

**Академия наук Республики Татарстан
Российский экологический центр
«НООСФЕРНЫЙ МИР. КОРПОРАЦИЯ БРОННИКОВА»**

**Инновационный пилотный проект
Создание и внедрение методики «Оценки интеллектуальной
собственности и нематериальных активов: Многофакторный анализ и
применение агрегированных индексов (интегральных критериев) на
основе Общей теории критериальной оценки Р.И.Булатова
при оценке ОИС»**

**Москва-Казань-Феодосия
2016 год**

ВВЕДЕНИЕ

Настоящая методика оценки интеллектуальной собственности основывается на многофакторном анализе и применении агрегированных индексов (интегральных критериев) разработанных на основе Общей теории критериальной оценки Р.И.Булатова и Закона устойчивого развития и приложений к нему Р.И.Булатова, работе д.э.н. А.Н. Козырева и академика В.Л. Макарова «Оценка стоимости нематериальных активов и интеллектуальной собственности», рекомендованной Министерством образования Российской Федерации (Козырев А.Н., Макаров В.Л. Оценка стоимости нематериальных активов и интеллектуальной собственности. – М.: РИЦ ГШ ВС РФ, 2003), при участии академика Д.С. Львова, д.э.н. А.Г. Грязнова, к.т.н. Г.И. Микерин, д.э.н. М.А. Федотова и трудах других авторов, в рамках работ Научного совета по экономическим проблемам интеллектуальной собственности при ООН РАН, а также:



Центральный
экономико-математический
институт РАН



Институт
профессиональной
оценки



Национальный
фонд подготовки
кадров

Методы и технология «Оценки интеллектуальной собственности и нематериальных активов: Многофакторный анализ и применение агрегированных индексов (интегральных критериев) на основе Общей теории критериальной оценки Р.И.Булатова при оценке ОИС» восполняют пробел в теории и практике по оценке стоимости в одной из самых сложных и важных областей экономического анализа. Отличительной особенностью данного пособия является современность в лучшем смысле этого слова. В нем можно найти изложение новых подходов к оценке ИС, том числе и применительно к понятиям новой экономики, таким как «интеллектуальный капитал».

1. Основные понятия, термины, объекты оценки

Среди трудностей, подстерегающих профессионального оценщика при оценке интеллектуальной собственности (ИС) и нематериальных активов (НМА), необходимо отметить некоторые особенности используемой здесь системы понятий и терминов. Одна из таких особенностей – неустраняемая многозначность значительной части используемых терминов. В зависимости от контекста они могут принимать различные значения, что само по себе не является редкостью. Стандартный выход из этого положения – оговорить с самого начала, какой именно смысл стоит за каждым из используемых терминов в рамках конкретной работы, также в относительно узком кругу патентоведов, специалистов по авторскому праву и других смежных юридических специальностей нет единства, когда речь идет о трактовке терминов «интеллектуальная собственность» и «исключительные права». Тем более нет

единства в профессиональной лексике представителей разных профессий. Бухгалтеры понимают термин «нематериальные активы» не так, как оценщики, и совсем не так, как маркетологи. Маркетологи любят использовать термин «торговая марка» вместо юридически более точного, но менее выразительного термина «товарный знак». Еще больше различий в понимании термина «деловая репутация», особенно в том случае, когда речь идет о деловой репутации юридического лица. Термин «брэнд», широко используемый маркетологами и (с некоторого времени) оценщиками, воспринимается патентоведом как признак необразованности и дурного тона. Список таких противоречий можно продолжить, а вот уйти от них не представляется возможным, поскольку оценка интеллектуальной собственности как особая область деятельности находится на стыке всех перечисленных выше профессиональных сфер. В каждой из них есть не только свой собственный профессиональный жаргон, но также свои амбиции и охранительные рефлексы. Особенно сильно пристрастие к «птичьему языку» и охранительные рефлексы заметны в среде патентоведов, «чужих» здесь сразу узнают (по словам) и, не задумываясь о содержании сказанного, начинают клевать. Об этом, как минимум, следует знать, а как максимум, следует говорить с представителями каждой профессиональной корпорации на их языке.

Ниже даны пояснения к тем понятиям, которые могут иметь различный смысл в зависимости от контекста /1/.

Интеллектуальная собственность (исключительные права)

Интеллектуальная собственность (ИС) – собирательное понятие, используемое для обозначения прав, относящихся к интеллектуальной деятельности в различных областях (производственной, научной, литературной и художественной). В статье 138 ГК РФ понятие ИС используется для обозначения исключительных прав гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации. Конкретное содержание исключительных прав определяется специальными законами, к числу которых относятся патентный закон, закон об авторском праве и смежных правах, закон о товарных знаках и т.д. В международных соглашениях, участницей которых является Российская Федерация, понятие ИС используется, как правило, в более широком смысле. Так, в соответствии с п.VIII ст.2 Конвенции, учреждающей ВОИС, «интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к:

- литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Таким образом, область применения понятия ИС не ограничивается только исключительными правами, а распространяется на всю совокупность имущественных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Далее в тексте понятие ИС употребляется с учетом сделанных оговорок, как правило, в широком смысле.

Объекты интеллектуальной собственности (ОИС) – охраноспособные результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации в том числе:

- объекты промышленной собственности (изобретения, полезные модели, промышленные образцы), на которые выданы или могут быть выданы охранные документы в соответствии с Патентным законом РФ или соответствующими законами других стран;
- программы для ЭВМ и базы данных, охраняемые Законом РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» и Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах»;
- произведения науки (научные отчеты), конструкторская и технологическая документация, другие объекты авторского права в научно-технической сфере, охраняемые Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах»;
- топологии интегральных микросхем, охраняемые Законом РФ «О правовой охране топологий интегральных микросхем»;
- селекционные достижения, охраняемые Законом РФ «О селекционных достижениях»;
- «ноу-хау» – результаты интеллектуальной деятельности, охраняемые в режиме коммерческой тайны в соответствии с нормами гражданского законодательства (статьи 139, 1027-1040 ГК РФ, статья 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г.).

В конвенции, учреждающей ВОИС, и в статье 138 ГК РФ говорится об интеллектуальной собственности, но не об объектах интеллектуальной собственности, что, вообще говоря, более правильно. Однако есть и более глубокие причины, объясняющие необходимость определения или, как минимум, толкования понятия применительно к конкретным потребностям. Использование формулировки из статьи 138 ГК возможно, но крайне неудобно. В статье 138 говорится только об исключительных правах граждан и юридических лиц, а наибольший интерес представляют именно те результаты, которые еще не стали объектами исключительных прав граждан или юридических лиц, но могут ими стать, причем не только в России, но и за рубежом. Использование формулировки из конвенции, учреждающей ВОИС, или ссылки на эту формулировку также не вполне продуктивно, поскольку эта формулировка охватывает слишком широкую сферу. По своей сути эта формулировка охватывает все права, которые могут быть отнесены к ИС хотя бы в одной из стран, подписавших конвенцию.

С учетом формулировки из конвенции о создании ВОИС идеально точным термином могло бы, вероятно, стать словосочетание – «права, относящиеся к

интеллектуальной собственности». Во всяком случае, уже в самом термине подчеркивается, что речь идет о правах, и нет ничего такого, что могло бы вызвать неверные ассоциации. Однако такое словосочетание слишком длинно, поэтому лучше заменять его более кратким «права интеллектуальной собственности» или «права ИС». Помимо всего прочего эти два варианта сокращения очень хорошо согласуются с английскими терминами *intellectual property rights* и *IP rights*.

Нематериальные активы

Понятие нематериальных активов (НМА) используется не только в бухгалтерском или финансовом учете, но также в управлении и в оценочной деятельности, причем содержание этого понятия различно в национальных стандартах бухучета разных стран и разных видах профессиональной деятельности. В частности, оценщики и управленцы обычно понимают НМА несколько шире, чем бухгалтеры. Кроме того, в России существует понимание НМА налоговыми органами (в соответствии с Налоговым кодексом РФ), отличное от бухгалтерского понимания. Этот факт заслуживает особого внимания.

В самом широком смысле НМА – это специфические активы, для которых характерны: (1) отсутствие осязаемой формы; (2) долгосрочность использования; (3) способность приносить доход. Отсутствие осязаемой формы – основная, но не единственная специфическая особенность НМА, отличающая их от других долгосрочных активов. Другие специфические особенности характерны только для отдельных видов НМА, но не для всех одновременно, т.е. их нельзя использовать как характерные отличительные признаки. Более того, тремя позициями, отмеченными выше, исчерпывается то общее, что можно сказать о НМА вообще, не делая специальных оговорок относительно сферы применения или страны, о которой идет речь.

Бухгалтерское понимание НМА

В бухгалтерском учете принято различать: идентифицируемые НМА, к числу которых относятся ИС и некоторые другие имущественные права, способные приносить доход в течение длительного периода (более одного года); и неидентифицируемые НМА, иногда называемые активами типа гудвилл. Однако такое деление всех НМА на две категории не универсально, как и состав НМА в целом. Существуют активы, которые относятся к НМА только потому, что не вполне понятно, куда их еще можно отнести. Например, в России к НМА относятся капитализированные расходы на создание юридического лица. В большинстве европейских стран и в США к НМА относятся архивы, библиотеки, подшивки газет и журналов и другие аналогичные активы, которые в России называются информационными ресурсами и либо вообще не учитываются на балансе предприятий и организаций, либо учитываются в составе материальных активов.

Следует также отметить, что до относительно недавнего времени основным нематериальным активом считался гудвилл, причем понимание этого термина профессиональными оценщиками было близко к бухгалтерскому. В бухгалтерском понимании гудвилл возникает только при покупке фирмы. Его

стоимость определяется как «превышение стоимости покупки над приобретенным интересом в справедливой стоимости идентифицируемых приобретенных активов и обязательств по состоянию на дату совершения операции обмена». Иначе говоря, это разность между ценой, по которой приобретена фирма, и стоимостью ее чистых активов, включая идентифицируемые НМА, стоящие на балансе. Отсюда происхождение термина «goodwill» – «добрая воля». Предполагалось, что стороны знают, за что покупатель несколько переплачивает, но раскрывать содержание причин не обязательно. Профессиональные оценщики, со своей стороны, часто отождествляли разность между рыночной стоимостью фирмы и стоимостью ее чистых активов со стоимостью деловой репутации (гудвиллом), не выделяя при этом каких-либо других НМА (помимо гудвилла). Фактически такое отождествление означает некоторую фигуру умолчания. Это все равно, что просто уйти от ответа на вопрос о происхождении данной разности. Пока эта величина составляла 1 или 2 процента от цены сделки, ее не надо было объяснять. Однако уже к концу 80-х годов XX века ситуация резко изменилась. Согласно опубликованным в 1994 году данным комиссии по бухгалтерским стандартам Соединенного Королевства суммы, выплачиваемые за гудвилл, возросли с 1% в 1976 году до 44% в 1987 году.¹ В 1996 году, т.е. еще 10 лет спустя, стало понятно, что относить указанную разность на гудвилл не имеет смысла, так как она составляла до 90 и более процентов от сумм сделок. В этой ситуации сформировалась практика, при которой возможно большие суммы принято связывать с идентифицируемыми активами и, прежде всего, с ИС. В том числе очень значительные суммы принято связывать с исключительными правами на товарный знак.

Таким образом, НМА в бухгалтерском смысле – это, прежде всего, идентифицируемые НМА, а идентифицируемые НМА – это, прежде всего, имущественные права ИС. Однако понятие ИС включает в себя не только имущественные, но и личные неимущественные права, не входящие в состав НМА. Имущественные исключительные права также далеко не всегда входят в состав НМА какого-либо юридического лица. Иначе говоря, соотношение между ИС и НМА достаточно сложно.

Понятие НМА в оценочной деятельности

Не менее сложно соотношение между балансовой и рыночной стоимостью компании, особенно, если рыночная капитализация данной компании на два порядка больше балансовой стоимости.

Огромные диспропорции между балансовой и рыночной стоимостью компаний, бизнес которых основан на знаниях, породил заметные проблемы в области профессиональной оценки. Ответом на них стала новая парадигма оценки бизнеса и НМА, характерной особенностью которой стала более широкая трактовка понятия НМА. Особенно отчетливо это видно в методическом руководстве 8 стандартов оценки TEGOVA 2000. Так, согласно данному руководству, оценщик должен принимать в расчет все НМА, как учитываемые на балансе, так и не учитываемые на балансе. При этом к числу «активов», не

¹ Брукинг А. Интеллектуальный капитал. – СПб.: Питер, 2001. С. 256

учитываемых на балансе, относятся, например, «персональный гудвилл» и «собранная вместе и обученная рабочая сила». Эти «активы» не могут принадлежать и не принадлежат компании, поэтому они не могут называться активами (без кавычек). Тем не менее, при определении стоимости бизнеса и НМА эти «активы» необходимо принимать в расчет, так как их влияние на стоимость компании в целом может быть решающим. В основном сказанное касается западных компаний, но и в России эти новые тенденции уже достаточно заметны. В какой-то мере их проявлению мешают специфические российские проблемы (или «особенности национального учета НМА»).

Понятие НМА в налоговом законодательстве

Как уже отмечалось выше, в России, помимо оценочной и бухгалтерской версии состава НМА, есть еще совершенно отдельная налоговая версия, которая отличается от бухгалтерской версии.

Согласно п.3 статьи 257 Налогового кодекса РФ нематериальными активами признаются приобретенные и (или) созданные налогоплательщиком результаты интеллектуальной деятельности и иные объекты интеллектуальной собственности (исключительные права на них), используемые в производстве продукции (выполнении работ, оказании услуг) или для управленческих нужд организации в течение длительного времени (продолжительностью свыше 12 месяцев).

Для признания нематериального актива необходимо наличие способности приносить налогоплательщику экономические выгоды (доход), а также наличие надлежаще оформленных документов, подтверждающих существование самого нематериального актива и (или) исключительного права у налогоплательщика на результаты интеллектуальной деятельности (в том числе патенты, свидетельства, другие охранные документы, договор уступки (приобретения) патента, товарного знака).

К нематериальным активам, в частности, относятся:

- 1) исключительное право патентообладателя на изобретение, промышленный образец, полезную модель;
- 2) исключительное право автора и иного правообладателя на использование программы для ЭВМ, базы данных;
- 3) исключительное право автора или иного правообладателя на использование топологии интегральных микросхем;
- 4) исключительное право на товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товаров и фирменное наименование;
- 5) исключительное право патентообладателя на селекционные достижения;
- 6) владение «ноу-хау», секретной формулой или процессом, информацией в отношении промышленного, коммерческого или научного опыта.

Первоначальная стоимость амортизируемых нематериальных активов определяется как сумма расходов на их приобретение (создание) и доведение их до состояния, в котором они пригодны для использования, за исключением сумм налогов, учитываемых в составе расходов в соответствии с настоящим (налоговым) Кодексом.

Стоимость нематериальных активов, созданных самой организацией,

определяется как сумма фактических расходов на их создание, изготовление (в том числе материальных расходов, расходов на оплату труда, расходов на услуги сторонних организаций, патентные пошлины, связанные с получением патентов, свидетельств), за исключением сумм налогов, учитываемых в составе расходов в соответствии с настоящим Кодексом.

К нематериальным активам не относятся:

- 1) не давшие положительного результата научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы;
- 2) интеллектуальные и деловые качества работников организации, их квалификация и способность к труду.

Таким образом, в отличие от правил бухгалтерского учета,² Налоговый кодекс относит к НМА, в частности «владение ноу-хау, секретной формулой или процессом, информацией в отношении промышленного, коммерческого или научного опыта». Это очень существенно, так как большинство результатов интеллектуальной деятельности на российских предприятиях охраняется именно как ноу-хау.

Ноу-хау и информационные ресурсы

Термин «ноу-хау» многие юристы считают жаргонным, хотя он используется примерно в двух сотнях международных договоров Российской Федерации, в статье 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик,³ а с недавнего времени еще и в Налоговом кодексе. В качестве обоснования негативного отношения к термину обычно указывают на то обстоятельство, что «ноу-хау» – калька с английского know-how (знаю как), причем в законодательстве англоязычных США и Великобритании используется другой термин – Trade Secret, а словосочетание know-how используется лишь на бытовом уровне. К этим аргументам можно добавить, что смысл, стоящий за термином «ноу-хау», может быть различным в зависимости от контекста. В том числе под ноу-хау часто понимают знания, неотчуждаемые от конкретного человека или от компании (предприятия). Эти знания могут повышать стоимость компании, но не могут быть активами в традиционном смысле, тем более они не являются ОИС.

Если речь идет о технических или технологических ноу-хау, то наиболее полно и точно этот термин (know-how) определен в инструкциях Европейского Союза⁴, а именно: **«ноу-хау» означает массив технической информации, которая является секретной, существенной и идентифицированной в любой подходящей форме.** При этом все основные прилагательные подробно расшифровываются в той же инструкции.

Термин «секретной» не ограничен узким смыслом, что каждый индивидуальный компонент ноу-хау должен быть полностью неизвестным или недоступным помимо бизнеса лицензиара. Этот термин означает, что ноу-хау как сформированный массив или в точной конфигурации и сборке его компонентов не является общеизвестным или легко доступным, так что частично

На данный момент в РФ бухгалтерский учет НМА регулируется ПБУ-14, где нет понятия ноу-хау.

³ Не существует единого мнения относительно того, действует ли эта статья в настоящее время или она поглощена статьей 139 ГК РФ.

⁴ Commission Regulation (EEC) N 556/89.

его ценность состоит во времени, выигранном лицензиатом, когда ему сообщено это (ноу-хау).

Термин «существенном» означает, что ноу-хау включает информацию, которая имела значение для целого или существенной части

- (i) способа производства или
- (ii) продукта или услуги, или
- (iii) для их развития, и исключает информацию, которая является тривиальной.

Таким образом, ноу-хау должно быть полезным, то есть позволяющим обоснованно ожидать, начиная с даты заключения соглашения, улучшения конкурентоспособной позиции лицензиата, например, помогая ему войти в новый рынок или давая ему преимущество в конкуренции с другими производителями или поставщиками услуг, которые не имеют доступа к лицензированному секретному ноу-хау или другому секретному ноу-хау, сопоставимому с этим.

Термин «идентифицировано» означает, что ноу-хау описано или зарегистрировано таким способом, который делает возможным проверить выполнение критериев секретности и существенности, а также гарантировать, что лицензиат не ограничен незаконно в использовании его собственной технологии. Чтобы быть идентифицированным, ноу-хау может быть изложено либо в лицензионном соглашении, либо в отдельном документе, либо быть зарегистрировано в любой другой подходящей форме не позднее момента, когда ноу-хау передано или вскоре после того, при условии, что отдельный документ или другой отчет могут быть сделаны доступными, если возникнет потребность.

Следует отметить, что изложенное выше европейское понимание секретности значительно менее жестко, чем требование статьи 139 ГК или статьи 151 Основ⁵ о неизвестности информации третьим лицам и отсутствие доступа к ней на законном основании. Благодаря этому сфера его применимости существенно шире. Зато ценность информации, составляющей ноу-хау, определяется не одной только неизвестностью третьим лицам, а возможностью получения конкурентных преимуществ, что вполне объяснимо и разумно. Точно так же понятно и разумно требование, согласно которому ноу-хау должно быть идентифицировано в любой подходящей форме. Это свойство отнюдь не эквивалентно тому, что информация, составляющая ноу-хау, должна быть выражена в объективной форме или представлена на материальном носителе. То и другое не исключается. Но главное все же не это, а возможность проверить выполнение критериев секретности и существенности. Также достаточно примечательно, что признается возможность регистрации в какой-либо подходящей форме. Практики в России давно поняли целесообразность введения какой-то формы регистрации ноу-хау, о чем уже немало написано. Абстрактные рассуждения о том, что это нелепо и невозможно, как правило, основаны не на конкретном знании, а на не совсем верном представлении о том, как многие ноу-хау выглядят на практике.

⁵ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик.

Таким образом, в Европейском Союзе, как минимум, с 1988 года легально используется достаточно точное и емкое определение понятия ноу-хау. Это определение текстуально отличается от определения понятия trade secret в американском модельном законе, но эти понятия очень близки по своему содержанию. При всех различиях между системой романо-германского права и общего права (Великобритания) страны ЕС сумели выработать единый подход к охране ноу-хау, причем этот подход мало отличается от американского. Поскольку термин know-how является именно международным, а отнюдь не жаргонным и не англо-американским, как считают многие, его следует принять вместе с тем определением, которое используется в инструкции ЕС. Более того, включение термина ноу-хау в русский язык фактически уже состоялось.

Тем не менее проблема есть. Частично она связана с недостаточно проработанной и противоречивой нормативной базой. Другая часть проблемы – отсутствие устоявшихся представлений об обычаях делового оборота и связанное с этим слишком буквальное понимание нормативных документов (по принципу: доктор сказал «в морг» – значит в морг).

Дополнительные сложности (они же – дополнительные возможности) возникают в связи с тем, что в российском законодательстве информационные ресурсы трактуются как объекты вещного права (в соответствии с федеральным законом «Об информации, информатизации и защите информации»). В определенных случаях программные комплексы и базы данных удобнее считать информационными ресурсами, а не объектами авторского права и не ноу-хау. Тем более это относится к конструкторской документации.⁶

Архив типичного оборонного предприятия содержит от 1 до 30 миллионов единиц хранения. Ни проанализировать, ни даже просто перебрать руками такой массив документов не представляется возможным. Вместе с тем не исключены случаи, когда какие-то из хранящихся в нем документов могут понадобиться. Иначе говоря, этот массив документов в целом представляет реальную ценность. Его надо рассматривать с точки зрения Закона «Об информации, информатизации и защите информации» именно как массив документов – информационный ресурс. Тогда к нему применимы нормы вещного права.

Нечто похожее возникает при рассмотрении программного обеспечения. Некоторые разновидности программ для ЭВМ и базы данных следует рассматривать как информационные ресурсы. В первую очередь это касается таких программ, которые создавались в единственном экземпляре в течение ряда лет сменявшими друг друга программистами. Подход в рамках авторского права, где программа охраняется, как книга, а база данных, как сборник, для таких изделий явно не подходит. Возникают совершенно головоломные задачи по поводу распределения авторских прав и т.д. Вместе с тем реальную ценность имеет право на конкретную систему, находящуюся в эксплуатации, т.е. на конкретный экземпляр программы. О копировании, тиражировании и, следовательно, о правах на такие действия речь вообще не идет. В то же время большинство программ надо рассматривать именно как объекты авторского права. В этом случае наиболее опасный момент возникает при определении

⁶ Более подробно об этом говорится в 7.5.2 при рассмотрении конкретного примера.

правообладателя. Упрощенные представления об этом часто приводят к конфликтам между администрацией и программистом.

Деловая репутация юридического лица и goodwill

К настоящему времени сложились две параллельно существующие традиции перевода английского термина goodwill. В одних источниках этот термин переводят словосочетанием «деловая репутация», в других сомнительным в смысле происхождения словом «гудвилл», т.е. используют «кальку» с английского термина. В данном случае, т.е. в контексте стоимостной оценки нематериальных активов предпочтительнее второй способ перевода, хотя он и выглядит несколько неуклюжим. Дело в том, что гражданском законодательстве Российской Федерации термин «деловая репутация» используется в основном для обозначения неотчуждаемого нематериального блага – деловой репутации гражданина. Понятие деловой репутации юридического лица в гражданском законодательстве также существует, но смысл его далеко не идентичен тому, что обычно стоит за термином goodwill.

Обычно под деловой репутацией понимают положительную оценку гражданина или юридического лица (прежде всего как добросовестного предпринимателя) другими участниками имущественного оборота⁷. О том, что деловая репутация юридического лица в России представляет некоторую ценность можно судить по возрастающему количеству судебных исков о защите деловой репутации. Так, арбитражными судами Российской Федерации в 1998 г. было рассмотрено 209 дел о защите деловой репутации юридических лиц, а в 1999 г. рассмотрено 248 дел, т.е. на 18,7% больше.⁸ Есть основания полагать, что эта тенденция сохранится. Вместе с тем, в гражданском законодательстве нет ни одной статьи посвященной защите деловой репутации именно юридического лица. Оно ограничивается лишь указанием, что при защите деловой репутации юридического лица применяются те же нормы, что и при защите деловой репутации гражданина.

Гражданский кодекс РФ (п. 7 ст. 152) предусматривает возможность гражданина требовать по суду опровержения порочащих его деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности. При этом названное положение распространяет правила данной статьи о защите деловой репутации гражданина на случаи защиты деловой репутации юридического лица, под которой следует признать приобретаемую им общественную оценку о качествах, достоинствах и недостатках, относящихся к его работе и профессиональной деятельности.

Говоря о деловой репутации юридических лиц, нельзя не отметить, что традиционно относящаяся (так же, как и честь, и достоинство гражданина) к числу личных нематериальных и неотчуждаемых благ, она вместе с тем имеет присущую только ей особенность. Речь идет об институте коммерческой концессии, при которой деловая репутация по договору может быть передана одной стороной в пользование другой стороне за вознаграждение на

⁷ Гражданское право: Учебник. В 2-х томах. / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1994. Том 1. С. 364.

⁸ Основные показатели работы арбитражных судов Российской Федерации в 1998–1999 годах // Вестник ВАС РФ. № 3. – С. 7.

определенный срок или бессрочно⁹, а также о договоре простого товарищества, когда деловая репутация может быть вкладом товарища по указанному договору¹⁰.

Так, в пункте 1 статьи 1042 ГК РФ определен состав вкладов, вносимых участниками договора простого товарищества. Согласно этой норме, вкладом товарища признается все то, что он вносит в общее дело, в том числе деньги, иное имущество, профессиональные и иные знания, навыки и умения, а также деловая репутация и деловые связи. В пункте 2 статьи 1042 ГК РФ предусматривается, что денежная оценка вклада (следовательно, и деловой репутации) производится по соглашению между товарищами.

Как видно, здесь у деловой репутации появляются некоторые признаки условного имущественного содержания. Речь идет именно об условном, а не просто об имущественном содержании, так как деловая репутация не передается от одного участника к другому. Она не входит в состав общего имущества¹¹, а ее оценка в составе вклада производится лишь для целей распределения между товарищами прибыли, общих расходов и убытков, ответственности по общим обязательствам.

В соответствии с пунктом 2 статьи 1027 ГК РФ, договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя. Право на использование этих благ в соответствии с п. 1 статьи 1027 ГК РФ правообладатель предоставляет пользователю за вознаграждение. В этом случае деловая репутация приобретает имущественное содержание и оказывается передаваемой посредством сделки, что уже не позволяет относить ее к числу личных неимущественных благ в смысле главы 8 ГК РФ и защищать ее путем компенсации морального вреда.

По существу, хотя деловая репутация никогда не оказывается самостоятельным и единственным предметом договора коммерческой концессии, передача именно устоявшейся деловой репутации – основная цель договора коммерческой концессии. Передаваемые права на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение представляют правовой интерес для пользователя именно потому, что в них воплощена положительная деловая репутация правообладателя. На сохранение этой деловой репутации направлены установленные в статье 1032 ГК РФ обязанности пользователя. В частности, пользователь обязан обеспечивать надлежащее, то есть достигнутое правообладателем качество товаров, работ или услуг, а также обязанность информировать потребителей наиболее очевидным для них способом о факте использования средств индивидуализации (фирменное обозначение, товарный знак и т.п.) в силу договора коммерческой концессии.

Именно здесь проявляется то общее, что дает основания переводить термин goodwill как «деловая репутация». К этому вопросу предстоит вернуться чуть ниже в связи с обсуждением темы «Товарные знаки и гудвилл». Однако этот

⁹ Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. ст. ст. 1027–1040.

¹⁰ Гражданский кодекс РФ. Часть вторая: ст. 1042.

¹¹ Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. ст. 1043.

«гудвилл», или goodwill, имеет достаточно мало общего с тем, который возникает при купле-продаже предприятий и учитывается на балансе.

Происхождение термина goodwill, традиционно используемого оценщиками бизнеса и переводимого как «гудвилл», связано с тем, что примерно до середины 80-х годов прошлого века стоимость предприятия обычно несильно отличалась от стоимости его чистых активов, причем под активами обычно подразумевались материальные (осязаемые) активы. Цена сделки, как правило, на 1-5 % превышала стоимость чистых активов. Эту разность оформляли как особый актив и заносили на баланс покупателя. Отсюда его название – добрая воля (goodwill). Тем самым подчеркивалось, что покупатель добровольно платит за что-то известное обеим сторонам, но пока не отраженное на бумаге. Это «что-то» обычно связывают с деловой репутацией фирмы, но так можно было делать лишь до тех пор, пока оно стоило несколько процентов от стоимости компании в целом. Сейчас ситуация принципиально иная, поэтому отождествление указанной разности со стоимостью деловой репутации будет непростительной ошибкой.

Товарные знаки и репутации

Товарный знак или иное средство индивидуализации идентифицирует продукт или услугу как исходящие из конкретного источника, обычно – коммерческого предприятия. Ценность товарного знака и, следовательно, его стоимость очень тесно связана с репутацией. В некотором смысле товарный знак – это символ деловой репутации (goodwill)¹². По мере добросовестного использования, рекламирования и т.д. стоимость этой связки (товарный знак плюс репутация) постоянно растет. Очень важно при этом, что речь идет не просто о товарном знаке, а именно о его связке с деловой репутацией.

В решении 1942 года Верховный суд США описал отношения между товарным знаком и деловой репутацией следующим образом:

«Охрана товарных знаков – признание законом психологической функции символов. Если верно, что мы живем, руководствуясь символами, то тем более верно, что, руководствуясь ими, мы покупаем товары. Товарный знак – торговый ярлык, который стимулирует покупателя выбирать то, что он хочет, или то, к чему его подвели, убедив, что он этого хочет. Владелец знака эксплуатирует эту человеческую склонность, прилагая все усилия, чтобы пропитать атмосферу рынка властью рисунка благоприятного символа. Безотносительно используемых средств, цель – та же самая – передать через знак в умы потенциальных клиентов желательность товара, на котором этот знак появляется. Как только это достигнуто, владелец товарного знака имеет нечто ценное. Если на созданный им коммерческий магнетизм символа покушается кто-то другой, владелец может получить законное возмещение».¹³

Соединение товарного знака и деловой репутации (гудвилла) доступно пониманию, и вместе с тем оно – источник смешения понятий. Одно время полагали, что бизнес предприятие состоит из осязаемых активов и гудвилла. Все еще можно слышать ссылки на стоимость розничного бизнеса как равную

¹² Здесь термин goodwill соответствует именно деловой репутации, а не бухгалтерскому гудвиллу.

¹³ Цит. по: Smith G. Trademark Valuation. – New York: John Wiley & Sons, Inc. – 1998.

недвижимому имуществу и запасам товаров плюс гудвилл. Однако, поскольку техника и опыт стоимостной оценки за последние годы стали существенно богаче и разнообразнее, квалифицированные оценщики стали способны различать в том самом «всеохватывающем» гудвилле его компоненты, идентифицировать и анализировать их. Это облегчает понимание различий между программным обеспечением, собранной вместе и обученной рабочей силой, благоприятным контрактом. Намного меньше ясно, какие имеются различия между гудвиллом и товарным знаком, особенно, когда гудвилл описан как патронаж или склонность клиентов повторно обращаться к бизнесу и рекомендовать его другим, или как «коммерческий магнетизм», о чем говорилось выше.

Суды США предписали рассматривать это соединение при уступке исключительных прав на товарные знаки, поскольку товарный знак не существует в вакууме. Товарный знак приложен к бизнесу – он символизирует гудвилл бизнеса. Когда товарный знак передается без гудвилла бизнеса, по американскому законодательству уступка прав считается недействительной. Некоторые суды характеризуют эффект такой недействительной уступки прав (также известной как «притворная» уступка прав или уступка прав в принципе) как отказ. Не вполне ясно, что именно должно быть передано наряду с уступкой прав на товарный знак, чтобы избежать этого потенциально бедственного результата. В некоторых случаях было сочтено достаточным, что наряду с товарным знаком были переданы осязаемые активы, необходимые для продолжения бизнеса прежнего обладателя товарного знака. Первостепенный принцип выглядит так, что с товарным знаком должно быть передано достаточное количество других активов, чтобы получатель (лицензиат) был способен произвести продукт или услугу на качественном уровне, неразличимом от ранее производимых товаров, так, чтобы публика не была обманута присутствием товарного знака на товарах или услугах нового владельца товарного знака.

Эта концепция пока не получила распространения в России. Поэтому ее детальное обсуждение не имеет практического смысла. Тем не менее, необходимо заметить, что проблема существует, причем в российском варианте она осложняется отсутствием сформировавшихся представлений о том, что такое деловая репутация юридического лица. Фактически это является дополнительным аргументом в пользу того, что термин «гудвилл», или «деловая репутация», в оценочной деятельности надо использовать как можно реже, а лучше не использовать вообще.

Если оценщик является достаточно квалифицированным в идентификации всех элементов бизнеса, он может вообще не прибегать к термину гудвилл. Существование репутации и других неидентифицируемых активов лучше учитывать, связывая их стоимость с какими-то идентифицируемыми активами, в том числе с товарными знаками.

Брэнды

В последнее время очень много говорят и пишут об оценке брэндов. При этом многие думают о брэнде как о чем-то синонимичном с товарным знаком или полагают, что брэнды – это «раскрученные» товарные знаки, т.е. товарные знаки, пользующиеся особой популярностью. Эта точка зрения ошибочна или, как минимум, неточна. Из литературы следует, что понятие «брэнд» скорее относится к концепции маркетинга, которая отличается от строго правовой концепции товарного знака, или к способу, разработанному профессиональными маркетологами для описания специфического агрегата из идентифицируемых и неидентифицируемых НМА. Некоторые маркетологи описывают брэнды, противопоставляя их предметам потребления – мыло против Ivory, фортепьяно против Steinway и готовый завтрак против Kellogg's Cornflakes.¹⁴

Если требуется дать краткое определение и не допустить искажения смысла, то наиболее удачной, вероятно, будет формулировка: брэнд – это коммерческое воплощение репутации. Однако такое определение слишком лаконично и потому не очень подходит для практики оценочной деятельности.

С точки зрения профессиональной оценки, наиболее полезный способ концептуализации брэнда – это агрегирование активов, *включая товарный знак, но не ограничиваясь им*. Брэнд также включает привязку к специфическому продукту или чему-то большему, чем один продукт, возможно, формулу или рецепт, фирменную упаковку, стратегию маркетинга, рекламную программу или содействующие мероприятия и, разумеется, репутацию.

Рассматривая существование продуктов или услуг, нацеленных на определенные сегменты рынка, мы осуществили концептуализацию брэнда одним из возможных способов. Один производитель часто создает подобные, но различные продукты для различных рыночных сегментов. Таким образом, компания типа Proctor & Gamble продает более чем один брэнд мыла и зубной пасты. Каждый из них нацелен на удовлетворение различных потребностей клиента, в то время как полная цель – чистка одежды или зубов – одна и та же. Схему таких потребностей можно составить из слоганов, принятых на вооружение известными фирмами и организациями. Типичные примеры:

Физиологический – «Это действительно удовлетворяет Вашу жажду». (Gatorade)

Безопасность – «С Allstate Вы находитесь в хороших руках». (Allstate Страхование)

Социальный – «Достичь и коснуться любого». (AT&T)

Персональный – «Мы ищем несколько хороших мужчин». (Морской корпус США)

В этом смысле брэнд можно считать продуктом или пакетом услуг, предназначенным для удовлетворения определенного набора потребностей покупателя. Под одним семейством товарных знаков вполне могли бы предлагаться несколько брэндов и наоборот.

¹⁴ Martin D.N., *Romancing the Brand: The Power of Advertising and How to Use It* (New York: American Management Association, 1989).

Среди российских названий не так просто найти брэнды, тем более сложно подобрать их по принципу удовлетворения потребностей. Например, лучшие в мире российские водки имеют вполне нейтральные названия. Так, победитель конкурса Мондеаль 2000 – водка «Отечественная», второй призер – «Флагман». Столь же нейтральными выглядят названия «Столичная» и «Московская». Несколько совершенно разных водок привязаны к образу одного конкретного человека П.А. Смирнова. При этом обладатели соответствующих товарных знаков много лет спорят и судятся между собой за право использовать эти товарные знаки. Примечательно, что речь идет о разных знаках, разных водках и разных юридических лицах. Общим элементом является только отсылка к личности П.А. Смирнова.

В литературе по маркетингу отмечается множество элементов, которые влияют на то, как люди понимают брэнды и их характеристики:

- продукт как таковой;
- изготовитель;
- название;
- пакет;
- рекламирование / содействие / хронология рекламы;
- цена;
- распространение / показы;
- хронологии конкурентов;
- пользователи продукта и контекст использования;
- мотивы, желания, нужды и образ жизни потребителя.

Другие авторы, пишущие по этому предмету, старались отделить брэнд от продукта, отмечая, что продукт – то, что изготовлено для продажи, в то время как брэнд – то, что клиент покупает. Подобно деньгам брэнд облегчает международную торговлю. С точки зрения некоторых маркетологов, брэнды – единственный истинный международный язык – деловое эсперанто.

Возвращаясь к соотношению между брэндом и товарным знаком, можно отметить общие черты и различия.

С одной стороны, брэнд – различающее название и/или символ (типа эмблемы, товарного знака или дизайна упаковки), предназначенный для идентификации товара или услуги, или одного продавца или группы продавцов, и для дифференциации этих товара или услуги от аналогичных товаров конкурентов. Таким образом, брэнд сообщает клиенту о происхождении продукта и защищает клиента и производителя от конкурентов, которые пытались бы поставлять продукты, кажущиеся идентичными.

С другой стороны, можно вообразить ситуацию, в которой товарный знак, связанный с известным продуктом, становится по решению суда видовым. В таком случае все элементы брэнда были бы еще на месте, но юридические права на товарный знак будут утрачены. Можно также предполагать ситуацию, в которой права на товарный знак были получены относительно неоперившегося продукта. В этой ситуации брэнд – чуть больше, чем права на товарный знак. Поэтому брэнд и товарный знак далеко не синонимичны.

В дальнейших обсуждениях стоимостной оценки товарного знака предполагается, что товарный знак несет с собой другие элементы, приписанные брэнд, а именно, что товарный знак несет с собой полное дополнение всех компонентов, также необходимых, чтобы быть признанным как брэнд. Однако читатель должен знать, что это не всегда так, и что, как в любой стоимостной оценке, оценка товарного знака начинается с тщательного определения оцениваемых имущественных прав.

Различие между брэндом и товарным знаком особенно важно, когда рассматривается срок эксплуатации того и другого. В пределах одного брэнда может иметь место постоянный оборот непосредственно составляющих его компонентов, поскольку в ответ на потребности бизнеса и натиск конкурентов появляются рекламные программы и стратегии маркетинга, как актер может появляться на сцене сначала как ковбой, а позже как дворецкий. Срок эксплуатации товарного знака может даже вообще не зависеть от конкретного продукта, если знак достаточно сильный и универсальный и если переходная часть притязания тщательно контролируется.

Интеллектуальный капитал

Понятие «интеллектуальный капитал» (далее – ИК), используется в основном менеджерами при управлении персоналом и НМА, при создании благоприятного образа фирмы с целью привлечения инвестиций и при оценке бизнеса, основанного на знаниях, с целью его купли или продажи. Оно шире, чем более привычные понятия ИС и НМА. Вместе с тем оно близко по смыслу к понятию «неосязаемый капитал», используемому в работах по экономической теории и эконометрике с начала 70-х годов XX-го века. В составе ИК обычно выделяют три основных компонента: (1) человеческий капитал; (2) структурный капитал, куда входят ИС и информационные ресурсы; (3) клиентский (он же «брендовый») капитал.

Хотя понятие ИК шире, чем ИС или НМА, здесь надо сделать ряд существенных оговорок. Все три понятия различаются не только по сферам применения, но и по составу лиц, которые используют эти понятия. Иначе говоря, они входят в профессиональный жаргон разных профессиональных групп. Понятие ИК используется в основном менеджерами, понятие ИС – юристами, а понятие НМА – профессиональными оценщиками и бухгалтерами. Разумеется, менеджеры, бухгалтеры и профессиональные оценщики также используют понятие ИС, но они его огрубляют и, как правило, сильно сужают. Менеджеры и оценщики понимают НМА существенно более широко, чем бухгалтеры и т.д.

Следующий этап уточнений касается различного понимания ноу-хау в концепциях ИС и ИК, а также соотношения понятий «товарный знак» и «брэнд» с учетом, что концепция ИК подразумевает управление именно брэндами, а не товарными знаками.

С точки зрения бизнеса, принято различать три вида ноу-хау: (1) неотделимые от конкретного физического лица (работника); (2) неотделимые от фирмы; (3) отделимые в общем случае от физического лица и от фирмы. Правовая защита распространяется только на ноу-хау третьего типа. Только такие ноу-хау можно

считать активами фирмы в полном смысле слова. Однако менеджмент в своих действиях должен учитывать существование ноу-хау всех трех типов, при этом все больше внимания уделяется первому типу ноу-хау.

Брэнд, как уже говорилось выше, представляет собой скорее коммерческий эквивалент репутации, чем товарный знак. Именно репутация, а не товарный знак составляет обязательный элемент, присутствующий во всех вариантах употребления термина «брэнд». Этот термин широко используется специалистами по рекламе, менеджменту и профессиональными оценщиками. При этом под «брендом» они могут понимать и название хорошо известной фирмы, и название популярного товара, и общеизвестный товарный знак. Однако наличие товарного знака не является обязательным. Поэтому связывать брэнд с товарным знаком не совсем правильно. Хотя, в отличие от товарного знака, термин «брэнд» не имеет легального определения, управление ИК подразумевает выявление и оценку именно брендов, а не товарных знаков.

Мягкая инфраструктура рынка

Превращение знаний, репутаций, иных неосязаемых ценностей в капитал, приносящий доход и измеряемый в деньгах, обеспечивают институты, составляющие мягкую инфраструктуру рынка. К числу таких институтов относятся: (1) авторское и патентное право, другие институты интеллектуальной собственности, информационное законодательство; законодательство о конкуренции; (2) бухгалтерский учет НМА; (3) обычаи делового оборота, включая стандарты и методы оценки бизнеса и НМА, применяемые профессиональными оценщиками, технологическими брокерами и т.д.