

Г.А. Андрощук

Комитет по вопросам науки и образования Верховной Рады Украины, Киев

УПРАВЛЕНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТЬЮ ПРИ ОФШОРИНГЕ: АСПЕКТЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ



В широком смысле толкование офшора происходит от английского «offshore» — прибрежный; т.е. не подпадающий под национальное регулирование. Под это понятие подпадает любая деятельность компании вне своей страны (юрисдикции), т.е. в других юрисдикциях (странах). В последнее время перенос отдельных бизнес-процессов за пределы юрисдикции материнской компании в целях минимизации издержек производства товаров и услуг получает все большее распространение. Это явление получило название «офшоринг» (offshoring) или «офшорный аутсорсинг» (offshore autsorsing). Как отмечают эксперты, в последние годы в мире происходит настоящий бум офшоринга. Всего за пару десятков лет перевод производственной и исследовательской деятельности из развитых стран в страны с недорогой рабочей силой достиг огромных масштабов.

«Люди начинают понимать, что передача части работы за границу является подлинной деловой инновацией. Это удобный путь для создания ценностей с помощью использования рабочей силы во всем мире. В наши дни это проис-

ходит главным образом в Индии, но могло бы быть в любой другой части мира»¹.

В настоящее время среди непроизводственных видов деятельности, передаваемых на офшоринг, лидирует разработка программного обеспечения (*офшорное программирование*), но поток становится все более разнообразным и широким, начинает захватывать и биотехнологии. Перевод производственной и исследовательской деятельности, а затем и других процессов и операций из развитых стран в регионы с дешевой рабочей силой достиг таких масштабов, что стал не только экономическим, но и политическим фактором: квалифицированные специалисты из развитых стран начинают всерьез опасаться, что скоро дома для них не останется работы. По оценкам экспертов McKinsey Global Institute, в ближайшие годы объем передаваемых на офшоринг видов деятельности будет увеличиваться на 30 % в год, свыше 3 млн. рабочих мест в непроизводственной сфере переместится из

¹ Давид Киркпатрик (30 сентября 2004 г.) «An Outsourcing Provider Sets His Sights on Global Giants», журнал Фортуна; г-н Нандан Нилекани, руководящий сотрудник Infosys, расхваливает преимущества, получаемые от передачи части работы за границу.

США, основного заказчика на мировом рынке, в другие страны.

С точки зрения экономики труда передача части работы на сторону — это перспективная концепция, основанная на принципах сравнительных выгод² и разделения труда³. Передача работы за границу (в офшор) является достаточно сложной с существенным политическим подтекстом, связанным с передачей рабочих мест. Взаимодействие различных национальных деловых кругов в рамках таких транснациональных отношений — это сложный, многоаспектный процесс, в котором возникают различные экономико-правовые и социальные проблемы. В этой статье акцентируется внимание на роли взаимного использования знаний в рамках отношений по передаче части работы за границу и стратегической важности интеллектуальной собственности (ИС) в деле обеспечения эффективности этого процесса.

² Теория сравнительного преимущества описывает специализацию стран в производстве товара с меньшими затратами (например, труда, необходимого на единицу продукции, чем другая страна) в тех случаях, когда он затем продается другой стране. Обычно об этой специализации говорят как о «модели Рикардо». Можно при этом учитывать при этом и идею Адама Смита об абсолютном преимуществе. Например, в труде «Богатства наций», книга IV, раздел ii, 12: «Если какая-либо страна может поставить нам более дешевый товар, чем мы производим сами, лучше купить его, обеспечив при этом выполнение части работ нашей собственной промышленностью, которую мы используем для выполнения того, в чем мы сами имеем преимущество». Такие принципы предполагают, что подобного рода торговля является выгодной для обеих стран.

³ Натан Розенберг, ссылаясь на Адама Смита: «...понимание Смитом связи между разделением труда и изобретением. Адам Смит четко признает существование иерархии изобретений, имеющих различную степень сложности и требующих различный объем технической компетенции, аналитического потенциала, а также творческого и синтезирующего интеллекта. Подобным образом он, с одной стороны, проводит различие между изобретательностью, необходимой для осуществления конкретного изобретения, и, с другой стороны, для его изменения, улучшения или применения к новым видам использования».

В настоящее время передача работы в офшор стала популярной инновационной бизнес-стратегией, используемой предприятиями развитых стран для повышения прибыльности путем инвестирования средств в такие развивающиеся страны, как Индия, Китай и Бразилия, для которых характерен низкий уровень зарплат. Странники⁴ создания альянсов по передаче работы за границу подчеркивают экономию как первичный движитель, который ведет к снижению затрат при сохранении достаточно высокого уровня качества⁵. Это вызвано сочетанием ряда факторов, таких, как высокий уровень образования и навыков, необходимых для выполнения передаваемых в офшор работ. Так, недавний опрос, проведенный компанией Венторо⁶, показывает, что 45 % опрошенных (5231 руководитель в странах Северной Америки и Европы) указали, что их офшорная стратегия является успешной, и лишь 36 % отмечают о провале их офшорной стратегии⁷. Те, кто оспаривают⁸ ценность передачи

⁴ Группа включающая, например, лиц, ответственных за разработку политики, экономистов, юристов (в области ИС и в других областях), бизнес и консалтинговые фирмы и консультантов-провайдеров профессиональных услуг и советов, и т.д.

⁵ Основным движителем может быть фактор необходимости снижения затрат при сохранении высокого качества, что в конечном счете приведет к экономии.

⁶ Компания Венторо, основанная ведущими руководителями, занимавшимися проблемами передачи работы за границу, специализируется в передаче на сторону работ по проведению исследований, разработке стратегии, осуществлению и управлению ею. Более подробную информацию см. «Офшорные исследования в 2005 г.: предварительные выгоды и заключения», октябрь 2004 г.

⁷ Там же, стр.14: «Зачем двигаться в офшор? Для сокращения расходов, повышения качества, ускорения выхода на рынок, приобретения технических навыков, осуществления стратегии, обеспечения предсказуемости расходов, проникновения на рынок и получения промышленного опыта».

⁸ «Те, кто оспаривает...» ссылаются на различную группу экономистов, профсоюзных деятелей и рабочих, включая лица, определяющих политику. Например, многие производители в США уточняют в своих трудовых соглашениях, что всякое решение о передаче работы на сто-

работы на сторону, подчеркивают потерю рабочих мест и возможностей для рабочих, которые, по всей видимости, после этого столкнутся со стабильной безработицей. В прессе многих стран все чаще появляются публикации, подчеркивающие чувство озабоченности и неуверенности у рабочих многих секторов экономики. В то же время многие правительства и ученые проводят исследования последствий передачи работы на сторону⁹. В газете «Нью-Йорк Таймс», цитирующей интервью с г-ном *Полем А. Самуэльсоном* — лауреатом Нобелевской премии, экономистом и почетным профессором Массачусетского института — *Стив Лор* пишет: «По мнению г-на Самуэльсона, страны с низким уровнем зарплат, которые быстро совершенствуют свою технологию, такие, как Индия или Китай, имеют огромный потенциал для изменения условий торговли с Америкой в области информационно-справочных услуг или компьютерного программирования таким образом, что это приводит к сокращению доходов на душу населения в Соединенных Штатах. Г-н Самуэльсон пишет, что такой вариант динамичной и свободной торговли понизил реальные зарплаты на рынке труда»¹⁰. Г-н Лор при этом ссылается на статью г-на Самуэльсона «Why Ricardo and Mill Rebut and Confirm Ar-

гументs of Mainstream Economists Supporting Globalization», опубликованную в Журнале экономической перспективы (лето 2004 г.).

гументs of Mainstream Economists Supporting Globalization», опубликованную в Журнале экономической перспективы (лето 2004 г.).

Следует отметить, что споры на эту тему продолжаются по-прежнему, и поднимаемые вопросы являются закономерными. Тем не менее, передача работы на сторону остается действенной стратегией бизнеса в эпоху, когда информационные технологии и глобализация порождают все более интегрированную экономику и приводят к оздоровлению глобальной торговли¹¹. Ключевой вопрос в этой проблеме состоит в том, может ли такая передача работы в офшор поощрять развитие также в странах с так называемой *низкой зарплатой*¹².

ТЕНДЕНЦИИ В ПЕРЕДАЧЕ РАБОТЫ ЗА ГРАНИЦУ

Передачу работы в офшор в целом можно определить как средство «...сочетания эффективности с инновацией, что требует от управленцев следующего: сокращения расходов и времени на обработку, изменения масштабов, сокращения ресурсов, использования моделей для внесения изменений и сокращения риска»¹³. Это означает, что предприятие заключает тесный союз с одним или несколькими предприятиями для выполнения тщательно отобранных операций и повседневных деловых процессов, которые раньше выполнялись в стране.

Термин «офшоринг» используется нами для того, чтобы отличать деятельность, которая происходит, например, когда компания *A* полностью или частично передает ответственность за деловые функции внутри страны компании *B*, находящейся за пределами национальной юрисдикции компании *A*, тем самым заключая более сложные договоренности, чем те, которые она имела бы в том случае, если бы два предприятия находились в одной и той же стране. Это

рону должно изучаться представителями профсоюзов, работодателей и служащих, включая многих, работающих в секторе информационных технологий.

⁹ Служба сенатора Джозефа И. Либермана, Вашингтон, О.К. Сенат Соединенных Штатов (11 мая 2004 г.). «Offshore Outsourcing and America's Competitive Edge: Losing out in the High Technology R&D and Services Sectors» — дает информацию о долгосрочных последствиях и проблемах (в США) в сфере передачи части работы на сторону. Пункт 6: Международное сотрудничество. Растущее число международных слияний, приобретений и сотрудничества и более действенная международная охрана прав интеллектуальной собственности также способствовали процессу передачи на сторону работы по НИОКР». См. стр.19. См. также стр. 26 и 34.

¹⁰ Стив Лор (9 сентября 2004 г.) «An Elder Challenges Outsourcing's Orthodoxy», Нью-Йорк Таймс. Доступно по адресу <http://www.globalpolicy.org/globaliz/econ/2004/0908samuelson.htm>, Global Policy Forum.

¹¹ Более подробную информацию см. ЮНКТАД, доклад о торговле и развитии, 2004 г.

¹² Прадип Б. Кумар (2004 г.). «Outsourcing of Services — the Case of India».

¹³ Прахалад С.К. и Рамасвами, Venkatran (ноябрь 2001 г.). «The Collaboration Continuum».

можно рассматривать в качестве одной из форм прямых иностранных инвестиций — явления весьма распространенного, но не столь полезного, когда фирма закрывает предприятие или сокращает свою внутринациональную деятельность и передает функции в офшор, а затем возвращает продукцию назад на домашний рынок. В докладе ЮНКТАД (Конференция ООН по торговле и развитию — UNCTAD), подготовленном на основе изучения факторов, лежащих в основе глобальной тенденции к передаче части работы за границу, отмечается, что «*прямые иностранные инвестиции играют важную роль в офшоринге, хотя это весьма трудно показать в количественном выражении из-за нехватки надежных данных. В принципе, прямые иностранные инвестиции затрагивают офшоринг двояко: путем внутрифирменного офшоринга и путем создания провайдерскими специализированными услугами иностранных филиалов для обслуживания иностранных клиентов. Хотя такие инвестиции могут создать много рабочих мест, они, как правило, не порождают значительных потоков капитала. Соответственно они не играют видной роли в статистике прямых иностранных инвестиций*»¹⁴.

Договоренности о передаче части работы в обрабатывающем секторе (напр., в швейной, автомобильной, текстильной и металлургической отраслях) имеют долгую историю. Практика, называемая «*изготовление по контракту*»¹⁵, или «*субподряд*» использовалась и все еще используется для сокращения общих расходов. Как указывает г-н *Генри Ван Мл.* традиционные операции контрактного изготовления (объемные товары со стандартными техническими

характеристиками, продаваемые не напрямую) превратились в контрактное оказание услуг¹⁶: «*В наши дни такие товары, как одежда, автомобили и электронная продукция, не только являются сложными по своему составу, но и очень часто меняются по стилю. Управление большим числом запчастей и компонентов различного происхождения становится самостоятельным видом деятельности: они должны удовлетворять техническим требованиям, быть готовыми вовремя, в больших объемах и по конкурентным ценам. Такие задачи управления стали основной для отдельной отрасли: службой контрактного изготовления*»¹⁷.

Какая же причина изменения ситуации в торговле? В последнее десятилетие развитие информации и коммуникационных технологий¹⁸ существенно улучшило возможность контроля за переданными на сторону видами деятельности или процессами как в одном, так и в нескольких отдаленных национальных или зарубежных предприятиях, превратив передачу заказов на сторону в более привлекательный вариант для многих других секторов. Ин-

¹⁶ Эмфаза добавлена.

¹⁷ Генри Ван Мл., «Fragmented Trade and Manufacturing Services — Examples for a Non-convex General Equilibrium», у работы по НИОКР». См. стр.19. См. также стр. 26 и 34.

¹⁸ Мартин Шанер «A proposal for a core list of indicators for ICT measurement». ОЭСР, «Приложение: Классификации — Определение ОЭСР сектора информационных и коммуникационных технологий: пункт 20. В 1998г. страны ОЭСР достигли соглашения об отраслевом определении сектора коммуникационных и информационных технологий на основе пересмотра 3-й Международной стандартной классификации (ISIC Rev. 3). В основе определения лежат следующие принципы: П. 21. Для обрабатывающих отраслей промышленности продукция отрасли кандидата — должна быть предназначена для выполнения функции обработки информации и коммуникаций, включая передачу и показ, или должна использовать электронную обработку для обнаружения, измерения и/или фиксации физического явления или контроля физического процесса; П. 22. Для обслуживающих отраслей продукция кандидата отрасли должна иметь целью позволить исполнять функцию обработки информации и коммуникации с помощью электронных средств».

¹⁴ ЮНКТАД, доклад об инвестициях в мире, 2004 г. «The Offshoring of Corporate Service Functions: The Next Global Shift?» Глава IV, стр.159.

¹⁵ Анн Портер Миллен (март 2000 г.) Производство по контракту имеет место, когда предприятие заключает контракт «с третьей стороной на изготовление продукта или компонентов продукта по инструкциям заказчика». См. «Contract Manufacturing — The virtual corporation: Where is it?», *Purshasing Magazine Online*.

формационно-коммуникационные технологии также улучшили общие условия снабжения, например, обеспечив надежную транспортировку по адресу, своевременную¹⁹ доставку и сокращение для компании инвенторных расходов. Поскольку многие предприятия, использующие таким образом субподрядчиков, смогли повысить свою общую конкурентоспособность, они стали передавать на сторону выполнение функций, связанных с обслуживанием. *«Выполнение функции обслуживания на стороне» началось с передачи на сторону выполнения задач, основанных на информационных технологиях, и превратилось постепенно в то, что сейчас называется «передача на сторону деловых процессов».*

Таким образом два основных типа передачи части работы за границу, которые в настоящее время активно расширяются, можно сгруппировать по следующим рубрикам:

- ✦ **Технологическое обслуживание**, включающее информационные технологии (прием заявок, телекоммуникации (голос и дата), материально-техническое обеспечение и т.д.; электроника (чипы полупроводников, высокоценные микропроцессоры); электронная торговля и т.д.
- ✦ **Передача на сторону деловых процессов**, которые занимают различными видами деятельности, такими, как финансы и бухгалтерский учет, закупки и поставки, установление контактов с потребителем (регулирование отношений с потребителем), людские ресурсы, безопасность и т.д.

Справка. По данным Госкомстата Украины в 2007 г. официальный экспорт программного обеспечения составлял лишь 4,7 тыс. дол. США (0,1 % от общего объема доходов, полученных за разработку программного обеспече-

¹⁹ «Своевременная» — это концепция управления, разработанная Тойотой в 1950-е годы: «Эта стратегия управления материальными ресурсами, когда сырье и компоненты передаются от продавца или поставщика непосредственно перед началом процесса переработки». См. <http://www.investorwords.com>

ния). По экспертным оценкам Украина оказывает иностранным субъектам хозяйствования услуги по разработке программного обеспечения на сумму от 38,5 до 200 млн. дол. США. При этом не учтены доходы от разработки компьютерных игр, которые оцениваются в 48 млн. дол. США и преимущественно находятся в тени. Таким образом, с учетом «теневого составляющей» общий объем украинского сегмента рынка, связанного с разработкой программного обеспечения, оценивается в 2,6–3,5 млрд. грн., т.е. от 15 до 37 % рынка по разработке программного обеспечения находится в тени.

За границу передается также выполнение многих других функций²⁰ (напр., разработка лекарств и продукции в фармацевтической и биотехнической отраслях),²¹ особенно клинические испытания и патентно-правовые услуги. Примером может быть практика юридических фирм в США, которые отдают на сторону выполнение основной части задач, связанных с составлением патентных заявок, судебным и антимонопольным преследованием за нарушения прав ИС²².

В докладе ЮНКТАД особое внимание уделено бурному развитию особого рода офшор-

²⁰ Более подробную информацию о функциях, выполнение которых передается на сторону, см. ЮНКТАД, доклад об инвестициях в мире, 2004 г. Примеры проектных категорий см. www.smeoutsourcing.com.

²¹ Дуг Смок (19 марта 2003 г.). «Supply base consolidates moves to India, China», Purchasing Magazine Online: «Передача на сторону изготовления химикатов получила стремительное развитие в 90-е годы и в настоящее время их объем оценивается в 80–90 млрд. долл. США. Одним из важнейших вопросов при выборе компании из Индии или Китая будет соблюдение прав интеллектуальной собственности, комментирует г-н Найлеш А.Бхат, управляющий директор Проксимаер Инк., консалтинговой фирмы, находящейся в Франклин парк, Нью-Джерси, США».

²² Дженифер Фрайед (25 августа 2004 г.) «Outsourcing Reaches Corporate Counsel», The Recorder. «Эндрю корпорейшн», Орланд, Иллинойс. Изготовитель телекоммуникационного оборудования сократил использование услуг американского внешнего консультанта, направив часть своей работы по патентным заявкам правовой фирме «Болдвин Шелстон» в Веллингтоне, Новая Зеландия.

ных операций. Офшоринг стал в последние годы существенным фактором мировой экономики и оказывает значительное влияние на экономическую политику многих стран. Как правило, услуги должны производиться в момент и в месте их потребления. Но развитие информационно-коммуникационных технологий дает все больше возможностей производить услуги в каком-либо одном месте, а потреблять — в любой точке планеты, т.е. экспортировать услуги на внешние рынки. Эксперты ЮНКТАД назвали это явление *«революцией внешнеторговой мобильности»*. В результате стало возможным распределение производства услуг по различным точкам в местах, расположенных вне стран базирования компаний, в зависимости от преимущества тех или иных мест и применяемых бизнесменами стратегий конкурентоспособности.

ЮНКТАД выделяет два способа офшорных операций по предоставлению услуг: а) внутри компании за счет создания иностранных филиалов (*«внутрикорпоративный офшоринг»*) и б) путем передачи заказа на оказание каких-либо услуг третьей стороне (*«офшорный подряд»*). По существу неотъемлемой частью реструктуризации деятельности предприятий для повышения их международной конкурентоспособности является сосредоточение деятельности на основных «областях компетенции». Для многих фирм это означает, что производство различных услуг передается на внешний подряд сторонним специализированным организациям. Как правило, большинство этих подрядов выполняется в той же стране, где находится заказчик. Но международная составляющая таких услуг постоянно растет, т.е. происходит перемещение производства за границу, в офшоры, причем стимулом для этого является повышение конкурентоспособности. К офшорингу зачастую побуждают соображения издержек. Так, например, около 80 % компаний, опрошенных специалистами ЮНКТАД, назвали снижение затрат в качестве главной причины создания зарубежных подразделений. Эко-

номия при этом составляет 20—40 %, в основном за счет более дешевой рабочей силы и повышения качества услуг. Это заставляет другие компании следовать их примеру, чтобы не утратить конкурентоспособность.

По прогнозам экспертов ЮНКТАД, все больше корпораций как в развитых, так и в развивающихся странах будут создавать свои международные производственные сети или иным образом выводить в офшор производство некоторых услуг. Речь идет как о простых операциях с низкой добавленной стоимостью, так и о более сложных видах деятельности в различных отраслях экономики. Согласно оценке Всемирного банка в странах «семерки» это приведет к потере 1—5 % рабочих мест. А США, по мнению некоторых исследователей, к 2015 г. потеряет в секторе услуг до 3,4 млн. рабочих мест. При этом если утечка капиталов и «отмывание» денег связаны с группой традиционных офшорных юрисдикций, то офшорные услуги сосредоточены в основном в нескольких странах. Свыше 70 % этого рынка приходится на Ирландию, Индию, Канаду и Израиль, но в последние 2 года существенно выросла доля и стран Центральной, и Восточной Европы.

Процессы фрагментации и глобализации в сферах услуг и материального производства схожи, но между ними имеются и существенные различия. *Во-первых*, хотя масштабы сектора услуг гораздо значительнее, чем обрабатывающего сектора, лишь 10 % его продукции попадает в сферу международной торговли, тогда как в обрабатывающем секторе — 50 %. *Во-вторых*, темпы глобализации сектора услуг значительно выше, чем обрабатывающего. *В-третьих*, в то время как перемещение производства товаров затрагивает главным образом промышленные предприятия, функции по предоставлению услуг переводятся в офшоры фирмами, работающими во всех секторах. *В-четвертых*, квалификация работников офшорных фирм, оказывающих услуги на экспорт, гораздо выше, чем в обрабатывающем секторе, что влияет на занятость и миграцию «белых воротнич-

ков». В-пятых, выводить оказание услуг в офшор гораздо легче, чем производство, ввиду меньшей капиталоемкости и незначительных издержек по перемещению.

Анализируя специализацию офшоров, Б.А. Хейфец — автор монографии «Офшорные юрисдикции в глобальной и национальной экономике» — особо выделяет компании, владеющие интеллектуальной собственностью. Особое значение ИС приобретает для развития инновационной экономики, основанной на новых знаниях и технологиях. Стоимость патентов и лицензий и их трансакций постоянно возрастает, как и сумма налогов их правообладателей. В таких условиях одним из вариантов использования ИС (включая компьютерное программное обеспечение, патенты, ноу-хау, авторские права, торговые марки т.п.) является ее передача в собственность офшорной компании. После получения этих прав офшорная компания заключает лицензионные, или франшизные, соглашения с компаниями, заинтересованными в использовании таких прав. Последние могут значительно сократить свою налоговую базу путем завышения цен на получаемые права использования ИС от офшоров. При этом доход от использования ИС (роялти) аккумулируется в офшорной юрисдикции, а налоговые выплаты с учетом имеющихся у этой юрисдикции соглашений об избежании двойного налогообложения значительно уменьшаются.

Такие юрисдикции, как Ирландия, Люксембург, Маврикий, Мадейра и Кипр, традиционно считаются «удобными» для создания компаний, владеющих интеллектуальной собственностью. Компании в этих странах пользуются отсутствием налогообложения платежей за использование ИС, а также исключением из налоговой базы роялти. При этом важную роль играет наличие соглашений об избежании двойного налогообложения. Особенно активно эти процессы происходят в таких видах деятельности, как организация контактных центров (*call-center*), аналитические и инжиниринговые службы, научно-исследовательские лаборатории.

В настоящее время почти пятая часть научного потенциала Украины работает на зарубежные заказы (2001 г. — 22,4 %, 2002 г. — 26,2 %, 2003 г. — 24,3 %, 2004 г. — 21,4 %, 2005 г. — 24,4 %, 2006 г. — 19,4 %, 2007 г. — 15,9 %). В области технических наук эта часть в 2007 г. составила 24,6 %, в секторе отраслевой науки — 27,2 %, в институтах Министерства промышленной политики — 41,4 %. Всего за 2001–2007 гг. средства иностранных заказов в структуре источников финансирования научных и научно-технических работ составили почти 6,3 млрд. грн., или 23 % от общего объема финансирования. Зарубежные заказчики 90 % своих средств направляют в технические науки, отраслевой сектор и институты, подведомственные Минпромполитики.

С одной стороны, иностранные заказы поддерживают украинскую науку, в частности отраслевую, с другой — Украина в лице разработчиков теряет авторские права на созданную ИС и доминирующую часть прибавочной стоимости, созданной ИС. Экономика страны теряет рыночный сегмент реализации инновационной продукции и инновационную чувствительность в формировании национальной инновационной стратегии. Одной из проблем является также неурегулированность базовых вопросов при заключении лицензионных договоров о трансфере технологий (прежде всего, права собственности, экономическая целесообразность инвестиций), которая приводит к негативному опыту участия Украины в этом процессе.

По данным Государственной налоговой администрации Украины крупнейшие украинские водочные компании активно используют роялти для выведения капитала из страны. В аналитической справке, подготовленной на основе материалов налоговой службы, отмечается: «Резидентам Кипра перечислено роялти дочерним предприятием «Украинская водочная компания Nemiroff» на сумму 470 млн. грн., ООО Союз—Виктан — 810 млн. грн., АК Имидж Холдинг АПС (ТМ Хортиця) — 272 млн. грн.». Всего за последние три года из Украины было

выведено капитала в виде роялти на сумму свыше 8 млрд. грн. (в том числе в 2008 г. — 3,6 млрд. грн., в 2009 г. — 3,2 млрд. грн.). Учитывая действие международных договоров об избежании двойного налогообложения, это позволило плательщикам, которых налоговики называют недобросовестными, сэкономить на уплате налога на прибыль более 1 млрд. грн.

Еще одной схемой налоговой оптимизации является регистрация торговых марок в Украине с последующей передачей прав собственности иностранному юридическому лицу за незначительную плату. В дальнейшем по лицензионному договору приобретает право на использование торговой марки с оплатой в размерах, которые в сотни раз превышают стоимость проданного права собственности. Масштабное выведение капитала осуществляется при реализации международных соглашений по операциям нематериального характера: маркетинговые исследования (поиск покупателей, оказание консультационно-информационных услуг, связанных с оценкой потенциала предприятий). Так, «Украинской дочерней компанией Nemiroff» было перечислено на Кипр около 12 млн. дол., ОАО Запорожтрансформатор — 36,5 млн. дол., ИП Металзюкрайн Корп. Лтд перечислено на Британские Виргинские острова — 1,9 млн. дол. США.

Ряд схем и методов уклонения от налогообложения, включая манипулирование размерами роялти за использование торговых марок, применяет крупнейший розничный оператор Украины ЗАО Фоззи. Предприятием зарегистрировано 56 торговых марок (Фоззи, Сельпо, Фор, Отто стеккек, Ніжин, Будь здоровий, Премія), использование которых по лицензионным договорам осуществляется 16-ю субъектами хозяйственной деятельности (СХД). При этом размеры суммы платежей определяются дополнительными договорами в последние дни отчетного месяца и значительно разнятся между собой из месяца в месяц «для регулирования ЗАТ Фоззи своих налоговых обязательств по налогу на прибыль». За использование торговых марок предприятиями сети выплачено свыше 48 млн.

грн., соответственно бюджет недополучил около 12 млн. грн. налога на прибыль. Распространенной в сети является также схема увеличения затрат за счет оплаты мерчендайзинговых услуг: в ходе проверки установлено, что основными исполнителями таких услуг являются 25 СХД, однако факты их оказания не доказаны. Всего же ЗАО Фоззи включило в состав валовых затрат 91,3 млн. грн. за услуги мерчендайзинга, в связи с чем, по мнению налоговиков, потери госбюджета составили более чем 20 млн. грн.

Правительство Украины намерено закрыть эти налоговые дыры, поскольку фиктивное оказание маркетинговых услуг, услуг консалтинга и инжиниринга, а также роялти составляет около 80 % преступлений в налоговой сфере.

ПРОИЗВОДСТВЕННО-СБЫТОВАЯ СЕТЬ И УРОВНИ ПРИ ПЕРЕДАЧЕ ЧАСТИ ЗАКАЗОВ НА СТОРОНУ

Глобальная товарная цепь²³ состоит из *сети снабжения и производственно-сбытовой сети*.

²³ Это связано с понятием, что ИТ считается товаром. Однако согласно определению г-на Поля Кнаппа «по стандартному словарному определению товар — это просто «предмет торговли». По мнению сторонников теории о том, что ИТ является товаром, это совсем не так. Они основываются на том определении, что товар — это «производимый в массовом масштабе неспециализированный продукт, которым можно легко обмениваться». Г-н Кнапп говорит, что это относится и к продукции ИТ, такой, как оборудование, но многие из продуктов ИТ не являются товаром. Они индивидуализированы для конкретного бизнеса. Это продукция, которая наделяет бизнес конкурентным преимуществом, и именно это бизнесмены ценят больше всего. Неоспоримым является тот факт, что многие системы ИТ от электронной почты до баз данных не являются товарной продукцией... Они были созданы специально для данного бизнеса и не могут быть легко переданы или заменены другой схожей продукцией. Если они встроены в товары, то бизнес не сможет уже обладать требуемой гибкостью. Они также не смогут использовать их конкурентное преимущество. Таким образом, что же представляет собой эта невозможность отоваривания в контексте передачи работы на сторону? Это означает, что бизнес передает дорогие, уникальные системы третьим сторонам. И одним присущим всем индивидуальным системам ИТ аспектом является их высокая степень сложности». См. Поль Кнапп (6 июня 2003 г.) «Why companies rushing to outsource their IT may be making a mistake».

Для целей передачи работы на сторону важно понимать различие между этими двумя сетями.

Сеть снабжения главным образом занимается снабжением сырья, его переработкой в готовую продукцию с помощью процессов обработки и его распределением через дистрибуторную сеть, склады и торговцев в розницу. Концепция производственно-сбытовой сети, с другой стороны, распространяется и применяется ко всей цепи снабжения и сети распределения. При доставке продукции и оказании услуг мобилизуются различные экономические партнеры, и каждый из них будет управлять своей собственной производственно-сбытовой сетью²⁴. Такая независимость при эксплуатации восходящей и нисходящей информации может рассматриваться как одна из основных причин, почему передача части работы на сторону становится столь популярной в наши дни. Однако дезинтеграция вертикально интегрированного нового предприятия (цепи снабжения) может привести к фрагментации прав собственности, тем самым настоятельно потребовать от фирм выявления всех плюсов и минусов каждой производственно-сбытовой сети. На этой основе фирма должна суметь создать новую ценность для себя, а также для своих клиентов в рамках одной или нескольких договоренностей о передаче работы на сторону. Другими словами, предприятие должно заниматься внутри лишь теми видами деятельности, которые оно способно делать быстрее, дешевле и/или лучше, чем другие; все другие виды деятельности являются кандидатами на передачу другим лицам, которые могут делать такие работы быстрее, дешевле и/или лучше.

Поэтому передача части работы за границу может происходить на любом уровне производственно-сбытовой сети. На низшем (базовом уровне) на сторону передаются наиболее трудоемкие, не требующие квалифицированного труда задачи. На втором уровне на сторо-

ну передается производство или изготовление компонента или всего продукта или услуги. На третьем, более высоком уровне на сторону передается разработка технологии, включая некоторые или все связанные с этим исследования или разработки.

Отдельные специалисты считают, что передача другим функций маркетинга является высшим уровнем подобного процесса. Она может осуществляться частично (напр., поручение другим проведения рыночных исследований) или почти полностью (функции по распределению и продаже). На практике могут иметь место различные перестановки и сочетания вышеуказанных категорий:

БАЗОВЫЙ УРОВЕНЬ ОТНОШЕНИЙ ПО ПЕРЕДАЧЕ РАБОТЫ НА СТОРОНУ

Людской капитал в условиях низких зарплат: упор делается на трудоемкие задачи, которые требуют неквалифицированного, низко оплачиваемого труда, а затем наступает черед задач, требующих образованного и квалифицированного, но низкооплачиваемого труда.

ВТОРОЙ УРОВЕНЬ ОТНОШЕНИЙ ПО ПЕРЕДАЧЕ РАБОТЫ НА СТОРОНУ

Изготовление товарной продукции: упор делается на стандартизированные (и часто трудоемкие) производственные системы для стандартизированной или готовой (с ограниченной добавленной стоимостью) продукции, часто обеспечивающей экономию за счет масштабов производства.

ТРЕТИЙ УРОВЕНЬ ОТНОШЕНИЙ ПО ПЕРЕДАЧЕ РАБОТЫ НА СТОРОНУ

Передача на сторону разработки технологии: упор делается на высококвалифицированный, научный или инженерно-технический персонал, используемый в организациях, занимающихся новейшими исследованиями и разработками в странах с низкой заработной платой.

ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ. ОХРАНА АКТИВОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И НОУ-ХАУ

Передача части работы за границу требует совместного использования широкого круга специальных знаний. Характер и исключительная важность ИС будет различаться в каждом конкретном секторе промышленности и бизнеса. Тем не менее каждый вид активов ИС — промышленные секреты (ноу-хау), товарные зна-

²⁴ Центр Интернет по управлению и администрации бизнеса. «Outsourcing Value Chain Activities».

ки, промышленные образцы, патенты на изобретения и полезные модели, авторское право и смежные права и т.д. — могут быть задействованы на различных уровнях отношений по передаче части работы за границу. Однако каждый вид активов ИС обычно регулируется своим национальным законодательством, которое отличается в разных странах, и это делает процесс управления активами ИС при передаче части работы за границу еще более сложным, особенно при наличии многих партнеров в различных странах. Возникающие проблемы становятся все более важными для предприятий, поскольку стратегическое значение ИС возрастает, а практика передачи части работы за границу продолжает расширяться.

Для эффективного управления этим совместным использованием знаний требуется, чтобы обе стороны должным образом управляли своей ИС, учитывая при этом общие цели бизнеса. Преимущества²⁵ совместного использования активов ИС должны перевешивать многочисленные риски, которые встречаются при передаче части работы за границу, включая риски, связанные с совместным использованием активов ИС. Такие риски включают проблемы, возникающие при контроле и/или эффективном урегулировании различных видов нарушений контрактных положений, воровстве или недобросовестном присвоении промышленных секретов, недобросовестном использовании или утрате других видов прав ИС (приводящем к частичной потере контроля за бизнесом), плохом или несоответствующем качестве товаров и услуг (что подрывает репутацию фирмы (*гудвил*) и имидж

²⁵ При этом предполагается, что фирмы получают выгоду от передачи части работы за границу, исходя главным образом из соображений экономии расходов, и это позволит им поднять производительность, инвестируя большие средства в технологии следующего поколения; а именно «Инновации». См. Baily, Martin N., and Farrell, Diana (July 2004). «*Exploding the myths of offshoring*», *The McKinsey Quarterly*.

бренда), защите прав ИС, параллельном импорте и урегулировании проблем «серого» рынка. Поэтому, прежде чем принимать окончательное решение о плане по передаче части работы за границу для сохранения ИС предприятия, следует провести комплексные исследования (*аудит*) ИС, определив, какие функции должны быть оставлены, а какие переданы за границу²⁶. Они должны включать целый ряд важных вопросов, перечисленных нами ниже.

КОМПЛЕКСНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ ИС (НЕ ИСЧЕРПЫВАЮЩИЙ СПИСОК)

Идентифицируйте и документируйте ИС: промышленные секреты, товарные знаки, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, авторское право и смежные права.

Идентифицируйте изобретателя, автора или создателя ИС.

Определите **право собственности на выявленную ИС**, включая проблемы совместной собственности.

Выявите контракты или другие соглашения, связанные с ИС (напр., соглашение о передаче технологии или о лицензировании; соглашение о конфиденциальности и неконкуренции).

Выявите **переданную или лицензированную ИС**, используемую заинтересованным предприятием: ИС третьих сторон и/или сотрудников. Установите права, предоставленные каждой стороне, и выявите существующие и потенциальные проблемы субподряда.

Выявите существующие и/или предполагаемые нарушения контракта, нарушения прав, случаи раскрытия конфиденциальной информации или промышленных секретов.

Определите **юрисдикцию и защиту:** применимое законодательство, возможности защиты и механизмы урегулирования споров (посредничество, арбитраж, выбор регулирующего права, применимая юрисдикция).

Прекращение, истечение срока действия договоренности или положения о выходе: имеется ли какая-либо гарантия против нарушения прав?

Определите другие, связанные с ИС, обязанности: текущий уход или совершенствование ИС, оплата сборов за передачу; ответственность за продукцию, страхование ИС и т.д.

²⁶ Комплексное исследование ИС: тщательный анализ и инвентаризация ключевых активов компании. Такой анализ необходим при коммерческих сделках.

Выявив области исключительной важности для своего бизнеса, предприятие может начать процесс поиска и отбора одного или нескольких партнеров. Важно прежде всего оценить экономическую и политическую обстановку в месте нахождения потенциального партнера (страны), а также изучить и понять учреждения и правовую базу страны. Однако важно понимать отсутствие абсолютной гарантии для охраны ИС.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ НА ИС

*«Право интеллектуальной собственности также может быть камнем преткновения. «Мой предшественник подписал соглашение, в силу которого код источника веб-сайта принадлежал третьей стороне», — говорит Джеймс Барнет, менеджер информационных технологий в компании Fidelity Life Assurance Co. в Нью-маркет, Новая Зеландия. — Однако я забрал его обратно с тем, чтобы иметь возможность планировать возможность подачи заявок. Обладание полным правом собственности на весь код значительно усиливает мои позиции».*²⁷

Право собственности на ИС — это **первая из двух важных причин** для беспокойства при передаче части работы за границу. Планируется ли осуществлять передачу работы внутри страны или за пределами национальных границ предприятия, важно идентифицировать, учитывать и прояснить проблемы, связанные с правом собственности на активы ИС, усовершенствованной или созданной в рамках отношений. Однако чаще всего многие компании не уделяют должного внимания этому важному аспекту.

Из анализа существующей практики можно выделить несколько моделей совместного использования права собственности на ИС, которая была улучшена или создана во время отношений по передаче части работы за грани-

цу. *Первая модель* предусматривает принадлежность клиенту всей ИС, улучшенной или созданной в рамках отношений по передаче части работы, причем продавец имеет возможность использовать ИС благодаря заключенному соглашению о лицензии. *Вторая модель* предусматривает положение, при котором продавец (разработчик) имеет право собственности на всю такую ИС, при этом клиент (сторона, поручившая выполнение задачи) получает в результате переговоров лицензию. *Третья модель* предусматривает совместное владение клиентом и продавцом имеющейся ИС. *Четвертая модель* предусматривает распределение права собственности на различные активы ИС, улучшенные или созданные таким образом среди соответствующих сторон, в частности среди продавца, клиента и одной или нескольких третьих сторон. Это осуществляется в силу официального соглашения, заключенного в результате переговоров с учетом текущих и будущих потребностей каждой стороны. Все эти модели являются весьма сложными и поэтому должны быть тщательно оценены и обсуждены до заключения соглашения. Соглашение должно быть подробным и среди прочего должно регулировать право собственности и использование активов ИС как в течение, так и после окончания или прекращения отношений, возникших в связи с передачей части работы.

Возникает и ряд других вопросов относительно ИС. В целом они не отличаются от вопросов, возникающих при заключении совместных контрактных соглашений. Например:

- ✦ *Кому принадлежит ИС, созданная служащими компании (служебная разработка) или независимыми подрядчиками (если она должна принадлежать компании, то тогда ей должны принадлежать и все активы ИС, должным образом переданные или уступленные компании)?*
- ✦ *Кому будут принадлежать индивидуальные варианты, улучшения, новая технология и продукция в рамках переданной на сторону работы?*

²⁷ Buxbaum, Peter. (July 29, 2002) «Bringing IT Back Home – Consider these five questions before terminating IT outsourcing contracts», Computerworld.

- ✦ Что касается таких авторско-правовых объектов, как программное обеспечение, *приведет ли улучшение или изменение к созданию соавторства и к совместному праву собственности или оно будет рассматриваться в качестве адаптации* (также известной в качестве «вторичного» произведения), *которая будет принадлежать стороне, сделавшей улучшение?*
- ✦ *Будет ли право собственности исключительным для одной стороны или другой, или же совместным?*
- ✦ *Какие права каждая сторона будет иметь на совместную эксплуатацию созданной ИС?*
- ✦ *Что произойдет с ИС клиента, если он захочет поменять продавцов (т.е. право передачи) или прекратить действие контракта?*

Сложность этих вопросов будет меняться в зависимости от вида принадлежащей ИС, например, права промышленной собственности (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки) и объектами авторского права. В большинстве стран, если только это конкретно не предусмотрено в соответствующем законодательстве об ИС, большинство возникающих вопросов решается путем проведения переговоров между сторонами, на основе их соответствующих деловых целей. В ходе переговоров рекомендуется избегать заключения соглашения о совместном праве собственности на активы ИС. Если же это сделать невозможно, то тогда все вопросы о надлежащем управлении необходимо изложить как можно более подробно в соглашении между соответствующими сторонами.

КОНФИДЕНЦИАЛЬНАЯ ИНФОРМАЦИЯ И ПРОМЫШЛЕННЫЕ СЕКРЕТЫ

«Как компании снимают озабоченности относительно интеллектуальной собственности, запатентованных процессов и конкурентных преимуществ для активного создания сети поставки работы и полного использования явления расширения выпуска продукции? Как мы можем охранять наши преимущества, изучая при этом,

что могут предложить наши поставщики и рынок?» Г-н Ли отвечает: «Мы должны всегда соблюдать конфиденциальность и несомненно имеют некоторые запатентованные процессы, которые необходимо охранять. С другой стороны, иногда совместное использование запатентованного процесса может стать конкурентным преимуществом.»²⁸

Второй причиной беспокойства при передаче работы на сторону является неумышленное, случайное или преднамеренное раскрытие конфиденциальной информации и промышленных секретов. Во многих странах промышленные секреты охраняются в силу четко выраженного или подразумеваемого соглашения; т.е. они либо вообще не охраняются, либо охраняются недостаточно конкретным национальным законом об охране промышленных секретов или борьбе со шпионажем. Поэтому при передаче работы на сторону необходимо прежде всего заботиться о том, чтобы потенциальный партнер мог сохранять конфиденциальную информацию коммерческого характера от случайного, непреднамеренного или преднамеренного использования, недобросовестного использования, саботажа, потери или воровства. Если партнеру нельзя доверять в отношении охраны им промышленных секретов, то тогда риски, которыми чревата передача работы на сторону, могут значительно перевешивать связанные с этим потенциальные выгоды. Поэтому исключительно важно изучить интегрированную программу обеспечения безопасности и/или охраны ИС потенциального партнера по процессу передачи части работы.

Следует учитывать, что ценность промышленного секрета зависит от способности компании сохранять такую информацию конфиденциальной. Как только промышленный секрет стал известным публике, он переходит в сферу общественного достояния. Таким образом, он теряется навсегда и в большинстве случаев теряется и связанное с ним конкурен-

²⁸ Institute of Supply Management. «Q & A with Hau Lee».

тное преимущество. Для решения такой критической проблемы ВОИС рекомендует целый ряд практических мер²⁹. Среди прочих необходимо использовать Соглашение о нераскрытии (NDA), также известного как Соглашение о конфиденциальности для сохранения конфиденциальности такой важной деловой информации. Хотя такие соглашения предусматривают широкую охрану и не требуют больших затрат для охраны промышленных секретов, они могут иметь ограниченную ценность в случае возникновения спорных вопросов³⁰.

Чтобы помочь компании устранить или уменьшить риски случайной или преднамеренной утраты или недобросовестного использования промышленных секретов, необходим технический контроль. Поэтому защита³¹, особенно в электронной среде, является необходимым условием соглашений о передаче работы за границу. Меры по предотвращению нарушений защиты, которые могут привести к

²⁹ Для получения более подробной информации см. веб-сайт МСП «Trade Secrets: Policy Framework and Best Practices» and «Trade Secrets are Gold Nuggets: Protect Them».

³⁰ Для получения более подробной информации см. веб-сайт МСП «Disclosing Confidential Information».

³¹ «...Защита сети также должна играть активную роль, поскольку хищение промышленных секретов компании может произойти с использованием цифровых средств...». Некоторые промышленные секреты, такие, как химические формулы или технологические процессы, могут быть быстро использованы конкурентами. Такая информация является стратегически важной и нуждается в охране, поэтому в проектах по разработке программного обеспечения, которые связаны с легким воспроизведением промышленных секретов, необходимо принимать меры строжайшей защиты. По сути, такие проекты не должны никогда передаваться на сторону. Другие виды ИС не могут быть похищены с такой легкостью. Например, такой торговый метод, как методика финансового планирования, хотя и должен охраняться от конкурентов, требует много времени для своей разработки. Меры защиты в отношении передаваемых за границу проектов должно учитывать риски для ИС компании. Более подробную информацию см. Ramer, Rob, «The Security Challenges of Offshore Development», The SANS (SysAdmin, Audit, Network, Security) Institute.»

сбоям в работе сети поставок, например, также связаны с мерами по охране промышленных секретов. Кроме того, они могут быть также связаны с охраной индивидуального замка секретности в контексте обязательств по охране баз данных, особенно в финансовом и медицинском секторах. Анализ «Обзора компьютерных преступлений и надежности» показывает, что по сравнению с предыдущим периодом «наблюдается резкое сокращение числа сообщений о проникновениях в систему, злоупотреблениях и воровстве частной информации». Это сокращение соответствует потерям, равным 11 460 000 дол. США; снижение по сравнению с показателем 2003 г. — 70 195 900 дол. США, причем «кража собственности являлась наиболее дорогостоящей категорией потерь за последние пять лет». В докладе подтверждается, что кража промышленных секретов является самой большой угрозой для большинства предприятий. Чувствительность вопросов безопасности и секретности подтверждается тем, что «предприятия устанавливают устройства для слежения за ИС с тем, чтобы метить ИС, принадлежащую, предотвращая тем самым ее хищение. Это является проблемой как для крупных, так и для малых компаний, которые зачастую не имеют больших возможностей для охраны своей ИС»³². Например, меры защиты включают установку электронных и временных меток.

УЧЕТ ИС ПРИ ВЕДЕНИИ ПЕРЕГОВОРОВ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОГОВОРЕННОСТЕЙ ОТНОСИТЕЛЬНО ПЕРЕДАЧИ ЧАСТИ РАБОТЫ ЗА ГРАНИЦУ

«Руководители единодушно отмечают, что они очень внимательно относятся к тому, что они перепоручают другим, а что не перепоручают», — указал г-н Рик Уайт, глава американской промышленной группы Технет. Он продолжил:

³² Fernandez, Dennis., Kemeny, David, and Bastani, Behfar (2003). «Intellectual Property Strategies in Security and Privacy», Fernandez & Associates, LLP.

«Руководители склонны отправлять за границу то, что не ставит под угрозу их интеллектуальную собственность, в силу очевидных деловых причин. Вы никогда не передадите часть работы другому, если не уверены в том, что получите такой же уровень качества, какой получаете в других местах, и даже в этом случае вы не сделаете этого, если не уверены, что сможете обеспечить охрану своей интеллектуальной собственности.»³³

Соглашения о передаче части работы за границу могут заключаться в различных формах. Однако большинство соглашений включают условия, на которых обе стороны договорились выделить свои материальные и нематериальные активы для получения взаимовыгодного результата. Фирма начнет практические деловые переговоры лишь после того, как убедится в потенциальной репутации партнера, в людских, финансовых и технических ресурсах и совместимости корпоративной культуры. Переговоры должны сосредоточиться на тех шагах, которые необходимо предпринять обеим сторонам для охраны, обеспечения надлежащего использования, лицензирования, разработки и улучшения ИС обеих сторон в течение и после их совместной работы. Это должно также включать любые соответствующие активы ИС третьих сторон.

Интеллектуальная собственность третьей стороны³⁴ порождает сложные проблемы при заключении соглашения о передаче части работы за границу. В данном случае важно помнить о том, что сторона, передающая часть работы на сторону (заказчик) должна просмотреть подлежащую передаче ИС и изучить все лицензионные соглашения, в соответствии с которыми она лицензирует ИС третьей стороны. Этот шаг состоит в том, чтобы убедиться, имеются ли какие-либо ограничения для

использования, передачи или переуступки или действуют положения о конфиденциальности. Заказчик должен будет также обеспечить, чтобы другая сторона контракта (продавец) знала об условиях лицензионных соглашений третьей стороны, когда она заключает с продавцом контракт об использовании ИС. То же относится и к продавцу, когда тот соглашается выполнить передаваемую ему работу; т.е. продавец должен убедить в том, что он имеет требуемое письменное предварительное разрешение соответствующей третьей стороны на использование активов ИС, лицензированных этой стороной для выполнения задач, связанных с конкретными операциями по передаче части работы.

Заказчик и продавец (или провайдер услуг) может иметь схожие финансовые ожидания, но их ИС и готовность использовать ее часть могут быть различными. Например, заказчик с сильными позициями на переговорах может разрешить использовать лишь вторичную ИС (не основную ИС³⁵), а не первичную ИС (основную) для целей передачи части работы, в то время как продавец для выполнения требуемой услуги возможно должен использовать (совместно использовать) свою первичную ИС. Однако имеется достаточно ситуаций, в которых заказчику надлежит разрешить использовать его основную ИС также и продавцу.

Рискуют обе стороны; поэтому каждая из них должна определить, на какие активы ИС действие соглашения не распространяется, а какие могут использоваться совместно в течение и после окончания или прекращения действия соглашения. Продавцы имеют законное право ожидать обеспечения добавленной стоимости с помощью передачи технологии. Поэтому подобно заказчику они должны также сделать все для того, чтобы оценить последствия для ИС всех своих соглашений о передаче части работы. Ниже приведены контрольные спис-

³³ Ricciuti, Mike and Yamamoto, Mike (May 5, 2004). «Companies determined to retain 'secret sauce'». cζnet network.

³⁴ Raysman, Richard. And Brown, Peter (1998) «Key Issues in Technology Outsourcing Agreements».

³⁵ Неосновной ИС считается такая ИС, которая не требуется для текущих и будущих потребностей предприятий, владеющих активами ИС.

ки, которые кратко излагают проблемы ИС, имеющие первоочередное значение.

ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ ИС ДЛЯ ПОДРЯДЧИКА (ЗАКАЗЧИКА)

Учтите всю ИС и связанные с ней ноу-хау (зарегистрированные, незарегистрированные, ожидающие регистрации или новые (в разработке)) и установите пределы, в каких эти активы ИС должны быть предоставлены продавцу.

Убедитесь, что контракт четко регулирует проблемы собственности, касающиеся совместно созданной ИС или активов ИС, созданных продавцом в рамках отношений по передаче части работы: кто будет иметь право собственности на вновь созданную информацию, основанную на данных об ИС заказчика?

Узнайте о любых пределах использования лицензированной ИС третьей стороны: можно ли ее сублицензировать продавцу?

Потребуйте от продавца принять все разумные меры для охраны всех лицензированных активов ИС и особенно любой конфиденциальной информации, промышленных секретов, ноу-хау и т.д., раскрытых в течение ваших отношений.

При установлении правовой ответственности продавца в отношении передаваемой функции убедитесь в том, что существующие соглашения (например, соглашение о распределении, поставке, маркетинге и совместных исследованиях), не подвергают риску активы ИС, которые вы должны совместно использовать с ними: что произойдет, если продавец должен будет передать по субконтракту часть переданной функции независимым подрядчикам, консультантам и т.д.?

Выявите других заказчиков продавца: являются ли они потенциальными конкурентами? Если да, то какие дополнительные гарантии могут понадобиться для охраны активов ИС, которые будут использоваться совместно с продавцом?

ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ ИС ДЛЯ ПРОДАВЦА

Учтите всю ИС и связанные с ней ноу-хау (зарегистрированные, незарегистрированные, ожидающие регистрации или новые (в разработке)) и установите пределы, в каких эти активы ИС должны быть предоставлены в рамках отношений. Обеспечьте, чтобы соглашение о передаче части работы включало положения об охране принадлежащей (продавцу) ИС и соответствующих ноу-хау.

Обеспечьте ясность права собственности или совместного права собственности на активы ИС, созданные или улучшенные в рамках отношений по передаче части работы, на основе данных заказчика об ИС; стремитесь получить максимальную возможность для использования любых таких находящихся в совместной собственности активов ИС для других или иных переданных функций с другими заказчиками.

Создайте интегрированную и хорошо действующую Программу охраны и защиты ИС для защиты принадлежащей вам и продавцам конфиденциальной информации, промышленных секретов и ноу-хау. Заключите соглашения о конфиденциальности (нераскрытии) и о неконкуренции в тех случаях, когда это необходимо.

Задействуйте механизмы предотвращения нежелательного смешения запатентованных промышленных секретов с секретами продавца.

Убедитесь в наличии любых ограничений использования лицензированной ИС третьей стороны: можно ли ее использовать для целей нынешних отношений?

ПРОБЛЕМЫ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИС

Прежде чем вступать в отношения по передаче части работы, необходимо провести реалистичную оценку проблем защиты прав ИС. Эффективность с точки зрения необходимых времени и ресурсов использования правовых и административных механизмов урегулирования споров и защиты³⁶ прав ИС и борьбы с пиратством и контрафакцией меняется в зависимости от страны и вида затрагиваемого актива ИС. Например, если говорить о принципе исчерпания прав ИС³⁷, то правовая основа меняется существенно в зависимости от страны, а также в зависимости от того, применяется ли принцип исчерпания на национальной, региональной или международной основе. Кроме того, правовая основа может быть различной в пределах одной страны для разных видов прав ИС. И даже в пределах одной страны она может быть разной для разных продуктов, охватываемых конкретным видом прав ИС. Поэтому без совета экспертов весьма трудно принять решение о том, какими судебными средствами располагает деловой партнер (заказчик) по передаче части работы, в том случае, если продукт, охраняемый правом ИС, сбывается и коммерчески эксплуатируется тре-

³⁶ Защита усложняется еще большими трудностями, присущими юрисдикциями гражданского права и общего права. Другие, связанные с этим проблемы, касаются мероприятий по дальнейшему усилению пограничных мер.

³⁷ См. статью о международном исчерпании и параллельном импорте в разделе «Introduction to IP and Business». Отдел МСП ВОИС.

твей стороной, не имеющей на то разрешения. Такая форма сделки, обычно упоминаемая как участие в «сером рынке», имеет место в том случае, когда товары поступают через другие каналы распределения, нежели те, которые разрешены изготовителем или производителем. Поэтому любой «последующий акт перепродажи, сдачи в аренду, одалживания или другой формы коммерческого использования третьей стороной не может более контролироваться или пресекаться».

МАЛЫЕ И СРЕДНИЕ ПРЕДПРИЯТИЯ (МСП) И ПЕРЕДАЧА ЧАСТИ РАБОТЫ ЗА ГРАНИЦУ³⁸

«Для малых и средних фирм проблемы ИС могут быть особенно угнетающими. В отличие от крупных компаний единственным осязаемым активом, который получают новые предприятия, является их интеллектуальная собственность», — отмечает *Тарик Афзал*, менеджер начинающего предприятия Стриматик по разработке программного обеспечения в Силиконовой долине. «Интеллектуальная собственность является основой для начинающих предприятий. Они хранят ее очень серьезно, а у некоторых компаний мысль об этом затмевает все остальное»³⁹.

В настоящее время все большее число компаний относятся к вопросам ИС не просто как к юридическим интересам, а как к стратегическому бизнес-инструменту. Наряду с выгодами, получаемыми от упрощения механизмов за счет использования информационно-коммуникационных технологий, для все большего числа МСП стало возможным участие и получение выгод от операций по передаче части работы на сторону, причем выступающих в качестве как заказчиков, так и продавцов. Хотя проблемы, обсуждаемые в данной статье, полностью применимы к МСП, их выгоды и риски по соглашени-

³⁸ См. Box IV.3., pg. 155, 'Smaller TNCs are offshoring too', UNCTAD WIR 2004.

³⁹ Из: «Scattering the seeds of invention: The globalisation of R&D» Документ и обзор подготовлены Отделом экономического наблюдения.

ям о передаче части работы за границу несколько отличаются от выгод и рисков крупных предприятий. Нет необходимости подчеркивать, что возможности у МСП как получателя большой доли выполняемой на стороне работы весьма широкие. Как МСП, так и страны, которые считаются привлекательными для передачи компаниями части работы, должны трудиться над тем, чтобы гарантировать не только своевременное и качественное выполнение работы, но также защиту и охрану активов ИС партнера, передающего часть работы на сторону. Невыполнение этих фундаментальных условий может повлиять на возможности получения МСП доходов. В то же время сами МСП в погоне за клиентами не должны становиться объектом недобросовестной конкурентной практики в отношении их собственных активов ИС или любых совместно созданных или улучшенных активов ИС.

Поэтому МСП, передающим часть работы на сторону, следует проявлять осторожность. Прежде всего, должно быть ясно, что сохранность ИС исключительно важна для стабильного роста. Например, статья NASSCOM, предлагающая интервью с владельцем Impetus-фирмы, основанной в Индии, сообщает, что «партнерские отношения между МСП в деле роста и привлечения заказчиков не всегда были успешными. Имеются проблемы в создании ИС, мобилизации средств, обеспечении качества и в маркетинге как на внутренних, так и на зарубежных рынках. Однако МСП предлагает единственную в своем роде фокусировку и узкую специализацию»⁴⁰. Соответственно в некоторых случаях МСП могут предложить выгоды по сравнению с более крупными компаниями. В случае обладания специализированной продукцией и/или услугами с охраняемой ИС передача части работы за границу становится вопросом наличия всеобъемлющей деловой стратегии и умения вести переговоры, благодаря которым ИС считается крайне важной для успешных отношений.

⁴⁰ «SMEs offer unparalleled focus and niche specialization» National Association of Software and Service Companies (NASSOM).

Было бы опрометчиво делать вывод о том, что лишь целостный деловой подход к управлению ИС позволит МСП использовать активы ИС с выгодой для себя. По мнению г-на *Николаса Кравотта*, «успех предприятия в большой степени зависит от доверия и отношений. В любом случае неразумно рассчитывать только на закон для охраны своей ИС (интеллектуальной собственности)»⁴¹. Но это вовсе не означает, что следует забывать о необходимости охраны ИС. Просто наряду с ИС МСП должны обеспечить, чтобы сторона, с которой заключается соглашение, приняла все необходимые меры для охраны переданной ИС.

ВЫВОДЫ

Существует и ряд других проблем ИС, связанных с отношениями по передаче части работы на сторону. Из-за их чрезмерной сложности в рамках экономико-правовых отношений они не затронуты в этой публикации. К их числу, например, относятся аспекты ИС, касающиеся налоговой политики, а именно оценка ИС и налоговые соображения, включая механизмы урегулирования споров и таможенные меры на границе. Это важные вопросы и они также должны адекватно решаться в каждом конкретном случае.

Снижение показателей зарубежного патентования изобретений приводит к падению международного приоритета наукоемких отраслей, потере страной зарубежных рынков сбыта товаров и лицензий, невозможности монополизировать то или иное научное направление или техническое решение, потере доходов от продажи лицензий и преимуществ при импорте.

Следует отметить, что деловая стратегия в сфере передачи части работы за границу, в случае ее разумного осуществления в рамках интегрированной и целостной политики в сфере ИС, дает возможность уменьшить риски, связанные с

ИС и повысить конкурентоспособность продукции (услуг), предлагаемых предприятием. Успех на рынке и прибыли будут устойчивыми лишь при условии, если усилия заказчика и продавца по созданию и совместному созданию интеллектуальных ценностей будут охраняться и использоваться с помощью инструментов системы ИС. Это позволит получить большие выгоды от экономии расходов, оперативного выхода на рынок и качества предлагаемой продукции (услуги), которые остаются краеугольным камнем любого успешного предприятия. Такие договоренности требуют тщательного первоначального и периодического обследования и аудита ИС с учетом существенных нюансов и сложного характера экономико-правовых отношений.

По существу офшоринг — это проявление сравнительных преимуществ, сопряженное со всеми выгодами и издержками такого изменения. При этом страна, принимающая деятельность по предоставлению услуг, выигрывает за счет страны, выводящей услуги в офшор, благодаря созданию рабочих мест, привлечению инвестиций и росту валютной выручки. С другой стороны, благодаря офшорингу фирмы могут сократить свои издержки, повысить качество и улучшить методы предоставляемых ими услуг, что повысит их конкурентоспособность, оказывая позитивное воздействие на экономику стран, где находятся эти компании. По мнению экспертов ЮНКТАД, при правильной экономической политике баланс интересов должен быть уравновешен. Вопрос лишь в том, чтобы вместо протекционистских и запретительных мер была создана система мотивации занятости и расширения производства на родине с соответствующей защитой создаваемой ИС. Необходимо создание международной основы, которая дала бы возможность всем странам пользоваться теми преимуществами, которые может дать «революция международной мобильности».

ЛИТЕРАТУРА

1. *Андрощук Г.А., Крайнев П.П.* Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны. —

⁴¹ *Николас Кравотта* (2 сентября 2004 г.), говорящий о сложностях для малых компаний передачи части работы на сторону и охраны своей ИС: «Offshore Outsourcing: Now Boarding — A trip to China may just be the ticket to take your design to reality», *Electrical Design News* (EDN).

- Монографія. — К.: Издательский Дом «Ин Юре», 2000. — 400 с.
2. Андрощук Г.А., Крайнев П.П. Кавасс И. Право интеллектуальной собственности: торговые аспекты. Науч.-практ. изд. — К.: Издательский Дом «Ин Юре», 2000. — 164 с.
 3. Андрощук Г.А. Обеспечение экономической безопасности в сфере интеллектуальной собственности // Материалы XV міжнародної конференції науково-практичної конференції «Проблеми і перспективи інноваційного розвитку економіки» — Київ—Сімферополь—Алушта, 2010. — С. 11—18.
 4. *Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування* / Г.О. Андрощук (упорядкування). — К.: Парламентське вид-во, 2007. — 320 с.
 5. Федулова Л.І., Андрощук Г.О., Хаустов В.К. Интеллектуальная собственность в национальной инновационной системе: Науково-аналітична доповідь. НАН України; Ін-т екон. та прогноз. — К., 2010. — 216 с.
 6. Хейфец Б.А. Офшорные юрисдикции в глобальной экономике / Б.А. Хейфец. — М.: ЗАО Издательство: «Экономика», 2008. — 325 с.
 7. Назаренко Н. Экспортный контроль: мера безопасности или барьер для инноваций // Хозяйство и право. — 2010. — № 7. — С. 100—103.
 8. Abramovsky, Laura, Griffith, Rachel, Sako, Mari (November 2004). «Offshoring of Business services and its impact on the UK economy», Advanced Institute of Management Research (AIM). www.aimresearch.org.
 9. Baily, Martin N. and Farrell, Diana (July 2004). «Exploding the myths of offshoring», The McKinsey Quarterly. www.mckinseyquarterly.com.
 10. Buxbaum, Peter. (July 29, 2002) «Bringing IT Back Home — Consider these five questions before terminating IT outsourcing contracts», *Computerworld*. www.computerworld.com.
 11. Cravotta, Nicholas (September 2, 2004). «Offshore Outsourcing: Now Boarding — A trip to China may just be the ticket to take your design to reality», *Electrical Design News* (EDN). www.edn.com.
 12. Economic Policy Institute (2003). «Offshoring Issue Guide». <http://www.epinet.org>.
 13. Fried, Jennifer (August 25, 2004). «Outsourcing Reaches Corporate Counsel», *The Recorder*. <http://www.law.com>.
 14. Ge, Ling; Konana, Prabhudev; Tanriverdi, Huseyin (2004). «Global Sourcing and the Value Chain Unbundling», McCombs School of Business, The University of Texas at Austin, Austin, Texas. <http://www.mcombs.utexas.edu>.
 15. Internet Center for Management and Business Administration, Outsourcing Value Chain Activities. <http://www.netmba.com>.
 16. Institute of Supply Management, Q & A with Hau Lee. <http://www.ism.ws/index.cfm>.
 17. Kanger, Eric S. (January 2004). «Big Shifts in Outsourcing of Biopharmaceutical Manufacturing». <http://bioplanassociates.com>.
 18. Kauffman, Ralph G., and Crimi, Thomas A. (April 2004) «A Best Practice Approach to Transforming Global Supply Chains», University of Houston-Downtown, Houston Texas; 18. *Category Manager*, ChevronTexaco Overseas Petroleum Corp., Houston, Texas (89th Annual International Supply Management Conference. <http://www.ism.ws>.
 19. Kirkpatrick, David (September 30, 2004). «An Outsourcing Provider Sets His Sights on Global Giants», *Fortune Magazine*. <http://www.fortune.com/fortune>.
 20. LaCreta, Tim (April 29, 2004) «Outsourcing and The Devaluation of Intellectual Property», Darwin, <http://www.darwinmag.com>.
 21. Office of Lieberman, Senator Joseph I. (May 11, 2004). «Offshore Outsourcing and America's Competitive Edge: Losing out in the High Technology R&D and Services Sectors».
 22. Washington, D.C., United States Senate. <http://lieberman.senate.gov>.
 23. Ricciuti, Mike and Yamamoto, Mike (May 5, 2004). «Companies determined to retain 'secret sauce'». [cxnet network. http://news.com.com](http://news.com.com).
 24. Samuelson, Paul A. (Summer 2004). «Why Ricardo and Mill Rebut and Confirm Arguments of Mainstream Economists Supporting Globalization», *Journal of Economic Perspectives*—Volume 18, Number 3, Summer 2004. Pages 135—146.
 25. Schaaper, Martin. «A proposal for a core list of indicators for ICT measurement». The Organisation of Economic Co-operation and Development (OECD). <http://www.oecd.org>.
 26. Smock, Doug (March 19, 2003) «Supply base consolidates moves to India, China», *Purchasing Magazine Online*. <http://www.manufacturing.net/pur>.
 27. Small and Medium-sized Enterprises Division of the World Intellectual Property Organization (WIPO) website; <http://www.wipo.int/sme>.
 28. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). UNCTAD Trade and Development Report 2004 and UNCTAD World Investment Report 2004. www.unctad.org.
 29. Ventoro (October 2004). «Offshore 2005 Research: Preliminary Findings and Conclusions». www.ventoro.com.
 30. Wiederhold, Gio (10 April 2004). «Outsourcing and the Associated Export of Intellectual Property», Stanford University and MITRE corporation.
 31. «Offshoring and IP», MIT Sloan school's Outsourcing Seminar, 14 April 2004.
 32. Wan, Jr., Henry, «Fragmented Trade and Manufacturing Services — Examples for a Non-convex General Equilibrium».
 33. Williams, Amy-Lynne and Williams Wall, Deeth, LLP, (January 17, 2003). «Intellectual Property Management — Part One: IP Issues in Outsourcing», *IP Management Issues*.

Надійшла до редакції 28.09.10