

СТАТЬИ

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) В РОССИИ: КАК РАБОТАТЬ В ОТСУТСТВИЕ СПЕЦИАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ?

Ю.В. Брисов, А.А. Победкин*

LFCS Legal Support

115054, Россия, Москва, ул. Дубининская, 57/1

Аннотация

2021 год стал переломным в развитии цифрового искусства. Широкое использование невзаимозаменяемого блокчейн токена (non-fungible token, NFT) в арт-индустрии произвело революцию в системе защиты и передачи прав интеллектуальной собственности. Агенты перестают быть посредниками между художниками и ценителями искусства, стриминговые сервисы — между музыкантами и слушателями. При помощи технологии блокчейн у авторов появилась возможность получать вознаграждение за продажу произведений на вторичном рынке и за их последующее использование. Сегодня практически не осталось тех, кто не слышал об NFT. Но то, что мы знаем об NFT сейчас — лишь верхушка айсберга. Потенциал NFT огромен: он далеко выходит за пределы изобразительного искусства, с которым во многом был связан первый ажиотаж. Мы сможем осознать те возможности, которые предоставляет NFT, только спустя несколько лет. Очевидна важность адекватной правовой основы для NFT оборота. Однако российское законодательство, как может показаться, обходит этот аспект стороной. Можно ли работать с NFT в России? Ответ на этот вопрос очень важен для огромного количества желающих включиться в международный рынок NFT — музеев, галерей, художников, музыкантов, предпринимателей и т.д. Целью работы является обоснование возможности работы с NFT в России при отсутствии специального правового регулирования.

Авторы, используя как системный, так и сравнительный методы исследования, обозначают место NFT в системе законодательного регулирования цифровых активов (цифровой валюты, цифровых финансовых активов, утилитарных цифровых прав). Отдельно рассматриваются актуальные вопросы, возникающие в контексте взаимопроникновения NFT и права интеллектуальной собственности. Посредством дедуктивного метода в работе исследуются нормы действующего законодательства, применимые к регулированию NFT. Используя эмпирический метод, авторы делятся своим опытом работы с NFT-объектами по российскому праву и демонстрируют убедительность своих выводов о возможности преодоления правовых проблем обращения NFT в России на примере успешных проектов по токенизации произведений Государственного Эрмитажа, коллекций других музеев, частных собраний, работ молодых художников.

Результатом работы является обоснование возможности обращения NFT в России при отсутствии специального правового регулирования и формирование такой модели по структурированию сделок с NFT, которая полностью соответствует требованиям российского законодательства.

В качестве материалов исследования использовались отечественный и зарубежный опыт токенизации объектов цифрового искусства, а также отечественная и зарубежная литература, посвященная правовым проблемам NFT.

Ключевые слова

NFT, невзаимозаменяемый токен, токены, токенизация, блокчейн, интеллектуальная собственность, авторское право, цифровое право, криптовалюта

Конфликт интересов

Авторы сообщают об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Брисов, Ю. В., Победкин, А. А. (2022). Правовой режим NFT (*non-fungible token*) в России: как работать в отсутствие специального законодательного регулирования? *Цифровое право*, 3(1), 44–66. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-1-44-66>

* Автор, ответственный за переписку

Поступила: 01.02.2022, принята в печать: 28.02.2022, опубликована: 31.03.2022

ARTICLES

LEGAL REGIME OF NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) IN RUSSIA: HOW TO WORK IN THE ABSENCE OF SPECIAL LEGISLATIVE REGULATION?

Yuriy V. Brisov, Aleksey A. Pobedkin*

LFCS Legal Support

57/1 Dubinskaya st., Moscow, Russia, 115054

Abstract

The year 2021 was a turning point in the development of digital art. The widespread use of a non-fungible tokens (NFT) in the art industry has revolutionized the modern understanding of intellectual property rights (hereinafter — IPR) and the transfer of IPR.

The role of agents as intermediaries between artists and art connoisseurs lost its importance, and so did the role of streaming services. Blockchain technology rewards creators for the sales of works on the secondary market and their subsequent use.

Today everyone heard of NFT. Nevertheless, what we know about NFT now is just the tip of the iceberg. The potential market for NFT is enormous: it goes far beyond the visual arts. It will only be a few years before we realize all the possibilities that NFT brings to the table.

The importance of an excellent legal framework for NFT is apparent. However, as it may seem, Russian legislation bypasses this aspect. Hence, is it possible to work with NFT in Russia? The answer to this question is significant for many who wish to be part of the international NFT market, such as museums, galleries, artists, musicians, entrepreneurs.

The purpose of the work is to substantiate the possibility of working with NFT in Russia in the absence of special legal regulation.

The authors, using systematic, deductive and comparative research methods, designate the place of NFT in the system of legislative regulation of digital assets. Using an empirical method, the authors demonstrate the feasibility of overcoming the legal hardships of NFT transactions in Russia on the examples of successful projects of tokenization of masterpieces of the State Hermitage Museum, works of other museums, private collections, and creations by young Russian artists.

The result of the work is the justification of the feasibility of working with NFT in Russia in the absence of special legal regulation and the formation of such a model for structuring transactions with NFT, which fully complies with the requirements of Russian legislation.

The materials of the research used domestic and foreign experience of tokenization of digital art objects, as well as domestic and foreign literature on legal problems of NFT.

Keywords

NFT, non-fungible token, token, tokenization, blockchain, intellectual property, copyright, digital law, cryptocurrency

Conflict of interest The authors declare no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Brisov, Y. V., & Pobedkin, A. A. Legal regime of NFT (non-fungible token) in Russia: How to work in the absence of special legislative regulation? *Digital Law Journal*, 3(1), 44–66. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-1-44-66>

* Corresponding author

Submitted: 1 Feb. 2022, accepted: 28 Feb. 2022, published: 31 Mar. 2022

Введение

Рынок NFT

В области цифрового права 2021 год ознаменовался резко возросшим вниманием к NFT¹ (от английского *non-fungible token* — «невзаимозаменяемый токен»²). Это произошло после того, как некоторые объекты искусства были проданы в виде NFT за внушительные суммы. К примеру, в феврале 2021 г. на аукционе Christie's была продана цифровая картина американского художника Майка Винкельманна в форме NFT за \$69,35 млн³. В марте того же года в NFT была конвертирована и продана за \$95 тысяч⁴ впоследствии сожженная работа уличного художника Бэнкси «Morons (White)». Несколькими месяцами позже, в мае флорентийская галерея Уффици продала картину Микеланджело «Мадонна Дони» в форме NFT за \$170 тысяч⁵. Эти первые продажи,

¹ Российская газета. (2021, май 19). NFT-токены: очередной хайп или будущее рынка интеллектуальной собственности? <https://rg.ru/2021/05/19/nft-tokeny-ocherednoj-hajp-ili-budushchee-rynka-intellektualnoj-sobstvennosti.html>

² От английского *token* — жетон, знак.

³ РБК Крипто. (2021, март 11). NFT-токен продали на аукционе за рекордные \$69 млн. <https://www.rbc.ru/crypto/news/604a3b479a7947c4d213d12c>

⁴ РБК Крипто. (2021, март 4). Работу художника Бэнкси сожгли и превратили в NFT-токен. <https://www.rbc.ru/crypto/news/6040a6819a794715076a7f84>

⁵ Esquire. (2021). В Италии цифровую копию картины Микеланджело «Мадонна Дони» продали за \$170 тысяч. <https://esquire.ru/articles/262503-v-italii-cifrovuyu-kopiyu-kartiny-mikelandzhelo-madonna-doni-prodali-za-170-tysyach/>

взбудоражившие цифровой рынок, были только началом: аббревиатура NFT действительно стала словом 2021 года⁶, а перечислить самые дорогие NFT-работы уже не представляется возможным из-за их резко возросшего количества.

Вдохновившись примером флорентийских коллег, Государственный Эрмитаж подготовил⁷, а затем впервые в истории продал на открытом аукционе лимитированную коллекцию музейных NFT, удостоверенных подписью директора музея⁸.

Успешно реализовали NFT уже и многие русские художники⁹. Например, Покрас Лампас продал свой первый NFT за 2,1 млн рублей¹⁰. Дуэт цифровых художников 404.zero передал NFT-работу в благотворительных целях, и она была реализована за рекордные на тот момент 6,6 млн рублей¹¹. В декабре 2021 года онлайн-галерея SAMPLE совместно с объединением экспертов из индустрий искусства и культуры, финансов и технологий, юриспруденции и управления проектами NFTMASTERS представили первую курируемую NFT-коллекцию российского искусства, произведений из которой были проданы более чем за 11 млн рублей (<https://sample.nftmasters.pro>).

Особенность продажи произведений цифрового искусства в NFT заключается в том, что объектом таких сделок являются не сами произведения цифрового искусства, а уникальный цифровой код (токен), в который такие произведения (например, картина, видеозапись или иной цифровой файл) предварительно конвертировались. Иными словами, NFT — это запись в распределенном реестре (блокчейн). Каждая запись в блокчейне содержит уникальные данные, которые невозможно подделать или скопировать. Эту запись можно передать другому пользователю соответствующего распределенного реестра. При этом прежний владелец безвозвратно утрачивает токен после его передачи.

Такая особенность NFT делает их похожими на физические объекты. Если обычный электронный файл можно отправить получателю, при этом сохранив его у себя, то аналогичный электронный файл, выраженный в NFT, становится уникальным — передавая его получателю, мы неизбежно лишаемся его сами, как будто бы передаем приобретателю какой-либо физический объект.

В отличие от обычных электронных файлов, оригинал файла, закрепленного в форме NFT, всегда отличим от своей копии, поскольку блокчейн хранит записи о создании, владении и передаче токена. Также технология блокчейн гарантирует принадлежность конкретного токена только одному владельцу. Благодаря NFT у художников появился шанс на продажу цифровых произведений. Ранее цифровые работы распространялись преимущественно бесплатно по причине легкости копирования. NFT-формат позволил художникам инвестировать время

⁶ Быковский, А. (2021, декабрь 27). Токены превращаются в люкс: 10 самых дорогих NFT-произведений на аукционах 2021 года. Forbes. <https://www.forbes.ru/forbeslife/450565-tokeny-prevrasautsa-v-luks-10-samyh-dorogih-nft-proizvedenij-na-aukcionah-2021-goda>

⁷ РБК Крипто. (2021, июль 5). Как правильно использовать NFT в России и не нарушить закон. <https://www.rbc.ru/crypto/news/60e2f4609a794732c30fc130>

⁸ Partz, H. (2021, September 7). Russian State Hermitage raises \$440K via Binance NFT auction. Cointelegraph. <https://cointelegraph.com/news/russian-state-hermitage-raises-440k-via-binance-nft-auction>

⁹ Маркина, Т. & Савицкая, А. (2021, май 11). Арт-группа AES + F погружается в NFT. The Art Newspaper Russia. <http://www.theartnewspaper.ru/posts/9050/>

¹⁰ РБК Стиль. (2021, март 12). Покрас Лампас продал фото своей работы на криптоаукционе за 2 млн рублей. <https://style.rbc.ru/repost/604b47c09a79471cad131fec>

¹¹ Tekdeeps. (2021, April 15). NFT-painting of Russian authorship was sold at a charity auction for a record 6.6 million rubles. <https://tekdeeps.com/nft-painting-of-russian-authorship-was-sold-at-a-charity-auction-for-a-record-6-6-million-rubles>

и усилия в создание уникальных, сложных, неповторимых произведений, что в целом позволило вывести цифровое искусство на принципиально новый уровень¹².

Основная проблема использования NFT в России

Основная правовая проблема использования NFT в России — отсутствие специального правового регулирования. Бизнес и художники не понимают, можно ли работать и как работать с NFT в России.

Учитывая ограничения, предусмотренные Федеральным законом «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 31.07.2020 № 259-ФЗ¹³ (далее — Закон «О ЦФА») в отношении оборота цифровой валюты, правильное определение правового режима NFT очень важно.

От этого зависит, будут ли NFT легальны в России или нет, смогут ли российские предприниматели, художники, галереи, музеи активно включиться в международный рынок NFT, объем которого растет в геометрической прогрессии: за 2020 г. — \$315 млн¹⁴, за первую половину 2021 г. — \$2,5 млрд¹⁵, за весь 2021 г. — более \$40 млрд¹⁶.

Целью исследования является обоснование возможности работы с NFT в России при отсутствии специального правового регулирования и разработка такой модели обращения NFT, которая полностью соответствует требованиям российского законодательства.

Работа структурирована следующим образом.

В первом разделе рассматривается место NFT в системе цифровых активов, предусмотренных российским законодательством (цифровая валюта, цифровые финансовые активы, утилитарные цифровые права).

Во втором разделе через соотношение с поименованными цифровыми активами высказываются предложения по установлению правового режима NFT и определению норм, применимых к их регулированию.

В третьем разделе уделяется отдельное внимание проблеме взаимодействия NFT и права интеллектуальной собственности.

В четвертом разделе демонстрируется возможность преодоления правовых проблем обращения NFT в России на примере с токенизацией произведений Государственного Эрмитажа.

Классификация цифровых активов

Как было отмечено ранее, основная проблема регулирования NFT заключается в том, что российское законодательство не содержит определения NFT и никаким образом не регулирует данный вид токенов, при этом другие популярные виды токенов исследованы и детально описаны.

¹² Christie's. (2021). Beeple gets real. A new work by the world's most famous digital artist will highlight Christie's 21st Century Evening Sale. <https://www.christies.com/features/Beeple-gets-real-with-human-one-11940-7.aspx>

¹³ Федеральный закон «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Собрание законодательства Российской Федерации, 2020, № 31 (часть I), Статья 5018.

¹⁴ Коммерсантъ. (2021, июль 2). Искусство быть цифрой. <https://www.kommersant.ru/doc/4880610>

¹⁵ Фокус. (2021, июль 6). Рынок NFT в первом полугодии вырос до \$2,5 миллиардов. <https://focus.ua/technologies/487229-rynok-nft-v-pervom-polugodii-vyros-do-2-5-milliardov-reuters>

¹⁶ Фетисов, В. (2022, январь 4). Рынок цифрового искусства и NFT превысил \$40 млрд в 2021 году. 3D News. <https://3dnews.ru/1057278/rinok-tsifrovogo-iskusstva-i-nft-previsil-40-mlrd-v-2021-godu>

В результате NFT, существующие и оборачивающиеся только в цифровом пространстве, начинают ошибочно смешивать с иными цифровыми активами, прямо поименованными в законодательстве: цифровой валютой (криптовалютой), цифровыми финансовыми активами, утилитарными цифровыми правами¹⁷. Кратко охарактеризуем данные цифровые активы, их подробное соотношение с NFT будет рассмотрено во втором разделе работы.

Цифровая валюта (криптовалюта)

Цифровая валюта поименована в Законе «О ЦФА» (ч. 3 ст. 1). Из длинного определения можно вывести два основных признака цифровой валюты:

- 1) она может быть принята в качестве средства платежа и (или) в качестве инвестиций,
- 2) отсутствует лицо, обязанное перед обладателем цифровой валюты.

Классическим примером криптовалюты является Bitcoin или иные альткоины¹⁸, например, Ethereum (<https://ethereum.org/ru/>).

Любая криптовалюта является токеном, подтверждающим обладание определенным количеством цифрового актива, которым можно расплачиваться, т. е. токен криптовалюты является платежным токеном (*payment token*). Платежные токены, как и обычные деньги, являются взаимозаменяемыми, поскольку обладателю важно лишь количество находящихся в его криптокошельке токенов, а не их уникальность, которая у платежных токенов в принципе отсутствует.

Рассуждая о платежной функции токенов цифровой валюты, важно упомянуть содержащееся в ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА» ограничение на принятие российскими юридическими лицами и российскими резидентами цифровой валюты в качестве встречного предоставления за товары, работы или услуги. Может сложиться впечатление, что данное ограничение полностью нивелирует платежную природу токенов цифровой валюты. Подобный подход нельзя признать убедительным по следующим соображениям.

В ч. 3 ст. 1 Закона «О ЦФА» прямо говорится о функции цифровой валюты — она может быть принята в качестве средства платежа. Более того, российский законодатель не запрещает принимать цифровую валюту в качестве средства платежа находящимся на территории России нерезидентам (ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА»). Следовательно, российский резидент может расплатиться цифровой валютой с нерезидентом.

Законодательные ограничения несколько не меняют сущность цифрового актива: токены цифровой валюты являются платежными по своей природе.

Цифровые финансовые активы

Понятие цифровых финансовых активов (далее — ЦФА) определено законодателем в ч. 2 ст. 1 Закона «О ЦФА». Основные признаки ЦФА, выводимые из определения, следующие:

- 1) ЦФА — это цифровые права (чаще всего корпоративные), выпуск, учет и обращение которых возможны в информационной системе,
- 2) выпуск ЦФА возможен только в порядке, предусмотренном Законом «О ЦФА».

¹⁷ См., например: Банк России. (2022). *Криптовалюты: тренды, риски, меры. Доклад Банка России для общественных консультаций*.

https://www.cbr.ru/Content/Document/File/132241/Consultation_Paper_20012022.pdf. Банк России утверждает, что NFT относится к разновидности токенизированных активов, подтверждающих право на получение определенного товара или услуги, т. е. отождествляет NFT и утилитарные цифровые права.

¹⁸ Криптовалюты, появившиеся после Bitcoin.

В этом принципиальное отличие ЦФА от криптовалюты, выпуск которой никак не связан с соблюдением требований Закона «О ЦФА».

Кроме того, в информационной системе (в которой происходят выпуск, учет и обращение ЦФА) существует оператор (ст. 5 Закона «О ЦФА»), включаемый в реестр операторов Банком России. В случае с криптовалютами никакого оператора не существует, цифровые валюты обращаются в распределенном децентрализованном реестре без каких-либо посредников и ответственных лиц.

Утилитарные цифровые права

Утилитарные цифровые права (далее — УЦП) закреплены в ст. 8 ФЗ от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁹ (далее — ФЗ № 259-ФЗ).

Основные признаки УЦП:

1) обращаются лишь в инвестиционной платформе (под ней понимается информационная система в Интернете, используемая для заключения договоров инвестирования),

2) в содержание УЦП входит:

- право требовать передачи вещи (вещей);
- право требовать передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности;
- право требовать выполнения работ и (или) оказания услуг.

NFT

В 2017 году появилась особая категория токенов, оборот которых осуществляется в блокчейне. NFT являются невзаимозаменяемыми (индивидуально-определенными) и не могут быть замещены другими аналогичными токенами.

NFT создаются посредством токенизации, которая представляет собой процесс замены данных уникальными идентификационными символами, сохраняющими всю необходимую информацию о данных без ущерба для их безопасности.

Токенизация цифровых произведений стала возможна благодаря появлению в 2017 году на блокчейне Ethereum стандарта ERC-721, который позволяет создавать уникальные токены. В настоящий момент это не единственный стандарт создания NFT на блокчейне Ethereum. Например, при помощи стандарта ERC-1155 в один NFT можно поместить несколько произведений²⁰.

При этом существует три возможных способа «помещения» произведений искусства в блокчейн. Первый — это токенизация аналогового объекта (например, работа «Morons (White)» Бэнкси²¹). Второй — токенизация объекта, созданного в электронной форме (например, цифровая картина Майка Винкельманна «Первые 5000 дней»²²). Наконец, цифровой объект можно создать сразу на блокчейне (CryptoPunks Lavra Labs (<https://www.larvalabs.com/cryptopunks>)).

¹⁹ Федеральный закон «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Собрание законодательства Российской Федерации, 2019, № 31, Статья 4418.

²⁰ Ethereum. (2021, декабрь 22). ERC-1155 Multi-token standard. <https://ethereum.org/ru/developers/docs/standards/tokens/erc-1155/>

²¹ Корнеев, А. (2021, март 4). Работу художника Бэнкси сожгли и превратили в NFT-токен. РБК. <https://www.rbc.ru/crypto/news/6040a6819a794715076a7f84>

²² Теткин, М. (2021, март 11). NFT-токен продали на аукционе за рекордные \$69 млн. РБК. <https://www.rbc.ru/crypto/news/604a3b479a7947c4d213d12c>

Способы токенизации важно различать, поскольку от этого зависит юридическое структурирование сделок, связанных с оборотом NFT. Например, если токенизируется аналоговое произведение для дальнейшей реализации NFT на маркетплейсе, и юрист сопровождает данную сделку, необходимо обратить особое внимание на то, какая судьба будет в дальнейшем у аналогового произведения, кто будет его правообладателем, перейдут ли к приобретателю NFT какие-либо права на аналоговое произведение. Более подробно вопросы распределения исключительных прав будут рассмотрены в третьем и четвертом разделах работы.

Созданный NFT реализует сертификат подлинности, связанный с определенным цифровым активом. Иными словами, NFT как сертификат подлинности (строчки кода, записанные на блокчейне) подтверждает, кто владеет оригинальной версией цифрового объекта несмотря на то, что его может посмотреть или скачать каждый: точно так же, как картина может принадлежать музею или частному лицу, но ее можно увидеть на выставке или в каталоге.

Ценность работы после создания NFT находится в токене. Следовательно, покупка токена аналогична получению права собственности на произведение — приобретая NFT, его владелец становится единственным обладателем связанного с токеном цифрового объекта; отчуждая NFT, владелец теряет доступ к цифровому объекту, как будто бы он продал вещь, лишившись ее после продажи. При этом непосредственным объектом продажи являются не сами картины/видео/другие арт-объекты, а лишь уникальный цифровой код.

Таким образом, (1) исходя из особенностей обращения NFT на блокчейне, не предполагая участие каких-либо операторов, (2) учитывая возможность самостоятельного создания NFT без соблюдения требований Закона «О ЦФА», (3) а также принимая во внимание не платёжную, а правоподтверждающую функцию NFT, можно сделать вывод о том, что NFT не являются ни цифровыми финансовыми активами, ни утилитарными цифровыми правами, ни цифровой валютой.

Очевидно, что NFT это цифровой актив *sue generis*, т. е. цифровой актив, для которого допустимо в дальнейшем специальное правовое регулирование, поскольку ни одна из имеющихся в законодательстве правовых конструкций не может быть применена в силу особенностей NFT как индивидуально-определенного токена.

Можно также допустить, что законодатель умышленно обратил взор лишь на отдельные виды токенов, связанные с определенным объемом риска. Токены, не представляющие риска для экономического оборота (таких токенов в теории может быть бесконечно много), не вызывают интерес у законодателя. Соответственно, расширив положения ст. 128 ГК РФ об объектах гражданских прав понятием «цифровые права», законодатель допустил возможность оборота цифровых активов, прямо не отнесенных к цифровым правам, в режиме «иног имуществва». В то же время, отдельные виды цифровых прав, специальным образом поименованные в законе, имеют изложенный в данном законе режим регулирования.

NFT с точки зрения права: отсутствие специального законодательного регулирования

Поскольку российское законодательство не содержит специальных норм об NFT, первоочередной задачей является определение тех правовых норм, которые можно применить к данному виду токенов по аналогии закона. Для этого требуется провести анализ правовой природы NFT и выработать их классификацию. От того, какие права содержатся в NFT, различаются и нормы, применимые к их регулированию.

Правовая природа NFT

Уникальность NFT объясняется через понятия взаимозаменяемости и невзаимозаменяемости.

Понятия взаимозаменяемости и невзаимозаменяемости характерны для общего права (Англия, США)²³, где под взаимозаменяемостью понимается способность актива свободно заменяться другим активом того же типа без изменения его качества. Сырьевые товары, акции, опционы и валюты — это примеры взаимозаменяемых активов: один рубль свободно заменяется другим рублем, баррель нефти — другим баррелем того же сорта и т. д. Взаимозаменяемые активы упрощают обмен и торговые процессы, поскольку взаимозаменяемость подразумевает равную стоимость между активами. Невзаимозаменяемыми являются товары или активы, выделенные среди других по присущим только им признакам²⁴.

В российском праве понятия взаимозаменяемости и невзаимозаменяемости связывают с вещью. Выделяют индивидуально-определенные вещи и вещи, определяемые родовыми признаками (Sukhanov, 2016). В ГК РФ такая классификация прямо не проводится, но понятия индивидуально-определенных и родовых вещей используются: например, в ст. 398 ГК РФ (последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь) и в ст. 807 ГК РФ (предметом договора займа могут быть деньги или вещи, определенные родовыми признаками).

Классификация на индивидуально-определенные вещи и вещи, определяемые родовыми признаками, присутствует в Модельном ГК для стран-участниц СНГ²⁵. В соответствии с п. 1 ст. 33 индивидуально-определенной признается незаменимая вещь, выделенная из других вещей по присущим только ей признакам (цветом, номером и т.д.). Индивидуализация позволяет выделить определенную вещь из ряда других таких же вещей (например, картина, дом и т.п.).

Родовые признаки присущи всем вещам того же рода и определяющиеся числом, весом, мерой. Вещи, определяемые родовыми признаками, являются заменимыми (п. 2 ст. 33 Модельного ГК). Вступая в правоотношения по поводу таких вещей, стороны имеют в виду род вещей (мешок картофеля, тонна мазута, тысяча рублей), а не определенную вещь.

Исходя из расшифровки аббревиатуры NFT, можно сделать вывод, что речь идет об *индивидуально-определенном токене*, т. е. невзаимозаменяемом. Индивидуальная определенность NFT следует из его существа, поскольку NFT содержит в себе уникальный невоспроизводимый код, отличающий его от других NFT и гарантирующий существование лишь одного экземпляра каждого конкретного NFT. Это означает, что обладатель токена имеет *право на уникальный цифровой объект*, привязанный к определенному NFT.

Следовательно, NFT вовсе не является цифровым произведением, как может показаться на первый взгляд. NFT — это строчки кода, записанные на блокчейне. В то же время NFT представляет собой многофункциональный инструмент:

- NFT рассматривается как техническое средство²⁶, позволяющее облечь объект интеллектуальной собственности в форму токена;

²³ Frankenfield, J. (2021, январь 23). *Fungibility*. Investopedia. <https://www.investopedia.com/terms/f/fungibility.asp>

²⁴ Редько, А. (2018, ноябрь 7). *Non-fungibility. Невзаимозаменяемость как ключевое качество реальных активов!* Vc.ru <https://vc.ru/crypto/50357-non-fungibility-nevzaimozamenyaemost-kak-klyuchevoe-kachestvo-realnyh-aktivov>

²⁵ Модельный Гражданский кодекс для государств-участников СНГ (принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 29 октября 1994 г.). <https://base.garant.ru/2566930/>

²⁶ Mezei, P., Quintais, J., Giannopoulou, A., & Bodó, B. (2021, April 22). *The Rise of Non-Fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law — Part II*. Kluwer Copyright Blog. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/22/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-ii/>

- NFT как способ фиксации (сертификат подлинности) подтверждает владение уникальным цифровым объектом, закрепляет право владельца NFT на этот объект интеллектуальной собственности и в определенных случаях — право на получение связанных с объектом дополнительных возможностей;
- при отчуждении NFT становится самостоятельным объектом сделки. Связанные с NFT произведения искусства лишь следуют за токеном, но сами объектами сделок не являются.

Виды NFT и нормы, применимые к их регулированию

NFT как «иное имущество»

По общему правилу NFT не наделяют своего обладателя особыми правами, кроме обычных прав владения, пользования и распоряжения токеном.

Признаки NFT по своей природе схожи с признаками индивидуально-определенных вещей: конкретный NFT не может быть заменен на другой без кардинального изменения своего качества; в отличие от других цифровых объектов, NFT неделимы и не воспроизводимы; при отчуждении прежний владелец безвозвратно утрачивает NFT после его передачи. Перечисленные качества обычно связывают с вещами (Sukhanov, 2016).

Текст ГК РФ не содержит определения «вещи», однако понимает под вещь предмет материальной действительности, т. е. нечто осязаемое (предмет, наличные деньги, документальные ценные бумаги). Очевидно, что NFT в буквальном смысле к вещам не относится. Однако исходя из признаков NFT, аналогичных признакам индивидуально-определенных вещей, требуется найти место NFT среди объектов гражданских прав.

Ст. 128 ГК РФ в числе объектов гражданских прав выделяет «иное имущество», перечень которого является открытым. Более того, ст. 128 ГК РФ относит к иному имуществу и цифровые права (ст. 141.1 ГК РФ). Можно предположить, что цифровые активы, не отнесенные законодателем прямо к цифровым правам, могут регулироваться положениями ст. 128 ГК РФ об «ином имуществе».

Таким образом, с учетом системного, телеологического толкования положений гражданского законодательства об имуществе, к тем токенам NFT, которые не наделяют своего обладателя особыми правами (кроме обычных прав владения, пользования и распоряжения токеном), применяются положения ст. 128 ГК РФ об «ином имуществе».

К этой категории NFT представляется возможным частично применить и правила о движимых индивидуально-определенных вещах по аналогии закона (ст. 6 ГК РФ).

NFT, содержащие дополнительные утилитарные свойства

В ограниченных случаях NFT наделяют своих обладателей дополнительными правами (например, токены билетов на футбольный, баскетбольный матч²⁷ или токены, предоставляющие право на получение физической копии виртуально созданных кроссовок²⁸).

Так как утилитарные токены²⁹ используются для закрепления различных прав, это позволяет сделать вывод о том, что NFT, наделяющие своих обладателей определенными правами, могут выступать в качестве индивидуально-определенных цифровых прав.

²⁷ Brandt, J., & Hurtado, F. (2021, July 14). *The future of your NBA tickets is virtual — and non-fungible*. NBC Sports Washington. <https://www.nbcsports.com/washington/wizards/future-your-nba-tickets-virtual-and-non-fungible>

²⁸ Билык, К. (2021, июнь 30). *Российские художники создадут NFT-кроссовки, распечатают их на 3D-принтере и продадут на аукционе*. RB.RU. <https://rb.ru/news/nft-sneakers-russia/>

²⁹ От английского *utility* — польза, сервис.

В то же время в России не существует правового регулирования индивидуально-определенных цифровых прав: ст. 141.1 ГК РФ и специальные законы (Закон «О ЦФА», ФЗ № 259-ФЗ) не дают понятия индивидуально-определенному цифровому праву, а также не определяют его правовой режим. Имеющееся на данный момент правовое регулирование цифровых прав свидетельствует о том, что цифровые права являются родовыми, поскольку их обладателю важно иметь не какой-то конкретный актив, а лишь определенное количество взаимозаменяемого актива внутри информационной системы. Например, лицу важно иметь определенное количество токенов криптовалюты Bitcoin, а не конкретный токен, обозначающий наличие данной валюты в криптокошельке.

В случае с NFT их обладателю важно иметь уникальный незаменимый код, который закрепляет (а) право владельца на конкретный актив в виртуальном пространстве, (б) иные права, если NFT совмещает в себе дополнительные утилитарные свойства. В случае изменения кода теряется связь с основным активом и со всеми связанными правами, и смысл существования NFT пропадает.

Представляется, что к NFT, совмещающим также утилитарную функцию, возможно применение норм о цифровых правах (ст. 141.1 ГК РФ) лишь по аналогии закона.

Понятие «цифровые права» (ст. 141.1 ГК РФ) по сути обозначает зафиксированные в электронной (цифровой) форме имущественные права, которые отвечают двум признакам:

- 1) они должны быть «прямо названы в качестве цифровых в законе»,
- 2) они должны приобретаться, осуществляться и отчуждаться на информационной платформе, «отвечающей установленным законом признакам».

Следуя логике ст. 141.1 ГК РФ, отсылаясь к ст. 8 ФЗ № 259-ФЗ (где дается понятие утилитарных цифровых прав и их перечень), выходит, что к NFT, совмещающим в себе утилитарную функцию, по аналогии закона применяются правила об утилитарных цифровых правах за тем исключением, что утилитарные цифровые права обращаются на инвестиционной платформе. Оборот NFT, происходящий исключительно на блокчейне, не требует и, более того, не предполагает обращения на инвестиционной платформе.

Применение правил об утилитарных цифровых правах из ст. 8 ФЗ № 259-ФЗ возможно лишь в отношении NFT, которые совмещают в себе утилитарную функцию, наделяя своих обладателей дополнительными правами. Возможно, именно такие NFT приводятся в пример в докладе Банка России для общественных консультаций «Криптовалюты: тренды, риски, меры»³⁰.

В отношении NFT, не обладающих утилитарными свойствами, применение правил об утилитарных цифровых правах является ошибочным по следующим соображениям.

Во-первых, законодатель понимает под утилитарными цифровыми правами права требования передачи вещей, передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, выполнения работ и (или) оказания услуг. Эти права являются правами требования активных действий.

NFT без утилитарных свойств не предоставляют прав требования активных действий, а напротив — являются способом фиксации права обладателя на виртуальный актив («право наслаждения»). Это свидетельствует о наличии пассивных обязанностей всех остальных воздерживаться от нарушения права, подтверждаемого NFT.

Во-вторых, к NFT без утилитарных свойств логичным представляется частично применять правила о движимых вещах по аналогии закона, о чем было сказано ранее.

³⁰ Банк России. (2022). Криптовалюты: тренды, риски, меры. Доклад Банка России для общественных консультаций. https://www.cbr.ru/Content/Document/File/132241/Consultation_Paper_20012022.pdf

Таким образом, NFT без утилитарных свойств принципиально отличаются от утилитарных цифровых прав, и применение правил об УЦП к таким NFT является неверным. Тем не менее, эту разницу понимают далеко не все. Достаточно ознакомиться с докладом для общественных консультаций «Криптовалюты: тренды, риски, меры», подготовленным Банком России в 2022 г.³¹. Финансовый регулятор ошибочно утверждает, что все NFT (без дифференциации на наличие либо отсутствие утилитарной функции) относятся к разновидности токенизированных активов, подтверждающих право на получение определенного товара или услуги, т. е. фактически отождествляет любые NFT с утилитарными цифровыми правами.

В то же время всегда важно проводить тест на определяющие свойства токена. Если определяющим в NFT является невзаимозаменяемость, а утилитарность — дополнительной функцией, то правила об утилитарных цифровых правах могут применяться лишь по аналогии. Однако NFT не должны использоваться для маскировки УЦП. Если определяющей функцией токена является утилитарная, то к такому токenu положения об утилитарных цифровых правах применяются в полной мере.

Проиллюстрируем на конкретном примере, как совмещение в NFT утилитарных свойств влияет на правовые нормы, подлежащие применению к регулированию отношений сторон, возникающих в связи с приобретением NFT.

Так, некоторые NFT позволяют приобретателю токена самому участвовать в создании либо изменении содержащегося в NFT цифрового объекта. Например, NFT-коллекция Hashmasks (<https://www.thehashmasks.com>) предоставляет покупателю NFT возможность самому менять имя купленного персонажа. Таким образом, владелец токена сам вносит свой вклад в произведение искусства.

В таких случаях обладание произведением искусства и его использование регулируется разными токенами, следовательно — разными правовыми режимами: NFT подтверждает «право собственности» на цифровой объект, и в этой части на NFT распространяется режим «иногo имущества», в то же время содержащийся в NFT утилитарный токен дает право менять название, фон, цвет, добавить графические элементы и др. Правовой режим отношений, возникающих из утилитарного токена, зависит от правового регулирования дополнительных прав, предоставленных приобретателю NFT. В случае, когда приобретатель NFT получает право изменять цифровой объект, иными словами, принимать участие в совместном творчестве с создателем токена, отношения сторон, возникающие из утилитарного токена, представляют собой договор лицензирования с правом владельца NFT на частичную переработку произведения в заранее установленных автором пределах.

Соотношение NFT и цифровой валюты (криптовалюты)

Ранее была дана краткая характеристика криптовалюты и сделан вывод, что она является платежным токеном (*payment token*). Несмотря на то, что в настоящий момент большинству очевидно ошибочное отождествление криптовалюты и NFT³², в некоторых источниках все же

³¹ Банк России. (2022). Криптовалюты: тренды, риски, меры. Доклад Банка России для общественных консультаций. https://www.cbr.ru/Content/Document/File/132241/Consultation_Paper_20012022.pdf

³² Дифференциацию между криптовалютой и NFT проводит даже Банк России, который отмечает, что токенизированные активы, в число которых входит NFT, не предназначены для платежа и не являются криптовалютой. См.: Банк России. (2022). Криптовалюты: тренды, риски, меры. Доклад Банка России для общественных консультаций. https://www.cbr.ru/Content/Document/File/132241/Consultation_Paper_20012022.pdf

встречаются неоднозначные формулировки³³, еще более запутывающие неподготовленных читателей.

NFT не является криптовалютой по следующим основаниям.

Во-первых, основная функция NFT — правоподтверждающая, а у цифровой валюты (криптовалюты) — платежная.

Во-вторых, токен NFT является индивидуально-определенным, его правовой режим близок к индивидуально-определенным вещам, в то время как токен цифровой валюты является родовым, т. е. взаимозаменяемым, и больше соответствует признакам платежного средства.

В-третьих, токены цифровой валюты не имеют уникальной ценности сами по себе. Для обладателя не имеет значения, какой именно токен цифровой валюты находится в его цифровом кошельке, важно лишь их количество. В случае с NFT характер и уникальные признаки токена имеют решающее значение.

В-четвертых, NFT никак не может использоваться в качестве средства платежа, поскольку нельзя осуществить оплату индивидуально-определенным токеном в связи с невозможностью установить усредненную цену (ценность) содержащегося в NFT объекта. Основная функция NFT — подтверждение аутентичности цифрового объекта: документа, изображения, аудио-, видео- или иного электронного файла.

Одним из основных последствий разграничения NFT и цифровой валюты является то, что NFT не требуют декларирования в налоговых органах и полностью подлежат судебной защите, в то время как судебная защита цифровой валюты возможна лишь в случае ее предварительного декларирования в налоговых органах (ч. 6 ст. 14 Закона «О ЦФА») (Yankovskiy, 2020).

Ограничения Закона «О ЦФА» на приобретение NFT за цифровую валюту

Поскольку покупка и продажа NFT происходит на блокчейне, необходимо рассмотреть способы приобретения NFT и проанализировать их на соответствие требованиям российского законодательства.

1) Приобретение NFT за цифровую валюту государства (ЦБЦБ).

Цифровая валюта государства — форма национальной валюты, которая эмитируется в цифровом виде (например, предложенный Банком России цифровой рубль³⁴).

Подобный вариант оплаты за NFT не будет противоречить требованиям российского законодательства, поскольку такая цифровая валюта выпускается самим государством. Однако в настоящий момент цифровой рубль как цифровая форма национальной валюты не введен в оборот, возможность приобретения NFT за ЦБЦБ невозможна.

2) Приобретение NFT в обмен на NFT или на иной неплатежный токен.

Подобный вариант приобретения NFT представляет собой меновую сделку. Ее целью является обмен одного неплатежного токена (NFT) на другой неплатежный токен. На меновые сделки не распространяются ограничения, содержащиеся в ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА» относительно оборота криптовалюты.

³³ См., например: Секрет фирмы. (2021, сентябрь 23). Что такое NFT. Объясняем простыми словами. <https://secretmag.ru/enciklopediya/chto-takoe-nft-obyasnyаем-prostymi-slovami.htm>. В статье NFT прямо называется «цифровой монетой».

³⁴ Банк России. (2020). Цифровой рубль. Доклад Банка России для общественных консультаций. https://www.cbr.ru/analytics/d_ok/dig_ruble/

Также следует отметить, что поскольку NFT не являются платежным средством и их правовой режим близок к режиму индивидуально-определенных движимых вещей, то сделки, в которых в качестве встречного предоставления за товар передается NFT (например, книга в обмен на NFT), по своей юридической природе относятся к меновым сделкам, а не к сделкам купли-продажи.

3) *Приобретение NFT за негосударственную цифровую валюту (bitcoin, monero, dash и др.).*

В данном случае оплата NFT цифровой валютой является встречным предоставлением. Следовательно, приобретая NFT, его покупатель расплачивается с продавцом криптовалютой, что запрещено для российских юридических лиц и резидентов в соответствии с ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА».

Подобное правовое регулирование, ограничивающее платежи в криптовалюте за передаваемый товар либо оказываемую услугу без какой-либо дифференциации товаров или услуг, нельзя признать удачным.

Во-первых, NFT не является товаром или услугой классического рынка, на которые направлены ограничения, предусмотренные Законом «О ЦФА». NFT — это способ фиксации какого-либо объекта виртуального рынка, схожего по своим экономическим свойствам с объектами из игр. Следовательно, приобретение NFT за криптовалюту не несет риски внедрения криптовалют в экономический оборот, которые хотел снизить законодатель.

Во-вторых, ограничение на оплату криптовалютой за передаваемые товары или оказываемые услуги в соответствии с ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА» предусматривалось для целей недопущения обхода российского налогового законодательства. Если бы, к примеру, продукты в розничном магазине могли бы быть оплачены с помощью криптовалюты (например, приобретение молока за Bitcoin), действительно создавались бы обоснованные риски обхода налогового законодательства, обязывающего декларировать полученные доходы и уплачивать с них налоги.

NFT чаще всего размещаются на площадках профессиональными участниками рынка, которые посредством процедуры KYC³⁵ проверяют контрагентов по сделке, фиксируют и декларируют все полученные доходы при продаже NFT, сдают необходимые отчеты, уплачивают установленные налоги³⁶. Следовательно, при продаже NFT за криптовалюту риски обхода налогового законодательства минимальны, в связи с чем ограничение ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА» утрачивает свою актуальность для данных случаев.

Таким образом, для приобретения NFT за негосударственную цифровую валюту должно быть создано специальное правовое регулирование. Такие случаи должны быть выведены из-под общего ограничения ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА».

³⁵ От английского *know your client (customer)* — знай своего клиента. Под KYC понимается процедура идентификации контрагентов перед совершением сделок. См.: Решетникова, М. (2021, октябрь 8). Проверка личности и оценка рисков: что такое KYC и AML. РБК. <https://trends.rbc.ru/trends/industry/615dbdfd9a7947ef7ae435f9>

³⁶ Сэллинджер, К. (2021, март 25). Нужно ли платить налоги с NFT-сделок? Forklog. <https://forklog.com/nuzhno-li-platit-nalogi-s-nft-sdelok-sravniyem-kejsy-ssha-rossii-i-ukrainy/>

NFT и право интеллектуальной собственности: «право наслаждения» и иные права, содержащиеся в токене

NFT как объект интеллектуальной собственности

Ст. 128 ГК РФ разделяет такие объекты гражданских прав как имущественные права, в число которых входят цифровые права, и охраняемые результаты интеллектуальной деятельности (объекты интеллектуальной собственности).

NFT не является объектом интеллектуальной собственности³⁷. Ранее отмечалось, что NFT представляет собой лишь инструмент («криптографически-подписанный сертификат³⁸»), подтверждающий владение уникальной версией цифрового объекта, связанного с конкретным NFT с момента токенизации. Объектами интеллектуальной собственности являются как раз те токенизированные произведения (например, изображение или исполнение музыки), право на обладание уникальной версией которых и выражено в NFT.

Права на произведение, содержащиеся в NFT

Первое, на что важно обратить внимание, когда речь идет о токенизации произведений — это автономность произведения в NFT (далее объект цифрового искусства, связанный с NFT — РИД), от аналогового либо цифрового произведения искусства, которое было токенизировано в процессе создания NFT (далее — исходное произведение)³⁹. Автономность рассматривается с технического и с правового аспекта.

Техническая автономность является абсолютной: с момента токенизации исходного произведения всегда появляется новый NFT, который индивидуализирует связанный с ним РИД. С этого момента судьба исходного произведения для владельца NFT перестает быть значимой: исходное произведение может быть сожжено (по примеру Бэнкси)⁴⁰, продано, передано кому-либо в использование и т. д. Это никак не влияет на существование NFT и на те права (при их наличии), которыми обладает владелец токена в отношении связанного с токеном РИД.

Правовая автономность абсолютной не является: новый NFT не всегда порождает у его обладателя право на связанный с токеном РИД. Для того, чтобы такое право появилось, у создателя NFT должно быть надлежащее правовое основание для токенизации исходного произведения⁴¹. Например, любой желающий может сфотографировать хранящуюся в Лувре картину Леонардо

³⁷ Bodó, B., Giannopoulou, A., Quintais, J., & Mezei, P. (2022). *The Rise of NFTs: These Aren't the Droids You're Looking For*. European Intellectual Property Review. <https://ssrn.com/abstract=4000423>

³⁸ Guadamuz, A. (2021, March 7). *Can copyright teach us anything about NFTs?* TechnoLlama. <https://www.technollama.co.uk/can-copyright-teach-us-anything-about-nfts>

³⁹ А.А. Долганин справедливо отмечает, что с созданием NFT в торговом обороте происходит «появление нового объекта, производного по отношению к базисному активу» и «появление нового оборотоспособного товара». См.: Долганин, А.А. (2021). Соотношение невзаимозаменяемых токенов (NFT) и интеллектуальной собственности: триумф проприетарного подхода? *Цифровое право*, 2(3), 46–54. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-3-46-54>. Полагаем, что аналогичные последствия появления NFT создает и в области права интеллектуальной собственности — появляется новый объект интеллектуальной собственности, становящийся при определенных условиях автономным от произведения, лежащего в основе токенизации.

⁴⁰ Корнеев, А. (2021, март 4). *Работу художника Бэнкси сожгли и превратили в NFT-токен*. РБК. <https://www.rbc.ru/crypto/news/6040a6819a794715076a7f84>

⁴¹ Peltz, M. (2021, October 26). *IP and Non-Fungibility: The Intersection of Intellectual Property and NFTs*. Falcon Rappaport & Berkman PLLC. <https://frblaw.com/2021/03/15/intellectual-property-and-nfts/>

да Винчи «Мона Лиза», а затем токенизировать сделанный снимок. С технической точки зрения появится новый NFT, однако а) создатель токена нарушит интеллектуальные права владельца исходной картины, поскольку сама токенизация является одним из способов использования произведения⁴²; б) создатель NFT не получит никаких прав на использование РИД, находящегося в токене.

Таким образом, NFT является технически неоспоримым способом индивидуализации цифровых произведений, который при наличии надлежащего правового основания позволяет фиксировать права на РИД в блокчейне.

Следующий важный аспект — рассмотрение вопроса о том, какие права получает последующий приобретатель NFT на РИД, связанный с токеном.

Ранее мы пришли к выводу, что с момента токенизации появляется самостоятельный РИД, и при надлежащем правовом основании создатель NFT становится обладателем прав на РИД: исключительного права (ст. 1229 ГК РФ) и личных неимущественных прав.

Личные неимущественные права неотчуждаемы и непередаваемы ни при каких обстоятельствах и всегда принадлежат первоначальному создателю. Следовательно, приобретатель NFT никогда не сможет стать обладателем личных неимущественных прав на РИД.

С исключительным правом все не так однозначно. Использование произведения без согласия правообладателя не допускается в соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ. Следовательно, продажа NFT по умолчанию не означает предоставление исключительного права на использование РИД, поскольку на это должно быть прямое согласие правообладателя (абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ).

Таким образом, если покупатель NFT желает использовать РИД в коммерческой деятельности и получать от такого использования доходы, параллельно с приобретением NFT, требуется заключить договор об отчуждении исключительного права либо лицензионный договор. Более подробно способы распоряжения исключительным правом будут рассмотрены далее.

Выходит, что приобретатель NFT не получает личных неимущественных прав и по умолчанию не становится обладателем исключительного права на РИД⁴³. Это означает, что в NFT содержится «право наслаждения», т. е. право, подтверждающее владение оригинальной версией объекта цифрового искусства (а не копией) только для личных целей, а также право на перепродажу NFT. Переход к приобретателю NFT исключительных прав на использование РИД должен всегда оговариваться дополнительно.

Наконец, особую значимость приобретает вопрос повторной токенизации исходных произведений (цифровых либо аналоговых). Если приобретатель NFT захочет предотвратить создание других NFT, связанных с исходным произведением, стороны должны предусмотреть соответствующий запрет при приобретении NFT. Несмотря на то, что пресечь создание других токенов договорный запрет не сможет, это даст правовые основания для предъявления соответствующих требований к создателям «нелегальных» токенов.

Чтобы снизить вероятность создания других NFT, а также повысить ценность первого созданного токена, субъекты сделок с NFT на практике прибегают к уничтожению исходного аналогового произведения. Вместе с тем полностью исключить создание последующих токенов

⁴² Существует и иной подход. Подробнее о том, охватывается ли токенизация исключительным правом владельца исходного произведения см.: Guadamuz, A., 2021.

⁴³ Chintalapoodi, P. (2021, April 5). *Legal Implications of Non-Fungible Tokens (NFT)*. Chip Law Group. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=176215ed-1924-4e47-8443-fd1023dfd5dc>

даже такой шаг не сможет — данные, необходимые для создания последующих NFT, можно взять из первого NFT и выпустить еще один NFT на той же или на другой платформе. В то же время последующее уничтожение исходного оригинала закрепляет за первоначально созданным NFT статус «созданного на основе оригинала», что в глазах ценителей наделяет его дополнительной субъективной ценностью. Последующие NFT в этом случае будут являться «копиями копии», что снижает их субъективную ценность.

Способы передачи исключительных прав на произведение при продаже NFT

Распорядиться исключительным правом на РИД при продаже NFT возможно двумя основными способами: посредством договора об отчуждении исключительного права либо посредством лицензионного договора⁴⁴.

Договор об отчуждении исключительного права

В соответствии с п. 1 ст. 1234 ГК РФ по договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на РИД в полном объеме другой стороне (приобретателю).

Распоряжение исключительным правом на РИД в форме NFT по договору об отчуждении исключительного права является наиболее удачным способом. Это связано с тем, что при отчуждении исключительного права приобретатель NFT получает все права на использование РИД в полном объеме.

Также приобретатель NFT самостоятельно защищает свое исключительное право и полностью независим от правообладателя, что особенно важно, когда NFT перепродается несколько раз: связанность права на использование РИД в форме NFT лицензионным договором с правообладателем в таком случае значительно снижает ценность NFT.

Лицензионный договор

В соответствии с п. 1 ст. 1235 ГК РФ по лицензионному договору обладатель исключительного права на РИД (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах.

Следовательно, если необходимо распорядиться исключительным правом на РИД в форме NFT лишь в отношении отдельных способов использования РИД, например, предоставить контрагенту только одну составляющую исключительного права — право демонстрации, то такое распоряжение возможно только по модели лицензионного договора.

При этом единственная модель лицензионного договора, которая отвечает потребностям сторон при предоставлении права на использование NFT-произведений — исключительная лицензия (предоставление лицензиату права использования РИД без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам).

Это связано, во-первых, с тем, что продажа РИД в форме NFT исключает одновременное использование этого же РИД другими лицами в силу индивидуально-определенного характера токена.

Во-вторых, использование исключительных прав на РИД на основании исключительной лицензии дает лицензиату (покупателю NFT) дополнительные гарантии, в частности, при нарушении третьими лицами исключительного права на РИД лицензиат может наряду с другими

⁴⁴ Новоселова, Л.А. (ред.) (2017). *Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения: Учебник*. Статут.

способами защиты самостоятельно защищать свои права способами, предусмотренными ст. ст. 1250, 1252 ГК РФ. Такая возможность недоступна лицензиату по простой (неисключительной) лицензии.

Существенным недостатком исключительной лицензии является обязательная письменная форма договора под страхом недействительности (п. 2 ст. 1235 ГК РФ), а следовательно — невозможность заключения лицензионного договора в упрощенной форме по модели открытой лицензии (ст. 1286 ГК РФ), когда лицензионный договор считается заключенным путем акцепта публичной оферты на условиях, указанных в публичной оферте. Модель открытой лицензии очень привлекательна, поскольку продажа NFT происходит в блокчейне и соблюсти письменную форму лицензионного договора весьма затруднительно, а размещение условий об исключительных правах в публичной оферте и их акцепт посредством приобретения NFT кажется идеальным вариантом. Однако по модели открытой лицензии может быть заключен только лицензионный договор с простой (неисключительной) лицензией на использование РИД. В случае с NFT, как было сказано ранее, лицензиату должна предоставляться исключительная лицензия, которая несовместима с упрощенным порядком заключения договора открытой лицензии посредством акцепта размещенной лицензиаром публичной оферты.

Поскольку отчуждение NFT происходит в децентрализованной системе блокчейн без физического присутствия отчуждателя и приобретателя, это существенно затрудняет соблюдение традиционной письменной формы (абз. 1 п. 1 ст. 160 ГК РФ). Более того, зачастую приобретателей NFT проблематично идентифицировать по причине широкого использования ими никнеймов при совершении сделок.

В то же время письменную форму лицензионного договора можно соблюсти в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ посредством размещения условий использования произведения в описании к NFT⁴⁵, с которым каждый потенциальный приобретатель NFT может заранее ознакомиться. Лицензионный договор в таком случае считается заключенным в момент приобретения NFT. При этом письменная форма считается соблюденной по следующим соображениям.

Во-первых, сделка по приобретению NFT совершается на блокчейн с помощью электронных либо иных технических средств, что полностью соответствует правилам абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ.

Во-вторых, требование о наличии подписи будет считаться выполненным с момента перечисления приобретателем NFT оплаты в цифровой валюте на электронный кошелек отчуждателя. Осуществление данного перевода позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю на приобретение NFT и на заключение лицензионного договора.

Таким образом, требование к письменной форме лицензионного договора при отчуждении NFT считается соблюденным при совершении сделки в системе блокчейн с момента достоверного определения лица, выразившее волю на совершение сделки. Этот момент является моментом перевода приобретателем NFT оплаты в цифровой валюте на электронный кошелек отчуждателя NFT.

Переход или предоставление исключительного права также можно предусмотреть в смарт-контракте, посредством которого происходит отчуждение NFT или прописать способы

⁴⁵ Давыдов-Громадин, Д. (2021, июль 5). Как правильно использовать NFT в России и не нарушить закон. РБК. <https://www.rbc.ru/crypto/news/60e2f4609a794732c30fc130>

использования РИД в метаданных конкретного токена⁴⁶, однако это более сложный технический вопрос, который требует отдельного рассмотрения, выходящего за рамки данной работы.

Case study: правовые проблемы токенизации произведений Эрмитажа и их решение

В Государственном Эрмитаже в 2021 г. была подготовлена и продана на аукционе первая в мире лимитированная серия NFT-изображений, удостоверенных подписью директора музея⁴⁷. Данный проект произвел фурор на рынке цифрового искусства. В связи с этим рассмотрим основные проблемы, которые возникли в ходе реализации проекта, а также расскажем о том, как юристам, сопровождавшим сделку⁴⁸, удалось их разрешить и довести проект до успешного завершения.

Требования музейного законодательства

Первая проблема токенизации произведений Эрмитажа была связана с требованиями музейного законодательства, устанавливающего строгие рамки использования работ из коллекций музея.

Так, в соответствии со ст. 36 Федерального закона от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»⁴⁹ использование музейных работ в коммерческих целях осуществляется в порядке, установленном собственником, т. е. государством.

В связи с этим токенизация произведений Эрмитажа и последующее отчуждение NFT некоторыми ошибочно оценивалась как «распродажа произведений искусства»⁵⁰.

Требования музейного законодательства были соблюдены следующим образом.

В законе речь идет именно об оригиналах работ, многие из которых действительно являются общественным достоянием и принадлежат государству. Однако создание токена, как мы утверждали ранее, представляет собой создание самостоятельного объекта интеллектуальной собственности. В связи с этим в некоторых источниках справедливо отмечено, что NFT-токены Эрмитажа являются самостоятельными арт-объектами, включающими три файла:

- репродукция (распечатка сделанной фотографии произведений) картины с подписью директора Эрмитажа М.Б. Пиотровского,
- видео, на котором М.Б. Пиотровский подписывает работу и рассказывает о ней, и
- удостоверяющая криптографическая подпись⁵¹.

Таким образом, NFT были созданы на основе оригиналов произведений из коллекции музея, права на которые при этом никак не затрагивались: оригиналы работ по-прежнему доступны в Эрмитаже, их коммерческое использование никем не осуществлялось.

⁴⁶ Vc.ru (2018, ноябрь 7). Правовые аспекты NFT. <https://vc.ru/legal/220843-pravovye-aspekty-nft-pochemu-vypiska-iz-egryul-eto-schitay-cto-nft-no-ne-sovsem>

⁴⁷ Partz, H. (2021, September 7). Russian State Hermitage raises \$440K via Binance NFT auction. Cointelegraph. <https://cointelegraph.com/news/russian-state-hermitage-raises-440k-via-binance-nft-auction>

⁴⁸ Сделку сопровождала юридическая фирма LFCS Legal Support (<https://legalsupport.ru>).

⁴⁹ Федеральный закон «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации». Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 22, Статья 2591.

⁵⁰ Иванов, А.А. Остановите «Эрмитаж»! Закон.ру. https://zakon.ru/blog/2021/09/09/ostanovite_ermitazh

⁵¹ Vc.ru (2021, август 20). Эрмитаж продает свою коллекцию в NFT. <https://vc.ru/ipqorum/284386-ermitazh-prodaet-svoyu-kollekciyu-v-nft>

Именно принцип автономности объекта интеллектуальной собственности в NFT как самостоятельного произведения искусства позволил решить проблему, связанную с соблюдением требований музейного законодательства.

Требования Закона «О ЦФА»

Второй, не менее важной проблемой стало соблюдение требований ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА», связанных с запретом российским юридическим лицам и резидентам принимать цифровую валюту в качестве встречного предоставления. На сайте русской службы BBC вышел сюжет с громким названием: «Как Эрмитаж продает NFT-картины, если сделки с криптовалютой запрещены?»⁵². В данной статье достаточно подробно рассматриваются многие аспекты данной проблемы, выделим самое главное.

Во-первых, сделка по приобретению NFT была совершена за пределами Российской Федерации в государстве, полностью санкционирующем платежи в цифровой валюте.

Во-вторых, встречным предоставлением за NFT являлись стейблкоины BUSD⁵³, которые привязаны к национальной валюте и этим существенно отличаются от традиционных криптовалют.

Таким образом, реализовав NFT в иной юрисдикции в обмен на стейблкоины, удалось соблюсти требования Закона «О ЦФА». В свою очередь, Эрмитаж получил оплату исключительно в российских рублях. Для осуществления всех финансовых операций с криптовалютой был привлечен специальный посредник — агент.

Исключительные права

Особая сложность возникла при распределении среди участников договорных отношений исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные в процессе токенизации произведений Эрмитажа. Было важно, чтобы на протяжении всей длительной процедуры создания NFT никто из участников цепочки (посредники, фотографы) не получил «лишних» исключительных прав на промежуточные материалы, способных помешать дальнейшему структурированию сделки и передаче всех прав Эрмитажу.

Данная проблема решалась на двух этапах.

На первом этапе происходила оцифровка аналоговых картин и нанесение подписи директором Эрмитажа М.Б. Пиотровским. Здесь возникло два результата интеллектуальной деятельности.

Во-первых, объектом авторских прав являлась фотография аналогового произведения. Исключительные права фотографа, сделавшего снимок, были переданы Эрмитажу по договору об отчуждении исключительных прав.

Во-вторых, отдельным объектом авторских прав стала подписанная М.Б. Пиотровским репродукция⁵⁴, которая являлась служебным произведением, поскольку была создана директором Эрмитажа в рамках выполнения трудовой функции. Права на нее также принадлежали Эрмитажу.

⁵² Захаров, А., & Пушкарская, А. (2021, ноябрь 19). *Ван Гог и «Криптопанки»: как Эрмитаж продает NFT-картины, если сделки с криптовалютой запрещены?* <https://www.bbc.com/russian/features-59322601>

⁵³ От англ. *stable coin* — «стабильная монета». Вид цифровой валюты, курс которой жестко привязан к курсу фиатной валюты. Например, один *Tether* всегда равен одному доллару США.

⁵⁴ Интересно отметить, что уже в Средневековье суды разделяли правовой режим произведения без подписи и с подписью (сигнатурой), считая последнее самостоятельным произведением искусства. О разделении юридической судьбы основного произведения и его «символа подлинности» см.: Dolganin, 2021.

Таким способом удалось «перевести» на Эрмитаж все исключительные права на промежуточные произведения. Итоговым результатом интеллектуальной деятельности стала цифровая картина с подписью М.Б. Пиотровского.

На втором этапе данная цифровая картина была токенизирована, и NFT закрепил в себе все исключительные права на произведение. Промежуточные материалы (фотографии, репродукции) впоследствии были уничтожены с целью недопущения их повторной токенизации.

Приобретатели NFT Эрмитажа на основании лицензии на покупку NFT («NFT Purchase License»), находящейся в тексте стандартных условий Binance NFT⁵⁵, получили право «наслаждения», право демонстрации и наиболее ценное в коммерческом отношении право на перепродажу NFT.

Заключение

Проведенный анализ демонстрирует, что в настоящий момент структурировать сделки с NFT в России возможно, несмотря на отсутствие в российском законодательстве специальных норм, посвященных регулированию NFT. Это подтверждает приведенный в качестве примера проект токенизации NFT-коллекции Государственного Эрмитажа.

В то же время при совершении сделок с NFT важно помнить следующее.

1. NFT не являются ни цифровыми финансовыми активами, ни утилитарными цифровыми правами, ни цифровой валютой. Очевидно, что NFT это цифровой актив *sue generis*, для которого в дальнейшем возможно потребуется специальное правовое регулирование, поскольку ни одна из имеющихся в законодательстве правовых конструкций цифровых прав не применима в силу особенностей NFT как индивидуально-определенного токена.

2. NFT представляет собой multifunctional инструмент:

- NFT рассматривается как техническое средство, позволяющее облечь объект интеллектуальной собственности в форму токена;
 - NFT как способ фиксации (сертификат подлинности) подтверждает владение уникальным цифровым объектом, закрепляет право владельца NFT на этот объект интеллектуальной собственности и в определенных случаях — право на получение связанных с объектом дополнительных возможностей;
 - при отчуждении NFT становится самостоятельным объектом сделки. Связанные с NFT произведения искусства лишь следуют за токеном, но сами объектами сделок не являются.
3. С точки зрения права, NFT может использоваться в гражданском обороте в двух аспектах:
- Если NFT не наделяют своего обладателя дополнительными правами, кроме обычных прав владения, пользования и распоряжения самим токеном, то к таким NFT мы считаем возможным применение режима «иного имущества» (ст. 128 ГК РФ). Также возможно частичное применение правил о движимых индивидуально-определенных вещах по аналогии закона (ст. 6 ГК РФ).
 - Если NFT совмещают свойства, присущие утилитарным токенам, т. е. наделяют своих обладателей дополнительными правами, то к таким NFT мы считаем возможным применить правила о цифровых правах (ст. 141.1 ГК РФ) и об утилитарных цифровых правах (ст. 8 ФЗ № 259-ФЗ) по аналогии закона в том объеме, в котором это возможно в контексте индивидуальной определенности цифровых прав, выраженных такими NFT.

⁵⁵ Binance. (2021). NFT Marketplace Terms and Conditions. https://public.nftstatic.com/static/nft/res/adad11f38a4042fc97d8607d204e17aa.pdf?fbclid=IwAR2CvcXfkru9kKpx7Vq_FJyXp1VLzslEuv5BeXVqVt2Ws7FrO4ZVEu365oY

4. Оборот NFT возможен только в той мере, в которой это допускается принципом свободы договора.

5. Поскольку NFT не являются разновидностью цифровой валюты (криптовалюты), они не требуют декларирования в налоговых органах по аналогии с цифровой валютой и полностью подлежат правовой защите.

6. Ограничения, имеющиеся в Законе «О ЦФА» в отношении оборота цифровой валюты, распространяются на приобретение NFT только в случае, если NFT приобретается за негосударственную цифровую валюту (криптовалюту).

Логичным видится расширение свободы оборота NFT и на сделки с криптовалютой, так как NFT не является товаром или услугой классического рынка, на которые направлены ограничения, предусмотренные Законом «О ЦФА». NFT — это способ фиксации объектов виртуального рынка, схожих по своим экономическим свойствам с объектами из игр.

Следовательно, для данных ситуаций должно быть создано специальное правовое регулирование, легализующее возможность приобретения NFT: такие случаи должны быть выведены из-под ограничения ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА», поскольку приобретение NFT за криптовалюту не несет риски внедрения криптовалют в реальный экономический оборот, которые хотел снизить законодатель.

Сделки по обмену NFT на другой NFT или на иной неплатежный токен (например, *utility*) являются меновыми сделками (ст. 567 ГК РФ), на которые не распространяются ограничения, содержащиеся в ч. 5 ст. 14 Закона «О ЦФА».

Поскольку NFT не являются платежным средством и их правовой режим близок к режиму индивидуально-определенных движимых вещей, то сделки, в которых в качестве встречного предоставления за товар передается NFT, по своей юридической природе относятся к меновым сделкам, а не к сделкам купли-продажи.

7. NFT не является объектом интеллектуальной собственности. Объектами интеллектуальной собственности являются цифровые произведения, право на обладание уникальной версией которых выражено в NFT.

8. Отчуждение NFT само по себе не влечет переход исключительных прав на РИД, содержащийся в токене. Для перехода исключительных прав требуется заключение соответствующего договора — договора об отчуждении исключительных прав либо лицензионного договора.

Договор об отчуждении является наиболее распространенным и наиболее удобным способом, поскольку приобретатель NFT получает все исключительные права на использование РИД в полном объеме, самостоятельно защищает их и полностью независим от правообладателя. Это особенно важно, когда NFT перепродается несколько раз и связанность права на использование РИД в форме NFT лицензионным договором с правообладателем значительно снижает ценность такого NFT.

Лицензионный договор используется, когда необходимо распорядиться исключительным правом на РИД в форме NFT лишь в отношении отдельных способов использования. Наиболее подходящим вариантом является исключительная лицензия, поскольку по ней лицензиат может самостоятельно защищать свои права способами, предусмотренными ст. ст. 1250, 1252 ГК РФ. Такая возможность недоступна лицензиату по простой (неисключительной) лицензии.

Переход или предоставление исключительного права также можно предусмотреть в смарт-контракте, посредством которого происходит отчуждение NFT на блокчейне или прописать способы использования в метаданных конкретного токена.

Список литературы / References

1. Dolganin, A. A. (2021). Sootnosheniye nevzaimozamenyaemykh tokenov (NFT) i intellektual'noy sobstvennosti: Triumf proprietarnogo podhoda? [Non-fungible tokens (NFT) and intellectual property: The triumph of the proprietary approach?]. *Digital Law Journal*, 2(3), 46–54. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-3-46-54>
2. Guadamuz, A. (2021). The treachery of images: Non-Fungible tokens and copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 16(12), 1367–1385. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab152>
3. Sukhanov, E. A. (2016). *Veschnoye pravo. Naychno-poznovatel'nyy ocherk* [Property law. Scientific and educational essay]. Statute.
4. Yankovskiy, R. M. (2020). Kriptovalyuty v rossiyskom prave: Surrogaty, “inoye imushchestvo” i tsifrovyye den'gi [Cryptovalues in the Russian Law: Surrogates, «Other Property» and Digital Money]. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki*, (4), 43–77 <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2020.4.43.77>

Сведения об авторах:

Брисов Ю.В. — магистр гражданского права, LL.M. (США), основатель компании «Юридические и финансовые креативные решения (LFCS Legal Support)» и NFTMASTERS, Москва, Россия.

ceo@lfcs.pro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7132-2643>

Победкин А.А.* — бакалавр гражданского права, магистрант частного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, юрист компании «Юридические и финансовые креативные решения (LFCS Legal Support)», Москва, Россия.

a.a.pobedkin@yandex.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0103-8938>

Information about the authors:

Yuriy V. Brisov — LL.M. (Russia), LL.M. (USA), founder of LFCS Legal Support and NFTMASTERS, Moscow, Russia.

ceo@lfcs.pro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7132-2643>

Aleksey A. Pobedkin* — LL.B., Master student, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, lawyer at LFCS Legal Support, Moscow, Russia.

a.a.pobedkin@yandex.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0103-8938>