



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

КОММЕНТАРИИ
на
Юридическое заключение по документации
проекта “BioCoin”

Савельев Александр Иванович

к.ю.н., доцент факультета права, старший научный сотрудник
Международной лаборатории по праву информационных технологий и
интеллектуальной собственности НИУ ВШЭ



НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ

2 декабря 2017

Введение

Не так давно в прессе стали появляться материалы об успешном проведении компанией LavkaLavka первого в России легального ICO¹. Речь идет о проекте BioCoin, представляющем собой международную блокчейн-платформу лояльности и криптовалют (BIO). На сайте проекта заявляется, что ее цель — «объединить социально ответственные бизнесы по всему миру, которые своей деятельностью поддерживают органическое сельское хозяйство, местные семейные фермы, ответственное отношение к окружающей среде, способствуют устойчивому развитию планеты по принципам зеленой экономики»².

Приобретая криптовалют (BIO) за фиатные деньги или криптовалюту, покупатель получает возможность платить ими за товары и услуги внутри платформы BioCoin по всему миру³. Утверждается, что «бизнес благодаря платформе BioCoin получает новых покупателей и при этом не несет убытков за счет скидок, так как все начисленные покупателю биокоины возвращаются в сам бизнес и могут быть использованы по его усмотрению. Покупатели получают интересный финансовый инструмент, делающий покупки дешевле и позволяющий зарабатывать на разнице курса криптовалют BIO. Фермеры и малые экологические производители получают благодаря BioCoin растущую базу клиентов по всему миру»⁴.

Цель ICO — собрать около 15 млн долларов. Все средства, собранные во время ICO, пойдут на реализацию, запуск, поддержку и продвижение блокчейн-платформы BioCoin.

Заявленная легальность данного проекта (то есть его соответствие требованиям российского законодательства) в контексте российского права имеет в своей основе заключение Элины Леонидовны Сидоренко, подготовленное по результатам анализа юридических аспектов программы лояльности “Biocoin” компании LavkaLavka (далее — «Заключение»)⁵. Данное Заключение, учитывая повышенное внимание к проекту BioCoin, а также то, что оно является одним из первых публичных документов такого рода и является предметом анализа в данном документе.

Следует отметить, что приведенные здесь комментарии касаются гражданско-правовых аспектов приведенных в Заключении выводов и аргументов относительно природы договоров, заключаемых между участниками программы; вопросов юрисдикции и некоторых аспектов применения законодательства о персональных данных. Анализ высказанных в Заключении позиций по налоговым и иным вопросам не является предметом настоящего комментария.

Комментарий написан с целью предоставления независимого экспертного мнения на ряд положений, которые высказаны в Заключении, поскольку они потенциально имеют важное значение для развития рынка ICO и, будучи неправильно понятыми, могут ввести в заблуждение участников рынка относительно правомерности описанной в Заключении схемы и возможности ее безрискового воспроизведения в иных подобных проектах. При этом данный комментарий не имеет своей целью анализ правомерности самого проекта BioCoin с точки зрения российского права.

Автор комментариев не имеет финансовой или иной заинтересованности в проектах, связанных с криптовалютами или ICO.

¹ ICO - от англ. Initial Coin Offering («первичное размещение монет») - форма привлечения инвестиций в виде продажи инвесторам фиксированного количества новых единиц токенов, полученных в результате разовой эмиссии.

² BioCoin WhitePaper, P. 3

³ FAQ “Является ли BioCoin ценной бумагой?» <https://biocoin.help/general.html>

⁴ BioCoin WhitePaper, P. 7.

⁵ Текст заключения доступен по ссылке: https://biocoin.bio/files/conclusion_ru.pdf

Основные выводы:

- 1) Квалификация договорных отношений, отраженная в Заключении, имеет очень спорный характер с точки зрения гражданского права. Приведенная автором Заключения аргументация в ряде случаев носит противоречивый характер и вступает в противоречие с рядом положений ГК РФ и сложившейся практикой их применения.
- 2) Тезис Заключения о благоприятности в настоящий момент времени (т.е. до принятия специального регулирования) российской юрисдикции для проведения ICO и операций с криптовалютами является преждевременным и не учитывает существующую негативную судебную практику в отношении криптовалют, а также заявления государственных органов о возможности их квалификации в качестве денежных суррогатов с соответствующими неблагоприятными последствиями.
- 3) Рекомендации по исключению юрисдикционных рисков, исходящих от иностранных регуляторов, в виде оговорок о предупреждении пользователей из нежелательных юрисдикций о соответствующих рисках транзакций с криптовалютами и ICO, являются верными, но недостаточными для минимизации рисков проекта ICO. Для минимизации рисков необходимо принятие конкретных технических мер по блокированию возможности таких пользователей использовать соответствующий веб-сервис проекта.
- 4) Заключение, хотя и содержит вывод о полном соответствии используемой модели отношений требованиям законодательства, не учитывает положений законодательства о персональных данных, соблюдение которых может потребовать корректировки описанной в Заключении договорной модели.

Базовый вывод: Содержащийся в Заключении гражданско-правовой анализ природы договорных отношений, возникающих в связи с проведением ICO проекта BioCoin, хоть и вносит ощутимый вклад в научный дискурс по этой проблематике, является противоречивым и спорным. Кроме того, ряд тезисов, изложенных в Заключении (в частности, о преимуществах российской юрисдикции для проведения проектов такого рода), не подкреплены достаточными аргументами и противоречат ныне существующей в РФ правоприменительной практике. В этой связи при реализации проектов, подобных BioCoin, целесообразно комплексно подходить к решению стоящих правовых задач и не ограничиваться мнением только одного эксперта. Ни один эксперт не может быть специалистом во всех отраслях права, нормы которых применимы к таким проектам.

Подробный анализ и обоснование данных выводов следуют далее.

1. Гражданско-правовая квалификация договоров, используемых в проекте BioCoin.

Заключение упоминает три вида договора, используемых в проекте BioCoin:

- 1) Публичная оферта о продаже биокоинов
- 2) Публичная оферта о приобретении биокоинов
- 3) Пользовательское соглашение

В отношении каждого из указанных договоров в Заклучении приводится его правовая квалификация. Следует отметить, что вопрос о гражданско-правовой квалификации договора интересен не только с теоретической точки зрения, но и имеет ряд практических последствий: 1) она определяет применимые нормы гражданского законодательства, регламентирующие права и обязанности сторон, ответственность за неисполнение и ненадлежащее исполнение обязательств, порядок расторжения и ряд иных вопросов; 2) от гражданско-правовой природы договора во многом зависит режим налогообложения хозяйственных операций. Неправильная гражданско-правовая квалификация договора может влечь перекалфикацию договора налоговым органом с соответствующими неблагоприятными налоговыми последствиями⁶. Принимая во внимание, что приведенные в Заклучении договорные конструкции нередко позиционируются в медийной среде как средство обеспечения «первого легального ICO»⁷, позиция Э.Сидоренко по вопросам их квалификации представляет достаточно большой интерес, чтобы разобраться с ней подробнее.

1.1. Публичная оферта о продаже биокоинов

Данный договор квалифицируется в Заклучении как договор купли-продажи (с. 6, 12). Предметом договора в данном случае является: 1) обязанность Компании (ООО «ЛавкаЛавка») передать биокоины покупателю и 2) обязанность покупателя оплатить их в соответствии с условиями договора. При этом сам биокоин определен как «цифровой актив, выраженный в виде криптографического алгоритма в централизованной распределенной базе данных (Блокчейне) и подтверждающий право приобретения товара Покупателем в рамках партнерской программы ООО «ЛавкаЛавка» на сумму, соответствующую стоимости Биткоина».

Комментарий

В соответствии с Заклучением объектом договора купли-продажи, по мнению Э.Сидоренко, является некий нематериальный объект – «цифровой актив в виде криптографического алгоритма ... подтверждающий право приобретения товара...». Таким образом, биокоин структурирован как некое имущественное право. При этом ни в тексте данного договора на сайте BioCoin⁸, ни в тексте Заклучения не конкретизируется в чем именно состоит это право требования, к кому именно оно может быть предъявлено, в течение какого срока и при соблюдении каких условий. В этой связи возникают вопросы относительно достаточности конкретизации предмета договора, по крайней мере, в случае позиционирования биокоина именно как некоего имущественного права требования.

⁶ См., например: п. 7, 8 постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды"

⁷ См., например: <https://biocoin.bio/ru/blog/biocoin--pervyy-legalnyy-rossiyskiy-cifrovoy-aktiv->

⁸ <https://biocoin.bio/ru/regulation>

По-видимому, желание отнести биокоин к имущественному праву продиктовано попыткой привязать его к купле-продаже через п. 4 ст. 454 ГК РФ, согласно которому общие положения о купле-продаже «применяются к продаже имущественных прав, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав». Ссылка на это положение упоминается на с. 12 Заключения: «Договор о продаже биокоинов, заключаемый на основании публичной оферты (ст.437 ГК РФ), является договором купли-продажи, поскольку, согласно п.4 ст.454 ГК РФ, объектом договора купли-продажи могут выступать имущественные права».

В этой связи необходимо отметить, что п. 4 ст. 454 ГК РФ нигде не говорит о том, что имущественные права могут выступать именно объектом договора купли-продажи. Об объекте договора купли-продажи достаточно однозначно говорит другая статья - п. 1 ст. 455 ГК РФ: «Товаром по договору купли-продажи могут быть **любые вещи** с соблюдением правил, предусмотренных статьей 129 настоящего Кодекса».

О чем же говорит тогда п. 4 ст. 454 ГК РФ, разве не об имущественном праве как объекте договора купли-продажи? Данный вопрос уже давно решен в цивилистике. Как отмечает один из разработчиков ГК РФ и автор фундаментального труда по договорному праву В.В. Витрянский, «имущественные права не признаются товаром, но ГК включает в себя распространительную норму, в соответствии с которой общие положения о купле-продаже товаров применяются и к продаже имущественных прав. В этом смысле необходимо признать, что всякая возмездная уступка имущественных прав (цессия) является продажей этих прав, а правила, регулирующие переход прав кредитора, и в частности, уступку требования (ст. 382 – 390 ГК РФ), отражают содержание и характер соответствующих имущественных прав, а поэтому подлежат приоритетному (по отношению к общим положениям о купле-продаже товаров) применению»⁹. Таким образом, получается, что п. 4 ст. 454 ГК РФ является всего лишь *приемом юридической техники*, позволяющим распространить в субсидиарном порядке некоторые нормы общих положений о купле-продаже отношения по возмездной уступке права требования, да и то – не все, а лишь те, которые не противоречат содержанию и характеру такого имущественного права. Если бы имущественное право было одним из возможных объектов купли-продажи, об этом бы прямо было сказано в п. 1 ст. 455 ГК РФ, но этого не сделано, а п. 4 ст. 454 говорит об ином. В качестве примера аналогичной ситуации можно привести положения ст. 783 ГК РФ, где говорится о том, что «общие положения о подряде (статьи 702 - 729) и положения о бытовом подряде (статьи 730 - 739) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит статьям 779 - 782 настоящего Кодекса, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг». Это тоже пример юридической техники, направленный на то, чтобы не переписывать еще раз эти нормы в главе 39 ГК РФ, а сделать просто отсылку к ним (принцип экономии законодательного материала), а также обеспечить гибкость их применения с учетом специфики услуг. Можно ли говорить на основании этого положения, что договор возмездного оказания услуг – это то же самое, что и подряд, раз к нему применяются некоторые нормы о подряде? Нет.

Если же вернуться к вопросу о причине распространения положений о купле-продаже на имущественные права и учесть разъяснения В.В. Витрянского, то возникает другой вопрос. Можно ли распространить на продажу биокоинов положения о возмездной уступке права (цессии)? Представляется, что в условиях отсутствия определенности основных параметров этого права требования, а также особенностей механизма цессии, указанных в ГК РФ, ответ на данный вопрос должен быть отрицательный. Да и сложно

⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга Вторая: Договоры о передаче имущества. М., 2005. С. 17.

представить себе оборот прав на токены, построенный по модели возмездной уступки права требования (цессии), учитывая особенности механизма фиксации записей о биокоинах в системе распределенных реестров данных.

Наконец, необходимо отметить, что одним из конститутивных признаков договора купли-продажи является не любая передача имущества, а только передача имущества *в собственность*¹⁰. Этот признак никак не упоминается ни в Заключении, ни в текстах договоров на сайте BioCoin. Соответствующие дефиниции лишь лукаво говорят о передаче биокоина в случае его оплаты. На каком праве? На это ответа нет. Где-то *obiter dictum*, в разделе, касающемся юрисдикции, Э.Л. Сидоренко говорит о том, что «в силу ст.1205-1206 ГК РФ к вещным правам на биокоины также будет применяться российское право» (с. 11). Иными словами, в этом пассаже биокоин уже является не имущественным правом требования, а объектом вещного права. Какого именно, автор, к сожалению, не уточняет, но, наверное, все же права собственности как наиболее традиционного из всех видов вещных прав. Вряд ли ею имелись ввиду такие ограниченные вещные права как сервитут, право оперативного управления, хозяйственного ведения или ограниченные вещные права, связанные с земельными участками. А если, по мнению Э. Сидоренко, возможно вещное право (право собственности) на биокоин, что же мешало внести соответствующие положения в дефиниции договора «купли-продажи» биокоина?

Дальнейшую неопределенность вносят рассуждения Э. Сидоренко на тему возможности отнесения биокоина к вещам, на что она в Заключении дает отрицательный ответ, так как в случае с биокоином невозможно применение традиционных правомочий собственника, в частности, физическое владение (с. 26). Правда, дальнейший вывод, сделанный автором в этом разделе Заключения окончательно вводит в ступор: «Данный вид имущества по правовой природе наиболее близок к понятию “иное имущество” как к объекту гражданского права, упомянутого в ст. 128 ГК РФ». То есть это уже не имущественное право (как написано в дефиниции договора и иных разделах Заключения), так как имущественное право выделено отдельно от «иного имущества» в ст. 128 ГК РФ. И биокоин не вещь, но при этом на него есть вещные права...

Безусловно, тема сложная, но подобное порхание с одной категории на другую не свидетельствует о наличии сколько-нибудь проработанного видения правовой природы биокоина и возникающих на него прав.

Все вышеизложенное наводит на вывод о поспешности квалификации договора Публичной оферты на приобретение биокоинов в качестве договора купли-продажи. Данная квалификация является крайне небесспорной с точки зрения действующего гражданского права и цивилистической доктрины.

Применительно к характеристике рассматриваемого договора в Заключении есть и иные гражданско-правовые неточности. В частности, заявление о реальном характере договора купли-продажи: «Для приобретения биокоинов Покупатель обязан оплатить этот товар путем 100% предоплаты... **Данный договор относится к числу реальных, т.к. по его условиям, он считается заключенным с момента “оплаты согласованного Компанией и Покупателем количества биокоинов”**.. Поэтому после выражения желания Покупателем приобрести данный товар, у Компании не возникает никаких прав по отношению к Покупателю, т.к. договор между ними считается ещё не заключенным». (с. 33)

Данный вывод вступает в противоречие с положениями ГК РФ, который предусматривает, что реальный характер договора может устанавливаться только законом, но не договором («Если **в соответствии с законом** для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи

¹⁰ См., например: Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 257-259.

соответствующего имущества», п. 2 ст. 433 ГК РФ). По своей модели договор купли-продажи сконструирован законодателем в виде консенсуального договора, что следует из его дефиниции: «По договору купли-продажи одна сторона (продавец) **обязуется** передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель **обязуется** принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену)». В данном случае использование слова «обязуется» однозначно указывает на консенсуальную природу договора.

Этим договор купли-продажи отличается, скажем, от модели лицензионного договора (ст. 1235 ГК РФ), где законодателем предусмотрена альтернативность модели заключения договора, что выражено в формулировке «предоставляет или обязуется предоставить». Соответственно, если и относить рассматриваемый договор к купле-продаже, к порядку заключения данного договора применяются общие положения о договорах: он считается заключенным с момента получения акцепта оферентом, то есть с момента выражения намерения приобрести соответствующий «товар» (п. 1 ст. 433 ГК РФ) и вывод о том, что «Поэтому после выражения желания Покупателем приобрести данный товар, у Компании не возникает никаких прав по отношению к Покупателю, т.к. договор между ними считается ещё не заключенным» (с. 33) – вступает в противоречие с положениями ГК РФ.

1.2. Публичная оферта о приобретении биокоинов

Данный договор квалифицируется в Заклучении как непоименованный договор. В качестве основания для такой квалификации приводится довод о том, что «одним из его объектов выступают единицы криптовалюты, статус которых не определен в гражданском законодательстве» (с. 14, 34).

Комментарий

Не очень понятно, почему данный договор безоговорочно отнесен к непоименованным договорам, поскольку как минимум половина этого договора имеет ту же природу, что и «Публичная оферта о продаже биокоинов»: в обоих случаях Компания обязуется передать биокоины. Разница между двумя договорами лишь в характере встречного предоставления. Если это так, то тогда правильнее говорить о смешанном договоре с элементами непоименованного (в части предоставления единиц криптовалют).

Видимо, чувствуя что-то неладное с квалификацией договора в качестве непоименованного, Э. Сидоренко сразу же после этого говорит о применимости к нему норм гл. 31 ГК РФ о договоре мены, поскольку «поскольку биокоины и единицы криптовалюты здесь выступают как обмениваемые друг за друга равноценные товары». Однако, данный вывод противоречит ГК РФ и судебной практике.

Во-первых, квалификация договора в качестве непоименованного исключает возможность прямого применения к нему положений об отдельных видах поименованных договоров (в данном случае – договоре мены). В соответствии со п. 2 ст. 421 ГК РФ к такому договору положения об отдельных видах договоров применяются лишь в порядке аналогии закона. Этот же вывод содержится в п. 5 постановления Пленума ВАС «О свободе договора и ее пределах» (на который сама Э. Сидоренко неоднократно ссылается). А допустимость применения аналогии закона надо еще обосновать, установив наличие условий, указанных в ст. 6 ГК РФ.

Во-вторых, договор мены в ГК РФ сформулирован достаточно узко: как обмен товара на товар («По договору мены каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороны один товар в обмен на другой», п. 1 ст. 567 ГК РФ). Судебная практика не признает

договором мены соглашение, в котором товар обменивается на имущественное право. ВАС РФ уже давно разъяснил, что «договор, по которому произведена передача товара в обмен на уступку права требования имущества от третьего лица, не может рассматриваться как договор мены» (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 N 69 "Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены").

Как видно, предложенные в Заключении варианты квалификации данного договора как минимум являются спорными. Но в любом случае непоименованный договор – это очень шаткая и высокорисковая конструкция для российских реалий, которая не годится для того, чтобы быть фундаментом для «образцового ИСО». Квалификация договора в качестве непоименованного может рассматриваться лишь как некая вынужденная мера, констатация того, что российское право может «переварить» соответствующие отношения, но она не дает гарантий, что по итогам не будет, фигурально выражаясь, «несварения желудка».

1.3. Пользовательское соглашение системы лояльности BioCoin

Правовая природа данного договора приведена в Заключении по-разному, в зависимости от того, какую страницу Заключения откроет читатель:

- 1) как лицензионный договор («Пользователь использует Платформу на условиях, предусмотренных Пользовательским соглашением, которое в данном отношении действует в качестве лицензионного договора (ст.1235 ГК РФ), предоставляющего Пользователю право на использование входящих в состав Платформы программ ЭВМ, авторские права на которые принадлежат Компании». с. 9);
- 2) как «непоименованный договор с элементами смешанного договора (оказание услуг и предоставление авторских прав по лицензионному договору)» (с. 7);
- 3) и даже как непоименованный договор: «Данный договор квалифицируется как непоименованный договор, заключаемый на основании п. 2 ст. 421 ГК РФ, к отношениям из которого на основании п. 5 Постановления Пленума ВАС «О свободе договора и ее пределах» не применяются положения закона, регулирующие действие, предусмотренных в нем договорных конструкций» (с. 35).

Такая гибкость юридической мысли, конечно, не может не восхищать, но все же необходимо более подробно остановиться гражданско-правовом анализе данных вариантов. Начнем с конца.

Пользовательское соглашение как непоименованный договор.

Данная квалификация носит очень спорный характер. Оставляя в стороне тот момент, что в п. 5 Постановления Пленума ВАС «О свободе договора и ее пределах» нет приведенных на с. 35 Заключения положений, далее в Заключении утверждается, в полном противоречии с этим пунктом, что данное пользовательское соглашение «включает в себя положения лицензионного договора». И все последующее изложение содержания прав и обязанностей данного «непоименованного» договора раскрывается исключительно через призму положений о лицензионном договоре (с. 35-36).

В этой связи возникает вопрос, зачем вообще было говорить о том, что это непоименованный договор. Почему не назвать его сразу лицензионным? Тем более, что Э. Сидоренко в разделе дефиниций сама поименовала ООО «ЛавкаЛавка» в качестве *правообладателя* платформы, то есть использовала терминологию, свойственную отношениям, регулируемым лицензионными договорами и иными соглашениями в сфере интеллектуальной собственности.

Вероятно, «виной» такой противоречивой позиции был ... Роскомнадзор. На с. 17 Заключения приводится ссылка на мнение, высказанное Роскомнадзором, согласно которому «пользовательские соглашения различных сервисов в виртуальном пространстве, включая социальные сети (к примеру, “ВКонтакте”), имеют характер гражданско-правового договора присоединения с Администрациями сайтов и сетей (ст. 428 ГК РФ)»¹¹. Этому разъяснению, данного Роскомнадзором в контексте надзора за соблюдением законодательства об информационных технологиях, было достаточно Э. Сидоренко, чтобы более не вдаваться в анализ иных, более «цивилистических» источников, а сделать вывод о том, что «отсутствует чёткая правовая позиция по данному вопросу», а значит речь надо вести о непоименованном характере договора.

При этом в Заключении делается ничем не обоснованное заявление о том, что «настоящий договор не имеет аналогов среди предусмотренных законом договорных конструкций и предусматривает исчерпывающий свод правил, регулирующих отношения сторон с полным балансом их прав и обязанностей» (с. 17). Видимо, Э. Сидоренко невнимательно ознакомилась с положениями ст. 428 ГК РФ и цивилистической доктриной по вопросу стандартизации договорных условий, поскольку в таком случае вряд ли бы был сделан категоричный вывод о том, что в соглашении присутствует некий полный баланс прав и обязанностей сторон. Напротив, любой договор присоединения предполагает риск нарушения такого баланса в силу того, что другая сторона не участвует в выработке его условий, поэтому ст. 428 ГК РФ предусматривает возможность судебной корректировки несбалансированных условий договора¹². Поэтому вывод о наличии или отсутствии баланса интересов сторон договора присоединения может сделать только суд.

В другом месте Заключения, Э. Сидоренко приводит уже иную квалификацию Пользовательского соглашения. Это не просто непоименованный договор, а «непоименованный договор с элементами смешанного договора (оказание услуг и предоставление авторских прав по лицензионному договору)» (с. 7). Правда, более глубокого анализа природы договора не следует. Если только таковым не считать мало, что конкретизирующий тезис о том, что «к отношениям, предусмотренным в Пользовательском соглашении, аналоги которых предусмотрены в российском гражданском праве, применяются соответствующие нормы права» (с. 7).

В связи с этой квалификацией возникает вопрос: какие же непоименованные элементы присутствуют в этом Пользовательском соглашении, помимо услуг и

¹¹ Здесь текст комментария Роскомнадзора приводится по тексту Заключения. Первоисточник (сайт Роскомнадзора) содержит следующий текст: «Как правило, отношения Пользователей различных сервисов в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, включая социальные сети («ВКонтакте», «Одноклассники», «Мэйл.ру» и другие) и отдельные сайты носят характер гражданско-правового договора присоединения с Администрациями данных сайтов и сетей. Порядок заключения таких договоров регламентирован ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации. В соответствии с данной нормой условия договора устанавливаются в одностороннем порядке Администрацией сайта и содержатся в Пользовательском соглашении (Правилах пользования сайтом).

В соответствии со ст. 428 ГК РФ и Пользовательским соглашением (Правилами сайта) Пользователи сайта могут направить свои обращения, предложения и претензии к Администрации сайта. В случае не достижения согласия, споры, связанные с исполнением гражданско-правового договора, разрешаются в судебном порядке по заявлению заинтересованной стороны. Законом предусмотрено право Пользователя на судебное обжалование спорных положений Пользовательского соглашения до заключения договора (до момента регистрации на сайте или в сети). На практике попытки Пользователя понудить Администрацию сайтов изменить спорные положения Пользовательского соглашения встречаются крайне редко. Пользователи обычно соглашались с правилами пользования сервисами Интернет-ресурсов». URL: <https://rkn.gov.ru/treatments/p459/p463/?print=1>

¹² Проблематика свободы договора в стандартизированных договорах и обзор позиций отечественной и зарубежной цивилистики подробно рассматривается в книге: Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. В двух томах. М., 2012.

лицензионного договора? Учитывая, что в отношении непоименованных договоров условия самого договора имеют приоритет над положениями закона о похожих договорных конструкциях, в том числе императивными, этот вопрос весьма важен даже для договоров, которые содержат «исчерпывающий свод правил, регулирующих данные отношения сторон с полным балансом их прав и обязанностей».

Вопрос о квалификации пользовательского соглашения (лицензионный договор, непоименованный договор, смешанный договор) может иметь и важные налоговые последствия с точки зрения возможности применения льготы по НДС (пп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ). Применение к отношениям по использованию функционала программного решения («программы для ЭВМ» - в терминологии части 4 ГК РФ) неординарных квалификаций может быть чревато налоговыми рисками.

К сожалению, эти и многие другие вопросы остались за бортом Заключения. Крайне хотелось бы видеть более глубокое исследование, в котором бы четко были выделены элементы договора (в случае квалификации его в качестве смешанного), а также обоснование упомянутого «полного баланса прав и обязанностей сторон».

P.S. Тезис о возможности квалификации договоров на оказание безвозмездных услуг по правилам гл. 39 ГК РФ в качестве договоров **возмездного** оказания услуг все же лучше убрать.¹³ Как впрочем и обоснование возможности квалификации биокоина по аналогии с бездокументарной ценной бумагой, ссылаясь при этом то, что бездокументарные ценные бумаги могут быть объектом преступлений против собственности как указано в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 декабря 2015 г. N 56 г. Москва «О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации) (с. 27 Заключения). Обоснование гражданско-правовой квалификации объекта через уголовно-правовой инструментарий вряд ли можно рассматривать методологически правильным подходом.

2. Юрисдикция

Одной из «изюминок» Заключения является агитация за использование российской юрисдикции для реализации проектов типа BioCoin, а по сути говоря – проведения ICO.

В качестве одного из ключевых аргументов используется следующий:

«право России и государственные институты развиты в достаточной степени, чтобы обеспечить как юридические основания работы Программы лояльности “BioCoin”, так и защиту прав и законных интересов всех её участников» (с. 11).

Данный вывод не может не вызывать недоумения на фоне всего того, что делают и заявляют государственные органы и суды РФ применительно к криптовалютам, которые фигурируют в данном проекте. Вот лишь небольшой перечень:

- Заявление Генеральной прокуратуры о том, что «Криптовалюты, в частности, биткоин являются денежными суррогатами и не могут быть использованы для расчетов на территории России (<http://www.genproc.gov.ru/smi/news/news-86432/>). А равно заявления ее представителей, что при выявлении компании, которая решит принимать биткоины как платежное средство, против ее руководителей можно возбудить

¹³ На с. 7 Заключения говорится о том, что Компания (ООО «ЛавкаЛавка») оказывает «безвозмездные услуги по техническому обслуживанию биокоинов, переданных ею Партнерами для их участия в Программе лояльности, а также по выдаче Клиенту по его требованию указанных биокоинов за счет начисленных Клиенту баллов». Указывается, что «Данные действия осуществляются Компанией на основании норм гл.39 ГК РФ»

уголовное дело по ст.174 УК РФ¹⁴. К этому следует добавить факт того, что в LavkaLavka приходили представители прокуратуры в связи с ICO¹⁵.

- Наличие судебной практики, где криптовалюты прямо признаются денежным суррогатом, недопустимым к использованию на территории РФ. В качестве примера можно привести следующие дела:
 - «...поведение должника, сознательно допустившего увеличение кредиторской задолженности для целей ведения **операций с криптовалютой (биткоинами), оборот которой запрещен на территории Российской Федерации** (статья 27 ФЗ О Банке России“), не может быть признано судом добросовестным» (Определение АС Тюменской области от 22.06.2016 по делу № А70-15360/2015);
 - «**криптовалюты, в том числе и Биткоины, являются денежными суррогатами, способствуют росту теневой экономики и не могут быть использованы гражданами и юридическими лицами на территории РФ**» (Решение Октябрьского районного суда г. Санкт-Петербурга по делу № 2-1993/2017 16 мая 2017 года)
 - **Биткоин ... не подпадает под объекты гражданских прав, перечисленные в ст. 128 ГК РФ.** ...поскольку в РФ отсутствует какая-либо правовая база для регулирования платежей, осуществляемых в «виртуальной валюте», в частности, Биткойн, а также отсутствует какое-либо правовое регулирование торговых интернет-площадок, биткоин-бирж, все операции с перечислением биткоинов производятся их владельцами на свой страх и риск. (Решение Рязского районного суда г. Рязани от 26 апреля 2017 г. по делу № 2-160/2017)

И это далеко не полный перечень судебных решений с негативной оценкой криптовалют. Не понятно, как на фоне всего этого можно заявлять о развитости российского права и способности защитить права всех участников? Представляется, что такое заявление можно сделать, только не располагая всей полнотой информации, либо имея личную заинтересованность. До введения в России специального регулирования по криптовалютам и ICO данная юрисдикция является неблагоприятной для проведения проектов, использующих данные инструменты. Это признает и сама Э. Сидоренко, правда, в не в Заключении, а в своих устных выступлениях. В частности, она отмечает: «та проблема, которая вас как предпринимателей должна заботить – это только одна, пожалуй, и она связана с криптовалютой: отсутствие правового регулирования помимо невероятных возможностей ... дает еще одну вещь: вы не сможете себя сейчас защитить»¹⁶.

В части рекомендаций по минимизации юрисдикционных рисков, Э. Сидоренко предлагает следующее:

Необходимо предупреждение пользователей, являющихся резидентами стран, где запрещены использование технологии распределённого реестра, криптовалюты или проведение ICO, о возможных рисках. Тем самым Компания снимает с себя ответственность за невозможность использования Платформы и биокоинов в странах, резидентам которых запрещено использование технологии распределённого реестра, криптовалюты или проведение ICO (с. 41)

Данная рекомендация о включении оговорки о том, что соответствующий сервис не предназначен для использования резидентами определенных стран, где принято

¹⁴ <https://www.rbc.ru/economics/07/02/2014/5704171b9a794761c0ce66be>

¹⁵ В офис LavkaLavka из-за криптовалюты пришла прокуратура. 12 сентября 2017. <https://republic.ru/posts/86339>

¹⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=iVHeNai3kqQ&feature=youtu.be&t=165> (начиная с 3:48 и далее)

запретительное или жесткое регулирование, является характерной для любых ICO в силу их потенциально трансграничного характера. Однако в этой рекомендации отсутствует очень важный момент: соответствующие заявления не должны оставаться только на словах, но и должны подкрепляться делом. Как вариант, может использоваться фильтрация пользователей из нежелательных юрисдикций по IP или отказ в проведении транзакций в случае использования банковской карты, выпущенной банком из нежелательной юрисдикции¹⁷.

3. Персональные данные

В завершение хотелось бы обратить внимание на «резольтивную» часть Заключения, где Э.Л. Сидоренко констатирует:

«Договорная составляющая Проекта, а именно, договоры оферты, Пользовательское соглашение и Программа лояльности, признаны соответствующими нормам российского права. В частности, нормам Ст.421, Ст. 1235, главам 30, 31, 39 и иным положениям Гражданского Кодекса РФ, Главам 21 и 23 Налогового Кодекса РФ, КоАП РФ, Федеральному закону “О защите конкуренции” от 26.07.2006 №135-ФЗ, Федеральному закону от 07.08.2001 № 115-ФЗ “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма”, Федеральному закону от 22.04.1996 № 39-ФЗ “О рынке ценных бумаг”, Федеральному закону от 08.02.1998 № 14-ФЗ “Об обществах с ограниченной ответственностью”, Федеральному закону от 10.12.2003 N 173-ФЗ “О валютном регулировании и валютном контроле” и иным законам и подзаконным нормативно-правовым актам РФ, а также выводам судебной практики, применимым к правоотношениям, возникающим в рамках реализации Проекта» (с. 38).

Заверение о соответствии некой правовой схемы всем без исключения правовым нормам законодательства РФ является достаточно смелым, поэтому привлекло мое внимание в части достаточно актуальной и очень близкой мне темы персональных данных.

К сожалению, нигде в Заключении Э. Сидоренко никак не проанализированы вопросы, связанные с соблюдением сервисом BioCoin законодательства о персональных данных. Вместе с тем, этот сервис осуществляет сбор и обработку персональных данных пользователей. Согласно ст. 3.3 Публичной оферты о продаже биокоинов

3.3. Стороны согласовывают количество биокоинов, приобретаемых Покупателем посредством использования формы, представленной на сайте <https://biocoin.bio/>. При заполнении данной формы Покупатель указывает следующие сведения, которые становятся неотъемлемой частью настоящего Договора:

- a) Фамилия, имя и отчество Покупателя*
- b) Адрес электронной почты Покупателя*
- c) Количество приобретаемых биокоинов*

Вместе с тем, согласно ст. 18.1 ФЗ “О персональных данных”, «оператор, осуществляющий сбор персональных данных с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, **обязан опубликовать** в соответствующей информационно-телекоммуникационной сети **документ, определяющий его политику в отношении**

¹⁷ Подробнее о принятых подходах к установлению юрисдикции в сети Интернет и мерах по минимизации рисков см.: Faye Fangrei Wang. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. Cambridge, 2010. P. 72 и др.; Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: Правовое регулирование. М., 2016. С. 176 и далее.

обработки персональных данных, и сведения о реализуемых требованиях к защите персональных данных, а также обеспечить возможность доступа к указанному документу с использованием средств соответствующей информационно-телекоммуникационной сети».

В этой связи на веб-сайте крайне целесообразно иметь документ, желательно, акцептуемый в определенной форме субъектом персональных данных, регламентирующий вопросы сбора и обработки персональных данных. Или хотя бы отсылку к нему в тексте заключаемых соглашений. К сожалению, данного документа найти на сайте BioCoin не удалось, в том числе в процессе регистрации на сайте для целей приобретения биокоинов. Вместе с тем отсутствие такого документа влечет ответственность в виде штрафа по ч. 3 ст. 13.11 КоАП РФ «Невыполнение оператором предусмотренной законодательством Российской Федерации в области персональных данных обязанности по опубликованию или обеспечению иным образом неограниченного доступа к документу, определяющему политику оператора в отношении обработки персональных данных, или сведениям о реализуемых требованиях к защите персональных данных», а также риски блокировки веб-сайта по ст. 15.8 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации».

Безусловно, это не все вопросы, которые связаны с законодательством о персональных данных, а лишь один из многих, который возникает при беглом взгляде на имеющуюся ситуацию. А если вспомнить, что по существующей модели проекта BioCoin в качестве потребителя может выступать и резидент страны Европейского Союза¹⁸, где уже сейчас действует достаточно жесткое законодательство в сфере персональных данных и которое ужесточится еще больше с мая следующего года, приобретая явно выраженный экстерриториальный характер¹⁹ и штрафы до 20 млн. евро²⁰, их будет еще больше.

Итоговый вывод: Содержащийся в Заключении гражданско-правовой анализ природы договорных отношений, возникающих в связи с проведением ICO проекта BioCoin, внося ощутимый вклад в научный дискурс по этой проблематике, является противоречивым и спорным. Кроме того, ряд тезисов, изложенных в Заключении (в частности, о преимуществах российской юрисдикции для проведения проектов такого рода), не подкреплены достаточными аргументами и противоречат ныне существующей в РФ правоприменительной практике. В этой связи при реализации проектов, подобных BioCoin, целесообразно комплексно подходить к решению стоящих правовых задач и не ограничиваться мнением только одного эксперта. Ни один эксперт не может быть специалистом во всех отраслях права, нормы которых применимы к таким проектам.

¹⁸ «Круг участников Программы не ограничивается по национальному признаку. Партнерами и Клиентами Программы могут выступать граждане любых государств и юридические лица, зарегистрированные в любом государстве» (с. 11).

¹⁹ General Data Protection Regulation (GDPR) применяется Регламент применяется к нерезидентам стран ЕС, если их деятельность по обработке ПД связана с предложением ими товаров и услуг субъектам персональных данных в Евросоюзе (независимо от того, требуется ли их оплата от субъекта данных). Ст. 3 (2) GDPR.

²⁰ Ст. 83 (5) GDPR

Сведения об авторе:



Савельев Александр Иванович, кандидат юридических наук, доцент факультета права, старший научный сотрудник Международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности, юрисконсульт компании IBM Россия/СНГ, член консультативного совета при Роскомнадзоре. В НИУ ВШЭ преподает курсы по правовому регулированию электронной коммерции; договорному праву в сфере IT; правовому режиму персональных данных. Автор ряда публикаций на русском и английском языках по проблемам договорного права, персональных данных, электронной коммерции, регулированию блокчейна, смарт-контрактов и криптовалют. С полным списком публикаций можно ознакомиться на сайте ВШЭ: <https://www.hse.ru/org/persons/57906411>