

DIGITAL LAW JOURNAL

Vol. 3, No. 2, 2022



ARTICLES

- 8 Infringement of Exclusive Rights on the Internet:
A Comparative Analysis of Regulation on the Applicable Law
Alla Tiunova
- 25 Plagiarism and “Self-Plagiarism” in Scientific Works in the Age of Digital Technologies
Marina Rozhkova, Olga Isaeva
- 36 Digital Art in Light of NFT: Market Power and Legal Uncertainty
Olga Kulakova
- 51 Legal Regulation of Public Procurement in the EU and the EAEU: Trends to Digitalization
Rustam Kasyanov, Aleksandra Puchkova
- 69 Behavioral Economics as a Tool for Adapting Antitrust Legislation to Digital Transformation
of Society
Anastasia Alferova

DIGITAL LAW JOURNAL

Journal of research and practice

Published since 2020

4 issues per year

Vol. 3, No. 2, 2022

ЦИФРОВОЕ ПРАВО

Научно-практический журнал

Журнал издается с 2020 г.

4 выпуска в год

Том 3, № 2, 2022



Contents

Articles

- 8** Infringement of Exclusive Rights on the Internet:
A Comparative Analysis of Regulation on the Applicable Law
Alla Tiunova
- 25** Plagiarism and “Self-Plagiarism” in Scientific Works
in the Age of Digital Technologies
Marina Rozhkova, Olga Isaeva
- 36** Digital Art in Light of NFT: Market Power and Legal Uncertainty
Olga Kulakova
- 51** Legal Regulation of Public Procurement in the EU and the EAEU:
Trends to Digitalization
Rustam Kasyanov, Aleksandra Puchkova
- 69** Behavioral Economics as a Tool for Adapting Antitrust Legislation
to the Digital Transformation of Society
Anastasiya Alferova

Содержание

Статьи

- 8** Нарушение исключительных прав в сети Интернет: сравнительный анализ регулирования по вопросу применимого права
Алла Туунова
- 25** Плагиат и самоплагиат в научных произведениях в эру цифровых технологий
Марина Рожкова, Ольга Исаева
- 36** Цифровое искусство в контексте NFT: роль рынка и правовая неопределенность
Ольга Кулакова
- 51** Правовое регулирование государственных закупок в ЕС и ЕАЭС: тенденции к цифровизации
Рустам Касьянов, Александра Пучкова
- 69** Поведенческая экономика как инструмент адаптации законодательства о конкуренции к цифровой трансформации общества
Анастасия Алферова

DIGITAL LAW JOURNAL

AIMS AND SCOPE

The purpose of the Digital Law Journal is to provide a theoretical understanding of the laws that arise in Law and Economics in the digital environment, as well as to create a platform for finding the most suitable version of their legal regulation. This aim is especially vital for the Russian legal community, following the development of the digital economy in our country. The rest of the world has faced the same challenge, more or less successfully; an extensive practice of digital economy regulation has been developed, which provides good material for conducting comparative research on this issue. Theoretically, “Digital Law” is based on “Internet Law”, formed in English-language scientific literature, which a number of researchers consider as a separate branch of Law.

The journal establishes the following objectives:

- Publication of research in the field of digital law and digital economy in order to intensify international scientific interaction and cooperation within the scientific community of experts.
- Meeting the information needs of professional specialists, government officials, representatives of public associations, and other citizens and organizations; this concerns assessment (scientific and legal) of modern approaches to the legal regulation of the digital economy.
- Dissemination of the achievements of current legal and economic science, and the improvement of professional relationships and scientific cooperative interaction between researchers and research groups in both Russia and foreign countries.

The journal publishes articles in the following fields of developments and challenges facing legal regulation of the digital economy:

1. Legal provision of information security and the formation of a unified digital environment of trust (identification of subjects in the digital space, legally significant information exchange, etc.).
2. Regulatory support for electronic civil turnover; comprehensive legal research of data in the context of digital technology development, including personal data, public data, and “Big Data”.
3. Legal support for data collection, storage, and processing.
4. Regulatory support for the introduction and use of innovative technologies in the financial market (cryptocurrencies, blockchain, etc.).
5. Regulatory incentives for the improvement of the digital economy; legal regulation of contractual relations arising in connection with the development of digital technologies; network contracts (smart contracts); legal regulation of E-Commerce.
6. The formation of legal conditions in the field of legal proceedings and notaries according to the development of the digital economy.
7. Legal provision of digital interaction between the private sector and the state; a definition of the “digital objects” of taxation and legal regime development for the taxation of business activities in the field of digital technologies; a digital budget; a comprehensive study of the legal conditions for using the results of intellectual activity in the digital economy; and digital economy and antitrust regulation.
8. Legal regulation of the digital economy in the context of integration processes.
9. Comprehensive research of legal and ethical aspects related to the development and application of artificial intelligence and robotics systems.
10. Changing approaches to training and retraining of legal personnel in the context of digital technology development; new requirements for the skills of lawyers.

The subject of the journal corresponds to the group of specialties Legal Sciences 12.00.00 and Economic Sciences 08.00.00 according to the HAC nomenclature.

The journal publishes articles in Russian and English.

FOUNDER, PUBLISHER:

Maxim I. Inozemtsev
76, ave. Vernadsky, Moscow, Russia, 119454

EDITOR-IN-CHIEF:

Maxim Inozemtsev, Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of Private International and Civil Law, Head of Dissertation Council Department of MGIMO-University, inozemtsev@digitallawjournal.org
76, ave. Vernadsky, Moscow, Russia, 119454

EDITORIAL BOARD

Alice Guerra – Ph.D. in Law and Economics, Associate Professor, Department of Economics, University of Bologna, Bologna, Italy

Max Gutbrod – Dr. jur., Independent Scientist, Former Partner and Managing Partner of Baker McKenzie, Moscow, Russia

Steffen Hindelang – Ph.D. in Law, Department of Law, University of Southern Denmark (University of Siddan), Odense, Denmark

Junzo Iida – Ph.D., Department of Law, Soka University, Tokyo, Japan

Julia Kovalchuk – Dr. Sci. in Economics, Professor of the Department of Energy Service and Energy Supply Management, Moscow Aviation Institute, Moscow, Russia

Natalia Kozlova – Dr. Sci. in Law, Professor, Professor of the Department of Civil Law, Moscow State University Lomonosov, Moscow, Russia

Danijela Lalić – Ph.D. in Technical Sciences, Associate Professor, Faculty of Industrial Engineering and Management, Novi Sad University, Novi Sad, Serbia

Clara Neppel – Ph.D. in Computer Science, Master in Intellectual Property Law and Management, Senior Director

of the IEEE European Business Operations, Vienna, Austria

Lyudmila Novoselova – Dr. Sci. in Law, Professor, Head of the Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Vladimir Osipov – Dr. Sci. in Economics, Ph.D. in Economics, Associate Professor, Professor of the Asset Management Department, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University), Moscow, Russia

Francesco Parisi – Ph.D. in Law, Professor, Department of Law, University of Minnesota, Minneapolis, the USA

Vladimir Plotnikov – Dr. Sci. in Economics, Professor, St. Petersburg State University of Economics, St. Petersburg, Russia

Bo Qin – Ph.D., Professor, Head of the Department of urban planning and management, Renmin University of China, Beijing, China

Elina Sidorenko – Dr. Sci. in Law, Professor of the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics, Director of the Center for Digital Economics and Financial Innovations, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University), Moscow, Russia

Founded:	The journal has been published since 2020
Frequency:	4 issues per year
DOI Prefix:	10.38044
ISSN online:	2686-9136
Mass Media Registration Certificate:	ЭЛ № ФС 77-76948 of 9 Oct. 2019 (Roskomnadzor)
Distribution:	Content is distributed under Creative Commons Attribution 4.0 License
Editorial Office:	76, ave. Vernadsky, Moscow, Russia, 119454, +7 (495) 229-41-78, digitallawjournal.org , dj@digitallawjournal.org
Published online:	30 Jun. 2022
Copyright:	© Digital Law Journal, 2022
Price:	Free

ЦИФРОВОЕ ПРАВО

ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ

Цель электронного журнала «Цифровое право» (Digital Law Journal) — создание дискуссионной площадки для осмысления в научно-практической плоскости легализации цифровых технологий, особенностей и перспектив их внедрения в нормативно-правовое поле. Особенно остро эта задача стоит перед российским сообществом правоведов в связи с развитием цифровой экономики в нашей стране. С этой же задачей сталкивается и остальной мир, решая её более или менее успешно. В мире сформировалась обширная практика нормативного регулирования цифровой экономики, она даёт хороший материал для проведения сравнительных исследований по этой проблематике. В теоретическом плане цифровое право опирается на сформировавшееся в англоязычной научной литературе академическое направление «интернет-право», которое ряд исследователей рассматривают как отдельную отрасль права.

Задачами журнала являются:

- Публикация исследований в области цифрового права и цифровой экономики с целью интенсификации международного научного взаимодействия и сотрудничества в рамках научного сообщества экспертов.
- Удовлетворение информационных потребностей специалистов-профессионалов, должностных лиц органов государственной власти, представителей общественных объединений, иных граждан и организаций в научно-правовой оценке современных подходов к правовому регулированию цифровой экономики.
- Распространение достижений актуальной юридической и экономической мысли, развитие профессиональных связей и научного кооперативного взаимодействия между исследователями и исследовательскими группами России и зарубежных государств.

В журнале публикуются статьи по следующим направлениям развития и задачам, стоящим перед нормативным регулированием цифровой экономики.

1. Нормативное обеспечение информационной безопасности, формирование единой цифровой среды доверия (идентификация субъектов в цифровом пространстве, обмен юридически значимой информацией между ними и т. д.).
2. Нормативное обеспечение электронного гражданского оборота; комплексные правовые исследования оборота данных в условиях развития цифровых технологий, в том числе персональных данных, общедоступных данных, Big Data.
3. Нормативное обеспечение условий для сбора, хранения и обработки данных.
4. Нормативное обеспечение внедрения и использования инновационных технологий на финансовом рынке (криптовалюта, блокчейн и др.).
5. Нормативное стимулирование развития цифровой экономики; правовое регулирование договорных отношений, возникающих в связи с развитием цифровых технологий. Сетевые договоры (смарт-контракты). Правовое регулирование электронной торговли.
6. Формирование правовых условий в сфере судопроизводства и нотариата в связи с развитием цифровой экономики.
7. Обеспечение нормативного регулирования цифрового взаимодействия предпринимательского сообщества и государства; определение «цифровых объектов» налогов и разработка правового режима налогообложения предпринимательской деятельности в сфере цифровых технологий. Цифровой бюджет; комплексное исследование правовых условий использования результатов интеллектуальной деятельности в условиях цифровой экономики. Цифровая экономика и антимонопольное регулирование.
8. Нормативное регулирование цифровой экономики в контексте интеграционных процессов.
9. Комплексные исследования правовых и этических аспектов, связанных с разработкой и применением систем искусственного интеллекта и робототехники.
10. Изменение подходов к подготовке и переподготовке юридических кадров в условиях развития цифровых технологий. Новые требования к навыкам и квалификации юристов.

Тематика журнала соответствует группе специальностей «Юридические науки» 12.00.00 и «Экономические науки» 08.00.00 по номенклатуре ВАК.

В журнале публикуются статьи на русском и английском языках.

УЧРЕДИТЕЛЬ, ИЗДАТЕЛЬ:

Иноземцев Максим Игоревич

119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:

Максим Иноземцев, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева, начальник отдела диссертационных советов МГИМО-Университета МИД России, inozemtsev@digitallawjournal.org

119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Алиса Герра — Ph.D. in Law and Economics, доцент факультета экономики, Болонский университет, Болонья, Италия

Макс Гутброд — Dr. jur., независимый исследователь, бывший управляющий партнер международной юридической фирмы Baker McKenzie, Москва, Россия

Дзюндзо Иида — Ph.D., профессор факультета права, Университет Сока, Токио, Япония

Юлия Ковальчук — доктор экономических наук, профессор, профессор кафедры энергетического сервиса и управления энергообеспечением, Московский авиационный институт, Москва, Россия

Наталья Козлова — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права, МГУ имени М.В. Ломоносова, Москва, Россия

Даниела Лалич — Ph.D. in Technical Sciences, доцент факультета промышленной инженерии и менеджмента, Нови-Садский университет, Нови-Сад, Сербия

Клара Неппель — Ph.D. in Computer Science, Master in Intellectual Property Law and Management, старший директор по вопросам европейских бизнес-операций Института инженеров электротехники и электроники, Вена, Австрия

Людмила Новоселова — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеллектуальных прав,

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Россия

Владимир Осипов — доктор экономических наук, Ph.D. in Economics, профессор кафедры управления активами, МГИМО-Университет МИД России, Москва, Россия

Франческо Паризи — Ph.D. in Law, профессор факультета права, Миннесотский университет, Миннеаполис, США

Владимир Плотников — доктор экономических наук, профессор, профессор кафедры общей экономической теории и истории экономической мысли, Санкт-Петербургский государственный экономический университет, Санкт-Петербург, Россия

Элина Сидоренко — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики, директор Центра цифровой экономики и финансовых инноваций, МГИМО-Университет МИД России, Москва, Россия

Штеффен Хинделанг — Ph.D. in Law, факультет права, Университет Южной Дании (Сидданский университет), Оденсе, Дания

Бо Цинь — Ph.D., профессор, заведующий кафедрой городского планирования и управления, Университет Жэньминь, Пекин, Китай

История издания журнала:	Журнал издается с 2020 г.
Периодичность:	4 выпуска в год
Префикс DOI:	10.38044
ISSN online:	2686-9136
Свидетельство о регистрации средства массовой информации:	№ ФС 77-76948 от 09.10.2019 (Роскомнадзор)
Условия распространения материалов:	Контент доступен под лицензией Creative Commons Attribution 4.0 License
Редакция:	119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76, +7 (495) 229-41-78, digitallawjournal.org , dlj@digitallawjournal.org
Дата публикации:	30.06.2022
Копирайт:	© Цифровое право, 2022
Цена:	Свободная

СТАТЬИ

НАРУШЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПО ВОПРОСУ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА

А.И. Тиунова

Всемирная организация интеллектуальной собственности
1211, Швейцария, Женева, ал. Кёломбэт, 34

Аннотация

Как правило, вопросы определения применимого права в случае нарушения исключительных прав в сети Интернет рассматриваются под призмой традиционного подхода, не учитывая специфику сети Интернет как децентрализованной и трансграничной сети. Данный факт влечет необходимость критически переосмыслить и актуализировать существующие подходы, касающиеся определения применимого права. Предметом исследования выступают особенности определения права, применимого к установлению факта нарушения исключительных прав, а также права, применимого к способам защиты.

Автор анализирует акты различного уровня (Бернская конвенция, законодательные акты Европейского союза, Российской Федерации, Швейцарии, Китайской Народной Республики, акты «мягкого права») и приходит к выводу о том, что акты «мягкого права» содержат предложения по более детальному регулированию рассматриваемых вопросов, но в силу своей природы не являются обязательными для правоприменителя. Выдвигается предложение о необходимости определения на теоретическом уровне условий, которым должен соответствовать выбор страны, в отношении которой истцом испрашивается защита в случае нарушения исключительных прав в сети Интернет. Так, истцу следует выбирать страну, где последствия нарушения для него наиболее ощутимы. Также важно предоставить сторонам возможность заключить соглашение о выборе применимого права в отношении способов правовой защиты после возникновения спора, что повысит правовую определенность правоотношений.

Ключевые слова

юрисдикция, применимое право, нарушение исключительных прав, Интернет

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Тиунова, А. И. (2022). Нарушение исключительных прав в сети Интернет: сравнительный анализ регулирования по вопросу применимого права. *Цифровое право*, 3(2), 8–24. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-8-24>

Поступила: 13.04.2022, принята в печать: 10.06.2022, опубликована: 30.06.2022

ARTICLES

INFRINGEMENT OF EXCLUSIVE RIGHTS ON THE INTERNET: A COMPARATIVE ANALYSIS OF REGULATION ON THE APPLICABLE LAW

Alla I. Tiunova

World Intellectual Property Organization
34, Colombettes Path, Geneva, 1211, Switzerland

Abstract

The issues on applicable law in cases of infringement of the exclusive rights on the Internet are usually considered through the traditional approach, while the specifics of the Internet as a decentralized and cross-border network are not taken into account. This fact urges to critically rethink and update existing approaches on the applicable law. The subject of the study is the peculiarities of the law applicable to establishing the fact of infringement and the law applicable to the choice for remedies.

The author analyzes acts of various levels (including the Berne Convention, legislation of the European Union, the Russian Federation, Switzerland, the People's Republic of China, soft law initiatives) and concludes that soft law initiatives contain proposals for more detailed regulation, but due to their nature they are not binding on the law enforcer. It is necessary to define the conditions which the choice of the country for which a person claims protection should correspond to. Thus, the plaintiff should choose the country where the resulting harm for that person is more significant. What is also important is to provide the parties with the opportunity to choose applicable law for remedies after the dispute occurs that will increase legal certainty of legal relations.

Keywords

jurisdiction, applicable law, infringement, exclusive rights, Internet

Conflict of interest The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Tiunova, A. I. (2022). Infringement of exclusive rights on the Internet: A comparative analysis of regulation on the applicable law. *Digital Law Journal*, 3(2), 8–24. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-8-24>

Submitted: 13 Apr. 2022, accepted: 10 Jun. 2022, published: 30 Jun. 2022

Введение

С момента создания Интернета в 1983 году жизнь человечества кардинально изменилась, и лишь малая часть людей могла представить себе тогда, насколько мы будем зависеть от Интернета. В настоящий момент мы можем наблюдать переход многих услуг и занятий онлайн — образование, тренировки, телемедицина, маркетплейсы, онлайн-кинотеатры и др. Катализатором такого перехода стала в том числе пандемия COVID-19, так как в период карантина большую часть времени люди проводили в виртуальном мире. При этом переход в онлайн сопровождается ростом создания и использования объектов интеллектуальной собственности (разработка программ и приложений, активное продвижение товаров на маркетплейсах, «диджитализация» объектов искусства в виде онлайн-выставок, электронных библиотек и др.).

Интернет по своей сути является децентрализованной и трансграничной сетью, что делает невозможным установление территориальных границ в виртуальном пространстве в традиционном понимании. Если нарушение исключительного права на объект интеллектуальной собственности имеет место в Интернете, то оно происходит «нигде и везде» одновременно, что вызывает трудности в определении места совершения действий, нарушающих права, и места наступления вреда. Более того, использование Интернета делает споры более «интернациональными», поскольку вероятность того, что сторонами спора будут лица из разных юрисдикций, значительно выше. Таким образом, вопросы определения применимого права в спорах о нарушении исключительных прав в сети Интернет не только не теряют своей актуальности и дискуссионности, но и требуют пересмотра существующих правил исходя из специфики Интернета.

Традиционно выделяют три вида юрисдикции:

- (1) судебная юрисдикция (англ. *jurisdiction to adjudicate*), в частности полномочие государства рассматривать определенный спор с участием конкретных сторон;
- (2) предписывающая юрисдикция (англ. *jurisdiction to prescribe*), в частности полномочие государства принимать нормативно-правовые акты и применять их в судебном процессе;
- (3) принудительная юрисдикция (англ. *jurisdiction to enforce*), в частности полномочие государства приводить в исполнение судебные решения (Aman, 2014; Saveliev, 2020).

Предметом настоящего исследования является исключительно второй вид юрисдикции, в рамках которой разрешается вопрос определения применимого права. Право интеллектуальной собственности и международное частное право тесно взаимосвязаны, причем последнее вступает в «игру», если спор включает иностранный элемент¹.

В российской и зарубежной литературе вопросы определения применимого права к нарушениям исключительных прав хорошо изучены. Однако исследования в указанной сфере, как правило, ориентированы преимущественно на «традиционные» нарушения и не отражают специфику их совершения в сети Интернет (Krupko, 2018; Krupko, 2021; Schack, 2009). Именно поэтому существующие подходы требуют критического переосмысления и актуализации, в чем и заключается цель исследования.

Предметом исследования выступили особенности определения права, применимого к нарушениям исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности в сети Интернет. Проведен сравнительный анализ релевантных положений актов различного уровня: международного (в частности, Бернской конвенции), регионального и национального

¹ Bennett, A., & Granata, S. (2019). *When private international law meets intellectual property law — A guide for judges*. World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1053.pdf

уровней (законодательных актов Европейского союза, Российской Федерации, Швейцарии, Китайской Народной Республики), а также актов «мягкого права» (Принципов CLIP, Принципов Американского юридического института (ALI), Киотских руководящих принципов и др.). Также проанализированы существующие в доктрине подходы, касающиеся особенностей определения применимого права при нарушениях исключительных прав в сети Интернет.

Методологическую основу исследования составили общие и специальные методы, в частности метод общенаучного диалектического анализа, комплексного и системного анализа, синтеза, индукции и дедукции, а также методы сравнительного правоведения, структурно-логический и формально-юридический.

Дискуссия

Определение применимого права к нарушениям исключительных прав в сети Интернет регулируется актами различного уровня и юридической силы, которые условно можно разделить на три группы: акты международного уровня, акты регионального и национального уровней, акты «мягкого права».

Акты международного уровня

В настоящее время отсутствует международно-правовой акт, который бы закреплял механизм определения применимого права в рассматриваемых случаях. Существуют различные акты международного частного права, частично затрагивающие вопросы интеллектуальной собственности, и наоборот — соответствующие акты в сфере интеллектуальной собственности, в которых кратко упоминаются вопросы определения применимого права в случае возникновения спора с участием иностранного элемента.

На международном уровне приняты Гагская конвенция о соглашениях о выборе суда (2005 г.)² и Гагские принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах (2015 г.)³. Однако первый акт касается выбора суда (а не применимого права), а второй акт регулирует вопросы применимого права, связанные с договорными отношениями сторон, в том числе в случае нарушения договорных обязательств. Таким образом, указанные акты не относятся к предмету исследования.

До сих пор актуальным является вопрос о том, содержит ли Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (1886 г.)⁴ коллизионные нормы, применимые в отношении объектов авторских прав. Рассмотрим статью 5(2), которая гласит: «...объем охраны, а также средства правовой защиты, предоставляемые автору для защиты своих прав, регулируются исключительно законодательством страны, где испрашивается защита».

На протяжении почти 140 лет существования Бернской конвенции сформировались две противоположные позиции относительно природы указанной нормы.

Представители первой позиции полагают, что указанная норма является коллизионной (Hoffmann & Kropholler, 2001). При этом некоторые из них, в частности г-н С. Дж. Шаафсма,

² Convention on Choice of Court Agreements, June 30, 2005, 44 I.L.M. 1294.

³ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Mar. 19, 2015, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>

⁴ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, *opened for signature* Sept. 9, 1886, 1161 U.N.T.S. 30 (as revised at Paris on July 24, 1971, and amended in 1979).

отмечают, что норма имеет двойственную природу, устанавливая как национальный режим, так и принцип определения применимого права (Schaafsma, 2008).

Вместе с тем использованная в Бернской конвенции формулировка «*the laws of the country where protection is claimed*» приводит к возникновению различных вариантов толкования нормы. В частности, исследователи высказывают точки зрения, что заложенный в статье принцип можно интерпретировать как:

- (1) законодательство страны, где произошло нарушение (*lex loci delicti*);
- (2) законодательство страны, где рассматривается судебный спор / подан иск (*lex fori*); или
- (3) законодательство страны, в отношении которой испрашивается защита (*lex loci protectionis*) (Lucas, 2005).

Сторонники противоположной точки зрения полагают, что закрепленная в Бернской конвенции норма не является коллизионной по своей природе; она направлена на установление национального режима. Указанный тезис находит поддержку в работах как европейских (Boschiero, 2009; Schack, 2008; Xalabarder, 2002), так и отечественных исследователей. В частности, С.И. Крупко пишет: «Совокупность предписаний ст. 5 Бернской конвенции закрепляет предоставление национального режима произведениям иностранных авторов во избежание их дискриминации (ст. ст. 5 (1), 5 (3)) и устанавливает независимость национальных интеллектуальных прав друг от друга и от каких-либо формальностей» (Крупко, 2018).

Заслуживает внимания также мнение о том, что закрепленный в статье 5(2) Бернской конвенции национальный режим ограничивает усмотрение законодателя при имплементации норм об определении применимого права в национальное законодательство. Национальные коллизионные нормы, которые подчиняют требования иностранных авторов о нарушении их исключительных прав правилам, отличным от применимых в отношении «отечественных» авторов, вряд ли будут соответствовать статье 5(2), поскольку в таком случае они не будут обеспечивать национальный режим иностранным авторам (Basedow, 2010). Иной вывод можно было бы сделать в случае выбора применимого права сторонами на основании соглашения между ними, так как различие в подходе к отечественным и иностранным авторам вытекало бы из соглашения сторон, а не из «государственного установления».

Вывод о том, что статья 5(2) Бернской конвенции не является коллизионной нормой, можно косвенно сделать на основании решения Суда Европейского союза (англ. *Court of Justice of the European Union*) по делу *Tod's SpA and Tod's France SARL v Heyraud SA*. (2005), который установил: «Как следует из статьи 5(1) Бернской конвенции, целью этой конвенции является не определение применимого права в отношении охраны литературных и художественных произведений, а установление, как правило, системы национального режима, относящегося к таким произведениям»⁵. Несмотря на то что вывод суда касается статьи 5(1), он объясняет целевую направленность Бернской конвенции, что может быть использовано для толкования статьи 5(2).

К аналогичному выводу приходят и отечественные суды. Так, Суд по интеллектуальным правам в одном из дел посчитал, что ссылка судов нижестоящих инстанций на норму статьи 5(2) Бернской конвенции как на основание для применения законодательства Российской Федерации к правоотношениям, связанным с установлением правообладателя программного обеспечения, основана на ошибочном толковании смысла данной нормы. По мнению суда, введенными нормами установлен принцип применения «национального режима» в отношении прав, которыми авторы пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения произведения (пункт 1), а также правило, в соответствии с которым осуществление этих прав не связано

⁵ Case C-28/04, *Tod's SpA and Tod's France SARL v. Heyraud SA*, 2005 E.C.R. I-05781.

с соблюдением каких-либо формальностей в стране, не являющейся страной происхождения произведения (изъятие из принципа «национального режима»). Таким образом, рассматриваемая статья не содержит материально-правовых норм, определяющих применимое право при установлении авторства и принадлежности исключительных прав на произведение, а применимое право, в свою очередь, должно определяться на основе коллизионных норм⁶.

Следует согласиться с мнением о том, что соответствующие положения Бернской конвенции не имеют коллизионную природу, в связи с чем указанный акт не может быть использован в качестве ориентира для определения применимого права в вопросах, возникающих при нарушении исключительных прав в сети Интернет.

Акты регионального и национального уровней

Наиболее репрезентативными с точки зрения механизма определения применимого права в случаях нарушения исключительных прав являются акты Европейского союза. Регламент (ЕС) № 864/2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам (далее — Регламент Рим II)⁷ является основным актом, содержащим нормы, применимые к внедоговорным обязательствам, в том числе возникающим в результате нарушения прав интеллектуальной собственности (статья 8). Можно добавить, что Регламент (ЕС) № 1215/2012 о подсудности и признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (Регламент Брюссель I bis)⁸ устанавливает правила судебной юрисдикции (*jurisdiction to adjudicate*), в то время как Регламент (ЕС) № 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Регламент Рим I)⁹ регламентирует определение права, применимого к договорным обязательствам по гражданским и торговым делам.

Регулирование Регламента Рим II охватывает широкий спектр объектов интеллектуальной собственности, включая объекты авторских и смежных прав, базы данных, охраняемые в рамках режима *sui generis*, а также объекты промышленной собственности (объекты патентных прав, средства индивидуализации). В качестве основного правила определения применимого права в случае нарушения исключительных прав Регламент устанавливает принцип *lex loci protectionis*, означающий, что применимым правом должно выступать право страны, для которой (в отношении которой) испрашивается защита (статья 8(1)). Важно обратить внимание на формулировку статьи на языке оригинала — «*the law of the country for which protection is claimed*», которая отличается от формулировки, содержащейся в ранее упомянутой Бернской конвенции, — «*the laws of the country where protection is claimed*». Используемая в Регламенте Рим II юридическая техника более удачна, поскольку однозначно закрепляет принцип *lex loci protectionis* и не оставляет места для различных интерпретаций.

В отношении прав на объекты интеллектуальной собственности, которые требуют регистрации (в контексте сети Интернет наиболее релевантны промышленный образец/дизайн и товарные знаки), применимым правом будет право государства-места регистрации. В этом случае

⁶ Postanovleniye Suda po intelektual'nym pravam ot 02 iyulya 2014 po delu № A40-56928/2004 [Ruling of the Intellectual Property Court of July 02, 2014, case № A40-56928/2004], 2014.

⁷ Regulation 864/2007, of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), 2007 O.J. (L 199) 40.

⁸ Regulation 1215/2012, of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2012 O.J. (L 351) 1.

⁹ Regulation 593/2008, of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008 O.J. (L 177) 6 (EC).

возможные варианты применимого права существенно ограничены той юрисдикцией (юрисдикциями), в которой (которых) зарегистрирован объект интеллектуальной собственности. Более того, статья 8(2) Регламента Рим II содержит особые правила в отношении так называемой *unitary Community intellectual property*, к которой относятся товарный знак ЕС¹⁰, промышленный дизайн¹¹, селекционные достижения (в терминологии ЕС *Community plant variety rights*)¹², а также Европейский патент с унитарным эффектом¹³. Указанные объекты подлежат регистрации в соответствии с едиными правилами, установленными соответствующими актами ЕС. В случае нарушения прав на *unitary Community intellectual property* должны применяться нормы актов, регламентирующих их правовой режим. В случае если отдельные аспекты не урегулированы указанными актами, последние отсылают к необходимости применения национального права. Поскольку коллизионные нормы на уровне ЕС закреплены в Регламентах Рим II (а не в законодательстве отдельных государств), следует применять установленное в нем правило, а именно право страны, в которой было совершено нарушение.

Большое значение имеет решение Суда Европейского союза по делу *Nintendo Co. Ltd v BigBen Interactive GmbH and BigBen Interactive SA* (2017 г.)¹⁴, в котором суд разъяснил применение статьи 8(2) Регламента Рим II в случае нарушения прав в сети Интернет. Суд ответил на вопрос, каким образом следует определять место, где было совершено нарушение, когда нарушитель предлагает к продаже товары, нарушающие права на промышленный дизайн, на веб-сайте, который также ориентирован на иные государства-члены ЕС (отличные от того, где проживает лицо, чье право нарушено). Суд подчеркнул, что под «страной, в которой было совершено нарушение» должна пониматься страна, в которой произошло событие, повлекшее за собой причинение вреда. Если ответчик обвиняется в совершении нарушений в разных государствах-членах ЕС, то правильным будет провести общую оценку поведения ответчика, чтобы определить место, где был совершен первоначальный акт нарушения (имелась угроза его совершения), а не рассматривать каждое предполагаемое нарушение в отдельности (параграф 111). Таким образом, место совершения первоначального акта нарушения будет являться определяющим фактором в определении применимого права.

Такой подход позволяет гарантировать, что суду не придется применять законодательство более чем одного государства¹⁵, а также обеспечивает предсказуемость закона для сторон

¹⁰ Regulation 2017/1001, of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, 2017 O.J. (L 154) 1.

¹¹ Council Regulation 6/2002 of Dec. 12, 2001, Community designs, 2002 O.J. (L 3) 1.

¹² Council Regulation 2100/94 of July 27, 1994, Community plant variety rights, 1994 O.J. (L 227) 1.

¹³ Regulation 1257/2012, of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 on implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, 2012 O.J. (L 361) 1; Council Regulation 1260/2012 of Dec. 17, 2012, Implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, 2012 O.J. (L 361) 89.

Следует отметить, что в настоящий момент система Европейских патентов с унитарным эффектом еще не начала свое действие. Ожидается, что новая система начнет работать в конце 2022 — начале 2023 года. Вместе с тем в силу тематики исследования (нарушение исключительных прав в сети Интернет) вопросы патентного права актуальны в меньшей степени.

¹⁴ Cases C-24/16 & C-25/16, *Nintendo Co. Ltd v. BigBen Interactive GmbH and BigBen Interactive SA*, ECLI:EU:C:2017:724 (Sept. 27, 2017).

¹⁵ К такому выводу Суд ЕС пришел в другом, более позднее деле, ссылаясь на дело *Nintendo Co. Ltd v BigBen Interactive GmbH and BigBen Interactive SA*. Case C-172/18, *AMS Neve Ltd and Others v. Heritage Audio SL and Pedro Rodríguez Arribas*, ECLI:EU:C:2019:674, 64 (Sept. 5, 2019).

в спорах о нарушении прав интеллектуальной собственности ЕС (*unitary Community intellectual property rights*).

Учитывая специфику сети Интернет, в указанном деле суд посчитал, что событием, повлекшим за собой причинение вреда, являются действия лица по предложению товаров к продаже, в том числе путем размещения предложения о продаже на своем веб-сайте. Соответственно, местом, где произошло событие, повлекшее за собой причинение вреда, по смыслу статьи 8(2) Регламента Рим II, является место, где был «запущен» процесс размещения предложений о продаже на веб-сайте (параграф 108). Однако из решения суда неясно, следует ли понимать под таким местом страну, в которой расположен хостинг веб-сайта (серверные мощности), или страну, в которой физически находился нарушитель в момент первой публикации предложения о продаже.

В отношении прав на иные объекты, не требующие регистрации для возникновения прав на них (в частности, объекты авторских и смежных прав), принцип *lex loci protectionis* подразумевает возможность применения права государства, в отношении которого истребуется защита и которое признает это право. При этом применимое право не обязательно должно быть правом страны-участницы ЕС (статья 3 Регламента).

Следует отметить, что в отношении одного идеального объекта интеллектуальной собственности может существовать множество разнотерриториальных (охраняемых в разных странах) субъективных исключительных прав. Соответственно, в случае нарушения одним действием указанных прав возникает не одно, а множество самостоятельных внедоговорных обязательств правоотношений. Таким образом, условия возникновения и содержание внедоговорных обязательств подлежат определять в отношении каждого нарушенного интеллектуального права (Krupko, 2018).

В данном случае ситуация усложняется, поскольку по общему правилу объекты авторских и смежных прав признаются и охраняются на территории всех стран-участниц соответствующих международных актов (в частности, Бернской конвенции, участницами которой являются более 160 стран). Учитывая специфику Интернета как децентрализованного виртуального пространства, доступ к которому может быть получен из любой точки мира, гипотетически возможна ситуация, когда одним действием — например, публикацией фотографии в сети Интернет — будут нарушены множество разнотерриториальных исключительных прав, и истец захочет истребовать защиту во всех странах, где объект авторских прав был доступен для загрузки. Это повлечет необходимость применять законодательство более чем 160 стран и, соответственно, возложит на суд¹⁶ и стороны колоссальное бремя установления содержания иностранных норм и, соответственно, затянет судебный процесс. Безусловно, такая ситуация выглядит нереалистично, и реализовать подобную стратегию защиты своих прав на практике невозможно.

Можно смоделировать более реальную ситуацию, когда объект авторских прав (например, изображение), автором и правообладателем которого является гражданин США, загружен на сайт с хостингом во Франции, доступный не только в странах ЕС, но и во всем мире. Учитывая, что вопрос компетентности суда рассматривать спор не входит в предмет исследования, и презюмируя его компетентность, в описанной ситуации истец может захотеть истребовать защиту в США, во Франции или во всех странах, где сайт и, соответственно, изображение доступны. Как иллюстрирует пример, применимое право во многом зависит от воли истца, который выбирает страну, в отношении которой он истребует защиту.

¹⁶ При условии наличия у суда компетенции рассматривать спор.

Презюмируется, что действия истца должны быть добросовестными, однако содержащееся в статье 8(1) правило фактически предоставляет истцу широкую возможность выбора стран, в отношении которых испрашивается защита и право которых будет применимо, что потенциально может привести к такому явлению, как «law-shopping», когда истец выбирает наиболее благоприятное для него национальное законодательство. Такой подход не способствует правовой определенности, что негативно сказывается на гражданском обороте.

Безусловно, существуют способы защиты от недобросовестного поведения истца. Например, ответчик может предъявить встречные требования к истцу о злоупотреблении правом или о недобросовестной конкуренции. Как отмечают некоторые исследователи, именно по этим причинам на практике статья 8(1) Регламента Рим II не используется не по назначению (Kur & Maunsbach, 2019).

Статья 8(3) Регламента Рим II устанавливает исключение из общего правила о возможности выбора сторонами права, применимого к внедоговорным обязательствам (статья 14 того же Регламента). Примечательно, что такие исключения установлены только в отношении интеллектуальной собственности (статья 8(2)) и недобросовестной конкуренции (статья 6(4)). В попытке обосновать данное законодательное решение, исследователи выдвигают следующее предположение. Поскольку действующие международные конвенции в области права интеллектуальной собственности не предусматривают автономии сторон в отношении выбора права, регулирующего договорные отношения в области интеллектуальной собственности, то аналогичный подход реализован и в Регламенте Рим II (Vareilles-Sommières, 2019).

Вместе с тем исследователи обращают внимание на разницу между выбором права, применимого к установлению факта нарушения, и выбором права, применимого к способам защиты. Предоставление возможности сторонам выбрать применимое право в первом случае свело бы на нет обязательную силу норм, разработанных на уровне национального законодательства. Иной вывод можно сделать в отношении средств правовой защиты. Они действительно составляют важную часть правового режима интеллектуальной собственности, однако их отдельные элементы, в частности вид и объем средств защиты, могут быть отданы на усмотрение сторон. Таким образом, исследователи считают целесообразным предоставление сторонам возможности выбрать применимое право в отношении средств правовой защиты (Krupko, 2018; Kur & Maunsbach, 2019).

Также следует обратить внимание на статью 15 Регламента Рим II, устанавливающую сферу действия применимого права. С точки зрения интеллектуальной собственности, релеванты такие аспекты, как основания, объем и ограничение ответственности, средства правовой защиты и некоторые другие. Вместе с тем в статут не входят вопросы определения авторства.

В США проблематика определения применимого права к трансграничным спорам, связанным с нарушением исключительных прав, является малоразработанной как в судебной практике, так и в доктрине, поэтому суды неохотно рассматривают требования, связанные с нарушением исключительных прав за рубежом, если это сопряжено с применением иностранного права. Как правило, суды признают иные юрисдикции более подходящим местом для рассмотрения споров (Savelyev, 2020).

Следует обратить внимание на регулирование вопросов определения права, применимого к деликтным обязательствам в сфере интеллектуальной собственности, в России. Статья 1219 ГК РФ¹⁷ устанавливает принцип *lex loci delicti commissi* — к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где совершено нарушение.

¹⁷ Grazhdanskiĭ Kodeks Rossiĭskoĭ Federatsii [GK RF] [Civil Code].

В случае, когда в результате такого действия вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране (*lex loci delicti damni*). Более того, законодатель в п. 4 ст. 1219 ГК РФ предусматривает право сторон заключить соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству в соответствии со ст. 1223.1 ГК РФ, после совершения (наступления) деликта.

Спорным является вопрос о правовой природе ст. 1231 ГК РФ¹⁸. Ряд российских специалистов рассматривает п. 2 ст. 1231 ГК РФ как одностороннюю коллизионную норму, включая в статут интеллектуальной собственности такие вопросы, как содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты (Asoskov, 2016; Savelyev, 2020; Strigunova, 2014). Вопросы, входящие в статут, определяются ГК РФ (российским правом) независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права (Asoskov, 2016).

С критикой вышеупомянутому подходу выступает С.И. Крупко. По мнению исследователя, анализ п. 2 ст. 1231 ГК РФ не позволяет прийти к однозначному выводу о коллизионной природе нормы из-за неудачной формулировки. В первую очередь, используется термин «признание», характерный для международного частного права и неудачный в отношении территориально ограниченных исключительных прав. Во-вторых, в норме содержится правило о необходимости применения положений ГК РФ как отдельного нормативно-правового акта, а не права Российской Федерации как права страны, что более характерно для коллизионных привязок. В-третьих, оговорка «если таким международным договором или настоящим Кодексом не предусмотрено иное» не позволяет однозначно ответить на вопрос о том, к каким нормам следует обращаться — материально-правовым нормам или коллизионным нормам, содержащимся в международных договорах РФ и разделе VI ГК РФ. Таким образом, отдельных коллизионных норм о праве, подлежащем применению к деликтным обязательствам в сфере интеллектуальной собственности, российское законодательство не содержит, в связи с чем следует руководствоваться общими коллизионными нормами ГК РФ о праве, подлежащем применению к соответствующему виду внедоговорного обязательственного отношения (Kрупко, 2018).

Несмотря на отход российского регулирования от принципа *lex loci protectionis* в пользу принципов *lex loci delicti commissi* и *lex loci delicti damni*, это не позволяет избежать сложностей, когда нарушение имеет место в нескольких странах (что характерно для нарушений в сети Интернет). Так, трудно локализовать действия по использованию результата интеллектуальной деятельности в сети Интернет, что обусловлено, во-первых, нематериальной природой и «идеальностью» объектов интеллектуальной собственности и, во-вторых, спецификой самого Интернета как децентрализованной и трансграничной сети. Именно поэтому принципы *lex loci delicti commissi* и *lex loci delicti damni* неэффективны для определения права, применимого в случаях нарушения исключительных прав в сети Интернет.

Отдельно стоит отметить, что из-за строгого территориального подхода к правам интеллектуальной собственности в некоторых юрисдикциях выбор права сторонами в спорах о нарушении исключительных прав невозможен (как, например, возможность выбора не предусмотрена Регламентом Рим II). Тем не менее некоторые юрисдикции позволяют сторонам выбирать право в спорах, связанных с нарушением прав на интеллектуальную

¹⁸ Ibid.

собственность. Например, Федеральный закон Швейцарской конфедерации «О международном частном праве» (ст. 110(2))¹⁹ и Закон Китайской Народной Республики «О законах, применимых к гражданским отношениям с иностранным элементом» (ст. 50)²⁰ предоставляют сторонам возможность выбрать право Швейцарии или КНР соответственно после возникновения спора о нарушении прав, руководствуясь принципом *lex fori* (*law of the forum*) и отступая от применимого по умолчанию принципа *lex loci protectionis*. Так, например, в деле *Xiang Weiren v. Peng Lichong* («*Drunken Lotus*») (2015 г.)²¹ Суд по интеллектуальным правам Пекина применил китайское законодательство для урегулирования спора о нарушении прав на картину. Ответчик выставил картину, предполагаемо нарушающую исключительное право истца, на выставке в Москве и Берлине. Несмотря на то, что стороны не заключали явного соглашения о выборе права, обе стороны представили процессуальные документы (иск и отзыв), основанные на законодательстве КНР, что было интерпретировано судом как «подразумеваемый» выбор китайского права *ex post*. Таким образом, суд применил законодательство КНР, руководствуясь принципом *lex fori*²².

Интересно отметить, что российское законодательство также предусматривает право сторон выбрать применимое право после совершения (наступления) деликта (ст. 1223.1 ГК РФ), однако в нем отсутствует указание на то, какое именно право могут выбрать стороны — право любой страны или право *lex fori* (Krupko, 2018).

Акты «мягкого права»

Наконец, интересны акты «мягкого права», разработанные научным сообществом и некоммерческими организациями и содержащие предложения по изменению нормативно-правового регулирования. Наиболее успешными примерами являются:

1) Принципы Американского юридического института (ALI), регулирующие определение юрисдикции, применимое право и принудительное исполнение судебных решений в отношении интеллектуальной собственности в транснациональных спорах (2008 г.) (Deeyfuss et al., 2008);

2) Принципы коллизионного права в области интеллектуальной собственности, разработанные специально созданной Европейской группой Института Макса Планка по коллизионному праву в области интеллектуальной собственности (CLIP) (2011 г.)²³;

3) Принципы международного частного права в отношении прав интеллектуальной собственности — совместное предложение, подготовленное членами Ассоциации международного частного права Кореи и Японии (2010 г.)²⁴;

¹⁹ Loi fédérale sur le droit international privé [LDIP] [Federal Act of the Swiss Confederation on Private International Law] Jan. 1, 1989, RO 1776, art. 110, para. 2 (Switz.).

²⁰ Zhonghua Renmin Gongheguo Shewai Minshi Guanxi Falv Shiyong Fa (中华人民共和国涉外民事关系法律适用法) [Law on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships] (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Oct. 28, 2010, effective Apr. 1, 2011), art. 50, 2010 Standing Comm. Nat'l People's Cong. Gaz. 105.

²¹ Xiang Weiren v. Peng Lichong (“Drunken Lotus”), Beijing Intel. Prop. Ct. 2015 (EN) (Lawinfochina).

²² Tang, S. (2019, October 8). *Party autonomy in infringement of copyright: Beijing IP court judgment in the Drunken Lotus*. Conflict of Law.net. <https://conflictoflaws.net/2019/party-autonomy-in-infringement-of-copyright-beijing-ip-court-judgement-in-the-drunken-lotus/>

²³ European Max Planck Group. (2011). *Principles on conflict of laws in intellectual property (CLIP)*. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf

²⁴ Private International Law Association of the Republic of Korea and Japan. (2010). *Joint Proposal on the Principles of private international law on intellectual property rights*.

4) Руководящие принципы Ассоциации международного права по интеллектуальной собственности и международному частному праву («Киотские руководящие принципы», 2020 г.)²⁵.

Во всех вышеуказанных документах в качестве основного принципа, регулирующего определение применимого права, фигурирует ранее упомянутый принцип *lex loci protectionis*, который означает применение права каждой страны, для которой испрашивается защита. Указанный принцип согласуется с правилом, закрепленным в статье 8(1) Регламента Рим II, с одним отличием. В Регламенте используется формулировка «право **страны**» (а не «**каждой страны**»), что при буквальном толковании ориентирует на необходимость применения права только одного государства.

Вместе с тем каждый из указанных актов устанавливает ряд правил, учитывающих специфику использования объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет.

Например, Принципы CLIP содержат норму, в соответствии с которой в спорах, где нарушение осуществляется при помощи повсеместно доступных медиа, таких как Интернет (англ. *Ubiquitous infringement*), суд может применить право государства, наиболее тесно связанного с нарушением, при условии, что нарушение предположительно имело место в каждом государстве, в котором может «приниматься сигнал» (имеется в виду возможность доступа к таким медиа) (статья 3:603). Указанное право также может применяться к вопросам существования, срока действия права, ограничениям в той мере, в какой эти вопросы возникают в ходе судебного разбирательства по делу о нарушении прав.

В процессе определения наиболее тесной связи суд должен учитывать ряд факторов, которые являются классическими для международного частного права — место жительства / нахождения / основной деятельности нарушителя; место, где были совершены основные действия, способствовавшие нарушению; место, где был причинен наиболее существенный вред. Вместе с тем у каждой из сторон сохраняется право доказать суду необходимость применения права иного государства по вопросам, имеющим существенное значение для принятия решения по делу. Предполагается, что стороне требуется доказать, что применение «по умолчанию» права государства, наиболее тесно связанного с нарушением, может привести к непоследовательному результату.

Аналогичное правило необходимости применения принципа наиболее тесной связи в отношении нарушения, затрагивающего множество юрисдикций в связи с использованием таких медиа, как Интернет (англ. *Ubiquitous or Multi-state Infringements*), содержат Киотские руководящие принципы (статья 26)²⁶ и Принципы международного частного права в отношении прав интеллектуальной собственности, подготовленные членами Ассоциации международного частного права Кореи и Японии (статья 306). Среди факторов, которые следует принимать во внимание при установлении наиболее тесной связи, последние также упоминают государство, в отношении которого направлена деятельность по нарушению прав; государство, в котором правообладатель имеет «основные интересы» и др.

Также Принципы CLIP содержат специальные правила определения права в отношении ответственности посредников, что актуально для многопользовательских сервисов (например, социальных сетей и т.д.). В таком случае к вопросам ответственности посредника должно

²⁵ International Law Association. (2020). *Guidelines on intellectual property and private international law* (“Kyoto Guidelines”). <https://www.iipitec.eu/issues/iipitec-12-1-2021/5252/?searchterm=Kyoto%20Guidelines%20on%20Intellectual%20Property%20and%20Private%20International%20Law>

²⁶ Следует отметить, что Киотские руководящие принципы в указанной статье используют формулировку во множественном числе — «...законодательство страны (стран)...»

применяться право страны, где располагается «основной центр деятельности» такого лица (статья 3:604). Киотские руководящие принципы устанавливают иной подход, предлагая *mutatis mutandis* использовать правило, применяемое в случаях нарушения прав с использованием повсеместно доступных медиа, таких как Интернет, т.е. применять законодательство страны или стран, имеющих наиболее тесную связь с нарушением.

Наконец, рассмотренные выше акты «мягкого права» закрепляют возможность сторон заключить соглашение о выборе права, применимого в отношении средств правовой защиты. Преимуществом является точность формулировки и конкретизация возможности выбора права в отношении именно средств правовой защиты, в отличие от норм национальных законодательных актов, которые, как правило, такой конкретики не содержат (например, в ГК РФ). Целесообразность предоставления сторонам возможности выбора права в отношении средств правовой защиты поддерживается в иностранной (Basedow, 2013) и отечественной литературе (Krupko, 2018). Данный подход позволяет сохранить баланс: выбор права сторонами в таком случае не затрагивает существование, содержание, срок действия, пределы свободного использования, их ограничения и иные аспекты, которые остаются прерогативой национального законодателя.

Выводы

Проанализировав и сравнив акты разного уровня, можно сделать ряд выводов.

Общим принципом определения права, применимого к нарушениям исключительных прав, который закреплен в большей части проанализированных актов, является принцип *lex loci protectionis* — применение права страны, в отношении которой испрашивается защита²⁷. Указанный подход отличается от традиционного подхода, который используется в международном частном праве для определения применимого права в области деликтных обязательств.

Как правило, в области деликтов применимы принципы *lex loci delicti commissi* (право страны, где было совершено действие, нарушающее право) или *lex loci delicti damni* (право страны, где наступил вред). Однако их использование нецелесообразно в случаях нарушения исключительных прав в сети Интернет, поскольку объекты интеллектуальной собственности, размещенные в Интернете, потенциально доступны в любой точке мира, где есть доступ к сети, в связи с чем затруднительно определить, где территориально было совершено нарушение или наступил вред. Более того, сами объекты интеллектуальной собственности имеют нематериальную, идеальную природу, что также осложняет локализацию нарушения. Применение классических деликтных коллизионных принципов гипотетически повлекло бы необходимость применения права всех стран, где есть доступ к сети Интернет и где права признаются или зарегистрированы.

С другой стороны, принцип *lex loci protectionis* предоставляет истцу возможность выбора страны, в которой он хотел бы получить правовую защиту, чем мало отличается от классических деликтных коллизионных принципов, потому что потенциально истец может пожелать получить защиту во всех странах, где его объект интеллектуальной собственности был доступен и где его права признаются или зарегистрированы.

При этом существует риск того, что истец злоупотребит своим правом выбирая наиболее благоприятное для него национальное законодательство («law shopping»). Поскольку возможность истца выбрать страну, в отношении которой испрашивается защита, не ограничена,

²⁷ Исключением из проанализированных стран является Россия, где в качестве применимого права устанавливается российское право.

это приводит к правовой неопределенности, негативно сказывающейся на стабильности гражданского оборота и предсказуемости правосудия.

Следует признать преимущества применения принципа *lex loci protectionis* к деликтным обязательствам в сфере интеллектуальной собственности, которые подчеркиваются некоторыми авторами (Крупко, 2018). Вместе с тем применение принципа *lex loci protectionis* без каких-либо оговорок не отражает специфику нарушения прав на объекты интеллектуальной собственности в сети Интернет (особенно в отношении объектов авторских и смежных прав) и требует дополнительной конкретизации и доработки. Видится необходимым определить условия, которым должен соответствовать выбор страны, в отношении которой истцом испрашивается защита в случаях нарушения прав в сети Интернет.

Так, в случае если нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности осуществляется с использованием сети Интернет, должно применяться право страны, в отношении которой испрашивается охрана, **при условии**, что истец выбирает страну, где последствия нарушения для него (наступивший вред) наиболее ощутимы.

В случае если в процессе выбора страны, в отношении которой испрашивается охрана, истец злоупотребляет своим правом, ответчик имеет право возразить, сославшись на недобросовестность поведения истца.

Важно оценить варианты распределения бремени доказывания обоснованности выбора страны, в отношении которой испрашивается защита, а именно доказывания «ощутимости» наступившего в стране вреда. Первым вариантом может быть закрепление презумпции добросовестности выбора истца, с возложением бремени доказывания обратного на ответчика (того факта, что вред, наступивший в определенной истцом стране, не является ощутимым для него). Альтернативно возможно возложение на истца обязанности представить доказательства, подтверждающие «ощутимость» наступившего там вреда и, соответственно, обоснованность выбора страны, в отношении которой истребуется защита. Если истец не представит соответствующих доказательств, суд будет применять право места рассмотрения спора (*lex fori*).

Интересно отметить, что в исследованной литературе не находит отражения вопрос о количестве стран, законодательство которых можно применить в рамках рассмотрения спора о нарушении исключительных прав. Например, в проанализированных актах, закрепляющих принцип *lex loci protectionis* (Регламент Рим II, Федеральный закон Швейцарской конфедерации «О международном частном праве», Закон КНР «О законах, применимых к гражданским отношениям с иностранным элементом»), используется формулировка «право **страны**, для которой испрашивается защита» (англ. *law of the **country/state** for which protection is claimed/sought*), ориентируя на возможность выбора только одной страны. О необходимости применения законодательства именно одной страны в случаях, когда нарушение проявляется на территории нескольких государств (что характерно для нарушений в сети Интернет), также отметил Суд Европейского союза в деле *AMS Neve Ltd and Others v Heritage Audio SL and Pedro Rodríguez Arribas* (2019 г.)²⁸.

Напротив, в проанализированных актах «мягкого права» предполагается возможность определения нескольких государств, законодательство которых будет в дальнейшем применено судом, — право **каждой страны**, для которой испрашивается защита (англ. *law of **each State** for which protection is sought*).

Можно предположить, что использованная в законодательных актах юридическая техника неслучайна, и предусмотренное законодателями правило о применении права *страны*

²⁸ Case C-172/18, *AMS Neve Ltd and Others v. Heritage Audio SL and Pedro Rodríguez Arribas*, ECLI:EU:C:2019:674, 64 (Sept. 5, 2019).

(а не каждой страны) направлено на недопущение определения истцом нескольких стран, в отношении которых испрашивается защита, и, соответственно, применения судом законодательств нескольких государств. С другой стороны, важно учитывать инициативу, отраженную во всех проанализированных актах «мягкого права», а именно применение права каждой страны. Указанные акты подготовлены представителями научного сообщества и некоммерческими профессиональными организациями, которые разработали их, ориентируясь, скорее всего, на существующие на практике проблемы и запросы участников гражданского оборота. Так или иначе, следует согласиться, что буквальное толкование исследованных законодательных положений позволяет прийти к выводу, что истцу предоставляется реальная возможность определить только одну страну, в отношении которой он хотел бы истребовать защиту.

Наконец, проанализированные законодательные акты не содержат специальных правил, которые бы отражали специфику нарушения исключительных прав в сети Интернет. Акты «мягкого права» устанавливают специальные правила в отношении нарушений в сети Интернет и ответственности посредника, однако, учитывая их рекомендательный характер и отсутствие признака нормативности, они могут выступать лишь ориентиром для законодателя при закреплении соответствующих норм в законодательстве. Для правоприменителя в странах романо-германской правовой системы акты «мягкого права» могут служить лишь «источником вдохновения» или руководящими принципами (при условии существования соответствующих законодательных норм), в то время как суды в странах англо-саксонской правовой семьи имеют большую степень дискреции в вопросах применения таких руководящих принципов при рассмотрении споров.

Заключение

В условиях развития сети Интернет наиболее важными вопросами, касающимися определения права, применимого к нарушению исключительных прав, являются следующие.

- Право, применимое к установлению факта нарушения исключительных прав. Преобладающим принципом является принцип *lex loci protectionis*, в соответствии с которым подлежит применению право страны, в отношении которой испрашивается защита.

Необходимо дополнить указанный принцип условиями, которым должен соответствовать выбор такой страны. Так, если нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности осуществляется с использованием сети Интернет, должно применяться право страны, в отношении которой испрашивается охрана, при условии, что истец выбирает страну, где последствия нарушения для него (наступивший вред) наиболее ощутимы. В случае если в процессе выбора страны, в отношении которой испрашивается охрана, истец злоупотребляет своим правом, ответчик должен иметь право возразить, сославшись на недобросовестность поведения истца.

При этом открытым для дискуссии остается вопрос распределения бремени доказывания обоснованности выбора страны, в отношении которой испрашивается защита, а именно доказывания «ощутимости» наступившего в стране вреда. Возможны варианты как закрепления презумпции добросовестности действий истца, так и возложения на последнего обязанности обосновать «ощутимость» наступившего там вреда.

Модификация принципа *lex loci protectionis* применительно к нарушениям в сети Интернет обеспечит эффективную защиту интересов истца, поскольку позволит ему выбрать юрисдикцию,

где нарушение прав наиболее ощутимо и важно для него, и одновременно ограничит широту его усмотрения, что, безусловно, будет способствовать правовой определенности.

- Определение права, применимого к способам защиты. Как правило, преобладающим также является принцип *lex loci protectionis*. Вместе с тем следует согласиться с инициативой, представленной в актах «мягкого права», и предоставить сторонам возможность заключить соглашение о выборе применимого права в отношении способов правовой защиты, что повысит правовую определенность для сторон при рассмотрении спора в суде.

Законодательство исследованных стран содержит нормы, регулирующие определение применимого права в случаях нарушения исключительных прав, хотя детализации нормативных актов недостаточно для того, чтобы обеспечить комплексную и эффективную защиту от нарушения прав в сети Интернет. Акты «мягкого права» частично покрывают требующие решения вопросы (например, содержат особые правила определения применимого права в отношении ответственности посредников, что актуально в условиях развития различных социальных сетей, медиа-платформ и т.д.), но в силу своей природы не являются обязательными для правоприменителя. Таким образом, каждому государству следует проанализировать существующие законодательные нормы о праве, применимом к деликтным обязательствам в сфере интеллектуальной собственности, учитывая специфику нарушений в сети Интернет. Акты «мягкого права», в свою очередь, могут стать ориентиром и источником вдохновения. Также рекомендуется поработать на теоретическом уровне условия, которым должен соответствовать выбор страны, в отношении которой истцом испрашивается защита в случае нарушения прав в сети Интернет. Хочется верить, что предложенный в настоящей статье подход найдет отклик в научной среде и станет предметом обсуждения в качестве потенциальной законодательной инициативы.

Список литературы / References

1. Aman, D. M. (2014). Jurisdictional, preliminary, and procedural concerns. In D. M. Amann (Ed.), *Benchbook on international law* (pp. A-1–A-16). American Society of International Law. www.asil.org/benchbook/jurisdiction.pdf
2. Asoskov, A. (2016). Pravo, primenimoye k dogovornomu obyazatel'stvu: Kommentariy k st. 1211 GK RF [Law applicable to a contractual obligation: Commentary on Art. 1211 of the Civil Code of the Russian Federation]. *Zakon*, (4), 106–120.
3. Basedow, J. (2010). Foundations of private international law in intellectual property. In J. Basedow, T. Kono & A. Metzger (Eds.), *Intellectual property in the global arena jurisdiction, applicable law, and the recognition of judgments in Europe, Japan and the US* (pp. 3–30). Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-151296-4>
4. Basedow, J. (2013). *Conflict of laws in intellectual property – The CLIP principles and commentary*. Oxford University Press.
5. Boschiero, N. (2009). Infringement of intellectual property rights: A commentary on article 8 of the Rome II regulation. In *Volume IX 2007: Volume IX (2007)* (pp. 87–114). Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers. <https://doi.org/10.1515/9783866537200.1.87>
6. Deeyfuss, R. C., Ginsburg, J. C., & Dessemontet, F. (Ed.). (2008). *Principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in intellectual property in transnational disputes*. American Law Institute. <https://www.ali.org/publications/show/intellectual-property-principles-governing-jurisdiction-choice-law-and-judgments-transnational-disputes/>
7. Drexel, J. (2013). Section 3:201: Initial ownership. In *Conflict of laws in intellectual property – The CLIP principles and commentary* (pp. 236–253). Oxford University Press.

8. Hoffmann, B. & Kropholler, J. (2001). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* [J. von Staudinger's commentary on the Civil Code with the introductory law and ancillary laws]. Sellier-de Gruyter.
9. Krupko, S. (2018). Deliktnyye obyazatel'stva v sfere intellektual'noy sobstvennosti v mezhdunarodnom chastnom prave [Tort Liabilities in the Field of Intellectual Property in Private International Law]. Statut.
10. Krupko, S. (2021). Znachimyye kollizionnyye interesy i ikh vliyaniye na formirovaniye kollizionnogo regulirovaniya otnosheniy intellektual'nykh prav [Significant choice-of-law interests and its impact on the formation of choice-of-law regulation in the field of intellectual property]. *Gosudarstvo i Pravo*, 10, 186–197. <https://www.doi.org/10.31857/S102694520017272-0>.
11. Kur, A. & Maunsbach, U. (2019). Choice of law and intellectual property rights. *Oslo Law Review*, 6(1), 43–61. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2019-01-07>.
12. Lucas, A. (2005). Applicable law in copyright infringement cases in the digital environment. *Copyright Bulletin*, (14), Article 0000262612. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262612>
13. Savelyev, A. (2020). *Elektronnaya kommersiya v Rossii i za rubezhom: Pravovoye regulirovaniye* [Electronic commerce in Russia and abroad: Legal regulation]. Statut.
14. Schaafsma, S. J. (2008). Rome II: Intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie [Rome II: Intellectual property and unfair competition]. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, (6780), 998–1003.
15. Schack, H. (2008). Das auf (formlose) Immaterialgüterrechte anwendbare Recht nach Rom II [The law applicable to (informal) intellectual property rights after Rome II]. In D. Baetge, J. von Hein & M. von Hinden (Eds.), *Die richtige Ordnung* (pp. 641–670). Mohr Siebeck.
16. Schack, H. (2009). The law applicable to unregistered IP rights after Rome II. *Ritsumeikan Law Review*, (26), 129–144.
17. Strigunova, D. (2014). Dogovor mezhdunarodnogo franchayzinga [International franchising agreement]. *Sovremennoye Pravo*, (12), 135–141.
18. Vareilles-Sommières, P. (2019). Rationale of the exclusion of choice of law by the parties in articles 6(4) and 8(3) of Rome II Regulation. *Oslo Law Review*, 6(1), 62–66. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2019-01-08>
19. Xalabarder, R. (2002). Copyright: Choice of law and jurisdiction in the digital age. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 8(1), Article 5. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol8/iss1/5>

Сведения об авторе:

Тиунова А. И. — магистр права, эксперт, Всемирная организация интеллектуальной собственности, Женева, Швейцария.

allatiunova19@gmail.com

Information about the author:

Alla I. Tiunova — LL.M., Young Expert, World Intellectual Property Organization, Geneva, Switzerland.

allatiunova19@gmail.com

ARTICLES

PLAGIARISM AND “SELF-PLAGIARISM” IN SCIENTIFIC WORKS IN THE AGE OF DIGITAL TECHNOLOGIES

Marina A. Rozhkova, Olga V. Isaeva*

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of
the Russian Federation

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

Abstract

As well as streamlining academic research activities, contemporary technologies provide opportunities to infringe on the intellectual property of others through plagiarism. However, plagiarism has yet to be adequately dealt with in national legislations, which either do not contain any provision in this connection or fail to adequately define the relevant terms. Moreover, there continues to be much discussion as to what plagiarism is, as well as how and in what cases it should be punishable. The situation is further complicated by the various approaches to plagiarism and the lack of consensus on whether so-called “self-plagiarism” should be treated separately from the intentional infringement of other people’s intellectual property or be deemed as a form of plagiarism. With the aim of clarifying these questions, the authors of the present paper compare different approaches taken to the problem of plagiarism and consider some contemporary approaches to plagiarism detection.

Keywords

academic ethics, academic integrity, copyright, plagiarism detection, plagiarism, self-plagiarism, word-for-word copying

Conflict of interest The authors declare no conflict of interest

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Rozhkova, M. A., & Isaeva, O. V. (2022). Plagiarism and “self-plagiarism” in scientific works in the age of digital technologies. *Digital Law Journal*, 3(2), 25–35. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-25-35>

* Corresponding author

Submitted: 26 May 2022, accepted: 15 June 2022, published: 30 Jun. 2022

ПЛАГИАТ И САМОПЛАГИАТ В НАУЧНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЯХ В ЭРУ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

М.А. Рожкова, О.В. Исаева*

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при правительстве Российской Федерации
117218, Россия, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34

Аннотация

Современные технологии не только упрощают научную деятельность, но и предоставляют больше возможностей для посягательства на чужую интеллектуальную собственность посредством плагиата. При этом национальные законодательства либо не содержат его определения, либо не конкретизируют его. Более того, в настоящее время ведется немало дискуссий о том, что такое плагиат, в каких случаях и каким образом он должен наказываться. Ситуация осложняется тем, что существуют различные подходы к плагиату и нет единства мнений относительно того, является ли «самоплагиат» формой плагиата или подлежит рассмотрению отдельно от посягательств на интеллектуальную собственность. Пытаясь разобраться в данном вопросе, авторы приводят в сравнение различные подходы к плагиату и рассматривают некоторые современные средства обнаружения плагиата.

Ключевые слова

академическая этика, академическая честность, авторское право, выявление плагиата, плагиат, самоплагиат, дословное копирование

Конфликт интересов

Авторы сообщают об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Рожкова, М. А., Исаева, О. В. (2022). Плагиат и самоплагиат в научных произведениях в эру цифровых технологий. *Цифровое право*, 3(2), 25–35. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-25-35>

* Автор, ответственный за переписку

Поступила: 26.05.2022, принята в печать: 15.06.2022, опубликована: 30.06.2022

Introduction

The digital age has undoubtedly made it much easier to obtain information necessary for conducting research or preparing a scholarly work, as well as to find materials supporting or refuting particular arguments concerning the subject matter at hand. However, the abundance and variety of information available on the Internet also constitutes a temptation for its more “negligent” use, which, among other things, may infringe the copyright of other authors.

At the same time, contemporary authors and other interested parties may avail themselves of a wide range of technological means of establishing unfair borrowing of their ideas or wordings used in other people’s works. Due to the inherent conflicts arising from such activities, the detection of plagiarism in scientific research regularly causes a public outcry, which, being disseminated on the Internet, becomes widely known.

In this context, it is no longer surprising when unfair borrowings in scientific works, including theses, come to light, along with demands on the part of authors for compensation for infringements of their intellectual property or impairment of their reputations. Meanwhile, the record shows many problems arising in this regard and needed to be resolved being considered more thoroughly.

The problem of improper borrowing has been recognised since at least the first century CE: if someone presented a work of another person or parts thereof as his own, it was equated to theft and called “plagiarism”¹. However, although the term has become very widespread, it is rarely used in the national legislations of modern countries; moreover, where it does appear, its meaning is not always interpreted in a uniform manner, constituting a significant obstacle to the prevention of such dishonest behaviour.

For this reason, this article presents a considered analysis of the concept of plagiarism along with a review of currently prevalent approaches to its understanding in the academic and legal environments.

Research Questions

In previous research (Rozhkova, 2021) we concluded that there are nowadays two main concepts of plagiarism: from the perspective of academic ethics (academic integrity), plagiarism is considered as academic fraud, while, from a legal point of view, it comprises an infringement of intellectual property. Due to being based on different approaches, these concepts are quite distinct. Thus, attempts to “construct” ethical norms on the foundation of copyright or fit them into a Procrustean bed of legal provisions are equally doomed to failure, resulting in a proliferation of inconclusive discussion.

Plagiarism from the point of view of academic ethics

When referring to academic ethics, we mean the ethical standards that apply to the conduct of academic and scientific research, which are based on the institution of integrity. As the International Centre for Academic Integrity (ICAI) specifically points out, fairness, along with honesty, trust, respect, responsibility and courage, is one of the fundamental elements of academic integrity.²

¹ Gilenson, B. (2002). *Istoriya antichnoy literatury: Uchebnik, Tom 2. Drevniy Rim* [History of ancient literature: Textbook. Vol. 2. Ancient Rome]. *Flinta, Nauka*.

² ICAI. (2021). *The fundamental values of academic integrity* (3rd ed.). https://academicintegrity.org/images/pdfs/20019_ICAI-Fundamental-Values_R12.pdf

Here, it should be emphasized that plagiarism not only affects the interests of the authors whose scientific work is being dishonestly borrowed, but also teachers, students and the general public, who are consequently misled as to whom the relevant scientific achievements belong. For this reason, academic ethics is fundamentally distinct from copyright law, which prioritizes the legitimate interests of the author (copyright holder) of the work³ (Atanasova, 2019).

Although generally defining plagiarism as academic fraud, academic and educational institutions often add their own nuances to highlight various characteristics enshrined in their ethical policies. Generally speaking, academic plagiarism refers to giving the false impression that the research has been conducted by the individual author(s), i.e., all the research work has been conducted by the authors themselves, and the final conclusions described as a result of this work therefore belong to these particular authors. Passing off someone else's research work and/or results as one's own is considered dishonest, unfair, fraudulent, and not meeting the requirements of academic ethics.

From the perspective of academic ethics, plagiarism is interpreted quite broadly⁴ (Ansorge et al., 2021). For example, plagiarism includes the unfair use of others' ideas or concepts, copying fragments of others' publications in violation of citation rules, reproduction of others' work or preparatory materials (including unpublished texts), borrowing data from others' research or experiments, as well as copying individual phrases from others' work without indicating the original author, etc. (Blok, 2021). Thus, it is clear that the scope of objects covered by academic ethics, which also protects scientific theories and mathematical methods, differs significantly from that of copyright, which, as is known, does not protect ideas, concepts, principles, methods, etc.

Therefore, we should agree with the idea often expressed in the literature that the rules of academic ethics are both more stringent than intellectual property law and cover a wider range of phenomena.

Although disclosure of academic plagiarism does not necessarily entail exposing the plagiarist to any legal liability, its consequences are generally detrimental, if not involving the complete destruction of the plagiarist's academic reputation. In addition, should plagiarism be detected in thesis research, according to the results of which the plagiarist has been awarded an academic degree, such a person may be stripped of his or her qualification.

For example, in 2000, the former MEP Jorgo Chatzimarkakis was awarded a doctorate for his thesis on information globalism. However, in 2011, the VroniPlag wiki found that his work had been almost 72% borrowed along with insufficient acknowledgement of the other authors' work.⁵ As a result, in 2012, the University of Bonn, declaring Chatzimarkakis to be guilty of plagiarism, violation of academic ethics, lack of proper citation of sources, revoked the young politician's doctorate.⁶

³ Bailey, J. (2013). *The difference between copyright infringement and plagiarism*. <https://www.plagiarismtoday.com/2013/10/07/difference-copyright-infringement-plagiarism/>

⁴ Dean, O. (2018). *Is plagiarism unlawful? WIPO Magazine. Special Issue*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/si/article_0008.html

⁵ Dowling, S. (2011) German politician loses doctorate for plagiarism. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2011/jul/14/plagiarism-row-jorgo-chatzimarkakis-germany>

⁶ It should be noted that despite the normative regulation of the procedure for deprivation of a degree (including because of plagiarism), it turns out that not all the provisions of the relevant regulations are interpreted unambiguously. For example, in July 2021 the Supreme Court of the Russian Federation considered a case on the deprivation of a degree and had to clarify the corresponding procedure (see Case No. 2a-7916/2019 10. — *Opređenje Verkhovnovnogo Suda Rossijskoj Federatsii* of 14 July 2021 g. No. 78-KAD21-8-KZ [Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation of July 14, 2021, No. 78-KAD21-8-KZ], http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=2018172/).

In connection with the foregoing, there is another thing to be mentioned. Plagiarists often complain that their dishonest borrowings have been brought to light not by the allegedly infringed authors of the original works, but by third parties. Nevertheless, since academic ethics is designed to protect the interests not only of authors, but also of the public in a broad sense, such a position is unfounded. Thus, any member of the public or association thereof can legitimately investigate or report fraudulent conduct by a researcher.

Plagiarism in legal terms

As considered above, the term “plagiarism” rarely appears in national legislations due to being considered primarily as a matter of institutional policy. However, as a consequence, the number of its possible interpretations is becoming significant.

In the widest sense, plagiarism is thought of as any “intellectual theft” where a person usurps the authorship of another’s intellectual product in whole or in part (this is the interpretation reflected in Russian criminal law). In this legislative context, the objects of plagiarism include all those deemed to constitute intellectual property. In other words, this is not only about copyrighted works, but all intellectual property. Thus, some authors refer to plagiarism of inventions, industrial designs or even trademarks (Hung et al., 2021).

For instance, in 2014, a Russian court heard a case where an author successfully argued that a scheme appearing in a scientific paper published by third parties was a generalized scheme that he had synthesized and researched in his doctoral thesis. As a result, his copyright was recognized as having been infringed and the dishonest researchers were compelled to prepare and publish a correction to the authorship of the scheme presented in their article⁷ [12].

A narrower concept of plagiarism is set out in the provisions of the 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (the Berne Convention). Although authors are free to quote the works of other authors that have been made public, such quotation must be made in good faith and to the extent justified by the purpose. When referring to the works of others, authors in countries that are party to the Berne Convention must indicate the sources of borrowing and the authors of the corresponding work if their name is provided (Article 10). Russian copyright law similarly allows the free use of other people’s works subject to obligatory citation.

In the light of the foregoing, plagiarism is narrowly understood to be an improper borrowing of another author’s work (or its parts) when creating one’s own work, i.e., a borrowing that is in violation of citation rules due to its failure to specify the author or source of borrowing. Whereas copyright covers only works of authorship, the scope of objects of plagiarism in this regard shall be deemed narrower: including only copyright items that are capable of being quoted, i.e., mainly literary and scientific works. In the digital era, the possibility of “quoting” photographic works has become the subject much discussion. However, in case of non-compliance with citation rules when referring to someone else’s photographic works, such improper usage would seem to be more about illegal reproduction or communication to the public than plagiarism in the narrow sense.

Since a failure to comply with the obligation to indicate the name of the author and source of borrowing when borrowing (using) parts of another’s work constitutes an offence, the author of the original work is entitled to claim compensation for their violated rights. Here, the legal liability is independent of the negative consequences that may occur in case of academic fraud detection. For example, even if the revelation of plagiarism in a thesis results in the annulling of a degree previously

⁷ Resheniye Oktyabr’skogo rayonogo suda goroda Novosibirsk ot 5 avgusta 2014 g. po delu No. 2-1309/2014 [Decision of the Oktyabrsky district court of Novosibirsk of August 5, 2014, No. 2-1309/2014], <http://sudact.ru/regular/doc/ARJRIldUmD1E/>

granted to that plagiarist, this does not present an obstacle for the author(s) of the original work(s) to claim compensation for copyright infringement.

To summarize, the academic and narrow legal concepts of plagiarism are not mutually exclusive, but together provide effective remedies to those who have suffered as a result of a plagiarist’s unfair actions, which can be implemented either separately or in combination as appropriate.

Plagiarism and word-for-word copying are not synonymous

According to a currently widely held opinion, only a literal match of sentences or whole paragraphs in different works of different authors may be considered as plagiarism in the narrow sense. According to this belief, the later of any two such works is automatically considered to be a result of plagiarism. In particular, current Russian legal doctrine and case law typically rule plagiarism to have occurred when there is a word-for-word copying of someone else’s intellectual result (or its parts) in violation of the statutory rules of citation, i.e., without specifying the author of the original text and the source of borrowing (Isaeva, 2021).

However, this simplistic point of view fails to take a number of factors into account. First of all, it should be understood that professional texts (legal, technical, natural science, etc.) are often structured around the same commonly used phrases or expressions. In particular, legal texts are often characterized by use of extracts of laws and regulations. When drafting papers, legal scholars refer to the same laws, not only mentioning their titles, but also quoting (with or without quotation marks) particular legislative provisions. Independent researchers may rely on the same reference sources in their research, as well as supporting their own reasoning with the same citations. In such cases, even if there is verbatim coincidence, the issue of plagiarism does not arise.

As noted above, from the point of view of academic ethics, even a mere borrowing of others’ ideas or work materials (which do not fall under copyright protection) constitutes plagiarism. The latter can be revealed not only when parts of different authors’ works coincide word for word, but also when someone else’s work is paraphrased, i.e., without being copied literally. Plagiarists may achieve such a result by various means including automated solutions: today, there are many applications that automate the paraphrasing of a text. Even translation applications, while not specifically designed for this purpose, can be used to carry out such “cosmetic” changes with no change of sense.

Out of the variety of methods used by plagiarists to conceal plagiarism, *edited*, *disguised* and *translated* plagiarism variants can be distinguished.

Disguised and edited plagiarism are similar by their nature: in both cases, the borrowed text is reproduced not word for word, but with some alterations. However, in case of disguised plagiarism, the modifications of the original text are insignificant: the plagiarists change word forms, rearrange phrases and sentences, use synonyms, etc. In the case of edited plagiarism, the borrowed text undergoes comprehensive literary editing; as a result, while it may be completely different from the original, at the same time, it preserves the content and general idea (Levin, 2018). Translated plagiarism, as the name implies, corresponds to the translation of an original text into another language and publication of such a translation under the guise of an independent study, with no information about the fact of borrowing (Mazov et al., 2017).

On a practical level, the diversity of technical means for concealing plagiarism significantly complicates its detection, as well as preventing the identification of individual plagiarists. Nevertheless, the use of various applications and services by authors when preparing their works is not in itself evidence of plagiarism — or an attempt to disguise it. Modern technologies support a wide variety of legitimate tools for editing texts to improve the quality of created works.

Contemporary tools for revealing plagiarism

Experts usually draw attention to the fact that special tools and methods aimed at identifying plagiarism have been developed due to the diversity of its forms and variety of methods of its concealment.

First of all, we should mention automated text analysis conducted by means of specially created algorithms, which is undoubtedly much more effective than the detection of plagiarism by human agents (Mazov et al., 2016). Curiously, some researchers hold the opinion that it is unacceptable to use automated review tools to identify plagiarism in a text, and that plagiarism should only be detected manually. While the present authors do not agree that the use of technical means to detect plagiarism is unreasonable, in order to exclude accidental repetitions, commonly used phrases and expressions, titles or citations of laws and articles, etc., text borrowings detected automatically should be subsequently analysed by a competent human. In other words, in order to correctly identify plagiarism, it is necessary to use both automated and “manual” analysis, using a variety of means and methods — as well as, if necessary, special expertise.

The latter is due to the possibility that, although an author of a scientific work may use their own research which has already been published (i.e., conduct new research based on the results of their previous one), an automated check is likely to consider such text fragments to be borrowed, when, in fact, they are not⁸ (the concept of “self-plagiarism” will be considered further). The researchers point out that automated checking is clearly insufficient in such cases: only an expert can provide a substantive, evidence-based opinion that the fragments of the text defined by a machine as borrowed actually belong to the author; moreover, in principle, the evidence used to support such an opinion can only be provided by the original author him- or herself (Kirillova, 2019).

In addition to the usual collation approach, other less well-known comparison methods are used in cases where, while there are no grounds to speak about the coincidence of texts, there are reasons to suspect the author of a later scientific work to be guilty of plagiarism, or in cases where plagiarism is detected on the Internet.

One such method is “digital fingerprinting”. When this technique is applied, a summary of materials is placed into the program, which compiles the said “fingerprints” allowing any subsequent “borrowings” of the works to be automatically identified. If the “fingerprints” match, work aimed at identifying common text fragments is initiated. Another comparison method involves the use of keywords to identify the research topic, allowing one work to be compared with another in automatic mode to reveal their similarity. This may be contrasted with the citation analysis method: rather than being based on the similarity of texts, any mention of particular information in the text is studied in order to identify similarities of citation patterns (Osipov et al., 2016).

The above discussion demonstrates a kind of arms race in the use of modern technologies in the context of plagiarism: plagiarists use various means, including automation, to conceal plagiarism, while the identification of plagiarism involves tools based on specially developed algorithms, which, in turn, forces plagiarists to use even more sophisticated methods, and so on.

“Self-plagiarism” is not a form of plagiarism

The term “self-plagiarism” is used to refer to the full or partial reproduction of an author’s previous work in another scientific work by the same author without any acknowledgement thereof. At the same time, many experts highlight the ambiguity of the term itself, as well as its application

⁸ It is often noted in publications that plagiarism detection systems are unable to determine whether a text is taken from the author’s own work or from the work of others (Tlitova et al., 2019), thus requiring manual verification.

to excessively diverse practices (Bird, 2002), which include: *dual or redundant publication* (republishing by the author of the same research paper under different titles and in different editions); *flow publication / autoplagerism* (publishing a series of articles on one topic while only a little new material is added in each of them); *“salami” publication* (where significant research is split into small articles).

Due to the absence in national legislations of a general rule restricting authors from reusing their own intellectual results, most legal scholars tend to believe that there are no grounds to imply an offence in case when an author reproduces their work (or its parts) in their other works. In so doing, it is logically impossible for an author to infringe his or her own intellectual property; conversely, as mentioned above, copyright law assigns primary importance to protecting the rights holder. From a legal perspective, “self-plagiarism” cannot therefore be considered as a form of plagiarism.

However, from the perspective of publication ethics, such a misuse of the results of one’s creative work is generally recognized as unfair behaviour. Standards of publication ethics are established by scientific publishers with due regard to the recommendations of the Committee on Publication Ethics (COPE) (<https://publicationethics.org/>) and set out in the publication policies / guidelines of peer reviewed journals and publishing houses (such policies are typically made publicly available on publishers’ websites). It is within the context of publication ethics, which regulates the relationship between authors, reviewers, editors and readers during the *creation, publication, distribution and use of scientific publications*, that the term “self-plagiarism” has grown in popularity.

Nevertheless, the concept of “self-plagiarism” seems to be in some conflict with copyright law, as can be seen in the following.

In legal terms, when considering the publication of the results of scientific research, the points at issue are generally covered by a license agreement between the author and the publisher, which provides for the transfer of an exclusive or non-exclusive license from the former to the latter. In case of transferring an *exclusive* license to the publisher, the author’s republication of previous research (or part thereof) without the consent of the previous publisher becomes an offence in terms of breaching such an agreement; here, no issue connected with “self-plagiarism” arises. In case of the author transferring a *non-exclusive* license to the publisher (which may be granted due to the author’s desire to republish their scientific work in order to expand their readership), it is the publisher that commits the offence when prohibiting the author from using his or her work contrary to the terms of the agreement; in this case, the concept of “self-plagiarism” does not change the situation from a legal point of view.

While recognizing multiple publication of the same material as dishonest behaviour, the subsequent retraction of such papers raises several legal questions to which there are no decisive answers, becoming a coercive measure applied in the case of violation of ethical standards. This tendency can be considered as reducing the regulatory status of copyright law, creating an alternative to legal mechanisms for regulating intellectual property relations and consequently decreasing the lawfulness of actions in this field (Bogustov, 2021).

The concept of self-plagiarism is not so relevant for academic ethics, which applies to academic and scientific research relations. In this context, “self-plagiarism” is mentioned much less frequently; in the majority of cases, as an overview of contemporary publications shows, it refers to situations when course papers are duplicated and submitted by the same student to different university departments. However, the same issue may be raised with regard to theses. For instance,

after analysing a case where almost one third of a lawyer's thesis was reproduced from an earlier dissertation without including any reference thereto, Stefan Weber stresses that it is the extent of borrowing and the academic level of the thesis that should be decisive⁹. In this connection, while "self-plagiarism" may be deemed to be dishonest behaviour, it may by no means be equated with "intellectual theft" (Resnik, 1998).

Finally, it is sometimes even obligatory to use one's own prior works when preparing a new one. In this context, we refer to the rules of awarding postgraduate degrees or applying for a research grant. In the first case, prior to commencing work on the thesis itself, it is necessary to publish the results of research in the form of articles in order to present them to the wider academic community. In the second case, when applying for a grant, the author should provide a list of his or her own publications, which are to be further developed if the grant is awarded. In both cases, while there should certainly be no word-for-word reproduction of previously published works, a failure to comply with the rule to base the research on some previous results would constitute a breach of procedure.

To summarize, unlike the concepts of academic plagiarism and plagiarism in a narrow (legal) sense, while not excluding their simultaneous application in particular cases, the concept of "self-plagiarism" may come into conflict with the rules of contract law or intellectual property law.

Conclusion

The conducted study supports the conclusion that the contemporary concepts of academic plagiarism and plagiarism in the narrow (legal) sense do not exclude their simultaneous application, which may be used by authors to protect their scientific research and copyrights in an effective manner. However, the use of contemporary technological means to conceal plagiarism complicates the process of obtaining satisfaction for rights holders, though not excluding such a possibility. The detection of plagiarism also increasingly relies on specially developed technological approaches. Moreover, both definitions of plagiarism must be clearly distinguished from the concept of "self-plagiarism", which latter concept is not always legally consistent.

It is hoped that the problems outlined in this article and the opinions expressed herein will serve as a basis for further discussion of the problems in the area under consideration.

References

1. Ansoorge, L., Ansoorgeová, K., & Sixsmith, M. (2021). Plagiarism through paraphrasing tools – The story of one plagiarized text. *Publications*, 9(4), 48. <http://dx.doi.org/10.3390/publications9040048>
2. Atanasova, I. (2019). Copyright infringement in digital environment. *Economics and Law*, 1(1), 13–22. <http://el.swu.bg/wp-content/uploads/2019/07/COPYRIGHT-INFRINGEMENT-IN-DIGITAL-ENVIRONMENT.pdf>
3. Bird, S. (2002). Self-plagiarism and dual and redundant publications: What is the problem? Commentary on 'Seven ways to plagiarize: Handling real allegations of research misconduct'. *Science and Engineering Ethics*, 8(4), 543–544. <http://dx.doi.org/10.1007/s11948-002-0007-4>
4. Blok, P. (2021). Plagiarism and copyright. In J. Soeharno, A. Keimpe, D. Supported, V. Schot, M. Karen, P. Blok, E. Dommering, J. Vugt, & J. Zweistra (Eds.), *Plagiarism in academic research and education* (pp. 42–51). Association of Universities in the Netherlands (VSNU).

⁹ Weber, S. (2010). Neubewertung von Selbstplagiaten? [Reassessment of self-plagiarism?]. *Blog for Scientific Honesty*. <https://plagiatsgutachten.com/blog/neubewertung-von-selbstplagiaten/>

5. Bogustov, A. (2021). Pravovye aspekty retraktsii [Legal aspects of retraction]. In .A. Rozhkova (Ed.), *Pravo cifrovoj ekonomiki – 2021 (17): Ezhegodnik-antologiya [The Law of the Digital Economy – 2021 (17): Annual-anthology]*, (17), (pp. 448–461). Statut.
6. Hung, K. M., Chen, L. M., & Chen, T. W. (2021). Trademark infringement recognition assistance system based on human visual gestalt psychology and trademark design. *EURASIP Journal on Image and Video Processing*, (2021), Article 27. <https://doi.org/10.1186/s13640-021-00566-2>
7. Isaeva, O. (2021). Predely zaimstvovaniya chuzhogo proizvedeniya pri sozdanii sobstvennogo [Limits of borrowing someone else’s work when creating one’s own]. *Hozyastvo i Pravo*, (10), 62–71.
8. Kirillova, T. (2019). Problema plagiata pri podgotovke nauchno-pedagogicheskikh kadrov vysshey kvalifikatsii v obrazovatelnykh organizatsiyakh FSIN Rossii [The problem of plagiarism in the training of top-qualification academics in educational organisations of the Russian Federal Penitentiary Service]. In *Penitentiarnaya besopasnost’: Nacionalniye traditsii i zarubezhnyy opyt [Penitentiary security: National traditions and international experience]* (pp. 94–96). Samarsky Yuridichesky Institute FSIN Rossii.
9. Levin, V. (2018). Plagiat i problem etiki v epokhu kumpiyuterov [Plagiarism and ethics issues at the age of computers]. In V. O. Sheleketa (Ed.), *Iskusstvennyy intellekt: Eticheskije problemy “cyfrovogo obschestva” [Artificial intelligence: Ethics problems of the “digital society”]* (pp. 36–44). Belgorodsky Gosudrstveny Tekhnologicheskyy Universitet im. V.G. Shukhova.
10. Mazov, N., Gureev, V., & Kosyakov, D. (2016). On the development of a plagiarism detection model based on citation analysis using a bibliographic database. *Scientific and Technical Information Processing*, (43), 236–240. <https://doi.org/10.3103/S0147688216040092>
11. Mazov, N., & Gureyev, V. (2017). Vyyavleniye plagiata na osnove analiza tsitirovaniya: Problem i resheniya [Plagiarism detection based on citation analysis: Problems and solutions]. *Proceedings of SPSTL SB RAS*, (12), 355–362.
12. Osipov, I., & Beresnev, A. (2016). Metody obnaruzheniya plagiata v tekstakh studencheskikh rabot [Methods of plagiarism detection in student papers]. In Almanac of Young Researchers’ Papers of ITMO University, *Proceedings from University of information technologies, mechanics and optics*, (4), (pp. 95–98). Sankt-Peterburgsky Nationalny Issledovatel’sky Ubiversitet Informatsionnykh Technology, Mekhaniki i Optiki.
13. Resnik, D. (1998). *The ethics of science: An introduction*. Routledge.
14. Rozhkova, M. (2021). Plagiat i inye vidy nekorrektnykh zaimstvivaniy v dissertatsiyakh: Pravoviye i eticheskije voprosy [Plagiarism and other types of incorrect borrowings in dissertations: Legal and ethical issues]. *Zhurnal Suda Po Intellectual’nym Pravam*, 3(33), 124–140.
15. Tlitova, A., & Toshchev, A. (2019). Obzor sushchestvuyushchikh instrumentov vyyavleniya plagiata i samo-plagiata [Review of Existing Tools for Detecting Plagiarism and Self-Plagiarism]. *Russian Digital Libraries Journal*, 22(3), 143–159. <https://doi.org/10.26907/1562-5419-2019-22-3-143-159>

Information about the authors:

Marina A. Rozhkova — Dr. Sci. in Law, Chief Research Fellow, Department of Civil Law and Procedure, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Science Advisor to the Dean of the Law Faculty of State Academic University for the Humanities, President of IP Club, Moscow, Russia.

rozhkova-ma@mail.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8071-174X>

Olga V. Isaeva* — Ph.D. student, Department of Civil Law and Procedure, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia.

ol.v.isaeva@ya.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3957-0241>

Сведения об авторах:

Рожкова М. А. — доктор юридических наук, главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации, советник по науке декана Юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук, президент IP Club, Москва, Россия.

rozhkova-ma@mail.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8071-174X>

Исаева О. В.* — аспирант отдела гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации, Москва, Россия.

ol.v.isaeva@ya.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3957-0241>

ARTICLES

DIGITAL ART IN THE LIGHT OF NFT: MARKET ROLE AND LEGAL UNCERTAINTY

Olga S. Kulakova

Vladimir State University named after A. G. and N. G. Stoletov
87, Gorkogo st., Vladimir, Russia, 600000

Abstract

Digital art is the result of creative activity practiced in the virtual space.

There is no unified concept of digital art in Russia, and there is no legislative consolidation of this term. In this regard, attempts to find an answer to what digital art is and what rights its acquirer has are topical issues of Russian legal science. At the same time, under the influence of technology, as a result of the development of the blockchain, new ways of handling digital art objects have appeared. The appearance of non-fungible tokens (NFT) causes a lot of legal problems. The study of these problems is the most important task for modern lawyers. The purpose of the study is to identify the legal qualification of digital art objects. In this regard, the author sets the task to study the structure of NFT as an object of civil law. The purpose of the article is also to identify potential risks for intellectual property rights holders when issuing NFT.

The methodology of this research is based on the use of a set of general scientific methods and specific methods of analysis used in legal science: system-structural method, system-functional, induction and deduction, analogy, method of formal logic and system approach. In particular, the dialectical method provides an opportunity to systematically explore the unity of social content and legal form of art objects in the digital space. The formal legal method makes it possible to form legal categories by highlighting the main features of phenomena related to research questions.

The author has made assumptions about the legal nature of digital art and NFT, as well as their place in the system of intellectual property law. The author has come to the conclusion that crypto art is one of the types of digital art. A specific feature of cryptographic art objects is that their emergence and existence is possible only in blockchain. As a result of the conducted research, it has been revealed that not all NFTs connected to art objects are crypto-art objects in digital commerce.

Keywords

digital art, intellectual property law, copyright, NFT

Conflict of interest The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Kulakova, O. S. (2022). Digital art in light of NFT: Market power and legal uncertainty. *Digital Law Journal*, 3(2), 36–50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-36-50>

Submitted: 14 Apr. 2022, accepted 17 Jun. 2022, published 30 Jun. 2022

ЦИФРОВОЕ ИСКУССТВО В КОНТЕКСТЕ NFT: РОЛЬ РЫНКА И ПРАВОВАЯ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ

О.С. Кулакова

Владимирский государственный университет
имени А.Г. и Н.Г. Столетовых
600000, Россия, Владимир, ул. Горького, 87

Аннотация

Результаты творческого труда, доступные для публичного обозрения посредством их трансляции в информационной среде, получили название цифровое искусство (digital art, цифровое искусство).

На сегодня не сформировано унифицированного понятия цифрового искусства, не существует законодательного закрепления данного термина. Попытки найти ответ на то, что такое цифровое искусство и какие права имеет его приобретатель, сегодня являются актуальными вопросами юридической науки. В то же время технология блокчейн позволила создать новые способы обращения цифровых объектов искусства. Появление NFT, в свою очередь, также актуализировало множество спорных вопросов в современной юридической науке.

Целью исследования является правовая квалификация предметов искусства в условиях развития рынка NFT. В связи с этим автор ставит перед собой задачи: изучить структуру NFT как объекта гражданского права и рассмотреть потенциальные риски для правообладателей интеллектуальной собственности при приобретении NFT.

Методология данного исследования основана на использовании совокупности общенаучных методов и специальных методов познания: системно-структурный метод, системно-функциональный, индукция и дедукция, аналогия, формально-логический метод, системный подход. В частности, в работе широко использовался диалектический метод, который дал возможность исследовать проблемы в единстве их социального содержания и правовой формы, провести системный анализ правовых норм в сфере обращения предметов искусства в цифровом пространстве. Формально-правовой метод позволил определить правовые категории путем выделения основных особенностей явлений и процессов, связанных с вопросами исследования.

Автор данной работы сделал предположения о правовой природе цифрового искусства и NFT, их месте в системе права интеллектуальной собственности. Автор пришел к выводу, что крипто-арт является одним из видов цифрового искусства. Специфической чертой предметов криптографического искусства является то, что они создаются и существуют непосредственно в блокчейн. При этом автор пришел к выводу, что не все NFT, связанные с объектом искусства, выступают в качестве крипто-арта в гражданском обороте.

Ключевые слова

цифровое искусство, право интеллектуальной собственности, интеллектуальные права, NFT

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Кулакова, О. С. (2022). Цифровое искусство в контексте NFT: роль рынка и правовая неопределенность. *Цифровое право*, 3(2), 36–50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-36-50>

Поступила: 14.04.2022, принята в печать: 17.06.2022, опубликована: 30.06.2022

Introduction

The modernization of social relations is significantly influenced by digital transformation, expressed, among other things, by the changing channels of communication from interpersonal direct communication to the interaction of people in the information space. Digital transformation opens up new opportunities for users of the information environment.

The transfer of life processes into the virtual space has also led to the emergence of new mechanisms for the activities of public and private entities. In the business community, digitalization has become an effective channel for business development, allowing for a range of transactions to be made without serious resource costs.

Digitalization determines the creation of qualitatively new public goods, in relation to which the various subjects interact with each other. In this regard, these new relationships have led to the active formation of new negotiable objects which themselves require legal regulation. Information transformation has had an impact on the rapid growth of the digital intellectual property market, significantly increasing the financial assets of the owners of these objects.

The large-scale turnover of digital products created by intellectual labor requires optimal solutions to be found for a number of problems. So, today, a debatable issue is the definition of the ownership regime for objects created by artificial intelligence. Other important definitions include: recognition of the quality of the official work of publications in social networks; establishment of a pre-trial extra-jurisdictional procedure for protecting the rights of copyright holders of materials mixed in the information environment; the search for a legal regime for the latest types of creative work results; and much more.

The innovative development of society has determined the emergence of new material and non-material benefits, in relation to which the subjects of civil legal relations interact with each other. Technological progress, and in particular the improvement of the information environment has had an impact on all spheres of public life. Art as the most important component of human activity has also been qualitatively transformed in the conditions of continuous innovative development. Computer technology has allowed humanity to move towards a new stage of its development.

Discussion

In the 21st century, an increasing number of material objects have found their expression in the information environment. At the same time, cyberspace is being replenished not only with digital copies of objects which possess physical form. Today, qualitatively new objects which do not have material analogues in the real world are accumulating in the information environment. This specialized sphere of human activity and creativity using technology has also received a new form of expression. The results of creative work, available for public viewing by means of broadcasting them in the information environment, are referred to as digital art.

To the present time, a unified concept of digital art has not yet been formed, and there is no legislative consolidation of this term. Some authors in this category understand the creative activity of the subject in the information environment, where objects of spiritual culture are created without a physical analogue. Thus, A.D. Grigoriev, T.Yu. Zakharchenko consider digital art as a modern area of human creative activity in the information space, in which, as a result of the use of special computer programs, objects with artistic value are created without any physical embodiment in the real world (Grigoriev & Zakharchenko, 2015). According to E.I. Kirichenko, this category should be understood as objects existing in cyberspace that have a cultural value, accessible to consumers by means of using technical devices (Glowka, 2021). At the same time, it is worth noting that in the literature, the term “digital art” means not only the process of creating an object with spiritual value, but this resultant object itself.

The term digital art can probably be considered from several sides.

Firstly, as a kind of creative human activity carried out through the use of various technological devices, as a result of which intangible cultural objects existing in cyberspace are created.

Secondly, digital art is intangible information products of intellectual activity. It finds its expression in cyberspace as a result of digitization of previously created physical objects of author’s work. Digital art can also be created directly in the information space as a result of the subject’s creativity. In this context, objects of art are understood as digital works created by intellectual labor and the legal nature of these objects is determined by the action of the provisions of property law, the law of obligations, as well as the provisions of individual institutions of intellectual property law (Rakhmatulina, 2018).

When seen from the viewpoint of jurisprudence, this category can more relevantly be seen as the result of a person’s creative work. At the same time, the person recognizes that he/she has a set of rights to objects created by artificial intelligence and machine learning technologies, of which he/she is the developer.

At the present time, representatives of Russian legal science and practice overwhelmingly and unanimously hold the position that digital art includes digitized copies of a real physical object and intangible information products created in cyberspace.¹

The need to modernize the system of intellectual property rights arises from a change in the views of modern people on art. The modern art market is a space in which the results of creative activity created by artists, photographers, designers and other authors, different from traditional objects previously recognized in this industry, are treated. The extensive possibilities of the information network, the availability of computer graphics technologies allow the creation of a completely new range of objects of contemporary art.

Crypto-art² is the name given to a new area art, manifested in the creation and distribution of paintings, photographs, gif animations, music, and other audio-visual works.

At the present time, the novelty of this information product can be put down to the lack of a unified understanding of its essence in legal science and practice. Thus, in this paper, we propose our own definition based on the main features of this digital object that have received attention by the legal community.

Tokenization is the process of transferring rights to tangible assets into tokens, that is, the creation of digital analogues of real things to increase the security of these objects when they are traded in the

¹ Art Law Conference. (2021, October 9). YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Zi0aXSBpxMo>

² Angelova, A. (2021, March 16). NFT and crypto art are a new loud (and strange) trend, on which millions are earned and promoted. *Texterra*. <https://texterra.ru/blog/nft-i-kriptoiskusstvo-novyj-gromkiy-i-strannyj-trend-na-kotorom-zarabatyvayut-milliony-i-piaryatsya.html>

online market segment (Novoselova, 2017). As a result of this procedure, a unique numeric code is created for each specific asset. Tokenization allows you to transform a real thing into a set of tokens. Such a token can act as an independent subject of civil transactions (Brisov & Pobedkin, 2022).

Since it is reliable from the point of view of information security, tokenization has become available to users with the advent of blockchain. Blockchain is a distributed database platform consisting of linked blocks on which transactions in cryptocurrency are carried out. Each transaction which uses this technology acts as a new block in the transaction chain. The distributed registry allows the buyer to track the transaction history in relation to the object being purchased. This information about the digital asset is simultaneously stored on multiple computers around the world. This fact makes it impossible to change or delete the data entered. Thus, a reliable way of carrying out transactions with objects or their parts is created, thanks to the openness and reliability of information about them.

Non-fungible tokens can be used to give a digital art object (or an intangible copy of a real object) the status of an original copy. Block chains use two types of tokens: fungible and non-fungible. The first have been popular units of value for a long time, ever since assets have been traded on crypto markets, in particular, Bitcoin, Ripple or Ethereum. The second, NFT, are unique digital certificates. The main difference between fungible tokens and non-fungible ones is precisely in their uniqueness (Grigoriev, Nurislamova & Nurislamova, 2021). So, the first type of tokens certifies the rights to a digital asset. One Ethereum is equivalent to another, for example, in the same way in which a share of a particular company is equal to another of the same shares from this organization. The cost of fungible tokens is the same. For example, one Bitcoin will be exchanged for another at the same exchange rate.

In the case of NFT, a digital object consists of tokens that exist in a single form. This type of digital certificate, lines of numeric code, certifies the rights to items which cannot have a second copy recognized as an original copy (Naumov, 2021).

It is for this reason that it has become possible to apply rights to real estate, art objects, and other types of things that have no analog in the digital market.

Crypto art is an art object created and existing directly in the NFT structure. At the same time, from our point of view, crypto art is one of the types of digital art. In our opinion, the object of art nuanced by NFT can be of three forms. Another thing that needs to be considered is the classification of the NFT generated by the form of the art objects included therein. Thus, an art object participating in civil circulation by means of blockchain technologies can take the form of an exclusively real object which exists directly in the real world of things. In this case, the NFT contains information about this work: paintings, sculpture, other things that have value and exist in physical form.

Another group of generated NFT tokens are those that directly include a digital art object. In this case, the work is fully loaded into the blockchain. These are independent works on the blockchain, and they are often called works on the block chain (onchain works).³ Perhaps these are the only truly unique objects of digital art (crypto art), in respect of which, at the time of writing this study, there had been no recorded case of fakes. They can be exchanged and transferred to other people only in the blockchain.⁴ Such projects are not numerous, an example is the collection created in 2017, consisting of 10,000 elements – images of “CryptoPunks”.⁵

³ On-Chain Artwork NFTs. (2021, October 9). https://medium.com/treum_io/on-chain-artwork

⁴ Penner, M., & Ellbogen, E. (2022, February 4). *NFTs, intellectual property and art: An overview in three parts (Part 1 of 3)*. The Angle. <https://ip.fasken.com/nfts-intellectual-property-and-art-an-overview-in-three-parts/>

⁵ Media SIGEN.pro. (2021, March 11). *CryptoPunks: Rannie NFT na aukcione Christie's*. Media SIGEN.pro. <https://media.siggen.pro/materials/2444>

The next group and most disseminated group are non-fungible tokens which contain only links to an information resource that hosts digital art objects. At the same time, such a work can be created in the real world, while still remaining a digital copy, or be directly the result of intellectual activity carried out by the author in cyberspace. It should be emphasized that the actual art object is not an NFT, or part of it. In this case, a non-fungible token contains only a URL indicating the placement of digital art. In this regard, NFT is a line of code in the blockchain, or metadata that links it to the source file — the subject of art. Perhaps the greatest number of legal issues arise in relation to the last group of these tokens.

The first transaction regarding a digital art object protected by NFT was carried out as early as 2017.⁶ The American IT company generated 10,000 unique pixel characters (CryptoPunks), the total amount of sales of these digital items amounted to \$348 million.

The reason for the popularity of these objects is explained by collectors' desire to possess a unique piece of contemporary art with high investment potential.⁷ The intensive growth in the value of such art objects on the online market correlates with the increase in the positions of the Ethereum cryptocurrency (ETH) — a unit of value in the Ethereum blockchain. In 2021, 1 ETH is equivalent to \$3,217.92 or 236,006.39 ₺, whereas in 2020 this currency was traded at the rate of \$200–300. Today, the average cost of work that has received NFT certification is 1.5 ETH or \$4,826.88, or 354,000.585 ₺. Thus, crypto-art owners who purchased similar objects in 2020, increased their assets 10 times by 2021.

Art critics note that the digitalization of the art industry is leading to its democratization. This position is justified from the point of view of the accessibility of artists, musicians and other persons who create such products to the community.⁸ If the creators of classical art objects sell their creative results by promoting themselves and their works through live exhibitions that require large resources and a long process of organizing such events, resorting to the services of gallery owners and other art market specialists, then for digital creators it is enough to publish the products of their work on social networks and upload them to special marketplace sites. In this way, the issue of popularizing the author and his work is greatly simplified, and consists in attracting the attention of a community of like-minded people and collectors on digital platforms. In this regard, the democratization of art allows the creators of art objects living in places physically remote from the primary art centers of this industry to enhance their fame and gain access to the sales market.

It should also be said that the cost of each original work of crypto-art depends on how much interest this object arouses among users of information platforms. The demand for a particular piece of art directly correlates with the frequency and speed of distribution of its digital copies on the Internet. The creator of such an art object has an interest in the result of creative activity being copied, since increases the value of this item. In this regard, the question arises, then what is the interest in acquiring digital art, spending considerable funds on it, if everyone can freely possess a non-original copy?

A study conducted by The Art Basel, an organization that unites outstanding authors around the world, and whose committee largely determines the trends of contemporary art, names several objective reasons for the popularity of digital art objects. According to the results obtained, to date,

⁶ Larva Labs. (n.d.). *CryptoPunks*. Retrieved April 24, 2022, from <https://larvalabs.com/cryptopunks>

⁷ Davis, B. (2022, April 24). *I visited the digital beple art museum and all I got was an aggressive pitch for my money*. Artnet News. <https://news.artnet.com/opinion/beple-b-20-museum-review-1954174>

⁸ Skolkovo School of Management. (2022, August 13) *Kak postroit' novuyu kar'eru? Investicii v NFT-tokeny: Prognozy i riski* [How to build a new career? Investments in NFT-tokens: Forecasts and risks]. SKOLKOVO.Smysly [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=CDlvKGPWF-A&list=PLAnwhruuiiwrhBqVW39z_

created in the real world, while being a digital copy. It can also be related to directly to intellectual property created by the author in cyberspace. It should be emphasized that the actual art object is not an NFT, or part of it. In this case, a non-fungible token contains only a URL indicating the placement of digital art. In this regard, NFT is a line of code in the blockchain, metadata linking it to the source file which is the subject of art. Perhaps the greatest number of legal issues arise in relation to the last group of these tokens.

There are common problems traditionally related to each type of NFT. For example, what marketplaces are the participants selling and buying on; how to provide for the transfer of intellectual rights; and how to define their volume, and much more. In particular, with the development of the market of non-fungible tokens, there has been an increase in the number of violations of the interests of the rights holders of tokenized objects. The author will consider some problematic issues of digital art turnover through the prism of intellectual property in the context of the growth of the market of non-fungible tokens.

The purchase of NFT is considered to be the acquisition of a file with metadata, and not the primary object itself. M.A. Rozhkova rightly notes that the problem of domestic jurisprudence is the formalized consolidation of the system of absolute rights into two groups: ownership of objects of the material world; and intellectual rights to fungible objects defined by law (Rozhkova, 2020).

In the context of considering the issue of the legal status of digital art, it can be concluded that an unlimited number of NFTs can be created in relation to one object of intellectual property. This approach exists today in the specialized literature of the USA¹² and Great Britain (Guadamuz, 2021).

A comparison of an NFT with a signed copy of a digital art object cannot be considered absolutely accurate in every case. The reason for this, from the author's point of view, is the high risk of the spread of non-fungible tokens, the content of which does not include the objects of art themselves, but only information about them fixed through the prism of tools that guarantee the purity of transactions. This risk will be discussed in more detail in the next paragraph. At the moment, it is important to note that tokenization is a process accessible to any interested parties, within the framework of which information of a diverse nature can be included in the token. This neither violates the interests of other persons or is abuse of someone's material property or rights.

In current Russian legislation, NFT can be considered as other property, the existence of which is provided for by Article 128 of the Civil Code of the Russian Federation. According to the current system of objects of civil law, enshrined in Article 128 of the Civil Code of the Russian Federation, there is such a category as digital rights in our country. The work of M.A. Rozhkova, considers the essence of these legal phenomena in detail, which allows them to be correlated with NFT [14]. The wording of Article 128 of the Civil Code of the Russian Federation establishes a legal structure based on which digital rights are to be named in regulatory legal acts of Russia. In this regard, in Russia, there are only digital rights in the context of the Federal Law "On Digital Financial Assets, Digital Currency and on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation" (hereinafter the Federal Law "On the CFA"); and the Federal Law "On Attracting Investments using Investment Platforms and on Amendments to Certain Legislative Acts Of the Russian Federation" (Hereinafter — the Federal Law "On Crowdfunding"). According to the first regulatory legal act, NFTs in Russia cannot be called digital rights in the sense of digital financial assets or digital currency.

At the same time, the systematic interpretation of Article 128 of the Civil Code of the Russian Federation and the Federal Law "On Crowdfunding" gives us an idea of the existence of a partially

¹² Barsky, D. J. (2021). Non-fungible tokens and intellectual property law: Key considerations. *Lexis Nexis*. <https://www.hklaw.com/-/media/files/insights/publications/2021/07/nonfungibletokensandintellectualpropertylaw.pdf?la=es>

similar category of rights that a person acquiring NFT can be granted. On the one hand, the utilitarian digital rights referred to in Article 8 of the Federal Law “On Crowdfunding” include such rights of the holder as the right to demand the transfer of things and/or exclusive rights to the results of intellectual activity, as well as the rights to use the results of intellectual activity. At the same time, it would be wrong to say that the utilitarian digital rights provided for by Russian legislation reflect the legal essence of NFT, and allow this object to be regulated as an independent category of law. This is due to the fact that the issuing of a non-fungible token is not always associated, or rather, almost always not associated with investment activity in the sense of the Federal Law “On Crowdfunding” (Brisov & Pobedkin, 2022). As a rule, the turnover of NFT is the result of private interests in the purchase and sale of various complex objects contained in this token. This is most typical for the crypto art market.

Internet marketplaces such as SuperRare, Foundation, OpenSea, Origin, Rare, Known, Nifty Gateway where the turnover of digital art certified by NFT is carried out, as a rule, work on the principle of auction houses. These marketplaces use smart contracts, i.e. agreements between the counterparties of a transaction regarding the establishment, modification or termination of legal obligations, the terms of which are recorded, executed and/or provided by a computer algorithm automatically through the implementation of program operations. This type of contract from a legal point of view is possible due to the legalization in certain jurisdictions of cryptocurrency as a digital right in the form of a fungible token, which allows us to talk about its value. However, NFT technologies which allow transactions in relation to crypto-art products as mentioned earlier are excellent objects. From the point of view of the art industry non-fungible tokens possess value, if there is a certain digital object with which it is associated. In this connection, neither Russian legislation nor the legal systems of the USA and European countries, at present, do not contain direct provisions which regulate the relationships of subjects regarding the circulation of digital objects certified according to NFT standards.

At the same time, this can be associated with a number of problems for the creators, other copy-right holders, as well as buyers. Since modern legislation does not directly regulate relations regarding this type of art object, the question of the reality of the transfer of rights from one entity to another during a transaction is controversial.

The system of intellectual property rights is pertinent when reasoning which set of rights can be transferred to an art object which has received digital certification according to the NFT standard. Pursuant to the provisions of Article 1226 of the Civil Code of the Russian Federation, the structure of intellectual rights includes both exclusive (property) and personal non-property, *inter alia*. In the case of civil transactions, the transfer of exclusive rights to the intellectual property is provided for in Russian legislation. Personal rights (non-property rights) are understood as: the right of authorship (Article 1265 of the Civil Code of the Russian Federation, Article 1315 of the Civil Code of the Russian Federation); the right to a name (Article 1265 of the Civil Code of the Russian Federation, sub-item 3 of Item 1 of Article 1315 of the Civil Code of the Russian Federation); the right to inviolability of the work (Article 1266 of the Civil Code of the Russian Federation, sub-item 4 of Item 1 of Article 1315 of the Civil Code of the Russian Federation); the right to publish the work (Article 1268 of the Civil Code of the Russian Federation); the right to recall the work (Article 1270 of the Civil Code of the Russian Federation); and the right to indicate the name on a copy of the work (sub-item 2 of item 1 of Article 1338 of the Civil Code of the Russian Federation). In their turn, the others include: the right to follow (Article 1293 of the Civil Code of the Russian Federation); the right to patent (Article 1357 of the Civil Code of the Russian Federation); the right of access (Article 1292 of the Civil Code of the Russian Federation); and the right of revocation (Article 1269 of the Civil Code of the Russian Federation).

In Russia, the creator of intellectual property cannot as a general rule transfer personal non-property rights. Other rights also cannot be transferred from one entity to another, although the legislation provides for some exceptions related to a specific type of object. It follows from this that the turnover of art objects on the market is associated with the transfer of the creator's property rights to the buyer. This is necessary from the point of view of the possibility of disposing of an art object, including the admissibility of making a profit.

Since the legislation does not contain an imperative regarding the transfer of exclusive rights to digital art, and NFT technologies are generally outside the field of rights, the entire regulatory mechanism is based on the provisions of contractual structures used by entities in this market. Analysis of established commercial practice shows that the issue of the transfer of intellectual property rights is not taken into account by the parties to crypto art transactions.

An analysis of the provisions of the contract for the digital painting "Everydays: the First 5000 Days" authored by Mike Winkelmann (Beeple), sold by Christie's auction house for \$ 69.3 million in March 2021, reveals that exclusive rights were not transferred to the buyers (<https://www.christies.com/en/>).

An NFT for a digital art object is created on a special platform that allows tokenization of such an object. In this regard, it can be assumed that there exists a user agreement between the creator of crypto art and the site. The provisions thereof may include the features of a license agreement for the alienation of the author of the work of his exclusive rights in favor of future buyers. In this regard, we can look at the example referred to above, "Everydays: the First 5000 Days", tokenized on the MakersPlace platform. Analysis of the rules of use of this site shows that the service receives a license for the downloaded material, and the object may be sold by one user to another. However, the transfer of exclusive rights to a tokenized art object is not mentioned in this act.¹³

A study of the rules for using the OpenSea platform revealed that this resource grants a gratuitous non-exclusive license, with the right to enter into sublicense agreements for downloadable materials. At the same time, the rights of the creator are not limited by this agreement, and the platform does not receive the right to sell user assets. The rules of use of the OpenSea site are similar to other sites where, at present, crypto art is being converted (SuperRare, Foundation, Origin, Rare, Known, Nifty Gateway).¹⁴

In this regard, buyers of digital art today do not possess the legal right to use the art objects they have acquired. They are not entitled to make a profit, for example, by creating goods with their image for sale on the commercial market, or by exhibiting them in special galleries in return for a fee. In our opinion, this significantly violates the interests of the subjects, which requires the introduction ideas into the legal sphere about the legal status of NFT as a technology capable of certifying the rights to objects in the digital environment.

From our point of view, the potential of non-fungible tokens suggests a new vector, not only of the method of selling various kinds of assets, but also an effective means of protecting intellectual property rights. Certification according to NFT standards can be a reasonable tool which can replace the various registers of intellectual property rights, managed by authorized state bodies and international organizations. The creation of a database based on blockchains accumulating information about various kinds of intellectual property rights will help to stabilize this industry. It will also enhance the potential for interdepartmental interaction, thereby increasing the level of protection of the interests of copyright holders.

¹³ Makersplace. (2022, April 24). *Terms of Service*. <https://makersplace.com/terms/>

¹⁴ OpenSea. (2022, April 24). *Wallet*. <https://opensea.com/wallet/>

At the present time, crypto art transactions have not been granted legal regulation from the point of view of intellectual property rights. The sale of such objects on specially created sites takes place without the transfer of exclusive rights to them. Thus, the buyer acquires a digital copy of an art object, or to be more precise, its digital certificate (NFT). However, they do not receive the status of the copyright holder and a set of rights to this result of creative activity. In this regard, the digital art market is protected from the point of view of information security through the use of blockchain and non-fungible tokens, but the interests of copyright holders are not protected by law.

There is an urgent problem related to the means of securing and confirming the uniqueness of digital art.¹⁵ An example of a legitimate transaction for the transfer of digital art objects is the auction held between August 31 to September 7, 2021, organized by the State Hermitage Museum on the marketplace of the Binance crypto exchange.¹⁶ As part of this event, digital copies of paintings in the collection of this institution were sold for a total of 32 million rubles. This transaction was made possible thanks to the achievements in the field of tokenization. The State Hermitage Museum used NFT tokens to create unique copies of its objects. At the same time, prior to the sale, two digital copies of each art object were created, one of which was transferred to the buyer, the second was kept by the museum.

To give a digital art object (or an intangible copy of a real object) the status of an original copy, it is now possible to use non-fungible tokens. This type of digital certificate in lines of numeric code, certifies the rights to items, while technologies do not allow the creation of additional instances. It has thus become possible to apply rights to real estate, art objects, and other types of things that have no analog in the digital market. From our point of view, the appearance of NFT is a significant step towards the turnover of things in the information space. A detailed examination of the nature of these digital elements is the subject of further research.

Around the world several concepts are used, in order to legitimize the turnover of intellectual property rights related to NFT.

Firstly, the conditions for the transfer of intellectual rights can be included in a smart contract (Sinitsyn, Diakonova & Chursina, 2021). J. Goldman notes that not being a traditional contract from a legal point of view, a smart contract can also provide for the fate of intellectual property as related to a non-fungible token.¹⁷ This technology can be considered as an independent way of entering into transactions with such objects.

Secondly, another way to legitimize the turnover of intellectual property rights to an art object when concluding transactions with NFT is to have the parties sign a license agreement or an exclusive rights alienation agreement. The creation of an independent document and the expression of will by the parties in the form of a separate act, on the one hand, reduces the attractive autonomy of transactions caused by the potential of blockchain technologies. However, on the other hand, they allow for the creation of clear legal conditions for understanding and implementation. At the same

¹⁵ Nekrasov, D. (2018, March 16). *Problema opredeleniya podlinnika cifrovogo proizvedeniya iskusstva* [The problem of determining the authenticity of a digital work of art]. https://medium.com/@slam_jack/проблема-определения-подлинника-цифрового-произведения-искусства-7fad1f53502e

¹⁶ Binance. (2021, August 31). Gosudarstvennyj Ermitazh obyavlyayet o starte prodazh NFT tokenov na marketplejse Binance NFT [The State Hermitage Museum announces the start of NFT sales on the marketplace Binance]. *Binance Blog*. <https://www.binance.com/ru/blog/nft/государственный-эрмитаж-объявляет-о-старте-продаж-nft-токенов-на-маркетплейсе-binance-nft-421499824684902645>

¹⁷ Goldman, J. (2021, March 11). A primer on NFTs and intellectual property. *Frankfurt Kurnit Klein + Selz*. <https://ipandmedialaw.fkks.com/post/102gt4b/a-primer-on-nfts-and-intellectual-property>

time, it is worth considering that a license agreement or a contract for the alienation of exclusive rights is associated with the search for the optimal jurisdiction for the participants of the transaction, and the adaptation of relations to specific legal norms.

A number of questions arise due to the lack of proper regulation or a model of a potential mechanism for the protection and protection of the rights of subjects involved in these relations. At the same time, all the problematic aspects related to the NFT appeal are common to various jurisdictions around the world.

One of these problems is the risk of NFT forgery. The Russian legal community actively defends the position that non-fungible tokens certify the rights to real or digital things or the information which it contains. Thus, M. A. Rozhkova notes that by registering information about the object, the primary and subsequent copyright holders, and its placement, the ownership of the art object is established.¹⁸ This approach in real terms contributes to the autonomy of the relations of the participants in civil turnover. These participants can interact about any things, the rights to which can be transferred within the framework of NFT transactions.

However, the unconditional consideration of a non-fungible token as a means of certifying the rights to an object associated with it, entails risks of unfair behavior on the part of the creators of the NFT. So, the author of an art object which exists in digital or physical form may face the situation of a non-fungible token being issued by a third party, wherein only the URL address to a copy of this object posted on the information network will be indicated. At the same time, such actions may be aimed at the implementation of the NFT as such, rather than the rights to the intellectual property referred to therein. The imprudent behavior of the buyer of such a fungible token may result in him purchasing a product that does not have the desired value for him. Given that blockchain technologies do not imply the cancellation of transactions, and persons selling tokens do not always undergo the proper verification procedure, there are risks of unfair transactions. These can be manifested in the loss by the acquirer of the funds paid to them as part of the transaction, as well as in the misuse of the intellectual property as a way of obtaining illegal income, and violating the interests of the author. This behavior on the part of the creator of a non-fungible token can cause risks of both a civil and criminal nature. The latter, under certain circumstances, can fall under the qualification of fraudulent compositions. At the same time, the actual application of liability measures to those who violate the rights and interests of parties to the civil turnover through the implementation of NFT related to a specific object, including the subject of the art, is per se an ambiguous issue. The lack of proper regulation and understanding of the legal nature of non-fungible tokens limit the subjects of the application of law in protecting persons affected by encroachments of this nature.

The issues of the existence of risks arising from the turnover of NFT are discussed by the legal community in a significant number of countries, in particular by lawyers from the USA, Great Britain, Canada and India. For example, D. Sing, notes that in accordance with sections 51, 55, 63 of The Copyright Act 1957 in India, forgery of the author's intellectual property is a violation, entailing the imposition of liability measures on the subject who carried it out. However, the main disadvantage of modern Indian legislation is that remedies are effective when it comes to forgeries in the physical world of things in a particular jurisdiction. The sale of NFT carried out on crypto platforms is associated with a high degree of anonymity of the parties. Many buyers use pseudonyms in trade, which, therefore, create conditions of the absence of real information about the identity of the violator or creator. Another complexity is related to the protection of compliance with the interests of the

¹⁸ Rozhkova, M. A. (2021, December 13). *NFT – Chto eto takoe?* [What is NFT (Non Fungible Tokens)?] [Online forum post]. Zakon.ru. https://zakon.ru/blog/2021/12/13/nft__chto_eto_takoe_what_is_nft_non_fungible

authors and buyers of the original work. In this regard, E. Cole and T. Broderick, lawyers from the UK, state that NFT can confirm the authenticity of the work and the chain of ownership. However, the problem remains that if the original entry in the book is false or contains errors, the NFT will simply confirm and perpetuate it.¹⁹

In this regard, it seems that considering the NFT as a means of certifying the right of an object associated with it, should not be considered a legal axiom, due to the information insecurity of subjects of civil turnover.

Results & Discussion

From the author's point of view, the potential of non-fungible tokens allows us to talk about a new vector not only in the method of selling various kinds of assets, but also an effective means of protecting the rights to art objects existing both in the physical world of things and in the digital space. Certification according to NFT standards can be a reasonable tool to replace the various registers of intellectual property rights. It can also act as a means of management and certification of intellectual rights. The creation of a database based on blockchains accumulating information about various objects of law, including art objects and related intellectual rights, will help to stabilize this industry, increase the potential for interdepartmental interaction, thereby increasing the level of protection of the interests of copyright holders.

At the present time, transactions in relation to NFT related to art objects have not received legal regulation. Matters of entering into agreements on the transfer of non-fungible tokens are regulated by the subjects themselves, or not regulated at all. In this regard, there are many legal problems, both for the copyright holders of art objects and buyers. In terms of the turnover of intellectual property rights to art, assigned to NFT, there are many risks both in the Russian jurisdiction and in other countries of the world. The sale of such objects on specially created sites often takes place without the transfer of exclusive rights to them. Thus, the buyer acquires a digital copy of the art object, or to be more precise, its digital certificate (NFT). However, they do not acquire the status of the copyright holder but a set of rights to this result of creative activity. In this regard, the digital art market is protected from the point of view of information security through the use of blockchain and non-fungible tokens, but the interests of copyright holders are not protected by law.

There is an urgent problem associated with the consolidation and confirmation of the uniqueness of digital art. In this regard, from the author's point of view, it is important to remember the following points when concluding transactions with NFT, which establish contractual conditions to regulate the relationship between the platform issuing the non-fungible token and the copyright holder of the art object whose works will be presented in the NFT. It is worth saying that the aspects mentioned below are not exhaustive.

When discussing the relationship of creators with marketplaces, it is important to determine which party will create a "smart contract" to regulate the initial sale of NFT and the sale of NFT in any secondary markets. In this case, the smart contract in accordance with pre-established automated commands will regulate: (1) storage of NFT; (2) if it is permissible to allow the purchase and sale of NFT; and (3) will allow NFT to connect to the "wallets" of those parties who will receive currency in connection with basic NFT transactions.

¹⁹ Broderick, T., & Cole, A. (2021, March 23). NFTs and intellectual property – Can they be protected? *Murgitroyd Blog*. <https://www.murgitroyd.com/blog/non-fungible-tokens-nft-and-intellectual-property>

When using smart contracts, copyright holders must determine which blockchain to use to launch NFT and on which marketplace they will be put into turnover.

It is also important for the parties to agree on a set of rights granted to the NFT buyer. When taking into account the range of powers transferred within the framework of transactions with these objects, the following need to be specified: (1) permissible commercial purposes of the future copyright holder; (2) what set of intellectual rights to an art object is granted to each party according to the transaction entered into; (3) whether royalties (royalties) are paid to the author (primary copyright holder) in the subsequent resale of a non-fungible token.

When summing up the results of the conducted research, it can be said that at the present time the granting of the status of independent objects of law to tokenized intellectual property in cyberspace is a condition for the further development of the art market in Russia and the world. The digitalization of art brings many positive aspects to the lives of both individual authors and organizations. For example, in the case of museums, as entities actively involved in the process of creating NFT for items in their collections, the approval of the legal turnover of such objects will allow a number of issues to be resolved, including in the field of financing. Although the first transactions in relation to art objects are already being carried out, a significant number of problems in the field of law are only beginning to emerge for practitioners. For example, such questions may be: What amount of rights and their content to digital art originally exists for entities that produce NFT, including museums? What is the procedure for transferring such objects to buyers? How can the acquirer use them? In this regard, today, this is an urgent area for research by representatives in various fields of scientific knowledge and practical activity.

References

1. Brisov, Y. V., & Pobedkin, A. A. (2022). 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>
2. Glowka, K. (2021). Artistic imagery in advertising: Experiencing advertisements through art. *Multimodal Communication*, 10(2), 93–109. <https://doi.org/10.1515/mc-2020-0018>
3. Grigoriev, A. D., & Zakharchenko, T. Y. (2015). The development plan of elementary art education in digital textbooks based on smart education. *Journal of Art Education*, 41(0), 189–208.
4. 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>
5. Laptev, V., & Fedin, V. (2020). Legal awareness in a digital society. *Russian Law Journal*, 8(1), 138–157. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2020-8-1-138-157>
6. Naumov, S. G. (2021). Blockchain life 2021: VI international forum on blockchain, cryptocurrencies and mining. *Eurasian Advocacy*, 2, 32–32.
7. Novoselova, L. A. (2017). “Tokenization” of civil law objects. *Hozyastvo i Pravo*, (12), 29–44.
8. Okonkwo, I. E. (2021). NFT, copyright and intellectual property commercialization. *International Journal of Law and Information Technology*, 29(4), 296–304. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaab010>
9. Rakhmatulina, R. S. (2018). Copyright objects in the digital space and the forms of their expression (Article). In E. G. Afanasieva (Ed.), *Pravo buduschego: Intellectualnaya sobstvennost, innovatii, Internet*. (Issue 1, pp. 77–82). Institute of Scientific Information for Social Sciences of the Russian Academy of Sciences. <https://doi.org/10.31249/prae/2018.01.00>

10. Rozhkova, M. A. (2020). Imushchestvennye prava na novye nematerial'nye obyekty v sisteme absoljutyh prav [Property rights on new intangible objects in the system of absolute rights] In M. A. Rozhkova (Ed.), *Pravo cifrovoj ekonomiki: Ezhegodnik-antologiya*. [The law of digital economy: Annual-anthology] (Pp. 5–76). Statut.
11. Sinitsyn, S. A., Diakonova, M. O., & Chursina, T. I. (2021). Smart-contracts in the digital economy: Contractual regulation and dispute resolution. *Digital Law Journal*, 2(4), 40–50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-4-40-50>
12. Wood, G. (2014). Ethereum: A secure decentralised generalised transaction ledger. *Ethereum Project Yellow Paper*, Berlin version – f41ec9a. <https://ethereum.github.io/yellowpaper/paper.pdf>

Information about the author:

Olga S. Kulakova – LLM student, Institute of Law, Vladimir State University named after A. G. and N. G. Stoletov, Vladimir, Russia.

okulakova19@mail.ru

Сведения об авторе:

Кулакова О. С. — студент магистратуры Юридического института Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых, Владимир, Россия.

okulakova19@mail.ru

СТАТЬИ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК В ЕС И ЕАЭС: ТЕНДЕНЦИИ К ЦИФРОВИЗАЦИИ

Р.А. Касьянов^{1*}, А.П. Пучкова²

¹Московский государственный институт международных отношений (МГИМО-Университет) МИД России
119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

²Департамент контрольно-ревизионной деятельности и аудита
Министерства науки и высшего образования Российской Федерации
125993, Россия, Москва, ул. Тверская, 11

Аннотация

В статье рассматриваются проблемы правового регулирования государственных закупок в интеграционных образованиях — Европейском союзе (ЕС) и Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС). Богатый опыт ЕС в сфере государственных закупок представляет интерес для ЕАЭС, перед которым стоят аналогичные и во многом еще нерешенные задачи, среди них в первую очередь цифровизация государственных закупок.

Российские авторы часто обращаются к опыту ЕС для знакомства с лучшими практиками регулирования, но при этом сфера государственных закупок изучена недостаточно полно. Цель этого исследования — сравнить правовое регулирование государственных закупок в ЕС и ЕАЭС в контексте их цифровизации, выделить инструменты, применяемые в ЕС, которые могли бы быть интересны для ЕАЭС, и сформулировать общие направления развития и выделить различия на пути к цифровизации закупок в ЕС и ЕАЭС.

В статье проводится сравнение правовых оснований и главных этапов развития политики ЕС и ЕАЭС в сфере государственных закупок, рассматривается цифровизация государственных закупок как общий тренд развития законодательства в данной сфере, а также отдельные инструменты осуществления государственных закупок в ЕС и ЕАЭС, позволяющие реализовывать данный тренд в жизни. Результаты исследования основаны на анализе правовых актов ЕС и ЕАЭС и правоприменительной практики.

В результате проведенного исследования был сделан вывод о том, что некоторые эффективные инструменты системы государственных закупок ЕС могут быть применены в праве ЕАЭС или национальном праве его государств-членов при условии, что будут учтены различия путей исторического развития систем государственных закупок в ЕС и ЕАЭС, а также национальный опыт государств — членов ЕАЭС.

Ключевые слова

цифровая среда, ограничения свободы слова, распространение информации, блокировка сайтов, моделирование контента

Конфликт интересов

Авторы сообщают об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Касьянов, Р. А., Пучкова, А. П. (2022). Правовое регулирование государственных закупок в ЕС и ЕАЭС: тенденции к цифровизации. *Цифровое право*, 3(2), 51–68. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-51-68>

* Автор, ответственный за переписку

Поступила: 15.02.2022, принята в печать: 06.06.2022, опубликована: 30.06.2022

ARTICLES

LEGAL REGULATION OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU AND THE EAEU: TRENDS TO DIGITALIZATION

Rustam A. Kasyanov^{1*}, Aleksandra P. Puchkova²

¹Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) 76, ave. Vernadsky, Moscow, Russia, 119454

²Department of Control and Revision Activities and Audit of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation 11, str. Tverskaya, Moscow, Russia, 125993

Abstract

The article touches upon some problems of legal regulation of public procurement in two organizations – the European Union (EU) and the Eurasian Economic Union (EAEU). A wide EU experience in public procurement regulation could be helpful for the EAEU, as it is facing now the same problems as the EU did, for example the digitalization of public procurement.

Russian researchers often refer to European experience in order to find best practices, but the European experience in the legal regulation of public procurement is poorly examined by Russian authors. The aim of the study is to compare the process of digitalization of public procurement regulation in the EU and in the EAEU, highlight the EU instruments in this sphere which could be useful for the EAEU and point some common features and differences of the digitalization process in the sphere of public procurement in these organizations.

In the article the authors compare different fields of public procurement legal regulation in the EU and in the EAEU and both general and specific instruments of digitalization in the sphere of public procurement existing in the EU and in the EAEU. The study is based on the analysis of the EU law and legal precedents.

As a result the authors make a conclusion that some EU instruments of public procurement legal regulation could be applied in the EAEU or its member states law considering the difference in historical development of public procurement legal regulation of the organizations and positive experience of the EAEU member states.

Keywords

public procurement, the European Union, the Eurasian Economic Union, integration, digitalization, law

Conflict of interest	The authors declare no conflict of interest.
Financial disclosure	The study had no sponsorship.
For citation	Kasyanov, R. A., & Puchkova, A. P. (2022). Legal regulation of public procurement in the EU and the EAEU: Trends to digitalization. <i>Digital Law Journal</i> , 3(2), 51–68. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-51-68

* Corresponding author

Submitted: 15 Feb. 2022, accepted: 6 Jun. 2022, published: 30 Jun. 2022

Введение

Европейский союз и Евразийский экономический союз — это яркие примеры межгосударственных объединений, которые с момента своего учреждения нацелены на достижение глубокой экономической интеграции. ЕС и ЕАЭС объединяет то, что оба интеграционных объединения поняли необходимость наднационального регулирования сферы государственных закупок как неотъемлемого этапа построения единого внутреннего рынка. Благодаря единым правилам регулирования можно устранить устойчивые практики и модели поведения государств в данной области и достичь конкурентного и прозрачного осуществления государственных закупок в рамках единого экономического пространства. Также государственные закупки можно рассматривать как инструмент ликвидации экономического отставания (Silva & Campos, 2021), что актуально как для отдельных стран ЕС, так и ЕАЭС.

Ежегодно более 250 тыс. заказчиков из 27 государств — членов ЕС расходуют около 2 трлн евро (14 % ВВП) на закупки товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд¹. При этом во многих сферах жизни — энергетика, общественный транспорт, социальное обеспечение, образование и здравоохранение — государственные органы и учреждения являются основным, а иногда и единственным заказчиком товаров, работ, услуг. В Европейском союзе на определенном этапе поняли, что государственные закупки не только препятствуют строительству единого внутреннего рынка, но и могут быть использованы как инструмент влияния на экономическую и социальную сферы жизни общества, позволяя регулировать, например, уровень занятости населения, объем инвестиций, экономический рост (Bovis, 2020). В настоящее время государственные закупки в ЕС рассматриваются шире: в них видят один из механизмов перехода к инновационной, ресурсосберегающей и социально ориентированной модели экономики. При этом одним из основных трендов развития сферы государственных закупок в ЕС является их цифровизация, включая перевод закупок в электронный формат. При этом последние мировые события и необходимость проведения государственных закупок в условиях распространения новой коронавирусной инфекции COVID-19 лишь подчеркнули актуальность данного тренда и продемонстрировали необходимость скорейшего внедрения новых цифровых технологий в сферу государственных закупок.

Государственные закупки в ЕАЭС отнесены к числу приоритетных областей, в которых в последние годы ведется активная работа, направленная на гармонизацию национального законодательства. В 2018 г. была создана рабочая группа высокого уровня по вопросам государственных (муниципальных) закупок в государствах — членах ЕАЭС, которая формулирует

¹ European Commission. (n.d.). Public procurement. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en

основные направления сотрудничества государств и является площадкой для выработки совместных решений в этой сфере. Одним из таких направлений в ЕАЭС, которое активно развивалось и до 2020 года, но особый импульс развития получило в связи с началом пандемии COVID-19, является цифровизация государственных закупок.

Активизация деятельности ЕАЭС и новый взгляд ЕС на регулирование государственных закупок, а также новая тенденция к их цифровизации дают новый импульс развитию законодательства и обуславливают возрастающий научный интерес к этой теме.

Правовые основы регулирования государственных закупок в ЕС и ЕАЭС

Для общего понимания проблематики и системных отличий в регулировании государственных закупок в ЕС и ЕАЭС необходимо уделить внимание правовым основам регулирования государственных закупок в данных интеграционных объединениях.

К настоящему времени ЕС, который по объективным причинам имеет более богатый интеграционный опыт, чем ЕАЭС, прошел несколько этапов в развитии правового регулирования государственных закупок. Первый этап (вторая половина 1960-х гг. — 1988 г.); второй этап (1988–1992 гг.); третий этап (1992–2004 гг.); четвертый этап (2004–2014 гг.); пятый этап (2014 — н.в.) (Puchkova, 2019). Начало каждого этапа связано с проведением реформ, направленных на совершенствование права ЕС в сфере государственных закупок.

Нормы учредительных договоров до сих пор не содержат положений, регулирующих отношения в сфере государственных закупок, поэтому главным источником права в этой области остаются директивы. В ЕС государственные закупки изначально рассматривались как препятствие в создании общего рынка. В связи с этим появление наднациональных норм в данной сфере было обусловлено необходимостью устранить нетарифные ограничения между государствами — членами ЕЭС (ст. 33 Договора об учреждении ЕЭС). В дальнейшем совершенствование системы регулирования государственных закупок осуществлялось в рамках построения внутреннего рынка (ст. 14 Договора об учреждении ЕС 1992 г., ст. 26 Договора о функционировании ЕС 2007 г.). Таким образом, гармонизация национального права в сфере государственных закупок рассматривалась в ЕС как средство достижения экономической интеграции — создания внутреннего (общего) рынка. К настоящему времени в ЕС сложилась единая наднациональная система правового регулирования государственных закупок, которая затрагивает все основные аспекты данной сферы (Puchkova, 2019).

ЕАЭС — это молодое интеграционное образование, право которого только формируется, поэтому, в отличие от ЕС, пока трудно говорить о наличии в ЕАЭС хорошо разработанной системы правовых норм в области государственных закупок. Очевидно, что в настоящее время речь идет о начальном этапе в развитии права ЕАЭС в этом направлении, но при этом саморазвитие будет происходить более упорядоченно в рамках четкой иерархической системы, центром которой является Договор о ЕАЭС 2014 г. В этом документе закреплены правовые основания регулирования государственных закупок. Речь прежде всего идет о разделе XXII Договора о ЕАЭС, в котором определяются цели и принципы регулирования в сфере государственных (муниципальных) закупок (ст. 88). Указанный раздел включен в Часть 3 Договора о ЕАЭС «Единое экономическое пространство». Порядок регулирования государственных закупок раскрывается в приложении № 25 к Договору о ЕАЭС «Протокол о порядке регулирования закупок», в котором установлены подробные требования к законодательству государств — членов ЕАЭС в сфере государственных закупок, включая перечень процедур, порядок их проведения и систему обжалования действий

заказчика. Важную роль играет ст. 4 Договора о ЕАЭС, которая провозглашает в качестве одной из целей создания ЕАЭС стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках ЕАЭС.

В ЕС и ЕАЭС правовое регулирование государственных закупок необходимо для углубления экономической интеграции. Важно подчеркнуть, что ЕАЭС и ЕС ставят перед собой общие задачи и стремятся обеспечить свободный доступ к государственным закупкам, гарантировать прозрачность закупочного процесса и справедливые конкурентные условия, стимулировать эффективность государственных закупок, осуществлять надлежащий контроль в этой области.

С правовой точки зрения ЕАЭС имеет важное преимущество, которое выражается в наличии четких правовых оснований регулирования на уровне учредительных договоров. К отличиям необходимо также отнести то обстоятельство, что в праве ЕАЭС отсутствует какой-либо ценовой порог для регулирования государственных закупок. При этом действие права ЕАЭС в сфере государственных закупок не распространяется на закупки, составляющие государственную тайну (государственные секреты), и закупки национальных (центральных) банков государств-членов. Для установления иных различий необходимо изучить более частные практические вопросы, что позволит оценить опыт ЕС с позиции его применимости на уровне ЕАЭС. Сама возможность и обоснованность сравнительно-правовых исследований достижений ЕС — ЕАЭС подтверждена в российской доктрине (Anufrieva, 2017) и реализуется в различных областях (Kasyanov, 2019).

Практические аспекты регулирования государственных закупок в ЕС и ЕАЭС

Цифровизация государственных закупок

В настоящее время сложно найти сферу общественных отношений, которую бы не затронули процессы цифровизации. Организация единых цифровых информационных платформ, использование сквозных цифровых технологий способствуют совершенствованию механизмов и повышению качества государственного управления. В целом развитие цифровых технологий создает базовые предпосылки для построения модели государственного управления, более соответствующей глобальным вызовам и рискам развития современного общества (Smotrinskaya, 2018).

Цифровизация дает мощный толчок для развития общественных отношений, при этом в отдельных областях они развиваются так быстро, что правотворчество все больше отстает от темпов общественного развития, что создает сферы, выпадающие из правового регулирования (Zaloilo & Pashencev, 2019). Однако государственные закупки — это пример области регулирования, в которой электронные инструменты и механизмы автоматизации начали внедряться в первую очередь. Важно подчеркнуть, что речь идет не просто о наложении электронных инструментов на уже существующую систему государственных закупок, а скорее о трансформации сложившегося механизма закупочных процедур с целью максимального использования преимуществ, которые дают электронные инструменты. Именно поэтому необходимо говорить не об «электронизации» государственных закупок, а об их «цифровизации», т. е. переходе к качественно новому этапу проведения государственных закупок. Наряду с технической стороной вопроса цифровизация государственных закупок подразумевает изменение мышления заказчиков, поставщиков, подрядчиков, исполнителей, поскольку конечной целью данного процесса является полный отказ от бумажных процедур и бумажных контрактов.

Цифровизация государственных закупок направлена на то, чтобы упростить для бизнеса (в том числе субъектов малого и среднего предпринимательства) участие в государственных закупках и облегчить для государственных заказчиков процедуры их проведения. Электронные инструменты позволят сделать государственные закупки более прозрачными и ориентированными на результат (Pircher, 2019). Цифровизация сократит сроки проведения закупочных процедур, устранив ряд административных барьеров. Очевидные преимущества цифровизации государственных закупок не могли остаться без внимания на уровне ЕС и ЕАЭС.

В ЕС благоприятным условием для цифровизации государственных закупок стало создание единой системы опубликования информации о закупках. Произошло это благодаря директиве Совета 1976 г. (№ 77/62/ЕЭС², в которой было закреплено обязательство заказчика публиковать извещение о проведении закупки в Официальном вестнике Европейских сообществ (Official Journal of the European Communities). Для этих целей был начат выпуск специального приложения к Официальному вестнику — Электронного ежедневника закупок (TED — <http://ted.europa.eu/>), который с тех пор регулярно издается и доступен в электронном виде. За это время Электронный ежедневник закупок превратился в огромную базу данных закупочных процедур в ЕС. В нем в обязательном порядке публикуются извещения о проведении закупок, а также документация, протоколы рассмотрения заявок, результаты определения победителей, информация о заключенных контрактах по результатам процедуры и другие сведения, касающиеся всех стадий закупочного процесса. Система позволяет осуществлять поиск по различным параметрам — пользователь может найти закупки конкретной страны или конкретного заказчика либо отфильтровать закупки по цене или предмету. Для ознакомления доступна информация о государственных закупках с 2011 г. При необходимости можно перейти в архивный раздел системы, где хранится информация с 1993 г., представленная в виде сканированных документов.

Информацию в Электронном ежедневнике закупок размещает Бюро публикаций ЕС (Publications Office of the European Union), куда ее направляют заказчики, проводящие процедуры, которые подпадают под действие права ЕС в сфере государственных закупок. Бюро публикаций ЕС публикует полученную информацию в течение пяти дней в случае ее направления в электронном виде через модули электронной системы государственных закупок SIMAP³ (eNotice или eSender) либо в течение 12 дней в случае ее направления по электронной почте, факсу или почте. Заказчик сохраняет за собой право опубликовать информацию на своем официальном сайте, но только после направления такой информации в Бюро публикаций ЕС. Основная информация о закупке публикуется на всех 24 официальных языках ЕС, причем Европейский союз берет на себя расходы по переводу текста.

Создание Электронного ежедневника закупок в том виде, как мы знаем его сейчас, стало возможно именно с появлением тенденции к цифровизации, которая наделяет общественное развитие неизвестной прежде гибкостью, в результате чего социальные институты и процессы способны легко и быстро изменяться, успешно встраиваясь в формирующуюся новую реальность (Pashencev, 2020). Именно необходимость быстрых изменений и реакции на происходящие события, доведения большого количества разнообразной информации до участников закупок стали толчком для модернизации Электронного ежедневника закупок из обычной базы данных в целую электронную систему для проведения закупок.

² Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts. Official Journal. — 1977. — L 13. P. 1–14.

³ Système d'information pour les marchés publics (фр., SIMAP).

Заказчик также имеет право разместить информацию о закупке в национальных информационных системах. Однако такая публикация возможна только после направления информации в Бюро публикаций ЕС. Кроме того, сведения, опубликованные в национальных информационных системах, не должны содержать дополнительную информацию о закупке, которая не была указана в сведениях, опубликованных на европейском уровне. Эти требования были установлены директивами ЕС с целью не допустить получения национальными компаниями неконкурентного преимущества перед участниками из других стран.

Нормативно-правовые основы внедрения электронных государственных закупок были заложены в ходе реформы 2014 г, когда была принята директива ЕС от 26 февраля 2014 г. № 2014/24/ЕС «О регулировании государственных закупок и замещающая директиву № 2004/18/ЕС»⁴ (далее — директива № 2014/24/ЕС). Важное значение в контексте цифровизации государственных закупок имеет Сообщение Европейской комиссии 2017 г. «Государственные закупки для Европейского союза»⁵ (European Commission, 2017). В этом рекомендательном документе цифровизация государственных закупок выступает в качестве одного из шести основных направлений цифровизации на ближайшие десять лет.

В настоящее время в ЕС постепенно внедряются нормы, обязывающие заказчиков публиковать в электронном виде документацию для проведения закупочных процедур, а также включать в извещение о проведении закупки ссылку на такую документацию, размещенную в Электронном ежедневнике закупок. На участников закупки ложатся обязательства подавать заявки в электронном виде, а на победителей закупки и заказчиков — оформлять в электронном виде приемку товаров, работ, услуг.

Все эти нововведения уже вступили в силу. Европейская комиссия установила график внедрения новых требований в практическую деятельность европейских заказчиков для постепенного перехода к электронным закупкам. К октябрю 2018 г. был запланирован полный переход на подачу заявок участниками закупок в электронном виде (eSubmission), к апрелю 2020 г. — перевод всех приемочных документов в электронный вид (eInvoicing), а к сентябрю 2023 г. — унификация всех основных документов закупочного процесса (eForms).

В сентябре 2019 г. был принят регламент Европейской комиссии (№ 2019/1780)⁶, который устанавливает единые обязательные электронные формы документов в сфере государственных закупок. Начиная с сентября 2023 г. все участники закупочного процесса будут обязаны применять электронные формы, указанные в этом правовом акте. В ЕС вводятся единые электронные формы (eForms) по планированию закупочной деятельности для заказчиков, по конкурентным процедурам, закупкам у единственного поставщика, порядку объявления победителя, а также внесению изменений в документацию о закупке или уже заключенный контракт. Важно подчеркнуть, что указанные правила нашли отражение в регламенте, то есть в правовом акте, благодаря которому в ЕС достигаются цели унификации права, так как регламенты не только обязательны для всех государств — членов ЕС, но и имеют прямое действие.

⁴ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. Official Journal. — 2014. — L 94. — P. 65–242.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Making Public Procurement Work in and for Europe». Strasbourg, 2017. COM(2017)572. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/25612>

⁶ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/1780 of 23 September 2019 establishing standard forms for the publication of notices in the field of public procurement and repealing Implementing Regulation (EU) 2015/1986 (eForms). Official Journal. — 2019. — L 272. — P. 7–73.

Необходимо отметить, что цифровизация государственных закупок невозможна без единого регулирования по другим смежным вопросам. Важно наличие правовой базы по вопросу электронной идентификации пользователей. Более 20 лет назад была принята директива Европейского парламента и Совета (№ 1999/93/ЕС)⁷ об электронных цифровых подписях (ЭЦП). В 2014 г. принят регламент Европейского парламента и Совета (№ 910/2014)⁸, который вводит единое регулирование электронной идентификации — eIDAS⁹. В этом регламенте устанавливаются жесткие требования к обеспечению безопасности персональных данных владельцев ЭЦП, единые требования к органам, выдающим ЭЦП. Закреплено важное правило, согласно которому начиная с 29 сентября 2018 г. все организации, предоставляющие государственные услуги в электронном виде, обязаны принимать электронные цифровые подписи из всех стран ЕС.

В 2016 г. ЕАЭС приступил к выработке предложений по формированию цифрового пространства. Были определены следующие приоритеты:

- развитие нормативно-правовой базы ЕАЭС и гармонизация законодательства государств-членов;
- формирование единого цифрового пространства для увеличения взаимного товарооборота с внедрением электронной торговли;
- расширение практики использования информационно-коммуникационных технологий для повышения эффективности трансграничного взаимодействия между органами государственной власти, хозяйствующими субъектами и физическими лицами;
- разработка и реализация совместных проектов и программ по цифровой трансформации экономики стран ЕАЭС.

Одним из основных направлений цифровизации является внедрение электронной торговли, которая включает и государственные закупки. Согласно п. 4 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС государства-члены обеспечивают проведение конкурса и аукциона только в электронном формате и стремятся к переходу на электронный формат при осуществлении других способов закупок. При этом ни в Договоре о ЕАЭС, ни в Протоколе № 25 не предусматривается создание единой торговой площадки или хотя бы евразийской информационной системы, которая объединила бы информацию о проводимых национальных закупках в государствах — членах ЕАЭС (наподобие Электронного ежедневника закупок в ЕС). Необходимость создания такой системы очевидна. Об этом говорят в том числе и исследования, проведенные Евразийской экономической комиссией (ЕЭК) совместно с Группой Всемирного банка: «Меры по упрощению трансграничных закупок, включающие устранение формальных препятствий, запуск единого электронного портала и переход на электронный формат закупок, способны дать суммарный экономический рост, превышающий 0,1% от ВВП ЕАЭС до 2025 г.»¹⁰. По мнению исследователей ЕЭК и Группы

⁷ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. Official Journal. — 2000. — L 13. — P. 12–20.

⁸ Regulation (EU) 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. Official Journal. — 2014. — L 257. — P. 73–114.

⁹ eIDAS — electronic IDentification, Authentication and trust Services.

¹⁰ Евразийская Экономическая Комиссия. (n.d.). *Цифровая повестка Евразийского экономического союза до 2025 года: перспективы и рекомендации. Совместное исследование Евразийской экономической комиссии и Группы Всемирного банка.* http://www.eurasiancommission.org/ru/act/dmi/pages/digital_agenda.aspx

Всемирного банка, единая информационная система на уровне ЕАЭС для трансграничных электронных государственных закупок позволит обеспечить функции электронной подачи заявок и проведения аукционов, а также электронное выставление счетов и обмен электронными документами по закупкам между правительством одной и поставщиками другой страны. При этом значительно сокращаются сроки и затраты на государственные закупки и повышаются эффективность и прозрачность принятых решений по конкурсным процедурам (Halonen et al., 2019).

Выводы экспертов подтверждаются опытом одного из государств — членов ЕАЭС. С 1 января 2019 г. российские заказчики вправе определять поставщика, подрядчика, исполнителя исключительно в электронном виде. При этом все этапы проведения процедур были переведены в электронный вид, включая заключение контрактов. Для этих целей была создана единая информационная система в сфере закупок (ЕИС), которая по своему функционалу похожа на Электронный ежедневник закупок в ЕС и, по сути, является базой данных всех проводимых в России государственных закупок. В настоящее время ведутся работы по переводу в электронный формат процесса приемки товаров, работ, услуг, предоставляемых по результатам выполнения государственных контрактов. На федеральном уровне такая система находится в стадии разработки, но в регионах подобные системы функционируют в полном объеме. В Московской области работает система ПИК ЕАСУЗ — Портал исполнения контрактов. Все контракты заказчиков Московской области закрываются в электронном виде исключительно через этот портал. Особенность его в том, что размещают документы там не только заказчики, но и исполнители: все товарные накладные, счета, счета-фактуры направляются заказчику исключительно в электронном виде через ПИК и подписываются электронной подписью поставщика, подрядчика, исполнителя.

Процессы цифровизации государственных закупок в ЕАЭС сталкиваются с проблемой отсутствия взаимного признания электронной цифровой подписи, хотя в ч. 1 ст. 88 Договора о ЕАЭС в число целей и принципов регулирования в сфере государственных закупок входит обеспечение беспрепятственного доступа потенциальных поставщиков и поставщиков государств-членов к участию в государственных закупках, проводимых в электронном формате, путем взаимного признания одним государством-членом электронной цифровой подписи, изготовленной в соответствии с законодательством другого государства-члена.

В 2018 г. вице-премьеры государств — членов ЕАЭС обсудили пять наиболее важных проблем внутреннего рынка ЕАЭС, первой из которых было отсутствие взаимного признания государствами — членами ЕАЭС электронной цифровой подписи. В начале 2020 г. премьер-министр М.В. Мишустин обозначил формирование единой системы цифровой идентификации в ЕАЭС в качестве одного из приоритетных направлений по развитию интеграции на евразийском пространстве¹¹. Таким образом, решение этой проблемы станет одним из приоритетов ЕАЭС на ближайшую перспективу. И несмотря на то, что в настоящее время декларируемое в Договоре взаимное признание ЭЦП в сфере закупок государствами ЕАЭС в полном объеме не реализовано (Kurochkin, 2019), в 2021 году ЕАЭС сделал большой шаг в сторону реализации данной цели. В октябре 2021 года Евразийская экономическая комиссия утвердила План мероприятий по взаимному признанию электронной цифровой подписи (электронной подписи), изготовленной в соответствии с законодательством одного государства — члена Евразийского экономического союза, другим государством — членом Евразийского экономического

¹¹ Ситдиков, Р. (2020, январь 31). *Мишустин призвал внедрить электронную цифровую подпись по всему ЕАЭС*. РИА Новости. <https://ria.ru/20200131/1564089962.html>

союза для целей государственных (муниципальных) закупок¹². Согласно данному плану до конца 2023 года в ЕАЭС будут разработаны и утверждены правила взаимного признания электронной подписи, изготовленной в соответствии с законодательством одного государства-члена другим государством-членом для целей государственных (муниципальных) закупок, а до конца 2024 года предполагается осуществить техническую реализацию установленных в правилах положений. Претворение в жизнь указанного плана станет важной вехой в процессе сближения систем государственных закупок государств ЕАЭС и их цифровизации.

Подводя итоги анализа процессов цифровизации в ЕС и ЕАЭС, необходимо отметить, что ЕС опережает ЕАЭС в части цифровизации государственных закупок. При этом хотелось бы обратить внимание, что некоторые государства — члены ЕАЭС достигли положительных результатов по этому вопросу, в ряде случаев даже превзошли ЕС, например в части перевода российских конкурентных закупок исключительно в электронный вид. Очевидно, что дальнейшие действия, связанные с переходом на цифровизацию государственных закупок в ЕАЭС, будут разрабатываться с учетом национального опыта государств-членов. При этом обратиться к опыту ЕС также может быть полезно для ЕАЭС.

Единый классификатор закупок

Одним из важных шагов на пути к цифровизации закупок стало создание в ЕС единого классификатора закупок (ЕКЗ). В ходе практической деятельности государственные заказчики в ЕС столкнулись с проблемой описания предмета закупки, которое необходимо сделать таким образом, чтобы оно было понятно для всех потенциальных участников, разговаривающих на разных европейских языках. Решением этой проблемы и стало введение единого классификатора закупок. ЕКЗ — это детализированная система описания продукции, которую закупает заказчик, с присвоением индивидуальных кодов различным товарам, работам и услугам. ЕКЗ утвержден в 2002 г., когда был принят регламент Европейского парламента и Совета ЕС № 2195/2002¹³. В настоящее время ЕКЗ действует в редакции нового регламента Европейского парламента и Совета от 2009 г. (№ 596/2009)¹⁴. В соответствии с положениями директивы Европейского парламента и Совета от 2014 г. (№ 2014/24/ЕС) применение кодов ЕКЗ обязательно при проведении закупок европейскими заказчиками. По сути, ЕКЗ — это электронный каталог товаров, работ, услуг, которые могут приобретать заказчики из ЕС. У каждой позиции (товара, работы, услуги) в ЕКЗ есть свой уникальный числовой код.

Такой код ЕКЗ имеет до девяти символов (восемь цифр подряд и одна через дефис), различающихся в зависимости от вида закупаемой продукции. ЕКЗ состоит из основного классификатора и дополнительного. Коды основного классификатора имеют вид «0000000-0», где первые две цифры обозначают раздел, третья цифра — группу, четвертая — класс, пятая — категорию

¹² Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 11.10.2021 № 169 «Об утверждении плана мероприятий по взаимному признанию электронной цифровой подписи (электронной подписи), изготовленной в соответствии с законодательством одного государства — члена Евразийского экономического союза, другим государством — членом Евразийского экономического союза для целей государственных (муниципальных) закупок». Официальный сайт Евразийского экономического союза <http://www.eaunion.org/>, 14.10.2021.

¹³ Regulation (EC) № 2195/2002 of the European Parliament and of the Council on the Common Procurement Vocabulary (5 November 2002). Official Journal. — 2002. — L 340. — P. 1–562.

¹⁴ Regulation (EC) № 596/2009 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 adapting a number of instruments subject to the procedure referred to in Article 251 of the Treaty to Council Decision 1999/468/EC with regard to the regulatory procedure with scrutiny. Official Journal. — L 188. — P. 14–92.

продукции. Шестая, седьмая и восьмая цифры относятся к конкретному товару, работе или услуге. Девятая цифра используется для подтверждения уникальности кода. Дополнительный классификатор используется для более подробного описания предмета контракта и состоит из буквенно-цифрового кода, где первый символ (буквенный) обозначает секцию, последующие три цифры — подразделение, последняя цифра используется для подтверждения уникальности кода (Puchkova, 2019).

ЕКЗ можно найти в электронной системе государственных закупок (SIMAP), причем классификатор доступен на всех официальных языках ЕС. Это облегчает потенциальным поставщикам, подрядчикам, исполнителям поиск интересующих их закупок и позволяет избежать ошибок при переводе на другие языки ключевых слов для поиска. Кроме того, в некоторых языках может быть несколько слов для обозначения одного предмета. Например, слова «truck» и «lorry» в английском языке обозначают грузовой автомобиль. ЕКЗ также учитывает этот нюанс, что позволяет проводить более точный и целевой поиск закупок.

В настоящее время на уровне ЕАЭС работы по созданию аналога ЕКЗ не ведутся. При этом необходимо отметить, что в Российской Федерации есть аналогичный механизм, который называется «Каталог товаров, работ, услуг» (КТРУ). Он формируется на основе общероссийского классификатора ОКПД2 и содержит структурированное описание объекта закупки. Каталог был введен для того, чтобы все заказчики описывали объекты закупки по одному образцу. С одной стороны, это упрощает подготовку документов закупки, а с другой — не дает использовать дополнительные характеристики, которые могут ограничить конкуренцию. КТРУ существует только в электронном виде в Единой информационной системе в сфере закупок. Описание объектов закупки из КТРУ обязательно для использования заказчиком при формировании форм обоснования закупок, извещений и приглашений на участие в закупке, документации о закупке, контрактов и отчетов об их исполнении. В настоящее время данный каталог сформирован в полном объеме по всем видам товаров, работ, услуг, однако в некоторых областях (например, закупка лекарственных средств и медицинских изделий) КТРУ обязателен для применения, а в других (где дата начала обязательного применения позиции в каталоге еще не наступила, например, ряд продуктов питания) применяется по желанию заказчика.

По своей сути КТРУ является российским вариантом ЕКЗ, каких-либо особенностей или содержательных нововведений в нем нет. При этом необходимо отметить, что основной целью создания ЕКЗ было создание механизма, позволяющего в первую очередь стереть языковые барьеры между заказчиками и поставщиками из разных государств ЕС, тогда как основной целью создания КТРУ была унификация описания объекта закупки и повышение конкуренции.

Поскольку государственные закупки в евразийских государствах осуществляются на национальном языке, в скором времени перед ЕАЭС также станет вопрос создания инструмента, аналогичного ЕКЗ именно с точки зрения унификации процесса описания объекта закупки на разных языках стран ЕАЭС. При этом, безусловно, будет полезен опыт Российской Федерации, которая уже прошла процесс формирования такого инструмента. Полагаем, что единый каталог или классификатор на уровне ЕАЭС позволит унифицировать описание объектов закупки, облегчит потенциальным поставщикам, подрядчикам, исполнителям поиск интересующих закупок и предоставит возможность участникам из разных государств — членам ЕАЭС участвовать в закупочных процедурах, что положительным образом повлияет на интеграцию рынков государственных закупок участников ЕАЭС и станет следующим шагом ЕАЭС на пути цифровизации государственных закупок.

Конкурентные процедуры определения поставщика, подрядчика, исполнителя

Одним из ключевых этапов на пути цифровизации государственных закупок является создание нормативной базы, позволяющей перевести в электронный вид закупки, проводимые заказчиком. И здесь фокус смещается именно на проведение конкурентных закупок. Ведь именно цифровизация конкурентных закупок позволит сделать государственные закупки доступными для поставщиков, подрядчиков, исполнителей из разных стран, привлечь новых игроков на данный рынок и стимулировать развитие конкуренции. В этой связи очень важно понять, какие конкурентные процедуры применяются в ЕС и ЕАЭС, каким образом они регулируются и каковы перспективы их перевода в электронный вид.

В праве ЕС в сфере государственных закупок предусмотрен особый подход к регулированию процедурных вопросов, касающихся определения поставщика, подрядчика, исполнителя. Правовая система ЕС в сфере государственных закупок не предусматривает введение единых процедур в рамках всего Европейского союза. Вместо этого предусмотрены определенные виды процедур, которые условно можно обозначить как открытые, процедуры с ограниченным участием и смешанные. Открытые процедуры и процедуры с ограниченным участием напрямую указаны в директивах ЕС. Остальные процедуры, предусмотренные директивами ЕС, предлагается отнести к отдельному виду — смешанным. Здесь мы рассматриваем только конкурентные процедуры. Проведение неконкурентных процедур (закупка у единственного поставщика, подрядчика, исполнителя) также возможно в рамках права ЕС в сфере закупок, однако регулируются они на уровне национального законодательства государств — членов ЕС, поэтому рассмотрение данного вопроса останется за рамками настоящей статьи.

Проведение *открытых процедур* регулируется статьей 27 директивы № 2014/24/ЕС. Для их проведения установлено общее требование — к участию допускаются все организации без ограничений. В ходе самой процедуры будет проведена проверка участников на соответствие требованиям, установленным в документации о закупке, однако подать заявку на участие в такой процедуре может любой заинтересованный хозяйствующий субъект, и заказчик не вправе ему отказать.

По общему правилу открытые процедуры рассматриваются в праве ЕС как одноэтапный процесс. Для проведения открытой процедуры заказчик публикует извещение о проведении закупки и документацию, которая включает техническое задание и проект государственного контракта. Эти документы должны быть доступны для ознакомления любым заинтересованным хозяйствующим субъектам. Организация, желающая участвовать в данной закупке, формирует заявку и направляет ее заказчику. Заявка передается одним пакетом, в ней содержатся все документы, указанные в документации о закупке: информация о соответствии участника закупки предъявленным требованиям, предложение в отношении товара, работы, услуги. Заказчик не вправе отказать в приеме заявки от участника закупки, однако выбор победителя осуществляется только из числа участников закупки, которые были признаны соответствующими требованиям, установленным в документации. В рамках открытой процедуры проводить переговоры с участниками закупки запрещено.

Процедуры с ограниченным участием предусмотрены статьей 28 директивы № 2014/24/ЕС. Из названия данного вида процедур понятно, что не все организации могут свободно принимать участие в таких закупках. Процедура с ограниченным участием проводится в два этапа. На первом этапе заказчик объявляет о намерении определить поставщика, подрядчика, исполнителя, после чего хозяйствующие субъекты направляют запрос на участие в такой закупке, а также информацию о себе для проведения предварительного отбора заказчиком. На основании этой

информации заказчик проводит предварительную классификацию, по результатам которой принимает решение о соответствии хозяйствующих субъектов установленным требованиям, а также о приглашении их к участию в закупке.

Заказчик в рамках процедуры с ограниченным участием вправе сократить количество участников закупки и пригласить к участию не всех хозяйствующих субъектов, соответствующих установленным требованиям. Однако, чтобы сократить количество участников закупки, заказчик обязан указать критерии, на основании которых будет проводиться такое сокращение, а также минимальное количество участников для проведения процедуры. Право ЕС в сфере государственных закупок устанавливает, что минимальное количество участников для проведения сокращения количества участников закупки с ограниченным участием составляет пять человек. Заказчик в своем намерении провести закупку с ограниченным участием может установить и более высокое минимальное количество участников в процедуре.

На втором этапе заказчик объявляет о проведении закупки, направляет документацию о закупке, содержащую в том числе техническое задание, и проект контракта участникам закупки, отобранным на первом этапе, и на основании оценки поступивших от них заявок выбирает победителя закупки.

Главное отличие процедур с ограниченным участием от открытых процедур в праве ЕС — возможность заказчика ограничивать количество участников закупки. При этом, как и при проведении открытой процедуры, переговоры с участниками закупки в рамках процедуры с ограниченным участием запрещены.

К последнему виду процедур, проводимых в рамках права ЕС в сфере государственных закупок, относятся *смешанные закупки*. Основная особенность данных процедур — возможность проводить переговоры с участниками закупки. К смешанным закупкам относятся три процедуры: открытый диалог, открытая процедура с переговорами и инновационное партнерство (ст. 29–31 директивы № 2014/24/ЕС).

Смешанные процедуры применяются, чтобы определить поставщика, подрядчика, исполнителя для сложных комплексных контрактов. Это случаи, когда заказчик по объективным причинам не может определить технические требования для выполнения контракта или финансовые составляющие проекта. Например, процедура открытого диалога нередко применяется в сфере публично-частного партнерства, где наиболее часто возникают подобные сложности, в частности при реализации сложных инфраструктурных проектов (Kilinkarova, 2015).

Смешанные процедуры проходят в три этапа. Сначала заказчик объявляет о намерении провести смешанную процедуру с описанием основных потребностей заказчика и ключевых элементов проекта. На основании полученных запросов на участие в процедуре заказчик проводит предварительный квалификационный отбор. На втором этапе заказчик проводит переговоры, диалог с участниками, прошедшими квалификационный отбор. Цель таких переговоров — определить наиболее эффективные средства и методы достижения необходимых заказчику результатов, помощь заказчику в формулировании потребностей либо генерирование новых идей в конкретной сфере, позволяющее получить новый готовый продукт, работу или услугу, которых ранее не было на рынке. После завершения второго этапа заказчик предлагает участникам прислать ему свои окончательные предложения, которые включают уточнения и доработки, появившиеся в процессе проведения переговоров, диалога. Затем на основании критериев определения победителя, указанных в извещении, заказчик называет победителя закупки. В таблице 1 приведены условия трех видов процедур.

Таблица 1

Порядок проведения закупочных процедур в европейском праве в сфере закупок

№	Действие	Открытые процедуры	Процедуры с ограниченным участием	Смешанные процедуры
1.	Объявление о проведении процедуры	+	+	+
2.	Получение запросов на участие в процедуре	–	+	+
3.	Проведение предварительного квалификационного отбора	–	+	+
4.	Проведение переговоров / диалога с участниками закупки	–	–	+
5.	Направление документации участникам закупки	+	+	+
6.	Получение заявок от участников закупки	+	+	+
7.	Определение победителя закупки	+	+	+
8.	Заключение контракта	+	+	+

Примечание. Составлена авторами.

Что касается сроков размещения информации о проведении закупки в открытых источниках, то для публикации извещения при проведении открытой процедуры установлен срок 35 дней до окончания приема заявок (в исключительных случаях он может быть сокращен до 15 дней), при проведении процедуры с ограниченным участием или смешанной процедуры — 30 дней. Для размещения информации о заключении контракта установлены единые сроки для всех видов процедур — в течение 30 дней с момента заключения контракта извещение о его заключении должно быть размещено в информационной системе.

Все остальные правила, касающиеся проведения закупочных процедур, регулируются национальным законодательством государств — членов ЕС. Как мы видим, Европейский союз пошел по пути разделения закупочных процедур по видам и установления общих принципов проведения для каждого из них. Такой выбор обусловлен наличием больших различий в регулировании сферы государственных закупок в странах ЕС, в связи с чем введение общих для всех государств процедур на наднациональном уровне на данном этапе развития

представляется неосуществимым. И из-за невозможности установить единые процедурные нормы реализация перевода конкурентных процедур в ЕС полностью в электронный вид выглядит маловероятной. При этом Европейский союз активно работает над расширением электронных инструментов (eNotice, eSender), однако о полноценном переводе процедур в электронный вид пока говорить не приходится.

В рамках правового регулирования государственных закупок в ЕАЭС вопрос описания процедур определения поставщика, подрядчика, исполнителя решен иначе, чем в ЕС. Согласно п. 4 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС закупки в государствах — членах ЕАЭС могут проводиться следующими способами: открытый конкурс, запрос ценовых предложений (запрос котировок), запрос предложений, открытый электронный аукцион, биржевые торги, закупки из одного источника либо у единственного поставщика, подрядчика, исполнителя. При этом только пять первых способов относятся к конкурентным способам определения поставщика, подрядчика, исполнителя.

Открытый конкурс является одним из основных способов определения поставщика, подрядчика, исполнителя в ЕАЭС. Победителем конкурса признается участник закупки, предложивший лучшие условия исполнения контракта. В Приложении № 1 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС предусмотрены основные требования, обязательные для выполнения заказчиком при проведении конкурса. Проведение конкурса возможно исключительно в электронном виде. Перед объявлением закупки заказчик утверждает конкурсную документацию и состав конкурсной комиссии, которая будет рассматривать поступившие от участников заявки. Затем заказчик в информационной системе размещает извещение и документацию о проведении закупки. Хозяйствующим субъектам дается не менее 15 дней на подготовку и подачу заявки. После истечения срока подачи заявок конкурсная комиссия вскрывает заявки и рассматривает их на предмет допуска потенциальных поставщиков к участию в конкурсе. Результаты такого рассмотрения также публикуются в информационной системе. Затем комиссия заказчика осуществляет оценку заявок и определяет победителя закупки. Информация о победителе и результатах оценки в обязательном порядке размещается в общем доступе для ознакомления всеми заинтересованными лицами. Конкурс может проходить как в один этап, так и в несколько. В случае необходимости заказчик вправе проводить конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс (аналог смешанных процедур в ЕС).

Открытый электронный аукцион проводится на электронной торговой площадке (электронной площадке). Исходя из названия процедуры, можно понять, что аукцион можно проводить исключительно в электронной форме. Победителем аукциона признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта и соответствующий требованиям документации об аукционе. Особенности проведения открытого электронного аукциона отражены в Приложении № 1 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС, при этом перечень продукции, которую можно закупать путем проведения открытого электронного аукциона, установлен в Приложении № 4 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС. Перед объявлением закупки заказчик утверждает аукционную документацию и состав аукционной комиссии. Затем заказчик размещает в информационной системе извещение и документацию о проведении закупки. По общему правилу хозяйствующим субъектам дается не менее 15 дней на подготовку и подачу заявки, однако в отдельных случаях заказчик вправе сократить этот срок до семи дней. После наступления даты окончания подачи заявок конкурсная комиссия вскрывает заявки и принимает решение о допуске или отказе в допуске к участию в аукционе в отношении каждого участника закупки. Результаты такого рассмотрения публикуются в информационной системе. После этого проводится собственно процедура электронного аукциона — пошаговое снижение цены контракта участниками закупки. Затем комиссия заказчика рассматривает заявки принявших

участие в аукционе потенциальных поставщиков, подрядчиков, исполнителей для определения их соответствия требованиям, предусмотренным документацией об аукционе, и определения победителя аукциона. Информация о победителе и результатах оценки в обязательном порядке размещается в общем доступе для ознакомления всеми заинтересованными лицами.

Запрос ценовых предложений (запрос котировок), по сути, является упрощенной формой открытого электронного аукциона. Для его проведения определяется предельная начальная (максимальная) цена контракта. Победителем запроса котировок признается участник закупки, предложивший наименьшую цену контракта. При проведении запроса котировок информация о закупке публикуется в информационной системе не менее чем за четыре рабочих дня до окончания срока подачи заявок. В Приложении № 1 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС закреплено, что любое из государств-членов стремится перейти от проведения запроса котировок к преимущественному проведению открытых электронных аукционов.

Если запрос котировок является упрощенной версией открытого электронного аукциона, то *запрос предложений* является упрощенной версией открытого конкурса. При этом перечень случаев, когда может проводиться запрос предложений, весьма ограничен (их всего два) и установлен в Приложении № 2 Протокола № 25 к Договору о ЕАЭС. Победителем запроса предложений признается участник закупки, предложивший лучшие условия исполнения контракта в соответствии с законодательством государства-члена о закупках. При проведении запроса предложений извещение о проведении закупки размещается в информационной системе не менее чем за пять рабочих дней до даты окончания подачи заявок на участие в запросе предложений.

В Протоколе № 25 к Договору о ЕАЭС также предусмотрена возможность проведения такой процедуры, как *биржевые торги*. Однако какие-либо требования к проведению данной процедуры в наднациональном праве ЕАЭС отсутствуют, регулирование биржевых торгов осуществляется в рамках национального права государств — членов ЕАЭС.

Подходы ЕС и ЕАЭС к регулированию закупочных процедур весьма разнятся. Проявляется это даже в разных подходах к классификации закупок. В ЕС процедуры делятся по видам в зависимости от степени допуска участников к проведению закупки и количества этапов в процедуре, причем внутри каждого вида возможно использование различных способов закупки — конкурса, аукциона и др. В ЕАЭС процедуры классифицируются по способам определения поставщика, подрядчика, исполнителя, но при этом в рамках отдельных способов определения поставщика, подрядчика, исполнителя возможно осуществление одно- и двухэтапных закупок с различным уровнем ограничения допуска участников к закупкам. Обе системы имеют право на существование и, как показывает практика, вполне работоспособные. Однако для целей цифровизации закупок, безусловно, подход ЕАЭС выглядит более привлекательным, поскольку позволяет уже сейчас, на начальных этапах интеграции установить обязательные требования к проведению отдельных видов закупок в электронном виде (конкурс и аукцион). При этом необходимо отметить, что такое различие в подходах обусловлено в первую очередь схожестью правовых систем государств — членов ЕАЭС, имеющих общего предшественника в виде СССР, и различиями правовых систем государств — членов ЕС, которые основаны и на романо-германской, и на англосаксонской модели. Однако, несмотря на различия в подходах к регулированию процедурных аспектов осуществления государственных закупок, имеется общий тренд, который характерен и для ЕС и для ЕАЭС — это цифровизация закупок. В отношении проведения конкурентных процедур это выражается в обязательном размещении информации о закупке в информационных системах, а также в создании возможности, а в некоторых случаях и необходимости проведения процедур в электронном виде.

Заключение

В статье рассмотрены правовые основания, этапы и особенности правового регулирования государственных закупок в ЕС и ЕАЭС с учетом общей тенденции к цифровизации государственных закупок. На основе проведенного исследования можно сделать вывод, что в ЕС и ЕАЭС интеграционное регулирование государственных (муниципальных) закупок является важным условием построения единого экономического пространства и цифровой экономики. ЕС разработал подробные правила регулирования в сфере государственных закупок и достиг значительных успехов в гармонизации национального законодательства государств-членов. В настоящее время перед государствами — членами ЕАЭС стоят задачи в сфере интеграционного регулирования государственных закупок, которые успешно решены в ЕС. Европейский опыт обширный и его можно учитывать при формировании правил регулирования сферы государственных закупок в ЕАЭС. Интерес представляют европейские достижения в области цифровизации государственных закупок, которые могут быть применены в праве ЕАЭС или национальном праве его государств-членов. Например, создание в ЕАЭС инструмента, позволяющего упростить и одновременно унифицировать процесс описания объекта закупки, как это было сделано в ЕС, будет способствовать повышению привлекательности национальных рынков государственных закупок для потенциальных поставщиков, подрядчиков, исполнителей из других государств — членов ЕАЭС. При этом необходимо отметить, что различные пути исторического развития системы государственных закупок оказывают значительное влияние на дальнейшие направления совершенствования права в сфере закупок, в частности возможности их цифровизации. В связи с этим важно также учитывать национальный опыт государств — членов ЕАЭС, в которых уже применяются эффективные правила регулирования, например проведение конкурентных закупок в Российской Федерации только в электронном виде.

Изучая европейский опыт, необходимо помнить о различиях, существующих в регулировании сферы государственных закупок в двух интеграционных образованиях — наличие ценового порога применения права ЕС в сфере закупок, различные подходы к классификации закупочных процедур. В связи с этим возможность применения европейского опыта в евразийских реалиях требует тщательной проработки в части как правовых, так и экономических последствий. Рассмотренные в настоящей статье инструменты ЕС могут быть учтены при совершенствовании законодательства ЕАЭС в сфере государственных закупок.

Список литературы / References

1. Anufrieva, L. P. (2017). O nekotoryh teoreticheskikh podhodah k pravu evrazijskoj integracii i ee institucionalizacii [Some theoretical approaches to Eurasian integration law and its institutionalization]. *Lex Russica*, (9), 116–126. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2017.130.9.116-126>
2. Bovis, Chr. (2020). *The liberalisation of public procurement and its effects on the common market*. Routledge.
3. Halonen, K.-M., Caranta, R. & Sanchez-Graells, A. (Eds.) (2019). *Transparency in EU procurements: Disclosure within public procurement and during contract execution*. Edward Elgar Publishing Ltd.
4. Kasyanov, R. A. (2019). The EU Experience as a model for the development of a single financial market regulation in the Eurasian Economic Union (EAEU). *European Company and Financial Law Review*, 16(5), 592–621. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2019-0021>
5. Kilinkarova, E. V. (2015). Model'nyj zakon dlya gosudarstv-uchastnikov SNG "O publichno-chastnom partnerstve": Problemy pravovogo regulirovaniya otbora chastnogo partnera [Model law for Member States

- of Commonwealth of Independent States “On public-private partnership”: Problems of legal regulation of procurement procedures]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo Universiteta. Pravo*, (2), 66–73. <https://lawjournal.spbu.ru/article/view/3006>
6. Kurochkin, D. A. (2019). Problemy pravovogo regulirovaniya sektora uslug po provedeniyu nauchno-issledovatel'skikh rabot v Evrazijskom ekonomicheskom soyuze [Issues of legal regulation of the sector of research services in the Eurasian Economic Union]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo Universiteta. Pravo*, 10(2), 332–352. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.209>
 7. Pashencev, D. A. (2020). Osobennosti pravoprimereniya v usloviyakh cifrovizatsii obshchestvennykh otnoshenij [Features of law enforcement in the conditions of digitalization of social relations]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo Universiteta. Pravo*, 11(1), 35–49. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.103>
 8. Pircher, B. (2020). EU public procurement policy: The economic crisis as trigger for enhanced harmonization. *Journal of European Integration*, 42(4), 509–525. <https://doi.org/10.1080/07036337.2019.1666114>
 9. Poloskova, M. I. (2017). Gosudarstvennye zakupki kak instrument regulirovaniya ekonomiki [Public procurement as a tool of economy regulation]. In S.S. Chernov (Ed.) *Sbornik materialov XXXV Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii: Ekonomika i upravlenie v XXI veke: Tendentsii razvitiya* (pp. 247–252). Tsentr Razvitiya Nauchnogo Sotrudnichestva.
 10. Puchkova, A. P. (2019). *Regulirovanie gosudarstvennykh zakupok v prave Evropejskogo Soyuzha* [Public procurement regulation in the EU law]. Triumph. <https://doi.org/10.32986/978-5-93673-219-5-25-04-2019>
 11. Silva, E. M. D., & Campos, B. R. S. (2021). Possible legal cooperation for a BRICS perspective on international and transnational economic law. *BRICS Law Journal*, 8(4), 31–37. <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-4-31-37>
 12. Smotritskaya, I. I. (2018). Gosudarstvennoe upravlenie v usloviyakh razvitiya tsifrovoi ekonomiki: Strategicheskie vyzovy i riski [State administration in conditions of development digital economy: Strategic challenges and risks]. *Etap: Ekonomicheskaya Teoriya, Analiz, Praktika*, (4), 60–72.
 13. Zaloilo, M. V., & Pashencev, D. A. (2019). Nacional'nyj pravoporyadok Rossii v usloviyakh cifrovizatsii [National law and order of Russia in the conditions of digitalization]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo Universiteta. Pravo*, 10(2), 196–209. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2019.201>

Сведения об авторах:

Касьянов Р. А.* — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры европейского права Московского государственного института международных отношений (МГИМО-Университет) МИД России, Москва, Россия.

r.kasyanov@inno.mgimo.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2946-5744>

Пучкова А. П. — кандидат юридических наук, начальник отдела развития и реализации КНТП Департамента инноваций и перспективных исследований Министерства науки и высшего образования Российской Федерации, Москва, Россия.

Information about the authors:

Rustam A. Kasyanov* — Dr. Sci. in Law, Associate Professor, Professor, Department of European Law, MGIMO-University, Moscow, Russia.

r.kasyanov@inno.mgimo.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2946-5744>

Aleksandra P. Puchkova — Ph. D. in Law, Department of Innovations and Advanced Studies, the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation, Moscow, Russia.

СТАТЬИ

ПОВЕДЕНЧЕСКАЯ ЭКОНОМИКА КАК ИНСТРУМЕНТ АДАПТАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНКУРЕНЦИИ К ЦИФРОВОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ ОБЩЕСТВА

А.А. Алферова

Университет Утрехта
3584, Нидерланды, Утрехт, ул. Гейдельберглаан, 8

Аннотация

Цифровизация и стремительное развитие общества определяют необходимость адаптации законодательства и правоприменительной практики к требованиям цифровой эпохи. Антимонопольная политика также претерпевает изменения и разрабатывает инструменты, которые позволяют своевременно реагировать на вызовы цифровой экономики. Одним из таких инструментов является поведенческая экономика, которая приобретает всю большую значимость в современной цифровой среде и позволяет регулирующим органам проявлять гибкость и способствовать достижению основных целей законодательства о конкуренции — сохранение конкурентного состояния рынка и недопущение концентрации избыточной власти в руках одного хозяйствующего субъекта.

Практика применения поведенческой экономики антимонопольными органами становится все более обширной, поскольку в цифровой среде находится большой пул данных, в том числе о потребителях, который может быть использован компаниями для влияния на пользователей, что может привести к недобросовестной конкуренции. Таким образом, в статье будет изучен вопрос использования антимонопольными органами поведенческой экономики в части потребительского выбора с целью установления возможных поведенческих особенностей потребителей, которые влияют на корректное определение товарных рынков и идентификацию нарушений конкурентного законодательства компаниями.

Применение юридического доктринального подхода, описательного метода и метода сравнительного правоведения позволит установить актуальность темы в разных странах, перспективы и траектории применения поведенческой экономики в антимонопольной практике.

В результате исследования установлен глобальный тренд в применении поведенческой экономики антимонопольными органами как при определении границ товарных рынков, так и для выявления нарушений антимонопольного законодательства. Делается вывод, что использование подобного инструмента будет продолжаться, поскольку содействует своевременной адаптации существующего антимонопольного законодательства к вызовам цифровой эпохи, способствует достижению целей законодательства о конкуренции и создает процветающую конкурентную среду.

Ключевые слова

поведенческая экономика, бихевиоризм, антимонопольное законодательство, доминирующее положение, злоупотребление доминирующим положением

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Алферова, А. А. (2022). Поведенческая экономика как инструмент адаптации законодательства о конкуренции к цифровой трансформации общества. *Цифровое право*, 3(2), 69–82. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82>

Поступила: 15.02.2022, принята в печать: 25.05.2022, опубликована: 30.06.2022

ARTICLES

BEHAVIORAL ECONOMICS AS A TOOL FOR ADAPTING ANTITRUST LEGISLATION TO THE DIGITAL TRANSFORMATION OF SOCIETY

Anastasiya A. Alferova

Utrecht University

8, Heidelberglaan, CS Utrecht, 3584, The Netherlands

Abstract

Digitalization and the rapid development of society determine the need to adapt legislation and law enforcement practice to the requirements of the digital age. Antitrust policy is also changing and developing tools that allow timely response to the challenges of the digital economy. One such tool is behavioral economics, which is becoming increasingly important in today's digital environment, and allows regulators to be flexible and contribute to the achievement of the main goals of competition law – to maintain a competitive state of the market and avoid the concentration of excessive power in the hands of one economic entity.

The practice of applying behavioral economics by antitrust authorities is becoming more extensive, as there is a large pool of data in the digital environment, including information about consumers, which can be used by companies to influence users, as well as lead to unfair competition. Thus, the paper will study the issue of using behavioral economics in terms of consumer choice by antitrust authorities in order to identify possible behavioral insights of consumers that affect the correct establishment of product markets and the identification of competition law violations by companies.

Applying the legal doctrinal approach, the descriptive method, and the comparative law method makes it possible to establish the issue's relevance in different countries and the prospects and trajectories of the usage of behavioral economics in antitrust practice.

As a result of the study, a global trend has been established in the application of behavioral economics by antitrust authorities both in determining the boundaries of commodity markets and in detecting violations of antitrust laws. It is concluded that the use of such a tool will continue, as it contributes to the timely adaptation of existing antitrust laws to the challenges of the digital age, contributes to the achievement of competition law goals, and creates a thriving competitive environment.

Keywords

behavioral economics, behaviorism, antitrust law, dominant position, abuse of dominance

Conflict of interest	The author declares no conflict of interest.
Financial disclosure	The study had no sponsorship.
For citation	Alferova, A. A. (2022). Behavioral economics as a tool for adapting antitrust legislation to the digital transformation of society. <i>Digital Law Journal</i> , 3(2), 69–82. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82

Submitted: 15 Feb. 2022, accepted: 25 May 2022, published: 30 Jun. 2022

Введение

Цифровая трансформация охватывает многие сферы деятельности человека. Жизнь в цифровой эпохе обуславливает видоизменение, а также необходимость гибкости и новых подходов к уже существующим нормам и принципам. Данный тезис в полной мере относится и к конкурентному праву. Конкуренция приобретает абсолютно разные формы и виды, меняет свое содержание, охват, формирует новые рынки. Подобные изменения требуют также от антимонопольных служб проявления гибкости и ориентированности на итоговую цель — защиту конкуренции. Иными словами, законодательство о защите конкуренции и действия соответствующих служб должны быть направлены на создание и поддержание конкурентной среды на рынке, устранение и предотвращение концентрации рыночной власти в одних руках. Для создания конкурентной среды и процветающего рынка антимонопольным службам необходимо адаптироваться под турбулентное состояние рынка и использовать новые инструменты для установления нарушений конкурентного права.

Одним из таких инструментов является применение поведенческой экономики при идентификации недобросовестной конкуренции на цифровом рынке. Помимо этого, поведенческую экономику используют для создания средств правовой защиты конкуренции. В цифровой среде основные участники рынка поняли влияние и важность информации для своего экономического роста. Выражение «данные — это новая нефть»¹ описывает актуальное отношение к информации в цифровой экономике. Можно соглашаться или нет с указанным выражением, но нельзя отрицать факт, что информация о потребителях представляет особую ценность для цифровых гигантов. В цифровой среде применение инноваций является одним из основных инструментов конкуренции. В основе развития инноваций лежит правильное использование полученных данных, глубокий анализ информации о потребителях и их предпочтениях. Глубокое изучение этого массива данных позволяет компаниям выявить не только поверхностные факты о своих потребителях (например, что они предпочитают брендовые вещи или органические продукты), но и определенные поведенческие инсайты (особенности поведения), влияющие на потребительский выбор.

¹ Evans, M. (2018, March 12). *Why data is the most important currency used in commerce today*. Forbes. <https://www.forbes.com/sites/michelleevans/2018/03/12/why-data-is-the-most-important-currency-used-in-commerce-today/?sh=41e9bc3054eb>

Неоклассическая экономическая теория иллюстрирует потребителя как человека, принимающего обдуманное решение о покупке и принимающего во внимание информацию, доступную в процессе принятия решений. Такой подход базируется на теоретических экономических моделях, которые далеки от реальных рыночных условий и поведения участников рынка. Однако поведенческая экономика утверждает, что люди зачастую иррациональны, поскольку обладают ограниченными когнитивными способностями. Среди поведенческих особенностей потребителей выделяют: когнитивные искажения, такие как эффект приманки (человек меняет предпочтение между двумя вариантами, когда ему предоставляется третий с признаками «асимметричного доминирования») и якорение (люди склонны полагаться на первую предложенную информацию, предложенную в процессе принятия решения), предвзятость подтверждения (предрасположенность отдавать предпочтение информации, которая подтверждает ранее существовавшие у человека убеждения).

Так, в цифровой среде в связи с простотой и массовым сбором данных информацию о поведенческих особенностях потребителей можно рассматривать как новый инструмент конкуренции. Стоит отметить, что использование такой поведенческой аналитики также может привести к нарушению законодательства о конкуренции. Соответственно, применение компаниями поведенческой экономики может служить основанием для установления нарушений в сфере конкурентного права, например злоупотребление доминирующим положением.

Использование поведенческой экономики с целью установления антиконкурентных практик позволяет сформировать реалистичное поведение участников рынка, правильно определить товарные рынки, установить возможные нарушения законодательства компаниями, разработать средства правовой защиты в области конкуренции. Соответственно, цель данной статьи — установить и проиллюстрировать, каким образом поведенческая экономика может использоваться антимонопольными органами в качестве инструмента формирования конкурентного рынка.

Для последовательного раскрытия темы данная статья условно состоит из двух частей. Первая часть ознакомит с основными аспектами поведенческой экономики, сравнит их с аргументами неоклассической теории. Вторая часть проиллюстрирует применение поведенческой экономики антимонопольными органами с целью выявления нарушений антимонопольного законодательства. В данной работе рассмотрена практика Российской Федерации и Европейского союза.

Результаты

1. Модернизация рыночных отношений и их переход в цифровую среду указали на необходимость совершенствования правового регулирования, применения новых инструментов. Цифровая среда, используемая в качестве площадки для участников рынка, определяет необходимость адаптации законодательства о конкуренции к современным условиям.

2. В условиях цифровизации компании все чаще используют маркетинговые стратегии, которые включают детальный анализ потребителей и их поведенческих особенностей.

3. Действующее законодательство России и Европейского союза использует концепцию «рационального потребителя», который действует исключительно рационально и не поддается никаким эмоциональным и иным факторам. Однако современные реалии требуют пересмотра этой концепции и учета возможных факторов влияния на поведение потребителя. С целью определения реального поведения потребителя используется поведенческая экономика.

4. Поведенческая экономика позволяет понять, как на самом деле ведут себя потребители, какие факторы могут оказывать влияние на их экономические решения.

5. Использование поведенческой экономики позволяет антимонопольным органам следить за состоянием конкуренции, верно определять товарные рынки и идентифицировать нарушения конкурентного законодательства компаниями (например, устанавливать факты злоупотребления доминирующим положением на рынке). Использование подобного инструмента будет содействовать адаптации существующего антимонопольного законодательства к вызовам цифровой эпохи, создавать процветающую конкурентную среду.

Дискуссия

Определение потребительского выбора в цифровую эпоху

Под потребительским выбором понимаются «действия, связанные с покупкой, использованием и распоряжением товарами и услугами, включая эмоциональные, психические и поведенческие реакции потребителя, которые предшествуют таким действиям или следуют за ними» (Kadres et al., 2011). Потребительский выбор опосредует процесс принятия решения и достижения человеком своих покупательских целей в краткосрочной и/или долгосрочной перспективе. Однако однозначной дефиниции потребительского поведения не существует.

В рамках неоклассической теории поведение потребителя рассматривается с точки зрения рациональности, а сам потребитель выступает в роли ‘Ното Eсonomіcus’ — агента, который руководствуется своими личными (и эгоистичными) мотивами, максимизирует полезность, действует рационально². Допущением данной модели является наличие дефицита, в условиях которого агент имеет ограниченные ресурсы и не может удовлетворить все потребности, поэтому ему приходится делать наилучший возможный выбор среди альтернатив (Jacoby, 2000).

Теория при описании поведения потребителя включает ряд допущений (Zalega, 2014):

- потребители хотят максимизировать полезность и принимают рациональные решения;
- потребитель обладает полным набором информации (о ценах, аналогах, характеристиках и т.д.), которую впоследствии может (и умеет) анализировать, делать рациональные выводы;
- информация бесплатная, ее получение не требует усилий;
- потребители выбирают оптимальный вариант самостоятельно, исходя из своих фиксированных вкусов и предпочтений (а не под влиянием иных факторов);
- цена является движущим фактором в восприятии потребителем ценности продукта (Nicholas, 2012).

Противопоставлением неоклассической теории с принципами рационализма выступает поведенческая теория, которая представляет собой компиляцию положений из различных наук (экономика, психология, социальные науки). Основное внимание в поведенческой экономике отводится анализу причин действий человека в процессе принятия решений. Основоположниками поведенческой теории считаются Дэниэл Канеман и Амос Тверски, которые разработали одну из концепций поведенческой экономики — теорию перспектив (Kahneman et al., 1979). Теория указывает, что выбор индивидуума находится под влиянием различных факторов (эмоции, ошибки восприятия, отношение, окружающие обстоятельства, предшествующий опыт и знакомство ситуации и так далее). Согласно теории, человек при принятии решения склонен искать в опыте уже знакомые ему сценарии и сопоставлять их

² Эту теорию представил Джон Стюарт Милль (Mill, 1848/2010).

с настоящим моментом (Kahneman et al., 1979). Поведенческая наука указывает, что поведение человека далеко от рациональности и подвержено многим факторам.

Разберем несоответствия неоклассических допущений существующим реалиям. Начнем с того, что при предоставлении всей необходимой информации человек может считаться «достаточно информированным», а также анализировать ее и делать наилучший выбор. Однако нельзя однозначно утверждать, что потребители обратят внимание на всю информацию, смогут ее правильно воспринять и проанализировать. Поведенческая экономика определяет несколько феноменов, которые указывают на несостоятельность допущения об «информированности» потребителя. Например, «усеченное умозаключение» — потребитель не обращает (вообще или недостаточно) внимания на необходимую информацию. Далее феномен, когда человек делает выбор, опираясь на незначимые факторы (Kahneman et al., 1979). Информационная перегрузка приводит к тому, что потребителю требуется больше усилий для обработки информации, вследствие чего человек принимает неправильные решения (Jacoby, 1974). Аналогичным феноменом является «чрезмерный выбор», когда потребителю предоставляется много альтернатив, вследствие чего он теряет и может сделать неверный выбор (Chernev et al., 2015).

Еще одно явление — это «эффект нулевой цены». При данном эффекте потребительский спрос намного выше при «бесплатном продукте» (или низкой его стоимости). Для представителя из неоклассической теории небольшая разница в ценах должна обеспечить такое же изменение стимула к выбору продукта, но «эффект нулевой цены» показывает обратное (Shampanier et al., 2007). Стоит отметить, что ценовые стратегии компаний строятся еще на том, что цены у потребителей отождествляются с качеством товара/услуги, поэтому иногда потребители отдадут предпочтение более дорогим товарам (Shiv et al., 2005).

Восприятие цены товаров/услуг в современном мире отличается от того, что было несколько лет назад (как минимум до появления социальных сетей и развития цифровых пространств). В настоящее время информация, в том числе данные о потребителях, представляет особую ценность для компаний, на основе анализа которой они строят свои стратегии. Цифровые компании предоставляют свои услуги условно бесплатно, но при этом потребитель «оплачивает» эти услуги своими персональными и иными данными. Очевидно, что потребитель не осознает всей ценности предоставленной информации о себе и добровольно предоставляет ее в обмен на услугу³. При этом в цифровом мире информация может рассматриваться как валюта и ценный актив для компаний⁴.

Таким образом, поведение потребителя основывается не только на возможном анализе предоставленной информации, но и бессознательных иррациональных элементах (знания, вовлеченность, опыт и т. д.). Вышеприведенные примеры факторов, которые оказывают влияние на принятие решений, не являются единственными, но они указывают на несостоятельность иллюстрации потребителя как рационального лица, принимающего наилучшие решения в условиях ограниченного выбора⁵. Психологические особенности, влияющие на принятие решений, делают потребителей уязвимыми перед компаниями и их маркетинговыми стратегиями, которые могут манипулировать выбором потребителей.

³ Например, Bundeskartellamt (2019, February 7). *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html

⁴ Løken, P. (2020, March 9). Why data is not the new oil. *Azets*. <https://www.azets.com/blog/value-of-data/>

⁵ Duivenvoorde, B. (2014). *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. (Publication No. 9789462592193) [Doctoral dissertation, University of Amsterdam]. Centre for the Study of European Contract Law (CSECL). <https://hdl.handle.net/11245/1.418228>

Так, цифровая трансформация, изменение принципов ведения бизнеса и перераспределение ценности информации обусловили поиск новых подходов к установлению реальной картины рыночных взаимоотношений. Неоклассическая экономическая теория, господствовавшая до недавнего времени, начинает уступать место поведенческой теории, которая применяется не только компаниями, но и регуляторами для выявления случаев, когда деятельность компании может рассматриваться в качестве недобросовестной.

Использование поведенческой экономики для установления нарушений норм конкурентного права

Значение поведенческой экономики для вопросов, касающихся конкретного права, в современном цифровом обществе возрастает и занимает особое место, поскольку раскрывает реальную ситуацию на цифровых рынках. Рассмотрение вопроса применения поведенческой экономики при установлении нарушений конкурентного законодательства необходимо начать с определения рынка, на котором действуют участники. Далее в данной работе будет раскрыта возможность использования поведенческой науки при установлении случаев злоупотребления фирмами своим доминирующим положением.

Определение товарного рынка и его границ

Цифровизация кардинальным образом изменила не только общество, но и традиционные рыночные отношения. Данный факт также выражается и в части определения рынка, на котором действуют участники рыночных отношений. Если ранее было довольно легко установить рынок, на котором оперирует монополист (например, рынок товаров, которые он производит), то в цифровой среде монополистом может являться цифровая платформа, которой подконтрольны не только товары/услуги самой платформы, но и иные связанные рынки.

Верное определение товарного рынка является ключевым для конкурентного права. Так, злоупотребления доминирующим положением определяются исходя из такого положения хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара⁶.

В праве Европейского союза понятие товарного рынка является ключевым для антимонопольного законодательства: «любое злоупотребление одним или несколькими предприятиями доминирующим положением на внутреннем рынке или на его значительной части запрещается как несовместимое с внутренним рынком, поскольку это может повлиять на торговлю между государствами-членами»⁷. Таким образом, для оценки доминирующего положения компании обязательным условием является определение соответствующего товарного рынка.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции) определяет товарный рынок как сферу обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности

⁶ Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 5, 10.

⁷ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 102, 2012 O.J. (C 326) 47 [hereinafter TFEU].

приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами⁸.

Европейская комиссия указывает, что «товарный рынок включает в себя продукты и/или услуги, которые рассматриваются потребителем как взаимозаменяемые по причине их характеристик, цен и предполагаемого использования»⁹.

Поведенческая экономика вносит свои коррективы в традиционное определение рынка. Например, учитывая поведенческие особенности потребителей, товарный рынок может быть сужен. Так, данную ситуацию хорошо иллюстрирует феномен «лояльность к бренду»: если потребители предпочитают определенный бренд, который в последующем поднимет цену на товар, то потребители не изменят своих предпочтений (Desai et al., 2010)¹⁰. Аналогичная ситуация возникает и с небрендированными или неоригинальными товарами (копиями), которые воспринимаются как отличные от оригинала, несмотря на идентичные характеристики. Такое предпочтение брендированным товарам может привести к несовершенным схемам замещения.

Более того, поведенческая экономика показывает, что потребителям свойственно недооценивать информацию в части рассмотрения потребности во вторичных продуктах в будущих периодах (например, зарядное устройство для телефона). Также фирма, которая доминирует на первичном рынке, может устранить конкуренцию на вторичных рынках, отказавшись предоставлять компоненты или необходимую информацию для разработки продукта или связав первичные и вторичные продукты.

Следует отметить, что сложность определения товарного рынка в цифровой среде состоит в том, что цифровые платформы — многосторонние рынки, на которых взаимодействуют разные группы потребителей. При этом многие покупатели получают услуги платформ условно бесплатно (платят информацией (Newman, 2014)). В данной ситуации возникает проблема определения не только товарного рынка как такового, но и его границ.

Подход, сформированный ФАС России, указывает на то, что при установлении границ цифровых рынков необходимо учитывать:

- обращение товаров на рынках, которые неразрывно связаны с функционированием рынков информационно-телекоммуникационных технологий (ИКТ);
- некоторое программное обеспечение (ПО) не может работать без базового (операционных систем).

С учетом вышеуказанных пунктов при условии отсутствия издержек на тиражирование, воспроизведения и транспортировки цифровых товаров товарный рынок может считаться глобальным. Однако при анализе определения товарного рынка и его границ необходимо учитывать особенности потребления товаров, включая выяснение мнения приобретателей товара о географических границах товарного рынка («тест гипотетического монополиста»).

⁸ Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 4.

⁹ Eur. Comm'n, Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (Dec. 9, 1997), para. 7.

¹⁰ См. также Vivien, R. (2010, April 5). *The role of behavioral economics in competition law: A judicial perspective*. Competition Policy International. Автор обсуждает проблему, когда одежда с логотипом группы, продаваемая за 18 фунтов, может рассматриваться как другой товарный рынок, чем одежда, продающаяся за 3 фунта стерлингов без логотипа бренда.

Европейская комиссия также склонна давать широкое определение рынков, при этом комиссия изучает «всю доступную информацию, которая может иметь значение»¹¹ для определения рынка и его границ, рассматривает возможные факторы, формирующие потребительский спрос: данных о продажах, влияние бренда (лояльность к бренду), а также проводит опросы¹².

Таким образом, корректное определение релевантного товарного рынка в цифровую эпоху производится исходя из реальных предпочтений и поведенческих особенностей потребителей, а также с учетом динамичного развития цифровых рынков.

Злоупотребление доминирующим положением

Доминирующее положение — один из ключевых терминов в антимонопольном законодательстве как России, так и Европейского союза. С целью создания благоприятной и конкурентной рыночной структуры устанавливается запрет субъекту на злоупотребление доминирующим положением, которое приводит к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей¹³.

Соответственно, корректное выявление действий, которые попадают под категорию «злоупотребление доминирующим положением», является приоритетной задачей регулирующих органов многих стран. Учитывая особенности цифровой эпохи, применение поведенческой экономики способствует установлению нарушений конкурентного права.

Практика применения поведенческой экономики при установлении нарушений антимонопольного законодательства в России

А) Злоупотребление доминирующим положением компанией Google Inc. (Дело № 1-14-21/00-11-15)¹⁴. В данном деле ФАС России рассматривало заявление ООО «ЯНДЕКС», указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях Google Inc. Поводом для обращения в антимонопольный орган послужил факт того, что Google запретил предустановку сервисов «Яндекса» на мобильных устройствах с операционной системой Android. При рассмотрении данного дела Комиссия указала, что предустановка программных продуктов на устройство — эффективный способ распространения таких продуктов. Помимо этого, было отмечено, что самостоятельная установка таких программ используется гораздо реже в сравнении с уже установленными.

В качестве аргументов наличия признаков злоупотребления доминирующим положением компанией Google были использованы положения поведенческой экономики, а именно: установлена поведенческая особенность потребителей — «пассивное поведение». Комиссия

¹¹ Eur. Comm'n, DG Competition, Communication from the Commission—Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009 O.J. (C45) 7 (Dec. 3, 2008), para. 25.

¹² Eur. Comm'n, Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (Dec. 9, 1997), para. 7.

¹³ Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 10.

¹⁴ Решение Комиссии ФАС России от 18.09.2015, № 1-14-21/00-11-15.

с помощью проведенного социологического опроса¹⁵ установила, что потребители не изменяют предустановленные приложения и сервисы, а также не скачивают аналогичные приложения самостоятельно. Указано, что потребители предпочитают не совершать активных действий, а пользуются предоставленными сервисами:

- 67,2 % пользователей мобильных устройств и 65,8 % пользователей планшетов не меняли предустановленную поисковую систему;
- 67,5 % пользователей мобильных устройств и 67,5 % пользователей планшетов при поиске в интернете пользуются адресной строкой браузера;
- 35,1 % пользователей мобильных устройств и 35,2 % пользователей планшетов при поиске в интернете используют поисковый виджет на главном экране;
- 17–18 % опрошенных указали, что не используют функциональность поиска по умолчанию, а предпочитают вебсайт поисковой системы¹⁶.

Также Комиссия рассмотрела аспект преимущественного расположения иконок приложений на главном экране устройства. Было установлено, что расположение приложений на экране влияет на частоту их использования: если приложение (его иконка) расположено на главном экране устройства, то к нему чаще обращаются пользователи.

На основании данных факторов сделан вывод о том, что предустановка мобильных приложений на устройстве изначально способствует значительно большему охвату аудитории пользователей и частоте использования предустановленных мобильных приложений и сервисов. Вышеуказанное приводит к созданию препятствий доступа конкурентов на рынок поиска, что может привести к ограничению конкуренции в связи с сокращением числа хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

Б) Злоупотребление доминирующим положением компанией Microsoft Corporation (Дело № 1-00-168/00-11-16)¹⁷. ФАС России рассматривало заявление акционерного общества «Лаборатория Касперского» (АО «Лаборатория Касперского», Общество) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны Microsoft Corporation. Общество заявило, что Microsoft не предоставило актуальную версию операционной системы (ОС) Windows 10 в необходимый срок для адаптирования антивирусного программного обеспечения (ПО).

В ходе рассмотрения дела были применены положения поведенческой экономики в части восприятия потребителями информации. Было установлено, что потребители ПО АО «Лаборатория Касперского» после обновления ОС Windows до версии Windows 10 и обновления антивирусного ПО от АО «Лаборатория Касперского» видели на своих мониторах уведомление (запрос) от Центра обеспечения безопасности Windows. В запросе пользователей просили подтвердить, что они действительно хотят запустить ПО стороннего поставщика для обновления. В случае же с обновлением ПО Windows Defender (антивирусная программа от Windows) такого уведомления не было.

При этом был проведен анализ поведенческого восприятия всплывающих окон на устройствах потребителей. Установлено, что потребителям демонстрировали диалоговые окна, которые вводили их в заблуждение относительно отсутствия у компьютера защиты

¹⁵ Социологический опрос ВЦИОМ, Приложения № 7, 8, 9 и 10 к Дополнительным пояснениям ООО «Яндекс» от 29.05.15); опрос, проведенный Romir по заказу Google, Приложение № 3 к ходатайству Google об отложении рассмотрения дела от 03.07.2015).

¹⁶ Социологический опрос ВЦИОМ, 2015.

¹⁷ Решение Комиссии ФАС России от 15.08.2017, № 1-00-168/00-11-16.

в режиме реального времени и побуждали потребителя отключить имеющееся стороннее антивирусное ПО. Данные действия были совершены с применением знаний о поведенческих особенностях потребителей, а именно использовались определенные выражения и цветовое оформление:

- цветовые решения, создающие у потребителя тревожное ощущение угрозы безопасности устройства (выполнение диалогового окна Windows Defender в цветовой палитре желтого и оранжевого цветов);
- использование текстовых (сообщение «Состояние компьютера: Средство “Защитник Windows” отключено») и цветовых элементов диалогового окна создавало впечатление у пользователя об угрозе безопасности для всего устройства;
- использование текстовых элементов указательного характера (сообщение «Программа “Защитник Windows” отключена», так как у вас уже есть антивирусная программа. Удалите установленную антивирусную программу, чтобы включить Защитник Windows»), цветовых элементов диалогового окна и знаков пунктуации (восклицательный знак) побуждает пользователя удалить ранее установленное стороннее ПО;
- использование текстовых элементов (сообщение «Защита в реальном времени: Обработка другой антивирусной программой») и изобразительного элемента (пиктограмма «восклицательный знак» на желто-оранжевом фоне) создало впечатление об отсутствии защиты устройства;
- использование кнопки «Включить» позволило создать ложное впечатление у пользователя о возможности привести в действие дополнительную защиту;
- использование мелкого шрифта при размещении информации об удалении ранее установленного антивирусного ПО, а также форма такого информирования — при наведении курсора на кнопку.

Таким образом, применение поведенческой экономики в части особенностей восприятия потребителем информации способствовало установлению факта нарушения конкурентного законодательства компанией Microsoft Corporation.

Практика применения поведенческой экономики при установлении нарушений антимонопольного законодательства в Европейском союзе

А) Дело Microsoft Corporation. Европейская комиссия в 2004 году установила (дело Microsoft I)¹⁸, что Microsoft незаконно объединила свою ОС Windows со своей программой — проигрывателем Windows Media (WMP). При этом потребителей не принуждали ни экономически (оплата), ни технически, от них не требовали приобретать дополнительные услуги или товары за проигрыватель WMP, так как он был бесплатным. Рациональный подход, описанный Microsoft в свою защиту, указывал, что пользователи могут загружать другие альтернативные медиаплееры, соответственно проигрыватель от Windows потребители использовали по собственному желанию, основываясь исключительно на преимуществах продукта Microsoft. Однако Комиссия применила положения поведенческой экономики и полагалась на фактическое (а не предполагаемое рациональное поведение потребителя). Комиссией был установлен поведенческий феномен «инерции конечных пользователей»¹⁹: наличие предустановленного проигрывателя WMP в ОС устраняет у пользователей стимулы для загрузки альтернативных конкурентных медиаплееров. Комиссия указала, что пользователи, у которых проигрыватель

¹⁸ Case COMP/C-3/37.792—Microsoft Corp., Comm’n Decision, (Mar. 24, 2004) (Summary: 2007 O.J. (L 32) 23).

¹⁹ Case COMP/C-3/37.792, 2004.

уже установлен, с меньшей вероятностью будут использовать альтернативные медиаплееры, поскольку у них уже есть приложение, которое обеспечивает их потребность в воспроизведении музыки / видео / изображений. Аргументация в решении продемонстрировала влияние феномена «инерции пользователей» на вопрос установления факта нарушения антимонопольного законодательства: «...поставщики должны тратить ресурсы, чтобы преодолеть инерцию конечных пользователей и убедить их игнорировать предварительную установку WMP»²⁰.

Аналогичные рассуждений использовалась в другом деле Microsoft, который касался привязки веб-браузера Microsoft (Internet Explorer) к ОС Windows (дело Microsoft II)²¹. Было установлено, что по причине привязки Internet Explorer к Windows, Internet Explorer используется на 90 % компьютеров в мире, что искажает конкуренцию между альтернативными веб-браузерами. Аргумент о возможности загрузки альтернативных веб-браузеров был отклонен также доводами поведенческой экономики, а именно — необходимостью преодоления инертности пользователей, потому что поиск, выбор и установка нового альтернативного веб-браузера требуют от потребителей не только активных действий, но и знания обо всех этих альтернативах²².

Комиссия провела опрос потребителей, который показал, что большая часть пользователей Windows, использующих Internet Explorer в качестве основного веб-браузера, не загружают альтернативные веб-браузеры по причинам:

- 55 % пользователей указали на отсутствие необходимости;
- 31 % пользователей не обладал знаниями об установке или загрузке программного обеспечения;
- 15 % пользователей сочли процесс загрузки или установки программного обеспечения сложным;
- 8 % пользователей имели угрозы безопасности;
- 7 % пользователей не знали о возможности скачать альтернативный веб-браузер²³.

Как было отмечено в решении, «Microsoft привязывает Internet Explorer к операционной системе Windows, наносит ущерб конкуренции между веб-браузерами, подрывает инновацию продуктов и, в конечном счете, ограничивает выбор потребителей»²⁴.

В делах Microsoft суд постановил, что для выявления злоупотреблений не требуется никаких доказательств фактического влияния на рынок, но требуется подход, основанный на воздействии, который включает оценку вреда потребителя: «выводы Комиссии (...) сами по себе достаточны для того, чтобы установить, что четвертый составляющий элемент неправомерного связывания [т. е. прекращение конкуренции] присутствует в данном случае. Эти выводы (...) основаны (...) на характере оспариваемого поведения, на условиях рынка и на основных характеристиках рынка и на основных характеристиках соответствующих продуктов»²⁵.

Таким образом, в данных делах продемонстрировано, что пользователи подвержены множеству поведенческих ловушек (инертность, неинформированность и иные), которые компании используют для своих целей.

²⁰ Case COMP/C-3/37.792, 2004.

²¹ Case COMP/39.530—Microsoft (Tying), Comm'n Decision (Summary), 2013 O.J. (C120) 15 (Microsoft (Tying)).

²² Case COMP/39.530, 2013.

²³ Buhr, C.-C., Bulst, F. W., Foucault, J., & Kramler, T. (2010). *The Commission's decision in the Microsoft Internet Explorer case and recent developments in the area of interoperability*. The commission police newsletter. https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_1_12.pdf

²⁴ European Commission. (2009, January 17). Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Microsoft on the tying of Internet Explorer to Windows. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_15

²⁵ Case T-167/08 —Comm'n Decision, 2012 OJ (C-171/2008), para 1058.

Заключение

Российская и европейская практика применения законодательства о конкуренции, в частности нормы о злоупотреблении доминирующим положением на рынке, трансформируется и использует идеи поведенческой экономики. При рассмотрении дел о нарушении конкуренции контролирующие органы отступают от постулатов неоклассической теории экономической рациональности и внедряют положения поведенческой теории. Выбор потребителей напрямую зависит от когнитивных предубеждений и далек от ожидаемой рациональности. Данный факт указывает на разрыв между неоклассической экономической теорией и экономической реальностью. Благодаря этому более четко очерчивается реальная рыночная ситуация. В связи с этим применение поведенческого подхода видится перспективным для области конкурентного права.

Оценка и анализ поведения потребителей дополняют положения законодательства о конкуренции, поскольку учитывают фактическое поведение участников рынка. Именно подход, основанный на фактическом поведении акторов и ситуации на рынке, позволяет вести эффективную конкурентную и регуляторную политику. Применение поведенческой экономики позволяет правоприменительной практике трансформироваться вместе с обществом и средой, не отставая от них и обеспечивая актуальные потребности общества.

Поведенческая экономика демонстрирует более реалистичную картину цифрового рынка. Компании уже давно используют поведенческие особенности потребителей в своих маркетинговых стратегиях. Тем не менее в современном цифровом обществе такое применение может представлять собой нарушение законодательства о конкуренции. Использование новых методов для установления антиконкурентных практик будет способствовать достижению целей законодательства о конкуренции: формированию эффективной и процветающей конкурентной среды, развитию инноваций.

Список литературы / References

1. Beinhocker, E. (2006). *The origin of wealth: Evolution, complexity and the radical remaking of economics*. Harvard Business School Press.
2. Chernev, A., Böckenholt, U., & Goodman, J. (2015). Choice overload: A conceptual review and meta-analysis. *Journal of Consumer Psychology*, 25(2), 333–358. <https://doi.org/10.1016/j.jcps.2014.08.002>
3. Desai, D., & Waller, S. (2010). Brands, competition, and the law. *BYU Law Review*, 2010(5), Article 1425. <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss5/1>
4. Jacoby, J. (2000). Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory. *Roger Williams University Law Review*, 6(1), Article 5. https://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol6/iss1/5
5. Jacoby, J., Speller, D., & Kohn, C. (1974). Brand choice behavior as a function of information load. *Journal of Marketing Research*, 11(1), 63–69. <https://doi.org/10.1177/002224377401100106>
6. Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, 47(2), 263–292. <https://doi.org/10.2307/1914185>
7. Kardes, F., Cronley, M., & Cline, T. (2011). *Consumer behavior*. South-Western Cengage Learning.
8. Mill, J. S. (2010). *Principles of political economy: With some of their applications to social philosophy*. Nabu Press. (Original work published 1848)

9. Newman, J. M. (2015). Antitrust in zero-price markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, 164(1), 149–206. <https://www.pennlawreview.com/wp-content/uploads/2020/04/164-U-Pa-L-Rev-143.pdf>
10. Nicholas, H. (2012). What is the problem with neoclassical price theory? *World Review of Political Economy*, 3(4), 457–477. <https://doi.org/10.13169/worrevipoliecon.3.4.0457>
11. Shampanier, K., Mazar, N., & Ariely, D. (2007). Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing Science*, 26(6), 742–757. <https://doi.org/10.1287/mksc.1060.0254>
11. Shiv, B., Carmon, Z., & Ariely, D. (2005). Placebo effects of marketing actions: Consumers may get what they pay for. *Journal of Marketing Research*, 42(4), 383–393. <https://doi.org/10.1509/jmkr.2005.42.4.383>
12. Zalega, T. (2014). Consumer and consumer behaviour in the neoclassical and behavioural economic approach. *Konsumpcja i Rozwój*, 4(9), 64–79. [bwmeta1.element.desklight-854d7ad4-1a66-4216-9a9d-06d73c1363c6](https://doi.org/10.1509/jmkr.2005.42.4.383)

Сведения об авторе:

Алферова А. А. — магистр права Университета Утрехта, Утрехт, Нидерланды.

bobyleva.law@gmail.com

Information about the author:

Anastasiya A. Alferova — LLM, Utrecht University, Utrecht, The Netherlands.

bobyleva.law@gmail.com