

МЕМОРАНДУМ ПО ПАРАМЕТРИЧЕСКОМУ ИМПОРТУ

ПРЕДМЕТ МЕМОРАНДУМА

Ассоциация европейского бизнеса (АЕБ), объединяя более 600 европейских и международных компаний, считает необходимым от имени своих членов высказать свою позицию по вопросу принципа исчерпания исключительных прав, или параллельного импорта (ПИ) в Российской Федерации.

Параллельный импорт – импорт товаров, в которых выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, осуществляемый без согласия соответствующего правообладателя. Данная тема вызывает живой общественный интерес и является важной для многих российских и иностранных предприятий, работающих на российском рынке или планирующих выход на него.

АЕБ убеждена, что параллельный импорт противоречит долгосрочным интересам России, не способствует дальнейшему развитию российской промышленности, импортозамещению и локализации производств, не отвечает интересам российских потребителей товаров. При рассмотрении вопроса о параллельном импорте необходимо иметь взвешенный и объективный подход, комплексно оценивая целый ряд существенных аспектов, а не руководствоваться краткосрочными интересами отдельных участников рынка.

В настоящий момент в Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) ведется подготовка проекта изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) от 29 мая 2014 года, который предусматривает исключения из регионально-го принципа исчерпания прав в отношении отдельных товаров. Также обсуждаются предложения по порядку, критериям отбора отдельных видов товаров, в отношении которых предполагается вводить эти исключения. По сути это означает частичную легализацию параллельного импорта. С другой стороны, обсуждения ведутся и в ФАС России, которая предлагает поэтапный переход на международный принцип исчерпания прав, и легализовать параллельный импорт в отношении ряда товаров.

АЕБ считает важным заявить, что мы не поддерживаем легализацию параллельного импорта как полностью, так и частично (посредством «пилотных проектов»). АЕБ полагает, что проводить такие «эксперименты» крайне рискованно, особенно в условиях экономического кризиса.

Отмечаем, что в Российскую Федерацию инвесторы пришли при режиме регионального принципа исчерпания прав (полного запрета параллельного импорта) и любые изменения могут привести к пересмотру их планов. Кроме того, очевидные сложности в администрировании возможных исключений из существующего режима регионального принципа исчерпания прав, либо полный переход к международному принципу исчерпания прав содержит в себе высокие коррупционные риски, что также негативно скажется на бизнес-среде.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ О ПАРАЛЛЕЛЬНОМ ИМПОРТЕ

Для обеспечения баланса интересов правообладателя и прав других лиц в рамках Договора о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) от 29 мая 2014 года (Приложение 26. Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности, далее – Протокол), членом которого является Россия, предусмотрен региональный принцип исчерпания прав. Так, в п. 16 Протокола говорится о том, что «не является нарушением исключительного права на товарный знак, товарный знак Союза использование этого товарного знака, товарного знака Союза в отношении товаров, которые были правомерно введены в гражданский оборот на территории любого из государств-членов непосредственно правообладателем товарного знака и (или) товарного знака Союза или другими лицами с его согласия».

Статья 1229 Гражданского Кодекса РФ (ГК РФ) устанавливает, что на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации признается исключительное право. Данное исключительное право, являясь так называемой «легальной монополией», позволяет правообладателю по своему усмотрению использовать результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, запрещать или разрешать другим лицам их использование. При этом отсутствие запрета не считается согласием. В соответствии со статьей 1227 ГК РФ, интеллектуальные права не зависят от права собственности на вещь, в которой выражены соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление прав на такой результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. Как отмечает Конституционный Суд РФ¹, запрещение правообладателем использования его интеллектуальной собствен-

¹ См., например: Определения Конституционного Суда РФ от 20.12.2001 г. N 287-О и от 22.04. 2004 г. № 171-О.

ности другими лицами направлено на реализацию ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации («Интеллектуальная собственность охраняется законом») и ограничивает права хозяйствующих субъектов в той мере, в какой это необходимо в целях защиты здоровья, прав и законных интересов других лиц. Соответственно, использование другими лицами результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без согласия правообладателя является незаконным и влечет гражданско-правовую, административную и уголовную ответственность.

Ввоз в Россию товара с нанесенным на него товарным знаком, с целью введения товара в хозяйственный оборот, является самостоятельным способом использования этого товарного знака. При этом запрещение такого способа использования товарного знака направлено на соблюдение международных обязательств России в области охраны интеллектуальной собственности в соответствии с Конституцией РФ².

До принятия четвертой части ГК РФ национальный принцип был закреплен в ст. 23 ФЗ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от 1992 г. В 2002 г. были приняты изменения, и ранее действовавший международный принцип исчерпания прав был заменен на национальный. Указанные изменения, а также последовавшее за ними в 2006 году принятие четвертой части ГК РФ (ст. 1487 ГК РФ), свидетельствуют о поэтапном прогрессивном развитии российского законодательства по защите прав интеллектуальной собственности. Возврат к международному принципу исчерпания прав будет означать возврат в прошлое, станет отрицательным примером нестабильности российского законодательства для международных правообладателей-инвесторов, многие из которых локализовали производство в России и рассчитывали на высокий уровень защиты своих интеллектуальных прав при принятии соответствующих решений.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

Что касается международного опыта применения принципа исчерпания права, то например, в Европейском Союзе, как и в Евразийском экономическом союзе, действует региональный принцип исчерпания прав³. Практически нигде параллельный импорт не разрешен в безусловном порядке: даже в США, на которые часто ссылаются сторонники разрешения параллельного импорта, отсутствует международный принцип исчерпания прав в чистом виде. Более того, в последнее время американская «доктрина первой продажи» подвергается существенному пересмотру, в том числе и в сфере авторских прав⁴.

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22.04.2004 г. № 171-О.

³ Ст. 7 Директивы Совета ЕС «О сближении законодательства стран-членов в области торговых знаков» от 21 декабря 1988 г. (89/104/ЕЕС).

⁴ См. дела, рассмотренные Верховным Судом США, например, дело *Quality King Distributors Inc., v. Lanza Research International Inc.*, 1998; дело *Costco Wholesale Corporation v. Omega, S.A.*, 2010 и др.

Антимонопольное законодательство о параллельном импорте Федеральный закон «О защите конкуренции» (п/п 4 п. 1 ст. 14) устанавливает запрет на недобросовестную конкуренцию, под которой, кроме прочего, понимается продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности.

Попытки охарактеризовать действия правообладателей и российских правоохранительных органов, направленные на борьбу с параллельным импортом и защиту прав на интеллектуальную собственность, как монополизм и недобросовестную конкуренцию являются подменой понятий, так как в рассматриваемом контексте объектом легальной монополии является не сам товар, а результаты интеллектуальной деятельности, в частности товарные знаки, которыми он маркирован. Следовательно, действия правообладателя легальной монополии (исключительного права) по защите своих прав не являются и не могут являться нарушениями антимонопольного законодательства, что также подтверждается положениями самого п. 4 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции», а легальная монополия правообладателя в отношении объектов интеллектуальной собственности сама по себе не исключает конкуренцию на товарном рынке.

Параллельный импорт ставит правообладателей, их лицензиатов, а также официальных импортеров и дилеров в неравные конкурентные условия с лицами, импортирующими товары без согласия правообладателей. Первые вкладывают значительные усилия и денежные средства в продвижение брендов и товаров на российском рынке, в том числе в локализацию производств, строительство центров клиентского обслуживания, сертификацию и адаптацию товаров, логистику, рекламу, промо-акции, гарантийное и сервисное обслуживание, создание новых рабочих мест и обучение персонала и многое другое, а последние лишь экономически используют готовую инфраструктуру, зачастую применяя «серые схемы» для ввоза товаров в гражданский оборот, и поэтому несут крайне незначительные предпринимательские издержки.

ВВОЗ ТОВАРОВ, МАРКИРОВАННЫХ ТОВАРНЫМИ ЗНАКАМИ, НЕ ДЛЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ЦЕЛЕЙ

Отмечая определенный пробел в законодательстве в отношении вопросов защиты прав на интеллектуальную собственность при ввозе в Российскую Федерацию товаров физическими лицами для семейных, домашних и иных, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, нужд, АЕБ считает, что такие действия не должны расцениваться как нарушения прав правообладателей и влечь за собой ответственность физических лиц. Важно отметить, что в отно-

шении данных товаров в соответствии с п/п 1 п. 2 ст. 328 Таможенного Кодекса Таможенного Союза таможенными органами не применяются меры по защите прав на объекты интеллектуальной собственности.

Вопрос импорта в Россию юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями товаров, маркированных товарными знаками, без согласия соответствующего правообладателя для собственных нужд требует, однако, более осторожного подхода и уточнений в законодательстве. Безусловное предоставление возможности юридическим лицам импорта товаров, маркированных товарными знаками, для собственных нужд без согласия правообладателя может привести к злоупотреблениям – под видом импорта товаров для собственных нужд будут фактически ввозиться товары для последующей перепродажи с нарушением прав правообладателей.

ПАРАЛЛЕЛЬНЫЙ ИМПОРТ = СЕРЫЙ ИМПОРТ

Сложившаяся практика параллельного импорта свидетельствует о том, что параллельные импортеры при ввозе товара на территорию Российской Федерации часто используют различные «серые схемы», чтобы получить ценовые конкурентные преимущества, снижая, таким образом, собственные издержки. Параллельных импортеров называют «серыми импортерами» не только потому, что они нарушают права на интеллектуальную собственность, но и потому, что они далеко не всегда следуют обычным и прозрачным правилам ведения бизнеса, умышленно нарушая законодательство или злоупотребляя пробелами в нем.

Согласно информации таможенных и правоохранительных органов, параллельные импортеры часто недостоверно декларируют товары (занижают их таможенную стоимость, используют заведомо неверные таможенные коды, либо просто заявляют заниженное количество/вес товаров). Ими во многих случаях используются фирмы-однодневки, многочисленные фирмы-посредники, а иногда и просто фиктивные лица с целью ухода от уплаты налогов и сборов. Кроме того, параллельные импортеры очень часто либо незаконно уходят от сертификации товаров, либо используют неточности законодательства, чтобы ее не осуществлять. На примере автомобильной отрасли можно констатировать, что ввозимые параллельными импортерами автотранспортные средства (иногда даже фактически новые) не получают российского «одобрения типа транспортного средства», хотя при этом также выпускаются на дороги общего пользования, не будучи предназначенными для использования в условиях России. Другим примером может быть импорт запасных частей, который, зачастую, производится с наибольшим количеством нарушений (недостоверное декларирование, ввоз фальсифицированной и контрафактной продукции и пр.) ввиду сложности товара (крайне проблематичным представляется отличить оригинальную от контрафактной продукции). Более того, осуществляемый параллельными импортерами ввоз запасных

частей без соблюдения правил перевозки и хранения может привести к порче этого товара с последующими негативными последствиями для потребителя.

Ущерб от «серой» продукции, включая непосредственно параллельный импорт, довольно значительный и вместе с «серым импортом», по разным оценкам, может достигать 3 млрд. долларов.

ИНЫЕ ВИДЫ ЛЕГАЛЬНОГО ИМПОРТА

АЕБ не отрицает возможность существования импорта товаров, приобретаемых у производителя (правообладателя), который, исходя из особенностей ведения бизнеса или особенностей товаров, не ограничивает импорт таких товаров в Россию иными, чем официальный импортер, лицами и дает на это согласие; импорта крупными компаниями (например, крупными розничными сетями) товаров, приобретаемых у производителя (правообладателя), без использования инфраструктуры его официального импортера (лицензиата) в России, поскольку данные организации имеют инфраструктуру, соответствующую требованиям правообладателя и российского законодательства; импорта товаров (например, запасных частей для автомобилей), приобретаемых у поставщиков компонентов для производителя конечных товаров, а не у самого производителя данных конечных товаров, при условии ненарушения прав этих лиц и имеющихся между ними соглашений.

Можно привести и ряд других аналогичных примеров импорта, не нарушающих права на интеллектуальную собственность. Данный импорт не противоправен, и за него не должна устанавливаться какая-либо ответственность. Кроме того, ничто не препятствует российским компаниям, желающим импортировать тот или иной товар в Российскую Федерацию, обращаться к правообладателям с целью получения их согласия. Тем не менее, как показывает практика, такие обращения от недобросовестных параллельных (серых) импортеров никогда не поступают, что лишний раз подтверждает их незаинтересованность в ведении легального бизнеса.

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПАРАЛЛЕЛЬНОГО ИМПОРТА

Деятельность параллельных импортеров не нацелена на долгосрочное развитие бизнеса, поскольку, прежде всего, предопределена спекулятивными возможностями сегодняшнего дня – в большинстве случаев решение об импорте товаров определяется исходя из ситуации на валютном рынке, а также наличием возможности минимизировать накладные расходы. Это, например, подтвердил кризис 2008 г., а также текущая ситуация, когда объем параллельного импорта и деятельность параллельных импортеров в некоторых отраслях упали практически до нуля, поскольку такой бизнес стал менее экономически выгодным, в то время как правообладателям

тели, лицензиаты, официальные импортеры и дилеры приложили максимум усилий к поддержанию бизнеса и сохранению рабочих мест в России.

АЕБ убеждена, что параллельный импорт тормозит локализацию производств иностранных производителей (правообладателей) в России, а также сокращает рынок легально производимых в России товаров. Это, безусловно, не соответствует задачам российского государства по развитию промышленного сектора и переходу от экономики, ориентированной на экспорт сырья и импорт товаров общего потребления, к высокотехнологичной и инновационной экономике.

Легализация ПИ также не будет способствовать реализации политики импортозамещения, в том числе в отношении тех компаний, которые только планируют локализовать производство. Часть внутреннего производства может быть замещена импортом, в том числе, параллельным.

Поскольку параллельный импорт практически всегда сопряжен с импортом товаров с заниженной таможенной стоимостью, он, соответственно, сокращает объем таможенных платежей, налогов и иных отчислений, поступающих в бюджет. Безусловно, самые «серые» формы параллельного импорта (в частности, недостоверное декларирование, использование фирм-однодневок) в еще большей степени отражаются на таких поступлениях.

Также в случае легализации параллельного импорта снижение цен если и произойдет, то будет кратковременным и незначительным, затрагивающим в основном оптовые рынки, за счет недобросовестной конкуренции, непредоставления потребителям всего спектра предусмотренных действующим законодательством о защите прав потребителей услуг.

ПАРАЛЛЕЛЬНЫЙ ИМПОРТ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

Негативные последствия параллельного импорта многогранны и затрагивают права и интересы не только правообладателей и уполномоченных ими лиц, но также права и интересы российских потребителей:

- Параллельные импортеры в большинстве случаев ввозят в Россию товары, либо не предназначенные для нее изготовителями, либо требующие дополнительной адаптации под существующие в России стандарты, не осуществляя таковой. Например, производители автомобилей адаптируют автомобили к эксплуатации в конкретных климатических условиях, к экологическим требованиям, требованиям безопасности и иным стандартам и техническим регламентам, установленным в России. Этого почти никогда не делают параллельные импортеры, которые просто ввозят автомо-

били, не задумываясь о необходимости доработки светового, радиочастотного, климатического и иного оборудования и специальных настроек.

- Параллельные импортеры, а также лица, реализующие ввезенные ими товары, практически никогда не предоставляют дополнительных услуг потребителям, например, продленной гарантии, специальных условий финансирования, специальных программ trade-in автомобилей бывших в употреблении, программ утилизации и т.д. Кроме того, они не осуществляют надлежащее информационное обеспечение и поддержку (например, предоставление информации о товарах на русском языке), не производят гарантийное и сервисное обслуживание (в частности, они отсылают потребителей к официальным импортерам и дилерам, отказываясь удовлетворять требования самостоятельно).
- Параллельные импортеры уклоняются от удовлетворения иных требований, связанных с качеством товаров (например, необоснованно отказывая потребителям в обмене или возврате товара), не наносят маркировку, осуществляют сертификацию товара через недобросовестные сертификационные центры, что создает небезопасные условия для использования российским потребителем электробытовых либо газоиспользующих товаров в будущем, потому что качество тестирования и исследования на предмет соответствия техническим регламентам подобными сертификационными центрами не гарантировано.

ПОСЛЕДСТВИЯ ЛЕГАЛИЗАЦИИ ПАРАЛЛЕЛЬНОГО ИМПОРТА

Легализация параллельного импорта (в частности, отмена национального/регионального принципа исчерпания исключительного права на товарный знак) будет иметь как минимум следующие негативные последствия:

- Ухудшение инвестиционного климата в России: согласно исследованию ГФК-Русь⁵, о снижении инвестиционной привлекательности России в случае легализации «параллельного импорта» заявили 17 компаний из 34 опрошенных крупнейших европейских инвесторов, причем 4 компании собираются полностью свернуть свои инвестиционные программы.
- Предусмотренные Таможенным Кодексом Таможенного союза механизмы защиты прав на интеллектуальную собственность, а также реестры объектов интеллектуальной собственности, которые позволяют бороться с импортом контрафактной продукции, перестанут эффективно функционировать.
- Борьба правоохранительных органов с ввозом на территорию России и дальнейшим оборотом контрафактных товаров, а также товаров, ввозимых с нарушением прав на интеллектуальную собственность, станет практически невозможной, поскольку установить неправомочность использования товарного знака (особенно на этапе ввоза товаров) будет за-

⁵ Далее цифры взяты из Исследования ГФК-Русь «Финансово-экономические последствия либерализации параллельного импорта в России», проведенного по заказу АЕБ в 2013 г.

труднительно (в частности, потому, что контрафактный товар мог быть введен в оборот в иностранном государстве без нарушения в нем прав правообладателя). При этом, ввиду еще недостаточно эффективно работающих механизмов защиты, сами правообладатели не смогут действенно противостоять нарушениям и отстаивать свои права в гражданско-правовом порядке.

- Следует ожидать увеличения ввоза не предназначенных для российского рынка, а также контрафактных товаров, особенно принимая во внимание географическую близость России к некоторым азиатским странам. При этом, соответственно, значительно повысится риск приобретения таких товаров российскими потребителями.
- Развитие добросовестной конкуренции в России, при которой участники рынка, законно и добросовестно развивающие бизнес и инвестирующие в российскую экономику, имеют равные возможности, будет поставлено под вопрос.
- Внутреннее промышленное производство перестанет расти (даже может начать падать), так как компании, производящие товары в России, начнут проигрывать в неравной конкурентной борьбе с параллельными импортерами.
- Существенно возрастет угроза безопасности и здоровью потребителя, а также риск ввоза и последующего приобретения потребителями товаров, не предназначенных для российского рынка.
- Поступления налогов и сборов в российский бюджет, связанные с импортом товаров и их дальнейшим оборотом в России, сократятся.
- Существует риск нарушения норм ВТО в случае дискриминации одних компаний по отношению к другим (например, при осуществлении так называемых «пилотных» проектов, предусматривающих легализацию параллельного импорта в отношении определенной группы товаров).

ПОСЛЕДСТВИЯ ВВЕДЕНИЯ ПАРАЛЛЕЛЬНОГО ИМПОРТА ДЛЯ ОТДЕЛЬНЫХ ИНДУСТРИЙ

Рынок лекарственных препаратов (ЛП), медицинской техники

1. Если лекарственные препараты и медицинская техника будут бесконтрольно завозиться в Россию, это может отрицательно сказаться на безопасности для потребителя. В настоящее время производитель обеспечивает контроль качества и соответствие процесса производства международным стандартам GMP, и если при параллельном импорте он выпадет из цепочки, пострадает потребитель. При введении параллельного импорта будет слишком сложно и дорого организовать надлежащий механизм проверки качества импортируемых лекарственных средств.
2. Сейчас идет также процесс гармонизации норм российского законодательства в области лекарственных препаратов с законодательством ЕАЭС, и легализация параллельного импорта может его затормозить.

3. С учетом больших объемов импорта лекарственных средств могут возникнуть проблемы на таможне: на данный момент соответствующей инфраструктуры нет (лаборатории, органы по контролю качества и проч.), и для ее создания потребуются значительные финансовые средства со стороны государств-членов ЕАЭС. Задержки при выпуске товаров могут привести к перебоям с поставками лекарств.

4. В странах-участницах ЕАЭС налажена эффективная дистрибьюторская сеть, причем на всех участников дистрибьюторской сети накладывается обязательство о сохранении качества продукции, проведении необходимого инструктажа конечных пользователей и поддержания качества и технического соответствия во время эксплуатации (для медицинских изделий). Представители производителя регулярно проводят аудит качества. Параллельный импортер, не являясь частью системы качества производителя, не несет ответственности за передачу продукции потребителю и конечному пользователю в надлежащем виде.

Рынок автомобильных запчастей

1. На данном рынке в настоящий момент наблюдается сильная межбрендовая конкуренция.
2. При легализации параллельного импорта прогнозируется рост недобросовестной конкуренции (например, за счет снижения «издержек» на гарантийное обеспечение, техническое освидетельствование и сертификацию, рекламу и т.п.).
3. Прогнозируется увеличение поставок параллельного импорта через так называемые офшорные зоны, что приведет к снижению налоговых сборов в пользу государства и к неоправданно низким (демпинговым) ценам на запчасти на территории ЕАЭС. Как следствие – падение заинтересованности производителей, в частности, к российскому рынку, который переживает не лучшие времена в связи с кризисом, снижением покупательной способности населения и падением продаж.
4. Произойдет значительное увеличение ввоза на территорию России контрафакта, в частности, под видом ПИ: как показало исследование, проведенное компанией ГФК-Русь, наибольшую долю контрафактной продукции ожидают представители компаний-производителей автозапчастей – до 30–50%. При изменении режима исчерпания прав ими будет утрачена возможность контролировать ввоз контрафактных товаров.
5. Вследствие легализации параллельного импорта ожидается сокращение рабочих мест в производстве автозапчастей и сервисном обслуживании техники (20–60% в зависимости от отрасли).
6. При легализации параллельного импорта уровень инвестиций в РФ снизится на 30–50% в зависимости от отрасли.

Наибольшее сокращение произойдет в автомобильной промышленности – около 60–70%.

7. Легализация параллельного импорта приведет к отсутствию гарантии надлежащего качества товаров. «Неуполномоченные» параллельные импортеры не будут отвечать за гарантийное и послегарантийное обслуживание, а также техническое состояние импортируемых запчастей, поскольку это не будет находиться в сфере их финансовых интересов.

В целом легализация параллельного импорта неминуемо ударит по привлекательности российского рынка, приведет к снижению объемов дальнейших инвестиций в экономику и объемов легально поставляемых и производимых товаров – со всеми вытекающими негативными последствиями.