

DIGITAL LAW JOURNAL

Vol. 4, No. 4, 2023



ARTICLES

- 8 Product Liability in Modern Conditions: European Reform Experience
Semyon K. Stepanov
- 36 Legal Nature of the Metaverse
Aleksandr D. Severgin
- 54 The Global Approaches to the Regulation of Quantum Communication
Dmitry A. Kuleshov
- 73 Liability of Marketplaces for Intellectual Property Rights Infringement:
The Experience of the US and China
Anna V. Pokrovskaya

COMMENT

- 91 The Problems of Adapting Antitrust Law to the Digital Economy
Ekaterina D. Vornikova

DIGITAL LAW JOURNAL

Journal of research and practice

Published since 2020
4 issues per year

Vol. 4, No. 4, 2023

ЦИФРОВОЕ ПРАВО

Научно-практический журнал

Журнал издается с 2020 г.
4 выпуска в год

Том 4, № 4, 2023



Contents

Articles

- 8** Product Liability in Modern Conditions: European Reform Experience
Semyon K. Stepanov
- 36** Legal Nature of the Metaverse
Aleksandr D. Severgin
- 54** The Global Approaches to the Regulation of Quantum Communication
Dmitry A. Kuleshov
- 73** Liability of Marketplaces for Intellectual Property Rights Infringement:
The Experience of the US and China
Anna V. Pokrovskaya

Comment

- 91** The Problems of Adapting Antitrust Law to the Digital Economy
Ekaterina D. Vornikova

Содержание

Статьи

- 8** Деликтная ответственность производителей в современных условиях: опыт европейского реформирования

Семен Степанов

- 36** Правовая природа метавселенной

Александр Севергин

- 54** Глобальные подходы к регулированию квантовых коммуникаций

Дмитрий Кулешов

- 73** Ответственность информационного посредника за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности: опыт США и Китая

Анна Покровская

Практический комментарий

- 91** Проблемы адаптации антимонопольного регулирования к условиям цифровой экономики

Екатерина Ворникова

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 manuscripts 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 Journal has been included in the index of the Higher Attestation Commission (VAK) of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation. The subject of the journal corresponds to the group of specialties "Legal Sciences" and "Economic Sciences".

The journal publishes manuscripts in Russian and English.

FOUNDER, PUBLISHER:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Maxim I. 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, Uppsala University, Uppsala, Sweden

Junzo Iida — Ph.D., Dean of the Graduate School of Law, Soka University, Tokyo, Japan

Anton A. Ivanov — Ph.D. in Law, Tenured Professor, Academic Supervisor, School of Private Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia

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

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

Ludmila A. Novoselova — Dr. Sci. in Law, Professor, Head of the Department of Financial Transactions and New Technologies in Law, Russian School of Private Law, Private Law Research Centre, Head of the Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

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

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

Marina A. Rozhkova — Dr. Sci. in Law, Chief Researcher, Center of Private Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Advisor for Research Affairs to the Dean of the Faculty of Law of the State Academic University For the Humanities, Moscow, Russia

Elina L. 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 , dlj@digitallawjournal.org
Published online:	28 December 2023
Copyright:	© Digital Law Journal, 2023
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 рукописи 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 (криптовалюты, 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.

Журнал включен в перечень ВАК по следующим специальностям: 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки (юридические науки), 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки (юридические науки), 5.1.5. Международно-правовые науки (юридические науки), 5.2.3. Региональная и отраслевая экономика (экономические науки), 5.2.4. Финансы (экономические науки).

В журнале публикуются рукописи на русском и английском языках.

УЧРЕДИТЕЛЬ, ИЗДАТЕЛЬ:

Иноземцев Максим Игоревич

119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:

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

119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

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

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

Иида Д. — Ph.D., декан Высшей школы по праву, Университет Сока, Токио, Япония

Иванов А.А. — кандидат юридических наук, доцент, ординарный профессор, профессор департамента частного права, научный руководитель факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия

Ковальчук Ю.А. — доктор экономических наук, профессор, профессор кафедры менеджмента и маркетинга высокотехнологичных отраслей промышленности, Московский авиационный институт, Москва, Россия

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

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

Неппель К. — Ph.D. in Computer Science (Technical University of Munich), Master in Intellectual Property Law and Management (University of Strasbourg), старший директор по вопросам европейских бизнес-операций

Института инженеров электротехники и электроники, Вена, Австрия

Новоселова Л.А. — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансовых сделок и новых технологий в праве, Российская школа частного права, Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, заведующий кафедрой интеллектуальных прав, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Россия

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

Рожкова М.А. — доктор юридических наук, главный научный сотрудник Центра частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук, Москва, Россия

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

Хинделанг Ш. — Ph.D. in Law, факультет права, Университет Упсалы, Упсала, Швеция

Цинь Б. — 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:	28.12.2023
Копирайт:	© Цифровое право, 2023
Цена:	Свободная

СТАТЬИ

ДЕЛИКТНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ: ОПЫТ ЕВРОПЕЙСКОГО РЕФОРМИРОВАНИЯ

С.К. Степанов^{1,2}

¹Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
109028, Россия, Москва, Большой Трихсвятительский пер., 3

²Московский государственный институт международных отношений
(университет) МИД России
119454, Россия, Москва, пр. Вернадского, 76

Аннотация

В конце сентября 2022 г. Европейская комиссия представила два примечательных документа, призванных в корне изменить сложившуюся систему деликтной ответственности производителей в Европе. Отчасти эти проекты стали своеобразным ответом на вызовы, которые бросают цифровизация и современные технологии. Первый документ призван урегулировать ответственность за вред, причиненный системами искусственного интеллекта, второй предназначен для адаптации Директивы Совета ЕС от 25 июля 1985 г. № 85/374/ЕЭС к современным условиям. Цель статьи — выявить ключевые изменения в области деликтной ответственности производителей в Европе. Для ее достижения автором для начала делается обзор существующей системы деликтной ответственности производителей. В результате установлено, что она складывается из двух частей: норм национального права и гармонизированной ответственности по Директиве Совета ЕС от 25 июля 1985 г. № 85/374/ЕЭС. В европейской доктрине и практике отсутствует консенсус относительно режима гармонизированной ответственности. С одной стороны, в ее основе лежит идея ответственности без вины, с другой — высказывается небезосновательное мнение о том, что на самом деле в Директиве установлен режим виновной ответственности. На примере немецкого правопорядка удалось выявить, что, несмотря на утвержденный специальным законом режим строгой ответственности, на практике суды нередко ориентируются на нарушение производителями стандартов поведения, что лишний раз свидетельствует об их виновной ответственности. Обозначенная цель также требует выявления причин, из-за которых европейский регулятор принял решение о реформировании имеющейся системы ответственности. Автором названы шесть причин: 1) усложнение самих товаров; 2) расширение посреднических цепочек и появление новых потенциальных субъектов ответственности, включая 3) владельцев агрегаторов; 4) трудности в доказывании потерпевшим наличия дефекта товара и причинно-следственной связи между таким недостатком и возникшим вредом; 5) понятие вреда в цифровую эпоху и особая роль данных; 6) ответственность производителей за товары, снабженные технологией искусственного интеллекта. В заключительной части статьи рассматриваются положения двух проектов директив, посвященных ответственности производителей в современных условиях. Уделяется пристальное внимание механизмам, которые призваны облегчить положение потерпевшего и в то же время способ-

ствовать внедрению новых технологий. Ключевой особенностью европейского подхода представляется крайняя осторожность, с которой действует регулятор при реформировании деликтной ответственности.

Ключевые слова

ответственность производителей, деликтная ответственность, ответственность производителей в Европе, некачественный товар, современные технологии

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имеет спонсорской поддержки.

Для цитирования

Степанов, С.К. (2023). Деликтная ответственность производителей в современных условиях: опыт европейского реформирования. *Цифровое право*, 4(4), 8–35. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-2>

Поступила: 13.10.2023, принята в печать: 10.11.2023, опубликована: 28.12.2023

ARTICLES

PRODUCT LIABILITY IN MODERN CONDITIONS: EUROPEAN REFORM EXPERIENCE

Semyon K. Stepanov^{1,2}

¹National Research University Higher School of Economics (HSE University)
3, Bolshoi Trekhsviatitskii pereulok, Moscow, Russia, 109028

²Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University)
76, ave. Vernadsky, Moscow, Russia, 119454

Abstract

At the end of September 2022, the European Commission presented two notable documents designed to fundamentally change the current system of product liability in Europe. In part, these projects were a response to the challenges posed by digitalization and modern technology. The first document is designed to regulate liability for harm caused by artificial intelligence systems, while the second is aimed at adapting the EU Council Directive of July 25, 1985 No. 85/374/EEC to contemporary conditions. The present article sets out to review the key developments in the field of product liability in Europe. To this end, a review of the existing system of product liability in Europe is carried out. The existing product liability system is comprised of two parts: norms enshrined in national laws, as well as harmonized liability under the EU Council Directive of July 25, 1985 No. 85/374/EEC 1985. However, there is no consensus in European doctrine and practice regarding the regime of harmonized liability. While on the one hand, this regime is based on the idea of strict liability, on the other hand, there is also a reasoned opinion that the Directive factually establishes a regime of liability based on fault. On the example of German law, it is revealed that, despite the strict liability regime approved by special law, courts often focus in practice on a manufacturer's breach of the duty of care, which once again testifies to liability based on fault. Possible factors behind the decision on the part of the European regulator to reform the existing liability system include: the increasing complexity of the goods themselves; the expansion of interme-

diary chains and emergence of new potential subjects of liability, including owners of aggregators; difficulties in proving the existence of a product defect and a causal link between such a defect and the resulting harm; the concept of harm in the digital age and the special role of data; providers' liability for goods equipped with artificial intelligence technology.

Keywords

product liability, tort liability, European product liability, defective product, modern technologies

Conflict of interest	The author declares no conflict of interest.
Financial disclosure	The study has no sponsorship.
For citation	Stepanov, S.K. (2023). Product liability in modern conditions: European reform experience. <i>Digital Law Journal</i> , 4(4), 8–35. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-2

Submitted: 13 Oct. 2023, accepted: 10 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023

Введение

Представим ситуацию: лицо приобретает полностью автоматизированное транспортное средство, оснащенное технологией искусственного интеллекта (далее — ИИ), которое к тому же вправе самостоятельно решать, в какое время ему лучше всего заправить свой бензиновый двигатель. Несколько недель покупатель беспрепятственно пользуется автомобилем. Вскоре машина вдруг осознает, что каждый день предпочтительнее начинать с полным баком горючего, а заправлять бензиновый двигатель необходимо в ночное время в гараже хозяина. На следующее утро после принятого автомобилем решения вся семья несчастного собственника оказывается мертвой вследствие отравления угарным газом (Selbst, 2020, 1343). Должен ли разработчик программного обеспечения или производитель автомобиля нести ответственность за подобный инцидент? Некоторое время назад такой пример считался бы фантастическим, однако в последние годы, к сожалению, резко возросло количество случаев причинения вреда жизни и здоровью в результате эксплуатации товаров, снабженных современными технологиями. Это стало главной причиной, по которой законодатели разных стран всерьез озаботились проблемами правового регулирования возмещения вреда в похожих ситуациях.

В конце сентября 2022 г. Европейская комиссия представила два примечательных документа, призванных в корне изменить сложившуюся систему деликтной ответственности производителей в Европе: Директиву об ответственности за ИИ¹ и Предложения² по изменению Директивы Совета ЕС от 25 июля 1985 г. № 85/374/ЕЭС (далее — Директива 1985 г.)³. Первая касается

¹ Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive), COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496>

² Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b9a6a6fe-3ff4-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

³ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products 1985 O.J. (L 210). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374>

ответственности за вред, причиненный технологиями с использованием ИИ, тогда как вторые предназначены для адаптации основного источника об ответственности производителей — Директивы 1985 г. — к современным условиям.

Для отечественного читателя интерес к европейским дискуссиям обусловлен следующими обстоятельствами. Во-первых, в литературе нередко подчеркивается необходимость максимальной унификации режимов ответственности за причинение вреда с использованием современных технологий (Wagner, 2017, 708–765). В качестве обоснования приводятся экономическая целесообразность и сокращение издержек потенциальных производителей, следовательно, стимулирование развития технологий. Ведь если правила ответственности различаются, то и расходы производителей будут разниться в зависимости от правовой системы конкретного государства (Whittaker, 1985, 193).

Во-вторых, российская система ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, опирается на солидарную ответственность продавца и изготовителя, напротив, европейский опыт иллюстрирует довольно любопытный подход к определению субъекта ответственности, включая в круг потенциальных делинквентов также владельцев агрегаторов.

В-третьих, европейский регулятор, как видно, отступил от принципа технологической нейтральности ответственности, иными словами, выделил деликты с использованием технологии ИИ в отдельную рубрику (Wagner, 2022). Согласно указанному принципу, до последнего времени считавшемуся нерушимым, режимы деликтной ответственности не подлежат дифференциации в зависимости от различных технологических решений. Не исключено, что отечественный законодатель выберет европейский путь, о чем косвенно свидетельствует ранее принятая национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 г.⁴

В-четвертых, несмотря на общепризнанное представление об ответственности производителей как о безвиновной (строгой), в европейской литературе не утихают споры о ее правовой природе. Утверждается, что речь идет, в сущности, об ответственности за вину (Whittaker, 1985, 233–286; Wagner, 2022, 6–8; Kötz, 1991, 109–121). В российской доктрине вывод о строгой ответственности продавца и производителя является господствующим, однако при внимательном рассмотрении некоторых случаев причинения вреда вследствие недостатков услуг, выясняется, что суды нередко устанавливают нарушенный стандарт поведения лица, оказывающего услуги⁵. Можно ли считать подобные требования проявлением виновной ответственности или речь идет исключительно о противоправности?

В-пятых, в европейской доктрине получила пристальное рассмотрение проблематика обстоятельств, исключающих ответственность производителя. Например, по российскому праву изготовитель или исполнитель отвечает за вред, независимо от того, позволял ли уровень научных и технических знаний выявить вредоносные свойства товара (услуги)⁶. Напротив, в соответствии со ст. 7 Директивы 1985 г. производитель не несет ответственности, если докажет, что состояние технических и научных знаний в момент, когда он выпустил товар в оборот,

⁴ Указ Президента РФ от 10 октября 2019 г. № 490 (ред. от 15.02.2024) «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» (вместе с «Национальной стратегией развития искусственного интеллекта на период до 2030 года») // СЗ РФ. 2019. № 41. Ст. 5700.

⁵ Например, см.: определения Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 23 января 2024 г. по делу № 88-1604/2024; Первого кассационного суда общей юрисдикции от 15 января 2024 г. по делу № 88-1146/2024; Первого кассационного суда общей юрисдикции от 27 ноября 2023 г. по делу № 88-35309/2023 и пр.

⁶ Часть 4 ст. 14 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 (ред. от 04.08.2023) «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

не обеспечивало ему возможности обнаружить дефект. Столь пропотребительский подход российского законодателя можно только приветствовать, тем не менее в отечественной практике в отдельных случаях суды подчас используют критерий «современного этапа развития медицины» для отказа в удовлетворении требований потерпевшего⁷.

Все вышеперечисленные обстоятельства позволяют еще раз обратиться к фундаментальным положениям деликтной ответственности за вред, причиненный недостатком товара, работы или услуги. Ведь легко заметить, что по основным вопросам (круг субъектов; основания привлечения к ответственности; обстоятельства, ее исключающие) российский правовой порядок значительным образом отличается от европейского. Основная цель статьи — понять, каким образом изменяется архитектура деликтной ответственности производителя в современных условиях. Коль скоро флагманом выступил именно европейский регулятор, одной из задач станет анализ тех нормативных решений, которые были предложены в соответствующих источниках.

Итак, в первой части статьи описывается система деликтной ответственности производителей в Европе, существующая вплоть до настоящего времени. Затем, во второй части, рассматриваются ключевые проблемы, послужившие своеобразными триггерами для предложений по реформированию европейского законодательства об ответственности производителей. И, наконец, в третьей части проанализированы нормативные решения, призванные ответить на все вызовы современности.

1. Система деликтной ответственности производителей в Европе

Деликтная ответственность за причинение вреда вследствие недостатков товаров складывается из двух частей: норм национального деликтного права, в орбиту регулирования которого попадает ответственность производителей, и так называемой гармонизированной деликтной ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, установленной Директивой 1985 г. По замыслу разработчиков, она должна была провозгласить принцип ответственности без вины. Однако, как мы вскоре увидим, всё не так однозначно.

Между названными частями регулирования наличествует известное напряжение. Так, Суд Европейского союза (*The Court of Justice of the European Union*) в знаменитом решении *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*⁸, по сути, выступил против любого отклонения национальных стандартов деликтной ответственности производителей от гармонизированного подхода. В данном деле истец *María Victoria González Sánchez* в 2002 г. обратилась в суд с требованием к *Medicina Asturiana SA* о возмещении вреда, причиненного переливанием зараженной крови. Нормы испанского деликтного права до имплементации Директивы 1985 г. устанавливали строгую ответственность за причинение подобного рода вреда. После вступления Испании в ЕС был принят специальный Закон об ответственности производителей, который признавал утратившим силу прежнее регулирование. В процессе судебного разбирательства национальные суды пришли к обоснованному выводу о том, что в данной части старое законодательство содержало более благоприятный для потерпевшего режим ответственности. В связи с этим встал вопрос по поводу толкования статьи 13 Директивы 1985 г., в соответствии с которой указанная Директива не затрагивает тех прав потерпевших, которые они имеют согласно законодательству о деликтной ответственности или специальной системе ответственности, существующим

⁷ См., например: решение Крымского районного суда Краснодарского края от 19 апреля 2022 г. по делу № 2-9/2022; определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 20 декабря 2023 г. № 88-26248/2023 по делу № 2-37/2022.

⁸ Case C 183/00, *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*, 2002 ECR I-03901. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0183>

в момент направления государствам-членам этой Директивы. Возникшую коллизию был призван разрешить Суд Европейского союза, который отметил, что Директива 1985 г. должна обеспечить наибольшую гармонизацию ответственности производителей, следовательно, «статья 13 Директивы не может быть истолкована как предоставляющая государствам-членам возможность поддерживать общую систему ответственности за качество товаров, отличную от той, которая предусмотрена Директивой». Кроме того, Суд сделал важное дополнение: государства могут создавать альтернативные системы ответственности, основанные, правда, на других условиях (например, на вине). В то же время, если в основании режима возмещения вреда лежит строгая ответственность, то последняя, во всяком случае, не должна отличаться от системы, предусмотренной в Директиве 1985 г. (Fairgrieve, 2005, 93).

Большие трудности с имплементацией Директивы 1985 г. возникли во Франции, где в силу особенностей национального деликтного права была достаточно развита строгая ответственность за вред, причиненный вещами (Zweigert & Kötz, 667–674). Из-за этого специальные нормы об ответственности производителей во Франции были приняты спустя 13 лет, в 1998 г., да и то под угрозой применения серьезных экономических санкций (Fairgrieve, 2005, 91).

Впрочем, можно ли считать ответственность, предусмотренную Директивой 1985 г. поистине строгой? Ведь если ответ будет недостаточно убедительным, то вышеуказанное решение о приоритете гармонизированной строгой ответственности окажется не вполне обоснованным. Вскоре после принятия Директивы 1985 г. в европейской доктрине появились весьма влиятельные сторонники подхода, согласно которому ответственность производителя основана на вине. К этой группе ученых можно причислить ряд немецких (например, Х. Кётц и Г. Вагнер) и английских (С. Виттакер) теоретиков.

Для начала охарактеризуем немецкую систему деликтной ответственности производителей. Итак, потерпевший в тех или иных обстоятельствах вправе выбрать один из двух возможных вариантов защиты. С одной стороны, ему доступен иск о возмещении вреда, причиненного виновными действиями производителя (общая норма § 823 ГГУ), с другой — он может руководствоваться специальным Законом об ответственности производителя (далее — Закон 1989 г.)⁹, который принят в соответствии с Директивой 1985 г. Последний источник устанавливает строгую ответственность.

В литературе отмечается, что наиболее популярным способом защиты является иск, предъявляемый в соответствии с § 823 ГГУ (Lenze, 2005, 102). Коль скоро речь идет о виновной ответственности, представляется важным идентифицировать надлежащий стандарт поведения, нарушение которого обуславливает упречность. Так, на производителей возлагается обязанность принимать технически возможные и экономически обоснованные меры предосторожности. При этом интенсивность подобной обязанности зависит от величины и вероятности реализации риска причинения вреда. С экономической точки зрения производитель действует виновно, когда предельные затраты на меры предосторожности меньше ожидаемого вреда (Shavell, 2003, 190). Нередко экономические соображения используются немецкими теоретиками для идентификации вины (например, Г. Вагнером (Wagner, 2017, 762)).

Обязанности производителя охватывают процесс от разработки товара до его производства и сбыта. На каждом этапе могут возникнуть определенные «дефекты». По этой причине в практике и доктрине выделяют три разновидности недостатков: конструктивные, производственные, информационные (Lenze, 2005, 103). Тем не менее в контексте виновной

⁹ Produkthaftungsgesetz (ProdhaftG) [Product Liability Act], Dec. 15, 1989, BGBl I at 2198, last amended by Gesetz [G], July 17, 2017, BGBl I at 2421. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_prodhaftg/englisch_prodhaftg.html

ответственности термин «дефект» может ввести в заблуждение, в связи с этим полезно помнить, что ответственность наступает именно за нарушение обязанностей, а не за наличие дефекта¹⁰. Как разъясняет Ш. Лэнце, термин «дефект» начал использоваться благодаря практике Федерального верховного суда Германии, который неоднократно подчеркивал, что на истца возлагается бремя доказывания недостатка (дефекта) товара в момент, когда он был введен в оборот, тогда как ответчик должен представить доказательства того, что, несмотря на наличие дефекта, производитель не нарушил обязанности по должной осмотрительности и, более того, не знал о недостатках и, соответственно, не предотвратил причинение вреда (Lenze, 2005, 103). Подобное рассуждение актуально при рассмотрении дел, связанных с производственными дефектами товаров, в то время как в ситуациях с конструктивными и информационными недостатками важную роль играет распределение бремени доказывания непосредственно вины.

Итак, кратко рассмотрим присущие производителю обязанности. Начнем с так называемых производственных обязанностей. В соответствии с принятыми в практике подходами, под ними понимаются обязанности по организации производственного процесса (Ahrens & Spickhoff, 2022, 286). В сущности, от производителей требуется отражать во внутренней документации все возможные этапы проверок на стадии производства товара. В тех случаях, когда товар не соответствует своему безопасному назначению, идет речь о производственном дефекте. Истцу необходимо доказать, что товар функционировал таким образом, который обычно (в сравнимых обстоятельствах) является результатом дефекта. Кроме того, в отличие от регулирования, предусмотренного Директивой 1985 г., он должен доказать, что товар в момент реализации был с недостатками (Lenze, 2005, 103). В действительности бремя доказывания для потерпевшего подчас более строгое. Тем не менее, если он все же подтвердит наличие производственного дефекта, то это будет означать *prima facie* нарушение стандарта поведения. Производитель может освободиться от ответственности при условии представления доказательств того, что разумных мер предосторожности для обнаружения и/или предотвращения дефекта не существовало¹¹.

Второй вид обязанностей — конструктивные — связан с небезопасностью самой конструкции. Например, стул не должен иметь всего одну опору (Ahrens & Spickhoff, 2022, 286). Для установления нарушений стандарта поведения требуется определить, что сделал изготовитель для снижения риска причинения вреда. При этом товар имеет конструктивные недостатки, если, во-первых, его общая безопасность могла быть повышена посредством изменения конструкции и, во-вторых, дополнительные выгоды от подобной модификации перевешивают возможные издержки (Lenze, 2005, 104)¹². В конечном итоге, чтобы доказать наличие дефекта

¹⁰ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Nov. 26, 1968, 51 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 91 (Ger.); Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Nov. 24, 1968, 67 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 359 (Ger.).

¹¹ BGHZ 51, 91, 105 ff.; Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] June 7, 1988, 104 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 323, 325 ff (Ger.).

¹² Речь идет о так называемом тесте на полезность риска. Существуют два подхода к определению конструктивной безопасности товара: тест потребительских ожиданий (*consumer expectations test*) и тест на полезность риска (*risk-utility test*). В соответствии с первым подходом дефект (недостаток) товара устанавливается исходя из несоответствия оправданным потребительским ожиданиям. Негативной чертой такого способа определения дефекта следует признать размытый критерий потребительских ожиданий. Второй подход гласит, что товар считается дефектным в том случае, когда производитель мог выбрать более безопасную альтернативную конструкцию с минимальными издержками. Строго говоря, сравниваются гипотетические расходы и выгоды от альтернативной безопасной конструкции (Wagner, 2017, 732–733).

и, следовательно, нарушение *prima facie* конструктивной обязанности, истцу достаточно указать на существование более безопасной альтернативной конструкции. Кроме того, изготовитель не может апеллировать к тому обстоятельству, что с учетом состояния научно-технических знаний на момент сбыта он не мог знать о дефекте¹³.

Наконец, последняя обязанность заключается в надлежащем информировании потенциальных потерпевших (информационные обязанности). Коль скоро невозможно разработать безопасный продукт, изготовителю надлежит предоставить соответствующие ясные инструкции, а также предупреждения для уменьшения рисков причинения вреда, в сущности, дать возможность потребителям сделать осознанный выбор, желают ли они принять этот риск или нет (Lenze, 2005, 105).

Альтернативная возможность защиты потерпевшего установлена, как мы уже отмечали, специальным Законом 1989 г., принятым в развитие положений Директивы 1985 г. В соответствии с § 3 указанного Закона товар является дефектным, если он не обеспечивает безопасность, на которую лицо вправе рассчитывать, с учетом всех подлежащих учету обстоятельств, в том числе:

- а) внешний вид продукта;
- б) ожидаемые в разумных пределах способы использования продукта;
- с) время выпуска продукта в оборот.

Настоящий параграф полностью повторяет ст. 6 Директивы 1985 г. Как видно, в § 3 Закона 1989 г. отсутствуют различные виды дефектов. По этой причине немецкие суды стали активно использовать разработанные в теории и на практике подходы к определению недостатков в сфере виновной ответственности. В результате получилось так, что полноценный режим строгой ответственности по Закону 1989 г. существует лишь формально (Lenze, 2005, 107). Это позволяет Г. Вагнеру заявить следующее: «...понятие недостатка (дефекта) товара включает в себе обязанность по должной осмотрительности, возложенную на производителя. Строго говоря, товар является дефектным, если производитель не проявил надлежащей осмотрительности при его разработке и не проинформировал потребителя требуемым образом. Поэтому в судебной практике, по крайней мере в отношении конструктивных и информационных дефектов, признается, что понятие недостатка товара в § 3 Закона 1989 г. содержит тот же стандарт, которым изготовитель должен руководствоваться в контексте § 823 ГГУ. По сути, понятие дефекта в специальном законе идентично понятию недостатка товара в общем деликтном праве» (Wagner, 2017, 711).

Таким образом, несмотря на принятый в развитие положений Директивы 1985 г. специальный Закон об ответственности производителя, в немецкой доктрине и практике признается, что изготовители, по сути, отвечают за нарушение принятых на себя обязанностей, иными словами, отвечают за вину.

На самом деле, признаки виновной ответственности можно обнаружить и в самой Директиве 1985 г. Так, комментируя положения ст. 7 Директивы 1985 г. об освобождении производителя от ответственности в тех случаях, когда состояние научных и технических познаний не обеспечивало возможность обнаружить дефект, С. Виттакер пишет: «[В результате принятия Директивы] провозглашается ответственность, которая является внешне строгой, а по существу основана на вине» (Whittaker, 1985, 241). Авторы этого положения отчасти вдохновлялись американским правом. Так, в известном деле *Bruce v. Martin-Marietta Corp.*¹⁴ в результате крушения самолета в 1970 г. пострадало большое количество людей. Как было установлено, на борту судна

¹³ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Oct 18, 1960, 1960 Versicherungsrecht [VersR] 1095, 1096 (Ger.).

¹⁴ *Bruce v. Martin-Marietta Corp.*, 418 F. Supp. 829 (W.D. Okla. 1975).

существовали дефекты в креплении сидений, а также отсутствовали надлежащие средства защиты от огня. К производителю был предъявлен иск о возмещении причиненного вреда. Суд постановил, что на момент проектирования и введения в оборот воздушного судна (1952 г.), оно отвечало всем разумным стандартам безопасности. Поскольку истцы не доказали, что обычный потребитель ожидал бы, что самолет, произведенный в 1952 г., будет иметь такие же характеристики безопасности, как самолет, изготовленный в 1970 г., суд пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения их требований.

В контексте ст. 7 Директивы 1985 г. речь идет об объективном знании производителя, строго говоря, о том, что последний должен был знать. В сущности, это предопределяет уточнение стандартов поведения, что характерно для виновной ответственности. Наличие в перечне обстоятельств, исключающих ответственность производителя, «состояния научных и технических знаний» фактически сводит на нет эффективность декларируемого Директивой 1985 г. режима строгой ответственности (Whittaker, 1985, 258).

Впрочем, в доктрине приводится несколько заслуживающих внимания аргументов в пользу сохранения такого обстоятельства. Во-первых, наложение ответственности без учета «состояния научных и технических знаний» на момент выпуска товара в оборот препятствует инновациям, как следствие, лишь затормозит развитие технологического прогресса (Whittaker, 1985, 259). Такое соображение, на наш взгляд, свойственно политико-правовому обоснованию, правда, как деликтное право в целом, так и ответственность производителя в частности насыщены обсуждением вопросов эффективности и целесообразности (Stapleton, 1996, 90–118). Думается, что основная причина кроется в отсутствии предшествующего деликтному взаимодействию четкого осознания баланса конкурирующих интересов. Если в договорной коммуникации этот баланс установить достаточно просто, поскольку стороны сами вступают в известные отношения, то с деликтами все гораздо сложнее.

С первым аргументом отчасти связан и второй: отсутствие такой защиты у производителя неминуемо приведет к повышению результирующих цен на товары. Тогда возникает вполне резонный вопрос: соответствует ли действительности подобное рассуждение? Ведь в российском праве, как было указано выше, ответственность производителя, по сути, является абсолютной, однако цены на товары подчас значительно ниже европейских. Кажется, что режим ответственности не является столь значимым фактором, гораздо важнее присуждаемые потерпевшим суммы возмещения вреда.

В целом вряд ли можно найти хоть какие-то надлежащие правовые соображения в пользу существования такого обстоятельства, исключающего ответственность производителя, как «состояние научных и технических знаний» на момент выпуска товара в оборот.

В качестве промежуточных итогов можно отметить следующее. Во-первых, регулирование ответственности производителей в Европе складывается из двух частей: норм национального права, а также гармонизированной ответственности по Директиве 1985 г. Во-вторых, в европейской доктрине и практике отсутствует консенсус относительно режима гармонизированной ответственности. С одной стороны, в ее основе лежит идея ответственности без вины, с другой — высказывается небезосновательное мнение о том, что, на самом деле, в директиве установлен режим виновной ответственности. В-третьих, на примере немецкого правопорядка удалось выявить, что, несмотря на утвержденный специальным законом режим строгой ответственности, на практике суды нередко ориентируются на нарушение производителем стандартов поведения, что лишний раз свидетельствует о виновной ответственности.

Вектор основных европейских исследований, как будет показано в дальнейшем, направлен на выявление новых стандартов осмотрительности производителей в цифровую эпоху.

2. Современные вызовы деликтной ответственности производителей

Итак, в европейской доктрине деликтного права выделяют как минимум шесть существенных проблем, возникающих в контексте цифровизации. Первая касается усложнения самих товаров, иными словами, современная эпоха обуславливает появление вещей, снабженных весьма нетривиальными техническими решениями. В связи с этим возникает вопрос: распространяется ли действие Директивы 1985 г. на ответственность изготовителей подобного рода товаров? Дело в том, что в соответствии со ст. 2 Директивы 1985 г. под товаром понимается любая движимая вещь, даже если она входит в состав другой движимой вещи или недвижимости. Можно ли утверждать, что разработанное программное обеспечение попадает в орбиту регулирования указанной статьи? Надлежит разделять случаи, когда производитель устанавливает программное обеспечение в свой товар, например беспилотный автомобиль, и ситуации, в которых потребитель загружает какой-либо программный продукт на принадлежащую ему вещь (Wagner, 2017, 714–715). Первый пример охватывается гармонизированной ответственностью, тогда как второй не подпадает под ее действие.

Г. Вагнер описывает довольно любопытную историю преодоления столь ригидной ст. 2 Директивы 1985 г. Так, если устанавливаемая потерпевшим программа содержалась на материальном носителе, то гармонизированная ответственность распространялась на случаи причинения вреда (Wagner, 2017, 714–715). Например, лицо использует компакт-диск или флеш-карту для загрузки известной программы на компьютер, при таких обстоятельствах программа будет считаться товаром по смыслу ст. 2 Директивы 1985 г. Однако в современных условиях, когда основная часть разрабатываемых программ содержится в облачных сервисах, а материальные носители уходят в прошлое, признать программное обеспечение движимым имуществом весьма непросто.

Дополнительную сложность представляет большое количество «цифровых» услуг, оказываемых разработчиками устанавливаемых приложений. Так, если пользователь современного автомобиля загружает сервис навигации, который впоследствии из-за неверного предоставления информации о дорожно-транспортном движении служит причиной аварии, он не может претендовать на повышенную защиту, предусмотренную Директивой 1985 г., поскольку последняя вовсе не охватывает оказания услуг (Wagner, 2022, 203).

Вторая проблема заключается в усложнении посреднических цепочек и появлении новых потенциальных субъектов ответственности. В соответствии с п. 1 ст. 3 Директивы 1985 г. термин «производитель» обозначает производителя конечной продукции, производителя сырых материалов или производителя составных компонентов, а также любое лицо, которое посредством помещения своего имени, товарного знака или других отличительных указаний на продукте представляет себя в качестве его производителя. При этом любое лицо, которое импортирует на территорию Европейского союза товар, может рассматриваться в качестве производителя (п. 2 той же статьи). В случае невозможности установления производителя определенного продукта в качестве его производителя признается каждый его поставщик, если последний в разумный срок не проинформирует лицо, понесшее ущерб, о личности производителя или лица, поставившего ему данный продукт (п. 3 ст. 3 Директивы 1985 г.).

Субъектом гармонизированной ответственности признается главным образом изготовитель товара. Продавец или поставщик по общему правилу не является субъектом данного вида

ответственности, если обеспечил потерпевшему возможность предъявления иска к изготовителю или импортеру (Kratenko, 2022, 176–178).

Кажется, что столь детальное регулирование не должно оставлять никаких пробелов. Но даже в случае применения на первый взгляд логичной статьи 3 Директивы встают вопросы относительно установления надлежащего субъекта ответственности. Например, зачастую дефект составного компонента можно выявить лишь при его функционировании в конечном продукте. Дело в том, что запчасть поставщика может прекрасно работать в одном товаре, но в другом приводить к вредоносным последствиям. Кто в таком случае несет ответственность — конечный производитель или поставщик? Отчасти эта проблема решается с помощью п. f ст. 7 Директивы 1985 г., согласно которому поставщик составного компонента не будет признан ответственным, если докажет, что недостаток вызван конструкцией товара, в который был включен данный компонент. Однако возможно ли применить эти размышления к разработчику программного обеспечения, который осознает, что программа фактически не подходит для включения в конечный продукт или что она не будет гармонизировать с другими программами, которые конечный производитель намерен установить (Wagner, 2017, 724–725)? Теперь попытаемся представить себе современный процесс изготовления беспилотного транспортного средства: почти все этапы производства обусловлены взаимодействием с группой поставщиков, каждому из которых уготована определенная роль. Разумеется, вопрос об ответственности отдельных поставщиков будет приобретать все большее значение.

С усложнением цепочек поставок связана в некоторой степени третья проблема. Одной из новых возможностей, открывшихся в результате развития средств коммуникации в целом и сети Интернет в частности, стала электронная торговля (*e-commerce*), которая сопровождается относительно новым видом ретейлового бизнеса — торговлей через агрегаторы (Suvorov, 2019, 57–58). Директива 1985 г. напрямую не охватывает ответственность владельцев агрегаторов, роль которых в современной торговле неуклонно возрастает. С одной стороны, в тех случаях, когда владельцы агрегаторов размещают свой товарный знак или другие отличительные характеристики на продукте, они могут признаваться субъектами ответственности, с другой — нередко в договорах с потребителями владельцы соответствующих платформ подчеркивают, что выполняют исключительно информационную и посредническую функции. Несмотря на это, у многих потребителей складывается устойчивое впечатление, будто они вступают в отношения непосредственно с платформой (Markelova, 2021).

Четвертой проблемой представляется возросшая сложность доказывания потерпевшим наличия дефекта товара и причинно-следственной связи между таким недостатком и возникшим вредом. Так, в соответствии со ст. 4 Директивы 1985 г. на потерпевшего возлагается обязанность доказать наличие ущерба, неисправности и причинной связи между неисправностью и ущербом. Такое перераспределение бремени доказывания приводит к несправедливым результатам в случае ответственности за вред, причиненный ИИ. В литературе совершенно справедливо подчеркивается тот факт, что наибольшей трансформации подверглась причинно-следственная связь, поскольку нередко на работу алгоритма влияют множество факторов: архитектура ИИ, используемые методы и тип обучения, количество и качество обучающих датасетов, процесс обучения, настройка гиперпараметров, а также способ эксплуатации (Nikitenko, 2023).

В качестве пятой проблемы можно обозначить понятие вреда в цифровую эпоху. Дело в том, что по логике ст. 9 Директивы 1985 г. подлежит возмещению вред, причиненный жизни или здоровью потерпевшего, а также ущерб, связанный с повреждением вещей, используемых в исключительно потребительских целях, при этом его размер не должен быть меньше 500 евро.

Допустимо ли считать, что настоящая норма охватывает также удаление или порчу наиболее ценной для пострадавшего информации? Характерный пример: вследствие установки дефектного приложения на смартфон потерпевшего личная и особо ценная информация была удалена. Как отмечается в доктрине, статья 9 Директивы 1985 г. не включает подобного рода вред (Wagner, 2022, 211). Нельзя отрицать тот факт, что в современном мире все большее значение приобретает информация, поэтому отказ в компенсации за ее уничтожение или повреждение видится совершенно несправедливым.

Наконец, шестая проблема связана с ответственностью производителей за товары, снабженные технологией ИИ. Кажется, что этот вопрос уместно рассматривать в контексте первой рубрики. Однако существенная специфика обуславливает необходимость выделить ИИ в отдельную категорию. Действительно, когда речь заходит об ИИ, в доктрине раздаются прямо противоположные голоса: от признания правосубъектности ИИ (Stepanov, 2021a, 24) до всеобъемлющего страхования ответственности за вред, нанесенный посредством ИИ (Faure & Li, 2022). Такая разнообразная палитра взглядов продиктована отсутствием антропоцентрического стандарта, который применялся бы к оценке поведения ИИ (Wagner, 2017, 733; Selbst, 2020, 1343). Ведь деликтное право исходит из известной посылки о том, что для определения минимального уровня заботы и осмотрительности надлежит использовать гипотетическое поведение среднего и разумного лица (Borges, 2016, 272, 275). В соответствии с этой точкой зрения ИИ действует упречно, когда не принимает мер предосторожности, которые ожидалось от среднего и разумного лица. Для иллюстрации неудовлетворительности подобного подхода можно привести показательные примеры из литературы: ИИ, играющий с человеком в шахматы и настроенный таким образом, чтобы ни в коем случае не проиграть, предчувствуя поражение, сообщает о вероятном минировании комнаты, в которой идет партия (Selbst, 2020, 1343). Может ли среднее и разумное лицо предвидеть подобный исход? Очевидно, ответ должен быть отрицательным. Следующий пример: в 2016 г. новость о безоговорочной победе в игре го¹⁵ программы *AlphaGo* попала на страницы таблоидов из-за того, что она обыграла чемпиона мира. В определенный момент матча программа выполнила настолько странный ход, который, по словам экспертов, «не сделал бы ни один человек», как выяснилось впоследствии, именно такая стратегия позволила *AlphaGo* выиграть¹⁶. Все примеры призваны лишний раз подтвердить тезис о том, что стандарты осмотрительности в случае причинения вреда посредством ИИ должны отличаться от антропоцентрической модели.

После выявления основных проблем, связанных с деликтной ответственностью производителей в цифровую эпоху, перейдем к предложениям по их решению.

3. Предложения по реформированию системы деликтной ответственности производителей в Европе

Итак, Предложения по изменению Директивы 1985 г. в определенном смысле несут революционный для европейского правового ландшафта характер. Несмотря на заявленный в пояснительной записке принцип пропорциональности, провозглашающий баланс интересов производителей и потребителей, можно предположить, что акцент сместился именно на защиту интересов потребителей.

¹⁵ Логическая настольная игра с глубоким стратегическим содержанием, возникшая в Древнем Китае.

¹⁶ Metz, C. (2016, Mar. 16). In two moves, AlphaGo and Lee Sedol redefined the future. *Wired*. <https://www.wired.com/2016/03/two-moves-alphago-lee-sedol-redefined-future/>

Значительным образом расширяется понятие товара. Так, статья 4 Предложений по изменению Директивы 1985 г. подчеркивает, что под товаром необходимо понимать любую движимую вещь, даже если она входит в состав другой движимой вещи или недвижимости, а также электроэнергию, цифровые файлы и программное обеспечение. При этом цифровой файл означает цифровую версию движимой вещи. В качестве примера в литературе приводятся файлы для 3D-печати (Wagner, 2022, 200).

В отношении программного обеспечения нет единой точки зрения. В пояснительной записке указывается, что разработчики открытого программного обеспечения (каждый может изменять или дорабатывать исходный код) не должны привлекаться к ответственности в тех случаях, когда его использование не связано с коммерческими целями¹⁷. В ином случае это будет препятствовать развитию инноваций и технологий. В самих Предложениях по изменению Директивы 1985 г. отсутствует положение об исключении открытого программного обеспечения из сферы действия будущей директивы. По-видимому, ключевую роль здесь сыграло то обстоятельство, что распространение открытого программного обеспечения часто происходит на возмездной основе, ситуации же некоммерческого использования весьма редки.

В орбиту действия будущей директивы включаются также так называемые цифровые услуги. При этом отмечается, что директива не должна применяться к обычным услугам. Цифровые услуги надлежит рассматривать в качестве компонентов конечного продукта, если их предоставление связано с рекомендациями производителя и они осуществляются непосредственно под его контролем. Кроме того, в определении понятия цифровой услуги, которое дается в п. 4 ст. 4 Предложений по изменению Директивы, подчеркивается, что необходимым условием для признания услуги связанной с продуктом является то обстоятельство, что ее отсутствие не позволяет товару выполнять одну или несколько функций. Так, разработчик навигационного приложения должен нести ответственность за ошибки в предоставлении недостоверной информации о дорожном движении, тогда как производитель смартфона, на котором установлена данная программа, к ответственности привлечен быть не может (Wagner, 2022, 203). Ведь само по себе приложение никак не связано с работой телефона.

Необходимо обратить внимание и на расширение понятия недостатка (дефекта) товара.

Статья 6 Директивы 1985 г.

1. Продукт признается имеющим недостаток (дефект), когда он не обеспечивает безопасность, на которую лицо вправе рассчитывать, с учетом всех подлежащих учету обстоятельств, в том числе:

- а) внешний вид продукта;
- б) ожидаемые в разумных пределах способы использования продукта;

Статья 6 Предложений по изменению Директивы 1985 г.

1. Продукт признается имеющим недостаток (дефект), когда он не обеспечивает безопасность, на которую лицо вправе рассчитывать, с учетом всех подлежащих учету обстоятельств, в том числе:

- а) презентация продукта, включая инструкции по установке, использованию и обслуживанию;
- б) ожидаемые в разумных пределах способы правильного и не-правильного использования продукта;
- с) влияние на продукт любой способности к обновлению после введения в оборот;
- д) влияние на продукт других товаров, которые, как можно предположить, будут использоваться вместе с продуктом;

¹⁷ Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, at 16, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022).

- с) время выпуска продукта в оборот.
2. Продукт не может считаться имеющим недостаток (дефект) лишь на том основании, что позднее в оборот был выпущен более совершенный продукт.
- е) момент времени, когда продукт был выпущен на рынок или введен в эксплуатацию, или, если производитель сохраняет контроль над продуктом после этого момента, момент времени, когда продукт вышел из-под контроля производителя;
- f) требования к безопасности товара, включая требования к кибербезопасности;
- g) любое вмешательство регулирующего органа или экономического оператора, упомянутого в ст. 7, связанное с безопасностью продукции;
- h) конкретные ожидания конечных пользователей, для которых предназначен товар.
2. Продукт не может считаться имеющим недостаток (дефект) лишь на том основании, что позднее в оборот был выпущен более совершенный продукт, включая обновления (*upgrade* и *update*).

Как видно, статья 6 Предложений по изменению Директивы 1985 г. предлагает достаточно обширный перечень обстоятельств, подлежащих учету при определении недостатка (дефекта). В доктрине высказывается точка зрения, согласно которой в настоящей статье воплощена так называемая динамическая концепция недостатка (дефекта) товара (Wagner, 2022, 206). В отличие от обычных продуктов цифровые товары остаются подконтрольными производителю даже после их ввода в оборот. Так, у изготовителей сохраняется возможность по обновлению, например, программного обеспечения, что, в частности, должно влиять на оценку дефектности товара (подп. с и е п. 1 ст. 6). Вопрос о том, обязаны ли производители предоставлять обновления (*upgrade* и *update*) находящимся под их контролем цифровым товарам, имеет большое значение при привлечении их к ответственности. Дело в том, что в соответствии с Директивой 1985 г. ключевой период, когда устанавливается наличие дефекта, имеет место до введения в оборот товара, иными словами, ответственность производителя за нарушение обязанности по контролю продукта после его ввода в оборот не признается. Напротив, подп. е п. 1 ст. 6 Предложений по изменению Директивы 1985 г. включает обновления, установленные после введения в оборот товара, в предмет, относящийся к оценке дефектности. Более того, подп. с п. 1 ст. 10 Предложений по изменению Директивы 1985 г. устанавливает, в сущности, обязанность всячески повышать безопасность товара после его ввода в оборот посредством обновлений (*upgrade* и *update*). Строго говоря, на производителя возлагается дополнительное бремя по обеспечению обновлений продукта, правда, не совсем ясно, в течение какого периода времени должна существовать такая обязанность. Интуитивно кажется, что она не может быть вечной, а должна ограничиваться разумным сроком. К сожалению, в Предложениях по изменению Директивы 1985 г. отсутствует решение указанной проблемы.

Повышенная защита интересов потребителей требует привлечения к ответственности новых субъектов. В качестве таковых в Предложениях по изменению Директивы 1985 г. поименованы: производитель¹⁸; уполномоченный представитель¹⁹;

¹⁸ В соответствии с п. 11 ст. 4 Предложений по изменению Директивы любое физическое или юридическое лицо, которое разрабатывает, производит или выпускает товар, или поручает разработку или производство продукта, или продает этот продукт под своим именем или торговой маркой, или разрабатывает, производит или выпускает продукт для собственного использования.

¹⁹ Согласно п. 12 ст. 4 Предложений по изменению Директивы любое физическое или юридическое лицо, учрежденное на территории ЕС, которое получило письменное полномочие от производителя действовать от его имени.

импортер²⁰; лицо, оказывающее сопутствующие услуги²¹; дистрибьютор²²; экономический оператор²³; владелец агрегатора. При этом понятие «экономический оператор» является обобщающим. Обилие субъектов предопределяет необходимость установить, в каком порядке привлекаются к ответственности указанные лица. Статья 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г. предлагает следующий алгоритм: главным субъектом ответственности по-прежнему признается производитель (п. 1). Однако в тех случаях, когда он находится за пределами ЕС, импортер или уполномоченный представитель должны отвечать за вред, причиненный вследствие дефекта товара (п. 2). В то же время, если вышеперечисленные лица отсутствуют на территории ЕС, то у потерпевшего должна быть возможность обратиться с иском против лиц, оказывающих сопутствующие услуги (п. 3). В доктрине раскрывается причина, по которой они должны привлекаться к ответственности наряду с производителями и уполномоченными представителями (Wagner, 2022, 212). Так, представим следующую ситуацию: производитель зарегистрирован в Китае, а дефектный продукт распространяется на электронной торговой площадке, зарегистрированной в Гонконге. Если бы у потерпевшего отсутствовала возможность обратиться с требованием о возмещении вреда к лицу, осуществляющему сопутствующие услуги, то единственным субъектом ответственности был бы производитель. Разумеется, это возлагало бы на пострадавшего чрезмерные издержки по его обнаружению. Именно для улучшения положения потерпевшего было принято решение о привлечении к ответственности лиц, осуществляющих складирование, упаковку, отправку дефектного товара, т.е., в сущности, реализующих сопутствующие услуги.

Наконец, нередко лица, обозначенные в п. 1 и 2 ст. 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г., находясь за пределами ЕС (или их невозможно определить), тогда к ответственности может быть привлечен дистрибьютор. Тем не менее п. 5 ст. 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г. устанавливает ряд условий. Во-первых, истец должен обратиться к дистрибьютору с просьбой раскрыть информацию об экономическом операторе, во-вторых, для дистрибьютора устанавливается срок в один месяц, чтобы исполнить требования пострадавшего. По мнению Г. Вагнера, речь идет о субсидиарной ответственности дистрибьюторов (Wagner, 2022, 2013). Аналогичный подход применяется и к владельцам агрегаторов (п. 6 ст. 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г.).

Подобное решение накладывает дополнительные издержки на потребителя. Почему выбрана именно такая модель? Ведь на первый взгляд для целей наибольшей защиты прав потерпевших разумней было бы позволить им предъявлять требования к любому из вышеперечисленных лиц по выбору истца. Однако на такую возможность указывается лишь для случаев, когда производитель товара включает дефектный компонент другого изготовителя. В подобных обстоятельствах потерпевший вправе обратиться с иском о возмещении вреда либо

²⁰ Пункт 13 ст. 4 Предложений по изменению Директивы определяет импортера в качестве любого физического лица или юридического лица, учрежденного на территории ЕС, которое размещает товар из третьей страны на рынке Союза.

²¹ В соответствии с п. 14 ст. 4 Предложений по изменению Директивы любое физическое или юридическое лицо, которое предлагает в ходе коммерческой деятельности не менее двух из следующих услуг: складирование, упаковка, адресация и отправка продукта, не имея права собственности на продукт, за исключением почтовых услуг, услуг по доставке посылок или услуг по перевозке грузов.

²² Согласно п. 15 ст. 4 Предложений по изменению Директивы любое физическое или юридическое лицо в цепочке поставок, кроме производителя или импортера, которое делает продукт доступным на рынке.

²³ Пункт 16 ст. 4 Предложений по изменению Директивы определяет экономического оператора как производителя продукта или компонента, поставщика соответствующих услуг, уполномоченного представителя, импортера, поставщика сопутствующих услуг или дистрибьютора.

к производителю товара, либо к изготовителю дефектного компонента (§ 26 Предложений по изменению Директивы 1985 г.)²⁴. Кроме того, в § 40 Предложений по изменению Директивы 1985 г. при описании этой же ситуации говорится о солидарной ответственности²⁵. В ст. 11 Предложений по изменению Директивы 1985 г. содержится указание на то, что когда два и более экономических оператора несут ответственность за один и тот же вред, то они могут быть привлечены к солидарной ответственности.

Тем не менее, по нашему мнению, механизм привлечения обозначенных в ст. 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г. субъектов к ответственности также представляет собой пример солидарной ответственности. Если исходить из гипотезы о том, что субсидиарная ответственность является подвидом солидарной ответственности, когда в компоненте обязательства одного из должников нет долженствования к определенному поведению по отношению к кредитору, а только ответственность за действия лица, в обязательстве которого такое долженствование есть, то можно с уверенностью отнести указанный порядок предъявления требований к солидарной ответственности (Tololaeva, 2020, 126–128). Действительно, нормы, посвященные определению недостатков (дефектов) адресованы производителям товаров, тогда как все остальные лица несут ответственность за их поведение.

Отличительной особенностью европейского подхода представляется порядок предъявления требований. Если по российскому праву потерпевший может обратиться с требованием как к производителю, так и к продавцу²⁶, то европейский регулятор предписывает во всяком случае обращаться к производителю.

Заслуживает внимания ответственность владельцев агрегаторов, поскольку и в отечественной доктрине не утихают споры об их роли. Как видно из п. 6 ст. 7 Предложений по изменению Директивы 1985 г., они могут быть привлечены к субсидиарной ответственности. При этом необходимо, чтобы у среднестатистического и разумного потребителя сложилось впечатление, будто он вступает в отношения непосредственно с агрегатором²⁷.

Впрочем, в практике некоторых зарубежных стран обнаруживается более пропотребительский подход. Например, в США в деле *Loomis v. Amazon.com LLC*²⁸ суд возложил ответственность на компанию *Amazon*, мотивировав это тем, что агрегатору не составляет больших издержек контролировать вопросы безопасности (так называемый принцип *cheapest cost avoider*). Как отметил судья Дж. Уайли, «*Amazon* может контролировать свою сферу <...> путем принятия экономически эффективных мер по минимизации случаев причинения вреда, связанных с дефектами товаров, которые реализуются на сайте компании, в свою очередь, строгая ответственность стимулирует *Amazon* прикладывать усилия по обеспечению безопасности».

²⁴ “Where a manufacturer integrates a defective component from another manufacturer into a product, an injured person should be able to seek compensation for the same damage from either the manufacturer of the product or from the manufacturer of the component” (*Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products*, at 18, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)).

²⁵ “In such a case, the injured person should be able to seek compensation both from the manufacturer that integrated the defective component into its product and from the manufacturer of the defective component itself. In order to ensure consumer protection, all parties should be held liable jointly and severally in such situations” (*Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products*, at 22, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)).

²⁶ Стоит отметить, что устоявшейся точки зрения относительно порядка привлечения к ответственности изготовителя и продавца в отечественном праве нет (Kratenko, 2022).

²⁷ *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products*, at 18, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)

²⁸ *Loomis v. Amazon.com LLC*, 277 Cal.Rptr.3d 769, 63 Cal.App.5th 466 (Cal. Ct. App. 2021).

В наиболее ранних делах, где суды отказывали в привлечении к ответственности владельцев агрегаторов, ключевым аргументом было то, что они не приобретали права собственности на товар, следовательно, не рассматривались в качестве продавцов. Так, в споре *Eberhart v. Amazon.com, Inc.* суд указал на то, что обладание правом на товар является неотъемлемым условием привлечения лица к ответственности, а поскольку компания *Amazon* действует в качестве посредника, который подобного права лишен, она не может нести бремя ответственности²⁹. Вскоре Окружной суд Нью-Йорка усилил эту позицию, отметив, что *Amazon* зачастую не осведомлена о том, кто является производителем товара, по этой причине она не имеет возможности повлиять на выбор мер предосторожности изготовителем³⁰.

Насколько такие решения обоснованны? Ведь компании, занимающиеся электронной торговлей, нередко создают впечатление у разумных потребителей о том, что именно они являются продавцами. В доктрине было предложено обратиться к принципу *cheapest cost avoider*, в соответствии с которым делинквент знает о соответствующих рисках причинения вреда, а также имеет контроль над ними (Sharkley, 2022, 1337). Достаточная эмпирическая база, изученная американскими судами, подтвердила тот факт, что владельцу крупного агрегатора не затратно принимать меры предосторожности, связанные с сокращением количества потенциальных случаев причинения вреда. Более того, ожидаемая выгода от таких мер превышает издержки на их принятие (Sharkley, 2022, 1344–1345). О каких мерах идет речь? Так, договор о размещении товара между агрегатором и продавцом может содержать требования к безопасности того или иного продукта, условия о страховании. Помимо прочего, у владельца агрегатора остается возможность блокирования аккаунтов продавцов дефектных товаров. Как верно отмечает К. Шаркли, «каждые несколько минут алгоритмы агрегаторов анализируют сотни миллионов товаров; около пяти миллиардов ежедневных попыток изменения информации о продукте; рассматривают десятки миллионов отзывов покупателей, поступающих ежедневно, о наличии проблем и проводят надлежащие расследования; <...> алгоритмы постоянно обучаются и совершенствуются, что говорит о возможности блокирования подозрительных товаров» (Sharkley, 2022, 1346). В этом же ключе можно рассматривать ряд высказываний судьи Дж. Уайли в обозначенном деле *Loomis v. Amazon.com LLC*: «Компания *Amazon* находится в лучшем положении, чем ее клиенты, чтобы узнавать о дефектах вещей, представленных на ее сайте, и бороться с ними»; «*Amazon* быстро узнает о различных проблемах и может устранить их, уменьшив тем самым количество случаев причинения вреда, <...> например, компания в состоянии предотвратить опасность, остановив реализацию товара»³¹.

Интересно, что в отечественной практике присутствуют дела, в которых суды возлагают ответственность за вред, причиненный вследствие недостатка товара, на владельца агрегатора, а не на продавцов³². В целом подобный подход заслуживает поддержки, поскольку он стимулирует владельца агрегатора вкладывать больше средств в обеспечение безопасности (Markelova, 2021).

Следующий блок проблем, который был обозначен нами, касается определения понятия вреда. Сопоставим легальные интерпретации вреда.

²⁹ *Eberhart v. Amazon.com, Inc.*, 325 F. Supp. 3d 393.

³⁰ *Philadelphia Indemnity Insurance Co. v. Amazon.com, Inc. Phila. Indem. Ins. Co. v. Amazon.com, Inc.*, 425 F. Supp. 3d 158 (E.D.N.Y. 2019).

³¹ *Loomis v. Amazon.com LLC*, 277 Cal.Rptr.3d 769, 63 Cal.App.5th 466 (Cal. Ct. App. 2021).

³² Например, см. решение Клинского городского суда Московской области от 31 октября 2022 г. по делу № 2-2934/2022.

Статья 9 Директивы 1985 г.

В статье 1 термин «вред» обозначает:

а) вред, причиненный жизни или здоровью лица;

б) ущерб или разрушение любого объекта собственности, за исключением самого товара с недостатками, наименьший предел которого составляет 500 евро, при условии, что объект собственности:

1) относится к категории тех, которые в обычных условиях предназначаются для частного пользования или потребления, или

2) применялся лицом, которому причинен вред, для собственного частного пользования или потребления.

Настоящая статья не затрагивает национальных положений в отношении нематериального ущерба.

Пункт 6 ст. 4 Предложений по изменению Директивы 1985 г.

Термин «вред» означает имущественные потери вследствие:

а) смерти или повреждения здоровья, включая признанный с медицинской точки зрения вред психологическому здоровью;

б) повреждения или уничтожение любого имущества, за исключением:

1) самого товара с недостатками;

2) товара, поврежденного дефектным компонентом этого изделия;

3) имущества, используемого главным образом в коммерческих целях;

с) уничтожения или повреждения данных (информации), которые не используются главным образом в коммерческих целях.

Здесь следует обратить внимание на три важных момента. Первым представляется расширение объема категории имущественного вреда, поскольку в перечень охраняемых благ включаются вещи, используемые как в коммерческих, так и в потребительских целях. Это достигается посредством толкования словосочетания «главным образом в коммерческих целях» (*used exclusively for professional purposes*). Как отмечается в доктрине, подобное положение позволяет рассматривать недвижимые вещи, применяющиеся в предпринимательских целях, при их повреждении дефектными движимыми вещами в контексте новой директивы (например, «умные» терморегуляторы и прочие устройства «умного» дома) (Wagner, 2022, 209). Думается, что вскоре появится возможность вовсе отказаться от нелепого ограничения ответственности производителей лишь потребительской сферой. Если раньше перед правопорядком стояла задача защитить «слабую сторону» от массового производства некачественного товара, то сегодня цель заключается в том, чтобы стимулировать производителей к принятию надлежащих мер предосторожности вне зависимости от коммерческого или потребительского характера использования имущества (Wagner, 2022, 209–210).

В качестве второго элемента можно смело назвать повреждение данных. Как мы отмечали в предыдущем подразделе, уничтожение информации не подпадало под действие Директивы 1985 г. Теперь предлагается компенсировать вред от потери информации, главным образом не используемой в коммерческих целях (*loss or corruption of data that is not used exclusively for professional purposes*). Такое ограничение вовсе нельзя признать адекватным, ведь зачастую имущественный ущерб возникает при повреждении информации, востребованной в коммерческих делах. При уничтожении памятных фотографий на компьютере причиняется, как правило, моральный вред, выражающийся в переживаниях потерпевшего. Тем не менее в пояснительной записке сказано, что новая директива не затрагивает национальных правил, касающихся компенсации нематериального вреда, а в качестве примера по возмещению ущерба за повреждение данных приведены расходы

на их восстановление³³. Г. Вагнер, напротив, видит в данной норме возможность отойти от потребительского характера ответственности производителей и присуждать компенсацию за уничтожение информации, используемой в коммерческих целях (Wagner, 2022, 211).

Наконец, третий момент заключается в отсутствии указания на минимальный размер ущерба (500 евро), для того чтобы потерпевший мог воспользоваться защитой, предусмотренной новыми правилами.

Предложения по изменению Директивы 1985 г. не обошли вниманием и сложности в установлении причинно-следственной связи. Дело в том, что статья 4 Директивы 1985 г. ограничивалась весьма лаконичным указанием на то, что потерпевший должен доказать наличие вреда, недостатка (дефекта) и причинно-следственную связь между ними. Это приводило порой к несправедливому результату, поскольку на пострадавшее лицо возлагалось непосильное бремя доказывания. В национальных правовых порядках были разработаны определенные правила, облегчающие положение потерпевшего. Так, в абз. 4 § 1 Закона Германии 1989 г., имплементирующего положения Директивы 1985 г., установлено, что дефект, вред и причинно-следственная связь подлежат доказыванию истцом. Тем не менее при рассмотрении дел об ответственности за качество товаров суды нередко устанавливают презумпцию причинно-следственной связи и возлагают бремя ее опровержения на процессуального оппонента (Nasibullina, 2020, 57–68). В качестве иллюстрации можно привести дело о куриной чуме (Markesinis & Unberath, 2002). По мнению истца, вакцина, поставляемая компанией ответчика, оказалась дефектной, в результате ее введения куры истца погибли. В данном случае неясной оставалась причина возникновения вируса, и суд возложил риски недоказанности иной причины возникновения вреда на ответчика, исходя из того, что основная исследуемая причина находится во взаимосвязи с вопросами организации производственного процесса. Ответчик, как производитель, может лучше, чем истец, объяснить имеющие значение фактические обстоятельства, он контролирует производство и поставку готовой продукции, определяет и организует соответствующие технические процессы (Nasibullina, 2020, 57–68).

Похожие размышления обнаруживаются и в английской практике. В деле *Carroll v. Fearon*³⁴ истец ссылался на дефект автомобильных шин, вследствие которого произошла авария, повлекшая смерть одного из потерпевших и причинение серьезного вреда здоровью другим семи пострадавшим. В апелляционной жалобе компания — производитель шин указала, что судом не было установлено, какие конкретно действия (бездействие) в производственном процессе повлекли возникновение дефекта и являлись доказательством проявления неосторожности с ее стороны. Суд апелляционной инстанции пояснил, что наличие дефекта и причинно-следственная связь были доказаны в полном объеме, поскольку производитель не показал, каким еще образом мог возникнуть вред, кроме как вследствие его вины (Nasibullina, 2020).

По всей видимости, осознавая все трудности, с которыми приходится сталкиваться потерпевшим при доказывании причинно-следственной связи, разработчики Предложений по изменению Директивы 1985 г. включили в ст. 9 ряд презумпций. Первая имеет довольно традиционную форму и заключается в том, что если причиненный вред является обычным следствием того или иного дефекта (недостатка) товара, то причинно-следственная связь презюмируется (*res ipsa loquitur*). Вторая же имеет, по мнению Г. Вагнера, разрушительный потенциал (Wagner, 2022, 217). Речь идет о презумпции причинно-следственной связи, когда истец сталкивается

³³ Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, at 16, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)).

³⁴ *Carroll v Fearon & Ors* [1998] PIQR P416 (appeal taken from Eng.).

с чрезмерными научными или техническими трудностями. В таком случае суд вправе прибегнуть к презумпции причинно-следственной связи или дефектности товара (или к тому и другому), от потерпевшего требуется лишь доказать, что товар способствовал (*contributed*) возникновению вреда (подп. а п. 4 ст. 9 Предложений по изменению Директивы 1985 г.) и существует вероятность того, что продукт был дефектным или что недостаток товара послужил причиной вреда (подп. б п. 4 ст. 9 Предложений по изменению Директивы 1985 г.).

Г. Вагнер предлагает толковать указание на вероятностный характер в подп. б как «более вероятно, чем нет». Строго говоря, вернее было бы говорить не о презумпции причинно-следственной связи, а об облегчении бремени доказывания (Wagner, 2022, 218). Ведь от потерпевшего в любом случае требуется доказать, что товар способствовал возникновению вреда (подп. а п. 4 ст. 9 Предложений по изменению Директивы 1985 г.).

Следует отметить также механизм раскрытия доказательств (*disclosure of evidence*), установленный в ст. 8 Предложений по изменению Директивы 1985 г. В соответствии с ним суд может обязать ответчика раскрыть доказательства, если истец по иску о причинении вреда товаром с недостатками представил достаточные доказательства для обоснования правдоподобности своего требования. Подобный инструмент находится в связи с другими нормами, упрощающими положение потерпевшего. Неисполнение обязанности по раскрытию доказательств также влечет перераспределение бремени доказывания как причинно-следственной связи, так и недостатка (дефекта) товара³⁵.

Думается, что отечественному правоприменителю можно позаимствовать подход европейского регулятора, по крайней мере в отношении презумпции причинно-следственной связи в ситуациях, где потерпевший сталкивается с известными сложностями. Более того, иногда в практике можно встретить заслуживающую всяческой поддержки позицию, когда суды требуют от производителя представить доказательства возникновения вреда по причинам, за которые он не несет ответственности³⁶. К сожалению, такие дела скорее исключение из общего правила.

Перейдем к рассмотрению ответственности за вред, причиненный с использованием ИИ. Как мы ранее отмечали, Европейская комиссия представила отдельный документ, в орбиту регулирования которого включен именно этот вопрос. Не совсем понятны мотивы, которыми руководствовались разработчики. Ведь принятие Предложений по изменению Директивы 1985 г. должно разрешить проблемы, связанные с причинением вреда ИИ. Действительно, в подп. б п. 3 ст. 1 Директивы об ответственности за ИИ подчеркивается, что она не охватывает ответственность производителей по Директиве 1985 г. Данное положение будет справедливым и после принятия новой директивы. Это означает, что два режима будут существовать параллельно (Wagner, 2022, 228).

Директива об ответственности за ИИ представляет собой воплощение идеи «гибкой системы» (*das bewegliche System*), в основе которой взвешивание и оценка различных факторов и соответствующая им градация юридических последствий (Koziol, 2016). Так, в каждом конкретном случае следует не только идентифицировать значимые факторы, но также оценить, насколько это возможно, различный вес каждого из них в конкретном случае, так как это позволит найти сбалансированную точку зрения в свете руководящих оценок, находящихся в основании нормы (Koziol, 2016, 254). Действительно, с первых строк Директивы разработчики предлагают

³⁵ Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, at 20, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)).

³⁶ См.: апелляционные определения Московского городского суда от 10 декабря 2015 г. по делу № 33-46450; от 28 ноября 2018 г. по делу № 33-51812/18.

при решении вопросов о возмещении вреда непрерывно балансировать интересы потерпевших, пользователей и провайдеров ИИ. Более того, при применении каждого из обозначенных в Директиве об ответственности за ИИ механизмов, облегчающих положение пострадавшего, надлежит принимать во внимание конкурирующие интересы.

При беглом анализе основных положений Директивы легко заметить, что в ней использует ряд отсылок к принятому Регламенту ЕС об ИИ³⁷, в частности, при определении таких понятий, как «искусственный интеллект и его разновидности», «провайдер», «пользователь» и т.д. Цель большинства норм Директивы об ответственности за ИИ исчерпывается облегчением бремени доказывания причинно-следственной связи и вины.

Итак, рассмотрим основные особенности Директивы. Думается, что ее главная отличительная черта заключается в ответственности за вину. Так, пункт 9 ст. 2 Директивы об ответственности за ИИ определяет вину как обязанность действовать заботливо и осмотрительно, установленную национальным законодательством для минимизации риска причинения вреда жизни, здоровью, собственности и иным основным правам. Чем обусловлен именно такой подход, трудно объяснить. В пояснительной записке сказано лишь о негативном отношении бизнеса к введению строгой ответственности³⁸. Тем не менее обсуждаемые далее презумпции вины и причинно-следственной связи значительным образом облегчают положение потерпевшего и в целом создают функционально похожий на строгую ответственность режим. Кроме того, в ст. 5 Директивы об ответственности за ИИ прямо указано на то, что через пять лет после введения Директивы Европейская комиссия должна представить отчет о возможности применения ответственности без вины к случаям причинения вреда ИИ. Возможно, что в ближайшем будущем нас ждет отказ от виновной ответственности в данной сфере.

В то же время систематическое толкование положений Директивы об ответственности за ИИ позволяет рассматривать вину в качестве противоправности. Об этом отчасти свидетельствует упоминание о так называемых защитных нормах (например, п. а п. 1 ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ), составляющих ядро теории противоправности поведения, включая современные интерпретации (Stepanov, 2021b).

Основными субъектами ответственности являются провайдеры и пользователи. Под первыми, в соответствии со ст. 3 Регламента ЕС об ИИ, необходимо понимать любое физическое или юридическое лицо, а также государство и государственные организации, которые разрабатывают систему ИИ или обладают ей для размещения на товарном рынке или введения в оборот под своим фирменным наименованием или коммерческим обозначением на возмездной или безвозмездной основе. В сущности, речь идет о производителе (изготовителе) в контексте п. 11 ст. 4 Предложений по изменению Директивы 1985 г. Особенность состоит лишь во включении государства и государственных организаций в число потенциально ответственных субъектов.

В отличие от Предложений по изменению Директивы 1985 г. Директива об ответственности за ИИ распространяется на пользователей систем ИИ, которые определяются как любые физические или юридические лица, а также государство и государственные организации, использующие систему ИИ, за исключением некоммерческого и личного использования (п. 4 ст. 3 Регламента ЕС об ИИ).

³⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, COM/2021/206 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

³⁸ Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive), at 8, COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022).

Как провайдеры, так и пользователи в конкретных ситуациях обязаны раскрыть доказательства (*disclosure of evidence*) об ИИ с высоким уровнем риска (ст. 3 Директивы об ответственности за ИИ)³⁹. В определенном смысле это дублирование подхода, нашедшего отражение в Предложениях по изменению Директивы 1985 г. Итак, потерпевший при наличии у него достаточных для обоснования правдоподобности требования доказательств обладает возможностью потребовать раскрытия доказательств, имеющихся у ответчика. При этом разработчики уделили значительное внимание балансу интересов сторон. В частности, в пояснительной записке указано, что прибегать к такому процессуальному средству необходимо в крайних случаях, более того, надлежит учитывать конфиденциальность, общественную и государственную безопасность, коммерческие риски и пр.⁴⁰

Если ответчик не выполняет требований о раскрытии доказательств, то нарушение им должной осмотрительности презюмируется (п. 5 ст. 3 Директивы об ответственности за ИИ). Ответчик имеет право опровергнуть эту презумпцию. Как отмечается в пояснительной записке, мера, изложенная в данном пункте, направлена на содействие раскрытию доказательств, а также на ускорение судебного разбирательства⁴¹.

Директива об ответственности за ИИ также содержит сложный механизм перераспределения бремени доказывания причинно-следственной связи. Общее правило, закрепленное в ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ, гласит, что причинно-следственная связь презюмируется, если выполняются все следующие условия: а) истец доказал нарушение ответчиком меры должной осмотрительности, направленной на защиту от наступившего вреда; б) существует разумная вероятность того, что вина ответчика повлияла на результат, произведенный ИИ, либо на неспособность ИИ к подобному результату прийти; в) результат, произведенный ИИ, либо его неспособность привели к наступившему вреду. Для того чтобы применить эту презумпцию, надлежит понять метод ее действия. Презумпция не устанавливает ни нарушения должной осмотрительности со стороны ответчика, ни причинно-следственной связи между этим нарушением и вредом, ни причинения вреда соответствующей системой ИИ (Wagner, 2022, 225). Все эти элементы должны быть доказаны истцом в ходе процесса. Презумпция, введенная статьей 4 Директивы об ответственности за ИИ, закрепляет причинно-следственную связь между нарушением стандарта поведения (меры должной осмотрительности) и результатом работы системы ИИ. Строго говоря, такой механизм призван помочь потерпевшему ответить на вопрос о том, вызвало ли нарушение провайдером или пользователем обязанности действовать осмотрительно «неправомерное» поведение системы ИИ. Здесь необходимо принимать во внимание тот факт, что нераскрытие имеющихся доказательств приведет к «каскаду» презумпций. Так, презумпция вины (п. 5 ст. 3 Директивы об ответственности за ИИ) активирует презумпцию причинно-следственной связи (п. 1 ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ). Вероятно, это сделано для того,

³⁹ Поясним, что, по замыслу разработчиков, механизм раскрытия доказательств применяется исключительно к ИИ с высоким уровнем риска (*Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, at 11 COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022)). При этом для уяснения содержания понятия «ИИ с высоким уровнем риска» Директива об ответственности за ИИ отсылает к ст. 6 Регламента ЕС об ИИ. С одной стороны, такой подход говорит об излишней предосторожности разработчиков, с другой — создает очередную коллизию со ст. 8 Предложений по изменению Директивы, где предусмотрено раскрытие доказательств без подобных ограничений.

⁴⁰ *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, at 19, COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022).

⁴¹ *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, at 13, COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022).

чтобы при сопоставлении издержек от раскрытия информации и неудобств, связанных с перераспределением бремени доказывания, ответчик не сохранял доказательства в тайне.

Презумпция, установленная в п. 1 ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ, несколько меняется при причинении вреда ИИ с высоким уровнем риска. Так, пункт 2 ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ возлагает на истца дополнительные требования по доказыванию нарушения должной осмотрительности. В частности, потерпевший должен представить доказательства того, что процессуальный оппонент использовал данные, не соответствующие критериям качества, при разработке системы ИИ с высоким уровнем риска (ст. 10 Регламента ЕС об ИИ); нарушил требования принципа прозрачности (ст. 13 Регламента ЕС об ИИ); не обеспечил возможность человеческого надзора (ст. 14 Регламента ЕС об ИИ); не выполнил требования точности, надежности и кибербезопасности при разработке системы ИИ (ст. 15 и 16 Регламента ЕС об ИИ); не принял мер по исправлению, изъятию или отзыву системы ИИ с высоким уровнем риска (ст. 21 Регламента ЕС об ИИ). По мнению Г. Вагнера, такой перечень описывает основные обязанности производителя системы ИИ и является закрытым (Wagner, 2022, 226). Правда, насколько этот факт можно признать значительным — большой вопрос, так как довольно широкая обязанность по обеспечению точности, надежности и кибербезопасности при разработке системы ИИ покрывает значительное количество всех гипотетических ситуаций.

В отношении пользователей системы ИИ с высоким уровнем рисков пункт 3 ст. 4 Директивы об ответственности за ИИ также устанавливает ряд особенностей. Так, чтобы презумпция сработала, потерпевший должен доказать, что ответчик нарушил правила использования системы ИИ с высоким уровнем рисков, не обеспечил надлежащий контроль в соответствии с прилагаемыми инструкциями или использовал нерелевантные для конкретной системы ИИ данные при ее использовании. При этом такой перечень в отличие от обязанностей разработчиков не является исчерпывающим (Wagner, 2022, 227).

Механизм действия презумпции представляется весьма сложным. Нельзя не высказать некоторых сомнений относительно такого решения. В начале статьи мы упоминали так называемый принцип технологической нейтральности деликтной ответственности. Теперь же результат — привлечение лица к ответственности — зависит не только от специфического технологического субъекта (система ИИ), но и от более узкой дифференциации (система ИИ и система ИИ с высоким уровнем риска). Вряд ли потерпевший должен быть озабочен тем обстоятельством, какая разновидность системы ИИ причинила ему вред, однако, по мнению разработчиков, этот факт имеет огромное значение для специальной презумпции, облегчающей положение пострадавшего. Это напоминает известный в европейской доктрине спор по поводу установления содержания вины. Если во главу угла ставятся ожидания в отношении человека ввиду той роли, в которой он выступает в отношениях с другими, речь должна идти об объективном стандарте, главным образом отрицающем личностные качества (Kramer, 2020). Напротив, когда приобретает значение личное порицание за недостаток желания, нужно ставить вопрос о том, мог ли конкретный нарушитель с учетом его способностей понимать, что наступит вред и что его поведение противоправно, и действовать соответственно (субъективный стандарт) (Koziol, 2021).

В основании ответственности производителей, как неоднократно подчеркивалось во многих европейских документах, лежат высокие ожидания потенциальных потерпевших в отношении безопасности товаров⁴². Даже в пояснительной записке к Директиве об ответственности

⁴² Например, см.: *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products*, at 17, COM (2022) 495 final (Sept. 28, 2022)). В доктрине на этом делает акцент С. Виттакер (Whittaker, 1985, 244).

за ИИ косвенно постулируется эта мысль⁴³. Тогда не совсем понятна логика разработчиков, дифференцирующих правила доказывания в зависимости от вида системы ИИ.

В доктрине предпринималась попытка осмысления необходимости сосуществования двух в значительной мере дублирующих друг друга директив. Так, Г. Вагнер довольно эмоционально отреагировал на подобное положение дел и отметил, что это «вызывает раздражение» (Wagner, 2022, 229). Можно выделить несколько положительных причин, по которым отдельная директива имеет право на существование.

Во-первых, столь проработанные Предложения по изменению Директивы 1985 г. оставляют небольшой простор для национального законодательства; можно смело заявить, что европейский режим ответственности производителей направлен на максимальную унификацию. Напротив, в орбиту регулирования Директивы об ответственности за ИИ попадают в большей степени проблемы доказательственного права, при этом достаточное количество вопросов отдается в полное распоряжение отдельным государствам. Следовательно, появляются новые горизонты для развития национальных законодательств.

Во-вторых, некоторая неопределенность Директивы об ответственности за ИИ по поводу защищаемых интересов⁴⁴ позволяет поставить вопрос о возмещении вреда за причинение чистых экономических убытков. Дело в том, что в определении понятия должной осмотрительности упоминаются фундаментальные права, в том числе на собственность, жизнь, здоровье (п. 9 ст. 2 Директивы об ответственности за ИИ). Далее есть указание на то, что осмотрительность должна быть направлена на защиту от конкретного вида вреда. Если видеть в этом аналог теории противоправности поведения, то вполне можно говорить и о возмещении чистых экономических убытков. Разумеется, каждый правопорядок будет самостоятельно решать данную проблему. Но, полагаем, в Директиве отсутствует принципиальное ограничение на возмещение того или иного вреда (Wagner, 2022, 235–240).

Вместо послесловия

Представленный анализ новейших проектов европейских актов иллюстрирует крайнюю осторожность, с которой регулятор подходит к решению проблем деликтной ответственности производителей. В качестве аналогии можно представить проведение операции нейрохирургом, когда малейшая оплошность приведет к гибели пациента. В роли пациента, правда, выступает европейский рынок высокотехнологичных товаров. За столь сложными, порой запутанными и пересекающимися, инструментами тонкой настройки скрывается, по нашему мнению, довольно ясная мысль — баланс между инновационным развитием и безопасностью. В этом и заключается особенность современного этапа развития деликтного права. Если раньше государство реагировало на появление новых технологий ужесточением правил об ответственности (чего стоит ответственность без вины в связи с эксплуатацией железных дорог), то в настоящий момент дело не только в защите потенциальных потерпевших, но и в стимулировании внедрения новых технологий (Wagner, 2024, 5). Отсюда общая неудовлетворенность режимом строгой ответственности, поскольку она приводит к сокращению объема

⁴³ *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, at 14, COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022).

⁴⁴ Лишь в пояснительной записке мы обнаруживаем упоминание основных прав: на жизнь, здоровье, равное обращение (недискриминацию) и пр. (*Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adapting Non-contractual Civil Liability Rules to Artificial Intelligence (AI Liability Directive)*, at 15, COM (2022) 496 final (Sept. 28, 2022)).

полезной деятельности⁴⁵. Действительно, с точки зрения экономического анализа виновная ответственность стимулирует учитывать лишь тот стандарт должной осмотрительности, нарушение которого приводит к идентификации вины, тогда как строгая ответственность заставляет принимать во внимание бесконечное множество переменных с целью избежать причинения вреда, что и приводит в конечном счете к сокращению объема деятельности (Calabresi, 1965, 740–741). Вероятно, по этой причине ученые стремятся обнаружить в дефектах (недостатках) товара элементы вины.

В контексте баланса между инновационным развитием и безопасностью необходимо принимать во внимание и тот факт, что архитектура деликтной ответственности должна соответствовать принципам справедливой организации общества. При этом отечественная доктрина находится под влиянием известного заблуждения о том, что лишь строгая ответственность производителей отвечает принципу справедливости. Так, Д.Е. Богданов пишет, что «реализация дистрибутивной функции деликтной ответственности, необходимость обеспечения справедливого распределения бремени и выгоды от социальной активности обосновывает и безвиновную ответственность за вред, причиненный дефектными товарами, работами или услугами <...> справедливо, чтобы предприниматели извлекали прибыль от изготовления и продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг, но одновременно они обязаны и нести безвиновную ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков данных товаров, работ или услуг» (Bogdanov, 2013, 218). Но, как прекрасно показывает зарубежная доктрина, дистрибутивная справедливость⁴⁶ может воплощаться не только в ответственности без вины, но и в перераспределении бремени доказывания, учете имущественного положения деликвента и потерпевшего и пр. (Stepanov, 2023).

Думается, что критерием может быть не только извлечение прибыли от той или иной вредоносной деятельности, но и следование второму принципу справедливости Дж. Ролза, в соответствии с которым социальные и экономические неравенства должны быть организованы таким образом, что они одновременно (а) делают открытыми для всех должности и положения в условиях честного равенства возможностей; (б) ведут к наибольшей выгоде наименее преуспевших (Rolz, 1995, 267)⁴⁷. В контексте ответственности производителей это означает, что, с одной стороны, изготовители, обладая значительными ресурсами и возможностью контроля за производством качественного товара, должны принимать на себя больше ответственности за предотвращение и устранение дефектов продукции. Это будет способствовать улучшению положения наименее преуспевших приобретателей, которые в противном случае могут пострадать от дефектных товаров (принцип различий). С другой стороны, все лица должны иметь равные возможности для приобретения безопасных и качественных товаров (равенство возможностей).

При рассмотрении обоих проектов директив можно обнаружить как четкое следование принципу различий (облегчение бремени доказывания причинно-следственной связи, правила

⁴⁵ Впервые данная зависимость установлена С. Шейвеллом (Shavell, 1980).

⁴⁶ В основе этой теории лежит подход Аристотеля, различавшего общую и частную (специальную) справедливость. Последняя, в свою очередь, разделяется на корректирующую (коммутативную) и распределяющую (дистрибутивную) справедливость. В соответствии с последней блага и выгоды распределяются по достоинствам или иному критерию, тогда как корректирующая справедливость требует восстановления арифметического равенства (так называемого *status quo*), нарушенного в результате недобровольного обмена между равными субъектами, что означает возмещение ущерба, причиненного упречными действиями, в полном объеме (Aristotel, 2020, 143).

⁴⁷ О влиянии теории справедливости Дж. Ролза на зарубежную доктрину деликтного права см. работу А. Рипштейна (Ripstein, 2004).

о раскрытии доказательств, расширение объема возмещаемого вреда, привлечение к ответственности новых субъектов и пр.), так и создание равных возможностей у приобретателей (это достигается путем установления унифицированного режима ответственности на территории всего ЕС, а также формулирования обязанностей по должной осмотрительности).

Заключение

Европейское регулирование ответственности производителей за вред, причиненный товарами с недостатками, складывается из двух частей: норм национального деликтного права и так называемой гармонизированной деликтной ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, установленной Директивой 1985 г. Гармонизированная ответственность сталкивается с большим количеством вызовов вследствие появления новых технологий. В статье рассмотрены шесть существенных проблем, возникающих в контексте цифровизации: 1) усложнение самих товаров; 2) расширение посреднических цепочек и появление новых потенциальных субъектов ответственности, включая 3) владельцев агрегаторов; 4) трудности в доказывании потерпевшим наличия дефекта товара и причинно-следственной связи между таким недостатком и возникшим вредом; 5) понятие вреда в цифровую эпоху и особая роль данных; 6) ответственность производителей за товары, снабженные технологией ИИ.

Ответом на обозначенные вызовы стали подготовка и издание двух проектов директив: Директивы об ответственности за ИИ и Предложений по изменению Директивы 1985 г. Первая касается ответственности за вред, причиненный технологиями с использованием ИИ, тогда как вторые предназначены для адаптации основного источника норм об ответственности производителей — Директивы 1985 г. — к современным условиям. Как было установлено, почти все из указанных сложностей были решены в рамках этих проектов. Остается выразить надежду на их скорейшее принятие и имплементацию в национальные законодательства отдельных государств.

Список литературы / References

1. Ahrens, H., & Spickhoff, A. (2022). *Deliktsrecht [Tort Law]*. Beck.
2. Aristotel. (2020). *Etika. Kniga V [Ethics. Book V]*. Izdatel'stvo AST [Publishing house AST].
3. Bogdanov, D. (2013). *Spravedlivost' kak osnovnoe nachalo grazhdansko-pravovoj otvetstvennosti v rossijskom i zarubezhnom prave [Justice as the main principle of civil liability in Russian and foreign law]*. Prospekt.
4. Borges, G. (2016). Haftung für selbstfahrende Autos. *Computer und Recht*, 32(4), 272–280. <https://doi.org/10.9785/cr-2016-0412>
5. Calabresi, G. (1965). The decision for accidents: An approach to non-fault allocation of costs. *Harvard Law Review*, 78(4), 713–745. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/1268>
6. Zweigert, K., & Kötz, H. (2010). *Sravnitel'noe chastnoe parvo (T.2) [Comparative private law (Vol. 2)]*. Mezhdunarodnye otnosheniya [International relationships].
7. Fairgrieve, D. (2005). L'Exception française? The French law of product liability. In D. Fairgrieve (Ed.), *Product liability in comparative perspective* (pp. 84–99). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493850.007>
8. Faure, M., & Li, S. (2022). Artificial Intelligence and (compulsory) insurance. *Journal of European Tort Law*, 13(1), 1–24. <https://doi.org/10.1515/jetl-2022-0001>

9. Kötz, H. (1991). Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung [Is product liability a liability independent of fault]? In B. Pfister & M. Will. (Eds.), *Festschrift für Werner Lorenz* (pp.109–121). Tübingen: Mohr.
10. Koziol, H. (2016). Gibkaya sistema — zolotaya seredina v zakonodatel'stve i doktrine [The flexible system — the happy medium in legislation and theory]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil law review]*, 16(6), 246–267.
11. Koziol, H. (2021). Obezlichivaetsya li otzhenka neostorozhnosti v institute vozmeshcheniya vreda [Is the necessity assessment at the institute of harmful recovery]? *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil law review]*, 21(2), 217–244. <https://doi.org/10.24031/1992-2043-2021-21-2-217-244>
12. Kramer, E. (2020). Nachalo obshchego vsem vmeneniya v deliktном i dogovornom prave [The principle of objective imputation in tort and contract law]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil law review]*, 20(1), 236–262. <https://doi.org/10.24031/1992-2043-2020-20-1-236-262>
13. Kratenko, M. (2022). Institut otvetstvennosti za vred, prichinennyj defektnoj produkciej, v zakonodatel'stve Rossii: bol'shoj potencial ili klubok protivorechij [Product liability rules in Russian legislation: Great potential or mass of contradictions]? *Zakon [Statute]*, 11, 176–187. <https://doi.org/10.37239/0869-4400-2022-19-11-176-187>
14. Lenze, S. (2005). German product liability law: between European Directives, American Restatements and common sense. In *Product liability in comparative perspective* (pp. 100–125). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493850.008>
15. Markelova, A. (2021). Civil liability of taxi-aggregation companies: Between contract and tort law. *Digital Law Journal*, 2(4), 8–19. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-4-8-19>
16. Markesinis, B.S., & Unberath, H. (2002). *The German law of torts: A comparative treatise* (4th ed.). Hart Publishing.
17. Nasibullina, I. (2020). Prichinno-sledstvennaya svyaz': kamen' pretkoveniya v sporah s proizvoditelem i prodavcom defektnyh tovarov [Causation: A deal breaker in disputes over defective products]. *Zakon [Statute]*, 3, 57–68.
18. Nikitenko, S. (2023). Konceptii deliktной otvetstvennosti za vred, prichinennyj sistemami iskusstvennogo intellekta [Concepts of tort liability for damage caused by artificial intelligence systems]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii [The Herald of Economic Justice of the Russian Federation]*, 1, 156–174. <https://doi.org/10.37239/2500-2643-2022-18-1-156-174>
19. Ripstein, A. (2004). The division of responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*, 72(5), 1811–1844. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/21>
20. Rolz, Dzh. (1995). *Teoriya spravedlivosti [Theory of justice]*. Izdatel'stvo Novosibirskogo Gosudarstvennogo Universiteta [Novosibirsk State University Publishing House].
21. Selbst, A. (2020). Negligence and AI's human users. *Boston University Law Review*, 100(4), 1315–1376.
22. Sharkley, C. (2022). Products liability in the digital age: Online platforms as “cheapest cost avoiders”. *Hastings Law Journal*, 73(5), 1327–1352.
23. Shavell, S. (1980). Strict liability versus negligence. *Journal of Legal Studies*, 9(1), 1–25.
24. Shavell, S. (2003). *Economic analysis of accident law*. SSRN. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.367800>
25. Stapleton, J. (1996). *Product liability*. Butterworths.
26. Stepanov, S. (2021a). Deconstruction of the legal personhood of artificial intelligence. *Digital Law Journal*, 2(2), 14–30. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-2-14-30>
27. Stepanov, S. (2021b). Sovremennyye teorii protivopravnosti: shvejtsarskij podkhod [Modern theories of wrongfulness: The Swiss approach]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil law review]*, 21(1), 219–253. <https://doi.org/10.24031/1992-2043-2021-21-1-219-253>

28. Stepanov, S. (2023). Balans interesov storon v deliktnom prave [Balance of parties' interests in tort law]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil law review]*, 23(4), 90–126. <https://doi.org/10.24031/1992-2043-2023-23-4-90-126>
29. Suvorov, E. (2019). Nekotorye problemy elektronnoj trgovli: k voprosu ob otvetstvennosti vladel'cev agregatorov pered potrebitelyami [Some problems of e-commerce: On the question of aggregator owners' liability to customers]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii [The Herald of Economic Justice of the Russian Federation]*, 9, 57–67.
30. Tololaeva, N. (2020). *Passivnye solidarnye obyazatel'stva: rossijskij podhod i kontinental'no-evropejskaya tradiciya [Passive solidary obligations: Russian approach and continental European tradition]*. Statut [Statute].
31. Wagner, G. (2017). Produkthaftung für autonome Systeme. *Archiv für die civilistische Praxis*, 217(6), 708–765. <https://doi.org/10.1628/000389917X15126388934364>
32. Wagner, G. (2022). Liability rules for the digital age: Aiming for the Brussels effect. *Journal of European Tort Law*, 13(3), 191–243. <https://doi.org/10.1515/jetl-2022-0012>
33. Wagner, G. (2024). Digitale Ordnungspolitik — Haftung und Verantwortung. *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*, 50, 77–105. <https://doi.org/10.1007/s41025-022-00237-8>
34. Whittaker, S. (1985). The EEC Directive on Product Liability. *Yearbook of European Law*, 5(1), 233–286. <https://doi.org/10.1093/yel/5.1.233>

Сведения об авторе:

Степанов С.К. — кандидат юридических наук, доцент департамента частного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики», научный сотрудник кафедры управления активами факультета международных экономических отношений МГИМО МИД России, Москва, Россия.

s.stepanov@inno.mgimo.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0948-0234>

Information about the author:

Semyon K. Stepanov — Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of Private law, Faculty of Law, HSE University, Researcher, Department of Asset Management, Faculty of International Economic Relations, MGIMO-University, Moscow, Russia.

s.stepanov@inno.mgimo.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0948-0234>

СТАТЬИ

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА МЕТАВСЕЛЕННОЙ

А.Д. Севергин

Санкт-Петербургский государственный университет
199034, Россия, г. Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9

Аннотация

В статье рассматривается вопрос о том, что представляет собой правовая природа метавселенной. Метавселенная представляет собой сеть виртуальных миров, которые в итоге образуют сложный объект правового регулирования в том смысле, что она может регулироваться нормами различных отраслей права. Основной целью настоящей статьи является раскрытие правовой природы метавселенной с точки зрения права. Для достижения поставленной цели автором была разработана собственная методология установления правовой природы, заключающаяся в сопоставлении схожих с метавселенной объектов, но которые уже регулируются нормами права. Таковыми с точки зрения автора являются Интернет, веб-сайты, многопользовательские онлайн-видеоигры и виртуальное пространство в целом. В ходе исследования метавселенная сопоставляется с указанными объектами для выявления их сходств и отличий. С одной стороны, многогранность метавселенной позволяет определить ее с точки зрения российского права как информацию, объект права интеллектуальной собственности, или как средство коммуникации. С другой стороны, делается вывод, что метавселенная схожа со сравнимаемыми объектами лишь в самой общей части, а их различия являются настолько существенными, что сведение правовой природы метавселенной лишь к одному из них не позволяет в полной мере отразить ее особенности. На основе исследования, автор приходит к следующим выводам: специфика метавселенной позволяет говорить о необходимости ее рассмотрения как виртуального пространства *sui generis*; метавселенная, выступая новой политической, экономической и социальной экосистемой, может быть рассмотрена как особая среда, в которой действует право (по аналогии с иными пространственными категориями). Автором предполагается, что дальнейшее правовое регулирование метавселенной должно строиться с учетом этого момента.

Ключевые слова

метавселенная, правовая природа, видеоигры, виртуальное пространство, Интернет, веб-сайты

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имеет спонсорской поддержки.

Для цитирования

Севергин, А.Д. (2023). Правовая природа метавселенной. *Цифровое право*, 4(4), 36–53. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-1>

Поступила: 10.10.2023, принята в печать: 13.11.2023, опубликована: 28.12.2023

ARTICLES

LEGAL NATURE OF THE METAVERSE

Aleksandr D. Severgin

St Petersburg University

7–9, Universitetskaya emb., St Petersburg, Russia, 199034

Abstract

Representing a network of virtual worlds, the metaverse ultimately forms a complex object of legal regulation due to the possibility of its normalization according to the provisions of different branches of law. The present work sets out to reveal the legal nature of the metaverse from a legal perspective. The selected methodology for determining its legal nature consists in comparing objects that are similar to the *metaverse*, but are already regulated by legal provisions. Such objects include the Internet, websites, multiplayer online video games, and virtual space in general. In order to identify their similarities and differences, the metaverse is compared to the specified objects. While the multifaceted nature of the metaverse permits its definition from a Russian legal perspective as information, as an object of intellectual property, or as a means of communication, the metaverse resembles the compared objects only in the most general way, while their differences are so significant that reducing its legal nature to only one of them does not fully account for its salient characteristics. By analogy with other spatial categories, but taking into account its specific features, the metaverse can be considered as a virtual space *sui generis*. While there is a lack of current legal regulation to support such a conclusion, future legislation of the metaverse should be built with this in mind.

Keywords

metaverse, legal nature, videogames, virtual space, Internet, websites

Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure

The study has no sponsorship.

For citation

Severgin, A.D. (2023). Legal nature of the metaverse. *Digital Law Journal*, 4(4), 36–53. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-1>

Submitted: 10 Oct. 2023, accepted: 13 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023

Введение

Метавселенную можно определить как сеть виртуальных миров, функционирующую в режиме реального времени и сочетающую в себе физическое и цифровое пространство посредством конвергенции Интернета и веб-технологий альтернативной и дополненной реальностей. Вопрос о том, что она представляет собой с точки зрения права, практически не рассматривался ни в отечественной, ни в зарубежной литературе. Однако, на наш взгляд, лишь определив ее правовую природу, мы можем строить дальнейшие рассуждения о том, как должно осуществляться ее правовое регулирование.

Поскольку метавселенная к моменту написания настоящей статьи напрямую не регулируется ни одним правовым порядком, устанавливать ее правовую природу следует иными методами,

чем поиск дефинитивных норм. В связи с отсутствием единого ответа на вопрос о методе установления правовой природы объектов, которые пока правом не охвачены, автором была предложена собственная методология, предполагающая сравнение метавселенной с объектами, потенциально схожими с ней по своей сущности, но которые уже регулируются действующими нормами права. В качестве таких объектов мы можем выделить виртуальное пространство, а также «подпространства»: Интернет, веб-сайт и многопользовательскую онлайн-игру.

Упомянутые «подпространства» схожи по целому ряду признаков: 1) по внешним характеристикам: они связаны с компьютерными технологиями и программами для ЭВМ, являются сложными объектами; 2) их использование порождает схожие правовые проблемы, которые с определенной долей условности можно охарактеризовать как проблемы виртуального права; 3) их функционирование не ограничивается территорией одного государства, а пересекает государственные границы, в связи с чем возникают вопросы разграничения юрисдикции и определения применимого права — такие же, какие встают применительно к отношениям, существующим в реальном мире; 4) их функционирование, кроме самого Интернета, основывается на информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Проведем сравнительный анализ метавселенной с указанными явлениями. Поскольку исследование правовой природы предполагает учет содержания правовых норм, правовая природа одного и того же явления может значительно различаться в зависимости от правовой системы, в рамках которой она исследуется¹. С учетом отсутствия какого-либо международного правового регулирования, в контексте которого возможно было бы разрешить вопрос о правовой природе метавселенной, он будет исследоваться в настоящей работе в контексте права РФ, если прямо не будет указано иное.

Дискуссия

Метавселенная и Интернет

В научной литературе под Интернетом обычно понимают глобальную систему информационных сетей, предназначенную для передачи информации с помощью компьютерных средств. Примечательно, что Федеральный закон от 27 июля 2006 г. 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее — Закон об информации) не предусматривает определения понятия сети «Интернет»², ограничиваясь лишь ее отнесением к разновидности информационно-телекоммуникационных сетей. Такой подход законодателя удачно отражает существенные характеристики Интернета как объекта, который, в сущности, представляет собой глобальную систему объединенных компьютерных сетей.

¹ Показателен следующий пример: по отечественному законодательству животные признаются имуществом, тогда как законодательство Индии признает животных объектами живой природы. Так, Высокий суд штата Уттаракханд в решении от 4 июля 2018 г. по делу Нараян Дутт Бхатт против Союза Индии и других фактически признал животных субъектом права. Разница правовой природы в зависимости от правовой системы в настоящем примере видится существенной (NARAYAN DUTT BHATT V. UNION OF INDIA AND OTHERS 2018 UTR 613).

² Существуют правовые акты, установившие законодательную дефиницию категории «Интернет». К ним относятся, например, США (Anisimova A. (2015)).

В исследованиях, касающихся метавселенной, встречаются различные мнения о том, каким образом она должна быть технически реализована³. Однако ни в одной из работ не указывается, что Интернет будет заменен метавселенной. Напротив, отмечается, что технология метавселенной «накладывается» на Интернет, основывается на нем, поскольку целью метавселенной является создание иммерсивного Интернета⁴. Неслучайно в своем докладе Полицейская служба Европейского союза (далее — Европол) определяет метавселенную как следующий этап развития Интернета⁵. Таким образом, метавселенная представляет собой способ получения доступа к функциям Интернета, и ее следует рассматривать скорее как «параллельный» Интернет: по-видимому, метавселенная и Интернет будут сосуществовать, но метавселенная будет дублировать его содержание (информацию) в иной, иммерсивной⁶ форме.

Не менее важным отличием Интернета от метавселенной выступает отсутствие соответствующего уровня децентрализации. Интернет — это открытая и децентрализованная сеть, которая глобально не принадлежит ни одной организации⁷. В свою очередь, метавселенные разрабатываются различными компаниями, в некоторых случаях — государствами⁸.

Таким образом, во-первых, иммерсивность метавселенной приводит к появлению новых общественных отношений по сравнению с Интернетом, поскольку создание «нового пользовательского опыта» выступает ее целью. Во-вторых, отмеченная разница в децентрализации подразумевает наличие в метавселенной еще одного субъекта — ее разработчика, что абсолютно несвойственно Интернету. В-третьих, ввиду различий в технической природе в метавселенной отсутствует целый ряд отношений, связанных с аппаратным обеспечением функционирования Интернета (например, отношения по поводу прокладывания линий связи или создания аппаратной инфраструктуры исключительно применительно к метавселенной). Наконец, по сути, Интернет представляет собой систему взаимосвязанных компьютерных сетей, в то время как метавселенная — сеть взаимосвязанных виртуальных пространств, существующих на основе Интернета.

³ Мы можем обнаружить такой подход в большей части научной литературы (Bhattacharya, et al., (2023), Park & Kim (2022)), кроме того, об этом также свидетельствуют позиции лиц, работающих в ИТ. См., например, взгляды М. Болла и Р. Костера: Ball, M. (2021, June 29). *Framework for the Metaverse*. MatthewBall.co. <https://www.matthewball.vc/all/forwardtothemetaverseprimer>; Koster, R. (2021, September 2). *Online world or metaverse?* Raph Koster's website. <https://www.raphkoster.com/2021/09/02/online-world-or-metaverse/>.

⁴ В большинстве случаев метавселенная определяется именно через понятие «иммерсивного Интернета» (Ho et al., (2023)).

⁵ Europol Innovation Lab. (2022). *Policing in the metaverse: What law enforcement needs to know*. Europol. <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Policing%20in%20the%20metaverse%20-%20what%20law%20enforcement%20needs%20to%20know.pdf>

⁶ От английского слова *immersive*, означающего эффект присутствия, полного погружения.

⁷ Интернет является открытой и децентрализованной сетью не в абсолютном смысле. Государства предпринимают попытки подчинить его своей юрисдикции, создавая отдельное регулирование (например, так называемый Великий китайский файрвол, внутренняя сеть КНР). Однако такие ограничения не влияют на «общий» Интернет, а имеют место в рамках определенной юрисдикции: государство, блокируя определенную информацию на своей территории (например, признав ее экстремистской), не удаляет ее автоматически из всей системы.

⁸ Особенно показателен опыт азиатских стран, которые принимают нормативные акты, связанные с метавселенными. Например, Министерство промышленности и информации Китая опубликовало в сентябре план развития метавселенных (сходные новости можно обнаружить от государственных органов Японии и Южной Кореи) (Xinhua. (2023, September 10). *China unveils action plan to step up metaverse development*. The State Council of the People's Republic of China. http://english.www.gov.cn/news/202309/10/content_WS64fda9dac6d0868f4e8df594.html).

Указанные различия в сущностях Интернета и метавселенной свидетельствуют о том, что и правовые природы их должны быть различны. Мы можем также проследить это на уровне нормативно-правового регулирования. Так, в российском законодательстве Интернет понимается как информационно-телекоммуникационная сеть, но метавселенная не является такой сетью. Следовательно, к ней не могут быть применены, например, нормы Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», регулирующие вопросы создания и эксплуатации линий связи.

С учетом изложенного мы приходим к выводу, что метавселенная по правовой природе информационно-телекоммуникационной сетью не является, т.е. метавселенная и Интернет — разнорядковые явления.

Метавселенная и веб-сайт

Мы определили, что метавселенная может функционировать только на основе сети «Интернет». Между тем сайт в сети «Интернет» является одной из структурных единиц Интернета. В этой связи возникает вопрос: можно ли рассматривать метавселенную как особую разновидность веб-сайта?

Под «веб-сайтом» обычно понимаются данные, находящиеся в сети «Интернет» под уникальным адресом, доступ к которым осуществляется с помощью браузера. Отечественное законодательство понимает под сайтом в сети «Интернет» совокупность программ (и иной информации) для ЭВМ, доступ к которым осуществляется через сеть «Интернет» по доменному имени и (или) сетевым адресам, которые позволяют идентифицировать сайт (ст. 2 Закона об информации). Таким образом, сущность веб-сайта — информация (данные), находящаяся в сети «Интернет» под уникальным веб-адресом. Это определение признается и на международном уровне⁹. Ввиду этого сходство веб-сайта и метавселенной проявляется в том, что каждый из объектов представляет собой совокупность программ (иной информации) для ЭВМ. Следовательно, веб-сайт и метавселенная сущностно схожи, поскольку представляют собой информацию. Более того, эта сущностная сторона веб-сайта отражена в ст. 2 Закона об информации.

Сходство веб-сайта и метавселенной обнаруживается и на уровне общественных отношений. Так, общественные отношения, возникающие по поводу использования веб-сайтов, многочисленны и могут складываться между различными субъектами: пользователями сайта, владельцем веб-сайта и его посетителями, владельцем веб-сайта и провайдером хостинга. Эти отношения могут возникать для разных целей: социальных (чаты, форумы), экономических

⁹ Веб-сайт упоминается в целом ряде директив Европейского союза, см., например: Directive 2011/83/EU, The European Parliament and the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of The European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text With EEF Relevance, 2011 O.J. (L 304/64); Directive 2016/2102 EU of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on the Accessibility of the Websites and Mobile Applications of Public Sector Bodies, 2016 O.J. (L 327/1). Кроме того, употребление указанного термина в схожем ключе обнаруживается в докладах и других документах таких международных организаций, как Всемирная организация интеллектуальной собственности (*World Intellectual Property Organization (WIPO)*) и Международный союз электросвязи (*International Telecommunication Union (ITU)*) (далее — МСЭ), см., например: WIPO. Standard ST.90. Recommendation for processing and communicating Intellectual Property data using Web APIs (Application Programming Interfaces), amended by CWS on Nov. 25, 2022. <https://www.wipo.int/export/sites/www/standards/en/pdf/03-90-01.pdf>; ITU. (n.d.). Recommendation ITU-T K.35. Bonding configurations and earthing at remote electronic sites. <https://www.itu.int/rec/T-REC-K.35-202021-I/en>

(интернет-магазины) и т.д. Кроме того, они могут возникать по поводу различных аспектов функционирования веб-сайта: программирования, запуска, изменения. Подобные общественные отношения могут складываться и в рамках метавселенной, поскольку она, как было указано ранее, подразумевает создание иммерсивного Интернета, а следовательно, и его содержания — веб-сайтов. Это позволяет утверждать, что в своей основе и правовые природы веб-сайта и метавселенной схожи.

Тем не менее между веб-сайтом и метавселенной есть и различия. Во-первых, доступ с помощью сетевого адреса или доменного имени, являющийся неотъемлемой частью веб-сайта, не соответствует концепции метавселенной, поскольку она сама по себе является непосредственно способом получения доступа к функциям сети «Интернет» без привязки к сетевому адресу. Во-вторых, с концептуальной точки зрения метавселенная претендует на статус «параллельного Интернета», следовательно, она должна включать в себя и его структурные единицы. В этом плане согласимся с М.А. Рожковой, отмечающей, что метавселенная вряд ли будет окончательно избавлена от такой составляющей, как веб-сайт¹⁰. В-третьих, метавселенная представляет собой более сложный объект, чем веб-сайт, поскольку последние, по крайней мере на сегодня, не могут позволить себе, например, создавать «виртуальные рабочие места»¹¹, что в метавселенной, напротив, является возможным.

В связи с этим возникает вопрос: затрагивают ли эти различия вопрос об общности правовых природ веб-сайта и метавселенной? Мы видим, что, с одной стороны, веб-сайт рассматривается на уровне права в качестве информации и что метавселенная тоже представляет собой информацию. С другой стороны, термин «информация» характеризует правовую природу метавселенной в обобщенном виде, но не раскрывает полностью ее специфики. Таким образом, необходимо дальнейшее сравнение метавселенной с другими объектами в поисках более точного ответа на вопрос о ее правовой природе.

В практическом плане общность правовых природ метавселенной и веб-сайта позволяет предположить, что, скорее всего, в будущем на метавселенные будет распространено нормативное регулирование в области информации: запрет на распространение экстремистских материалов и т.д. Однако поскольку информация — обобщенная характеристика правовой природы метавселенной, уточнение правовой природы метавселенной способно пролить свет на то, как отношения по поводу метавселенных будут регулироваться в будущем в иных аспектах.

Метавселенная и многопользовательская онлайн-игра

В литературе встречаются различные мнения о том, что следует понимать под видеоиграми¹². Согласно кембриджскому словарю под видеоигрой подразумевается «игра, в которой игрок управляет движущимися картинками на экране, нажимая на кнопки». В медиафилософском

¹⁰ В работе, фактически отмечается, что веб-сайты будут составлять структурные единицы метавселенной (Rozhkova, (2022)).

¹¹ Это прямо указывается в официальной стратегии «Метавселенная Дубая», опубликованной на сайте Правительства ОАЭ (Government of UAE. (2023, 7 November). Dubai Metaverse Strategy. <https://u.ae/en/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/strategies-plans-and-visions/government-services-and-digital-transformation/dubai-metaverse-strategy>).

¹² Не углубляясь в дискуссии, касающиеся разграничения общепринятых в литературе терминов «компьютерная игра» и «видеоигра», отметим, что второй термин, по нашему мнению, предпочтителен ввиду того, что он не исключает, например, мобильные игры (Ovcharov, (2021)).

дискурсе видеоигры воспринимаются как разновидность новых медиа¹³. В контексте социальных наук авторы понимают под ними игры, в которые возможно играть с помощью аудиовизуальных устройств и в основе которых может лежать сюжет¹⁴. В правовом дискурсе также предпринимаются попытки дать определение понятию компьютерной игры. Например, А.А. Васильев и Ю.В. Печатнова определяют видеоигру как интерактивный мультимедийный продукт, состоящий из разнородных результатов интеллектуальной деятельности (Vasil'ev & Pechatnova, 2021). Как отмечается в публикации «Правовой статус видеоигр: сравнительный анализ национальных подходов», ввиду многообразия видеоигр некоторые авторы утверждают, что единственное объединяющее их звено — тот факт, что все они запускаются с помощью компьютерной программы¹⁵.

Таким образом, основу видеоигр как объекта составляют сама игра в культурном смысле; возможность участия в игре лишь с помощью технологических средств, а также формируемое «игровое виртуальное пространство»¹⁶. Поэтому видеоигры в целях настоящей работы могут быть определены как созданные компьютерными средствами виртуальные среды, имеющие визуальную составляющую и функционирующие на основе игровых механик (правил)¹⁷.

В свою очередь, законодательное определение видеоигр отсутствует в большинстве правовых актов, и РФ не является исключением. Однако их правовая природа все же может быть установлена. Как справедливо отмечается в литературе, видеоигры имеют четыре ключевых аспекта для правовой квалификации: они являются результатом интеллектуальной деятельности, информацией, собственно игрой и средством коммуникации. Следовательно, видеоигры выступают объектом регулирования информационного законодательства и права интеллектуальной собственности. Так, содержание видеоигры может квалифицироваться как информация по ст. 2 Закона об информации¹⁸. В аспекте права интеллектуальной собственности они могут быть квалифицированы как сложные объекты по ст. 1240 ГК РФ¹⁹. Что касается правовой квалификации видеоигры в качестве игры, то она хотя и имеет значение для права в методологическом контексте — в вопросах соотношения виртуального и реального²⁰, но не имеет

¹³ Такой подход отражается в отечественных и зарубежных исследованиях (Galanina & Vetushinskij (2019), Vetushinskij (2015), Bogost (2011)).

¹⁴ Заметим, что сюжет является скорее «факультативным» признаком видеоигры, хотя, бесспорно, что в большинстве видеоигр он присутствует (Frasca, (2004), Esposito, (2005), Nilsson, et al (2023)).

¹⁵ Ramos, A., Rodríguez, A., López, L., Abrams, S., & Meng, T. (2013). *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. WIPO. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_report_cr_vg.pdf

¹⁶ В этом ключе следует заметить социокультурные исследования видеоигр, способствующие познанию их правовой природы (Uygaj (2007), Lobanova (2022)).

¹⁷ Заметим, что правила игры во многом могут рассматриваться через призму структуры норм права (Arkhipov (2015)).

¹⁸ Махортов, С. (2022, 22 ноября). Подходы к регулированию внутриигровой собственности и обороту игровой валюты в странах мира. Научно-технический центр ФГУП «ГРЧЦ». https://rdc.grfc.ru/2022/11/game_property_regulation/

¹⁹ В целях большей объективности отметим, что данная позиция является дискуссионной. Существует несколько подходов к правовой природе видеоигр: как к программам для ЭВМ или базам данных (Roshchenko, 2022); как к сложным объектам (Gabysheva & Mutalíeva (2019) и ряд других). Автор придерживается второй позиции, поскольку видеоигры в действительности являются «чем-то большим», чем программы для ЭВМ, поскольку включают в себя иные результаты интеллектуальной деятельности: от сюжета и персонажей до музыкального сопровождения и графической составляющей.

²⁰ В литературе приводится в пример следующий вопрос: могут ли многопользовательские ролевые игры с обязательным правилом об отыгрыше роли (правила, предусматривающие действия и речь только от лица воображаемого персонажа — *roleplay enforced*) подпадать под требования информационного законодательства? (Arkhipov et al., 2023).

принципиального значения для определения правовой природы метавселенной, поскольку последняя не является игрой, что будет указано далее. Что касается коммуникативного качества видеоигр, то необходимо отметить следующее.

По нашему мнению, только особая разновидность видеоигр — многопользовательские онлайн-игры — выступает в качестве средства коммуникации, поскольку их отличают участие в игровом процессе неопределенного количества игроков, между которыми происходит взаимодействие и есть техническая возможность общения²¹. В связи с этим разработчик многопользовательской онлайн-игры может быть квалифицирован в качестве организатора распространения информации для целей ст. 10.1 Закона об информации²².

С учетом этого сходство многопользовательской онлайн-игры и метавселенной обнаруживается в следующем. Во-первых, они позволяют участвовать в них неопределенному кругу пользователей через цифровые репрезентации — аватары. Во-вторых, метавселенная и онлайн-игры предполагают наличие отношений, возникающих исключительно «внутри» них, например по поводу виртуальной собственности. В-третьих, в каждом случае существует возможность взаимодействия между пользователями.

Сходство многопользовательских онлайн-игр и метавселенной как объектов позволяет сделать вывод о близости их правовых природ. Так, метавселенная может быть квалифицирована в качестве объекта интеллектуальной собственности, поскольку, как и многопользовательская онлайн-игра или любая другая видеоигра, она представляет собой сложный объект по смыслу гражданского законодательства, включая в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности: программу для ЭВМ, базы данных, объекты смежных прав и др.²³ Вопросы виртуальной собственности в обоих случаях формально отвечают признакам цифровых прав, закрепленных в ст. 141.1 ГК РФ, что, в свою очередь, означает применимость этих положений к соответствующему имуществу и дополнительно может указывать на сходство их правовых природ²⁴. Метавселенная и многопользовательская онлайн-игра могут быть квалифицированы в качестве информации, а их разработчики — в качестве организаторов распространения информации. Указанное демонстрирует, что правовые природы метавселенной и многопользовательских онлайн-игр сущностно схожи. Однако между ними существуют и различия, которые не позволяют в полной мере говорить об идентичности их правовых природ.

²¹ По большому счету именно эти характеристики выделяют многопользовательскую онлайн-игру от иных видов (Buribaev & Gachina, (2021)).

²² Об этом свидетельствует практика Роскомнадзора, который в 2023 г. включил компанию “Proxima Beta” в реестр организаторов распространения информации. Вместе с ней в перечень попала видеоигра издателя “PUBG Mobile”, как соответствующая информационная система. Добавление разработчика многопользовательской онлайн-игры связано с тем, что сама онлайн-игра соответствует признакам информационной системы, которая предназначена для распространения информации (Ведомости. (2023). Роскомнадзор внес видеоигру в реестр распространителей информации. Сетевое издание Ведомости. <https://www.vedomosti.ru/technology/news/2023/10/27/1002849-roskomnadzor>). См. также реестр организаторов распространения информации в сети «Интернет» (<https://rkn.gov.ru/opendata/7705846236-InformationDistributor/>).

²³ Обращаясь к научной литературе, отметим, что еще более точно метавселенные и видеоигры с точки зрения права интеллектуальной собственности могут быть квалифицированы как мультимедийные продукты, которые упоминаются в ст. 1240 ГК РФ. По мнению Е.С. Котенко, мультимедийный продукт обладает следующими характеристиками в совокупности: сложность, виртуальность и интерактивность. Наличие всех этих признаков теоретически дает основания полагать, что метавселенная и видеоигра могут рассматриваться в таком ключе (Kotenko, 2010).

²⁴ Отмечается, что в соответствии со статьей 141.1 ГК РФ к цифровым правам могут относиться любые объекты, помещенные в цифровое пространство (Zverev (2022)).

В литературе справедливо отмечается, что «понятие метавселенной необязательно пересекается с понятием многопользовательской компьютерной игры» и что «компьютерным играм, в отличие от неигровых виртуальных миров и метавселенных, присущи свойства, характерные для иных видов игр в человеческой культуре». Действительно, концептуально метавселенная не преследует «развлекательную» цель, которая составляет основу большинства многопользовательских онлайн-игр²⁵. Отличия обнаруживаются в функциональном плане и в целях использования. Так, сам факт наличия «неигровых» пространств в метавселенной позволяет сделать вывод, что последние необязательно выполняют функции игр и не создаются только для развлечений. В то же время мы можем обнаружить, что метавселенная включает в себя «игровые пространства», которые фактически являются многопользовательскими онлайн-играми. Это приводит к мысли о том, что метавселенная и многопользовательские онлайн-игры — объекты разного порядка.

Другим значимым отличием метавселенной от многопользовательской онлайн-игры является более тесная связь с реальным миром. Большинство многопользовательских онлайн-игр так или иначе предполагают «несерьезность»²⁶. Метавселенная же стремится стать более «серьезным» объектом, отражая в том числе объекты мира реального, что в результате приводит к тому, что значимость для человека общественных отношений, складывающихся в метавселенной, стороной которых он является, становится сопоставимой со значимостью для него аналогичных отношений в реальном мире.

Отличия обнаруживаются и на уровне общественных отношений, возникающих по поводу объектов. Во-первых, пользователь многопользовательской онлайн-игры не может выйти за ее «пределы», оставаясь в рамках соответствующего приложения; метавселенная, напротив, имеет такую особенность, как функциональная совместимость (возможность перехода между ее «подпространствами»), что также порождает новые отношения²⁷. Во-вторых, метавселенная предполагает возможность появления в ней отношений, которые не могут возникать в многопользовательских онлайн-играх, за счет более широкого функционала: последние имеют ограниченный функционал, основанный на правилах игры. Метавселенные концептуально выходят за эти пределы, предоставляя, например, право пользования муниципальными и государственными услугами²⁸.

²⁵ Самитов А. (2022, 11 мая). Геймдиректор Final Fantasy XIV о разнице между ММО и метавселенными: «Метавёрс не имеет ничего общего с развлечениями». DTF. <https://dtf.ru/gameindustry/1190785-geymdirektor-final-fantasy-xiv-o-raznits-mezhdu-mmo-i-metavselennymi-metavers-ne-imeet-nichego-obshchego-s-razvlecheniyami>

²⁶ Критерии «серьезного — несерьезного» применительно к данному перечню вопросов означают вопрос наличия или отсутствия социально-вальной ценности предмета общественных отношений для определения семантических пределов права (Arkhipov (2019)).

²⁷ Например, цифровая репрезентация — аватар, — будучи единой для всей метавселенной, переносит с собой соответствующие активы, добытые, например, в игровом «подпространстве», в другие «подпространства», и те сохраняются при переходе (Ponkin (2023)).

²⁸ Например, в Южной Корее, планирующей запустить собственную метавселенную, в которой согласно пресс-релизу смогут участвовать все желающие (предполагается, что в этой метавселенной будет возможность осуществления государственных услуг) (Seoul Metropolitan Government. (2021, August 11). First local gov't to start new-concept public service with Metaverse platform. <http://english.seoul.go.kr/seoul-first-local-govt-to-start-new-concept-public-service-with-metaverse-platform/>). Аналогичную стратегию разрабатывает и Япония, в том числе в аспекте правовых проблем, порождаемых метавселенной (Abe, Ikubo & Katayama. (2023, August 18). The Japanese government's approach to legal issues in Metaverse. <https://www.aiklaw.co.jp/en/whatsnewip/2023/08/18/4269/>). См. также планы японских компаний по созданию сети взаимосвязанных метавселенных: Fee, W. (2023, May). Chicken first, egg later — Japan's need for a macroscopic view of the metaverse. Forkast. <https://forkast.news/chicken-first-egg-later-japan-metaverse/amp/>).

Для ситуаций, в которых необходимо отграничение тех виртуальных отношений, в которые может вмешиваться право, сначала в западной, а затем и в отечественной доктрине был разработан так называемый тест магического круга. Суть данного теста заключается в том, что в случае, если виртуальные отношения вторгаются в реальный мир, а не существуют обособленно, то к таким отношениям должно применяться право реального мира. Однако в последних исследованиях отмечается возросшая критика концепции «магический круг» в связи с тем, что фактическая грань между «виртуальным» и «реальным» становится все менее заметной. На это обращает внимание В.В. Архипов, конкретизировавший концепцию магического круга следующим образом: «[е]сли правоприменительное решение нацелено на общественное отношение, предмет которого несерьезен (не имеет социально-валютной ценности) и при этом фантазиен (его функциональность не соответствует функциональности, соотносимой с центральным значением понятия, используемого в соответствующем правовом тексте), такое решение будет абсурдным, и потому оно не может применяться и (или) должно быть отменено».

На наш взгляд, развитие метавселенной в еще большей степени стирает эту грань, что позволяет ставить вопросы, которые ранее казались бы излишне футуристичными. Тот факт, что метавселенная предполагает более тесную связь с реальным миром, порождает ситуации, при которых возникает вопрос о применимости норм права, которые с очевидностью неприменимы к многопользовательским онлайн-играм в силу их «несерьезности». Какие последствия, например, будет иметь забастовка или митинг перед такими «метагосударственными органами»? В некоторых онлайн-играх проводятся специальные митинги, организованные сообществом, притом как юмористического, так и непосредственно протестного характера²⁹. Определенно, привлечение к ответственности за нарушение правил организации либо проведения митинга, по ст. 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (далее — КоАП РФ), в видеоигре представляется крайне абсурдным. А если представить ситуацию, что такие действия будут проведены у здания органа государственной власти в метавселенной, насколько абсурдными и несерьезными видятся данные правила? Будут ли указанные отношения правовыми?

Хотя возможность применения КоАП РФ, с одной стороны, выглядит несколько курьезной, но, с другой стороны, в такой ситуации может быть нарушена деятельность органа власти в том плане, что митингующие будут различными способами ее «саботировать». Такой пример может казаться странным, но в прошлом году Барбадос заявил об открытии своего посольства в метавселенной, где планируется в дальнейшем выдавать визы³⁰. Если такая возможность будет реализована, в какой мере законодательство Барбадоса будет «вторгаться» в это виртуальное пространство? Или логически противоречивой выглядит ситуация, при которой само судебное заседание, проведенное в виртуальном пространстве, может быть квалифицировано как проведение игр или

²⁹ Libris. (2021, July 24). Создатель WoW отрекся от Blizzard, покаяния бывшего и нынешнего боссов, бойкот со стороны СМИ и забастовка. Goharu. <https://www.goha.ru/sozdatel-wow-otrekhsya-ot-blizzard-pokayaniya-byvshego-i-nyнешnego-bossov-bojkot-so-storony-smi-i-zabastovka-dof1zvR>

³⁰ РИА. (2021, 15 ноября). Барбадос станет первым государством с посольством в метавселенной. РИА Новости. <https://ria.ru/20211115/barbados-1759210190.html>

пари³¹, например, при обжаловании решения суда в вышестоящую инстанцию³². Видится, что потенциальная применимость к метавселенной тех норм права, которые неприменимы к многопользовательским онлайн-играм, также свидетельствует об отсутствии идентичности их правовых природ.

С учетом изложенного сходство правовых природ метавселенной и многопользовательской онлайн-игры делает возможным распространение на метавселенные нормативного регулирования, связанного с многопользовательскими онлайн-играми: законодательства в сфере информации и права интеллектуальной собственности. Однако отличия метавселенной от многопользовательской онлайн-игры свидетельствуют о том, что и правовая природа последней не в полной мере подходит для объяснения правовой природы первой. В связи с этим далее рассмотрим вопрос о правовой природе метавселенной через сравнение метавселенной с виртуальным пространством.

Метавселенная и виртуальное пространство

Мы уже убедились, что правовая природа метавселенной не может быть сведена к Интернету, веб-сайтам и многопользовательским онлайн-играм. Это связано с тем, что действующие нормы не учитывают все особенности метавселенной как объекта. Потому на данном этапе становится ясно: виртуальное пространство в целом выступает наиболее схожим с метавселенной объектом ввиду того, что является, как и метавселенная, обобщающим для рассмотренных ранее «подпространств» понятием.

С одной стороны, виртуальное пространство в целом не регулируется правом напрямую. С другой стороны, пролить свет на юридическую природу объекта возможно в том числе через обращение к нему как таковому: к функциональным, практическим, политическим и иным составляющим. Потому анализ сущности виртуального пространства и его сравнение с метавселенной позволяют решить две задачи: во-первых, определить, как в дальнейшем регулировать метавселенные, и, во-вторых, отграничить метавселенную от виртуального пространства.

В доктрине существуют разные мнения о том, что следует понимать под виртуальным пространством³³. Обобщенно можно говорить о том, что виртуальное пространство представляет собой генерируемую цифровыми технологиями среду, в которой существует возможность

³¹ Внутриигровые отношения в РФ квалифицируются в соответствии с положениями гл. 58 «Проведение игр и пари» ГК РФ. Это иллюстрируется решением Чертановского районного суда города Москвы по делу № 02-4488/2018. Согласно материалам дела, истец являлся пользователем онлайн-игры и приобрел виртуальное имущество. Позднее аккаунт истца был заблокирован, в связи с чем он обратился с исковым требованием возврата суммы, потраченной на внутриигровое имущество. Судом было отказано в удовлетворении исковых требований со ссылкой на ст. 1062 ГК РФ. Нам видится, что в метавселенной такой подход не может быть применим, поскольку там гораздо сложнее отыскать то самое «положение о выигрыше» или обнаружить элемент «казарта», с учетом ее связи с реальным миром. См.: решение Чертановского районного суда города Москвы от 7 декабря 2018 г. по делу № 02-4488/2018.

³² Тем более что судебное заседание было проведено официальным судом. MineExchange. (2023, 27 февраля). В Колумбии судебное заседание провели в метавселенной [Online forum post]. VC.ru. <https://vc.ru/crypto/619560-v-kolumbii-sudebnoe-zasedanie-proveli-v-metavselennoy>

³³ Кроме того, в литературе можно встретить термины «сетевое пространство», «виртуальная реальность», «киберпространство», «кибернетическое пространство» и иные схожие формулировки, которые в большинстве используются для описания одного и того же явления (Kas'yanov, (2018), Rozhkova (2022), Rassolov (2009)). В докладе Европейского парламента данные термины также используются поочередно, по сути, смешиваясь (Maciejewski, M. (2023). Study on “Metaverse”. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Directorate-General for Internal Policies. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/751222/IPOL_STU\(2023\)751222_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/751222/IPOL_STU(2023)751222_EN.pdf))

социального взаимодействия³⁴. В данном исследовании термин «виртуальное пространство» будет рассматриваться именно в таком ключе. В связи с этим под виртуальным пространством следует понимать любую виртуальную среду: интернет-форумы, многопользовательские онлайн-игры в духе “*Guild Wars*”, социальные сети наподобие «ВКонтакте» и т.д.

Уточним, что выбор термина «виртуальное пространство» также не случаен. Среди других понятий, подразумевающих виртуальную среду, он видится более удачным в силу следующего. Во-первых, термин «виртуальное пространство» (*virtual space*) зачастую можно обнаружить в различных документах международных организаций, таких как ООН, Всемирная организация интеллектуальной собственности и др.³⁵ Во-вторых, другой часто используемый термин «виртуальная реальность» (*virtual reality*), обычно применяется к самой технологии и оборудованию (VR-шлемы, устройства обратной связи). В-третьих, термин «виртуальное пространство» наиболее часто встречается среди аналогичных слов и выражений, как то: «цифровое пространство», «сетевое пространство», «киберпространство», — в отечественной научной литературе³⁶.

В связи с этим возникает вопрос: является ли метавселенная разновидностью виртуального пространства? В докладе Европейского парламента «О политических последствиях развития виртуальных миров: вопросы гражданского, корпоративного, коммерческого права и права интеллектуальной собственности», принятом 11 декабря 2023 г.³⁷, виртуальные миры понимаются как «постоянные, иммерсивные среды, основанные на технологиях, включая 3D и расширенную реальность (XR), которые позволяют объединить физический и цифровой миры в реальном времени для различных целей, таких как проектирование, моделирование, сотрудничество, обучение, общение, проведение сделок или развлечение»³⁸. Метавселенная, в свою очередь, определяется как «экосистема взаимосвязанных виртуальных миров». Сходство виртуального пространства и метавселенной проявляется в том, что и в том и в другом случае речь идет о среде, в которой между пользователями возникает взаимодействие, а следовательно, общественные отношения. Отсюда метавселенная — разновидность виртуального пространства.

Отдельно отметим, что рассмотрение метавселенной как виртуального пространства составляет тенденцию и на международном уровне. Целый ряд международных организаций в своих отчетах и иных документах определяет метавселенную подобным образом. Это прослеживается и на уровне ООН. В рамках работы над общим «Глобальным цифровым договором» (*Global Digital Compact*) были созданы отдельные группы, занимающиеся вопросами метавселенной (<https://www.un.org/techenvoy/global-digital-compact>). Основная задача по разработке международных стандартов метавселенной лежит на МСЭ, который выступает специальным учреждением ООН. На данный момент в рамках МСЭ подготовлен ряд документов,

³⁴ В большинстве случаев для определения виртуального пространства используются именно эти характеристики (Arkhipov (2013), Medvedev (2018)).

³⁵ См., например: Verdadero, L., & Hlatshwayo, B. (2023, 26 March). B + HR Digital Data Impact Assessment. United Nations Development Program. <https://www.undp.org/asia-pacific/bizhumanrights/publications/bhr-digital-data-impact-assessment>; WIPO. (2023). Metaverse. https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/frontier_technologies/pdf/metaverse-factsheet.pdf

³⁶ Термин «виртуальное пространство» используется в целом ряде работ (Arkhipov (2013), Teleshina (2013) Dyuranske & Kein, (2013)).

³⁷ Committee on Legal Affairs (2023, December 14). Report on policy implications of the development of virtual worlds — civil, company, commercial and intellectual property law issues (2023/2062(INI)). European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0442_EN.html

³⁸ Оговоримся, что в докладе термин «виртуальный мир» толкуется достаточно широко. Авторы при рассмотрении вопросов «виртуального мира» зачастую ссылаются на интернет-пространство, а предыдущие доклады, как упоминалось ранее, смешивали понятия «виртуальный мир», «виртуальное пространство», «виртуальная реальность» и др.

которые касаются различных аспектов метавселенной. В частности, в докладе МСЭ³⁹ отмечается, что «концепция метавселенной... представляет собой параллельный виртуальный мир»⁴⁰. Поскольку МСЭ выступает универсальной организацией, такой подход может свидетельствовать об определенном уровне консенсуса. Отметим, что к аналогичному выводу приходят эксперты Всемирной организации интеллектуальной собственности, определяя в своем отчете метавселенную как «иммерсивное виртуальное пространство»⁴¹. Как виртуальное пространство метавселенная рассматривается и в отчете Всемирной торговой организации⁴². Аналогичным образом ее трактуют эксперты Программы развития ООН (*United Nations Development Programme (UNDP)*)⁴³. В ряде документов Европейского союза, принятых различными органами, метавселенная также рассматривается в таком качестве. Сходное понимание метавселенной обнаруживается в публикациях ряда неправительственных организаций, например Всемирного экономического форума⁴⁴. По нашему мнению, это может свидетельствовать об определенном консенсусе в понимании природы метавселенной как объекта на международном уровне, что, в свою очередь, может лечь в основу международно-правового регулирования отношений по поводу метавселенных. Таким образом, мы обнаруживаем, что метавселенная и виртуальное пространство на уровне объектов сущностно схожи. Это подтверждается и результатами их дальнейшего сопоставления. Так, сходство между ними обнаруживается и на уровне общественных отношений, которые могут существовать в метавселенной и виртуальном пространстве. Как в случае с виртуальным пространством, так и в случае с метавселенной общественные отношения из «реального» мира могут существовать и в них, например, люди могут общаться посредством «классических», бумажных писем или посредством электронной почты и мессенджеров. Такие же отношения могут складываться и в метавселенных. Таким образом, виртуальное пространство и метавселенная схожи в плане набора общественных отношений, которые могут в них возникать и (или) существовать.

С учетом этого сходства можно предположить, что отношения, складывающиеся по поводу или внутри метавселенных либо существующие в них, имеют тенденцию к тому, чтобы регулироваться в своей основе так же, как регулируются отношения, складывающиеся по поводу или внутри виртуального пространства либо существующие в таком пространстве. Круг регуляторов, которым они подчиняются, также может быть в целом схожим. В ходе исследования нами было установлено, что регуляторы, касающиеся соответствующих виртуальных «подпространств», в ограниченной степени применимы к метавселенной. Например, пользовательские

³⁹ Группа экспертов МСЭ по разработке стандартов метавселенной была создана по инициативе ООН и имеет план работы по всем сферам, касающимся взаимодействия метавселенной и реального мира См.: <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/mv/Pages/FG-MV-structure-and-workplan.aspx>.

⁴⁰ Anthopoulos, L. (2023). *Exploring the metaverse: opportunities and challenges*. International Telecommunication Union. https://www.itu.int/dms_pub/itu-t/opb/fg/T-FG-MV-2023-PDF-E.pdf

⁴¹ WIPO. (2023). Metaverse. https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/frontier_technologies/pdf/metaverse-factsheet.pdf

⁴² World Customs Organisation, & World Trade Organisation. (2022, June). *WCO/WTO Study report on disruptive technologies*. https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wco-wto_e.pdf

⁴³ Сотрудники отдела цифровых программ UNDP при рассмотрении метавселенной также указывают на то, что она является «виртуальным пространством» и «виртуальной средой».

⁴⁴ В отчете Всемирного экономического форума «Приватность и безопасность в метавселенной» указывается, что метавселенная является особой виртуальной средой (*realm*), размывающей границы между реальным миром и виртуальным пространством (World Economic Forum. (2023). *Metaverse Privacy and Safety*. https://www3.weforum.org/docs/WEF_Metaverse_Privacy_and_Safety_2023.pdf).

соглашения могут ограничивать свободу действий пользователей в метавселенной⁴⁵, а Закон об информации, устанавливающий запрет на распространение определенной информации в сети «Интернет», определенно должен быть применим к метавселенным⁴⁶. С учетом этого обстоятельства, сходства виртуального пространства и метавселенной, а также общественных отношений, существующих в них, правовая природа метавселенной гипотетически может быть описана термином «виртуальное пространство». Мы пишем «гипотетически», поскольку пока виртуальное пространство как таковое не является объектом правового регулирования. Тем не менее метавселенная имеет отличительные черты, которые не позволяют в полной мере соотносить ее с виртуальным пространством.

Во-первых, особенностью метавселенной является то, что она представляет собой экосистему взаимосвязанных виртуальных пространств: она как бы «включает» в себя веб-сайты, многопользовательские онлайн-игры и др., в связи с чем концептуально метавселенная должна представлять собой самую крупную разновидность виртуального пространства, объединяя под своей эгидой иные платформы и приложения.

Во-вторых, метавселенная предполагает значительное изменение отношений, существующих в современном виртуальном пространстве. Например, трудовые отношения могут существовать в виртуальном пространстве, но последнее не позволяет проявиться им во всем многообразии ввиду отсутствия специального рабочего пространства и других условий для выполнения трудовых функций в такой среде. Метавселенная, напротив, позволяет существовать рабочему пространству, например, в стратегии развития ОАЭ предусматривается создание рабочих мест⁴⁷. В этой связи возникает вопрос о возможности применения в метавселенной действующих норм трудового права и соответствующих локальных актов (например, о необходимости поддержания дресс-кода)⁴⁸.

В-третьих, метавселенная в силу своей приближенности к реальному миру может быть средой для существенно большего числа общественных отношений, включая те, которые есть в реальном мире, но отсутствуют в любом ином современном виртуальном пространстве. В силу особенностей и иммерсивности метавселенной субъективный опыт совершения действий и восприятия событий в ней становится приближенным к опыту, проживаемому в реальном мире в аналогичных ситуациях. Иными словами, «порог серьезности» для регулирования соответствующего виртуального пространства значительно снижается⁴⁹. Это, в свою очередь,

⁴⁵ В данном случае нельзя не упомянуть ставшее хрестоматийным дело *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D. Pa. 2007), Inc., рассмотренное Окружным судом Восточного округа Пенсильвании, согласно которому пользователь (истец), нарушивший правила пользовательского соглашения, путем использования внутриигровой уязвимости был заблокирован в видеоигре, с конфискацией «нечестно» полученного имущества, и обратился в суд для восстановления виртуальных активов и разблокировки учетной записи. Впоследствии спор был разрешен во внесудебном порядке.

⁴⁶ Кроме того, можно отметить опыт иных правопорядков, например Китая, где видеоигры для китайского рынка, разительно отличаются от первоначального варианта (меняются реплики, внешний вид и др.), если они противоречат морально-нравственным национальным ценностям. См.: Стрепетиллов, А. (2018, 10 декабря). *В Китае заработал Комитет по этике, оценивающий видеоигры*. DTF. <https://dtf.ru/gameindustry/33876-v-kitae-zarabotal-komitet-po-etike-ocenivayushchiy-videoigry>

⁴⁷ Злобин, А. (2022, 19 июля). *Дубай объявил о планах создать 40 000 рабочих мест в метавселенной*. Forbes. <https://www.forbes.ru/tekhnologii/471955-dubaj-ob-avil-o-planah-sozdat-40-000-rabocih-mest-v-metavselennoj>

⁴⁸ Также интересен и ряд иных вопросов в контексте трудовых отношений в метавселенной (Filipova, (2023)).

⁴⁹ Вывод о «серьезности» метавселенной сделан исходя из докладов международных организаций, национальных правительств. Во многих международных организациях, в том числе и при ООН, разрабатываются стандарты метавселенной именно по той причине, что она в значительной степени затрагивает общественные сферы.

позволяет утверждать, что право будет регулировать метавселенные в значительно большей степени, чем виртуальные пространства сейчас.

В литературе высказывалось мнение, что метавселенная является «особой средой между-народного права» (*special environment of international law*)⁵⁰. Согласно позиции Э. Ахонена, тот факт, что метавселенная существует на блокчейне, позволяет утверждать, что она беспреце-дентно ограничивает возможности государств для вмешательства. Тем самым, по его мнению, «[метавселенная,] не являясь суверенным государством, может быть истолкована как соответ-ствующая ряду критериев государственности... территория».

В целом соглашаясь с аргументами автора, мы видим возможность для рассмотрения ме-тавселенной как «особой среды» несколько в другом. Так, по нашему мнению, вышеперечис-ленные особенности метавселенной дают основания полагать, что она представляет собой нечто большее, чем игровые виртуальные пространства и веб-сайты, выступая новой политиче-ской, экономической и социальной экосистемой. Возможность появления в ней новых отноше-ний, перенос объектов реального мира в виртуальное пространство метавселенной⁵¹ и низкий «порог серьезности» позволяют говорить о том, что метавселенная все больше будет выкри-сталлизовываться как виртуальное пространство *sui generis*, которое следует рассматривать как еще одно пространство наряду с морским, воздушным, космическим и земным. Это, в свою очередь, означает возможность понимания метавселенной в качестве среды, в которой дейст-вует право⁵². Может возникнуть вопрос: должны ли и иные виртуальные пространства рассматри-ваться в таком же ключе? Думается, что нет. Например, многопользовательские онлайн-игры имеют абсолютно иное назначение и не претендуют на статус «иммерсивного Интернета», к которому стремится метавселенная. Виртуальное пространство видеоигры не требует такого подхода, поскольку отношения в нем, по общему правилу, не превышают «порога серьезности», выступая элементами игровых правил. Как отмечает Д.А. Григорьев, это вопросы «суверенно-сти игровых миров»⁵³. Не имеет смысла рассматривать как территорию и веб-сайты, поскольку они лишены какой-либо системности и являются элементами сети «Интернет».

Таким образом, проведенный анализ показал, что метавселенная имеет отличительные черты, которые характеризуют ее как виртуальное пространство *sui generis*. В рамках дей-ствующего правового регулирования едва ли можно утверждать, что сегодня ее правовая

⁵⁰ Ahonen, E. (2022). *Encoded territory: The blockchain-based Metaverse as a special environment of International Law*. [Thesis for Master's Degree, University of Turku]. Turku University Library. https://www.utupub.fi/bitstream/handle/10024/153933/Ahonen_Elias_Thesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁵¹ Кроме «воссоздания» в метавселенной копий реальных городов, встречаются предложения о переносе в метавселенную целых государств, например кейс страны Тувалу (<https://www.accenture.com/ch-en/case-studies/technology/Tuvalu>).

⁵² Речь идет о средах с особым правовым режимом. Так, на международном уровне мы можем упомянуть Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (принят резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 19 декабря 1966 г. 2222 (XXI)), где космос определяется как «пространство», в котором действует особый правовой режим. В Конвенции ООН по мор-скому праву (заключена в г. Монтего-Бее 10 декабря 1982 г.) также определены особые «пространства» (например, открытое море). Мы можем обнаружить сходные примеры особых пространств-территорий и на национальном уровне, например, в Федеральном законе от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ «О федеральной территории «Сириус»» или законодательстве об особых экономических зонах и др.

⁵³ Суверенность игровых миров означает, по общему правилу, право не вторгается в игровое пространство. Вир-туальный игровой мир теряет свою суверенность в тот момент, когда происходит переход реального мира в мир игровой и обратно, иными словами, когда достигнут «порог серьезности» (Grigoriev, (2023)).

природа может быть описана как виртуальное пространство особого рода, поскольку необходимое для таких выводов законодательство отсутствует. Тем не менее видится, что дальнейшее правовое регулирование метавселенной должно строиться с учетом этого момента.

Заключение

Современное правовое регулирование позволяет сделать вывод, что правовая природа метавселенной многогранна, поскольку она имеет черты объекта интеллектуальной собственности и средства коммуникации. Между тем эти представления не в полной мере отражают особенности метавселенной, а правовых норм, которые бы позволяли установить их более точно, ни международное право, ни право России, равно как и право других государств, не содержат. Потому с учетом сходства метавселенной и виртуального пространства, а также выделенной в работе специфики метавселенной мы приходим к выводу, что метавселенная — виртуальное пространство *sui generis* и специальное регулирование метавселенной, которое будет вводиться в дальнейшем, должно основываться именно на таком понимании. Пока такое специальное регулирование не введено, правовая природа должна определяться с учетом законодательства об информации и права интеллектуальной собственности.

Список литературы / References

1. Anisimova, A. (2015). K voprosu o ponyatii seti «Internet» v teorii prava i zakonodatel'stve [On the issue of the concept of «Internet» in the theory of law and legislation]. *Yuridicheskaya nauka [Legal Science]*, (4), 5–8.
2. Arkhipov, V., Vasil'ev, A., Andreev, N., & Pechatnova, Yu. (2023). Komp'yuternye igry v yuridicheskikh issledovaniyakh: k voprosu o predposylkah modeli regulirovaniya [Computer games in legal studies: an issue on the prerequisites of a model of regulation]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo Gosudarstvennogo Universiteta. Seriya Pravo. [Vestnik of Saint Petersburg University. Law]*, 1, 5–21. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2023.101>
3. Arkhipov, V. (2013). Virtualnoe pravo: osnovnye problemy novogo napravleniya yuridicheskikh issledovaniy [Virtual law: main issues of the new approach of conducting legal research]. *Pravovedenie*, 307(2), 93–113
4. Arkhipov, V. (2015). Pravila igry kak normativnaya sistema, ili chto obshchego mezhdru jurisprudenciy i geim-dizainom [Game rules as a normative system, or what jurisprudence and game design have in common]. *Logos*, 25(1), 214–225. <https://www.logosjournal.ru/articles/2214/>
5. Arkhipov, V. (2019). Deystvie pravovykh norm v cifrovom mediaprostranstve i semanticheskie predely prava [The effect of legal norms in the digital media space and the semantic limits of law]. *Pravovedenie*, 63(1), 8–27. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.101>
6. Bhattacharya, P., Saraswat, D., Savaliya, D., Sanghavi, S., Verma, A., Sakariya, V., Tanwar, S., Sharma, R., Simona Raboaca M., & Lucia Manea D. (2023). Towards future Internet: The metaverse perspective for diverse industrial applications. *Mathematics*, 11(4), Article 941. <https://doi.org/10.3390/math11040941>
7. Bogost, I. (2011). *How to do things with videogames*. University of Minnesota Press.
8. Buribaev, T., & Gachina, A. (2021). World of Lawcraft. Voprosy zashchity prav polzovatelej onlain-igr [World of Lawcraft. Issues relating to the protection of the rights of online game users]. *Zhurnal Suda po intellektual'nykh pravam [Journal of Intellectual Property Rights Court]*, 32(2), 110–127.
9. Dyuranske, B. & Kein S. Virtual'nye miry, real'nye problemy [Virtual worlds, real issues]. (2013). *Pravovedenie*, 307(2), 115–134.

10. Esposito, N. (2005). A short and simple definition of what a videogame is. In S. Castell, & J. Jenson (Eds.). *Changing views: Worlds in play: Selected papers of the 2005 Digital Games Research Association's Second International Conference*. Diga.
11. Filipova, I. (2023). Metavselennyye: kak ikh razvitie povliyaet na rabotnikov i rabotodateley [Metaverses: How their development will affect workers and employers]. *Ezhegodnik trudovogo prava [Russian Journal of Labour & Law]*, 13. 45–64. <https://doi.org/10.21638/spbu32.2023.103>
12. Frasca, G. (2004). Videogames of the oppressed: Critical thinking, education, tolerance, and other trivial issues. In N. Wardrip-Fruin & P. Harrigan (Eds.), *First person: New Media as Story, Performance, and Game* (pp. 85–94). *The MIT Press*.
13. Gabysheva, T., & Mutalieva, A. (2019). K voprosu ob opredelenii videoigr kak slozhnykh ob'ektov intellektual'noy sobstvennosti [On the issue of the definition of video games as complex objects of intellectual property]. *Vestnik Severo-Vostochnogo federal'nogo universiteta imeni M.K. Ammosova. Seriya «Istoriya. Politologiya. Pravo» [Herald of the North-Eastern Federal University. History. Politics. Law, (4), 54–59. <https://www.ippsvf.ru/jour/article/view/34>*
14. Galanina, E., & Vetushinskij, A. (2019). Izmerenie geroicheskogo i monomif v videoigrah [The heroic dimension and monomyth in video games]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Kul'turologiya i iskusstvovedenie [Tomsk State University Journal of Cultural Studies and Art History]*, (33), 34–36. <https://doi.org/10.17223/22220836/33/3>
15. Ho, K. -H., Hou, Y., Chu, C. F. C. & Chan, C. -K., Pan H., & Chan, T. -T. (2023). Work in progress: An AI-assisted metaverse for computer science education. *IEEE World Engineering Education Conference EDUNINE* (pp. 81–91). <https://doi.org/10.1109/EDUNINE57531.2023.10102819>
16. Kas'yanov, V. (2018). Virtual'noe prostranstvo kak novyy — «staryj» sociokul'turnyj fenomen [Virtual space as a new — «old» socio-cultural phenomenon]. *Uchenye zapiski Krymskogo federal'nogo universiteta imeni V. I. Vernadskogo. Sociologiya. Pedagogika. Psihologiya [Scientific Notes of V.I. Vernadsky Crimean Federal University. Sociology. Pedagogy. Psychology]*, 4(2), 38–42.
17. Kotenko, E. (2010). Pravovoy rezhim komp'yuternykh igr [Legal regime of computer games]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava [Actual Problems of Russian Law]*, (2). 423–429.
18. Lobanova, Yu. (2022). Komp'yuternaya videoigra kak sociokul'turnyj generativ emociy [Computer video-games as a socio-cultural generator of emotions]. *Vestnik Kultury i Iskusstv [Culture and Arts Herald]*, 71(3), 73–81.
19. Medvedev, A. (2018). Pravovye otnosheniya v prostranstve virtual'nykh igrovyykh mirov: problemy teorii i praktiki [Legal relationships in the space of virtual game worlds: Theory and practice issues]. *Vestnik Sibirskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii [Herald of The East Siberian Institute of The Ministry of Internal Affairs of The Russian Federation]*, 31(2), 139–150.
20. Nilsson, A., Kuja-Halkola, R., Lichtenstein, P., Larsson, H., Lundström, S., Fatouros-Bergman, H., Jayaram-Lindström, N., & Molero, Y. (2023). The genetics of gaming: A longitudinal twin study. *JCPP Advances*, 3(4). Article e12179. <https://doi.org/10.1002/jcv2.12179>
21. Ovcharov, D. (2021). Sravnitel'no-pravovoy analiz terminov «videoigra» i «komp'yuternaya igra» [Comparative legal analysis of the terms «videogame» and «computer game»]. *Yuridicheskaya nauka [Legal Science]*, (12), 44–48.
22. Park, S., & Kim, Y. (2022). A metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges. *IEEE Access*, 10, 4209–4251. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2021.3140175>
23. Ponkin, I. (2023). Kiber-meta-vselennaya: pravovoy vzglyad [Metaverse: Legal perspective]. *International Journal of Open Information Technologies*, 11(1), 118–127.
24. Rassolov, I. (2009). *Pravo i Internet. Teoreticheskie problemy*. Norma: INFRA-M.

25. Roshchenko, S. (2022). Videoigra kak ob'ekt avtorskikh prav v epokhu razvitiya cifrovyykh tekhnologiy [Video Game as an Object of Copyright in the Era of Digital Technology Development]. *Vestnik Universiteta imeni O. E. Kutafina [Courier of Kutafin Moscow State University]*, 92(4), 223–229. <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2022.92.4.223-229>
26. Rozhkova, M. (2022). Veb-sait: ot elektronnoy papki do sostavlyayushchey Metavselennoy — evolyuciya ili involyuciya? [Website: From an electronic folder to a component of the metaverse — evolution or involution?]. *Trudy po intellektual'noj sobstvennosti [Works on Intellectual Property]*, 40(1), 14–19. <https://doi.org/10.17323/tis.2022.14212>
27. Grigoriev, D. A. (2023). Suverennost' igrovyykh mirov: kak parvo doljno regulirovat' virtualnye igry. In Rozhkova, M., & Luk'yanov, R. (Eds.). *Videoigry, gejming, kibersport: pravovye voprosy [Video games, gaming, cybersport: Legal issues]*. *Razvitie pravovykh sistem [Development of legal system]*.
28. Teleshina, N. (2013). Virtual'noe prostranstvo kak novaya yuridicheskaya konstrukciya: k postanovke problemy [Virtual space as a new legal construction: A problem statement]. *Yuridicheskaya tekhnika [Legal Technique]*, (7–2), 740–747.
29. Vasil'ev, A., & Pechatnova, Yu. (2021). Termin “komp'yuternaya igra”: opyt mezhdisciplinarnogo analiza [The term «computer game»: The experience of an interdisciplinary analysis]. *Prolog: zhurnal o prave [Prologue: Law Journal]*, 30(2). 131–138. <https://doi.org/10.21639/2313-6715.2021.2.13>
30. Vetushinskij, A. (2015). To play game studies press the start button. *Logos*, 25(1), 41–60. <https://www.logos-journal.ru/articles/1911/>
31. Yugaj, I. (2007). Komp'yuternaya igra kak vid khudozhestvennoj praktiki [Computer games as a new type of artistic practice]. *Izvestiya Rossijskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta imeni A. I. Gercena [Izvestia: Herzen University Journal of Humanities & Sciences]*, 14(37), 367–372.
32. Zverev, M. (2022). Prava geymerov na virtual'nyuyu sobstvennost' [Gamers' rights to virtual property]. *Trudy po intellektual'noj sobstvennosti [Works on Intellectual Property]*, 41(2), 69–79. <https://doi.org/10.17323/tis.2022.14449>

Сведения об авторе:

Севергин А.Д. — аспирант кафедры международного права, юридический факультет, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, Россия.
st085649@student.spbu.ru

Information about the author:

Aleksandr D. Severgin — Ph.D. student, Department of International Law, Law Faculty, St Petersburg State University, Saint Petersburg, Russia.
st085649@student.spbu.ru

ARTICLES

THE GLOBAL APPROACHES TO THE REGULATION OF QUANTUM COMMUNICATION

Dmitry A. Kuleshov

Kutafin Moscow State Law University
9, Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, Russia, 125993

Abstract

In the rapidly evolving field of quantum communication, the regulatory framework plays a crucial role in ensuring security, standardization, and international cooperation. This article examines various approaches employed by countries to regulate quantum communication. The purpose of this research is to comprehensively analyze and compare different international approaches to the regulation of quantum communication to identify key features characteristic of the current stage of development and regulation of quantum communication, as well as to develop recommendations for optimizing and improving regulatory governance in this area. The methodological basis of the study consisted of general scientific and special methods. A detailed study of various legal documents, strategies, and standards related to quantum communication was conducted using the following general scientific methods: analysis, synthesis, induction, and system analysis. Among the special legal methods used was the comparative legal method, which made it possible to identify general trends, differences, and unique approaches in the regulation of quantum communication, as well as the formal-legal method for studying legal categories and legislative techniques used in various acts in the studied area. The study systematically examines legislative measures, government policies, and industry standards to determine the relationship between technological innovation and regulatory governance in the field of quantum communication. The research revealed that the regulation of quantum communication is primarily carried out at the level of strategic documents, such as national roadmaps, which contain recommendations and guidelines for regulating quantum communication. It was found that technical standards play a vital role in the development of quantum communication, with this development occurring at both national and international levels. Special groups and centers have been established for the effective implementation, development, and regulation of quantum communication, which allows for the identification of social, legal, political, and ethical issues. The main conclusions include the need to monitor administrative barriers, identify priority sectors for the implementation of quantum communication, and recognize quantum communication as a dual-use technology. It is recommended that an international certification and tracking system be created for quantum communication devices for export and import control purposes.

Keywords

quantum communication, regulation, information security, international cooperation, quantum technologies, national strategies, industry standards, government governance, regulatory frameworks

Conflict of interest The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure The study has no sponsorship.

For citation

Kuleshov, D.A. (2023). The global approaches to the regulation of quantum communication. *Digital Law Journal*, 4(4), 54–72. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-4>

Submitted: 20 Oct. 2023, accepted: 29 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023

СТАТЬИ

ГЛОБАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ К РЕГУЛИРОВАНИЮ КВАНТОВЫХ КОММУНИКАЦИЙ

Д.А. Кулешов

Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Аннотация

В быстро развивающейся области квантовых коммуникаций нормативно-правовая база играет решающую роль в обеспечении безопасности, стандартизации и международного сотрудничества. В этой статье рассматриваются различные способы, применяемые странами к регулированию квантовых коммуникаций. Целью данного исследования является всесторонний анализ и сравнение различных международных подходов к регулированию квантовых коммуникаций для выявления ключевых особенностей, характерных для текущего этапа развития и регулирования квантовых коммуникаций, а также разработки рекомендаций для оптимизации и совершенствования нормативного управления в данной области. Методологической основой исследования явились общенаучные и специальные методы. Детальное изучение различных правовых документов, стратегий и стандартов, связанных с квантовыми коммуникациями, проводилось с использованием следующих общенаучных методов познания: анализа, синтеза, индукции и метода системного анализа. Среди специальных юридических методов познания использовались сравнительно-правовой метод, который позволил выявить общие тенденции, различия и уникальные подходы в регулировании квантовых коммуникаций, а также формально-юридический метод для исследования правовых категорий и законодательной техники, используемых в различных актах в области квантовых коммуникаций. В рамках исследования систематически изучаются законодательные меры, правительственные политики и отраслевые стандарты для понимания взаимосвязи между технологическими инновациями и нормативным управлением в сфере квантовых коммуникаций. Было выявлено, что регулирование квантовых коммуникаций в основном осуществляется на уровне стратегических документов, таких как национальные дорожные карты, которые содержат рекомендации и руководящие принципы по регулированию квантовых коммуникаций. Обнаружено, что технические стандарты играют важнейшую роль в развитии квантовых коммуникаций, причем их разработка происходит как на национальном, так и на международном уровнях. Специальные группы и центры создаются для эффективного внедрения, разработки и регулирования квантовых коммуникаций, что позволяет выявлять социальные, правовые, политические и этические вопросы. Основные выводы включают необходимость мониторинга административных барьеров, определение приоритетных секторов для внедрения квантовых коммуникаций, а также признание квантовых коммуникаций как технологий двойного назначения. Рекомендуется создание международной системы сертификации и отслеживания квантовых коммуникационных устройств для целей экспортного и импортного контроля.

Ключевые слова

квантовые коммуникации, регулирование, информационная безопасность, международное сотрудничество, квантовые технологии, национальные стратегии, отраслевые стандарты, государственное управление, нормативное регулирование

Конфликт интересов	Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.
Финансирование	Исследование не имеет спонсорской поддержки.
Для цитирования	Кулешов, Д.А. (2023). Глобальные подходы к регулированию квантовых коммуникаций. <i>Цифровое право</i> , 4(4), 54–72. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-4
Поступила: 20.10.2023, принята в печать: 29.11.2023, опубликована: 28.12.2023	

Introduction

In an era characterized by exponential technological growth, the realm of communication stands as a cornerstone of innovation, driving advancements across various sectors. Among the myriad emerging communication technologies, quantum communication holds exceptional promise, offering unparalleled security and efficiency in data transmission. Leveraging the principles of quantum mechanics, such as superposition and entanglement, quantum communication systems have the potential to revolutionize information exchange, rendering conventional cryptographic methods obsolete.

Despite the transformative potential of quantum communication, the regulatory landscape governing its deployment remains relatively uncharted. With the rapid proliferation of quantum communication technologies, policymakers are faced with the daunting task of crafting regulatory frameworks capable of fostering innovation while safeguarding against potential risks. Moreover, the global nature of quantum communication necessitates an understanding of the diverse regulatory approaches adopted by different countries and regions.

Against this backdrop, this research endeavors to address the pressing need for a comprehensive analysis of quantum communication regulation on a global scale. The main objective of this research is to thoroughly examine and contrast various global strategies for regulating quantum communication in order to pinpoint essential characteristics unique to the current phase of the development and regulation of quantum communication, and to formulate recommendations for enhancing and refining regulatory governance in this field. Through a comparative legal analysis of regulatory frameworks, this research seeks to uncover common trends, disparities, and emerging patterns in regulating quantum communication, thereby providing valuable insights for policymakers, researchers, and industry stakeholders alike.

To achieve these objectives, the research will be conducted in several stages. Qualitative and quantitative analyses will be employed to assess the regulatory frameworks implemented in different countries and regions. By systematically examining legislative measures, governmental policies, and industry standards, this research aims to shed light on the intricate interplay between technological innovation and regulatory governance in the realm of quantum communication.

In essence, this study seeks to contribute to the burgeoning field of quantum communication by offering a comprehensive exploration of its regulatory landscape. By highlighting the regulatory challenges and opportunities inherent in this rapidly evolving field, this research aims to promote evidence-based policy making and foster international collaboration in creating secure and efficient quantum communication infrastructure.

Results

Research into foreign regulation of quantum communication has yielded several key findings, not only concerning the regulation itself but also related measures:

1. Regulation of quantum communication is primarily carried out at the level of strategic planning documents. National roadmaps in the field of quantum technologies typically contain recommendations and regulatory guidelines for quantum communication, identify best practices, and list existing and planned initiatives that may receive financial support from one or more government agencies. The process of drafting a roadmap provides a valuable opportunity to engage a wide range of stakeholders in the development of national strategies. Roadmaps usually encompass all government structures and identify opportunities for inter-sectoral cooperation among stakeholders. The roadmap development process also creates opportunities for stakeholders to collaborate in developing their own strategies and policies, as well as sharing knowledge, information, and best practices. In most cases, such roadmaps are developed by government bodies and organizations, but there are also roadmaps from private quantum associations, for example, in the European Union.
2. Technical standards play a paramount role in the development of quantum communication. Their development occurs not only at the national level but also internationally. The international dimension is seen as a means of promoting protocols from individual countries and enhancing influence. However, it is essential to prevent the formation of different international standardization systems.
3. Special groups and centers are established for the effective implementation, development, and regulation of quantum communication. Their task is to identify social, legal, political, and ethical issues related to quantum communication. Such groups play a crucial role in informing society and shaping a positive image of quantum communication.
4. For effective legal regulation, it is necessary to monitor administrative barriers that hinder the implementation of quantum communication. These barriers may include complicated rules for government procurement, as well as procedures for obtaining licenses and certificates.
5. It is necessary to identify the sectors where the implementation of quantum communication is expected to occur first. These sectors may include the financial sector, healthcare, defense, and critical infrastructure.
6. Regulating and implementing quantum communication involves the use of experimental legal regimes. It is recommended to include quantum communication in the list of technologies that may be subject to experimental legal regimes.
7. The overwhelming majority of countries classify quantum communication as a dual-use technology. This means it can be used for both civilian and military purposes.
8. The classification of quantum communication as a dual-use technology is undoubtedly aimed at ensuring national security, but at the same time, it imposes significant export restrictions. A

solution to this could be the establishment of a transparent certification system and tracking of quantum communication devices. To achieve this, it is possible to create an international system for tracking and certifying quantum communication devices for the purpose of export and import control under the auspices of the United Nations.

9. Most countries encourage the use of public-private partnerships. Collaboration between public and private organizations facilitates quicker responses than traditional regulatory bodies, providing flexibility in achieving regulatory outcomes for quantum communication and addressing industry challenges (Johnson, 2019, p. 21).
10. For countries facing challenges in accessing global markets, a viable strategy could involve orientating towards regional blocs. This approach aims to position them either as local hubs for quantum technology development or as significant infrastructure players, particularly in the realm of quantum communication. This strategy is particularly relevant for countries like Australia and Russia.
11. It is crucial to pay close attention to the ethical aspects of regulating and using quantum communication. The current era necessitates efforts to initiate the development of a quantum ethics code and the establishment of an ethical and legal compliance system, both at the national and international levels.

Discussion

1. Understanding quantum communication

Quantum communication refers to a set of information technologies aimed at transmitting and protecting information, the operation of which is based on the laws of quantum physics. Quantum communication harnesses the principles of quantum mechanics, such as superposition and entanglement, to facilitate secure and efficient transmission of information (Hoofnagle & Garfinkel, 2021, p. 25). Superposition denotes the simultaneous existence of multiple states within a single object. The renowned double-slit experiment demonstrates various quantum phenomena, showcasing the dual wave-particle nature of small particles and the concept of superposition. The primary inference drawn from the experiment is that we are unable to determine which slit the individual photon traversed; instead, the photon exists as a probability wave. Unlike classical communication systems, which rely on classical bits to encode information, quantum communication employs quantum bits, or qubits, which can exist in multiple states simultaneously.

The next phenomenon under examination is quantum entanglement, wherein the quantum states of two or more entities become mutually dependent, despite being spatially distant. Entangled particles exhibit synchronized behavior, irrespective of the spatial separation between them. Empirical validation of this property was notably achieved by China in 2017 through the utilization of a quantum satellite (Juan et al., 2017, p. 4).

An additional crucial characteristic of quantum particles, exploited in quantum communication, pertains to the impossibility of cloning a quantum state (Imre, 2014, p. 139). Given that a quantum state eludes precise measurement, the act of accurately duplicating it is likewise unattainable. As a result, the replication of quantum messages inevitably introduces errors, thereby notifying the communicating parties of any observation by an external observer. Consequently, users retain the capability to consistently detect the presence of surveillance or any attempted intrusion.

Here's a simplified overview of how quantum communication works: Alice sends photons with random directions, called polarizations. Bob also randomly chooses directions to measure these photons. After Bob receives and measures the photons, Alice tells him which directions she used. Bob discards the cases where his directions didn't match Alice's and informs her where data transmission failed. Even without sharing the actual measurement results, Alice and Bob can generate the same key. Moreover, if a third party tries to interfere and measure the photons, their polarization changes, and Alice and Bob can detect errors.

The most popular application of quantum communication is quantum key distribution (QKD) (Renner, 2008, p. 9). In the process of key generation, the parties exchange photons. Due to the aforementioned quantum properties, any attempt by a third party to eavesdrop will inevitably disrupt the delicate quantum states, which the communicating parties will immediately detect (Silva et al., 2012, p. 13).

At present, the lack of regulatory frameworks governing the advancement and application of quantum technologies opens avenues for ethical and societal quandaries. Without sufficient regulations in place, these issues could arise, potentially endangering ethical norms and societal welfare (Johnson, 2019, p. 12).

2. Regulation of quantum communication in different countries

2.1. Canadian regulation of quantum communication

This country's most recent strategy is Canada's National Quantum Strategy.¹ The document emphasizes the importance of quantum communication for ensuring the confidentiality of information. A forecast is provided which predicts that the quantum sector will become a \$139 billion industry in Canada by 2045, generating over 200,000 jobs and \$42 billion in revenue, potentially contributing 3% of Canada's GDP.

In the section dedicated to quantum communication, the Canadian government emphasizes the crucial role of post-quantum cryptography. It is noted that a national quantum communication network, combined with post-quantum cryptography, can enhance the security of confidential information, critical applications, and infrastructure. Such a network will encompass ground and satellite infrastructure, significantly surpassing current Canadian and international capabilities. In the future, the 'quantum internet' may also be utilized by Canadian industries, such as the financial sector, which require the transmission of confidential information and compatibility of their networks with those of reliable international partners. Consequently, there is a task to promote the adoption of post-quantum cryptography and quantum communication products in order to protect data stored by the Canadian government and Canadian industry.

Among other tasks, increasing organizations' awareness of the importance of data confidentiality and quantum communication as a means of ensuring such confidentiality is highlighted. The document indicates an understanding of the importance of quantum technology and the need to encourage the private sector to invest in this area. There are no specific standards or acts aimed at regulating quantum technology. On the contrary, the strategy emphasizes Canada's international participation in the development of standards, implying that these standards will be applied in the country.

The strategy also acknowledges that quantum communication may fall into the hands of malicious actors, leading to negative consequences for security and resilience. It is noted that the

¹ Ministry of Innovation, Science and Industry. (2022). *Canada's National Quantum Strategy*. Government of Canada. <https://ised-isde.canada.ca/site/national-quantum-strategy/sites/default/files/attachments/2022/NQS-SQN-eng.pdf>

regulation of quantum communication should be based on principles of security, compatibility, and neutrality.

For effective regulation, the establishment of a Quantum Advisory Council is envisaged, comprising representatives from industry, science, non-profit, and investment communities. To coordinate government bodies, the creation of an Interdepartmental Quantum Committee is proposed.

In pursuit of advancements in the quantum sphere, the Canadian government plans to achieve success by providing additional funding, offering alternative forms of support for industry and research, and developing roadmaps.

Quantum communication is classified as a dual-use technology, meaning it can be used for both civilian and military purposes. According to the Wassenaar Arrangement of 1995, quantum cryptography technology is listed as a dual-use technology, which consequently imposes export restrictions on companies wishing to participate in international trade.

Thus, there are no specialized laws applicable to quantum communication in Canada. While the country's national quantum strategy lays important foundations for the further development of quantum communication, there are no plans concerning its regulation, such as identifying administrative or bureaucratic barriers. This may hinder the development of quantum communication in Canada.

2.2. EU regulation of quantum communication

A key EU strategic planning document is the European Union Strategy for Cybersecurity in the Digital Decade.²

In the field of quantum communication, the importance of standardization is noted. It is stated that standards acquire significant importance in addition to traditional legal regulation.

Among the issues emphasized is the importance of preventing individual countries from exploiting international standardization for their own political objectives and the emergence of competing international standardization systems.

In 2016, the EU launched a large-scale program known as the Quantum Flagship Initiative.³ The program is aimed at supporting the work of hundreds of quantum researchers over a period of 10 years, with an expected budget of €1 billion. It is noteworthy that in the same year, 2016, the key areas of activity in the field of quantum technologies were approved to ensure the EU's leadership in the second quantum revolution. These directions are known as the Quantum Manifesto (hereinafter referred to as the Manifesto).⁴ The Manifesto calls on private companies to participate in the development of quantum technology. They are provided with opportunities to engage in the creation and advancement of quantum technology through public-private partnerships, grants, and other means. The Manifesto identifies three pillars upon which the development of quantum technology, including quantum communication, relies: science, education, and technology.

Additionally, as part of the private initiative, The European Quantum Industry Consortium (QuIC) has developed the Strategic Industry Roadmap (SIR) 2024.⁵ For instance, researchers note that the

² European Commission Joint Communication to the European Parliament and the Council JOIN (2020) 18 final, The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade. (December 16, 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52020JC0018>

³ European Commission. (2018, October 29). *Quantum technologies flagship kicks off with first 20 projects* [Press Release]. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_6205

⁴ European Commission. (2016). *Quantum manifesto for quantum technologies*. https://qt.eu/media/pdf/93056_Quantum-Manifesto_WEB.pdf

⁵ The European Quantum Industry Consortium. (2024). *Strategic Industry Roadmap*. <https://www.euroquic.org/wp-content/uploads/2024/02/PUBLIC-version-Strategic-Industry-Roadmap-2024.pdf>

most promising approach to utilizing quantum key distribution (QKD) and quantum cryptography is their synergy. Therefore, legislators should be mindful of timelines and lay the groundwork for long-term funding and support for QKD. Alongside governmental investments, this also entails recommendations and subsequent regulatory acts regarding the use of QKD-based solutions in areas where private and public information is processed and transmitted.

Additionally, a recommendation is provided for the development of regulatory acts that could assist in the development of products, especially for systems manufactured for European organizations.

It is noted that immigration controls and export control rules often do not allow non-European specialists to work in Europe outside of academic environments, and provisions on work visas typically do not specify specialists in the field of quantum technologies. Similar proposals attracting talent and creating opportunities for specialists in quantum technology can be found in many countries, such as China, Russia, and Australia. Typically, such initiatives target quantum communication engineers and developers, but rarely encompass representatives of the humanities (lawyers, ethics specialists). For the most comprehensive and thorough development and implementation of quantum communication, from both a technical and legal perspective, the candidacy of all stakeholders should be considered.

2.3. German regulation of quantum communication

In Germany, the primary act dedicated to quantum technologies, including quantum communication, is the German Government's Action Plan for Quantum Technologies.⁶

Germany views quantum communication as a technology for ensuring confidential communication.

The characteristic shortage of personnel in the field of quantum technology is noted, which is typical for many countries. Therefore, there is a need to develop a program both for educating new specialists and attracting experts from abroad.

Just like QuIC, the German government is considering a scenario involving the use of quantum communication alongside post-quantum cryptography. When combined with post-quantum cryptography based on mathematical principles, the confidentiality of sensitive information can be maintained in the long term. However, continuous monitoring of risks in the field of information security and data protection is imperative.

To coordinate government agencies, the creation of a special interdepartmental group is envisaged. Such initiatives deserve attention as they are found in many countries and are primarily aimed at overcoming bureaucratic hurdles that could significantly hinder the development of quantum communication.

Besides supporting pan-European initiatives, Germany will collaborate with national institutions, which also indicates a public-private approach.

In addition, the federal government has adopted a framework program titled 'Quantum Technologies — From Basics to Market' which outlines the following goals of the federal government:

⁶ Quantum Computing Lab. (n.d.) *Germany's action plan for quantum technologies*. Retrieved November 25, 2023, from <https://www.quantumcomputinglab.cineca.it/en/2023/05/09/germanys-action-plan-for-quantum-technologies/>; Bundesministerium für Bildung und Forschung [Federal Ministry of Education and Research]. (2023). *Handlungskonzept Quantentechnologien der Bundesregierung* [Federal Government's quantum technology action plan]. Bundesregierung [Federal Government]. <https://qbn.world/wp-content/uploads/2023/04/Action-Plan-Quantum-Technologies-by-German-Government-2023-2026.pdf>

strengthening Germany's strong positions in quantum physics research and paving the way for applications using quantum technology; creating a framework of conditions to prepare for new economic opportunities and markets; establishing a solid foundation for Germany's leading role in developing industrial applications for quantum technology; fostering international collaboration in the development of quantum technologies; informing the German population and involving them in the advancement of this new key technology.⁷

It is noted that, from the federal government's perspective, there is a particular need to develop quantum-resistant cryptographic systems that are secure against both quantum and classical computers and can operate with existing communication protocols and networks. The federal government aims to take measures in this area to maintain Germany's place as the number one encryption country. Here, arises the challenge of transitioning to new cryptographic infrastructures while also focusing on a degree of encryption flexibility.

In general, though Germany lacks specialized laws dedicated to quantum communication, it has a general strategy for quantum technology that sets the right direction for future development and regulation of quantum communication.

2.4. British regulation of quantum communication

On March 23, 2015, the United Kingdom adopted a National Quantum Technologies Strategy⁸ that sets various goals and identifies actions that the British government must take. For example, one task is the development of regulatory acts and standards. It is noted that standards are a useful tool for the future development of technology, as they provide confidence and uniformity in an evolving market that can be recognized internationally by all links in the supply chain. The aim is to ensure that standards are developed at an appropriate pace and used properly to facilitate the planned development of quantum technology.

Similarly, existing regulatory acts can often be revised to unlock opportunities in the emerging market. Developing effective regulation that covers innovations in quantum technology will contribute to advancing the shared vision.

Special attention is given to the necessity of creating dialogue among all stakeholders. For instance, one of the principles for implementing standards is named as consultation with relevant stakeholders to better understand the need for standard implementation. It should be noted that such initiatives should not only pertain to standards but also to the regulation of any technology.

'Quantum communication' is also mentioned in the 2021 National Security and Investment Act, where it is defined as:⁹

(a) The transmission of information utilizing the properties of quantum mechanics, including superposition, entanglement, single-photon technology, the utilization of conjugate variables, or their combination;

(b) The utilization of communication networks (quantum or otherwise) for the distribution of quantum states or information about quantum states;

⁷ Bundesministerium für Bildung und Forschung [Federal Ministry of Education and Research]. *Quantum technologies – from basics to market*. Bundesregierung [Federal Government]. https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikationen/de/bmbf/5/31432_Rahmenprogramm_Quantentechnologien.pdf?__blob=publicationFile&v=3

⁸ UK National Quantum Technologies Programme. (2020). *Strategic Intent*. <https://uknqt.ukri.org/wp-content/uploads/2021/10/UKNQT-Strategic-Intent-2020.pdf>

⁹ National Security and Investment Act 2021/1264, schedule 13 (UK). <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2021/1264/schedule/13>

(c) The creation of cryptographic keys or the generation of provably random numbers using a quantum physical process.

The purpose of the mentioned law is to grant the UK government powers to scrutinize and intervene in certain acquisitions, including those made by enterprises or investors, that may pose a threat to the United Kingdom's national security. Under this law, any entity intending to acquire a company developing quantum technology is required to notify the UK government

It is also important to mention the theoretical approach to regulating quantum technology proposed by the Regulatory Horizons Council (RHC) in the 'Regulating Quantum Technology Application' report in February of 2024.¹⁰ The main principle of this approach lies in regulating the specific application of the technology rather than the technology itself. For instance, instead of attempting to regulate quantum communication as a whole, the focus is on regulating its applications, such as in quantum key distribution. A similar approach is outlined in the German government's Quantum Technology Action Plan.

Thus, the British government views public-private partnerships as the most rational mechanism for developing and implementing quantum communication, while it is simultaneously developing national standards and participating in international standardization bodies.

2.5. Dutch regulation of quantum communication

Another prominent player in the quantum communication market is the Netherlands with its National Program on Quantum Technologies.¹¹ The program is a comprehensive document providing an overview of all kinds of quantum technology, their practical applications, and descriptions of the main challenges inherent in developing quantum technology. It is worth noting that the program places special emphasis on forming and utilizing the quantum internet for quantum communication. A technical challenge is highlighted concerning the deployment of the quantum internet on a large scale, which involves overcoming various issues such as achieving entanglement over long distances and enhancing the functionality of quantum networks. The program concludes that the quantum internet will operate fundamentally differently from the modern internet, requiring a new network stack architecture capable of interacting with the current internet stack and fully leveraging the specific advantages of quantum communication. The program highlights the international aspects of quantum communication.

The Netherlands considers itself a potential international leader in developing the regulatory and ethical aspects of quantum communication.

2.6. Russian regulation of quantum communication

In Russia, quantum communication is defined as a key end-to-end technology, the development of which is determined by the Roadmap for the Development of End-to-End Digital Technology, dubbed 'Quantum Technologies' (hereinafter — the Roadmap)¹² and the Passport of the Roadmap

¹⁰ Department for Science, Innovation and Technology & Regulatory Horizons Council. (2024). *Regulating quantum technology applications*. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/65ddc83bcf7eb10015f57f9f/RHC_regulation_of_quantum_technology_applications.pdf

¹¹ Quantum Delta Nederland. (2019). *National agenda for quantum technology*. <https://qutech.nl/wp-content/uploads/2019/09/NAQT-2019-EN.pdf>

¹² Ministry of Digital Development, Communications and Mass Media of the Russian Federation. (2019). *The roadmap for the development of "end-to-end" digital technology "quantum technologies"*. The Government of the Russian Federation. <https://digital.gov.ru/uploaded/files/07102019kvantyi.pdf>

for the development of the high-tech field of 'Quantum Communication' for the period up to 2024 (approved by the Ministry of Digital Development of Russia on 08/27/2020 No. 17) (hereinafter — the Passport).¹³

In the Roadmap, one of the initiatives for developing quantum communication is 'Regulatory Regulation'. As part of this initiative, the preparation and consolidation of proposals for amending existing regulations are planned, as well as consideration of proposals and preparation of draft amendments to regulations by the responsible executive authorities.

According to Federal Law No. 258-FZ of July 31, 2020, 'On Experimental Legal Regimes in the Field of Digital Innovations in the Russian Federation', this regime can be applied to a number of technologies, the list of which is established by the resolution of the Government.¹⁴ In the Resolution of the Government of the Russian Federation No. 1750 of October 28, 2020, 'On Approval of the List of Technologies Applied within the Framework of Experimental Legal Regimes in the Field of Digital Innovations', that quantum technologies are among such technologies, including in the areas of quantum computing, quantum communication, quantum sensors, and metrology.¹⁵

In the Government of the Russian Federation's Order No. 1484-r of July 8, 2019, 'On the Signing of Agreements of Intent between the Government of the Russian Federation and State Corporations and State-Owned Companies for the Development of Certain High-Tech Directions', Article 2 states that the implementation of the Roadmap is ensured by creating a comfortable regulatory environment, including the removal of administrative barriers, improving standardization and technical regulation, and establishing experimental legal regimes.¹⁶

Quantum cryptography is designated as a dual-use technology in the Resolution of the Government of the Russian Federation No. 1299 of July 19, 2022, 'On the Approval of the List of Goods and Dual-Use Technologies That Can Be Used in the Development of Weapons and Military Equipment and on Which Export Control Is Implemented'.¹⁷

As part of the establishment of specialized organizations, the Quantum Valley Innovation Science and Technology Center, established in accordance with the Resolution of the Government of the

¹³ Passport of the «roadmap» for the development of the high-tech field «quantum communications» for the period up to 2024" (approved by the Ministry of Digital Development of Russia, Aug. 27, 2020, No. 17 (Russ.).

¹⁴ Federal'ny Zakon RF ob eksperimental'nykh pravovykh rezhimakh v sfere cifrovyykh innovatsiy v Rossijskoj Federacii [Federal Law on Experimental Legal Regimes in the Field of Digital Innovations in the Russian Federation], Sobranie Zakonodatel'stva Rossiyskoj Federatsii [SZ RF] [Russian Federation Collection of Legislation] 2020, No. 31 (Part I), Item 5017.

¹⁵ Postanovlenie Pravitel'stva RF ob utverzhdenii perechnya tekhnologij, primenyaemykh v ramkakh eksperimental'nykh pravovykh rezhimov v sfere cifrovyykh innovatsiy [Decree of the Government of the Russian Federation on approval of the list of technologies used within the framework of experimental legal regimes in the field of digital innovations] Oct. 28, 2020, No. 1750.

¹⁶ Rasporyazhenie Pravitel'stva RF o podpisanii Soglashenij o namereniyakh mezhdru Pravitel'stvom Rossijskoj Federacii i gosudarstvennymi korporatsiyami i gosudarstvennymi kompaniyami po razvitiyu otdel'nykh napravlenij vysokikh tekhnologij» [Order No. 1484-r of July 8, 2019, 'On the Signing of Agreements of Intent between the Government of the Russian Federation and State Corporations and State-Owned Companies for the Development of Certain High-Tech Directions], Sobranie Zakonodatel'stva Rossiyskoj Federatsii [SZ RF] [Russian Federation Collection of Legislation] 2019, No 28, Item 3824.

¹⁷ Postanovlenie Pravitel'stva Rossijskoj Federacii ob utverzhdenii perechnya tovarov i tekhnologij dvojnogo naznacheniya, kotorye mogut byt' ispol'zovany pri razrabotke vooruzheniya i voennoj tekhniki i v otnoshenii kotoryh osushchestvlyayetsya eksportnyj kontrol [Decree of the Government of the Russian Federation on the Approval of the List of Goods and Dual-Use Technologies that can be used in the Development of Weapons and Military Equipment and on which Export Control is implemented], Sobranie Zakonodatel'stva Rossiyskoj Federatsii [SZ RF] [Russian Federation Collection of Legislation] 2022, No 30, Item 5630.

Russian Federation No. 2133 of November 30, 2021, 'On the Establishment of the Quantum Valley Innovation Science and Technology Center' (hereinafter referred to as Quantum Valley), has been created.¹⁸ One of Quantum Valley's areas of activity is advanced digital technologies, including quantum technology and artificial intelligence. Operations within this center offer significant tax incentives (0% corporate income tax, 0% VAT, 0% property tax), which will have a positive impact on the industry's condition.

The Concept of Regulation of the Quantum Communication Industry in the Russian Federation until 2030 (hereinafter referred to as the Concept) was adopted in 2023. Among its regulatory tasks are to identify legal barriers hindering the development and application of quantum communication in various sectors of the economy and society; to shape a legal framework for the market for goods, works, and services in the quantum communication industry which is based on the national standardization and conformity assessment system; and to harmonize legal acts.

One of the regulatory initiatives involves developing legal acts in the field of quantum communication at the international level.

The first step in regulating quantum communication is to establish and define a conceptual framework. Subsequently, the goal will be to establish a legal institution to regulate the use of quantum communication within existing communication networks through the application of regulatory sandboxes.

Of particular interest is the preliminary 'Quantum Communication: Terms and Definitions' national standard (hereinafter referred to as the Standard), which identifies promising directions for developing quantum communication not only in Russia but also in other countries.

The Standard defines the term 'quantum signature' as quantum information associated with other information in electronic form (the information being signed) and used to identify the entity signing the information. Quantum signature is likely to become an additional option for remote document signing, used optionally for enhancing security or in compliance with legislation, such as in the transmission of electronic documents among critical infrastructure entities.

The term 'quantum internet' refers to a global information network based on quantum technology, where quantum information is generated, processed, and stored in nodes interconnected by quantum channels. The development of a quantum internet will raise issues related to governmental control and identification to a new level. For instance, in the EU, the Quantum Internet Alliance is engaged in the development and implementation of the quantum internet.¹⁹

One of the promising scenarios for the use of the quantum internet is the implementation of quantum currency, which is protected against counterfeiting due to the no-cloning theorem of quantum states. This could lead to changes in the regulation of monetary transactions. Just like for quantum communication, the development of standards will be required for the quantum internet, as noted in the Japanese Strategy for Creating the Quantum Future Industry.²⁰

¹⁸ Postanovlenie Pravitel'stva Rossijskoj Federacii o sozdanii innovacionnogo nauchno-tehnicheskogo centra "Kvantovaya dolina" [Resolution of the Government of the Russian Federation on the Establishment of the Quantum Valley Innovation Science and Technology Center] Sobranie Zakonodatel'stva Rossiyskoj Federatsii [SZ RF] [Russian Federation Collection of Legislation] 2021, No 49 (Part II), Item 8318.

¹⁹ Quantum Internet Alliance. (n.d.). *The QIA Story*. Retrieved October 23, 2023 from <https://quantuminternetalliance.org/gia-story/>

²⁰ Quantum Research Promotion Office. (n.d.). *Quantum Future Industry Creation Strategy*. Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology of Japan. Retrieved October 23, 2023 from www.mext.go.jp/a_menu/shinkou/ryoushi/mext_02468.html

Thus, in Russia, there are several strategic acts that define areas for regulation and set specific tasks for improving such regulation. However, there are no specialized laws that specifically address quantum communication, nor are there laws similar to those in the United States and Korea, which establish an organizational framework for the development and implementation of quantum communication. Unlike the approach in the US and Korea, Russia tends to rely on state-oriented partnerships, as state-owned companies are involved in the development of quantum communication. In other words, Russia has adopted a state-oriented approach instead of a softer approach or co-regulation.

2.7. US regulation of quantum communication

The United States' National Quantum Initiative Act was signed into law in 2018. Its aim is to ensure the United States' continued leadership in the field of quantum technology. It emphasizes the need for international quantum security standards, thereby assigning responsibility to relevant authorities and organizations to develop and implement national standards.

Additionally, the Act provides for the establishment of special bodies and committees whose primary goal will be to conduct research in the field of quantum technology.

Additionally, in accordance with Sec. 109 of the Export Control Reform Act of 2018, the Bureau of Industry and Security classified quantum information technologies, including quantum encryption, as critical technologies for export control purposes.²¹

In 2022, the National Institute of Standards and Technology (NIST) selected the non-profit research institute SRI International to develop the first roadmap for the production of quantum technologies, which is crucial for establishing reliable and high-quality supply chains.²²

2.8. Australian regulation of quantum communication

An Australian government corporation, the Commonwealth Scientific and Industrial Research Organisation (CSIRO), published a roadmap for quantum technologies in 2020, (CSIRO, 2020).²³ One of the key tasks it identified was to introduce certainty in the rules governing the control of trade in defense goods, as well as to support dialogue among stakeholders to foster trust in the industry and ensure the protection of intellectual property and Australia's security.

Moreover, Australia has adopted a National Quantum Strategy.²⁴ The structure of the National Quantum Strategy consists of 7 objectives with proposed policy initiatives to:

1. Create a conducive environment for the development, commercialization, and utilization of quantum research, including by raising awareness and demand;
2. Strengthen Australia's global leadership in quantum research by stimulating the next wave of quantum discoveries and technological breakthroughs;
3. Make Australia a primary destination for attracting talent in the field of quantum technology and stimulate the growth of a skilled workforce to enable industry scalability;

²¹ Export Control Reform Act of 2018, H.R.5040, 115th Cong., s. 109 (2018), <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5040/text>.

²² SRI. (2022, September 19). *Quantum Technology Manufacturing Roadmap*. <https://www.sri.com/press/story/quantum-technology-manufacturing-roadmap/>

²³ Australia's National Science Agency. (2022, October 12). *Growing Australia's Quantum Technology Industry*. <https://www.csiro.au/en/work-with-us/services/consultancy-strategic-advice-services/CSIRO-futures/Future-Industries/Quantum>

²⁴ Department of Industry, Science and Resources. (n.d.). *National Quantum Strategy*. Australian Government. Retrieved October 23, 2023 from <https://consult.industry.gov.au/national-quantum-strategy>

4. Remove barriers in the supply chain;
5. Strengthen domestic and international partnerships;
6. Create the right conditions to strengthen trust, ensure inclusivity, and balance national interests with economic opportunities.

Similar objectives are embedded in many other strategies, such as those in Russia. It is worth taking note of the initiatives aimed at removing barriers in the supply chain, such as identifying and eliminating procurement barriers within the quantum ecosystem that restrict the commercialization of quantum technology. Of interest is the attention paid to reducing the high dependency of the quantum industry on imports, including through the accumulation of reserves and expanding domestic production capacity, as well as raw material production.

Australia's vision for the development of its regulatory framework is intriguing. In its creation, a holistic approach is planned to ensure the achievement of a proper balance and to prevent unforeseen consequences of regulatory enactments. Achieving national interests in the field of quantum technologies will also require an active balance between:

- Commercial opportunities;
- The transformative impact of quantum technologies;
- National security requirements (including proper control over technologies to protect intellectual property and national interests).

Therefore, the most appropriate legal mechanisms for achieving the above-mentioned objectives may involve the piloting of experimental legal regimes.

In addition to the points mentioned, Australia has also adopted an Army Quantum Technology Roadmap.²⁵ It is asserted that widespread adoption of quantum networks in the near future is unlikely. Quantum communication will be limited to a few high-priority channels.

2.9. Japanese regulation of quantum communication

Japan stands out with a significant number of strategic initiatives in the field of quantum technology. There are three: Innovation Strategy in Quantum Technologies, Vision of the Quantum Society of the Future, and Strategy for Creating the Quantum Future Industry, as well as a Roadmap for Innovation strategy in the field of quantum technologies.

In the Strategy for Creating the Quantum Future Industry, it is noted that for the widespread use and dissemination of quantum communication, it will be recommended to incorporate quantum communication into rules, guidelines, etc. Additionally, the government will support the use of quantum technologies in public institutions and local government bodies. There is already a recognized need to develop new standards for the quantum internet of the future.

To expand and popularize the use of quantum cryptography communication devices, there are plans to develop a certification system for these devices by a third-party organization. It is expected that this system will be autonomous, where private companies will serve as evaluation institutions, and the responsibility will be placed on these companies and their executives.

In collaboration with industry and academic circles, the Japanese government has committed to forming a venture ecosystem in order to attract investment. This system will include mechanisms for discovering and generating new ideas (such as pitch competitions, idea/hackathons, etc.), collaboration with existing companies, cooperation between startup companies, and dissemination

²⁵ The Australian Army. (2021). *Army Quantum Technology Roadmap*. The Australian Government. https://researchcentre.army.gov.au/sites/default/files/RD5734_Quantum%20Roadmap%20WEB.pdf

of information about business activities, both domestically and internationally. As a result, a comprehensive innovation platform will be formed that will create and support startups through close collaboration between industry, academic circles, and the government, including support for accessing foreign markets. In other words, the emphasis is placed on public-private partnerships.

The Vision Strategy for the Quantum Future is particularly interested in addressing issues related to intellectual property, standardization, and international norm-setting, primarily for quantum computers and quantum communication. It is noted that quantum computers and quantum cryptographic communication represent complex systems that integrate various technologies, including quantum and traditional (classical) technologies, and it is expected that they will encompass diverse intellectual property in the future.

In light of this, a strategy of openness/closure is envisaged to protect intellectual property related to quantum technologies. Furthermore, issues are being considered related to mandating the licensing of inventions. For this reason, in collaboration with private companies, the government will promote an 'open-closed' strategy and encourage initiatives from the private sector. The Japanese government expects the formation of a patent pool led by the private sector in the future and the creation of a private management organization based on the 'open-closed' strategy. Furthermore, the formation of an international patent pool led by the private sector is expected to enable simultaneous licensing of multiple intellectual property assets.

In the field of investment, there is a plan to expand the use of government funds for particularly risky projects. To promote the development of the quantum market, the government and related organizations are expected to be obliged to actively procure new products for early adoption in order to stimulate demand.

A similar proposal is present in the Innovation Strategy in Quantum Technologies. Additionally, based on an agreement on an international export control regime, Japan will advocate strict control of secure trade and management systems based on its Foreign Exchange and Foreign Trade Act.

Thus, Japan offers the most comprehensive and holistic approach to the vision and future regulation of quantum technology. The government places significant emphasis on public-private partnerships in developing and financing quantum technology. There is a focus on the development of quantum computers and quantum communication. Changes in intellectual property legislation are expected to create a mechanism for compulsory licensing of inventions. Certification legislation will change to transfer this procedure into private hands, with the responsibility placed on the certifying bodies. There will be comprehensive changes in investment legislation aimed at facilitating investment and expediting the adoption and formation of the quantum technology market.

2.10. South Korean regulation of quantum communication

In 2023, amendments were added to South Korea's Special Law on Promotion of Information and Communication and Activation of Fusion. These changes allocate certain rights to the Minister of Information and Communication Technology (hereinafter referred to as the ICT Minister) and the government regarding the development of quantum communication.²⁶

The ICT Minister is empowered to support and promote activities related to the standardization and certification of quantum information and communication technologies, facilitate international

²⁶ Special Act on Promotion of Information and Communication and Activation of Convergence, amended by Act. No. 19240, March 21, 2023 (S. Kor.).

cooperation in the field of quantum information and communication technologies, and appoint a specialized institution for the effective implementation of projects in the field of quantum communication (Article 27.2). In coordination with the governor of the city, the ICT Minister may designate areas for the development and dissemination of new quantum information and communication technology, as well as for workforce training and enhancing the competitiveness of the industry (Article 27.4).

The government is empowered to determine the priority of support measures for high-tech and venture enterprises utilizing quantum information and communication technology, as well as for enterprises initiating entrepreneurial activities using quantum information and communication technology (Article 27.3).

On October 6, 2023, the Quantum Scientific Technology Development and Industry Act (hereafter referred to as the Quantum Technology Industry Act) was enacted. The main content of this act revolves around establishing an institutional framework to provide various forms of support for developing quantum scientific technology and industry.²⁷

The aim of the Act is to promote scientific and technological innovation, national security, and the development of the national economy by establishing a research base in the field of quantum science and technology and systematically developing the quantum industry.

The government's Ministry of Science and Information Technology is specifically tasked with creating a plan for the development of quantum science and technology every five years. This plan must address issues related to standardization and the protection of intellectual property rights.

Article 13 of the Quantum Technology Industry Act specifically establishes the right of patent holders to present the results of intellectual activities under an exclusive license. Apparently, this measure is aimed at combating potential illegal dissemination of quantum technology.

Additionally, the government is tasked with supporting startups related to quantum technology by providing them with workspace and conference rooms to foster the development of the quantum industry.

South Korea is actively engaged in standardizing quantum communication technology both at the national level and internationally.²⁸

Thus, the regulation of quantum communication in South Korea resembles that in the United States. There are laws establishing an institutional framework for organizing, financing, developing, and applying quantum technology. Responsible bodies are designated or created to carry out relevant duties. Alongside this, there is parallel development of quantum communication standards both at the national and international levels.

2.11. Chinese regulation of quantum communication

China's primary strategic document is the 'Made in China 2025' National Plan (hereinafter referred to as the National Plan),²⁹ and also the current 14th Five-Year Plan for China's Social and Economic Development (2021-2025). In these documents, there are declarations of "major breakthroughs," including in the field of quantum technology.

²⁷ Quantum Science and Technology and Quantum Industry Fostering Act (S. Kor.).

²⁸ Quantum Information and Communication Research Association. (2018). *Standardization for Quantum Key Distribution*. Ministry of Science and ICT. <https://scienceon.kisti.re.kr/srch/selectPORSrchReport.do?cn=TRKO202100006406>

²⁹ FDI China. (2022, June 22). *Made In China 2025: The Plan to Dominate Manufacturing and High-Tech Industries*. <https://fdichina.com/blog/made-in-china-2025-plan-to-dominate-manufacturing/>

According to the National Plan, the development of quantum technology will be driven by systematic education in the field of quantum technology, the advancement of numerous national innovation projects, and the establishment of laboratories. Significant state funding is expected to contribute to substantial achievements in the development of quantum technology. The funding is primarily directed towards the commercialization of quantum communication technology.

In 2018, a draft of a national standard dubbed ‘Terminology and Definitions of Quantum Communication’ was introduced.³⁰ This document provides definitions of concepts and terms in the field of quantum communication, including quantum communication technology, in both a broad and narrow sense, as well as terms related to the quantum information processing technology involved in quantum communication. The project focuses on defining terms related to current practical quantum key distribution technology, standardizing the description of quantum key distribution technology in industries related to quantum communication, and providing reference materials for the application of this technology in existing networks, as well as its evaluation and testing.

China enacted an Encryption Law in 2020, which regulates the use and development of cryptographic technologies, including those used in quantum communication. Additionally, there is a Cybersecurity Law enacted in 2016, which requires network operators to take measures to protect the security of their networks and the information they handle, including quantum communication networks.³¹

3. Ethical regulation

Ethical regulation could indeed emerge as a promising approach for guiding the development and deployment of quantum technology. It has the potential to influence all other forms of regulation and could serve as a foundation for governing quantum technology. There are already proposals in Europe for conducting Quantum Impact Assessments (QIA) to evaluate the legality, ethics, social implications, and technical reliability of quantum technologies throughout their lifecycle. This holistic approach could help ensure that quantum technologies are developed and used in a responsible and socially beneficial manner.³² The following rules are proposed:

1. Ensuring the integrity of quantum systems storing and transmitting information, as well as auditing information processing by quantum systems;
2. Providing traceability, testability, and predictability of actions performed by the quantum system;
3. Compliance with the intellectual property rights of third parties;
4. Respecting individuals’ privacy, confidentiality of information, fundamental ethical principles, and industry laws and regulations related to the application of quantum technology;
5. Clarifying and delineating responsibilities within the chain of development – component application – service provision.

As part of the quantum technology and quantum communication impact assessment, interdisciplinary groups are envisaged to be established. These groups will formulate future implementation plans for Quantum Impact Assessment (QIA) within each sector (such as healthcare, agriculture,

³⁰ Ministry of Industry and Information Technology. (2018). *Quantum Communication Terminologies and Definitions*. National public service platform for standards unformation. <https://std.samr.gov.cn/gb/search/gbDetailed?id=61FF4F6132FD4278E05397BE0A0A893B>

³¹ Network Security Law of the People’s Republic of China (promulgated by the Standing Comm. Nat’l People’s Cong., Nov. 7, 2016, effective June 1, 2017) (China).

³² Kop, M. (2021, March 30). *Establishing a legal-ethical framework for quantum technology*. Yale Journal of Law & Technology Blog. <https://yjolt.org/blog/establishing-legal-ethical-framework-quantum-technology>

energy, finance, transportation, education, media, arts and entertainment, defense) with the aim of monitoring and influencing the social consequences of deploying quantum technology.³³

Here are the proposed principles for the responsible implementation of quantum communication by some authors (Kop et al., 2023, p. 12):

1. Consideration of information security as an integral part of quantum communication aimed at eliminating security threats;
2. Prevention of the malicious use of quantum technology and mitigation of risks of dual-use;
3. Pursuit of international cooperation based on shared values, guided by the 'winner-takes-all' principle;
4. Balance between transparency and secrecy;
5. Establish an ecosystem for studying the potential uses and consequences of quantum technologies, expanding our understanding of responsible quantum technology usage;

Conclusion

Quantum communication is already part of the market in many countries. However, the regulation of quantum communication is still in its infancy and consists of a scattered array of acts, with a focus on strategic planning documents and roadmaps. A projected scenario for the development of quantum communication regulation may involve an increase in the number of laws establishing the organizational framework for the implementation, testing, and development of quantum communication. Subsequently, targeted amendments to laws concerning critical infrastructure, information security, telecommunications, and electronic signatures are expected. Anticipated changes may become subjects for further research and investigation.

References

1. Hoofnagle, C. J., & Garfinkel, S. L. (2021). *Law and policy for the quantum age*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108883719>
2. Imre, S. (2014). Quantum computing and communications – introduction and challenges. *Computers & Electrical Engineering*, 40(1), 134–141. <https://doi.org/10.1016/j.compeleceng.2013.10.008>
3. Johnson, W. G. (2019). Governance tools for the second quantum revolution. *Jurimetrics*, 59(4), 487–522.
4. Juan, Y., Yuan, C., Yu-Huai, L., Sheng-Kai, L., Liang, Z., Ji-Gang, R., Wen-Qi, C., Wei-Yue, L., Bo, L., Hui, D., Guang-Bing, L., Qi-Ming, L., Yun-Hong, G., Yu, X., Shuang-Lin, L., Feng-Zhi, L., Ya-Yun, Y., Zi-Qing, J., Ming, L., Jian-Jun, J., Ge, R., Dong, H., Yi-Lin, Z., Xiao-Xiang, Z., Na, W., Xiang, C., Zhen-Cai, Z., Nai-Le, L., Yu-Ao, C., Chao-Yang, L., Rong, S., Cheng-Zhi, P., Jian-Yu, W., & Jian-Wei, P. (2017). Satellite-based entanglement distribution over 1200 kilometers. *Science*, 356(6343), 1140–1144. <https://doi.org/10.1126/science.aan3211>
5. Kop, M., Aboy, M., Jong, E., Gasser, U., Minssen, T., Cohen, I., Brongersma, M., Quintel, T., Floridi, L., & Laflamme, R. (2023). *Towards responsible quantum technology*. SSRN. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4393248>
6. Renner, R. (2008). Security of quantum key distribution. *International Journal of Quantum Information*, 6(01), 1–127. <https://doi.org/10.1142/S0219749908003256>
7. Silva, T. F., Xavier, G. B., Temporão, G. P., & Weid, J. P. (2012). Real-time monitoring of single-photon detectors against eavesdropping in quantum key distribution systems. *Optics express*, 20(17), 18911–18924. <https://doi.org/10.1364/OE.20.018911>

³³ Kop, M. (2023, April 20). *Quantum Technology Impact Assessment*. European Commission. <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/best-practices/quantum-technology-impact-assessment>

Сведения об авторе:

Кулешов Д.А. — аспирант кафедры информационного права и цифровых технологий, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина, Москва, Россия.

dima.kuleshoff@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7589-9751>

Information about the author:

Dmitry A. Kuleshov — Ph.D. student, Department of Informational Law and Digital Technologies, Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia.

dima.kuleshoff@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7589-9751>

ARTICLES

LIABILITY OF MARKETPLACES FOR INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS INFRINGEMENT: THE EXPERIENCE OF THE US AND CHINA

Anna V. Pokrovskaya^{1,2}

¹Peoples' Friendship University of Russia named after Patrice Lumumba
6, Miklukho-Maklaya str., Moscow, Russia, 117198

²Intellectual Property Center "Skolkovo"
4-2, Lugovaya str., Moscow, Russia, 121205

Abstract

This study addresses the issues involved in holding information intermediaries accountable for infringement of intellectual property rights. The growing significance of online commerce and the necessity to protect intellectual property rights in a digital environment makes this research especially relevant. This study aims to identify the various approaches to holding intermediaries accountable and assess the effectiveness of existing legal regulations in the United States and China. The findings indicate significant differences in the approaches to this issue in the legal systems studied. For instance, in the United States, Section 230 of the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act imposes fewer obligations on intermediaries to monitor user-generated content. This approach provides broad protection to platforms and encourages innovation, but leaves certain gaps in the protection of intellectual property rights. Conversely, China's E-commerce Law places more responsibilities on platforms to prevent violations, offering them less protection. The conclusions drawn may contribute to the improvement of legal regulation concerning the activities of information intermediaries, the enhancement of enforcement mechanisms, and the development of strategies to combat intellectual property rights infringement.

Keywords

e-commerce platforms, intermediaries, intellectual property rights infringements, online environment

Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure

The study has no sponsorship.

For citation

Pokrovskaya, A.V. (2023). Liability of marketplaces for intellectual property rights infringement: The experience of the US and China. *Digital Law Journal*, 4(4), 73–90. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-73-90>

Submitted: 5 Oct. 2023, accepted: 30 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023

СТАТЬИ

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВ НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ОПЫТ США И КИТАЯ

А.В. Покровская^{1,2}

¹Российский университет дружбы народов имени Патриса Лумумбы
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6

²Центр интеллектуальной собственности «Сколково»
121205, Россия, Москва, ул. Луговая, 4-2

Аннотация

В исследовании рассматриваются проблемы привлечения к ответственности информационных посредников в связи с нарушением интеллектуальных прав. Актуальность исследования обусловлена растущим значением интернет-торговли и необходимостью защиты прав интеллектуальной собственности в цифровой среде. Исследование направлено на выявление различных подходов к ответственности посредников, а также на оценку эффективности существующего правового регулирования в США и Китае. Результаты исследования указывают на существенные различия в подходах к ответственности посредников в изучаемых правовых системах. В США, в частности, раздел 230 Закона о пристойности в коммуникациях (Communication Decency Act) и Закон об авторском праве в цифровую эпоху (Digital Millennium Copyright Act) возлагают меньше обязанностей на посредников по контролю контента, создаваемого пользователями. Этот подход предоставляет широкую защиту платформам и поощряет инновации, однако оставляет определенные пробелы в защите интеллектуальных прав. Напротив, китайский Закон об электронной коммерции возлагает на платформы больше обязанностей за предотвращение нарушений, предоставляя им меньшую защиту. Полученные выводы могут способствовать совершенствованию правового регулирования деятельности информационных посредников, улучшению механизмов правоприменения, а также развитию стратегии борьбы с нарушениями интеллектуальных прав.

Ключевые слова

платформы электронной коммерции, посредники, нарушения прав интеллектуальных прав, онлайн-среда

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имеет спонсорской поддержки.

Для цитирования

Покровская, А.В. (2023). Ответственность информационного посредника за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности: опыт США и Китая. *Цифровое право*, 4(4), 73–90. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-73-90>

Поступила 05.10.2023, принята в печать 30.11.2023, опубликована: 28.12.2023

Introduction

With the enormous expansion of digital commerce and online marketplaces over the last decade, virtual sales platforms have become a primary avenue for vendors to reach consumers worldwide, while also introducing fresh challenges regarding intellectual property rights (hereinafter — IPR(s)) protection. The issue under scrutiny addresses an essential matter: how accountable these e-commerce platforms should be when users exploit others' copyrights, trademarks or patents.

This analysis examines the differing approaches in China and the US, pinpointing parallels and gaps in oversight. Do existing frameworks effectively deter violations? What effective measures and mechanisms are in place to address IPR violations in both jurisdictions? The answers to these questions are important for all involved — owners seeking fair compensation, platforms seeking clarification of their responsibilities, and shoppers seeking authentic products.

Lessons taken from observing the diverse handling of this issue could aid in drafting statutes that legally support creativity as technologies evolve and exchanges globalize. Comparisons may also help rights-holders and entities running exchanges in comprehending their obligations and limits on offers of property for sale online. The fact that infringement concerns remain acute underlines the timeliness of this research, giving due attention to the value of intellectual works, especially within the digitized realms where transactions occur.

This research is based on general scientific (analysis, comparison, systematic, historical and structural analysis) and special (method of legal interpretation, comparative legal, formal-legal) methods of knowledge acquisition. Analysis of available empirical data in reports and legislation were the main methods used in this study. Judicial practices and scientific literature were analyzed to collect the information required to prepare this academic article.

The study covers a wide range of topics relating to the liability of intermediaries with respect to IPR infringement on e-commerce platforms in the US and China. A comprehensive analysis of laws, regulations, and court decisions on the rights and obligations of online marketplaces is included. Special attention is given to the legal framework, the changing trends concerning marketplace liability, and practical implications for policymakers, lawyers, and stakeholders in the e-commerce industry. The study examines the concept and characteristics of marketplaces as intermediaries, their role in online transactions, and the legal challenges of IPRs. Differences between Chinese and US laws are explored, including specific legal aspects such as Section 230 of the America's Communications Decency Act and the obligations of marketplaces under China's E-Commerce Law.

Intermediary liability has emerged as a crucial area for research, especially in light of the expanding digital economy and the increasing prevalence of e-commerce platforms. The studies of He (2020), Pokrovskaya (2024), You (2020), and Huang & Li (2019) provide a general analysis of the legal frameworks that govern the liability of e-commerce platforms for intellectual property infringement in the United States and China. These works delve into the contrasting approaches each country takes in defining the responsibilities of intermediaries and the enforcement mechanisms in place.

The works of Ying (2014), Zhang & Zhang (2011), Teague (2012), Leafer (2001), Weckstrom (2012), and Oswald (2008) identify current trends in the development of marketplace liability for IP infringement, such as the increasing role of platform companies in regulating content and developing new methods to combat illegal activity.

Several studies by An (2009), Huang & Li (2019), Tian (2016), and Wang (2024) discuss how the legal approaches of the US and China can be harmonized to better combat IPR infringement on online platforms and ensure fairness for rightsholders.

In general, a marketplace is an online venue where various vendors can post their goods and services for purchase, and patrons can browse selections and make acquisitions (An, 2009, p. 186). The primary role of markets is to act as intermediaries between buyers and sellers.

In a digital marketplace, dealers set up profiles and list their products or services. Customers can peruse numerous offers, compare prices, and choose the product that meets their demands. A marketplace is an ideal platform for this, as it provides safe and simple payment and delivery options, as well as a user-friendly way of locating, evaluating, and obtaining products and services. At the same time, the marketplace gives dealers access to a huge pool of potential consumers with minimal promotion and advertising costs by utilizing established platform infrastructure. There exist both specialized marketplaces that focus on a particular industry or niche, and general marketplaces that connect buyers and sellers of multiple products and services. Examples of general marketplaces include Uber, Airbnb, AliExpress, Amazon, and eBay (Pokrovskaya, 2023a, p. 89). By acting as intermediaries, marketplaces play a significant role in the contemporary economy by facilitating trade and flourishing e-commerce. They also face several legal and regulatory difficulties, including data protection, payment security, and ensuring the assurance of product or service quality.

Legal Regime of Liability of Marketplaces in the USA

Legislative Framework

Initially, it would be prudent to focus on a significant piece of US legislation that determines the liability of e-commerce intermediaries, specifically marketplaces. This legislation plays a critical role in shaping the legal responsibilities and protections afforded to online platforms that facilitate commercial transactions. By examining this legislation, we can gain a clearer understanding of the regulatory framework governing e-commerce marketplaces and their obligations.

The Communications Decency Act¹ is a landmark piece of legislation in the United States, which is particularly recognized for its Section 230. Section 230 of the CDA provides immunity for online services from liability for content created by their users. Its full text contains two critical provisions:

The first focuses on “Interactive Computer Service Provider Protection.” According to Section 230(c)(1), platforms like e-commerce marketplaces are not considered publishers of user-generated content, such as reviews, listings, comments, or other materials. They are therefore protected from lawsuits concerning that content.

The second is the “Good Samaritan Provision,” by which Section 230(c)(2) further extends this protection by allowing platforms to voluntarily remove or moderate content in good faith without losing this immunity. Specifically, it states that they cannot be held liable for actions taken to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, filthy,

¹ Communications Decency Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, §§ 501-561, 110 Stat. 133 (1996) (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.).

excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether such material is constitutionally protected or not.

The implications of Section 230 for online marketplaces like Amazon, eBay, and Etsy are profound. While Section 230 protects these platforms from liability for user content, it also encourages them to effectively moderate and police their sites. Marketplaces are legally protected when they remove inappropriate or harmful content, which might include counterfeit goods, fraudulent listings, or defamatory reviews. This liability shield has allowed e-commerce sites to innovate and grow without fear of being overwhelmed by lawsuits. If online marketplaces were held liable for everything posted by their users, the costs associated with monitoring and legal defense could stifle innovation and accessibility.

Despite its crucial role in protecting online platforms, Section 230 has faced significant scrutiny and criticism. Some believe Section 230 gives online platforms too much leeway, allowing them to escape responsibility for harmful content, which can lead to misinformation, hate speech, and other forms of abuse proliferating online. Others argue that the broad immunity combined with the content moderation powers gives platforms too much control over public discourse, empowering them to unilaterally decide what content is acceptable. There have been numerous calls to reform Section 230 to better balance the protections it provides with the accountability it demands. Proposals include requiring platforms to adhere to certain content moderation standards or to limit types of content that are covered by immunity.

The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) plays a crucial role in giving structure to intermediary liability of digital platforms. The DMCA's provisions recognize the need for responsive yet responsible handling of illegal user-generated content.² It aims to foster innovation through safe harbors for cooperation, while still incentivizing the judicious policing of prohibited acts.³ Over time, judicial interpretation of these statutes has further developed understanding of the responsibilities and limits of marketplaces. The DMCA establishes notice and takedown procedures that compel online marketplaces to promptly respond to copyright infringement notices and remove violating content.⁴ However, not all reactions are swift or sufficient, leading to alternative enforcement.⁵

If a notification is disregarded or the response unreasonable, additional legislation provides backup. The Federal Trade Commission Act,⁶ along with related consumer and trade protection laws, may be enforced should a marketplace fail to adequately address infringements. While marketplaces have the ability to avoid responsibility for copyright infringement under Section 512(c) of the DMCA, meeting “safe harbor” standards necessitates adherence to specific requirements (MacCarthy, 2010, p. 1088). To benefit from safe harbor exemptions, a marketplace must publicize its policy on infringement, outline procedures to address notices of copyright infringement, and swiftly remove infringing content once notified. Additionally, by carrying out notice and takedown procedures, as well as by deleting infringing material reported by copyright owners, marketplaces can escape liability for copyright violations committed through user activity on the platform. So long as all the requirements are thoroughly met, marketplaces are shielded from legal accountability for instances of copyright infringement initiated by users. On the other hand, marketplaces may be held liable for IPR infringement if they do not use notice and takedown procedures or refuse to take correctional measures after receiving infringement warnings (Ying, 2019, p. 549).

² 17 U.S.C. § 512(a), 17 U.S.C. § 512(b).

³ 17 U.S.C. § 512(c) – (d).

⁴ 17 U.S.C. § 512(c)(1)(C).

⁵ 17 U.S.C. § 512(g).

⁶ The Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45.

Moreover, it is crucial to note that there is a great deal of case law in the United States devoted to marketplace liability for intellectual property rights infringement⁷. For instance, a markets' knowledge or lack thereof concerning an offending action is considered to determine the precise amount of the platforms' culpability. Therefore, in order to establish a markets' responsibility, it is necessary to analyze not only federal and state statutes, but also study the court decisions that set standards and criteria of the liability of platforms.⁸ One of the most essential factors affecting liability for marketplaces is whether they are aware of copyright violations or other illegal activities on their platforms.⁹ Another important factor is the extent to which a marketplace has a role in providing or regulating content. If a marketplace closely filters and monitors its offerings, actively searching for copyright infringement or other illegal listings, it can make it easier for them to reduce infringement liability.¹⁰ However, if a marketplace only provides a technological platform or a means for sellers and buyers to communicate, without being directly involved, this could also reduce their liability according to the "provider immunity" or "neutral intermediary" theory (Oswald, 2008, p. 250).

Case Studies — Debate over Marketplace Liability

In US courtrooms, debates have revolved around a wide spectrum of issues concerning marketplace culpability, including the ownership of creative works, trademarks, liability for user misbehavior, evaluation of products, and the fine print of dealings between marketplaces, vendors, and consumers.

Application of Immunity — "Safe Harbor" Principle under Section 230

For instance, in a big court case from 1995 called *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*,¹¹ the US Supreme Court found that an interactive service provider like the old Prodigy website could not be blamed for things users posted (exemption from the liability, the application of the "safe harbor" provision). This verdict made Section 230 of the CDA very important, as it meant that websites usually shouldn't be sued for what users say or do. The same was established in *Zeran v. America Online Inc.* (1997),¹² *Hassell v. Bird* (2018), and *Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc.*¹³

The next case¹⁴ involved a lawsuit by a plaintiff, Ms. Doe, who alleged that MySpace was responsible for her being sexual assaulted because it had failed to put proper safety measures in place to protect minors. The Fifth Circuit Court of Appeals upheld the immunity granted to MySpace under Section 230, determining that the platform could not be held liable for third-party content or the offline consequences of interactions that began on its site. This ruling reinforced the broad protections

⁷ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010)., *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007)., *Viacom International Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012)., *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996)., *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Akanoc Solutions, Inc.*, 658 F.3d 936 (9th Cir. 2011).

⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* ("Sony Betamax Case"), 464 U.S. 417 (1984)., *Grokster Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

⁹ *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007)., *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010).

¹⁰ *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012).

¹¹ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs.*, 23 Media L. Rep. (BNA) 1794, 1995 WL 323710, 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

¹² *Zeran v. America Online Inc.*, 129 F.3d 327, 1997.

¹³ *Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc.*, 752 S.E.2d 554, 62 Va. App. 678 (Va. Ct. App. 2014).

¹⁴ *Doe v. MySpace Inc.*, 528 F.3d 413, 2008.

for online service providers against liability for user conduct. The same rule was applied in *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC* (2014).¹⁵

IPR Infringements

In a 2010 ruling, *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*¹⁶, the court considered whether an online auction site could be blamed for users selling counterfeit merchandise on its website. The court's decision established that, while online marketplaces are not directly responsible for the sale of counterfeit goods sold through their platforms, they can be held accountable if they were aware of such infringements but failed to take corrective action (failure of e-commerce marketplaces to exercise "duty of care").

Lemmon v. Snap, Inc. (2021)¹⁷ marks a notable evolution in case law, as the Ninth Circuit Court of Appeals allowed a claim to proceed against Snapchat for allegedly creating a product that encouraged dangerous behavior. Plaintiffs sued Snap after their sons died in a car crash while using a Snapchat filter indicating their speed. The court distinguished this case from prior Section 230 precedents by focusing on the product design itself, rather than user-generated content. This case opened the door to potential product liability claims against online platforms.

Regulatory Compliance and Data Sharing

In a related case, *HomeAway.com, Inc. v. City of Santa Monica*,¹⁸ a platform was deemed obligated to collect and remit taxes on property rentals because, by earning commissions, it served as an intermediary rather than a neutral service.

Further key decisions offer guidance, such as in *Airbnb, Inc. v. City of New York*¹⁹, where the court decided the platform must share host information with the city to allow oversight of potentially illegal short-term rentals, acknowledging Airbnb's obligation to furnish data to enable enforcement of local regulations. By carefully examining case law outcomes, marketplaces can better navigate complex issues concerning their obligations and liability, as well as their users' responsibilities, under changing e-commerce conditions.

In another online marketplace case, *Craigslist, Inc. v. 3Taps, Inc.*,²⁰ the court settled a disagreement between Craigslist and a company that harvested and redistributed their listings. It was deemed that, while republishing factual information is generally permitted, 3Taps violated Craigslist's copyright by taking and redistributing entire ad copies without authorization.

*Backpage.com, LLC v. Dart*²¹ involved a sheriff banning certain ads on the Backpage classified site, which the site argued infringed on their free speech protections. The court sided with Backpage, finding that censoring certain legal categories of classifieds amounted to an unconstitutional restriction on expression and public access to information.

In light of these rulings, it can be concluded that online marketplaces' legal liability as intermediaries is largely determined by the protections afforded by Section 230 of the CDA. This defense allows platforms to avoid liability for the actions of their users, so they can focus on innovation and

¹⁵ *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC*, 755 F.3d 398, 2014.

¹⁶ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.* 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010).

¹⁷ *Lemmon v. Snap, Inc.*, 995 F.3d 1085, 2021.

¹⁸ *Homeaway.Com, Inc. v. City of Santa Monica*, 918 F.3d 676 (9th Cir. 2019).

¹⁹ *Airbnb, Inc. v. City of N.Y.*, 373 F. Supp. 3d 467 (S.D.N.Y. 2019).

²⁰ *Craigslist Inc. v. 3Taps Inc.*, No. CV 12-03816 CRB (N.D. Cal. Apr. 29, 2013).

²¹ *Backpage.com, LLC v. Dart*, 807 F.3d 229, 44 Media L. Rep. 1104 (7th Cir. 2015).

development. Nevertheless, platforms must be vigilant about the violations that they are aware of and comply with regulatory and tax obligations to avoid potential legal liability.

Legal Liability Regime for Marketplaces in China

Legal and Regulatory Framework

In China, the legal liability regime for marketplaces is consists of various laws and regulations that establish a framework governing the responsibilities and obligations of these platforms. The key legal and regulatory framework includes the E-commerce Law of the People's Republic of China²² and the Consumer Rights Protection Law.²³

E-commerce Law of the People's Republic of China

This law, enacted in 2019, sets out the rights and obligations of e-commerce operators, including online marketplaces. According to Article 38 of this act, e-commerce operators are required to verify the qualifications of merchants and the authenticity of their products. If an e-commerce operator fails to fulfill this obligation, they may be held liable for damages caused to consumers.

The E-Commerce Law was the first to oversee various marketplace functions²⁴, mandating requirements concerning consumer rights²⁵, data privacy²⁶, product oversight²⁷, and other concerns. The law obliges e-commerce providers to provide true, accurate and complete information on their products and services.²⁸ E-commerce providers are required to respect the confidentiality of collected data and take all necessary measures to protect that data from unauthorized access, leakage, or destruction.²⁹ The law also sets out requirements for e-commerce suppliers to comply with legal and quality standards.³⁰

The E-Commerce Law states that, “An e-commerce platform business shall request that businesses applying to sell commodities or provide services in its platform submit authentic information including their identity, address, contact information, and administrative licensing, and also verify and record this information, establish a register, and regularly update and verify the information”³¹. According to the E-Commerce Law, “with respect to commodities or services impacting the life or health of consumers, if an e-commerce platform business causes damage to a consumer by failing to fulfill its obligation to review the qualifications of an in-platform business, or its obligation to guarantee the safety of consumers, the e-commerce platform business shall be correspondingly liable in accordance with the law.”³² A business should also “establish and develop a credit rating

²² E-Commerce Law of the People's Republic of China (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Aug. 31, 2018, effective Jan. 1, 2019) (China).

²³ Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Oct. 31, 1993, effective Jan. 1, 1994) (China).

²⁴ E-Commerce Law of the People's Republic of China, art. 27, 28, 30, 31, 38, 41 (China).

²⁵ Id., art. 24, 38, 39, 41.

²⁶ Id., art. 23-25.

²⁷ Id., art. 26-27.

²⁸ Id., art. 27.

²⁹ Id., art. 28 (China).

³⁰ Id., art. 31 (China).

³¹ Id., art. 27 (China).

³² Id., art. 38 (China).

system, publish credit rating rules, and provide channels for consumers to make comments on the commodities sold or services provided on the platform.”³³

At present, intermediaries cannot just take a neutral approach to transactions (“Negative Requirement”) to be exempt from liability, as there are a number of additional duties stipulated by law (“Positive Requirements”). In other words, neutrality, which has historically been the bulwark of the intermediaries’ exemption from liability, is no longer sufficient under the new law, which requires intermediaries to fulfil a number of “obligations”: according to Article 27, the duties of intermediaries include ensuring that sellers provide true information, such as their identity, address, contact details, administrative license, and registration, as well as to create registration files and regularly check and update them. Article 28 describes the duties of intermediaries to disclose information to the market monitoring and management department, but not to other entities with legitimate interests (e.g. brand owners whose rights have been infringed). Article 30 extends their duties to preventing illegal networks and criminal activities, which is why platforms such as Taobao and Pinduoduo have implemented proactive monitoring systems based on sensitive keywords.

Consumer Rights Protection Law

This piece of legislation, which was enacted to protect consumer rights and interests, imposes certain conditions on e-marketplaces relating to the quality and safety of goods sold on their platforms. Specifically, this law holds marketplaces liable for selling reproduced or low-quality goods. In China, the Consumer Rights Protection Law determines the creditors and guarantor with respect to consumer rights and protections in the marketplace’s legal liability regime.

This law implies the following obligations of the marketplace:

1. Information disclosure. Marketplaces are required to provide customers with true and full information concerning goods and services. This includes information about the goods’ price and features, the terms of sales, and the service policy.³⁴
2. Product quality and safety. Marketplaces are accountable for ensuring the quality and safety of the goods.³⁵
3. Contractual obligations. Under the Consumer Rights Protection Law, the marketplace is required to oversee contracts and payments in alignment with the information presented in advertising materials. This ensures that all agreements and transactions reflect the true nature of the products or services being offered, thereby supporting consumer safety and transparency.³⁶
4. Dispute resolution. A marketplace must also adopt efficient mechanisms for addressing consumer disputes. Marketplaces must act immediately and deal with customer complaints and also make it possible for buyers and sellers to effectively communicate with each other. Failure to meet these guidelines may lead to a lawsuit against the marketplace.³⁷
5. Misleading and false practices. The Consumer Rights Protection Law does forbid marketplaces from engaging in misleading or deceptive practices. It prohibits false advertising, bait-and-switch techniques, and other forms of deceptive actions. China’s Consumer Rights Protection Law requires that marketplaces demonstrate strong and ethical responsibility.³⁸

³³ Id., art. 39 (China).

³⁴ Law of the People’s Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests, art. 8 (China).

³⁵ Id., art. 11.

³⁶ Id., art. 18.

³⁷ Id., art. 39.

³⁸ Id., art. 28.

To conclude, market responsibility in China is especially impacted by IP rights and consumer protection laws. Companies must adhere to the rules to avoid severe consequences for infringement solely by adhering to these two components. IP rights secure innovative development and stimulate competition, whereas consumer protection laws elevate a business' standing in the market by fostering consumer trust. In combination, they form a solid basis for growing and prosperous business in China.

Anti-Unfair Competition Law

The PRC Anti-Unfair Competition Law³⁹ (hereinafter — AUCL) is one of the key regulations aimed at protecting a fair and transparent market environment in China. The main provisions of the Anti-Unfair Competition Law with respect to e-commerce platforms concern the following aspects:

- The AUCL prohibits any activity that can be categorized as unfair competition.⁴⁰ This includes the use of false or misleading advertising and defamation of competitors to gain a competitive advantage.⁴¹
- The law prohibits falsification or false representation of goods and services.⁴² E-commerce platforms must monitor their sellers to ensure that they are not offering fake or misleading products.

E-commerce platforms are also obliged to take measures to monitor and control the activities of their users who sell or distribute goods and services through their websites.⁴³ Platforms may be considered liable if they fail to take adequate measures to prevent infringement of intellectual property rights by their users.

Violations of the AUCL can result in a variety of sanctions, ranging from fines to criminal liability in particularly serious cases.⁴⁴

Thus, platforms must not only focus on complying with their own rules and policies, but also take proactive measures to prevent and address unfair competition and intellectual property infringement on their platforms.

Case Law

Case law is crucial for preserving the legal liability regime for marketplaces in China. There have been several cases concerning marketplace liability for intellectual property right's infringement in China.

In the case of *Wei Cai v. Zhejiang Taobao Network Co., Ltd.*⁴⁵, the plaintiff, Wei Cai, took legal action against Zhejiang Taobao Network Co., Ltd., a company that operates the two most popular Chinese e-commerce platforms — Taobao and Tmall — in a Chinese court. The plaintiff claimed that Taobao should have noticed the infringing behavior of an operator on Taobao and provided information about this operator on Taobao. The actual situation was that the plaintiff had bought a Gucci bag from an online vendor at Taobao. The plaintiff argued that Taobao failed to adequately consider the

³⁹ Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China, (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Sept. 2, 1993, amend. April 23, 2019) (China).

⁴⁰ *Id.*, art. 2.

⁴¹ *Id.*, art. 8.

⁴² *Id.*, art. 10.

⁴³ *Id.*, art. 12.

⁴⁴ Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China, 2019, art. 27–30 (China).

⁴⁵ *Wei Cai v. Zhejiang Taobao Network Co., Ltd.* (2019), E 01 Minzhong No.7131.

background information and should not have sold a potentially fake product. The plaintiff initiated legal action against Taobao, alleging that the company had infringed upon their rights. The court initially dismissed the plaintiff's claims, as they could not conclusively prove that the product was indeed counterfeit or that Taobao had violated any laws. Subsequently, the plaintiff appealed the court's decision but was unsuccessful, and the initial judgment was not overturned. The second court upheld the ruling of the first court and dismissed the plaintiff's appeal. The assertions made by the plaintiff were disregarded due to the inability of the plaintiff to demonstrate that Taobao had breached Article 38 of the E-commerce Law. Since the purchase agreement was between the plaintiff and the seller, any complaints regarding the product should have been directed towards the seller. Taobao had provided accurate information about the vendor, absolving the platform of liability. This case highlights that individual sellers bear the primary responsibility in disputes. As long as Taobao accurately conveys information and takes necessary measures to monitor their sellers, it cannot be held liable for their actions.

Most legal decisions have determined that online marketplaces function as platform providers rather than parties to the transactions or joint vendors involved in the online dealings. In the case of *Aktieselskabet AF v. eBay Network Information Services (Shanghai) Co.*⁴⁶, the defendant facilitated an Internet trading platform service, which was essentially a virtual marketplace where users could open accounts, register, log in, browse listings, and negotiate with website visitors regarding transactions, although the final transactions were completed offline. The court concluded that, as the online marketplace provider, the defendant was not a party to these transactions and, therefore, not liable for them, even though the online vendors paid service fees to the defendant upon completion of transactions.⁴⁷

In another situation, Plaintiff Lei Wang and Defendant Hai Jiang engaged in a legal dispute with the Alibaba-owned e-commerce platform, Taobao.⁴⁸ The case raised questions about the responsibilities of Taobao's intermediary, specifically Zhejiang Taobao Network Co., Ltd., in handling intellectual property infringement complaints. Hai Jiang accused Lei Wang's shop on Taobao of selling counterfeit goods, leading to further examination of Taobao's role in responding to such complaints. As an intermediary, Taobao has "duty of care" to adequately investigate and respond to the complaints raised. However, Taobao should ascertain that the complaints are valid and based on accurate information. The court observed that Hai Jiang lodged complaints against fellow users on the intellectual property protection platform, utilizing deceptive materials to initiate legal action against them. Furthermore, Hai Jiang misrepresented himself as representing Under Armour, although he had no association with the brand. This conduct presented potential liability issues related to unfair competition. The judgment suggested that Hai Jiang used false materials to sue and make malicious complaints against People's Court and thus was found to have engaged in unfair competition, causing economic injuries to Lei Wang. Taobao's platform acted in good faith by responding to the complaints and taking down the links containing the plaintiff's products. However, the platform's liability may arise in the event that the intermediary fails to conduct thorough enquiries to verify the authenticity of the complaints. Courts will consider the knowledge and control of the intermediary and actions that have been taken to prevent infringement on intellectual property efficiently. The

⁴⁶ *Aktieselskabet AF Nov. 21, 2001 v. eBay Network Info. Servs. (Shanghai) Co. for Trademark Infringement*, 2005 371 (Shanghai No. 1 Interm. People's Ct. Aug. 21, 2006).

⁴⁷ *Beijing Cosmic Star Trade Co. v. Chen Hongzheng*, *eBay EachNet Network Info. Servs. (Shanghai) Co., Shanghai eBay Trade Co. for Trademark Infringement*, 2005 Qing Min San Chu Zi 404 (Shandong Qingdao Interm People's Ct. June 13, 2005).

⁴⁸ *Lei Wang v. Hai Jiang*, (2018, concluded in 2019) Zhe 8601 Minchu No. 868.

judgment in this case underscores the importance of ensuring that intellectual property complaint mechanisms on E-commerce platforms are not misused for wrongful purposes and demonstrates the potential legal consequences for individuals engaging in such behavior.

In another instance⁴⁹, the plaintiff claimed that Alibaba was an accomplice to the crime since the products were exhibited and sold through the platform and the business continued to sell formerly sold, similarly infringing products after the former verdict. To establish Alibaba's liability for patent infringement, it was crucial to demonstrate that the company either had actual knowledge or should have been aware of the sale of the defendant's infringing products on its platform. Although platforms are expected to do "all that is reasonable under the circumstances" to limit IP violations, their burden is mainly dependent on their actual or presumed knowledge, control of listings, and prior rights-infringement complaints. In the present case, the court established that the plaintiff lacked adequate evidence to prove Alibaba's actual or presumed knowledge of the sale of products that were counterfeit or violated patents. As a result, the claims made against Alibaba were dismissed. The case highlights that, for a complainant to hold a platform liable, they must demonstrate that the platform either 'knew or should have known' about the patent-infringing activities happening on their site. If the complainant cannot prove this, it becomes much harder to hold the platform accountable for monitoring and preventing such violations. Extra case reports involve ongoing efforts by rights-holders to hold online markets accountable for infringement of intellectual law cases in China. There is a growing recognition of the importance of upholding intellectual property rights and the potential for online marketplaces to take action against the sale of counterfeit and IP-infringing products.

Peculiarities of Law Enforcement

First and foremost, Chinese law⁵⁰ implies that marketplaces may be held jointly liable for IP infringements, along with individual sellers (Nawab, 2023, p. 226) – the so-called "secondary liability". As a result, marketplaces have increased responsibility to monitor their platforms and find and delete infringing content.

Secondly, the law requires marketplaces to implement a notice-and-takedown system that allows copyright holders to complain to the company (Wang, J., p. 252). Upon receipt of a valid notice, the marketplace must promptly remove the infringing content, or it will be reviewed for not complying with the law. To currently qualify for exemption from liability under the "safe harbor" provision, intermediaries must take proactive measures, rather than just merely act as neutral intermediaries.

Finally, there are administrative bodies in China, including the State Intellectual Property Office and the Market Supervision Administration. The purpose of these agencies is to control the proper execution of intellectual property laws and penalize marketplaces and sellers that fail to comply with them. Counterfeiting is still a significant issue in China, with thousands of counterfeit products sold on various marketplaces. Therefore, marketplaces must create accurate and efficient systems for monitoring products and identifying counterfeit goods.

The ever-changing legal landscape in China surrounding the liability of marketplaces for IP infringements should be carefully observed and monitored. Recent legal changes, such as the amendment of the AUCL and heightened enforcement actions by the authorities, signal that China considers it increasingly important to hold marketplaces responsible for aiding infringers and to strengthen

⁴⁹ Suzhou Natong Biological Nanometer Technology Co., LTD v. Guangzhou Baiyun District Shengjiemei Beauty Instrument Factory and Hangzhou Alibaba Advertising Co., LTD., (2019) Sumingzhong No. 641.

⁵⁰ E-Commerce Law of the People's Republic of China, art. 45 (China).

IP protection. However, the extensive growth of e-commerce platforms in the country makes it challenging to adequately control online infringement, given the number of listings and transactions. This makes prompt and efficient removal of infringing content possible only with the help of technology and significant resources. Recently, marketplaces have been turning to advanced technology, such as machine learning and artificial intelligence, to identify and remove counterfeit and infringing products in an automated, scalable way. However, even with this technology on their side, this requires fine-tuning and produces many false positives and negatives.

Furthermore, given the international nature of most major online marketplaces, cooperation between countries is essential in combating cross-border infringements. China actively participates in global initiatives aimed at protecting international property rights, such as the TRIPS Agreement.⁵¹ Additionally, through its own measures, like implementation of the AUCL, China has demonstrated its commitment to strengthening its domestic IP enforcement mechanisms. As a measure of success in battling frequent occurrences of IP infringements on online marketplaces, many brands have implemented brand protection strategies (Tian, 2016, p. 41). Those usually include measures to monitor unauthorized sellers online, take enforcement action against infringers, and collaborate with marketplaces to efficiently fight counterfeits. Educating consumers, sellers, and marketplace operators is critical in creating a culture of respect for IP, in which infringement is rarer. Such efforts may include educational campaigns, training programs, and programs to educate the public about the dire consequences of infringement.

On the whole, determining the liability of marketplaces as intermediaries for infringement of IPRs in China is a complicated problem, which involves multiple levels of legal regulation, enforcement, and duty-sharing between various parties. However, once the peculiarities in this area are accounted for and appropriate measures are taken to tackle IP infringements, China's international status as a highly aware guardian of intellectual property will be strengthened.

Comparative Analysis of the Legal Systems of the USA and China: Commonalities and Differences in Approaches to Marketplace Responsibility

Both the United States and China have instituted a variety of regulations aimed at protecting consumers and curtailing unfair practices in e-commerce. Nonetheless, the countries' laws prescribe dissimilar responsibilities for marketplaces with respect to the actions of sellers.

Within the US legal framework, online marketplaces are chiefly viewed as neutral third parties that facilitate interactions between vendors and buyers (Chow, 2000, p. 19). According to Section 230 of the CDA⁵², platform operators generally face minimal exposure for unlawful or infringing user-generated materials. As such, liability typically falls upon the individual sellers rather than the marketplace itself in cases involving copyright violations or trafficking of counterfeit goods, as reflected in Frosio (2018, p. 19).

More broadly, marketplace duties in the US derive from legislation addressing consumer safeguards and free enterprise. Moreover, US intellectual property protections and prohibitions on fraudulent wares impact the accountabilities expected of marketplaces. However, this immunity is not absolute, and it cannot cover platforms that are actively involved in creating or developing illegal

⁵¹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994).

⁵² Communications Decency Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, §§ 501-561, 110 Stat. 133 (1996) (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.).

content. This caveat implies that a platform with actual, rather than presumed, knowledge of potential intellectual property rights claims and the opportunity to take action will not be immune from section 230 of the CDA.

By contrast, Chinese e-commerce and customer rights laws assign marketplaces a more active oversight role for the products listed on their sites (Gao, 2004, p. 63). Certain Chinese platforms must rigorously authenticate merchandise and shield customers from potential harm (“proactive measures”). If issues arise or bogus items are found, the e-commerce marketplaces themselves may suffer legal repercussions rather than pass responsibility to sellers alone⁵³ (Wall, 2006, p. 378).

The Chinese marketplace is strictly monitored to ensure respect for IP rights (Friedmann, 2017, p. 293), product safety and fair competition (Lanfang, 2013, p. 575). Consumer protection laws⁵⁴ demand transparency from online retailers, while anti-monopoly rules curb predatory business conduct.⁵⁵ On the contrary, US online e-markets enjoy relative independence, though they require close monitoring due to ubiquity (Leaffer, 2001, p. 857). Both systems aim to achieve equilibrium between open trade and consumer welfare.

Yet disparities abound when considering issues such as liability for counterfeiting, data privacy, and safety duties, as the extent of marketplace responsibility in these domains diverges markedly between the two nations.

Both countries fight deceptive marketplace behaviors through robust consumer statutes and jurisprudence that not only penalize violations but also establish a clear legal framework within which businesses must operate. By adjudicating specific cases, courts in both China and the US play a critical role in defining the boundaries of acceptable business conduct. This judicial oversight helps foster a market environment where consumers can make informed choices and have confidence in the integrity of market transactions. Through these legal mechanisms, both nations aim to uphold consumer trust and ensure fair competition within their respective markets. Regulations mandate truthful product descriptions, guaranteeing quality and safety, and reimbursing customers for unfair treatment. Finally, intellectual property is safeguarded from pirating through bans on counterfeiting enforced upon online vendors.

Both the United States and China have implemented various consumer protection laws and market regulation policies to ensure product safety, verify quality standards, and educate buyers regarding potential hazards. While the two nations share some high-level goals with respect to protecting consumers and fostering fair competition, their specific approaches differ in meaningful ways.

In the US, online retailers face liability only if they knew or should have reasonably known that goods infringed on intellectual property rights.⁵⁶ However, Chinese law holds marketplaces responsible if they fail to take necessary measures after being notified of such violations.⁵⁷ Additionally, US e-commerce platforms bear responsibility solely for defects in items they produce themselves (Bieron & Ahmed, 2012, p. 558). Conversely, under Chinese statutes, platforms may be found accountable even when uninvolved in producing or altering products (Cheung, 2016, p. 425).

⁵³ E-commerce Law of the People's Republic of China, art. 45 (China).

⁵⁴ *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007), *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010).

⁵⁵ Consumer Protection Law of the People's Republic of China, art. 8. (China); Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China (promulgated by promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Aug. 30, 2007, effective Jan. 8, 2008, rev'd Jan. 8, 2022), art. 32 (China).

⁵⁶ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A).

⁵⁷ E-commerce Law of the People's Republic of China, art. 45 (China).

Results

Our research article has presented a detailed comparative analysis of intermediary liability for IPR infringement on e-commerce platforms in the United States and China. Through comprehensive examination of the legal frameworks in both jurisdictions, key similarities and differences have been identified with respect to how these countries approach the regulation of intermediary liability in the context of IPR protection. In the United States, we found that intermediary liability is primarily governed by the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) and Communications Decency Act, which provide a “safe harbor” framework for online service providers. This framework establishes a system of notice and takedown procedures, which incentivizes platforms to promptly respond to copyright infringement claims from rights holders, while shielding them from liability for the infringing activities of their users under certain conditions. The “notice and takedown” procedure is key to protecting platforms from liability. Platforms are required to respond to reasonable notices of copyright infringement. The analyzed court cases in the US demonstrate the extent of platforms’ involvement, and it can be found that their duties vary depending on their awareness of infringement and role in content regulation.

Conversely, in China, intermediary liability for IPR infringement is regulated through a combination of laws, regulations, and judicial interpretations. In China, the E-Commerce Law is the main legislation governing e-commerce and determining the liability of intermediaries. Article 45, in particular, outlines the responsibility of platforms when they ignore notices of intellectual property infringement. The Chinese legal framework imposes obligations on online service providers to implement measures to prevent and address IPR infringements on their platforms, with potential liability for failure to do so.

Our comparative analysis revealed that, while the United States and China both strive to strike a balance between protecting IPRs and fostering innovation in the digital economy, they adopt different approaches in regulating intermediary liability. Both jurisdictions require platforms to respond promptly to breach notifications, but the approaches to implementation and consequences for non-compliance differ. The United States relies more on a self-regulatory model with safe harbor provisions, while China emphasizes proactive measures and supervision to ensure compliance with IP laws.

Overall, our analysis underscores the complex and multifaceted nature of issues concerning intermediary liability with respect to e-commerce platforms and IPR protection. The results of this study highlight the need to improve regulatory frameworks to enhance enforcement and create strategies to combat intellectual rights infringement. To enhance the management of IPR infringements, platforms should consider fostering closer collaboration with rights holders to effectively identify and address violations. Investing in technology, such as content recognition systems and automated monitoring, can significantly aid in preventing infringement. Additionally, conducting regular training sessions for platform staff on intellectual property and related procedures can help minimize infringement risks. A successful strategy for managing these risks requires a comprehensive approach that takes the unique aspects of each jurisdiction into consideration.

Conclusion

Following a comparative legal assessment of the responsibility of marketplaces for IPR infringement in the United States and China, several notable findings were highlighted. The US and China have markedly different philosophies and procedures addressing commercial culpability for breaches of IPRs. The US utilizes a notification system and DMCA liability process, ensuring infringing material can be deleted by pertinent markets upon request from the copyright owner. The same is happening in China, as it has implemented a notice-and-takedown system similar to America's, requiring online venues to promptly remove infringing content after receiving a valid complaint from the copyright holder, the so called "notice and take-down system". Marketplaces play a significant role in intellectual property, as they offer a platform for trading and distributing such objects.

However, their accountability for infringement of these works remains controversial, with diverging approaches across nations. Effectively, the progression of cooperative systems between marketplaces and rights holders is crucial in combating IPR infringement. Herein, markets must design and apply policies and procedures for adequately reacting to rights holders' issues and removing unlawful material in a timely manner. A key aspect of marketplace liability legislation is achieving a balance between safeguarding the rights of copyright owners and the rights of customers. Mechanisms must be established to ensure that infringing material is deleted, while lawful material remains accessible and consumers' interests are protected. The issue of marketplace liability for infringement of IPRs is global, thus international collaboration is needed to address it. Sharing knowledge and exemplary practices between different countries will help in developing unified rules and recommendations for controlling marketplace accountability for IPR violations.

These findings underscore the necessity for continued scholarly inquiry and policy innovation to counter violations of IPRs and to safeguard the interests of rights holders, marketplaces, and the public.

The United States and China have adopted divergent stances on commercial accountability pertaining to the infringement of intellectual property protections. In the US, a "safe harbor" doctrine shields venues from liability for user conduct, provided they adhere to set standards, such as removing unlawful materials upon a copyright owner's request. In China, marketplace culpability may be more direct and stringent, necessitating intensive monitoring of shared information.

Both nations prioritize preservation of IPRs, although their methods for regulating and reacting to infringements can vary. Typically, the United States relies on lawsuits initiated by copyright holders to prevent infringement, whereas China actively employs administrative supervision and legal proceedings to address infringement.

References

1. An, B. (2009). Intellectual property rights in information and communications technology standardization: High-profile disputes and potential for collaboration between the United States and China. *Texas International Law Journal*, 45, 175–199.
2. Bieron, B., & Ahmed, U. (2012). Regulating e-commerce through international policy: Understanding the international trade law issues of e-commerce. *Journal of World Trade*, 46(3), 550–563.
3. Cheung, M. (2016). The e-commerce revolution: Ensuring trust and consumer rights in China. In M. Keane (Ed.), *Handbook of cultural and creative industries in China* (p. 412–430). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781782549864.00040>

4. Chow, D. (2000). Counterfeiting in the People's Republic of China. *Washington University Law Quarterly*, 78(1), 1–57.
5. Friedmann, D. (2017). Oscillating from safe harbor to liability: China's IP regulation and omniscient intermediaries. In G. Frosio (Ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (pp. 277–294). Oxford University Press.
6. Frosio, G. (2018). Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility. *International Journal of Law and Information Technology*, 26(1), 5–14.
7. Gao, F. (2004). The e-commerce legal environment in China: Status quo and issues. *Temple International and Comparative Law Journal*, 18, 51–75.
8. He, H. (2020). The mechanism for intellectual property protection under Chinese e-commerce law: More powerful than necessary. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 10(2), 217–237. <https://doi.org/10.4337/qmjip.2020.02.04>
9. Huang, W., & Li, X. (2019). The E-commerce Law of the People's Republic of China: E-commerce platform operators' liability for third-party patent infringement. *Computer Law & Security Review*, 35(6), Article 105347, 1–14.
10. Lanfang, F. (2013). Liability for an Online Marketplace Provider's Trademark Infringement—Practice and Latest Development of Chinese Law. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44(5), 569–584.
11. Leaffer, M. (2001). The uncertain future of fair use in a global information marketplace. *Ohio State Law Journal*, 62, 849–867.
12. Lo, V. (2016). Towards the rule of law: Judicial lawmaking in China. *Bond Law Review*, 28(2), 149–168.
13. MacCarthy, M. (2010). What payment intermediaries are doing about online liability and why it matters. *Berkeley Technology Law Journal*, 25, 1037–1120.
14. Nawab, D. (2023). Do e-commerce platforms provide safety to trademark owners against infringement? A comparative study between India and China. *International Journal of Law Management & Humanities*, 6(1), 219–239.
15. Nguyen, X. T. (2010). The China we hardly know: Revealing the new China's intellectual property regime. *Saint Louis University Law Journal*, 55(3), 773–810.
16. Oswald, L. J. (2008). International issues in secondary liability for intellectual property rights infringement. *American Business Law Journal*, 45(2), 247–282.
17. Pokrovskaya, A. (2023a). Liability for trademark infringement on e-commerce marketplaces. *International Journal of Law in Changing World*, 2(1), 89–102. <https://doi.org/10.54934/ijlcw.v2i1.40>
18. Pokrovskaya, A. (2023b). Narushenie prav na ob'ekty intellektualnoy sobstvennosti na torgovyih ploschadkakh elektronnoy kommertsii [Infringement of intellectual property rights on e-commerce trading platforms]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Eurasian Law Journal], 8(183), 185–188.
19. Pokrovskaya, A. (2023c). Intermediaries liability for copyright infringement: Application of the “safe harbor” model. In J. Kokoreva, S. Khasanov, A. Maidyrova and S. Ignateva (Eds.) *E3S Web of Conferences: Vol. 420. EBWFF 2023 — International Scientific Conference Ecological and Biological Well-Being of Flora and Fauna (Part 1)* (Article 06046). EDP Sciences. <https://doi.org/10.1051/e3sconf/202342006046>
20. Pokrovskaya, A. (2024). Protection of trademark rights on e-commerce platforms: An updated outlook. *Journal of Comprehensive Business Administration Research*, 1(2), 65–73.
21. Tao, Q. (2012). Legal framework of online intermediaries' liability in China. *Info*, 14(6), 69–72. <https://doi.org/10.1108/14636691211271235>
22. Teague, E. J. (2012). Promoting trademark's ends and means through online contributory liability. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 14(2), 461–493.

23. Wang, J. (2021). How to utilize notice-and-takedown procedures in IP enforcement on e-commerce platforms — a lesson from China. *Asia Pacific Law Review*, 29(2), 243–263. <https://doi.org/10.1080/10192557.2022.2033082>
24. Tian, D. (2016). Innovation and copyright protection in the USA and China: A model for cooperation. *China Media Research*, 12(4), 37–49. <https://doi.org/10.4000/chinaperspectives.5795>
25. Wall, A. M. (2006). Intellectual property protection in China: enforcing trademark rights. *Marquette Sports Law Review*, 17(1), 341–426.
26. Wang, W. (2024). Deterring erroneous notices concerning intellectual property infringement on China's internet platforms. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55(2), 675–698. <https://doi.org/10.1007/s40319-024-01474-4>
27. Weckström, K. (2012). Liability for trademark infringement for internet service providers. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 16(1), 1–50.
28. Ying, D. (2019). Secondary liability for trademark infringement online: Legislation and judicial decision in China. *The Columbia Journal of Law and The Arts*, 27(4), 541–556. <https://doi.org/10.7916/jla.v37i4.2135>
29. You, C. (2020). Law and policy of platform economy in China. *Computer Law & Security Review*, 39, Article 105493. <http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105493>
30. Zhang, L. F., & Zhang, F. J. (2011). Does E-commerce reputation mechanism matter? *Procedia Engineering*, 15, 4885–4889. <https://doi.org/10.1016/j.proeng.2011.08.910>

Information about the author:

Anna V. Pokrovskaya — Ph.D. Student, Research Assistant, Department of Civil Law and Procedure and Private International Law, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia named after Patrice Lumumba (RUDN-University), Expert, Patent Practice, Intellectual Property Center "Skolkovo", Moscow, Russia.

1142220181@rudn.ru

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6473-2027>

Сведения об авторе:

Покровская А.В. — аспирант, стажер-исследователь, кафедра гражданского права и процесса и международного частного права, юридический институт, Российский университет дружбы народов имени Патриса Лумумбы, эксперт патентной практики, Центр интеллектуальной собственности «Сколково», Москва, Россия.

1142220181@rudn.ru

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6473-2027>

ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

ПРОБЛЕМЫ АДАПТАЦИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ К УСЛОВИЯМ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ

Е.Д. Ворникова

АО «Спецремонт»

121151, Россия, Москва, набережная Тараса Шевченко, 23а

Аннотация

В связи с принятием Пятого антимонопольного пакета автор анализирует потенциальную эффективность новых специальных норм законодательства о защите конкуренции. Исследование проведено с целью выявления правовых и экономических последствий включения в российское законодательство термина «сетевой эффект» и специальных юридических составов злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках. Эмпирическую основу исследования составляют российское и зарубежное законодательство, материалы судебной практики, научная литература. Новые нормы позволяют применить имеющееся правовое регулирование о защите конкуренции к феноменам цифровой экономики. Однако в цифровых секторах запрет злоупотребления доминирующим положением способствует укреплению доминирования операторов платформ и формированию цифровой монополии, что не вполне согласуется с целями антимонопольного регулирования. Нивелировать укрепление доминирования операторов платформ позволяет закрепление принципа технологической нейтральности в нормах российского права, а также конструкция публичного договора. Отсутствие единства терминологии Пятого антимонопольного пакета и законодательства о цифровых платформах приводит к необоснованному ограничению субъектного состава запрета злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках. Нормы Пятого антимонопольного пакета распространяются на деятельность маркетплейсов и агрегаторов, не охватывая цифровые экосистемы и цифровые сервисы в формате приложений, облачных хранилищ, социальных сетей, поисковиков, стриминговых услуг и т.д. Преодолеть указанное ограничение позволяет применение к цифровым экосистемам и сервисам общих правил о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. Автор обращает внимание на ряд практических проблем применения критериев доминирования к деятельности цифровых посредников, акцентируя внимание на их бизнес-модели. По результатам исследования сделаны выводы о целесообразности расширения субъектного состава отношений, регулируемых новыми специальными нормами Пятого антимонопольного пакета, а также предложены правовые средства обеспечения баланса интересов доминирующих операторов цифровых платформ и пользователей.

Ключевые слова

цифровая платформа, цифровой посредник, цифровая монополия, монополистическая деятельность, сетевой эффект

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имеет спонсорской поддержки.

Для цитирования

Ворникова, Е.Д. (2023). Проблемы адаптации антимонопольного регулирования к условиям цифровой экономики. *Цифровое право*, 4(4), 91–106. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-3>

Поступила: 17.10.2023, принята в печать: 23.11.2023, опубликована: 28.12.2023

COMMENT

THE PROBLEMS OF ADAPTING ANTITRUST LAW TO THE DIGITAL ECONOMY

Ekaterina D. Vornikova

JSC “Spetsremont”

23A, Taras Shevchenko emb., Moscow, Russia, 121151

Abstract

In connection with the Fifth Antimonopoly Package, the author analyzes the effectiveness of new competition law. The aim of the research is to identify the legal and economic consequences of including the term “network effect” and special legal structures for abuse of a dominant position in digital markets in Russian legislation. The study is based on Russian and foreign legislation, materials from judicial practice, and scientific research. The new rules make it possible for the existing legal regulation on the protection of competition to be applied to the phenomena of the digital economy. However, in the digital sectors, prohibiting the abuse of a dominant position contributes to strengthening the dominance of platform operators and the formation of a digital monopoly. This is not entirely consistent with the goals of antitrust regulation. With the consolidation in the provisions of Russian law of the principle of technological neutrality, as well as the design of a public contract, the strengthening of the dominance of platform operators may be restricted. A consequence of the lack of unified terminology in the Fifth Antimonopoly Package and legislation on digital platforms is the unreasonable limitation of the subject composition of the prohibition of abuse of a dominant position in digital markets. The Fifth Antimonopoly package applies to the activities of marketplaces and aggregators, but does not extend to digital ecosystems and digital services in the format of applications, cloud storage, social networks, search engines, streaming services, among others. This limitation will be overcome by applying the general rules on the prohibition of monopolistic activities and unfair competition to digital ecosystems and digital services. The author draws attention to a number of practical problems in applying dominance criteria to the activities of digital intermediaries, focusing on their business model. Conclusions are drawn about the advisability of expanding the subject composition of relations regulated by the new special rules of the Fifth Antimonopoly Package. Legal means are also proposed aimed at ensuring a balance of interests of the dominant digital platform operators and users.

Keywords

digital platform, digital intermediary, digital monopoly, monopolistic activity, network effect

Conflict of interest	The author declares no conflict of interest.
Financial disclosure	The study has no sponsorship.
For citation	Vornikova, E.D. (2023). The problems of adapting Antitrust Law to the digital economy. <i>Digital Law Journal</i> , 4(4), 91–106. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-3

Submitted: 17 Oct. 2023, accepted: 23 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023

Введение

Совершенствование инфраструктуры в цифровой экономике приводит к обновлению бизнес-моделей, что, безусловно, требует внесения изменений в существующее правовое регулирование.

Правовое регулирование цифрового гражданского оборота возможно путем внесения изменений в традиционные отрасли права, а также путем создания специального комплексного регулирования через введение новых объектов и институтов. Например, в Австралии деятельность цифровых платформ попадает под действие общих норм о конкуренции и о защите прав потребителей, а в США и странах — членах ЕС, напротив, принимаются специальные нормативные акты, регулирующие именно деятельность цифровых платформ. Так, Европейский парламент проголосовал за проект Закона о цифровых услугах (*Digital Services Act (DSA)*), который дополняет уже действующий Закон о цифровых рынках (*Digital Markets Act (DMA)*).

Российское право развивается по первому пути: большинство правовых институтов адаптируется под применение новых технологий. Научное сообщество вырабатывает обоснование применения традиционных институтов права к новым общественным отношениям, а законодатель вводит нормы, которые позволяют распространить имеющееся правовое регулирование на феномены цифровой экономики.

Одним из таких феноменов является сетевой эффект – зависимость потребительской ценности услуг цифровой платформы от количества ее пользователей. Стремительное увеличение количества пользователей цифровой платформы приводит к возникновению доминирующего положения оператора платформы.

Традиционные институты антимонопольного регулирования оказались неприменимыми в условиях цифровой экономики, что стало мотивом разработки изменений в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), получивший в научном сообществе наименование «Пятый антимонопольный пакет». Федеральный закон от 10 июля 2023 г. № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» вступил в силу с 1 сентября 2023 г.

В настоящей статье рассмотрены проблемы адаптации антимонопольного регулирования к условиям цифровой экономики, выявленные по результатам анализа принятых поправок, а также вопросы интеграции новых норм в российскую правовую систему.

1. Цифровые платформы как форма монополизации экономики

По смыслу ст. 1 Закона о защите конкуренции предупреждение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции лежат в основе защиты конкуренции и обеспечения равенства субъектов предпринимательской деятельности.

Несмотря на то что доминирующее положение само по себе не является противоправным и образует состав монополистической деятельности лишь при наличии злоупотреблений, перечисленных в законодательстве, исторически антимонопольное регулирование направлено на недопущение монополизации как таковой. В основе антимонопольного регулирования лежит принцип свободы экономической деятельности. Законодатель стремится не допустить монополизации, применяя, например, инструменты контроля за экономической концентрацией в виде выдачи согласия антимонопольного органа на совершение сделок, принудительно-го разделения и выделения коммерческих организаций.

К настоящему времени статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 4.1 следующего содержания: «сетевой эффект — свойство товарного рынка (товарных рынков), при котором потребительская ценность программы (совокупности программ) для электронных вычислительных машин в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет», обеспечивающей совершение сделок между продавцами и покупателями определенных товаров (далее — цифровая платформа), изменяется в зависимости от изменения количества таких продавцов и покупателей».

Иными словами, чем больше продавцов и покупателей используют цифровую платформу, тем выше ее потребительская ценность. До внесения изменений в законодательство термин «сетевой эффект» укрепился в судебной практике. Суды отмечают, что сетевой эффект выражается в необходимости привлечения на платформу значительного количества разных групп потребителей, рекламодателей и других групп пользователей, а потому является труднопреодолимым барьером для субъектов предпринимательской деятельности. Для успешного входа на рынок и функционирования на нем необходимо обеспечить наличие большой базы пользователей сервиса (как со стороны потребителей контента, так и со стороны создателей (производителей) контента, которые, в свою очередь, должны привлечь на сервис рекламодателей), а также осуществить значительные первоначальные капитальные вложения при длительных сроках окупаемости этих вложений¹. Указанный подход свидетельствует о тесной взаимосвязи понятий сетевого эффекта и доминирующего положения.

Эта же логика лежит в основе термина *gatekeeper* в Законе о цифровых услугах (*Digital Services Act*), который дополнил уже действующий в Европейском союзе Закон о цифровых рынках (*Digital Markets Act*).

Цифровая платформа объединяет покупателей и продавцов для совершения сделок. Такая модель ведения бизнеса экономически выгодна для всех субъектов. Предприниматель (в терминологии антимонопольного законодательства — продавец) получает возможность эффективной реализации своих товаров, работ и услуг, потребитель получает возможность поиска оптимального продукта, а оператор платформы получает материальную выгоду от этих процессов, монетизируя пользовательские данные, размещая рекламу, взимая комиссию за совершение сделок между пользователями платформы.

Ввиду наличия сетевого эффекта статья 10.1 Закона о защите конкуренции запрещает владельцу цифровой платформы, при условии соблюдения количественных и качественных критериев, совершать действия (бездействие), перечисленные в ст. 10 Закона, результатом которых

¹ См.: постановления Арбитражного суда Московского округа от 13 июля 2023 г. № Ф05-14749/2023 по делу № А40-91928/2022; от 11 марта 2022 г. № Ф05-1927/2022 по делу № А40-19473/2021 (Определением Верховного Суда РФ от 21 июня 2022 г. № 305-ЭС22-10220 отказано в передаче дела № А40-19473/2021 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства).

являются или могут быть недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц.

Применительно к хозяйствующим субъектам в традиционных (нецифровых) секторах экономики запрет злоупотребления доминирующим положением способствует развитию конкуренции и препятствует монополизации экономики, тогда как применительно к операторам цифровых платформ данный запрет лишь способствует укреплению их доминирования.

Для правоотношений в цифровой среде характерны сложная структура и наличие посредников. Основными экономическими инструментами ведения предпринимательской деятельности в эпоху цифровизации выступают цифровые платформы и глобальная компьютерная сеть Интернет. Субъектами таких отношений являются, во-первых, непосредственные участники сделок (в терминологии антимонопольного законодательства — «продавцы и потребители»), а во-вторых, посредники, организующие функционирование электронных площадок и поддерживающие техническое обеспечение систем электронного взаимодействия.

Непосредственные участники сделок, совершаемых в цифровой среде, и посредники, ответственные за инфраструктурное обеспечение их деятельности, существуют на разных товарных рынках. Например, рынок клининговых услуг определяется по предмету и включает в себя деятельность специалистов вне зависимости от того, посредством каких сервисов они взаимодействуют с потребителем для заключения договора. Хозяйствующими субъектами — конкурентами на рынке клининговых услуг являются клининговые компании. В свою очередь, операторы цифровых платформ, посредством которых такие услуги реализуются, конкурируют между собой на рынке предоставления доступа к сетевой инфраструктуре. Рынок агрегаторов клининговых услуг и рынок непосредственно клининговых услуг — это разные товарные рынки.

Согласно п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции товар — это объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Иными словами, товаром являются всякие объекты, обладающие оборотоспособностью и имущественной ценностью. Нельзя не отметить, что новые бизнес-модели и технические характеристики цифровых продуктов размывают границы между товаром и услугой, однако определение правовой природы договоров, опосредующих отношения в цифровой среде, не является предметом исследования. Здесь и далее термин «товар» используется в значении п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

По логике законодателя, оператор цифровой платформы обязан допускать максимальное количество пользователей на платформу во избежание создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

Указанное способствует развитию сетевого эффекта и приводит к укреплению доминирующих позиций владельца цифровой платформы, хоть и обеспечивает конкуренцию между продавцами, реализующими посредством платформы свои товары. В этой связи сетевой эффект образует новую форму доминирования на рынке и является инструментом укрепления доминирующих позиций владельца цифровой платформы.

Тенденция монополизации современной экономики отмечена в исследовании А. Ю. Иванова. Автор вводит понятие цифровых монополий, которое использует для описания рыночной власти субъектов предпринимательской деятельности в цифровой экономике (Ivanov, 2018, 106–119). Н. Срничек также отмечает, что платформы тяготеют к монопольным форматам за счет сетевых эффектов (Srnichek, 2020, 41, 46).

В результате применения запрета злоупотребления доминирующим положением (традиционного института антимонопольного регулирования) к новым отношениям в цифровой

экономике наряду с положительным последствием в виде создания конкурентной среды для продавцов, реализующих посредством цифровой платформы свои товары, возникает цифровая монополия оператора платформы.

В данном случае правовое регулирование является непоследовательным, поскольку институт антимонопольного регулирования приводит к укреплению монополизации рынка — к созданию цифровой монополии, по своим характеристикам схожей с естественной монополией.

Одним из признаков естественной монополии является фактор спроса: удовлетворение спроса эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства). Между тем указанный признак соответствует и цифровой монополии. Снижение издержек и повышение доходности оператора платформы по мере увеличения охвата платформы есть не что иное, как сетевой эффект. Очевидно, что эффекта масштаба имеет место не только в секторах, отнесенных законодателем к естественным монополиям.

Доминирование операторов цифровых платформ усиливается во многом благодаря формированию платформенного права, которое опосредует регулирующую функцию цифровых платформ. Ведь операторы обладают возможностью предоставления, ограничения или полного прекращения доступа к ресурсу для каждого отдельного пользователя, а также зачастую создают правила заключения и исполнения сделок, устанавливают требования к их сторонам, предлагают механизмы разрешения споров.

Безусловно, цифровые платформы как ключевой элемент цифровой технологической инфраструктуры должны быть открытыми для пользователей. Автор не призывает отказаться от применения к ним законодательства о защите конкуренции. В силу масштабов деятельности операторов цифровых платформ и их высокой значимости в современной экономике необходимы правовые средства обеспечения равного для всех доступа к цифровой технологической инфраструктуре. Доминирующее положение операторов цифровых платформ может причинить ущерб благосостоянию потребителей.

В отсутствие отнесения цифровой монополии к перечню естественных монополий и в условиях несформировавшейся эффективной практики применения Пятого антимонопольного пакета задачу обеспечения допуска максимального количества пользователей к инфраструктуре цифровой платформы может выполнять частноправовое средство — публичный договор.

Договор (пользовательское соглашение) является основным правовым средством оформления отношений между оператором цифровой платформы и каждым ее пользователем. Предметом договора является допуск к сетевой инфраструктуре. В настоящей статье «договор о допуске к сетевой инфраструктуре» и «пользовательское соглашение» используются как синонимы. Наличие договорных отношений с каждой из сторон основного обязательства — один из признаков цифрового посредника.

Представляется возможным до формирования и совершенствования применения экономических инструментов антимонопольного регулирования квалифицировать пользовательское соглашение в качестве публичного договора. Услуги допуска к сетевой инфраструктуре и иным цифровым технологиям следует добавить к перечню сфер деятельности, в которых применяется публичный договор в соответствии со ст. 426 ГК РФ.

Кроме того, нивелировать укрепление доминирования операторов цифровых платформ может принцип технологической нейтральности, пока не получивший легального закрепления

в нормах российского права. Технологическая нейтральность означает совместимость различных технологий. То есть перенос облачных сервисов и данных с одной платформы на другую не должен влиять на работоспособность программ и создавать иные негативные условия для пользователя (например, в виде увеличения расходов). В ряде случаев пользователь вынужден продолжать пользоваться определенным сервисом при отсутствии возможности бесперебойного переноса данных, тогда как наличие такой возможности способствовало бы повышению конкуренции на цифровых рынках.

В контексте дополнительного механизма преодоления феномена зависимости цифровой платформы может быть приведен запрет предустановки приложений и иных программ на смартфоны и иные устройства. Соответствующие изменения, внесенные Постановлением Правительства РФ от 26 августа 2023 г. № 1399 в Постановление Правительства РФ от 18 ноября 2020 г. № 1867, распространяются на отдельные виды технически сложных товаров спустя три месяца со дня его официального опубликования. Предстоит формирование эффективной практики применения указанного запрета. Таким образом, цифровые платформы как ключевой элемент цифровой инфраструктуры должны быть открытыми для пользователей. Публично-правовым средством обеспечения открытости цифровых платформ является запрет злоупотребления доминирующим положением, который парадоксально приводит к укреплению доминирования операторов цифровых платформ. Частноправовая конструкция публичного договора в качестве временной меры на период совершенствования антимонопольного законодательства позволяет нивелировать негативные последствия и риски доминирования операторов цифровых платформ, предоставляя потребителю частноправовые способы защиты права в виде возможности к понуждению заключить договор.

2. Цифровой посредник как ключевой участник новых рыночных отношений

Субъектом общественных отношений, урегулированных Пятым антимонопольным пакетом, выступает «хозяйствующий субъект, владеющий цифровой платформой и обеспечивающий посредством ее использования совершение сделок между иными лицами».

Указанный субъект определяется опосредованно через категорию цифровой платформы, под которой законодатель понимает программу (совокупность программ) для электронных вычислительных машин в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, обеспечивающую совершение сделок между продавцами и покупателями определенных товаров.

Приведенные формулировки позволяют поставить по меньшей мере два вопроса: почему законодатель не использует уже имеющиеся в правовом поле термины для обозначения цифровых посредников и почему субъектный состав регулируемых цифровых рынков сводится всего лишь к цифровым посредникам, не охватывая при этом деятельность иных правообладателей программ для ЭВМ? Почему вообще цифровая платформа отождествляется с программой для ЭВМ и какие правовые последствия возникают в связи с таким легальным определением?

Итак, в правовом поле существует множество терминов: «хозяйствующий субъект», «владелец агрегатора», «оператор информационной системы», «информационный посредник» и др. Соответствующие понятия схожи по смыслу, но не тождественны.

Хозяйствующими субъектами являются коммерческие организации, некоммерческие организации, осуществляющие приносящую доход деятельность, индивидуальные предприниматели, субъекты профессиональной деятельности. Закон о защите конкуренции допускает, что доминирующее положение на цифровых рынках может занять любой из них.

Владелец агрегатора — это организация либо индивидуальный предприниматель, которые являются владельцами программы для ЭВМ и (или) владельцами сайта и (или) страницы сайта в сети Интернет и которые предоставляют потребителю возможность ознакомиться с предложением продавца (исполнителя) и заключить с ним договор, а также произвести предоплату (преамбула Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»).

Здесь законодатель, очевидно, не отождествляет цифровую платформу с сайтами и страницами в сети Интернет, а также ограничивает организационно-правовые формы деятельности агрегатора. Под действие же Пятого антимонопольного пакета подпадают только владельцы цифровых платформ, которые при этом не ограничены организационно-правовыми формами юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Понятие потребителя в законодательстве о защите конкуренции и о защите прав потребителей также различно. В зависимости от контекста под потребителями понимаются как лица, приобретающие услуги для личных и семейных нужд (потребители в узком смысле), так и заказчики по договорам оказания услуг, имеющие правовой статус субъектов предпринимательской деятельности (потребители в широком смысле) или не имеющие формального статуса субъекта предпринимательской деятельности, но де-факто осуществляющие такую деятельность (например, самозанятые), или иностранные лица, от которых личный закон не требует формализации статуса субъекта предпринимательской деятельности.

Делая промежуточный вывод о несовпадении категории агрегатора с цифровым посредником как субъектом применения норм Пятого антимонопольного пакета, переходим к анализу следующего понятия.

Информационный посредник — это (1) лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет; (2) лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети; (3) лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети (п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ).

Правовой статус информационного посредника не связан с владением программой для ЭВМ и не имеет ограничений организационно-правовой формы. Первая особенность позволяет предположить, что категории информационного посредника и субъекта Пятого антимонопольного пакета также не совпадают, и продолжить исследование.

Оператор информационной системы — это гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных. Владелец сайта — это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети Интернет, в том числе порядок размещения информации на таком сайте (ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Данные категории с субъектом Пятого антимонопольного пакета снова не совпадают, потому что наличие программы для ЭВМ не является их обязательным признаком, равно как и наличие организационно-правовых форм ведения предпринимательской деятельности.

В ряде случаев круг специальных субъектов шире, чем понятие «цифровой посредник», на которого распространяется действие Пятого антимонопольного пакета, хотя по умолчанию нормы Закона о защите конкуренции распространяются на всех хозяйствующих субъектов вне зависимости от сферы их деятельности и секторов товарного рынка.

С одной стороны, необходимость использования разных терминов продиктована целями и задачами правового регулирования разных сфер общественных отношений. С другой

стороны, многообразие терминов препятствует формированию единства в рамках правовой системы, что может необоснованно ограничивать субъектный состав регулируемых отношений и создавать неопределенность в правоприменении.

Примечательно, что законодатель последовательно исходит из организационно-посреднической функции оператора цифровой платформы. Во-первых, для целей антимонопольного регулирования и защиты прав потребителей не имеет значения, на каком основании (титule) субъект владеет цифровой платформой. Во-вторых, действие перечисленных норм распространяется исключительно на посредников именно в юридическом смысле, т.е. на лиц, которые не участвуют в договорных связях между продавцами и потребителями, использующими цифровую платформу. Такие посредники действуют на основании договоров о предоставлении допуска к инфраструктуре, заключенных со всеми продавцами и потребителями.

В теории и на практике владелец платформы может выступать а) стороной договора оказания услуг, б) посредником на основании договоров оказания услуг или лицензионного соглашения с пользователем и с поставщиком услуг, а также в) одним из лиц на стороне поставщика услуг. Однако, по мысли законодателя, правовая природа цифрового посредничества в информационно-телекоммуникационной сети проявляется именно в техническом, инфраструктурном обеспечении деятельности третьих лиц. По крайней мере, только на цифровых посредников распространяются нормы Пятого антимонопольного пакета.

Для целей антимонопольного регулирования это означает, что статья 10.1 Закона о защите конкуренции (при соблюдении количественных и качественных критериев) распространяется на маркетплейсы и агрегаторы: *Wildberries*, *Avito*, *Lamoda*, *Aviasales*, «Яндекс.Такси», «Островок» и т.д., но не затрагивает цифровые экосистемы и цифровые сервисы в формате приложений, облачных хранилищ, социальных сетей, поисковиков, стриминговых услуг.

Подобное ограничение субъектного состава применения специальных норм является спорным, ведь цифровые сервисы и сетевые эффекты не исчерпываются услугами операторов платформ по допуску к сетевой инфраструктуре. К категории цифровых сервисов относятся по меньшей мере облачные хранилища и доступ к цифровому контенту в рамках стриминговых соглашений. Видимо, ко всем цифровым сервисам, кроме допуска к сетевой инфраструктуре, законодатель рассчитывает применять общие правила о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Отметим, что тождественность понятий цифровой платформы и программы для ЭВМ научными исследованиями не подтверждена. Отдельные элементы сетевой инфраструктуры, к которым пользователь получает доступ, необязательно являются самостоятельными охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности, и не только правообладатель программы для ЭВМ потенциально может злоупотреблять доминирующим положением на цифровых рынках. Кроме того, функционал оператора платформы существенно шире, чем предоставление допуска к использованию программы. В пользовательских соглашениях распространенных цифровых платформ («Яндекс Услуги», *eBay* и др.) отсутствуют условия о передаче пользователю права использования результатов интеллектуальной деятельности. Функция оператора платформы состоит в предоставлении доступа на электронную площадку, где пользователи взаимодействуют.

Проблема правильной квалификации цифровой платформы с точки зрения объекта гражданских прав смежна с вопросом определения правовой природы договоров в цифровой среде. Если цифровая платформа является программой для ЭВМ, то пользовательское соглашение должно быть лицензионным договором, что вызывает ряд трудностей в правоприменении. Например, по смыслу п. 3 ст. 1235 ГК РФ в лицензионном договоре предполагается наличие

условий о территории, на которой допускается использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности, что в отношении глобальных цифровых рынков лишено смысла. Кроме того, специальная норма ст. 10.1 Закона о защите конкуренции при квалификации цифровой платформы в качестве программы для ЭВМ вступает в прямое противоречие со статьей 1229 ГК РФ, допускающей монополию обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Таким образом, субъектный состав специального антимонопольного регулирования отношений в цифровой среде не коррелирует с уже имеющимся легальным понятием цифровых посредников и не в полной мере вписывается в сложившееся регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности.

3. Формы злоупотребления доминирующим положением цифрового посредника

Цифровые посредники, которые являются субъектами специальных норм Пятого антимонопольного пакета, призваны в первую очередь обеспечивать работоспособность и взаимодействие разных технических решений, совместимость, обработку и хранение данных, а также условия удаленного взаимодействия и коммуникации между пользователями. Роль цифровых посредников по отношению к пользователям цифровой платформы — организационная, инфраструктурная. Цифровые платформы под управлением операторов являются связующим звеном, местом взаимодействия пользователей.

В связи с этим возникает вопрос о том, возможно ли применение к деятельности цифровых посредников традиционных форм злоупотребления доминирующим положением, справедлива ли отсылка п. 1 ст. 10.1 к юридическим составам п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Учитывая, что специальные нормы ст. 10.1 Закона о защите конкуренции распространяются только на цифровых посредников, обратимся к анализу объективной стороны злоупотребления доминирующим положением. Могут ли формы злоупотребления доминирующим положением цифровых посредников совпадать с формами злоупотребления пользователей цифровых платформ? Может ли цифровой посредник совершить действия (бездействие), перечисленные в п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, к которой отсылает статья 10.1 Закона?

Как установлено выше, цифровой посредник не является участником правоотношений между пользователями цифровой платформы. Если агрегатор только предоставляет доступ к электронной площадке, то он не является участником «основного» договора, заключаемого через платформу между продавцом и потребителем. Так, пользовательское соглашение «Яндекса» предусматривает, что ничто в соглашении не может пониматься как установление между пользователем и «Яндексом» агентских отношений, отношений товарищества, или по совместной деятельности, или личного найма. С экономической и технологической точки зрения владелец агрегатора продолжает быть посредником, однако юридически отношения представительства отсутствуют. Цифровой посредник не ведет деятельность на рынке товаров, реализуемых посредством платформы.

Основным способом влияния оператора платформы на общие условия обращения товаров предполагается создание препятствий доступу хозяйствующих субъектов на соответствующие товарные рынки путем необоснованного отказа в предоставлении допуска к сетевой инфраструктуре как основному рынку сбыта. Влияние правообладателя платформы на определенный товарный рынок находится в прямой зависимости от количества продавцов и покупателей, использующих ее для заключения сделок. Однако возможно ли это влияние осуществлять посредством традиционных форм злоупотребления доминирующим положением? В частности,

может ли цифровой посредник устанавливать или поддерживать монопольно высокую или монопольно низкую цену товара, не обоснованно сокращать или прекращать производство товара? Ответ видится отрицательным. Цифровой посредник не участвует в заключении договора между продавцом и покупателем, а потому и влиять на товарный рынок может лишь посредством своего товара в экономическом смысле, т.е. своих услуг по допуску к сетевой инфраструктуре. Бизнес-модель цифровых платформ предполагает стандартизацию и автоматизацию процессов заключения и исполнения договоров. «Товаром» цифрового посредника является услуга по предоставлению доступа на платформу продавцам и покупателям. Пользовательские соглашения, как правило, заключаются по модели договора присоединения, который является пространственным механизмом среди субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке. В отношении данной услуги цифровой посредник потенциально может навязывать невыгодные или не относящиеся к предмету условия договора, необоснованно отказаться от заключения сделки, создать условия дискриминации или препятствия доступу на товарный рынок. При этом юридический состав «установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара» даже применительно к услугам самого оператора платформы представляется невозможным, поскольку услуги цифрового посредника, как правило, не являются платными и пользовательское соглашение не содержит условия о возмездности. На ценообразование товаров, реализуемых посредством платформы, оператор платформы по общему правилу не влияет, находясь вне правоотношений между продавцами и потребителями.

Бизнес-модель маркетплейсов и агрегаторов предполагает, что на цифровых платформах реализуются товары продавцов, которые не являются конкурентами для оператора платформы и по общему правилу не являются аффилированными с ним лицами. Общей технологической чертой всех договоров в цифровой среде является автоматизация определения условий договора. Оператор платформы с точки зрения субъективного критерия (формирования воли) в определении условий сделки между пользователями не участвует, однако технологически предоставляет автоматические средства для их определения. Соответственно, оператор-посредник даже не имеет интереса в осуществлении монополистической деятельности.

Таким образом, наблюдается противоречие. Субъектный состав Пятого антимонопольного пакета сводится лишь к цифровым посредникам, тогда как объективная сторона правонарушения предусмотрена для хозяйствующих субъектов — пользователей цифровой платформы.

Совершенно иная ситуация с деятельностью лица, контролирующего цифровую экосистему, в состав которой могут входить товары, взаимозаменяемые товарами конкурентов. В Решении Высшего Евразийского экономического совета от 11 октября 2017 г. № 12 «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года» цифровая экосистема определяется как открытая устойчивая система, включающая субъекты цифровой экосистемы (физических, юридических, виртуальных и пр.), а также связи и отношения этих субъектов в цифровой форме на основе сервисов цифровой платформы. Например, *Apple* является цифровой экосистемой, которая включает магазин приложений *App Store*, сервис *Apple Music*, браузер *Safari* и пр., а *iOS* (“*i*” operating system) — это платформа, которая лежит в основе цифровой экосистемы. *Google* также является основой цифровой экосистемы, которая, кроме поисковой системы, предлагает ряд дополнительных онлайн-сервисов, включая браузер *Chrome*, почту *Gmail*, навигацию *Google Maps*, потоковую передачу *YouTube*, магазин приложений *Google Play*, покупки *Google Shopping* и путешествия *Google Travel*, переводчик *Google Translate*. *Apple Music* может конкурировать с «Яндекс Музыкой» и аналогичными приложениями, *Google Translate* — с «Яндекс Переводчиком» и т.д.

Приведенная гипотеза подтверждается сложившейся судебной практикой применения антимонопольного законодательства к деятельности субъектов на цифровых рынках. Например, ФАС России при установлении злоупотребления доминирующим положением со стороны компании *Apple*, отметила, что магазин приложений *App Store* сталкивается с конкурентным давлением со стороны *Google Play* и что распространение приложений на *iOS* через *App Store* образует самостоятельный товарный рынок².

Кроме того, в Ежегодном обзоре основных судебных решений Европейского союза (*Yearly selection of major judgments*) содержится позиция, согласно которой злоупотребление доминирующим положением *Google* может выражаться в предоставлении предпочтений собственным сервисам для сравнения покупок и поисковым сервисам³.

При наличии экосистемы и конкурирующих цифровых продуктов разных экосистем речь пойдет скорее о недобросовестной конкуренции, что регулируется отдельной главой Закона о защите конкуренции, а не о монополистической деятельности. Однако Пятый антимонопольный пакет изменений в части регулирования недобросовестной конкуренции не содержит и в качестве субъекта предполагает цифрового посредника.

В этой связи представляется положительным зарубежный опыт. Например, Закон Японии от 1 февраля 2021 г. «О повышении прозрачности и справедливости особых цифровых платформ» (*Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms*) вводит разные понятия и разные количественные критерии для установления доминирующего положения маркетплейсов, операторов магазинов мобильных приложений и иных операторов особых цифровых платформ⁴.

Возвращаясь к российскому законодательству в контексте ограничения субъектного состава Пятого антимонопольного пакета цифровыми посредниками, отметим, что цифровые сервисы также обладают сетевым эффектом. Например, чем больше лиц используют облачное хранилище, тем больше усиливается доминирование правообладателя вычислительных мощностей, на основе которых функционирует такое хранилище. В этой связи целесообразно расширить субъектный состав отношений, регулируемых статьей 10.1 Закона о защите конкуренции, включив в него не только цифровых посредников, но и лиц, использующих любые цифровые сервисы и программы для ЭВМ в своей деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях. Квалификация возможного недобросовестного поведения поставщиков цифровых сервисов в соответствии с формами злоупотребления доминирующим положением, предусмотренными статьей 10 Закона о защите конкуренции, сомнений не вызывает.

Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит открытый перечень форм злоупотребления доминирующим положением. Деятельность операторов платформ может образовывать юридические составы монополистической деятельности, прямо не поименованные в Законе о защите конкуренции. Например, таковым может быть ранжирование результатов поиска. Практике Европейской комиссии известно дело о наложении штрафа на *Google*, который,

² См.: решение ФАС России от 29 июля 2022 г. по делу № 11/01/10-30/2021; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 октября 2023 г. № 09АП-49806/2023 по делу № А40-206450/2022.

³ Case T-612/17 *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-612/17&language=FR>. См. обзор дела *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* (T-612/17, under appeal, 68 EU: T: 2021:763) в Court of Justice of the European Union. (2021). *Annual Report 2021. Judicial activity* (pp. 292–294). European Union. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-07/qd-ap-22-001-en-n.pdf>

⁴ См. обзор ключевых позиций закона в брошюре: Digital Market Policy Office, Information Economy Division, Commerce and Information Policy Bureau. *Key Points of the Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms (TFDPA) [Brochure]*. Ministry of Economy, Trade and Industry of Japan. https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/tfdpa.html

занимая доминирующее положение на рынке поисковых систем, в перечне результатов поиска сначала размещал сервисы аффилированных компаний, занижая предложения услуг конкурентов. *Amazon* также оказывал предпочтение своим продуктам по сравнению с продуктами конкурентов. Кроме того, на ряде платформ существует *endorsement badge* («значок одобрения») — знак качества, присваиваемый на основании автоматизированного анализа цены услуг, рейтинга исполнителя и количества завершенных заказов.

Установив проблемы правового регулирования монополистической деятельности в цифровой среде, обратимся к вопросам регулирования недобросовестной конкуренции. Требуется ли специальное регулирование недобросовестной конкуренции в цифровой среде или традиционные средства правового регулирования недобросовестной конкуренции применимы и к деятельности операторов платформ?

Из вышеизложенного следует, что сетевые эффекты приводят к монополизации цифровых рынков. В этой связи вопрос конкуренции среди цифровых посредников приобретает актуальность. В научной литературе отмечаются такие формы нарушения антимонопольных запретов цифровыми платформами, как «связывание» (*tying* — продвижение одного товара за счет другого) и предоставление преимуществ собственным продуктам (*self-preferencing*), несовместимость цифровых продуктов с целью «замыкания» пользователя в одной экосистеме, ценовой паритет в виде запрета на установление продавцами более низких цен на конкурирующих платформах (Arutyunyan, Berbeneva, 2022, 79–96). Часто услуги являются «побочным» продуктом, приобретение которого связано с покупкой товара. Например, компания *Apple*, контролируя операционную систему *iOS* и магазин приложений *App Store*, практикует предварительную автоматическую установку сервисов на реализуемые мобильные устройства либо, наоборот, допускает использование ряда сервисов только на устройствах своего бренда. Аналогично работает и компания *Samsung* через операционную систему *Android* и магазин приложений *Google Play*. На сегодняшний день такое поведение может быть квалифицировано как «иные формы недобросовестной конкуренции» по ст. 14.8 Закона о защите конкуренции. На пространстве ЕАЭС действует запрет включения в состав цифрового продукта дополнительных платных работ (услуг).

Впрочем, в указанных случаях речь идет скорее о цифровых сервисах, а не только о цифровом посредничестве. Если цифровой посредник не является одновременно оператором цифровой экосистемы, то он не является и конкурентом по отношению к пользователям платформы, что исключает наличие состава недобросовестной конкуренции. Операторы цифровых платформ могут конкурировать между собой только на рынке предоставления доступа к сетевой инфраструктуре.

Какие преимущества получает оператор цифровой платформы от монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции? Представляется, что ключевую роль снова играет сетевой эффект. Оператор, как правило, не взимает платы за свои услуги и заинтересован в привлечении наибольшего количества пользователей, что и создаст оператору платформы конкурентные преимущества. Чем больше пользователей на цифровой платформе, тем больше пользовательских данных обрабатывает оператор. Экономическая ценность данных, как правило, опосредуется через рекламу, которая выступает основным способом монетизации данных и позволяет реализовать имущественный интерес оператора платформы. Новые технологии позволяют создать рекламный продукт на основе информации о потребителях (история запросов, история покупок, геолокация, социально-экономические параметры и др.). Чтобы предложить наиболее релевантные услуги, система использует алгоритм, основанный на автоматическом прогнозировании интересов пользователей путем сбора информации о предпочтениях.

Таким образом, анализ объективной стороны состава правонарушения злоупотребления доминирующим положением подтверждает тезис о том, что не вполне логично ограничение специальных субъектов только категорией цифровых посредников. Кроме того, необходимо рассмотреть возможность формулировки специальных составов монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции в цифровой среде.

4. Критерии доминирования цифровых посредников

Отдельного внимания заслуживает практический вопрос применения количественных критериев к деятельности цифровых посредников для установления их доминирующего положения. Чтобы применять последствия злоупотребления доминирующим положением, необходимо правильно определять его критерии.

В.А. Вайпан акцентирует внимание на необходимости внедрения современных правил анализа рынков и контроля за экономической концентрацией в условиях развития цифровой экономики (Vajrap, 2017, 5–18).

Пунктом 1 ст. 10.1 Закона о защите конкуренции предусмотрен критерий доли сделок между продавцами и покупателями в стоимостном выражении не менее 35 % общего объема сделок, совершаемых на соответствующем товарном рынке.

Каковы границы этого товарного рынка? Применим ли традиционный подход для определения границ? Надлежащее определение товарного рынка и его границ, в том числе территориальных и границ связанных товаров, является необходимым для оценки доминирующего положения субъекта (Alferova, 2022, 69–82). Под товарным рынком понимается сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар и за пределами которой такая возможность либо целесообразность отсутствует.

Взаимозаменяемые товары — это товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении.

Цифровой посредник действует на рынке предоставления допуска к сетевой инфраструктуре. Платформа играет роль точки входа для потребителей по получению товаров и услуг, выходящих за пределы функциональности самой платформы. При этом специфика товаров, реализуемых посредством платформы, также имеет правовое значение. По данному основанию могут быть выделены, например, рынки агрегаторов такси или сервисы бронирования гостиниц. Например, Европейский суд исходит из того, что услуга *Uber* должна рассматриваться как транспортная⁵. Более сложным является вопрос установления территориальных границ рынка, потому что в цифровой экономике бизнес существует в глобальном масштабе, вне территориальных границ конкретного государства, а одним из оснований применения публично-правовых норм к иностранным лицам является критерий направленности (*targeting test*), который состоит в направленности деятельности лица на граждан той или иной юрисдикции.

Не менее дискуссионным является критерий выручки цифровых посредников: выручка хозяйствующего субъекта за последний календарный год превышает 2 млрд руб. Здесь необходимо вспомнить, что хоть цифровой посредник и действует в целях извлечения прибыли,

⁵ Court of Justice of the European Union. Press release No 136/17. Judgment in Case C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL* [Press release]. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136en.pdf>

но пользовательские соглашения являются де-юре безвозмездными и опосредуют организационные неимущественные отношения между оператором платформы и ее пользователями. Такие соглашения направлены на организацию товарообмена и создание условий для возникновения в будущем имущественных отношений между пользователями платформы. Экономически услуги доступа к сетевой инфраструктуре являются возмездными, тогда как юридически данный признак отсутствует. Например, согласно п. 2.1 Пользовательского соглашения сервиса «Яндекс Услуги» он предоставляет бесплатную функциональную возможность размещения, поиска и просмотра объявлений и заказов пользователей, поиска исполнителей, откликов на заказы, а также иные возможности.

Многие услуги платформ предоставляются де-юре бесплатно и сами по себе не приносят дохода, однако де-факто встречным предоставлением вместо денежного платежа выступает разрешение пользователя на сбор и обработку его персональных данных. Например, потребители используют *Facebook* или *Google* бесплатно, а операторы указанных платформ монетизируют данные о пользователях.

Пользовательское соглашение самостоятельной экономической ценности не имеет. Правовая природа посредничества в информационно-телекоммуникационной сети проявляется в техническом, инфраструктурном обеспечении деятельности третьих лиц. Выручка оператора платформы непосредственно от заключения и исполнения пользовательских соглашений отсутствует. Выручка формируется, как правило, в результате монетизации пользовательских данных, которые используются для создания таргетированной рекламы, либо оператор платформы удерживает комиссию за совершение сделок на платформе. Выручка цифрового посредника формируется из источников, непосредственно не связанных с реализацией товаров на цифровой платформе и с услугами предоставления доступа. В этой связи необходимо уточнить источники формирования выручки, которые учитываются для целей установления доминирующего положения оператора платформы.

Дополнительно необходимо учитывать, что в ряде случаев цифровые посредники оказывают услуги по осуществлению расчетов между пользователями платформы и аккумулируют выручку пользователей на расчетных счетах. Покупая товары, пользователь перечисляет денежные средства агрегатору, а продавец (исполнитель) получает их только после выполнения своих обязательств перед пользователем. Например, *Avito* удерживает денежные средства, поступившие от покупателя, до момента доставки ему товара продавцом. Продавец получает оплату, когда покупатель подтвердит получение заказа в приложении. На практике расчетная функция операторов цифровых платформ может создавать трудности в определении выручки оператора для целей установления его доминирующего положения.

Таким образом, действующие количественные критерии установления доминирующего положения цифровых посредников не в полной мере соответствуют реалиям цифровой экономики и не учитывают специфику бизнес-моделей в цифровой среде.

Заключение

Формирование специального правового регулирования цифровых отношений направлено на адаптацию законодательства к условиям цифровой экономики, что является необходимым и соответствует мировым тенденциям. Вместе с тем возникают проблемы интеграции новых специальных норм в сложившуюся правовую систему. Так, применение традиционного механизма запрета злоупотребления доминирующим положением к операторам цифровых

платформ приводит к укреплению их доминирующих позиций, что не вполне соответствует основным принципам антимонопольного регулирования. Субъектный состав специального антимонопольного регулирования отношений в цифровой среде не коррелирует с уже имеющимися в законодательстве категориями (агрегаторов, информационных посредников и т.д.). Имеющиеся юридические составы злоупотребления доминирующим положением в большей части не подходят к деятельности цифровых посредников, а для иных цифровых сервисов и цифровых экосистем специальное регулирование и возможность применения сетевого эффекта отсутствуют вовсе. Действующие количественные критерии установления доминирующего положения цифровых посредников не в полной мере соответствуют реалиям цифровой экономики и не учитывают специфику бизнес-моделей операторов цифровых платформ. В целом привычные категории антимонопольного регулирования не всегда эффективны на цифровых рынках.

На основании изложенного целесообразно расширить субъектный состав отношений, регулируемых новыми специальными нормами Пятого антимонопольного пакета, включив в него не только цифровых посредников, но и лиц, предлагающих любые цифровые сервисы и работающих в рамках цифровых экосистем. Кроме того, в интересах потребителей публично-правовые механизмы антимонопольного регулирования необходимо развивать одновременно с расширением применения конструкции публичного договора.

Список литературы / References

1. Alferova, A. A. (2022). Behavioral economics as a tool for adapting antitrust legislation to the digital transformation of society. *Digital Law Journal*, 3(2), 69–82. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82>
2. Arutyunyan, A. A., & Berbeneva, A. D. (2022). The evolution of antimonopoly regulation of digital platforms. *Digital Law Journal*, 3(3), 79–96. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-3-79-96>
3. Vajpan, V. A. (2017). Osnovy pravovogo regulirovaniya tsifrovoj ekonomiki [Legal basis for the digital economy]. *Pravo i ekonomika [Law and economics]*, (11), 5–18.
4. Ivanov, A. Yu. (2018). Kontrol' monopolizacii v usloviyah cifrovoj ekonomiki: pervaya chast' diskussii o pyatom antimonopol'nom pakete [Control of monopolization in the digital economy: the first part of the discussion on the fifth antimonopoly package]. *Zakon [The Law]*, (2), 106–119.
5. Srnicek, N. (2019). *Platform capitalism*. [M. Dobryakova & HSE University, Trans. & Ed.]. Izdatelsky dom Vysshej shkoly ekonomiki [HSE University Publishing House]. (Original work published 2017)

Сведения об авторе:

Ворникова Е.Д. — кандидат юридических наук, директор по правовым вопросам АО «Спецремонт», Москва, Россия.

VornikovaED@aosr.ru

Information about the author:

Ekaterina D. Vornikova — Ph.D. in Law, Legal Affairs Director, JSC “Spetsremont”, Moscow, Russia.

VornikovaED@aosr.ru

