

## Проблема предмета “налога на болванки” в ЕС и России

Производители и импортеры большинства стран мира с определенных реализуемых ими оборудования и материальных носителей с функцией записи и хранения информации платят в пользу правообладателей так называемый “налог на болванки”. Этот “налог”, в конечном счете, возмещается производителями и импортерами путем включения этого “налога” в цену продажи. В конечном счете, этот “налог” уплачивают потребители. Производителям и импортерам оборудования не доставляет удовольствия не только платить этот налог, но и тратить ресурсы на его расчет и выплату. Поэтому некоторые из них тратят приличные суммы на судебные споры, пытаясь оспорить вообще свою обязанность платить обязательное вознаграждение за копирование в личных целях в пользу правообладателей. Вот один из таких результатов спора в Суде Европейского союза и будет рассмотрен в данной статье, а именно – с какого оборудования “налог на болванки” следует уплачивать. В России нет законодательных оснований для подобного спора, но вот проблема предмета “налога на болванки”, тем не менее, присутствует. Она тоже будет затронута в этой статье.

Под “налогом на болванки” обыкновенно понимается вознаграждение, собираемое в интересах правообладателей за свободное воспроизведение определенных объектов интеллектуальной собственности в личных целях с оборудования с функцией записи и хранения информации. В этой статье “налог на болванки” будет иметь то же самое значение – обязательное вознаграждение за свободное копирование в личных целях. Как правило, обязанность уплачивать такое вознаграждение возлагается на производителей и импортеров такого оборудования. Цель “налога на болванки” заключается в компенсации наносимого копированием в личных целях ущерба правообладателям. Предметом “налога на болванки” является оборудование, с которого выплачивается вознаграждение за копирование в личных целях. На первый взгляд все просто и не должно вызывать каких-либо вопросов или обуславливать каких-либо проблем. Если только недовольство производителей и импортеров оборудования.

Но если абстрагироваться от экономической составляющей механизма и правового регулирования выплаты обязательного вознаграждения за копирование в личных целях, то можно столкнуться с некоторыми вопросами, ответы на которые будут еще более интересными, чем сами вопросы, и могут скорее усложнить, но не упростить,

законодательное регулирование “налога на болванки”. Чтобы не превращать данную статью в исследование и рассматривать пускай и не все, а только самые интересные, вопросы, автор счел нужным сосредоточиться только на рассмотрении вопроса о предмете “налога на болванки”, иными словами, с какого оборудования вознаграждение за копирование в личных целях подлежит уплате в соответствии с общим законодательством ЕС и законодательством Российской Федерации. Как ни странно, “налог на болванки” не должен уплачиваться со всего оборудования, а только с того, которое используется для копирования в личных целях. Но так как производители и импортеры были выбраны в качестве ответственных лиц за уплату этого “налога” не случайно – они первыми выпускают продукцию на внутренний рынок, а размер налога все равно будет включен в конечную стоимость продукта – то при детальном рассмотрении вопроса о “налогооблагаемом” оборудовании возникает другой вопрос – каким образом определять какое оборудование будет использоваться для копирования в личных целях?

Для ответа на вопрос с какого оборудования следует уплачивать налог на болванки в соответствии с общим законодательством ЕС было выбрано дело Padawan<sup>1</sup>. Оно довольно старое и рассматривалось уже более пяти лет назад. Оно не только повлияло на практику сбора вознаграждения за копирование в личных целях в ЕС, но и до сих пор механизм его реализации вызывает недовольство, хотя бы потому, что многие производители и импортеры оборудования, устройств и носителей, с которых они уплачивают сбор, до сих пор сетуют на то, что не могут либо вернуть вовремя уже уплаченный ими “налог”, либо платят больше должного. С влиянием интернета на распространение развлекательного контента изменилось и отношение к “налогу на болванки”, по той простой причине, что потребители контента чаще используют так называемые облачные технологии или технологии, позволяющие не копировать контент на устройство потребителя. В некоторых странах, как например, в Италии, Германии, Финляндии, при расчете подлежащей уплате суммы “налога” уже исключаются копии, сделанные с первой, приобретенной по запросу пользователем, цифровой копии<sup>2</sup>. Целесообразность самого “налога” была поставлена под сомнение. Заинтересованы в этом, в большей степени, сами производители и импортеры. Когда и к какому решению, устраивающему большинство, придут все заинтересованные стороны можно долго гадать, а пока “налог” актуален и закон требует его уплаты, рассмотрим основной вопрос о “налогооблагаемом” оборудовании в ЕС и России.

---

<sup>1</sup> C-467/08 – Padawan, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-467/08>

<sup>2</sup>

[http://www.kondrin.com/en/docs/draft\\_impact\\_assessment\\_on\\_the\\_modernisation\\_of\\_EU\\_copyright\\_acquis.pdf](http://www.kondrin.com/en/docs/draft_impact_assessment_on_the_modernisation_of_EU_copyright_acquis.pdf)

Для начала будет рассмотрено дело Padawan. Учитывая, что для любого юриста для решения юридических вопросов важнее всего первоисточник, автор данной статьи счел более целесообразным привести перевод документов суда по рассмотренному делу. Сделано это было намеренно, не только с целью объективности рассмотрения вопроса о “налогооблагаемом” оборудовании, но и привести логическое обоснование принятого судом решения. Именно поэтому для начала будет приведено применяемое до рассмотрения дела в европейском суде законодательство, регулирующее сбор “налога”, без его последующих изменений, затем будет вкратце приведено рассмотрение дела национальным судом, после этого будет приведено мнение генерального адвоката (Advocate General) Verica Trstenjak, а затем уже и решение самого суда. Мнение генерального адвоката и решение суда приводятся отдельно. Несмотря на то, что выводы адвоката и суда во многом схожи, тем не менее, в позиции адвоката и суда есть очень важные различия. Новое законодательство рассматриваться не будет, так как целью данной статьи является только рассмотрение вопроса о “налогооблагаемом” оборудовании, почему нужно взимать налог только с определенного оборудования. Хотя следовало бы отметить, что в результате в Испании было принято решение<sup>3</sup> выплачивать правообладателям компенсацию за копирование в личных целях из государственного бюджета.

### Дело Padawan

#### Законодательство Испании до рассмотрения дела

Согласно статье 17 сборника законодательства по интеллектуальной собственности (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; ‘TRLPI’), “автору принадлежат исключительные права на эксплуатацию своих произведений вне зависимости от их формы и, в особенности, право на воспроизведение... которые не могут осуществляться без его согласия, за исключением случаев, указанных в этом законодательстве”. Следующие статьи относительно права на воспроизведение касаются других обладателей исключительных прав. В статье 18 TRLPI содержится определение воспроизведения: “фиксация произведения на носителе, делающим возможным сообщение произведения и создание копии целого произведения или его части”. В соответствии со статьей 5(2)(b) директивы 2001/29, статья 31(1)(2) TRLPI предусматривала воспроизведение опубликованных произведений без согласия их авторов для “личного использования копирующим, без ущерба статьям 25 и 99(a) этого законодательства, при условии, что это использование копии не являлось коллективным или не преследовало цели извлечения прибыли”.

---

<sup>3</sup> [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14904](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14904)

В статье 25 TRPLI содержались подробные правила, регулирующие компенсацию, причитающейся обладателям исключительных прав, в отношении воспроизведения исключительно для личного использования. Эта компенсация и являлась “налогом”, она должна была быть справедливой и выплачиваться только один раз. “Налог” должен был налагаться на производителей и импортеров оборудования и носителей, а также на “оптовиков и ритейлеров, как последующих приобретателей соответствующей продукции” (статья 25(4)(a) TRPLI) и должен был собираться обществами по коллективному управлению правами на интеллектуальную собственность (статья 25(7) TRPLI).

Существовал специальный порядок одобрения размера суммы компенсации Министерством Культуры совместно с Министерством Индустрии, Туризма и Торговли. Прежде всего, обществам по коллективному управлению правами и промышленным ассоциациям, представляющим интересы основных лиц, ответственных за выплату этой компенсации, предоставлялось четыре месяца как для определения видов оборудования, устройств и носителей, с которых выплачивается справедливая компенсация за копирование в личных целях, так и для определения размера выплачиваемой суммы для каждого соответствующего случая. Затем, спустя три месяца после анонсирования достигнутого соглашения, или после истечения четырехмесячного периода в случае отсутствия достигнутого соглашения, Министерство Культуры и Министерство Индустрии, Туризма и Торговли обязаны были утвердить список оборудования, устройств и носителей, с которых должен выплачиваться “налог”, и размер суммы “налога” для каждого соответствующего случая (статья 25(6) TRPLI).

В связи с этим закон обязывал учитывать ряд критериев: (a) размер фактически нанесенного ущерба обладателям прав на интеллектуальную собственность в результате воспроизведения для личных целей; (b) степень использования оборудования, устройств и носителей для копирования в личных целях; (c) объем информации в количественном выражении, который могут хранить оборудование, устройства и носители, используемые для копирования в личных целях; (d) качество сделанных копий; (e) доступность, степень применения и эффективность технических мер защитного характера; (f) как долго может храниться воспроизведенный материал; и (g) сумма компенсации, взимаемая с соответствующих оборудования, устройств и носителей, должна быть экономически пропорциональна их конечной розничной цене (статья 25(6) TRPLI).

С целью применения вышеуказанных положений, министерским приказом № 1743/2008 от 18 июня 2008 приводился список оборудования, устройств и носителей с функцией цифрового воспроизведения, с которых надлежало выплачивать компенсацию за копирование в личных целях, а

также указывалась сумма компенсации, выплачиваемая в отношении каждого продукта каждым ответственным за выплату лицом.

Компания Padawan (далее Padawan) продавала CD-R, CD-RW, DVD-R и MP3 плееры. SGAE, испанское общество по коллективному управлению правами на интеллектуальную собственность, потребовало от Padawan уплаты налога на копирование в личных целях в соответствии со статьей 25 СТИР за период с 2002 по 2004 гг. Компания Padawan отказалась платить на том основании, что применение данного сбора на цифровые носители, не принимая во внимание цель, для которой они предназначались (личное копирование или иная профессиональная или коммерческая деятельность), противоречит директиве 2001/29/ЕС. Решением от 14 июня 2007 года, суд Барселоны полностью удовлетворил иск SGAE и в соответствии с решением суда Padawan был обязан выплатить 16 759.25 евро вместе с процентами. Padawan с этим решением не согласился и подал апелляцию.

После надлежащих консультаций со сторонами и офисом прокурора о целесообразности обращения за предварительным судебным решением, провинциальный суд Барселоны решил приостановить рассмотрение дела и направить следующие вопросы Европейскому Суду для вынесения предварительного решения:

1. Влечет ли за собой концепция “справедливой компенсации”, закрепленная в статье 5(2)(b) Директивы 2001/29/ЕС, гармонизацию, независимо от права каждого государства-участника выбирать систему сбора вознаграждений, которую оно считает подходящим для целей реализации права на справедливое вознаграждение владельцев исключительных прав, затронутых принятием исключений и ограничений относительно копирования в личных целях?

2. Вне зависимости от системы, используемой каждым государством-участником, для расчета справедливого вознаграждения, обязана ли эта система гарантировать справедливый баланс между вовлеченными лицами, правообладателями, затронутыми исключениями для копирования в личных целях, кому компенсация причитается, с одной стороны, и лицами, прямо или косвенно ответственными за уплату компенсации, с другой стороны, и определяется ли этот баланс основанием для справедливого вознаграждения, заключающийся в том, что ущерб правообладателей, возникающий из копирования в личных целях, нивелируется исключением?

3. В тех случаях, когда государство-участник делает выбор в пользу системы выплат вознаграждений или отчислений с цифровых оборудования, устройств или носителей, в соответствии с целью, преследуемой статьей 5(2)(b) Директивы 2001/29 и контекстом этого положения, обязано ли взимание (справедливого вознаграждения за копирование в личных целях) непременно соответствовать

предполагаемому использованию такого оборудования и носителей для копирования, охватываемого исключением для копирования в личных целях, в результате которого взимание вознаграждения было бы обосновано в случаях презумпции использования оборудования, устройств или носителей с функцией цифрового воспроизведения исключительно для копирования в личных целях и ни для чего иного?

4. Если государство-участник принимает систему “налога” на копирование в личных целях, то соответствует ли концепции “справедливой компенсации” взимание этого “налога” с предприятий и лиц, занимающихся профессиональной деятельностью, приобретающих оборудование и носители с функцией цифрового воспроизведения для целей, отличных от копирования в личных целях?

5. Может ли принятая государством Испания система применения “налога” на копирование в личных целях, без различия ко всем видам оборудования, устройств и носителей с функцией цифрового воспроизведения, нарушать директиву 2001/29/ЕС, постольку, поскольку отсутствует достаточная взаимосвязь между справедливым вознаграждением и обосновывающим его ограничением права на копирование в личных целях, так как в большей степени это применяется к различным ситуациям, при которых ограничение прав, обосновывающее компенсацию, не существует?

Хотя истец, общество по коллективному управлению правами SGAE, придерживался того мнения, что обращение в Европейский Суд за предварительным решением недопустимо. По его мнению, это очевидно, что компенсация за копирование в личных целях является всего лишь предметом минимальной гармонизации. В директиве 2001/29 не содержится ни методов, в соответствии с которыми должна рассчитываться справедливая компенсация за копирование в личных целях, ни перечня оборудования, устройств и носителей, продажа которых является основанием для возникновения обязательства выплаты справедливой компенсации, ни конкретных обстоятельств, при которых платеж должен взиматься.

Правительства некоторых стран представили суду результаты своих наблюдений, так как решение суда могло обусловить изменение законодательства государств-участников ЕС. Правительство Соединенного Королевства, правительство Франции и ответчик придерживались того мнения, что взыскание “налога” с предприятий или лиц, занимающихся профессиональной деятельностью, приобретающих оборудование, устройства и носители с функцией цифрового воспроизведения для целей отличных от копирования для личного использования, противоречит концепции “справедливой компенсации”. Согласно мнению правительства Финляндии, если государства-участники выбрали систему “налога” в отношении оборудования, устройств и

носителей с функцией цифрового воспроизведения, то воздерживаться от “налогообложения” в случае их использования исключительно в профессиональных целях будет обоснованным.

### Правовая оценка генерального адвоката

Если обратиться к истории составления директивы 2001/29, то можно прийти к выводу, что концепция “справедливой компенсации”, содержащаяся в статье 5(2)(b), подразумевалась как “новая концепция”, требующая от Совета, в отсутствие правового определения в предложении Комиссии, определения руководящих принципов ее применения. Эти руководящие принципы можно найти в пункте 35 декларативной части директивы. Из этого следует, что намерение законодательства сообщества заключалось во введении новой концепции на уровне сообщества таким образом, чтобы не было связи с уже существующими концепциями в международном законодательстве об интеллектуальной собственности или законодательствах об интеллектуальной собственности государств-участников. Благодаря этому, концепция “справедливой компенсации” (“fair compensation”) несколько отличается от концепции “соразмерного вознаграждения” (“equitable remuneration”, “angemessenen Vergütung”), используемой в статьях 5 и 8(2) директивы 2006/115 и возникшей в международном законодательстве об интеллектуальной собственности и дословно заимствованной правовой системой Сообщества.

Следовательно, выбор новой концепции для компенсации автора в случае копирования в личных целях, в свете истории ее формулирования, необходимости ее дальнейшего развития, ее автономии по отношению к государствам-участникам и международной терминологии, а также объекта гармонизации директивы 2001/29, был сделан законодателем Сообщества с учетом уже существующих национальных законодательств, разработанных в различных правовых традициях государств-участников. В тоже время можно предположить предвидение необходимости в концепции настолько универсальной и гибкой, насколько это возможно, концепции, способной совершенствоваться в свете постоянных критических анализов, зависящих от технической и экономической эволюций.

Формулировка статьи 5(2)(b) ясно указывает на тот факт, что ограничение в отношении копирования в личных целях зависит от “справедливой компенсации”. С точки зрения семантики эта концепция предполагает наличие определенного баланса между конфликтующими интересами. Поэтому, можно сделать вывод, что справедливый характер этой компенсации должен быть достигнут, как правильно заметило правительство Великобритании, посредством сбалансирования интересов правообладателя и пользователя.

Формальная характеристика лица, ответственного за уплату компенсации, не позволяет в какой-либо мере по смыслу статьи 5(2)(b) директивы 2001/29 отождествить физическое лицо, получающее выгоду от использования правила копирования в личных целях. В качестве отправной точки следует рассматривать физическое лицо, а не лицо, ответственное за уплату компенсации. Поскольку пользователь должен нести материальное бремя компенсации в соответствии с основным принципом *cuius commoda, eius incommoda*, его интересы тоже должны учитываться при достижении баланса интересов. Это более точно соответствует намерению законодателя Сообщества, выраженного в пункте 31 декларативной части директивы.

Статья 5(2)(b) директивы 2001/29 не определяет, кто фактически обязан платить. Пункт 35 декларативной части директивы также не помогает с интерпретацией. В определенных обстоятельствах, ответственным за уплату лицом может быть только сам пользователь. Также следует принять во внимание, что в системе одновременно выплачиваемой суммы компенсации в виде “налога” – как предписано законодательством Испании – на дилерах и импортерах в соответствии со статьей 25(4)(a) TRLPI лежит прямая ответственность за выплату такой компенсации, а поскольку этот налог, в конечном счете, обычно возлагается на пользователей, то пользователь и платит этот налог при покупке. Таким образом, как отметило правительство Германии, действие этого положения на дилеров и импортеров нейтрально. Пока они обязаны выплачивать единовременную сумму компенсации авторам, они не будут нести ущерба, так как, в конечном счете, возмещение уплаченных сумм будет осуществляться посредством пользователей включением “налога” в цену покупки. В этом отношении, в интересах ответственного за выплату компенсации лица было бы некорректно рассматривать его в качестве отправной точки в системе “налога” на копирование в личных целях. Однако это не означает, что при определенных обстоятельствах таким лицам нельзя придать особого значения, к примеру, когда они защищают интересы пользователя.

Цель “справедливой компенсации” в соответствии со смыслом статьи 5(2)(b) директивы 2001/29 не заключается в компенсации автора за нелегальные действия, заключающиеся в воспроизведении произведений и иных объектов интеллектуальной собственности без соответствующего полномочия. Существует только требование компенсации за копирование в личных целях, при условии, что такое копирование разрешено в соответствии с законодательством государств-участников. Сам факт наличия широко распространенного нарушения исключительных прав автора на воспроизведение, как например, в интернете посредством так называемых “P2P” (peer-to-peer) (пиринговых) сетей, не может являться ни основанием для статьи 5(2)(b) директивы 2001/29, ни причиной гарантии



баланса между интересами правообладателя и пользователя. Сделанные таким образом нелегальные копии в большинстве случаев служат коммерческим целям. Во всяком случае, такие копии не служат целям “личного пользования” в соответствии со смыслом статьи 5(2)(b) директивы 2001/29 и поэтому ограничение на них не распространяется.

Право на “справедливую компенсацию” в соответствии со смыслом статьи 5(2)(b) директивы 2001/29, как корректно заметило правительство Германии, в первую очередь имеет характер вознаграждения. Это очевидно из первого предложения пункта 10 декларативной части, в соответствии с которой если авторы или исполнители продолжают свою творческую деятельность, они должны получать “соответствующее вознаграждение” за использование результатов их творческой деятельности. Из пункта 35 декларативной части ясно следует, что “справедливая компенсация” также должна быть классифицирована как один из видов вознаграждения. Согласно этому пункту, в определенных случаях исключений и ограничений, правообладатели должны получать справедливую компенсацию с целью адекватного компенсирования использования их защищенных законом произведений или иных объектов интеллектуальной собственности.

С другой стороны нельзя согласиться с национальным судом Барселоны и однозначно юридически классифицировать правовую концепцию “справедливой компенсации” как непосредственное требование возмещения ущерба. Разумеется, исключительное право на воспроизведение, закрепленное в статье 2 директивы 2001/29, является юридическим выражением интеллектуальной собственности автора. Поэтому, исключение для этого права или его ограничение, в соответствии со статьей 5(2)(b) директивы, может рассматриваться как посягательство на осуществление этого фундаментального права, защищенного законодательством Сообщества. Тем не менее, это не означает, что критерий ущерба должен быть обязательно взят за основу для определения справедливой компенсации. Директива всего лишь позволяет применять ущерб или убыток в качестве руководящего принципа, но не делает его обязательным критерием.

Таким образом, из второго предложения пункта 35 декларативной части директивы следует, что при определении формы, подробных деталей и возможной верхней планки такой справедливой компенсации должны приниматься в расчет определенные обстоятельства каждого случая; при оценке этих обстоятельств “ценным критерием” мог бы быть возможный ущерб правообладателю. Это в свою очередь предполагает, как точно отметило правительство Испании, что возможный ущерб не должен рассматриваться как единственный или решающий критерий для определения справедливой компенсации, но вместо этого он является одним из критериев, которые государства-участники могут взять за основу

для определения справедливой компенсации. К этому могут быть добавлены дополнительные критерии, перечисленные в пункте 35 декларативной части директивы, как например получение платежа в несколько иной форме, степень использования мер технической защиты или минимальный характер понесенного ущерба. Тем не менее, нельзя полагать, что этот список является исчерпывающим.

Концепцию “справедливой компенсации”, закрепленной в статье 5(2)(b) директивы 2001/29 следует понимать как платеж правообладателю, который, принимая во внимание все обстоятельства разрешенного копирования в личных целях, является соответствующим вознаграждением за использование его охраняемого законом произведения или иного объекта интеллектуальной собственности.

В соответствие со статьей 5(2)(b) директивы 2001/29 исключение или ограничение может рассматриваться как допускаемая правом сообщества форма конфликта с исключительным правом правообладателя на воспроизведение и в данном случае, это положение директивы требует в обязательном порядке компенсацию автору. В тех случаях, когда государство-участник приводит соответствующую часть своей национальной правовой системы в соответствие с этим положением, создание физическим лицом копии для личного пользования должно рассматриваться как отдельное нарушение права, которое, при условии наличия дополнительных критериев, предписанных статутом, дает основание для возникновения права правообладателя на финансовую компенсацию. В этом отношении, без сомнения, между созданием копии в личных целях и должным платежом существует необходимая взаимосвязь. Этот механизм функционирует вне зависимости от того, как организована в деталях соответствующая система государства-участника по сбору компенсации за копирование в личных целях и финансируется ли она, к примеру, посредством “налога”. С другой стороны, требования наличия этой взаимосвязи не должны быть столь категоричны, не обязательно требовать только фактического использования соответствующих устройств для копирования в личных целях. Скорее наоборот, достаточно и потенциального использования.

Практически невозможно эффективно отследить копирование физическими лицами в своих личных целях и на основе этого собрать статистические данные о точном количестве созданных личных копий. Поэтому, следует предположить в качестве общего правила, что правообладатель не в состоянии выяснить, было ли и в каких масштабах осуществлено воспроизведение в личных целях. Таким образом, прямое взимание платы с пользователя должно быть исключено по практическим соображениям. Выплачиваемая правообладателю единовременная сумма вознаграждения, которая взаимосвязана с предполагаемым использованием устройств и носителей с функцией хранения информации,

преодолевают практические трудности объективным способом: производитель, импортер или дилер устройства или носителя с функцией хранения информации, обычно использующихся для воспроизведения, напрямую выплачивает единовременную сумму, которая требуется в качестве вознаграждения за копирование в личных целях в интересах всех правообладателей. По общему правилу фактический пользователь не является субъектом платежного обязательства. При всем при этом следует учитывать, что единовременная сумма все равно ложится на плечи приобретателя устройства или носителя с функцией хранения информации, то есть, в конечном счете, на пользователя посредством цены покупки. В результате этого, вознаграждение практически взаимосвязано с обычным фактическим использованием устройства или носителя с функцией хранения информации для копирования в личных целях.

Принцип исключения законом объективной пригодности оборудования для копирования в личных целях в определенной мере основан на статутной презумпции, что по всей вероятности покупатель воспользуется возможностями оборудования и осуществит копирование в личных целях. Таким образом, обеспечивается наличие достаточной взаимосвязи при условии, что эта презумпция не опровергнута конкретным доказательством обратного. Эта статутная презумпция учитывает требуемую статьей 5(2)(b) директивы 2001/20 взаимосвязь между осуществлением права, с одной стороны, и справедливой компенсацией, с другой. Вследствие этого, метод расчета вознаграждения правообладателя в виде единовременной суммы должен в принципе рассматриваться как совместимый с законодательством Сообщества.

Взятие “налога” без различия со всего оборудованием, не учитывая должным образом тот факт, что вследствие присущих определенной сфере деятельности факторов назначение приобретаемого устройства не всегда заключается в копировании для личного использования, противоречит статье 5(2)(b) директивы 2001/29. Это не будет уже являться “справедливой компенсацией” по смыслу этого положения, тем более что пункт 35 декларативной части директивы предписывает государствам-участникам при определении формы, подробных деталей и возможной верхней планки такой справедливой компенсации принимать во внимание конкретные обстоятельства в каждом случае. Кроме того, в законодательстве, не учитывающем такие конкретные обстоятельства, может отсутствовать требуемая статьей 5(2)(b) директивы 2001/29 взаимосвязь между нарушением пользователем права и корреспондирующей ему финансовой компенсацией правообладателю. Основным требованием для компенсации правообладателю является воспроизведение “физическим лицом для личного пользования и для целей, прямо или косвенно не являющихся коммерческими”.

Обременение “налогом”, компенсацией за копирование в личных целях, всех предпринимателей не имеет под собой оснований, потому что, прежде всего, все копии для личного пользования должны быть сделаны “физическим лицом”, таким образом, воспроизведение “предпринимателем” (юридическим лицом или физическим лицом, осуществляющим индивидуальную профессиональную деятельность) не является основанием для компенсации за копирование в личных целях, по крайней мере, на основании формулировки. Тем не менее, даже если посмотреть на ситуацию с фактической точки зрения, если воспроизведение должно быть осуществлено физическим лицом, к примеру, сотрудником компании, то, отнесение осуществленного воспроизведения к ответственности компании вызвало бы вопросы, подлежащие компетенции суда, по которым невозможно вынести неоспоримое решение. С другой стороны, копия, за которую следует платить “справедливую компенсацию”, в любом случае должна предназначаться для “личного пользования определенного физического лица”, как косвенно следует из духа и цели положения статьи 5(2)(b) директивы 2001/29. Поэтому, создание личной копии для использования юридическим лицом, к примеру, следует исключать, поскольку это подразумевает использование копии несколькими физическими лицами.

Тем не менее, даже если воспроизведение рассматривать исключительно как основание для справедливой компенсации, то тогда фактические условия для применения статьи 5(2)(b) не были бы соблюдены. Это положение ясно исключает любой тип копирования для коммерческих целей, вне зависимости от того, будь это для легальных целей (к примеру, создание так называемых копий backup, резервных копий) или для нелегальных коммерческих целей (к примеру, музыкальное пиратство). В тех случаях, когда компании или лица, занимающиеся индивидуальной профессиональной деятельностью, “однозначно приобретают для целей, отличных от копирования для личного использования”, то устройства с функцией цифрового воспроизведения и носители с функцией хранения информации, к примеру, для профессиональной деятельности, не охватываются ограничением, закрепленным в статье 5(2)(b). Соответственно, финансовое вознаграждение для правообладателей при подобных обстоятельствах выходило бы за рамки директивы 2001/29, требующей, на самом деле, гарантию “справедливой компенсации”.

Статья 5(2)(b) ясно предписывает условия, при которых правообладатель имеет право на вознаграждение. Более того, что касается лица, ответственного за выплату вознаграждения, то оно может быть точно установлено исходя из духа и цели положения закона: в случае сомнения – это пользователь, кто извлекает выгоду из правила копирования в личных целях. Исходя из этого, следует предположить, что

статья 5(2)(b) содержит исчерпывающую норму законодательства Сообщества о “справедливой компенсации” за копирование в личных целях, которая не позволяет государствам-участникам – по крайней мере, в той степени, в какой это касается копирования в личных целях – в одностороннем порядке расширять круг ответственных лиц и включать в него компании и лица, занимающиеся индивидуальной профессиональной деятельностью, приобретающие устройства и носители с функцией цифровой записи для осуществления профессиональной деятельности, а не для копирования в личных целях.

Поэтому, предоставленное правообладателям вознаграждение, собранное в результате взимания “налога” без различия с компаниями и лицами, занимающихся индивидуальной профессиональной деятельностью, на основании правила копирования в личных целях, в любом случае не является “справедливой компенсацией” по смыслу статьи 5(2)(b) директивы 2001/29. Система компенсации за копирование в личных целях, финансируемая налогом, в свою очередь, по практическим соображениям определяет “справедливую компенсацию” как единовременную сумму, что, в свете широких полномочий государств-участников по существу соответствует директиве 2001/29.

Тем не менее, национальная легислатура должна гарантировать безусловную защиту требуемой статьей 5(2)(b) директивы 2001/29 корреляцию между нарушением исключительных прав правообладателя на воспроизведение и корреспондирующей ему финансовой компенсацией. В случаях отсутствия требуемой корреляции, например, в силу применения соответствующего “налога” в широком масштабе в различных ситуациях, при которых нет ограничения прав, являющихся основанием для финансовой компенсации, вознаграждение, предоставленное правообладателям, в любом случае не будет являться “справедливой компенсацией” в соответствии со статьей 5(2)(b) директивы 2001/29. Поэтому национальная система, предусматривающая “налог” на копирование в личных целях на все оборудование, устройства и носители, нарушает статью 5(2)(b) директивы 2001/29 в той степени, в какой она не соответствует требуемой корреляции между справедливой компенсацией и ограничением права на копирование в личных целях, обосновывающее компенсацию, в силу применения “налога” в больших масштабах в ситуациях, при которых отсутствует ограничение прав, являющееся основанием для компенсации.

## Решение дела судом

### Первый вопрос

Следует принять во внимание, что в соответствии со статьей 5(2)(b) директивы 2001/29 государства-участники, решившие ввести в свое национальное законодательство исключение для копирования в личных целях, должны предусмотреть выплату правообладателям “справедливой компенсации”. Вначале следует отметить, что ни статья 5(2)(b) ни какое-либо иное положение директивы 2001/29 не указывает на национальное законодательство государства-участника относительно концепции “справедливой компенсации”. Концепция “справедливой компенсации”, содержащаяся в положении директивы и не содержащая никакого указания на национальные законодательства, должна рассматриваться как автономная концепция права Европейского Союза и интерпретироваться единообразно на территории всего Европейского Союза. Принимая во внимание вышесказанное, ответ на первый вопрос заключается в том, что концепция “справедливой компенсации”, в рамках статьи 5(2)(b) директивы 2001/29, является автономной концепцией права Европейского Союза и должна интерпретироваться единообразно во всех государствах-участниках, законодательство которых предусматривает исключение для копирования в личных целях, независимо от предоставленного им права определять, в установленных законодательством ЕС пределах и в особенности указанной директивы, форму, детально предписанный порядок финансирования и сбора, а также предел “справедливой компенсации”.

### Второй вопрос

Во-первых, относительно критерия понесенного автором ущерба, применяемого при расчете справедливой компенсации, из пунктов 35 и 38 декларативной части директивы 2001/29 явствует, что цель справедливой компенсации заключается в “адекватной” компенсации авторов за использование их охраняемых законом произведений без соответствующего полномочия с их стороны. Чтобы определить предел этой компенсации, следует брать в расчет, как “оценочный критерий”, “возможный ущерб”, понесенный автором в результате такого действия как воспроизведение, невзирая на предубеждение, что “минимальный” не дает основания для возникновения обязательства выплаты вознаграждения. Таким образом, исключение для копирования в личных целях должно включать в себя систему “компенсации понесенного правообладателем ущерба”.

Из этих положений становится очевидным, что определение и предел справедливой компенсации взаимосвязаны с ущербом, который несет автор вследствие воспроизведения для личных целей его охраняемого законом произведения без его полномочия. С этой точки зрения справедливая компенсация должна рассматриваться как

возмещение понесенного автором ущерба. Из этого следует, что справедливая компенсация обязательно должна рассчитываться на основе критерия ущерба, причиненного авторам охраняемых законом произведений посредством введения исключения для копирования в личных целях. Копирование физическими лицами, действующими как частные лица для личных нужд, должно рассматриваться как действие, наиболее вероятно наносящее ущерб автору копируемого произведения. Из этого следует, что лицо, нанесшее ущерб владельцу исключительного права на воспроизведение, является тем лицом, которое, для своего личного использования, воспроизводит охраняемое законом произведение без получения предварительного полномочия на это у правообладателя. Поэтому, в принципе, это лицо должно возместить ущерб, нанесенный копированием в личных целях, посредством финансирования компенсации, которая должна быть уплачена правообладателю.

Однако, учитывая, что на практике достаточно сложно идентифицировать всех физических лиц, то есть пользователей, и наложить на них обязанность компенсировать нанесенный правообладателям ущерб, а также, учитывая тот факт, что возникающий при каждом отдельном личном использовании, взятом по-отдельности, ущерб может быть минимальным и поэтому основание для обязанности выплаты денежной суммы не возникает, как указано в пункте 35 декларативной части директивы 2001/29, государства-участники могут, по своему усмотрению, установить “налог на копирование для личного пользования” с целью финансирования справедливой компенсации, взимаемой не с физических лиц, которых это касается, а с тех, у кого есть оборудование, устройства и носители с функцией цифрового воспроизведения, и кто, в силу закона или факта, делает предметы “налогообложения” доступными физическим лицам, то есть пользователям, или кто предоставляет им, физическим лицам – пользователям, сервис по копированию. В соответствии с этой системой, “налог на копирование в личных целях” должен взиматься с лиц, владеющих “предметом налогообложения”, но не с физических лиц.

Следует также обратить внимание на то, что, во-первых, деятельность лиц, ответственных за финансирование справедливой компенсации, а именно заключающаяся в предоставлении физическим лицам доступа к оборудованию, устройствам и носителям с функцией воспроизведения, или в предоставлении им сервиса по копированию, является фактическим необходимым условием для создания личных копий физическими лицами. Во-вторых, ничто не мешает ответственным за выплату компенсации включить сумму “налога” на копирование в личных целях в стоимость, взимаемую за предоставление доступа к оборудованию, устройствам и носителям или в стоимость предоставляемого сервиса по копированию. Таким образом, в конечном

счете, бремя “налога” будет нести физическое лицо, осуществляющее покупку. В подобных обстоятельствах, физическое лицо, для которого сделали доступным оборудование, устройство или носитель с функцией воспроизведения, или физическое лицо, являющееся выгодоприобретателем сервиса по копированию, фактически должно рассматриваться как лицо, косвенно ответственное за выплату справедливой компенсации. Соответственно, поскольку эта система позволяет лицам, ответственным за выплату компенсации, переложить стоимость “налога” на плечи физических лиц и поскольку последние принимают на себя бремя “налога” на копирование в личных целях, эту систему следует рассматривать как совместимую со “справедливым балансом” между интересами авторов и пользователей объектов интеллектуальной собственности, охраняемых законом.

Учитывая все рассмотренные предыдущие соображения, ответ на второй вопрос будет следующим. Статья 5(2)(b) директивы 2001/29 должна быть интерпретирована в том смысле, что “справедливый баланс” между лицами, к которым он относится, подразумевает, что справедливая компенсация должна рассчитываться на основе критерия ущерба, причиненного авторам охраняемых законом произведений посредством введения исключения для копирования в личных целях. Это соответствует требованиям “справедливого баланса” в предоставлении лицам, владеющим оборудованием, устройствами и носителями с функцией цифрового воспроизведения, и которые на этом основании, в силу закона или факта, делают такие оборудование, устройства или носители доступными физическим лицам или предоставляют им сервис по копированию, и являются ответственными за финансирование справедливой компенсации, возможности переложить ответственность финансирования на физических лиц.

### Третий и четвертый вопросы

Третий и четвертый вопросы подлежат совместному рассмотрению. С самого начала следует учитывать, что описанная в решении система финансирования справедливой компенсации соответствует требованиям “справедливого баланса” только в том случае, если оборудование, устройства и носители с функцией цифрового воспроизведения, к которым это относится, подлежат использованию для копирования в личных целях и, поэтому, вероятнее всего обусловят ущерб автору охраняемого законом произведения. Поэтому, учитывая эти требования, необходимо наличие взаимосвязи между применением “налога” на копирование в личных целях к оборудованию, устройствам и носителям с функцией цифрового воспроизведения и их использованием для копирования в личных целях. Следовательно, применение “налога” на копирование в личных целях без



различия ко всем видам оборудования, устройств и носителей с функцией цифрового воспроизведения, включая и отдельно перечисленные в решении национального суда, приобретаемых не только физическими лицами для целей, не имеющих ничего общего с копированием для личного использования, противоречит статье 5(2) директивы 2001/29.

С другой стороны, в тех случаях, когда оборудование было сделано доступным физическим лицам для их личных целей, нет необходимости доказывать, что они фактически сделали копии для личного пользования при помощи этого оборудования и поэтому нанесли ущерб автору защищенного законом произведения. Справедливо предполагать, что такие физические лица полностью извлекают выгоду из доступного им оборудования, то есть можно считать, что они в полной мере воспользуются функциями этого оборудования, включая копирование. Из этого следует, что факт, что это оборудование или устройства могут делать копии, уже сам по себе является достаточным основанием для применения “налога” на копирование в личных целях, при условии, что оборудование или устройства были сделаны доступными физическим лицам как частным лицам. Такое толкование подтверждается формулировкой пункта 35 декларативной части директивы 2001/29. Согласно этой формулировке, оценочным критерием для определения предела справедливой компенсации является не только “ущерб” как таковой, но и “возможный” ущерб. “Возможность” причинения ущерба автору защищенного законом произведения зависит от выполнения предварительного условия, которое заключается в том, что оборудование или устройства, позволяющие копировать, были сделаны доступными физическим лицам и фактическое создание копий этими физическими лицами обязательным не является.

Учитывая все рассмотренные предыдущие соображения, ответ на третий и четвертый вопросы будет следующим. Статья 5(2)(b) должна быть истолкована в том смысле, что необходимо наличие взаимосвязи между применением “налога”, предназначенного финансировать справедливую компенсацию, к оборудованию, устройствам и носителям с функцией цифрового воспроизведения и предполагаемым использованием “предметов налогообложения” с целью копирования для личных нужд. Следовательно, огульное применение “налога” на копирование в личных целях, в особенности к оборудованию, устройствам и носителям с функцией цифрового воспроизведения, не доступных физическим лицам и, несомненно, не предназначенных для копирования в личных целях, противоречит директиве 2001/29.

#### Пятый вопрос

Национальный суд, задавая пятый вопрос, хотел прояснить, соответствует ли директиве 2001/29 принятая Королевством Испания система “налога” на копирование в личных целях, взимаемого без разбора со всех видов оборудования, устройств и носителей с функцией цифрового воспроизведения, несмотря на то, что они используются. За исключением вопросов невыполнения обязательств, суд не принимает решение относительно соответствия положений национального законодательства положениям законодательства Европейского Союза. Это находится в сфере компетенции национальных судов, и в случае необходимости, суд может предоставить разъяснение по применению и толкованию права по запросу национального суда в порядке предварительного решения. Поэтому, в свете предоставленных ответов на первый, второй, третий и четвертый вопросы, национальный суд должен определить соответствует ли испанская система “налога” на копирование в личных целях директиве 2001/29. Следовательно, суду нет необходимости отвечать на пятый вопрос.

Как видно, правовая оценка генерального адвоката не только исчерпывающим образом отвечает на самый главный для этой статьи вопрос – почему нельзя взимать “налог” со всего оборудования с функцией записи и хранения информации, но и достаточно ясно обосновывает ответ. Налог является “справедливой компенсацией” правообладателям за наносимый им ущерб копированием в личных целях. В тех случаях, когда копирования в личных целях нет, основания для справедливой компенсации нет, а значит, и нет основания для взимания “налога”. То есть оборудование может использоваться для копирования, но не для личных целей, а только для профессиональных, следовательно, справедливое вознаграждение за копирование в личных целях с этого оборудования взимать нельзя, нет основания. Не смотря на то, что Padawan выиграл дело, проблема предмета “налогообложения” осталась. Вопрос, – каким образом определять цели использования оборудования с функцией записи и хранения информации, – остался без ответа. Не говоря уже про то, кто должен этим заниматься. На уровне ЕС? На национальном уровне? Производители или импортеры?

Для реализации решения суда требуются специальные правила, позволяющие на основании объективных факторов определить предназначение оборудования, с какими целями оно будет использоваться. Вероятно, отчасти руководствуясь этим решением суда, Антонио Виторино предложил собирать вознаграждение за копирование в личных целях при помощи ритейлеров<sup>4</sup>. Сумма “налога” включалась бы в

---

4

[http://www.kondrin.com/en/docs/vitorino\\_recommendations\\_on\\_private\\_copying\\_and\\_reprography\\_levies\\_en.pdf](http://www.kondrin.com/en/docs/vitorino_recommendations_on_private_copying_and_reprography_levies_en.pdf)

стоимость оборудования и указывалась бы на чеке. Таким образом, физическое лицо знало бы, сколько оно платит правообладателю. Ритейлер, в свою очередь, отчитывался бы о количестве проданных (не находящихся на реализации всего товара) единиц оборудования и сумму, подлежащую уплате в качестве “налога на болванки”. А если ритейлер не отчитался, то уплачивает сумму за все оборудование. Но реализация этой идеи сопряжена с трудностями практического характера. Во-первых, штат организации, ответственной за сбор “налога” пришлось бы увеличить, что привело бы к большим административным затратам. Во-вторых, не всегда оборудование приобретается оптом для профессиональных целей. Чтобы учесть и этот факт, пришлось бы еще предписывать процедуру возврата “налога”. А это еще больше потребует материальных и людских ресурсов. Тем не менее, у этой идеи есть большой плюс. В розницу приобретают большей частью физические лица для личного пользования. Для профессионального пользования можно было бы предусмотреть возможность приобретения оборудования напрямую у производителя или импортера в индивидуальном порядке.

Что самое интересное, в России не только законодательно закреплен “налог на болванки”, но и остается без решения аналогичный вопрос – каким образом определять предназначение оборудования с функцией записи и хранения информации? Иными словами – для профессиональных или для личных целей будет предназначаться оборудование. Отечественная легислатура изначально внесла ясность в отношении того, за что и кому именно следует платить обязательное вознаграждение за копирование в личных целях. Российским производителям или импортерам, в отличие от Padawan, нет необходимости доказывать, что налог должен уплачиваться только с того оборудования, которое используется для копирования в личных целях. Но, не забегая вперед, для начала следует рассмотреть отечественное законодательство для того чтобы понять, почему нет сомнений в отношении того, кто и за что должен платить, а проблема, которой в принципе быть не должно, существует – определение предназначения использования оборудования. На первый взгляд может показаться, что проблема надуманная. Но ведь если производители или импортеры будут платить обязательное вознаграждение со всего оборудования, вместо того, чтобы платить с того, что будет использоваться для личных целей, то это будет не только нарушением той части законодательства, которая относится к предмету “налога на болванки”, но и сбором денежных средств, которые не имеют к “налогу на болванки” никакого отношения.

Итак, с самого начала. Как регулируется выплата и сбор вознаграждения в личных целях в России? IV часть гражданского кодекса Российской Федерации (далее по тексту ГК РФ) предоставляет авторам,

исполнителям и изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительное право на воспроизведение, предоставляющее им возможность контролировать определенный вид использования соответствующих объектов интеллектуальной собственности. Статья 1245 содержит исключение для создания копий фонограмм или аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях – *“Авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений принадлежит право на вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях”*. За копирование в личных целях, к примеру, музыкальных произведений вознаграждения не полагается. Причем существующий порядок распределения собранного вознаграждения вполне позволяет учитывать интересы не только изготовителей фонограмм, но и издателей или авторов. Ведь может получиться так, что один написал музыкальное произведение, другой написал текст, а третий, используя музыкальное произведение и текст, записал фонограмму. Почему изготовитель фонограммы и исполнитель имеют право на вознаграждение, а авторы – нет? Получается дискриминация правообладателей. Ведь для создания фонограммы, при наличии исключительного таланта, как минимум необходим текст или аранжировка.

Далее, статья 1245 ГК РФ предполагает создание копий физическими лицами – *“исключительно в личных целях”*. Иными словами, только физические лица имеют право создавать копии фонограмм или аудиовизуальных произведений для собственного пользования. Праву физических лиц корреспондирует обязанность уплаты вознаграждения за создание личных копий. Согласно пункту 1 статьи 1245 ГК РФ *“такое вознаграждение имеет компенсационный характер и выплачивается правообладателям за счет средств, которые подлежат уплате изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей... ”*. Значит, субъектами финансового обязательства являются изготовители и импортеры оборудования и материальных носителей, а не физические лица. Российская легислатура, так же как и европейская, исходила из практических соображений, ведь копирование в личных целях точно и достоверно отследить невозможно, а значит, посчитать точную сумму компенсации за все созданные личные копии с практической точки зрения также не представляется возможным. Ведь изготовители и импортеры все равно включают сумму “налога” в стоимость оборудования или носителей и в конечном итоге пользователь, физическое лицо, заплатит этот “налог”. Таким образом, вознаграждение, уплачиваемое за копирование в личных целях, в соответствии с Российским законодательством, является компенсацией правообладателям за воспроизведение физическими лицами фонограмм и аудиовизуальных

произведений без получения соответствующего разрешения правообладателя.

Закон, ГК РФ, исключает “налогообложение” оборудования и носителей, используемых для целей, отличных от копирования для личного пользования. Статья 1245 не предписывает, когда именно вознаграждение за копирование в личных целях следует уплачивать – сразу по факту изготовления и последующего учета готовой продукции, по факту перехода к импортеру права собственности на товар или после реализации продукции производителем или импортером, то есть с момента перехода права собственности на оборудование или носители от производителя или импортера к приобретателю? Следовательно, положение статьи 1245 об обязанности изготовителей и импортеров оборудования и материальных носителей выплачивать вознаграждение за копирование в личных целях не противоречит положению той же статьи о праве физических лиц на копирование в личных целях, поскольку не возможно с определенной точностью определить момент возникновения обязательства уплаты вознаграждения. Исключение составляет лишь пункт 4 статьи 1245, в соответствии с которым из “налогообложения” исключается оборудование, не предназначенное для использования в домашних условиях. К примеру, ЭВМ или запоминающее внутреннее устройство может использоваться как для профессиональных целей, в том числе для предпринимательской деятельности, так и для домашних, личных.

Итак, подводя небольшой промежуточный итог из анализа положений статей ГК РФ, можно с уверенностью определить за свободное воспроизведение каких объектов интеллектуальной собственности следует выплачивать обязательное вознаграждение производителям или импортерам оборудования или носителей. Это фонограммы и аудиовизуальные произведения в соответствии с первым предложением первого пункта статьи 1245. Для централизованного сбора этого вознаграждения закон, в соответствии со статьей 1244 ГК РФ, позволяет наделять организацию по управлению правами на коллективной основе исключительным полномочием на осуществление деятельности по сбору “налога на болванки”. Иными словами, ГК РФ определяет за что (свободное воспроизведение в личных целях), кто (производители или импортеры) и кому (аккредитованная организации по коллективному управлению) должен платить “налог на болванки”. Проведенная в соответствии с законом аккредитация наделяет организацию по коллективному управлению правами исключительным полномочием на сбор вознаграждения за копирование в личных целях.

Без механизма реализации предоставленного полномочия, само исключительное полномочие бесполезно. В самом ГК РФ не содержится положений, регулирующих механизм сбора налога. В соответствии с

абзацем вторым пункта 1 статьи 1245 ГК РФ “перечень оборудования и материальных носителей, а также размер и порядок сбора соответствующих средств утверждаются Правительством Российской Федерации”. Следовательно, Правительство РФ предписывает, как нужно собирать “налог на болванки”, но оно не может расширить или, наоборот, ограничить объем полномочий аккредитованной организации. Вот соответствующее постановление Правительства РФ и осталось вкратце рассмотреть.

Постановление Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 года № 829 “О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях” содержит не только перечень оборудования и материальных носителей, с которых следует уплачивать “налог на болванки”, но и положение о сборе, распределении и выплате вознаграждения авторам, исполнителям и изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений. Заголовок постановления гласит о “вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений”, а в положении о распределении и выплате авторам, исполнителям и изготовителям фонограмм, утверждаемом этим же постановлением, в пункте 2 указываются получатели этого вознаграждения. В соответствии с этим пунктом получателями вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях являются авторы (авторы произведений, зафиксированных в фонограммах, и авторы аудиовизуальных произведений), исполнители (исполнители, исполнение которых зафиксировано в фонограммах, и исполнители, исполнение которых зафиксировано в аудиовизуальных произведениях), изготовители фонограмм и изготовители аудиовизуальных произведений, чьи исключительные права действуют (признаются) на территории Российской Федерации в соответствии со статьями 1256, 1321 и 1328 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - получатели). Что следует из этого пункта. Во-первых, включая в число получателей вознаграждения авторов произведений, зафиксированных в фонограммах, положение противоречит постановлению Правительства РФ, которое утверждает это положение, противоречит пункту 1 статьи 1245 ГК РФ, где указывается, что вознаграждение собирается за свободное воспроизведение фонограмм, а не музыкальных произведений, и статье 1273, в соответствии с которой “допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение гражданином при необходимости и исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения”, исключения, предусмотренные пунктом 1 этой статьи, не имеют отношения к “налогу на болванки”. Во-вторых, на вознаграждение имеют право не только

российские правообладатели, но и те правообладатели, права которых признаются на территории Российской Федерации.

Ну и наконец, самое главное – предмет “налогообложения” в соответствии с постановлением Правительства РФ. Начнем сначала с изготовителей. Порядок выплаты налога на болванки изготовителями регулируется “Положением о сборе средств для выплаты вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, подлежащих уплате изготовителями оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения”. В соответствии с этим положением из-под “налогообложения” исключаются *“оборудование и материальные носители, которые являются предметом экспорта”*, а также профессиональное оборудование, не предназначенное для использования в домашних условиях. Под профессиональным оборудованием положение подразумевает *“оборудование, которое в силу своих конструктивных особенностей и потребительских свойств не используется для удовлетворения личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности”*. Статья 2 ГК РФ под предпринимательской деятельностью подразумевает *“самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке”*, то есть профессиональная деятельность, не направленная на извлечение прибыли, как например, благотворительность, и даже не преследующая личных целей, в силу постановления относится к личному использованию. Закрепленный положением критерий, в соответствии с которым то или иное оборудование должно облагаться “налогом на болванки” или должно быть исключено из “налогообложения”, не учитывает требование статьи 1245 ГК РФ, согласно которой вознаграждение уплачивается только за воспроизведение в личных целях. Ведь определенное оборудование, которое используется для удовлетворения личных нужд, может также легко использоваться и для удовлетворения профессиональных нужд, что в свою очередь не принимается во внимание положением.

Пункт 3 положения разъясняет значение некоторых очень важных понятий. Одним из них является определение “реализации оборудования или материальных носителей”, что подразумевает “передачу на возмездной или безвозмездной основе изготовителем оборудования и материальных носителей права собственности на них другому лицу”. А важно оно потому, что пункт 6 этого же положения предписывает, что **“уплата средств для выплаты вознаграждения осуществляется изготовителями оборудования и материальных носителей по итогам**

каждого отчетного периода исходя из цены на реализованные оборудование и материальные носители, определяемой в соответствии с настоящим Положением, а также количества единиц реализованных оборудования и материальных носителей за истекший отчетный период в срок не позднее 10-го числа месяца, следующего за отчетным периодом”. Это означает, что изготовитель, в соответствии с этим положением должен уплатить “налог на болванки” со всего реализованного оборудования, что противоречит статье 1245 ГК РФ, так как не учитывается главный критерий - воспроизведение в личных целях, то есть в итоге изготовитель может уплатить не только обязательное вознаграждение за копирование в личных целях, но и ту сумму, которая не является этим вознаграждением, и которую аккредитованная организация не имеет оснований требовать.

Теперь рассмотрим вкратце “Положение о сборе средств для выплаты вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, подлежащих уплате импортерами оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения”. Так же как и положение для изготовителей, это положение исключает из “налогообложения” профессиональное оборудование, “не предназначенное для использования в домашних условиях”. Под профессиональным оборудованием также понимается оборудование, “которое в силу своих конструктивных особенностей и потребительских свойств не используется для удовлетворения личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности”. Ранее уже было приведено положение статьи 2 ГК РФ об определении предпринимательской деятельности, и, так же как и в положении для изготовителей, в этом положении профессиональная деятельность, не направленная на извлечение прибыли, как та же самая благотворительность, и даже не преследующая личных целей, в силу постановления относится к личному использованию. И опять же, закрепленный этим положением критерий, точно такой же, как и указанный в положении для изготовителей оборудования и материальных носителей, не учитывает требование статьи 1245 ГК РФ, согласно которой вознаграждение уплачивается только за воспроизведение в личных целях.

В соответствии с пунктом 6 этого положения “сумма средств для выплаты вознаграждения, подлежащая уплате импортером (декларантом), рассчитывается посредством умножения размера средств для выплаты вознаграждения на таможенную стоимость единицы оборудования и материальных носителей, а также на количество единиц импортируемых оборудования и (или) материальных носителей”. Придерживаясь списка оборудования и материальных носителей, который не учитывает главное положение статьи 1245 ГК РФ –



воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях – импортер фактически вынужден платить вознаграждение и с того оборудования или материальных носителей, с которых он платить не должен, а аккредитованная организация не имеет полномочий или оснований требовать его уплаты.

Как следует из положений рассмотренного выше Постановления Правительства РФ, у производителя или импортера нет возможности проверить, и тем более обосновать, для какой цели оборудование или материальные носители приобретаются, особенно, если товар приобретается посредником для последующей его реализации в розницу или малыми партиями. Выплата налога в процентном соотношении к стоимости оборудования аккредитованной организации со всего товара, вне зависимости от того, кто им будет пользоваться, не является вознаграждением за копирование в личных целях и противоречит статье 1245 ГК РФ в той части, в какой уплаченная сумма не является вознаграждением за копирование в личных целях. Возможно, следует принять во внимание идею уплаты “налога на болванки” ритейлерами, предоставив при этом возможность приобретать оборудование или материальные носители не для личных целей напрямую у производителей или импортеров оборудования?

Подводя общий итог можно убедиться в том, что, несмотря на простой ответ – с какого оборудования нужно взимать “налог на болванки” – установить критерии для определения целей использования этого оборудования, не так просто. Ведь критерий должен не только соответствовать положению закона, закрепляющего исключение, но и не вызывать сомнений при его толковании и применении. Более того, даже то оборудование, которое потребители приобретают для личного пользования, как например, позволяющие хранить цифровые медиа файлы телефоны, не всегда используется для хранения фонограмм или аудиовизуальных произведений, так как эту функцию могут теперь выполнять специально созданные для этого сервисы. При этом технологии позволяют избегать создания целой временной копии в памяти устройства пользователя с тем, чтобы пользователь при помощи специальных программ не скопировал, к примеру, прослушанный трек из временной памяти устройства к себе в библиотеку файлов для постоянного хранения. А создание временной копии фонограммы в соответствии со статьей 1317, к примеру, не является воспроизведением фонограммы.

Не ставят ли новые технологии под сомнение целесообразность самого налога на болванки? Или может быть следовало бы реформировать сам механизм сбора, распределения и выплаты собранного обязательного вознаграждения за копирование в личных целях? Пока все заинтересованные стороны не придут к оптимальному и

соответствующему действующему законодательству решению, производители и импортеры рискуют переплачивать “налог на болванки”.