

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ**  
**Совета при Президенте Российской Федерации**  
**по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства**  
**по проекту федерального закона № 419059-7**  
**«О цифровых финансовых активах»**

Проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» (далее – Проект) направлен на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) Государственно-правовым управлением Президента Российской Федерации (письмо от 22 марта 2018 г. № А6-2863).

Проект внесен в Государственную Думу группой депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации.

Проект находится на стадии предварительного рассмотрения.

Согласно пояснительной записке к Проекту его целями являются законодательное закрепление в российском правовом поле определений наиболее широко распространенных в настоящее время финансовых активов, создаваемых и/или выпускаемых с использованием цифровых финансовых технологий, а также создание правовых условий для привлечения российскими юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями инвестиций путем выпуска токенов, являющихся одним из видов цифровых финансовых активов.

По результатам рассмотрения Проекта Совет приходит к следующим выводам.

1. Положения Проекта в области гражданского законодательства не имеют самостоятельного предмета регулирования.

Разработчики Проекта за ключевой критерий для обособления гражданско-правового регулирования принимают определенную технологию взаимодействия между участниками оборота. Однако использование в отношениях определенной технологии недостаточно для их обособления. В таком случае форма начинает определять содержание правовых институтов,

что очевидно приведет к противоречиям на практике и станет серьезным препятствием на пути развития технологий.

В частности, подобное происходит с понятием «цифровой финансовый актив». Оно определяется как «имущество в электронной форме». Однако у понятия «электронная форма» есть самостоятельное правовое содержание. Возможно, разработчики Проекта пытались подчеркнуть сферу существования рассматриваемых объектов – цифровое пространство. Однако такое дополнение совершенно излишне, поскольку локализация объектов не является признаком, определяющим правовую сущность, и не может выступать критерием для выделения новых понятий в законодательстве. Аналогичные противоречия содержит понятие «цифровой транзакции». Данное определение является частным проявлением понятия «сделки», закрепленного в статье 153 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Из текста Проекта, а также пояснительной записки к нему не следует, что закрепление данного понятия является необходимым, поэтому его введение в законодательство будет способствовать расщеплению существующих гражданско-правовых институтов на множество понятий, исходя из второстепенных критериев.

Наибольшей зависимости от формы подверглось содержание такого понятия как «смарт-контракт». Как следует из пояснительной записки к Проекту, предлагается законодательно закрепить новый вид договора, заключаемого в электронной форме, – смарт-контракт, исполнение обязательств по которому осуществляется с использованием цифровых финансовых технологий. Тем самым разработчики Проекта относят смарт-контракт к самостоятельной разновидности договора.

Однако в таком случае возникает вопрос, как к смарт-контракту будут применяться правила о договоре, который заключен как смарт-контракт (например, правила о договоре поставки)? Можно провести аналогию с приобретением проездного билета в автомате, при котором волеизъявление выражается конклюдентными действиями. Ошибочным было бы полагать,

что в данном случае технические характеристики конкретного оборудования определяют условия договора. Задача автомата состоит только в том, чтобы способствовать его исполнению.

Более того, предлагаемое в Проекте регулирование имеет экономическую направленность и не добавляет ничего нового к правовой квалификации отношений с использованием криптовалюты и токенов, а потому в рамках данного Проекта представляет необоснованное удвоение в правовом регулировании.

Одновременно закрепление понятий, используемых в Проекте, в отдельном законе способствует фрагментации единых по своей природе правоотношений, которые относятся к сфере гражданского оборота и поэтому должны включаться непосредственно в ГК РФ с учетом уже существующей системы регулирования.

2. Предлагаемое разработчиками Проекта регулирование в области гражданского права противоречит действующим положениям ГК РФ.

Вновь обратимся к понятию «цифровой финансовый актив».

Во-первых, разработчики Проекта, делая родовым понятие «имущество», должны были обосновать недостаточность регулирования, предусмотренного в статье 128 ГК РФ в части создания правовой основы для оборота криптовалюты и токенов, или провести соотношение с ней. Более того, криптовалюта и токены, не являясь объектами абсолютных или относительных прав, имеют определенную имущественную ценность и могут быть оборотоспособными. В доктрине криптовалюту относят к категории «иное имущество». Несмотря на то, что подобная квалификация вряд ли делает рассматриваемые отношения менее неопределенными, пояснительная записка должна содержать обоснование, почему такое решение не является эффективным.

Во-вторых, ошибочно использование термина «право собственности» применительно к криптовалюте и токенам, так как объектом права собственности может являться только индивидуально-определенная вещь.

Признание вещных прав на нематериальные объекты создаст непоследовательность в гражданско-правовом регулировании.

Еще больше противоречий порождает понятие «майнинг». При использовании данного понятия разработчики Проекта полностью меняют признаки предпринимательской деятельности, которые закреплены в статье 2 ГК РФ. Согласно данной норме деятельность будет являться предпринимательской, если она самостоятельная, осуществляется на свой риск и направлена на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. В Проекте предлагается определять деятельность в качестве предпринимательской через лимиты энергопотребления. Однако лимиты энергопотребления, или другие мощности, используемые в обеспечении какой-либо деятельности, не могут быть конституирующим признаком для отнесения к предпринимательской, а являются лишь косвенными ее свидетельствами. Закрепление на законодательном уровне подобных критериев способно породить множество несправедливых решений и ошибочных квалификаций. О неоднозначности избранного критерия также свидетельствует попытка разработчиков Проекта установить продолжительность и верхний предел превышения лимитов энергопотребления. Помимо указанных недостатков, невозможно обосновать, почему именно три месяца повышенного энергопотребления однозначно указывают на предпринимательский характер деятельности. Кроме того, сложно представить, как будет воплощаться на практике контроль данного параметра и применяться санкции, учитывая тот факт, что пользователи при создании криптовалюты выступают анонимно. К тому же стоит обратить внимание на то, что такие глобальные изменения требуют серьезного, в том числе политико-правового обоснования. Однако в пояснительной записке не приводится вообще никакого адекватного обоснования для изменения критериев предпринимательской деятельности, закрепленной в ГК РФ.

3. Целесообразность введения регулирования, не противоречащего гражданскому законодательству, вызывает сомнения.

3.1. В частности, вызывает сомнения квалификация майнинга в качестве предпринимательской деятельности, так как структура данных отношений не является одинаковой. Представляется преждевременным относить к предпринимательской любую подобную деятельность, вне зависимости от критериев, предусмотренных гражданским законодательством.

Так, пользователь, действующий самостоятельно, имеет очень низкие шансы получить вознаграждение (соло майнинг). В то время как их объединение в группу (пул майнинг, облачный майнинг) может косвенно свидетельствовать о направленности на извлечение прибыли, однако не всегда имеет самостоятельный характер. В зависимости от того, определяется ли результат получения прибыли исключительно или преимущественно случайным событием, рассматриваемые отношения могут быть отнесены к игре. Так, для создания нового блока данных в системе Bitcoin необходимо порядка десяти минут. Пользователям заранее неизвестно, получают ли они прибыль после десяти минут использования их вычислительной мощности или нет. Если в течение этого времени им не удастся создать новый блок данных в цепочке, они не получают вознаграждения и их вложения будут потеряны (все или ничего).

Получении прибыли в таком случае зависит от события, наступление которого неизвестно. Данная квалификация исключает предпринимательский характер деятельности, поскольку она не зависит от целенаправленности действий пользователя, степени его мастерства и стремления извлечь прибыль, а основана на удаче и иррациональных ожиданиях. Несмотря на то, что предприниматель также не может быть уверенным в получении прибыли, условия для этого находятся в зоне его контроля.

Пользователь может повысить вероятность получения прибыли с помощью увеличения вычислительной мощности своего оборудования,

однако он не может повлиять на работу системы в целом, так как сложность необходимых вычислений для создания нового блока данных постоянно корректируется. Следовательно, высокая вычислительная мощность не предопределяет точности: какой компьютер (пользователь) в итоге создаст блок, остается непредсказуемым.

Таким образом, невозможно предопределить предпринимательский характер определенного вида деятельности в федеральном законе, так как реально складывающиеся отношения могут быть куда разнообразнее вплоть до того, что майнинг будет являться лотереей.

3.2. Представляется ошибочной правовая квалификация токена. Токен является цифровым легитимационным знаком, который хранится в распределенном реестре данных. Он может служить различным целям и иметь множество функциональных проявлений.

1) Токен может выступать в качестве предоставления за услуги, оказываемые участниками сети. Например, токены Bitcoin и Ether выполняют функцию вознаграждения участникам за поддержание работы сети и проверке операций, совершаемых внутри нее.

2) Токен может предоставлять своим держателям права на участие в управлении сетью, в частности на изменение протокола, лежащего в ее основе. Например, при использовании алгоритма подтверждения Proof-of-Stake токены резервируются на счетах участников для подтверждения корректности последующих операций и выполняют функцию обеспечительного платежа.

3) Токен может фиксировать право на физический объект, например, автомобиль или золотые слитки. Тем самым он будет представлять ценность за пределами соответствующей сети.

4) Токен может удостоверяет право требование. Например, долю участия в компании или лицензионные права.

5) Токен может являться средством привлечения финансирования. В данном случае токены удостоверяют право на участие в будущей прибыли.

В Проекте закреплено общее понятие токена, хотя из его содержания следует, что имеются в виду только один вид токенов: средство привлечения финансирования. Об этом же говорят и правила о создании ISO, закрепленные в последующих статьях. Кроме того, с развитием рынка высока вероятность появления новых разновидностей токенов. Тем самым постоянное внесение изменений в законодательство не будет способствовать эффективному регулированию. Проект предлагает общее определение, не учитывая то, насколько широко может использоваться данный инструмент, а также специфические риски, возникающие в различных сферах.

3.3. Проект относит токены и криптовалюты к цифровым финансовым активам, но остается неясным как эти понятия соотносятся между собой. В определенных случаях токен может являться криптовалютой. В такой ситуации положения Проекта нельзя признать полноценными.

4. Проект без надлежащего обоснования ограничивает оборот цифровых финансовых активов.

Проект вводит значительные ограничения по обороту цифровых финансовых активов. В частности, Проектом ограничивается возможность совершения сделок по обмену цифровых финансовых активов на рубли или иностранную валюту. Все подобные сделки должны осуществляться через операторов обмена цифровых финансовых активов, которыми могут быть только юридические лица, которые созданы в соответствии с законодательством Российской Федерации и осуществляющие виды деятельности, указанные в статьях 3, 4 и 5 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», или юридические лица, являющиеся организаторами торговли в соответствии с Федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах». Пункт 1 статьи 3 Проекта содержит указание на то, что максимальная сумма, на которую лица, не являющиеся квалифицированными инвесторами, могут приобрести токены будет установлена Банком России. Статья 4 Проекта

устанавливает, что привлечение инвестиций посредством предложений токенов без участия операторов специальной платформы не допускается.

Ключевым принципом гражданского права является принцип свободы договора, одним из ключевых проявлений которого является право участников строить отношения по своему усмотрению. В настоящее время оборот цифровых активов построен именно на основании указанного принципа. Ограничение свободы договора будет означать для его участников ухудшение их положения. Тем самым введение ограничений принципа свободы договора должно иметь веские причины и являться очевидной мерой даже для участников рынка цифровых финансовых активов. В свою очередь пояснительная записка к Проекту не содержит обоснования необходимости введения ограничений оборота цифровых финансовых активов.

х х х

Вывод: проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» не может быть поддержан в связи с концептуальными недостатками.

*Проект заключения подготовлен  
в Исследовательском центре частного права  
имени С.С.Алексеева при Президенте  
Российской Федерации*