ФАС МО отказал в удовлетворении требований таможни по формальным основаниям (таможенный орган неправильно оформил протокол изъятия вещей и документов). Однако даже отказ суда от привлечения импортера к ответственности не позволил ему осуществить ввоз приобретенных товаров. В процессе рассмотрения спора они были возвращены поставщику.

В марте 2009 г. Президиум ВАС РФ несколько скорректировал свою позицию, ранее выраженную в Информационном письме от 13 декабря 2007 г. № 122. Рассматривая упоминавшееся выше дело «Порше», Президиум ВАС РФ сделал новый для российской судебной практики вывод о том, что к ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ может быть привлечен только импортер, воспроизводящий товарные знаки «незаконно», чего, разумеется, не происходит при импорте лицензионных товаров – к примеру, таких, как автомобили или детали от них.

¹ Итоговое решение по делу «Порше» принято Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2009 г. № 10458/08. См. справочную информационную правовую систему «КонсультантПлюс».

По нашему мнению, логичным было бы закрепление этой позиции Президиума ВАС РФ в принятом на месяц позже Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором приводится обобщение наиболее распространенной практики разрешения споров, связанных с применением норм части 4 ГК РФ. Однако ВАС РФ, равно как и Верховный Суд, воздержался от прямой рекомендации судам использовать подход, применявшийся в деле «Порше», по отношению к другим подобным спорам.

Как следствие, практика рассмотрения споров, связанных с «параллельным импортом», во второй половине 2009 г. оказалась противоречивой.

Так, «старая» логика ВАС РФ использована в Постановлении ФАС Московского округа от 8 мая 2009 г. № КА-А40/3684-09-1,2 по делу № А40-64976/08-12-588. Суд привлек к ответственности импортера, ввозившего из Китая зажигалки, маркированные товарным знаком «BMW»¹. В своем решении суд указал, что лицензионный договор с правообладателем не заключался и что ввоз на территорию Российской Федерации товара, незаконно маркированного товарным знаком, «представляет собой самостоятельное нарушение прав владельца товарного знака». Можно предположить, что ввозимый товар с большой степенью вероятности являлся контрафактным, однако его экспертиза не проводилась, и законность нанесения на него товарных знаков не исследовалась.

При этом в целом можно констатировать тенденцию постепенного отказа судов от применявшегося ранее формального подхода, основанного на том, что отсутствие лицензионного соглашения у импортера образует состав правонарушения независимо от того, является товар лицензионным или поддельным.

Так, отказ от привлечения к ответственности импортеров, ввозивших *лицензионные* товары, легально введенные в оборот за рубе-

¹ Правообладателем товарного знака является компания Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft (BMW AG).

жом, но без письменного разрешения правообладателя, содержится в следующих судебных решениях:

- Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 июня 2009 г. по делу № А19-1768/09. Суд отказался от привлечения импортера (ООО «Автолекс-Байкал») к ответственности, так как таможенным органом не доказан факт события административного правонарушения. Общество ввезло автозапчасти, маркированные товарным знаком «КОУО». Лицензионное соглашение с иностранным правообладателем и его российским представителем отсутствовало. Однако суд отказался признать импортера виновным. Свое решение суд мотивировал отсутствием в действиях общества события административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.10 КоАП РФ. Суд указал, что объективной стороной правонарушения, предусмотренного ст. 14.10 КоАП РФ, является *незаконное* использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров. Однако ввезенный товар «является оригинальным, и доказательств его контрафактности таможней не представлено»;
- Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 июня 2009 г. по делу № А19-1671/09. Судом использована аналогичная мотивация отказа в привлечении импортера к ответственности;
- Постановление ФАС Дальневосточного округа от 19 июня 2009 г. № Ф03-2572/2009 по делу № А51-12125/2008. Судом использована аналогичная мотивация отказа в привлечении импортера к ответственности. Импортер ввез без письменного разрешения правообладателя подержанные ноутбуки. Суд установил, что они были выпущены правообладателем соответствующих товарных знаков и признаков незаконного воспроизведения товарного знака не содержат;
- Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 июня 2009 г. по делу № А56-41636/2008. Суд отказал таможне в привлечении импортера к ответственности за незаконное использование чужого товарного знака «PORSCHЕ» при ввозе на терри-

торию РФ легкового автомобиля, поскольку признаки незаконного воспроизведения спорного товарного знака отсутствуют, а сам товар не обладает признаками контрафактности;

- Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11 июня 2009 г. по делу № А21-9466/2008. Суд аналогичным образом оценил правовые последствия ввоза автомобиля «MERCEDES-BENZ»;
- Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 25 июня 2009 г. по делу № А19-16559/08. Судом использована аналогичная мотивация отказа в привлечении импортера к ответственности. В этом деле предметом спора стали ввезенные детская одежда и обувь, маркированные товарным знаком «VINNY BEAR». И хотя эта группа товаров подделывается значительно чаще и риск того, что ввозимый товар действительно являлся контрафактным, был выше, чем в случае с ввозом транспортных средств и автомобильных деталей, суд вынес решение в пользу импортера, так как таможенный орган не провел независимую экспертизу ввозимого товара.

Анализ правоприменительной и судебной практики за вторую половину 2009 г. также свидетельствует о том, что новый подход к оценке правомерности «параллельного импорта» лицензионной продукции, осуществляемого третьими лицами без согласия правообладателя, нисколько не препятствует борьбе с *действительно* контрафактными товарами.

Таможенные органы и суды успешно выносят решения в пользу правообладателей в тех случаях, когда ввозимые товары обладают признаками контрафактной продукции. К примеру:

- ФАС Восточно-Сибирского округа своим Постановлением от 14 мая 2009 г. № А19-11045/08-35-Ф02-1927/09 по делу № А19-11045/08-35 привлек к ответственности импортера, ввозившего поддельные китайские удочки, маркированные товарными знаками, принадлежащими правообладателям из Японии. Таможенным органом было проведено две экспертизы: экспертиза товарного знака, установившая схожесть товарных знаков, принадлежащих японской компании, и товарных знаков, нанесенных на

китайские товары, схожими до степени смешения, а также экспертиза самих ввозимых товаров, которая показала, что их качество не соответствует оригинальному товару из Японии. Это позволило таможенному органу и судам всех трех инстанций сделать вывод о том, что товар является контрафактным, и привлечь импортера к ответственности;

- ФАС Дальневосточного округа своим Постановлением от 5 июня 2009 г. № Ф03-2374/2009 по делу № А51-9211/2008 привлек к ответственности импортера, ввозившего поддельную обувь из Китая, маркированную товарными знаками, принадлежащими иностранным правообладателям. Контрафактный характер товара установлен путем визуального сравнения обуви, импортируемой из Китая, с лицензионными товарами.

Таким образом, судебная практика даже без внесения серьезных изменений в законодательство постепенно движется в сторону признания исчерпанными исключительных прав на лицензионные товары, введенных в оборот с разрешения правообладателя, на территории иностранных государств. Однако для обеспечения ее единообразия внесение в текст Гражданского кодекса поправок, регламентирующих вопрос об исчерпании прав в отношении импортных товаров, представляется целесообразным.

3. Споры, связанные с попытками правообладателей и их законных представителей уклониться от уплаты таможенных платежей со стоимости исключительных прав, входящих в состав стоимости ввозимого товара.

В контексте настоящего исследования такие споры также представляют большой интерес. В частности, предметом рассмотрения судов становились следующие нарушения правообладателей:

- правообладатели нарушили режим временного ввоза кино-, видеопродукции, передав ее для использования третьим лицам (к примеру, кинотеатрам);
- правообладатели неправомерно применили метод определения таможенной стоимости ввозимого товара «по цене сделки» в условиях, когда точный размер роялти, подлежащих уплате ино-

странным правообладателям, на момент таможенного оформления товара был неизвестен;

- импортеры пытались маскировать лицензионные платежи под оплату услуг иностранного правообладателя.

В частности, в 2008–2009 гг. целый ряд судебных споров, связанных с уклонением от уплаты таможенных платежей со стоимости выплат иностранным правообладателям, был проигран обществом с ограниченной ответственностью «Двадцатый век Фокс СНГ». На протяжении нескольких последних лет это общество пыталось использовать практически все перечисленные выше схемы уклонения от уплаты таможенных платежей.

В частности, в 2007–2008 гг. на территорию Российской Федерации обществом ввозился ряд фильмов в режиме временного ввоза, которые затем с нарушением этого режима передавались кинотеатрам для демонстрации. Согласно пп. 1 и 2 ст. 211 ТК временно ввезенными товарами может пользоваться лицо, получившее разрешение на временный ввоз. Передача временно ввезенных товаров в пользование иному лицу допускается только с разрешения таможенного органа. Таким образом, при передаче товаров третьим лицам у общества возникла необходимость уплатить ввозные пошлины в полном объеме, тогда как режим временного ввоза предполагает полное или частичное освобождение от них (ст. 209 ТК РФ).

Подобные нарушения стали предметом рассмотрения ФАС МО в Постановлении от 9 сентября 2008 г. № КА-А40/8094-08 по делу № А40-16425/08-92-194. Общество ввезло кинолентку позитивную шириной 35 мм с записью копии фильма «У холмов есть глаза 2» на русском языке в количестве 200 копий. Указанный фильм был перемещен на таможенную территорию Российской Федерации на основании лицензионного договора, заключенного с американским правообладателем, а впоследствии передан кинотеатрам.

При этом импортер утверждал, что нарушения режима временного ввоза не произошло. По его мнению, предметом договора с кинотеатрами были только лицензионные права, а не сама кинолента. Таможенный орган не согласился с таким подходом, справедливо указав, что исключительные права на кинофильм (произведение) не

могут использоваться без материального носителя, на котором он записан.

Суд согласился с решением таможенного органа о начислении обществу недоимки и штрафа. ФАС МО указал, что «пользование или распоряжение товарами и (или) транспортными средствами в нарушение таможенного режима, под который они помещены...» является нарушением, ответственность за которое установлена ч. 2 ст. 16.19 КоАП РФ¹.

Аналогичным образом в Постановлении от 10 сентября 2008 г. № КА-А40/8008-08 по делу № А40-16536/08-149-178 ФАС Московского округа был рассмотрен спор того же общества с таможенным органом по вопросу нарушения режима временного ввоза кинофильма «Симпсоны в кино».

Распространенным нарушением со стороны импортеров является занижение цены ввозимых товаров за счет неправомерного использования метода оценки ввозимого товара «по цене сделки».

Как правило, это делается путем отдельного заключения договора на поставку товара и лицензионного договора. При ввозе товара его стоимость декларируется по цене договора поставки, а стоимость лицензионного договора в ее составе не учитывается. Импортер, нарушающий требования подп. 3 п. 1 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» от 21 мая 1993 г. № 5003-1, как правило, моти-

¹ При этом суд первой инстанции не смог правильно определить размер штрафа, исчисляемого как процент от стоимости ввезенного товара, так как в цене ввозимого товара не была учтена стоимость лицензионных платежей, перечисляемых иностранному правообладателю. В этой части ФАС МО вернул дело на новое рассмотрение. В своем решении суд указал следующее: «при невозможности определить размер рыночной стоимости товара штраф за совершенное административное правонарушение *должен быть рассчитан из той стоимости, которая более всего соответствует критерию, положенному в основу исчисления штрафа*». Тем самым ФАС МО фактически рекомендовал нижестоящим судам учесть стоимость лицензионных платежей в составе цены ввезенного товара для целей определения размера штрафа.

вирует отказ от декларирования лицензионных платежей тем, что к моменту ввоза товара их точный размер не известен¹.

Подобные доводы импортеров суды рассматривают как несостоятельные. Согласно ст. 12 Закона «О таможенном тарифе» при невозможности использования метода «по цене сделки с ввозимыми товарами» должны последовательно применяться следующие методы:

- по стоимости сделки с идентичными товарами;
- по стоимости сделки с однородными товарами;
- метод вычитания;
- метод сложения;
- резервный метод.

Выбор метода осуществляется по согласованию с таможенными органами. Таким образом, закон позволяет импортеру учесть в составе цены ввозимого товара лицензионные платежи, размер которых точно не известен, путем применения одного из расчетных методов. И если импортер этого не делает, он прямо нарушает требования таможенного законодательства.

По спорам, связанным с уклонением от декларирования роялти, выплачиваемых иностранным компаниям, в пользу таможенных органов были вынесены, к примеру, следующие решения:

- Постановление ФАС Московского округа от 14 мая 2009 г. № КА-А41/3881-09 по делу № А41-18567/08. ООО «Байерсдорф» (Россия) по соглашению с компанией «Байерсдорф Акциенгезелльшафт» (Германия) ввезло продукцию торговой марки «NIVEA» и задекларировало ее по стоимости сделки с ввозимыми товарами без учета лицензионных платежей в пользу немецкой компании. Размер лицензионных платежей зависел от объема продаж, т.е. применять метод по цене сделки в этой ситуации было нельзя. Как следствие, по итогам таможенной ревизии обществу были начислены недоимка и штраф. При определении

¹ Они могут быть не известны, когда лицензионный договор предусматривает выплату последующих роялти, выплату части процента от продаж в пользу иностранного правообладателя и т.д.

размера недоимки таможенный орган не менял метода определения таможенной стоимости товара, а просто воспользовался данными об объеме лицензионных платежей, реально перечисленных иностранному правообладателю. К моменту проведения ревизии партия товара была уже реализована, и роялти, зависящие от объема продаж, перечислены. Суды сочли действия таможенного органа правомерными;

- Постановление ФАС Московского округа от 5 мая 2009 г. № КА-А40/3422-09 по делу № А40-45838/08-21-440, А40-48184/08-21-452, А40-48181/08-21-451, А40-48178/08-21-450, А40-45843/08-21-442, А40-45840/08-21-441, А40-48187/08-21-453. Этот судебный спор интересен тем, что договор на поставку товара и лицензионный договор были заключены с двумя разными лицами. Упомянутый выше импортер ООО «Байерсдорф» заключил договор на поставку товара с компанией «NIVEA Polska SA», а лицензионный договор – с упомянутым выше немецким правообладателем «Байерсдорф Акциенгезелльшафт». Лицензионные платежи, перечисляемые в пользу немецкого правообладателя, не были учтены в составе таможенной стоимости товаров, приобретенных у «NIVEA Polska SA». Товар был задекларирован по цене сделки с ввозимыми товарами. Таможенный орган пришел к выводу о недостаточности представленных импортером документов и сведений для принятия решения по заявленной таможенной стоимости товара, в связи с чем в соответствии с правилами п. 3 ст. 323 ТК РФ, пп. 7, 9, 10 Положения о контроле таможенной стоимости товаров принял решение об уточнении заявленной таможенной стоимости и о выставлении заявителю требования о необходимости представления дополнительных документов и сведений, подтверждающих размер лицензионного платежа, относящегося к ввозимому товару и перечисляемого лицензиару по лицензионному договору. Так как уточненных данных по запросу таможни импортер не представил (по его утверждению, эти два договора не имели юридической связи), таможенный орган рассчитал цену ввозимого товара самостоятельно по методу цены сделки, включив в нее стои-

мость лицензионных платежей. Суды согласились с выводами таможни.

В случае если импортер задекларировал будущие лицензионные платежи в составе цены ввозимого товара и применил тот или иной оценочный метод определения его таможенной стоимости, суды не разрешают таможенным органам производить последующий пересчет таможенных платежей. Это представляется совершенно верным, поскольку все методы, за исключением метода «по цене сделки», который в этой ситуации применяться не может, предполагают примерную оценку размера будущих лицензионных платежей. И если впоследствии они оказались больше, это не является основанием для пересмотра таможенной стоимости товаров и привлечения импортера к ответственности.

Так, в пользу импортеров было вынесено Постановление ФАС Московского округа от 9 июня 2009 г. № КА-А40/4760-09 по делу № А40-58217/08-79-461.

ООО «Двадцатый век Фокс СНГ» ввезло на территорию РФ фильмы, права на которые принадлежали иностранному правообладателю. Цена товара была определена на основе резервного метода, в ее состав входили лицензионные платежи, размер которых зависел от валового дохода от проката. Впоследствии таможенный орган провел ревизию и выяснил, что реальный размер лицензионных платежей оказался выше задекларированного. Однако суды трех инстанций отказали в привлечении общества к ответственности.

Мотивируя свое решение, они указали следующее:

«В соответствии с пп. 1, 2 ст. 323 ТК РФ, пп. 1, 3 ст. 13 Закона Российской Федерации от 21 мая 1993 г. № 5003-1 «О таможенном тарифе» таможенная стоимость товаров определяется на момент ввоза и первого помещения товаров под таможенный режим согласно методам определения таможенной стоимости, установленным законодательством, и заявляется в таможенный орган при декларировании товаров. Заявляемая декларантом таможенная стоимость товаров и представляемые им сведения, относящиеся к ее определению, должны основываться на достоверной и документально подтвержденной информации.

...В соответствии с п. 9 Положения о контроле таможенной стоимости товаров, ввозимых на таможенную территорию Российской Федерации, утвержденного Приказом ГТК России, уточнение заявленной декларантом таможенной стоимости требуется, если согласно результатам контроля представленные декларантом документы и сведения не являются достаточными для принятия решения в отношении заявленной таможенной стоимости товаров или обнаружены признаки, указывающие на то, что заявленные сведения о таможенной стоимости могут являться недостоверными. Вышеуказанные обстоятельства суды признали недоказанными.

Скорректировав заявленную обществом таможенную стоимость, таможенный орган изменил не метод, а структуру ее определения, включив в нее платежи, полученные обществом в ходе проката фильмов на территории Российской Федерации (т.е. после завершения процедуры декларирования товара и уплаты таможенных платежей) и фактически отсутствовавшие на момент ввоза товара».

Таким образом, суд сделал правильный вывод о том, что применение резервного метода и своевременное декларирование наличия лицензионных платежей исключают «недостоверность» декларации, являющуюся основанием для привлечения импортера к ответственности.

Аналогичная позиция отражена и в Постановлении ФАС Московского округа от 28 января 2009г. № КА-А40/12922-08 по делу № А40-24348/08-152-244.

В ряде случаев импортеры заменяют лицензионные платежи в пользу иностранных компаний платежами за услуги, которые они якобы оказывают пользователю результата интеллектуальной деятельности.

Судебная практика по спорам такого рода носит противоречивый характер. Есть решения, вынесенные в пользу импортеров, и решения, вынесенные в пользу таможенного органа.

Так, в Постановлении ФАС Поволжского округа от 1 марта 2002 г. № А65-9321/2001-СА3-8 и Постановлении ФАС Поволжского округа от 1 марта 2002 г. № А65-9320/2001-СА3-8 указано, что стоимость услуг по разработке технической документации не явля-

ется лицензионным платежом в пользу иностранной компании, поэтому их оплата не может быть включена в таможенную стоимость ввозимого товара.

В своих решениях суд использовал следующую логику. Подпункт 3 п. 1 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» от 21 мая 1993 г. № 5003-1 обязывает включать в состав таможенной стоимости товара «платежи за использование объектов интеллектуальной собственности, которые относятся к оцениваемым товарам». При этом оплата услуг по технической поддержке не является лицензионным платежом, поэтому их оплата не может быть включена в таможенную стоимость ввозимого товара.

Однако в других случаях платежи за услуги, предоставляемые иностранными правообладателями, признаются частью платежей, связанных с использованием *объектов интеллектуальной собственности*.

Так, в Постановлении от 13 июля 2006 г. по делу № А56-12873/2005 ФАС Северо-Западного округа встал на сторону таможенного органа, признав импортера виновным в занижении размера таможенных платежей.

Импортер ввез на диске программное обеспечение, права на которое принадлежали иностранному правообладателю, с целью его дальнейшего тиражирования и продажи. При этом по договору с правообладателем он должен был выплачивать ему средства «за сопровождение программного продукта» и «оплату, полученную по заключенным с пользователями лицензионным соглашениям», которая прямо не была поименована лицензионным платежом. Судя по всему, договор был устроен таким образом, что сам импортер исключительных прав формально не получал, но он должен был собирать плату за право использования программного продукта в интересах иностранного правообладателя с конечных пользователей программного продукта. Однако суд принял во внимание не юридическое оформление платежей, перечисляемых в пользу иностранного правообладателя, а их фактическое (экономическое) содержание.

Вынося решение в пользу таможенного органа, суд указал следующее.

«В соответствии с пунктом 1 статьи 19 Закона Российской Федерации «О таможенном тарифе» таможенной стоимостью ввозимого на таможенную территорию Российской Федерации товара является цена сделки, фактически уплаченная или подлежащая уплате за ввозимый товар на момент пересечения им таможенной границы Российской Федерации (до порта или иного места ввоза). При определении таможенной стоимости в цену сделки включаются лицензионные и иные платежи за использование объектов интеллектуальной собственности, которые покупатель должен прямо или косвенно осуществить в качестве условия продажи оцениваемых товаров (подп. «г» п. 1 ст. 19 Закона)...

В нарушение требований подпункта «г» пункта 1 статьи 19 Закона общество не включило в таможенную стоимость товара вознаграждение лицензиару за использование программных продуктов, уплата которого является условием передачи мастер-копий. В ходе таможенной ревизии таможенный орган включил в таможенную стоимость товара *суммы, фактически перечисленные лицензиару за программное сопровождение (техническую поддержку), полученные от пользователей ... Ссылка заявителя на то, что какие-либо исключительные права на программные продукты обществу не передавались, противоречит экономическому смыслу и юридической природе лицензионного договора*».

Аналогичные выводы ФАС СЗО сделал и в ранее принятом Постановлении от 18 декабря 2000 г. № А56-19535/00.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что если суд принимает во внимание только юридическую форму платежей в пользу иностранного правообладателя, то импортер, маскирующий лицензионные платежи под оплату услуг, имеет определенные шансы выиграть дело. Однако если суд пользуется концепцией деловой цели сделки и анализирует ее по существу, решение, скорее всего, будет вынесено в пользу таможенного органа. Так как в последнее время концепция деловой цели получила активное развитие в судебной практике, к примеру, в делах о необоснованной налоговой выгоде, можно предположить, что в перспективе риски импортеров, маскирующих лицензионные платежи, резко возрастут.

Зарубежная практика таможенного регулирования сделок с интеллектуальной собственностью

Зарубежная практика регулирования вопроса об исчерпании исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в составе товара

Вопрос о территориальном исчерпании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности в составе товара, законно введенного в оборот (правообладателем или с его согласия), решается в разных странах по-разному. Законодательство большинства государств, как правило, признает исключительные права исчерпанными, если товары были введены в оборот на территории государства.

Кроме того, законодательство большинства государств, как правило, не препятствует ввозу/вывозу товара, в состав которого входят права на РИД, физическими лицами в незначительном количестве (для личного пользования). Вопрос об исчерпании этих прав в составе товара, перемещаемого физическими лицами, как правило, не возникает.

Так, Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) предоставляет своим участникам право исключить из сферы применения правил ТРИПС, связанных с перемещением товаров через границу, малые количества товаров некоммерческого характера, содержащихся в личном багаже физических лиц или пересылаемых мелкими партиями (ст. 60)¹.

Предусмотренный правилами Европейского союза пограничный контроль также не распространяется на товары некоммерческого характера, находящиеся в багаже физических лиц, если эти товары не превышают ограничения, установленные для освобождения от уплаты таможенной пошлины (в настоящее время – 175 евро). Таможенные органы могут воспрепятствовать перевозке находящихся

¹ Uruguay Round Agreement: TRIPS. Part III — Enforcement of Intellectual Property Rights http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_05_e.htm#4

в багаже физических лиц товаров при наличии существенных оснований предполагать коммерческий характер их перевозки¹.

При этом вопрос об исчерпании исключительных прав на РИД в составе товара, ввозимого из-за рубежа с целью последующей реализации или иного использования в предпринимательской деятельности, регулируется несколько сложнее. В отношении ввозимых товаров, ранее введенных в оборот за рубежом, законодательство разных стран может устанавливать режим национального, регионального или международного исчерпания.

Режим национального исчерпания требует разрешения правообладателя на ввоз товара из любой другой страны. При режиме регионального исчерпания исключительное право на РИД в составе товара признается исчерпанным после введения этого товара в гражданский оборот в какой-либо стране данного региона (примером может служить Европейский союз), и разрешение правообладателя требуется только для ввоза из-за пределов данного региона. При режиме международного исчерпания исключительное право на РИД в составе товара признается исчерпанным после введения этого товара в гражданский оборот в любой стране мира. При этом разрешения правообладателя на импорт не требуется.

Следует отметить, что прямого запрета «параллельного импорта» не содержится ни в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г.², ни в Парижской конвенции об охране промышленной собственности 1883 г.³. Даже ТРИПС – наиболее комплексное международное соглашение по интеллектуальной собственности – прямо исключает вопросы исчерпания исключительных прав на РИД из сферы, для которой предусмотрено

¹ Border Enforcement Legislation in EU and ASEAN http://www.ecap-project.org/fileadmin/ecapII/pdf/en/ipr_enforcement/customs_handbook/8_border_enforcement_legislation_eu_asean.pdf

² Русский текст доступен в Интернете на <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html> (официальный сайт ВОИС).

³ Русский текст доступен в Интернете на <http://wipo.int/treaties/ru/ip/paris/paris.html> (официальный сайт ВОИС).

урегулирование разногласий в рамках ВТО¹, оставляя выбор режима исчерпания на усмотрение участников и не касаясь вопросов «параллельного импорта».

Однако при наличии политических возможностей государства, являющиеся крупными импортерами товаров с высокой стоимостью прав на РИД, стремятся к заключению двусторонних соглашений, предусматривающих «национальный режим» исчерпания исключительных прав на территории стран-партнеров. Это позволяет правообладателям ограничивать «параллельный» импорт и контролировать цены на соответствующие товары на рынке стран-партнеров.

Так, США, применяющие режим национального исчерпания для товаров, в состав которых входят права, защищенные патентами, при заключении соглашений о свободной торговле (free trade agreements) с Австралией, Сингапуром и Марокко предусмотрели запрет этими соглашениями «параллельного импорта» патентованной продукции. Позднее принятый в США в 2006 г. закон об ассигнованиях определенным ведомствам (Science, State, Justice, and Commerce, and Related Agencies Appropriations Act)² запретил использование таких положений, и в более поздних соглашениях США о свободной торговле они не содержатся³.

Следует также отметить, что в одной стране могут быть установлены различные режимы исчерпания для разных видов исключительных прав на РИД. Например, в одном и том же государстве могут быть предусмотрены международное исчерпание для товарных знаков и национальное исчерпание для патентов. Кроме того, тот

¹ Uruguay Round Agreement: TRIPS. Part I — General Provisions and Basic Principles http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm

² Текст доступен в Интернете на <http://www.coherentbabble.com/PublicLaws/HR2862PL109-108.pdf>

³ Ilias Sh., Fergusson I.F. Intellectual Property Rights and International Trade. Congressional Research Service. 2009. P.23. <http://fpc.state.gov/documents/organization/120583.pdf>

или иной режим исчерпания может быть особо установлен для какого-то определенного вида продукции¹.

Швейцария

В Швейцарии единый порядок исчерпания исключительных прав на РИД законодательно не установлен². Однако возможность исчерпания исключительных прав на отдельные виды РИД устанавливается некоторыми нормативными актами. К примеру, исчерпание авторского права предусмотрено в ст. 12 Закона об авторском праве, исчерпание прав в отношении определенных товаров сельскохозяйственного назначения – в статье 27 в подраздела в Закона о сельском хозяйстве. Также доктриной и судебной практикой в целом признается принцип исчерпания исключительных прав на товарные знаки и промышленные образцы.

Исчерпание происходит, если товар был введен в оборот с явно выраженного согласия правообладателя (к примеру, был продан). Если обладатель патента или права на промышленный образец лишь не препятствует третьему лицу пользоваться соответствующим товаром, исчерпания исключительных прав в составе этого товара не происходит. К примеру, исчерпания прав на РИД в составе товара не происходит, если он предоставляется во временное пользование или обращается между компаниями одного холдинга.

Закон не дает ясного ответа на вопрос о том, какой режим исчерпания – национальный или международный – подлежит применению к исключительным правам на РИД в составе товаров, ввозимых на территорию государства из-за рубежа.

Швейцарский Верховный Суд выработал различные правила для патентов, товарных знаков, авторских прав и промышленных образцов. Режим международного исчерпания однозначно распространя-

¹ Crampes C., Encaoua D., Hollander A. Competition and Intellectual Property in the European Union. Revised version. February 2005. P.8. <http://idei.fr/doc/wp/2005/crampes.pdf>

² Exhaustion of IPRs in cases of recycling and repair of goods (Q 205). Report of Swiss Group. sic! 9/2008. <http://www.sic-online.ch/2008/documents/683.pdf> ; Border Measures and other Measures of Customs Intervention against Infringers (Q 208). Report of Swiss Group. sic! 7+8/2009. <http://www.sic-online.ch/2009/documents/559.pdf>

ется на товарные знаки (решение по делу *Chanel* (1996)¹) и авторское право (решение по делу *Nintendo* (1998)², во всяком случае поскольку не затрагивается право правообладателя на исполнение.

В отношении прав на промышленный образец прецедентов нет. Однако большинство швейцарских авторов, по-видимому, выступают за международное исчерпание из-за сходства прав на промышленный образец с авторскими правами.

О преобладании в швейцарском законодательстве принципа международного исчерпания исключительных прав свидетельствует и тот факт, что ст. 3 II Закона о картелях предписывает рассматривать любые ограничения на импорт, основанные на исключительных правах на РИД, с позиций антимонопольного законодательства и, таким образом, по общему правилу признаваться не соответствующими закону.

Иной порядок применяется в отношении РИД, охраняемых на патентной основе. Патентные права считаются исчерпанными только в случае введения продукции в оборот на швейцарском рынке (решение по делу *Kodak* (1999)³). И, поскольку в отношении РИД, охраняемых на основе патента, международное исчерпание исключительных прав не предусмотрено, по отношению к товарам, содержащим эти РИД, могут применяться специализированные меры таможенного контроля, которые не используются при ввозе товаров, в состав которых входят объекты авторского права и товарные знаки⁴.

При решении вопроса о допустимости «параллельного импорта» значение имеет и распределение бремени доказывания между правообладателем и импортером. Если патентообладатель утверждает, что импорт в Швейцарию подлинной продукции, введенной в оборот на иностранном рынке, нарушает его исключительные права,

¹ Текст доступен в Интернете на <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>

² Там же.

³ Там же.

⁴ Специальное законодательство также не предусматривает возможности принятия мер таможенного контроля в отношении таких товаров, как сорта растений, товары с незарегистрированными товарными знаками, ноу-хау.

ответчик может представить доказательства фактов, приведших к исчерпанию прав за рубежом¹.

При этом факт исчерпания исключительных прав за рубежом считается доказанным, если импортер докажет, что в отношении идентичной продукции в стране ее происхождения существует разрешение на продажу и торговлю. Доказывание фактического происхождения каждого ввозимого изделия при этом не требуется. В большинстве случаев импортер знает лишь своих непосредственных поставщиков, и такое свидетельство представить невозможно.

США

В США вопрос исчерпания исключительных прав на РИД в составе товара в значительной степени регулируется судебной практикой².

Так, для патентов национальный порядок исчерпания прав законодательно не установлен, однако существует выработанная судебной практикой доктрина исчерпания патентных прав. Так, согласно решению Апелляционного суда Федерального округа по делу *Fuji Photo Film Co. v. Jazz Photo Corp.* (2005) «разрешение патентообладателя на первую продажу где-либо в мире (international first sale) не затрагивает исчерпание прав этого патентообладателя в Соединенных Штатах». В этом же решении суд указал, что «продажи за рубежом никоим образом не могут происходить в соответствии с полученным в Соединенных Штатах патентом, поскольку патентная система Соединенных Штатов не имеет экстратерриториального действия».

Исключительное право патентообладателя на РИД в составе конкретного изделия исчерпывается при его первой продаже внутри страны, однако исчерпание происходит только в случае так называемой «безусловной продажи». В принципе, стороны могут догово-

¹ Распределение бремени доказывания между сторонами строится на основе ст. 8 Гражданского кодекса Швейцарии, в которой указано, что, если иное не предусмотрено законом, лицо, ссылающееся на какой-либо факт как на основание возникновения своих прав, должно его доказать.

² Exhaustion of IPRs in cases of recycling and repair of goods. Report of United States Group of AIPPI. 2008. http://www.aippi-us.org/images/Q205_USA.pdf

риться о продаже и с установлением каких-то условий. Любое подобное ограничение:

- должно быть прямо сформулировано;
- должно соответствовать требованиям договорного права;
- должно соответствовать требованиям антимонопольного законодательства и не должно создавать возможностей для злоупотребления патентными правами.

Вопросы, связанные с нарушением патентных прав, относятся к исключительной компетенции федеральных судов. При этом информсмент в отношении лицензий осуществляется на уровне штатов с учетом особенностей их гражданского законодательства, если только участие лиц с разным гражданством (*diversity of citizenship*) не влечет отнесения дела к федеральной юрисдикции.

Режим национального исчерпания исключительных прав применяется и в отношении промышленных образцов. Апелляционный суд Федерального округа (специализированный суд, рассматривающий, в частности, споры по патентам¹) указал, что «принцип исчерпания применяется к патентам на промышленный образец, как и к патентам на изобретение (*utility patents*). Патентное право на промышленный образец, как все патентные права, исчерпывается первой не предусматривающей ограничений продажей в Соединенных Штатах...» (дело *Jazz Photo Corp. v. United States International Trade Commission* (2001)).

К авторским правам применяется доктрина первой продажи (по сути сходная с правилом об исчерпании). Впервые сформулированная в деле *Bobbs-Merrill v. Straus* (1908), доктрина первой продажи предполагает, что после первой продажи законно изготовленного экземпляра защищенной авторским правом работы любой последующий собственник этого экземпляра может продать или иным образом распорядиться им, не неся ответственности за нарушение авторского права. Позднее это правило было закреплено в разделе 17 Свода законов США, §109(a), 109(d).

¹ Подробнее см.: United States Court of Appeals for the Federal Circuit
http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Circuit

К товарным знакам США в целом применяют доктрину международного исчерпания¹. Судебная практика исходит из того, что товары, маркированные товарным знаком, могут ввозиться на территорию США, если они введены в оборот аффилированной компанией обладателя права на товарный знак и существенно не отличаются от продаваемых в США. Существенные различия параллельно импортируемых товаров могут заключаться в упаковке, в компонентах или рецептуре (дело *Societe Des Produits Nestle, SA v. Casa Helvetica, Inc.* (1992)) и в использовании инструкций, гарантийных формуляров или иных относящихся к изделию документов, напечатанных на языке ином, чем английский (дело *Original Appalachian Artworks, Inc. v. Granada Electronics, Inc.* (1987)).

Если подобные различия имеются, обладатель американского товарного знака может требовать недопущения таких товаров на рынок США при условии, что параллельно импортируемые товары не содержат ясного указания потребителям на существенные различия между импортируемыми товарами и товарами, производимыми для рынка США.

Закон о тарифах 1930 г. предусматривает изъятие из режима международного исчерпания прав на товарный знак, запрещая импорт в США товаров иностранного производства с товарным знаком, правами на который обладает гражданин США или корпорация либо ассоциация, созданная в США, и который зарегистрирован в Патентном ведомстве США (раздел 19 Свода законов США, § 1526(c)). Однако, как следует из сказанного выше, этот запрет не распространяется на параллельно ввозимый товар, произведенный за рубежом аффилированным лицом обладателя прав на товарный знак и удовлетворяющий указанным выше требованиям к таким товарам (отсутствие существенных различий либо ясное указание на них).

К авторским правам применяется режим национального исчерпания, и «параллельный импорт» представляет собой нарушение. Правда, как решил Верховный Суд, если защищаемый авторским

¹ Закон о товарных знаках 1946 г. не затрагивает правил исчерпания, однако принцип исчерпания товарного знака был выведен судебной практикой и применяется судами.

правом объект (copyrighted work) был впервые создан в США, продан за рубежом и затем ввезен обратно в США, доктрина первой продажи служит защитой от обвинений в нарушении авторских прав (дело *Quality King Distrib. v. L'Anza Research Int'l, Inc.* (1998)¹).

Зарубежная практика определения таможенной стоимости исключительных прав

Как и в российском праве, в законодательстве большинства западных стран, по данным Всемирной таможенной организации (World Customs Organization²), стоимость исключительных прав на РИД включается в состав стоимости ввозимого товара. При этом РИД, ввозимые в составе товара, могут рассматриваться таможенными органами стран ЕС в качестве так называемых «вспомогательных объектов» (assistants)³. Основной характеристикой вспомогательного объекта является его «экономическая и практическая неотделимость» от конечного продукта.

В зарубежной практике, например в странах ЕС⁴, имеется опыт обложения как стоимости прав на РИД, прямо указанной в тексте возмездного лицензионного договора или договора купли-продажи ввозимой техники, так и стоимости прав на РИД, передаваемых якобы «безвозмездно» или по сниженной стоимости вместе с приобре-

¹ Текст решения доступен в Интернете на <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=523&page=135>

² Всемирная таможенная организация – межправительственная организация по вопросам таможи.

³ В качестве вспомогательных объектов выступают товары и услуги, которые продавец поставляет покупателю (как непосредственно, так и через посредников) безвозмездно или по сниженной цене в связи с изготовлением и (или) продажей импортируемых товаров. Вспомогательные объекты могут быть как материальными (материалы, компоненты, инструменты, штампы и т.д.), так и нематериальными (разработки, проекты, чертежи, планы и т.д.). См. там же.

⁴ См. Written materials Tim Hesselink (Simmons&Simmons) for program «Buying Trouble: Avoiding Purchasing and Outsourcing Traps in Customs, Trade, and Export Laws» at the ABA Fall Meeting, October 4, 2007. <http://www.abanet.org/int-law/fall07/materials/BuyingTroubleAvoidingPurchasingandOutsourcingTraps.pdf>

таемыми товарами. На самом деле безвозмездной передача прав на РИД, как правило, не является, однако покупатель и продавец выстраивают сложную схему перечисления лицензионных платежей, чтобы не увеличивать таможенную стоимость ввозимых товаров.

В частности, в ЕС существует практика пресечения схем занижения таможенной стоимости ввозимого товара, основанных на перечислении роялти третьему лицу, не являющемуся юридическим продавцом импортируемой продукции. Тот факт, что правообладатель (лицензиар) и продавец не совпадают в одном лице, не препятствует обложению роялти таможенными платежами, если роялти «относятся к импортируемым товарам и их уплата является условием продажи этих товаров»¹.

Важным условием для включения роялти, перечисляемых третьему лицу, не являющемуся поставщиком ввозимых товаров, в состав таможенной стоимости является «достаточный контроль» иностранного поставщика (или иностранного правообладателя) за деятельностью импортера, позволяющий поставщику «требовать этих выплат» от покупателя. Фактически, по нашему мнению, речь идет об их взаимной зависимости, которая может выражаться как в прямом или косвенном участии в капитале взаимосвязанных организаций, так и в особенностях лицензионных отношений между ними.

Роялти и лицензионные платежи подпадают под действие подп. «с» п. 1 ст. 32 Европейского таможенного кодекса, согласно которому:

«При определении таможенной стоимости в соответствии со статьей 29 к цене, фактически уплаченной или подлежащей уплате за импортируемые товары, должны добавляться: (...)

роялти и лицензионные платежи, относящиеся к оцениваемым товарам, подлежащие уплате покупателем, непосредственно или с участием посредников, в качестве условия продажи оцениваемых

¹ См. Written materials Tim Hesselink (Simmons&Simmons) for program «Buying Trouble: Avoiding Purchasing and Outsourcing Traps in Customs, Trade, and Export Laws» at the ABA Fall Meeting, October 4, 2007. <http://www.abanet.org/intlaw/fall07/materials/BuyingTroubleAvoidingPurchasingandOutsourcingTraps.pdf>

товаров, поскольку такие роялти и лицензионные платежи не включены в фактически уплаченную или подлежащую уплате цену».

Вводный закон Европейского таможенного кодекса также говорит о том, что роялти и лицензионные платежи должны добавляться к таможенной стоимости ввозимых товаров, если:

- они связаны с импортируемыми товарами;
- и их уплата является условием продажи импортируемых товаров.

Вводный закон Европейского таможенного кодекса также упоминает о возможности включения в состав таможенной стоимости ввозимого товара лицензионных платежей, которые импортер уплачивает не поставщику товара, а какому-либо третьему лицу. При этом основным критерием при решении вопроса об их включении в состав таможенной стоимости товара является «достаточность контроля» лицензиара над поставщиком.

Примером включения в состав таможенной стоимости товара лицензионных платежей, уплачиваемых третьему лицу, может являться следующий судебный спор. Compaq Computer International Corp. (CCIC), дочерняя компания американской Compaq Computer Company (ССС), осуществляла реализацию компьютеров фирмы Compaq в Европе через «дистрибуторный центр» в Нидерландах. СССР заключила договор с Microsoft. Согласно этому договору компьютеры Compaq могли оснащаться программным обеспечением, состоящим из операционных систем MS-DOS и MS Windows в разработанном Microsoft виде, и продаваться с этими системами, за что Microsoft получает по 31 долл. за каждый компьютер.

ССС приобрела портативные компьютеры у азиатских производителей. Согласно договору между ними операционные системы должны были быть установлены на жестких дисках компьютеров до их доставки CCIC. СССР *бесплатно* предоставила программное обеспечение, приобретенное ею у Microsoft, производителям, которые установили его на поставляемых в ЕС компьютерах. Компьютеры с программным обеспечением СССР продала CCIC, и они были отправлены из Азии в ЕС.

Таким образом, в договорных отношениях участвовали три стороны: покупатель из Европы (импортер, представленный двумя взаимосвязанными компаниями), поставщик материального товара из Азии и правообладатель из США (поставщик программного обеспечения).

При ввозе ССIC указала в качестве таможенной стоимости компьютеров цену, которую ССС уплатила азиатским производителям. Эта цена не включала стоимость программного обеспечения (31 долл. за каждый компьютер).

Однако таможенные органы ЕС начислили импортеру дополнительную сумму пошлины, утверждая, что стоимость программного обеспечения, которая не была включена в заявленную ССIC таможенную стоимость, должна быть добавлена к облагаемой пошлиной стоимости. ССIC обжаловала это решение.

Спор был рассмотрен Голландским таможенным судом, который обратился в Европейский Суд за разъяснением, должна ли стоимость программного обеспечения добавляться к декларируемой таможенной стоимости (цене, которую ССС уплатила азиатским производителям). Амстердамский апелляционный суд сослался на подп. «b» п. 1 параграфа 32 Таможенного кодекса ЕС, согласно которому:

«При определении таможенной стоимости в соответствии со статьей 29 помимо цены, фактически уплаченной или подлежащей уплате за импортируемые товары, должны учитываться:

(...) стоимость (в соответствующих случаях распределяемая) следующих товаров и услуг при их поставке непосредственно или с участием посредников продавцом безвозмездно или по сниженной цене для использования в связи с производством и продажей на экспорт импортируемых товаров, поскольку такая стоимость не была включена в фактически уплаченную или подлежащую уплате цену:

- 1) материалов, компонентов, частей и подобных предметов, являющихся составляющими импортируемых товаров;
- 2) инструментов, штампов, литейных форм и подобных предметов, используемых в производстве импортируемых товаров;
- 3) материалов, потребляемых при производстве импортируемых товаров;

4) технических и иных разработок, изобразительных оригиналов, проектных работ и планов и эскизов, выполненных в каком-либо месте за пределами Сообщества и необходимых для производства соответствующих импортируемых товаров».

Указанные категории расходов (компонентов), подлежащих обложению пошлиной, относятся к объектам, обыкновенно называемым «вспомогательные объекты» (assists).

Представители компании-правообладателя (CCIC) считали, что приведенное выше положение не должно было применяться. Однако Европейский Суд не согласился с этим мнением, сославшись на ст. 167 Вводного закона Европейского таможенного кодекса, содержащую так называемое правило «расщепления стоимости». Согласно первому абзацу этого закона¹ стоимость программного обеспечения, задекларированного отдельно от стоимости носителя, не подлежала обложению пошлиной. Однако во втором абзаце оговаривалось, что это не относится к программному обеспечению на таких носителях, как интегральные схемы, полупроводники и подобные устройства или объекты, содержащие в качестве составляющих такие схемы или устройства.

Суд установил, что в рассматриваемом деле компьютеры действительно содержали полупроводники и подобные устройства. Соответственно программное обеспечение не могло быть признано не облагаемым пошлиной в соответствии с вышеуказанными положениями ст. 167 Вводного закона Европейского таможенного кодекса.

В одном из предыдущих решений² Европейский Суд также указывал, что программное обеспечение – нематериальный компонент продукции, на которой оно установлено, и в качестве такового должно учитываться при определении цены, уплачиваемой за такую

¹ В настоящее время импорт компьютеров уже не облагается таможенной пошлиной, однако она действует в отношении множества других устройств с заранее установленным программным обеспечением – таких, как DVD-магнитофоны, MP3-плееры и плазменные экраны.

² См. Written materials Tim Hesslink (Simmons&Simmons) for program «Buying Trouble: Avoiding Purchasing and Outsourcing Traps in Customs, Trade, and Export Laws» at the ABA Fall Meeting, October 4, 2007. <http://www.abanet.org/intlaw/fall07/materials/BuyingTroubleAvoidingPurchasingandOutsourcingTraps.pdf>

продукцию. Однако это решение было принято в отношении импорта, осуществлявшегося в период, предшествовавший вступлению в силу правила «расщепления стоимости» в соответствии со ст. 167. Существовавшая в то время ситуация сходна с нынешней, поскольку правило «расщепления стоимости» утратило силу после вступления в силу Соглашения ВТО по информационным технологиям.

Ссылаясь на это решение, суд указал, что в зависимости от характера договора между ССС и Microsoft о покупке программного обеспечения стоимость программного обеспечения должна либо добавляться к таможенной стоимости как «облагаемый пошлиной вспомогательный объект», либо рассматриваться как лицензионный платеж (выплата роялти). В последнем случае, по мнению Европейского Суда, таможенная стоимость также должна увеличиваться на сумму лицензионных платежей, если их уплата является обязательным условием импорта товара и его дальнейшей продажи.

В результате Европейский Суд оставил решение вопроса о природе соглашения между ССС и Microsoft на усмотрение таможенного суда Нидерландов. Соответственно на усмотрение того же суда было передано и решение вопроса о природе платежа, который ССС произвела Microsoft'у.

Однако рассмотренная выше позиция Европейского Суда, судя по всему, пока не является доминирующей в мировой практике. Таможенные органы США, а также некоторых стран ЕС по-прежнему нередко рассматривают в качестве таможенной стоимости программы для ЭВМ стоимость материального носителя, на котором она перемещается. Страны Азии, по данным Всемирной таможенной организации¹, напротив, стремятся обложить таможенными платежами именно стоимость нематериальных активов – программ, а не стоимость дисков, на которых они записаны. Это нередко служит причиной для конфликтов с таможенными органами разных стран и судебных споров: когда программное обеспечение импортируется из США в страны Азии, службы продаж «по привычке» указывают его

¹ См. When intangibles become tangible. Trade Intelligence Asia Pacific. January/February 2008. http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633606967482284080_wms_trade_int_janfeb2008.pdf

номинальную стоимость без декларирования стоимости передаваемых неисключительных прав.

Однако даже в странах Азии в случаях, когда программное обеспечение импортируется безвозмездно на эталонном диске (master disc) для местного воспроизведения, а правообладатель получает роялти в расчете на единицу продукции, таможенной стоимостью, как правило, признается стоимость носителя, поскольку право воспроизведения импортируемых товаров на соответствующей территории обыкновенно не облагается пошлиной. Таким образом, система обложения таможенными платежами ввозимых программ для ЭВМ остается очень несовершенной: один и тот же РИД (например, программное обеспечение) может быть по-разному оценен таможенными органами при разных коммерческих схемах его поставки.

Интересна практика Всемирной таможенной организации¹, а также Европейского союза по вопросам, связанным с признанием взаимной связи поставщика и лицензиара, участвующих в трехсторонних договорных отношениях поставки².

«Достаточный контроль», т.е. взаимная зависимость сторон, позволяющая включить роялти в состав таможенной стоимости товара, трактуется Всемирной таможенной организацией предельно широко. В частности, в 2006–2007 гг. Всемирная таможенная организация рассмотрела несколько примеров³, связанных с уплатой таможенных платежей со стоимости роялти, перечисляемых иностранному лицензиару. Европейский союз, по данным Всемирной таможенной

¹ См. Is the WCO giving Customs a free license to charge duty on royalties? Trade Intelligence Asia Pacific. November/December 2007. http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633525054042100336_wms_trade_int_novdec2007.pdf

² Как указывалось выше, в подобных трехсторонних схемах покупатель (импортер) заключает два «самостоятельных» договора: договор на поставку товара с одним лицом и лицензионный договор с другим лицом. Перед таможенными органами в этом случае ставится задача доказать «достаточность контроля» правообладателя за действиями поставщика материального товара, т.е. фактически – признать их взаимосвязанными лицами.

³ Is the WCO giving Customs a free license to charge duty on royalties? Trade Intelligence Asia Pacific. November/December 2007. http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633525054042100336_wms_trade_int_novdec2007.pdf

организации¹, также опубликовал контрольный перечень видов деятельности, указывающих на то, что контроль лицензиара над продавцом достаточен для признания роялти условием продажи товара и, таким образом, возникновения обязанности уплаты пошлины. В этом перечне указаны в том числе следующие признаки взаимной зависимости продавца и лицензиара:

- лицензиар выбирает производителя и делает указание на него покупателю (за счет этого и формируется трехсторонняя схема участников договорных отношений, в рамках которой лицензиар реализует свой товар через зависимого поставщика);
- существует прямой договор о производстве между лицензиаром и продавцом;
- лицензиар прямо или косвенно осуществляет фактический контроль над производством (в отношении центров производства и (или) методов производства);
- лицензиар осуществляет фактический прямой или косвенный контроль над материально-техническим обеспечением и отправкой товаров покупателю;
- лицензиар определяет (ограничивает) круг лиц, которым производитель может продавать товары;
- лицензиар определяет условия, относящиеся к цене, по которой производитель (продавец) должен продавать товары, или к цене, по которой импортер (покупатель) должен перепродавать товары;
- лицензиар вправе изучать материалы бухгалтерского учета производителя или покупателя;
- лицензиар определяет, какие должны использоваться способы производства (предоставляет модели и т.д.);
- лицензиар определяет (ограничивает) источники снабжения материалами (компонентами);

¹ См. Is the WCO giving Customs a free license to charge duty on royalties? Trade Intelligence Asia Pacific. November/December 2007. http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633525054042100336_wms_trade_int_novdec2007.pdf

- лицензиар устанавливает количественные ограничения для выпускаемой производителем продукции;
- лицензиар не разрешает покупателю приобретать непосредственно у производителя, а лишь через владельца товарного знака (лицензиара), который может действовать одновременно в качестве агента по закупкам импортера;
- производителю не разрешается выпуск конкурентной продукции (нелицензированной) без согласия лицензиара;
- производимые товары несут специфику лицензиара (т.е. в своем замысле и в отношении товарного знака);
- характеристики товаров и применяемая технология определяются лицензиаром.

Таким образом, относительно зарубежного опыта обложения таможенными пошлинами исключительных прав можно отметить следующее. Практика обложения таможенными платежами исключительных прав в составе товара в последние годы получает все большее развитие. Так, по данным Всемирной таможенной организации, в большинстве стран таможенными пошлинами могут облагаться¹:

- стоимость исключительных прав, передаваемых иностранным лицензиаром в качестве одного из условий последующей закупки и импорта товаров импортером (лицензиатом). При этом не имеет значения, являются ли лицензиар и поставщик лицензионного товара одним юридическим лицом или двумя (несколькими) зависимыми лицами. Если лицензиар имеет «достаточный контроль» над производителями, он считается «взаимозависимым» с этими производителями, что позволяет включить лицензионные платежи в состав таможенной стоимости ввозимых то-

¹ Перечисленные примеры рассмотрены в следующих источниках:

Written materials Tim Hesselink (Simmons&Simmons) for program «Buying Trouble: Avoiding Purchasing and Outsourcing Traps in Customs, Trade, and Export Laws» at the ABA Fall Meeting, October 4, 2007. <http://www.abanet.org/intlaw/fall07/materials/BuyingTroubleAvoidingPurchasingandOutsourcingTraps.pdf> ;
Is the WCO giving Customs a free license to charge duty on royalties? Trade Intelligence Asia Pacific. November/December 2007 http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633525054042100336_wms_trade_int_novdec2007.pdf

варов. Признание «достаточности» контроля осуществляется судами, зависит от различных обстоятельств и в целом носит оценочный характер;

- стоимость деловой документации (к примеру, проектной документации на строительство), импортируемой в «бумажном» виде. Обложение таможенными платежами технической документации, передаваемой через Интернет, таможенными службами большинства государств пока что не освоено. Однако Всемирная таможенная организация уже сталкивалась с предложениями разработать специальное регулирование по этому вопросу (по вопросам обложения таможенными платежами отдельных видов товаров Организация разрабатывает так называемые тарифные позиции (tariff lines)). По ее мнению, ввоз технической и деловой документации без оплаты таможенных пошлин с ее полной стоимости в зависимости от конкретных обстоятельств дела может рассматриваться таможенным органом даже не как занижение стоимости ввозимого товара, а в качестве контрабанды¹.

Представляется, что правила, установленные в ЕС по вопросу признания роялти, перечисляемых третьим лицам, не являющимся участниками экспортно-импортной сделки, частью стоимости ввозимого товара, могут быть заимствованы российским законодателем с определенными уточнениями. Европейское таможенное право требует доказывания факта взаимной зависимости иностранного лицензиара и поставщика, что для российских таможенных органов было бы очень сложно, поскольку получить информацию подобного рода от иностранных государств зачастую не представляется возможным.

По нашему мнению, основным критерием для включения роялти в состав таможенной стоимости должна стать не подконтрольность иностранного поставщика лицензиару, а невозможность реализовать товар на российской территории без лицензии (т.е. отсутствие факта исчерпания исключительных прав). Сам факт выплаты роялти третьим лицам, не являющимся поставщиками ввозимого товара,

¹ When intangibles become tangible. Trade Intelligence Asia Pacific. January/February 2008. http://www.pwccustoms.com/webmedia/doc/633606967482284080_wms_trade_int_janfeb2008.pdf

уже говорит о том, что на момент его ввоза исключительные права на РИД в составе товара не исчерпаны, и его импорт невозможен без выплаты лицензионных платежей. И если получение лицензии является обязательным условием импорта и последующей продажи товара, то ее стоимость должна признаваться частью таможенной стоимости товара в любом случае – независимо от доказанности/недоказанности взаимной зависимости участников сделки.

Заключение

В настоящее время существует целый ряд проблем таможенного регулирования международных сделок с интеллектуальной собственностью, основными из которых являются:

1) проблема неопределенности норм об исчерпании исключительных прав на РИД в составе ввозимых товаров;

2) проблема нечеткости условий привлечения импортера к ответственности за нарушение исключительных прав иностранного правообладателя;

3) проблема определения таможенной стоимости товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности;

4) несимметричность обложения таможенными пошлинами импорта прав на РИД, связанного и не связанного с импортом материального носителя (или товара, в стоимость которого они входят).

В отношении первой проблемы можно сделать следующие выводы. Как было показано выше, вопрос об исчерпании прав на результаты интеллектуальной деятельности, ввозимые в составе товара без прямого разрешения правообладателя, урегулирован недостаточно определенно. Это позволяет правообладателям препятствовать ввозу в Россию товаров, законно введенных в гражданский оборот за рубежом и закупленных импортером в оптовой или розничной торговой сети. Типичным примером можно считать попытки ряда иностранных автомобильных компаний ограничить импорт подержанных иномарок.

Предлагается уточнить нормы Гражданского кодекса, определяющие перечень случаев свободного использования РИД, предусмотрев одинаковые правовые последствия для случаев ввоза товара в обращение с разрешения правообладателя в Российской Федерации и за рубежом. Такой подход исключит возможность предъявления правообладателями претензий к импортерам лицензионной продукции.

Однако это снимает не все проблемы добросовестных приобретателей, возникающие как при импорте, так и при покупке содержащего РИД товара на внутреннем рынке. Учитывая, что условием

действия нормы об исчерпании исключительного права является *легальный* ввод товара в обращение, возникает вопрос: обязано ли лицо, закупающее содержащий РИД товар не у непосредственного правообладателя, требовать от продавца доказательств наличия согласия правообладателя на первоначальную продажу товара? При положительном ответе на этот вопрос норма об исчерпании исключительного права практически обесценивается, поскольку ее смысл состоит как раз в отсутствии необходимости получать согласие правообладателя на любые последующие сделки с товаром. Следовательно, если товар прошел цепочку сделок купли-продажи, без проведения специального расследования установить, восходит ли эта цепочка к правообладателю или нет, почти невозможно. Эти соображения являются аргументом в пользу того, чтобы при охране прав на РИД исходить из презумпции наличия согласия правообладателя на ввод товара в обращение, пока не доказано обратное. Это означает, что от покупателя, имеющего документы, подтверждающие факт приобретения товара, не могут быть истребованы доказательства согласия правообладателя на ввод товара в оборот. В этом случае бремя доказывания контрафактного характера продукции полностью перелagается на правообладателей и правоохранительные органы. Для привлечения лица к ответственности за нарушение исключительных прав правоохранительные (в том числе таможенные) органы и (или) правообладатель должны доказать, что спорный товар произведен или введен в оборот без разрешения правообладателя. Это может быть доказано, например, путем проведения экспертизы качества товара, подтверждающей его поддельный характер.

Этот подход вполне согласуется с общей логикой привлечения к юридической ответственности, в соответствии с которой обвиняемый не должен доказывать свою невиновность, однако он довольно существенно ограничивает возможности правообладателей по защите своих прав или, правильнее сказать, повышает издержки по их защите. Действующей редакцией ст. 1229 Гражданского кодекса прямо предусмотрено, что отсутствие запрета правообладателя на использование РИД не считается согласием (разрешением). И действительно, ставить знак равенства между отсутствием запрета и раз-

решением можно лишь при условии, что правообладатель осведомлен о совершаемой сделке. Вместе с тем возлагать на мелкого оптового или розничного покупателя обязанность информировать правообладателя о каждой покупке товара, содержащего РИД, немыслимо. Кроме того, речь идет не о приравнивании отсутствия запрета к разрешению, а лишь о введении оспоримой доказательственной презумпции. Существует также компромиссный вариант, при котором обязанность проверки законности ввоза товара в оборот возлагается только на крупных оптовых приобретателей.

Если при совершении сделок внутри страны обеспечить информирование правообладателя технически сложно, то для случаев ввоза товаров, содержащих РИД, на территорию России действующее законодательство уже предусматривает возможность предварительного запроса согласия правообладателей. Речь идет о предусмотренном таможенным законодательством праве иностранных правообладателей, продукция которых внесена в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности, ходатайствовать о приостановлении выпуска товаров, ввозимых без их прямого разрешения. Эта норма позволила бы предотвратить многие последующие споры, если бы не противоречия относительно условий привлечения импортера к ответственности. В настоящее время Таможенный кодекс для привлечения импортера к ответственности за ввоз контрафактных товаров требует обязательного заявления правообладателя о нарушении его прав, а Кодекс об административных правонарушениях, напротив, не ограничивает право таможенных органов на привлечение к ответственности наличием заявления со стороны правообладателя. Для обеспечения единообразного подхода к вопросу о порядке возбуждения данной категории дел предлагается внести в законодательство поправки, исключающие возможность их возбуждения таможенными органами по собственной инициативе в случае, если правообладатель был проинформирован о факте ввоза товара, однако заявления о приостановлении выпуска не подал.

Проблема определения таможенной стоимости товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности, может быть час-

тично решена за счет следующих изменений таможенного законодательства:

1. Предусмотреть в законодательстве возможность подачи импортером временной таможенной декларации при отсутствии на момент ввоза точных сведений, необходимых для расчета таможенной стоимости, с последующей корректировкой такой декларации и суммы подлежащей уплате таможенной пошлины (как в большую, так и в меньшую сторону) в течение определенного периода после выпуска товаров. Аналогичный механизм предусмотрен Таможенным кодексом применительно к вывозимым товарам. Это устранит препятствия для применения метода расчета таможенной стоимости по стоимости сделки с ввозимыми товарами, который является наиболее точным и исключает возможности произвола таможенных органов при расчете таможенной стоимости.

При этом во избежание занижения импортерами «авансовых платежей» можно предусмотреть начисление процентов или предоставить таможенным органам право в случае несогласия с заявленной импортером суммой «авансового платежа», рассчитывать ее по одному из предусмотренных законодательством методов, заменяющих метод по стоимости сделки с ввозимым товаром.

2. Приравнять к лицензионным платежам и соответственно включать в состав таможенной стоимости платежи в пользу иностранного правообладателя по договорам на оказание консалтинговых, маркетинговых и иных подобных услуг, связанных с реализацией ввозимого товара на российском рынке и вытекающих из сущности договора коммерческой концессии. Так, в соответствии со ст. 1031 Гражданского кодекса в обязанности правообладателя по договору коммерческой концессии входит передача пользователю технической, коммерческой документации и иной информации, необходимой пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, инструктаж пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав, оказание пользователю постоянного технического и консультативного содействия, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников, контроль качества товаров (работ, ус-

луг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.

3. Предусмотреть включение в состав таможенной стоимости ввозимых товаров лицензионных платежей за использование применительно к ним товарных знаков, права на которые были приобретены не у продавца и (или) после пересечения таможенной границы России, если соответствующие товары не подверглись достаточной переработке на российской территории. Это позволит решить проблему уклонения от уплаты таможенных пошлин путем организации схем импорта, при котором продавцом выступает аффилированное лицо правообладателя.

Если товары, ввезенные без товарного знака, не подверглись достаточной переработке и продаются под зарегистрированным товарным знаком, можно предложить два альтернативных подхода к их обложению:

а) дополнить подп. 3 п. 1 ст. 19.1 Закона РФ «О таможенном тарифе» указанием, что к лицензионным платежам, относящимся к ввозимым товарам и подлежащим уплате продавцу или третьему лицу в пользу продавца, приравниваются платежи, подлежащие уплате *третьему лицу, признаваемому взаимосвязанным с продавцом.*

Недостатком данного варианта решения проблемы являются очевидные сложности его администрирования в силу необходимости установления взаимосвязей лиц, не являющихся российскими резидентами;

б) более жестким и простым в администрировании является вариант, предполагающий возможность обложения таможенной пошлиной лицензионных платежей, уплачиваемых покупателем любому лицу за ввезенный товар, не подвергшийся достаточной переработке, *без необходимости установления отношений взаимозависимости между продавцом и получателем лицензионных платежей.* Основанием для обложения в данном случае может служить то обстоятельство, что при отсутствии переработки товарный знак приобретается не на произведенные в России, а на ввезенные товары. Таким образом, с высокой степенью вероятности можно предположить, что

договоренность об использовании данного товарного знака применительно к данным товарам существовала уже на момент их ввоза.

Более мягкой разновидностью этого варианта является предоставление заинтересованным лицам права опровержения презумпции о взаимозависимости правообладателя и продавца, которая является основанием для обложения лицензионных платежей таможенной пошлиной.

Изложенные выше варианты совершенствования методов определения таможенной стоимости товаров, содержащих РИД, основаны на сохранении традиционного подхода к объекту обложения таможенной пошлиной, при котором таким объектом признается исключительно *товар*. Однако, изыскивая пути сокращения масштабов уклонения от уплаты таможенной пошлины при импорте товаров, содержащих объекты интеллектуальной собственности, нельзя игнорировать тот факт, что все больший удельный вес в ВВП развитых стран занимает продукция, в стоимости которой доля объекта интеллектуальной собственности составляет свыше 70% (например, объекты авторского права, включая программы для ЭВМ). Применительно к такой продукции трансграничная торговля экономически бессмысленна, поскольку в этом случае лицензионные платежи подлежат обложению таможенной пошлиной, тогда как заключение лицензионного договора на «производство» продукции в другой стране позволяет исключить обязательства по уплате таможенной пошлины. Слово «производство» в данном случае заключено в кавычки, поскольку доля добавленной стоимости, произведенной на территории этой другой страны, в цене конечной продукции может быть ничтожна. Это ставит вопрос о целесообразности включения объектов интеллектуальной собственности в число объектов обложения таможенной пошлиной не только в тех случаях, когда они входят в состав импортируемого товара, но и когда они импортируются сами по себе.

Чтобы не создавать препятствий инновационному развитию российской экономики, в случае признания прав на РИД самостоятельными объектами обложения таможенной пошлиной необходимо предусмотреть льготы (освободить от таможенных пошлин по ана-

логии с освобождением от НДС) на ввоз ряда «технических» РИД, а именно прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем. В отношении ноу-хау от установления льгот (в том числе и по НДС) предлагается отказаться, поскольку степень новизны и промышленной применимости ноу-хау не подлежит проверке патентным ведомством. Поэтому предоставление льгот для ноу-хау позволило бы «маскировать» уступку товарного знака (которая в соответствии с предлагаемым подходом подлежит обложению) под уступку ноу-хау.

Аргументом против признания РИД самостоятельным объектом обложения таможенной пошлиной является отсутствие соответствующих прецедентов в практике развитых стран, в первую очередь из-за сложностей администрирования. Уклонение от обложения здесь действительно возможно, например, путем маскировки платежей за использование РИД под договоры оказания фиктивных услуг, однако эта проблема не является специфической для данной сферы и может решаться общими для налогового права методами борьбы с уходом от налогообложения.

*Институтом экономики переходного периода с 1996 года
издается серия "Научные труды". К настоящему времени
в этой серии вышло в свет более 100 работ.*

**Последние опубликованные работы
в серии "Научные труды"**

№ 130Р Коллектив авторов. *Моделирование временной структуры процентных ставок по российским государственным облигациям в 2000–2008 гг.* 2009.

№ 129Р Казакова М., Синельников-Мурылев С., Кадочников П. *Анализ структурной и конъюнктурной составляющих налоговой нагрузки в российской экономике.* 2009.

№ 128Р Коллектив авторов. *Анализ возможности возникновения «пузыря» на российском рынке недвижимости.* 2009.

№ 127Р Коллектив авторов. *Анализ правил денежно-кредитной политики Банка России в 1999–2007 гг.* 2009.

№ 126Р Коллектив авторов. *Анализ институциональной динамики в странах с переходной экономикой.* 2009.

№ 125Р С. Шишкин, Л. Попович. *Анализ перспектив развития частного финансирования здравоохранения.* 2009.

№ 124Р И. Дежина, В. Киселева. *Тенденции развития научных школ в современной России.* 2009.

№ 123Р Г. Идрисов, Л. Фрейнкман. *Гистерезис в динамике структуры банковских вкладов: исследование для стран СНГ.* 2009.

№ 122Р Трунин П., Каменских М., Муфтяхетдинова М. *Исламская финансовая система: современное состояние и перспективы развития.* 2009.

Для заметок

Для заметок

**Золотарева Анна Борисовна
Киреева Анастасия Викторовна
Шаталов Станислав Сергеевич**

Правовое регулирование международных сделок с интеллектуальной собственностью

Редактор: Н. Главацкая
Корректор: Н. Андрианова
Компьютерный дизайн: В. Юдичев

Подписано в печать 27.01.2010
Тираж 300 экз.

125993, Москва, Газетный пер., 5

Тел. (495) 629–6736
Факс (495) 697–8816
www.iet.ru
E-mail: info@iet.ru